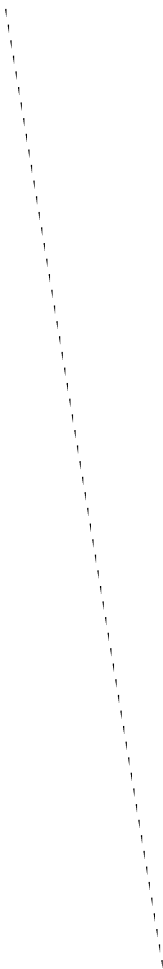




EXPOSICIÓN Y COMENTARIO
DEL
CÓDIGO CIVIL
ARGENTINO

2



CÓDIGO CIVIL

ARGENTINO

CONTENIENDO:

LA EDICIÓN OFICIAL Y LAS NOTAS DEL DR. VELEZ-SARSFIELD;
LA APLICACIÓN DE LOS FALLOS DE LA SUPREMA CORTE NACIONAL, LOS DE LAS
CÁMARAS DE APELACIÓN DE LA CAPITAL
Y UN ESTUDIO SOBRE LA LEY DEL REGISTRO CIVIL.

POR EL

DR. JOSÉ OLEGARIO MACHADO

TOMO X

BIBLIOTECA DE LA CORTE SUPREMA	
Nº. DE ORDEN	99 454
UBICACIÓN	C 1069



BUENOS AIRES

FÉLIX LAJOUANE, EDITOR

1902



Buenos Aires

EXPOSICIÓN Y COMENTARIO

DEL

CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

TÍTULO XIII

DE LOS TESTIGOS EN LOS TESTAMENTOS

§ 1012. — QUIÉNES PUEDEN SER TESTIGOS EN LOS TESTAMENTOS

En todos los testamentos, con excepción del ológrafo, se necesita que además del testador estén presentes á su otorgamiento otras personas; así, en el testamento por acto público otorgado ante escribano, deben presenciar el acto tres testigos, en el cerrado deben ser cinco, y en los especiales por lo menos dos. Cada una de esas personas debe tener cierta capacidad para atestiguar; como por ejemplo, debe ser varón, tener 22 años cumplidos, estar en su sano juicio, no ser pariente del escribano dentro del 4º grado, no ser legatario en el testamento, etc., y como existen otras condiciones que deben llenar, y que estudiaremos más adelante, el Código adoptando una forma general ha dicho en el **art. 3696**: *pueden ser testigos en los testamentos, todas las*

(**Art. 3696.**) Lo primero que viene al espíritu del que estudia este título, es preguntarse, si para juzgar de la capacidad de los testigos en los testamentos se deben buscar únicamente las disposiciones contenidas en él; si el art. 990 relativo á la capacidad de los testigos en los instrumentos públicos no es aplicable á los que figuran en los testamentos. La cuestión es de grave importancia, porque de la recta interpretación que se dé á los artículos del Código, resultará que un testamento puede

personas á quienes la ley no les prohíbe serlo. La incapacidad no se presume, y debe probarla el que funda su acción en ella; porque

ser válido ó nulo, según sean los testigos. Los doctores Segovia y Llerena están de acuerdo en sostener, que á los testamentos no se debe aplicar el art. 990, ni por consiguiente el art. 992 que le es correlativo. Me parece muy grave semejante afirmación; pero felizmente no la fundan, y creo que por falta de razones.

Por mi parte, comienzo por hacer la distinción siguiente, que creo necesaria, para el examen que me propongo: el testamento por acto público, que tiene toda la fuerza de un instrumento público, está sujeto en cuanto á su forma á la legislación especial del título de, *la forma de los testamentos*; pero como escritura que debe figurar en el protocolo, sería nula si no se hallase en la página donde según el orden cronológico debía ser hecha, art. 1005; así como sería anulable como instrumento público, si las partes que aparecen en él lo arguyesen de falso en el todo ó en parte principal, ó cuando tuviese enmienda, palabras entre líneas, borraduras ó alteraciones en partes principales, no salvadas al final, art. 989; y lo sería también, si figurasen como testigos, mujeres, fallidos, religiosos profesos, ó los que están privados por sentencia de ser testigos en los instrumentos públicos. Si el testamento fuera cerrado, como no es ni escritura ni instrumento público, no se aplicaría á los testigos firmantes de la carátula el art. 990, é iríamos á buscar sus condiciones en este título.

Con esta distinción que reputamos necesaria, la demostración se hace más fácil. En efecto; el testamento por acto público puede considerarse bajo dos fases diversas: 1ª, como manifestación de última voluntad, sometida á una forma única, expresamente legislada en el título de la forma de los testamentos; 2ª, como escritura pública, destinada á formar parte del protocolo de un escribano público. Bajo el primer aspecto, tiene su legislación y forma especial, que en mucha parte difiere de las escrituras públicas, y será nulo ó válido, según se hayan ó no cumplido esas formas; nada tiene que ver en ellas, lo establecido para las escrituras. Cuando se trata del testamento como escritura pública es diferente; porque debiendo figurar en el protocolo, tiene que encontrarse entre las demás escrituras según el orden cronológico, pues de lo contrario sería nula, según el art. 1005. Y en cuanto á la calidad de los testigos que intervienen, y sus condiciones de capacidad, no veo la razón porque no le regiría el art. 990, cuando es establecido para todos los testigos en los instrumentos públicos. Es cierto que en el presente título se encuentran enumerados casi todos los individuos que

si se afirma la existencia de un hecho que viene á anular un acto, esa afirmación debe demostrarse por el que pretende la nulidad.

el art. 990 declara incapaces; pero hay otros no comprendidos, y que no obstante deben serlo. Así, por el art. 990 no pueden ser testigos los menores de edad no emancipados, ni las mujeres, y el art. 3705 las comprende exigiendo que sean varones y mayores de edad; por el art. 990 no pueden serlo los dementes, y el art. 3709 repite la misma incapacidad; tampoco pueden serlo los que no tengan residencia en el lugar, y así lo consagra el art. 3701; no pueden serlo los dependientes del escribano, ni los parientes dentro del 4º grado, y esa disposición la repite el art. 3707. Los que no saben firmar su nombre no pueden ser testigos en los instrumentos públicos, y sin embargo pueden serlo en los testamentos, siempre que haya número bastante para firmar por los otros. Los sordos y mudos pueden ser testigos en los instrumentos públicos, porque se suprimió por olvido esta incapacidad, que se consignó en el art. 3708 para los testamentos. Los domésticos de los escribanos pueden ser testigos en los instrumentos públicos, y no pueden serlo en los testamentos, art. 3707. Finalmente, no pueden serlo en los instrumentos públicos, los dependientes de las otras oficinas autorizadas para formar escrituras públicas, los comerciantes fallidos no rehabilitados, los religiosos y los que por sentencia estén privados de ser testigos, mientras en el presente título no están comprendidos. En los testamentos no pueden serlo los descendientes ó ascendientes del testador, y los nombrados herederos ó legatarios.

Es necesario, pues, combinar ambos artículos para que no resulten en colisión, y considerar como incorporados al presente título las incapacidades del art. 990, en lo referente á los testamentos por acto público, no así para los demás. Así, no podrán ser testigos en un testamento por acto público, los que estén privados por sentencia para atestiguar en los instrumentos públicos, incapacidad que el Dr. Segovia reconoce aplicable á los testamentos; en el mismo caso se encuentran los fallidos no rehabilitados y los religiosos profesos; porque siendo el testamento de que hablamos un instrumento público, no pierde su carácter de tal, ni deja de estar sometido en cuanto á las personas que intervienen á las reglas que deben observarse en ellos.

Téngase presente que el título sobre los instrumentos públicos, es general y comprende á todos los documentos que tengan ese carácter, entre los que se encuentran los testamentos por acto público, y no hay razón alguna para exceptuarlos; mientras el presente título es especial para los testamentos y no puede aplicarse á otros; pero eso no

Y la ley ha querido garantir de tal modo la validez de la manifestación de la última voluntad, decidiéndose en favor del tes-

autoriza á escluir aquellas disposiciones que por su generalidad abrazan una de las especies de testamento. ¿Por qué se excluirían, de un instrumento público, sólo por ser testamento? Y si se admite que no pueden ser testigos en los testamentos por acto público los que por sentencia se encuentran privados de atestiguar, ¿porqué se les permitiría á los fallidos no rehabilitados, ni á los religiosos profesos? Si no pueden atestiguar en un instrumento público, ¿cómo podrían hacerlo en el testamento por acto público, que es una escritura pública? El Dr. Llerena va más lejos en la teoría sostenida por el Dr. Segovia, porque dice: el presente título como ley especial, *deroga* para los testigos de los testamentos todas las incapacidades no mencionadas, y que puedan encontrarse en otra parte del Código como regla general.

Me parece una opinión demasiado radical; porque las disposiciones del mismo Código no se derogan las unas á las otras, debiendo, por el contrario, encontrarse en perfecta armonía. ¿Cómo se derogarían las disposiciones del mismo Código, cuando son dictadas al mismo tiempo? Esto no es posible sostener.

Pero las incapacidades para ser testigos pueden dividirse en absolutas y relativas. Son absolutas, aquellas que impiden en todos los casos, al individuo ó clase designada, de figurar como testigo. Las relativas son las que únicamente impiden el poder serlo en ciertos actos.

Sería incapacidad absoluta, por ejemplo, para figurar como testigo en un instrumento público, llámese testamento, venta ó donación, el ser mujer, ó haber sido privado, de atestiguar, por una sentencia. De estas incapacidades es de la que habla el art. 990; por el contrario, son relativas porque únicamente comprenden cierta clase de actos, las de los artículos del presente título que se refieren exclusivamente á ciertas personas, como la incapacidad de los legatarios, así como la de los que reciben algún favor del testador, para atestiguar en el testamento y de que trataremos en el art. 3706.

Cuando la incapacidad es absoluta comprende todos los actos, y el individuo se encuentra imposibilitado de atestiguar cualquiera que sea el instrumento público á que concurra; cuando es relativa sólo no podrá hacerlo en aquel en que fué declarado incapaz. Así, la mujer tiene incapacidad absoluta para ser testigo en los instrumentos públicos, y aunque en el presente título nada se hubiera expresado, estaría imposibilitada de ser testigo en el testamento por acto público, como en los demás. Del mismo modo lo estaría el religioso profeso, el fallido, y el

tamento, que lo declara válido y autoriza á atestiguar al testigo incapaz, en ciertos casos, así dice el **art. 3697**: *un testigo inca-*

condenado por sentencia á no poder atestiguar, porque se trata de un instrumento público.

Es cierto, que la mayor parte de las incapacidades absolutas del art. 990 han sido repetidas en este título; pero no se podría sostener que quedan sin efecto las que no lo hubieran sido; porque si este título no hubiera existido en el Código, se habrían aplicado siempre las incapacidades de los instrumentos públicos para atestiguar en el testamento por acto público. Creo, pues, que aquel artículo y los que le son relativos, como el art. 1005 y el art. 992 deben aplicarse al testamento por acto público.—Véanse arts. 52, 53, 990, 992, 3702 á 3709.

Cuando el artículo dice: «pueden ser testigos todas las personas á quienes la ley no les prohíbe serlo»; no comprende únicamente las incapacidades señaladas en este título, sino cualquiera otra que se encuentre en el Código; pero sí debe reputarse capaz á toda persona á quien una prohibición expresa no le hubiera impedido atestiguar; por eso agrega, que la incapacidad no se presume, indicando que las incapacidades deben probarse por quien las alegare.

(**Art. 3697.**) La nota del presente artículo parece decidirse por la doctrina contraria á la sostenida en las notas 930 y 4007 en lo que se refiere á la edad y parentesco, cuyo error raras veces puede llegar á ser invencible. Por eso decía al estudiar el art. 991, que no aceptaba una teoría tan absoluta, reconociendo sin embargo, que los jueces deben ser más difíciles en admitir tales errores, y sólo en causas extraordinarias, cuando no pudiera averiguarse la edad ó el parentesco, deben aceptarse, y esta es la teoría de la nota. Creo pues, un error de doctrina el admitir en esta materia la opinión común respecto de la edad ó parentesco, que los individuos tengan sobre una persona, como un error invencible, porque únicamente lo sería en circunstancias extraordinarias. En general es una de las cosas más sencillas el demostrar la mayor edad ó el parentesco cuando se abrigase dudas, y la creencia general no puede

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3696.—L. 2, Dig., *De probat.*—Demolombe, tom. 21, n° 217.—Troplong, *Testament*, n° 1685. — Merlin, *verb. témoin, instrument*.

Faltos de la S. C. N. — Aplicación del art. 3696.—Al que alega la nulidad del testamento corresponde la prueba del hecho en que la funda. El que sostiene su validez está amparado por la presunción de que el testador se encontraba en pleno goce de sus facultades mentales, pues la ley supone este estado mientras no se justifica lo contrario.—VIII. 102. Ser. 2°.

paz debe ser considerado como capaz, si según la opinión común, fuere tenido como tal. y en ese caso el que sostiene la validez del

constituir un error invencible, como no lo constituye el error común ó posible, que no puede tomarse en el sentido de invencible, como lo hacen algunos. Por esa razón no creo que haya error excusable, cuando por el aspecto físico de la persona apareciera como mayor de edad y así fuera tenido, porque el escribano debe conocerlo, y en caso de duda exigir la comprobación de la mayor edad. No es pues, únicamente la creencia general sobre la capacidad del individuo, la que salvaría la nulidad del testamento por acto público, cuando el testigo fuera incapaz; sería necesario, como dice la nota del Dr. Velez-Sarsfield, tomada de Demolombe, una serie de actos que constituyan una posesión de estado. El error debe ser *invencible*, y no bastará, que la apariencia de capacidad haya sido tal, que en concepto de cualquiera pudiese pasar por capaz, sobre todo tratándose de la edad y del parentesco, cuya incapacidad no fuera posible averiguar por circunstancias extraordinarias. Con relación á las demás circunstancias que incapacitan al individuo para atestiguar, so admitirá una serie de actos que formarán una especie de posesión de estado; por ejemplo, el error ocultando el sexo, como si una persona fuera tenida por todo el mundo por hombre, á consecuencia de su vestir y maneras, ó si hubiera sido declarado por sentencia incapaz de atestiguar, y nadie conociera el hecho; en esos casos hay un error invencible, y no se necesitan de circunstancias extraordinarias para hacerlo valer.

Se reputaría igualmente como error invencible, cuando el escribano hubiera sido engañado, por los testigos de conocimiento, sobre el nombre del testigo, habiendo figurado con uno supuesto.

La incapacidad debe probarse por quien ataca el testamento, cuando no constase del instrumento mismo, que era incapaz, como si hubiese servido de testigo una mujer ó un menor emancipado. Demostrada la incapacidad que ha permanecido oculta, el que sostiene la validez del testamento puede probar, á su vez, que el error era común, por considerarlo capaz todos los que lo conocían, con excepción del error referente á la edad y al parentesco que debe ser invencible. Cuando se trata de hechos que no son posibles conocer, es razonable aplicar la máxima: *error communis facit ius*, que se funda en la buena fe, y aun podríamos decir en una necesidad social. ¿Cómo dar crédito á todos los demás, cuando no es posible saber que el individuo ha sido condenado á no poder atestiguar? A lo imposible nadie está obligado, y esto se debe entender no sólo á lo físico sino también á lo moral.

El error sobre la incapacidad, de que habla el artículo, sólo com

testamento debe demostrar á su vez, el hecho de que el testigo era tenido como capaz; por ejemplo, si se probase que el testigo no era varón, el que sostiene la validez del testamento debe demostrar que **habiendo** llevado el vestido de hombre, era tenido en el lugar, en esa calidad.

prende la de hecho, porque la de derecho á nadie puede escusar, á menos de una disposición expresa; así, cuando por error se hubiera admitido como testigo á un legatario, creyendo que podía serlo, ese error no impediría la nulidad del testamento, aunque todos los de la localidad creyeran que podía hacerlo; el *omnium censensu*, la opinión común sólo comprende las calidades de hecho.

Observan algunos una especie de contradicción entre esta nota, que declara invencible el error sobre la edad, únicamente cuando por circunstancias extraordinarias no se pudiera conocer, y la 4007, donde sólo exige que el adquirente no sepa la edad del vendedor; pero debe tenerse presente que, esa buena fe no autoriza á validar el acto que es nulo, si fuera reclamado, sino sirve para prescribir con título, lo que es completamente diferente. En realidad no hay contradicción, ni incongruencia porque ambas notas se refieren á cuestiones diversas. En el presente no se admite el error de la edad para hacer válido el testamento, cuando el testigo es menor, á menos de circunstancias extraordinarias; en la 4007 tampoco se admite la validez por la simple creencia: se autoriza al adquirente para prescribir, porque tiene un título translativo de dominio y buena fe.—Véanse arts. 923, 929 y 931.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3697.—L. 9, Tit. 1, Part. 6^a.—Institt. § 7, Tit. 10, Lib. 2.—L. 1, Tit. 23, Lib. 6, Cód. Romano.—Demolombe, tom. 21, n° 220.—Marcadé, sobre el art. 80, n° 59.—Troplong, *Testament*, n° 168^o.—Aubry y Rau, § 670.—Puede establecerse la capacidad putativa, no solo por la creencia general, sino por una serie de actos que formen como una posesión de estado. Poco importa, por ejemplo, que el testigo se diga mayor de edad; si tal declaración hubiere de valer siempre, vendría á ser de estilo y serviría á eludir la ley. El error común sobre la edad ó el parentesco no podría nunca cubrir la nulidad que resultare del defecto de edad ó parentesco, porque no hay una imposibilidad de salir del error. Como la ley no puede querer someter el ejercicio del derecho de testar, á condiciones imposibles, debe sostenerse el testamento, cuando el error fuese verdaderamente invencible. Esta ha sido la decisión de los tribunales franceses, como lo dicen Marcadé y Troplong, en los lugares citados. Debe concluirse por lo tanto del texto del artículo, que no es aplicable á las incapacidades que resultan de la edad y del parentesco, sino en circunstancias extraordinarias en que no fuere posible averiguar la edad ó parentesco del testigo.

¿Cuándo debe tener la capacidad para ser testigo? ¿Es necesario que lo sea antes de realizarse el acto? El **art. 3698** dice: *la capacidad de los testigos debe existir al tiempo de la formación del testamento*, de modo que si no ha sido capaz antes ó después del acto, en nada perjudica á su validez; pero el interdicto aunque tenga lúcidos intervalos no podrá serlo, aunque sea bastante prolongado; nó sucede como en los testamentos.

§ 1013. — CONDICIONES QUE DEBEN TENER LOS TESTIGOS

Cuando el escribano concurre á autorizar un testamento por acto público ó uno cerrado, debe necesariamente conocer al tes-

(**Art. 3698.**) Es sabido que para ejecutar un acto jurídico, el individuo debe ser capaz en el momento de la formación de ese acto; y así como para hacer un testamento se requiere capacidad cuando se otorga, del mismo modo, para atestiguar debe serlo en el instante en que sirve de testigo. Si anteriormente hubiera sido capaz, y no lo fuera cuando atestiguó, ó si lo fué en ese momento y después fué declarado incapaz por causa sobreviniente, en nada se perjudicaría el acto. En virtud de este principio es que hemos sostenido en el art. 3664, que la caducidad ó nulidad del legado dejado á uno de los testigos del testamento, no borra- ría la incapacidad de que se encontraba atacado en la época en que des- empeñó el papel de testigo, anulándolo por completo, contra la opinión de los que sostienen que sólo deja sin efecto el legado. Este principio defen- dido en dicho artículo, encuentra su confirmación en la nota del Dr. Velez Sarsfield tomada de Demolombe, XXI, 219. No importa la incapacidad anterior ó posterior al acto, ni la que se tuvo en el momento de deferirse la sucesión; porque el legislador busca únicamente la prueba de la mani- festación de la última voluntad cuando se otorga el testamento. Lo mismo se debe decir respecto de cualquier acto jurídico, pues para juzgar do la capacidad de *hecho* del agente, se busca el instante en que el acto se realiza; «lo que ha precedido y lo que ha seguido no tiene consecuen- cia alguna» decía Ricard.—Véanse arts. 990 y 3613.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3698.—L. 22, Tit. 1, Lib. 28, Dig.—De- molombe, tom. 21, n° 218. — Troplong, *Testament*, n° 1684. — Toullier, tom. 5, n° 405.—Aubry y Rau. § 670.—Así, ni la caducidad, ni la nulidad de un legado posteriormente juzgada, que se hubiere hecho á un testigo, podrían borrar su incapacidad, cuando hacía de testigo en un testamento en que hubiere una disposición á su favor.

tador y á los testigos; porque si no conociera al primero no podría afirmar que tal persona ha manifestado su voluntad en esa forma, del mismo modo dice el **art. 3699**: *los testigos deben ser*

(**Art. 3699.**) Se ha confundido generalmente la forma de los testamentos con la de las escrituras públicas, sin hacer la distinción necesaria que nace de las disposiciones expresas del Código mismo. Así, en las escrituras públicas, todas las formalidades exigidas, no lo son bajo pena de nulidad, pues los arts. 1004 y 1005 determinan claramente cuales se consideran esenciales, y que tienen el poder de anular la escritura, mientras la inobservancia de las otras sólo hacen pasible de una pena al escribano. En los testamentos sucede lo contrario; cualquier formalidad exigida por el legislador no es prescripta, según el Dr. Velez Sarsfield, como prueba, sino como una forma esencial, y la falta de una sola de ellas anula el testamento, lo que no sucede en los demás actos jurídicos. Si bien el testamento por acto público es una escritura pública, porque se encuentra en el protocolo del escribano, está sujeta en cuanto á su forma, á la especial señalada en el título respectivo, sin que por esto se sus-traiga á la general que determina el modo como debe hallarse en dicho protocolo.

Una forma ordenada en los testamentos se considera esencial, y su inobservancia los anularía, mientras esa misma forma exigida para las escrituras públicas no las invalida, si no es ordenada so pena de nulidad, como lo demuestran evidentemente los artículos 1001 á 1005. Así, las escrituras públicas no se anularían, porque el escribano no hiciera constar que no habiendo conocido á las partes, hizo justificar por dos testigos la identidad personal, porque no es una condición esencial; mientras la omisión de esa misma condición exigida en los testamentos por acto público, los anularía. Cuando el legislador exige que en los testamentos los testigos deben ser varones, por ejemplo, excluye so pena de nulidad á las mujeres, como en el mismo caso, cuando dice que deben ser mayores de edad, quedan por ese hecho excluidos los menores. Del mismo modo, cuando exige que los testigos deben ser conocidos del escribano, excluye por completo á los que éste no conociere, dándole medios para salvar la dificultad. El escribano cuando se trata de personas que no conoce tiene dos medios, ó pide otras personas conocidas ó las busca él, y si no encontrase, no hace el testamento, ó *puede*, si quiere, exigir antes de otorgar el testamento, que dos individuos que él conozca aseguren la identidad de los testigos y su residencia. Y fíjese que el artículo no le impone la obligación de actuar con personas no conocidas, y por eso dice que puede concurrir al otorgamiento en

conocidos del escribano. Si éste no los conociese, puede exigir antes de otorgar el testamento, que dos individuos aseguren la identidad

esa forma, dejándolo en completa libertad para negarse, si no quisiera ocurrir á ese medio. Esto es lo que importa el *puede*, y no como lo han creído algunos, que tendría facultad para otorgarlo sin llenar esas condiciones.

Creo, pues, que los testigos deben ser conocidos del escribano, y si no lo fueren, el testamento se anularía, estando conforme en este punto con el doctor Llerena.

La ley francesa de 25 Ventoso, año XI, impone al escribano, en el art. 11, la obligación de que cuando no conozca á las partes haga atestiguar su individualidad por dos testigos, como en el art. 12 de la misma ley exige que en los actos notariados se debe enunciar los nombres de los testigos instrumentales y su domicilio; pero en parte alguna, tratándose de los testamentos, trae una disposición semejante á la de nuestro artículo, así es que no debemos ir al derecho francés para apoyar los fundamentos del artículo.

El art. 1002 combinado con el 1004 que se trae como fundamento de la tesis contraria, no resiste al examen; porque si bien en las escrituras públicas no es esencial el que el escribano haga constar que no conociendo á *las partes*, exigió que justificasen su identidad; en los testamentos lo es, pues no se comprendería que pudieran ser otorgados ante un escribano que no conociera al testador. ¿Cómo haría constar la voluntad de una persona que no se conoce? La supresión que en una escritura pública sólo daría lugar á una pena para el escribano, sin tocar la validez de ella, en los testamentos los anularía, porque cada una de las formas son exigidas so pena de nulidad.

¿Qué condiciones deben tener los testigos que aseguran la identidad de los que van á servir de testigos en el testamento? ¿Deben llenar las exigidas para los mismos testamentos? No soy de esa opinión, porque en este caso ellos no son testigos del testamento, certifican únicamente la identidad de los que van á servir en esta calidad. Basta que tengan las condiciones exigidas por el art. 990.

Se debe certificar la identidad de las personas y su residencia. ¿Sería nulo el testamento por acto público, en que no hubiere certificado la residencia? Por más dura que parezca la afirmativa, debemos tener en cuenta que se trata de testamentos, en donde la falta de cualquiera de las cláusulas indicadas los anularía. Opino, pues, que el testamento sería nulo, aunque se probase después que los testigos tenían su residencia en el distrito en que se otorgó el testamento; porque no puede

de sus personas y la residencia de ellos, y esta formalidad debe hacerla constar en el instrumento mismo, porque no se puede ir á buscar fuera del testamento la prueba de que se ha llenado la formalidad.

Es una condición necesaria para atestiguar, la de que *los testigos deben entender el idioma del testador y el idioma en que se extiende el testamento* (art. 3700); porque si éste se hiciera en

irse á buscar fuera de él la prueba de que se han llenado las formalidades exigidas, art. 3627.—Véanse arts. 3634 y 3701.

(Art. 3700.) El artículo sólo se aplica al testamento por acto público, porque en el ológrafo los testigos están de más, si bien es cierto que no perjudican su autenticidad. En el cerrado sucede lo mismo, porque el testador ha podido hacerlo en un idioma no conocido por el escribano y testigos, siendo perfectamente válido, si en la cubierta se ha escrito en castellano, que el contenido de aquel pliego es su testamento.

El artículo viene á decidir la cuestión debatida en derecho francés, admitiendo unos, que si el testamento es redactado en el idioma castellano, cuando el testador se sirve del francés para dictarlo, si los testigos no entienden el francés, se puede reemplazar por una explicación oral, mientras los otros sostenían que el escribano debería dar lectura al testador y testigos de la traducción hecha al margen del acto en el idioma de que el testador se ha servido. Nuestro artículo, teniendo en cuenta las observaciones de los jurisconsultos franceses, ha exigido que los testigos deben entender los dos idiomas, pues de otro modo, ¿cómo podrían atestiguar que la traducción al castellano es exacta? El artículo se aplica al testamento otorgado en los dos idiomas, cuando el testador no conociere el castellano, ó cuando sabiéndolo traducir y escribir no supiera hablarlo, y lo dictase en un idioma extranjero conocido del escribano.—Comp. TOULLIER, III, 393. DURANTON, IX, 80 y 81. VAZEILLE, art. 972.—Véanse arts. 999 y 3663.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 3699.—Aun cuando alguno de los testigos no conozca al Escribano autorizante, no es causal para declarar la nulidad del testamento, pues basta para su validez que el Escribano lo conozca.—Jur. Civ., V, 29, Ser. 4^a.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3700.—Cód. de Austria. art. 581.—Démolombe, tom. 21, n^o 197.—Troplong, *Testament*, en el n^o 155, trata extensamente esta materia. No basta que el testamento se traduzca, si el testigo no puede saber si la traducción es exacta.

un idioma extranjero por no saber el testador el castellano, aunque debe acompañarse la minuta de la traducción, la ley exige al testigo que conozca uno y otro idioma, art. 3663, á fin de asegurar la mayor seriedad y verdad del acto.

En cuanto á la condición de que *los testigos deben tener residencia en el distrito en que se otorga el testamento* (art. 3701), no creo se deba tomar la palabra residencia como sinónima de domicilio, como algunas veces lo hace el Código, sino por el contrario, como opuesta á la de transeunte; lo que el legislador quiere es que los testigos sean conocidos en el lugar donde se hace el testamento.

Como las mujeres no pueden ser testigos en los instrumentos públicos, de ahí se deduce que, *los testigos de un testamento deben*

(Art. 3701.) El artículo se aplica á los testamentos por acto público y á los cerrados, no así á los especiales que se otorgan en circunstancias extremas, donde no es posible exigir residencia á los testigos. Esto demuestra evidentemente que las prohibiciones establecidas en este título no se aplican de un modo absoluto á todos los testigos de los testamentos, y que es necesario hacer excepciones. El Código se sirve indistintamente de las expresiones, *residencia en el distrito*, *residencia en el lugar*, *residencia en el distrito de la Municipalidad*, *residente en el Municipio*, arts. 3654, 3655 y 3701, que debemos tomarlos como equivalentes, de residencia en el distrito, departamento ó subdivisión administrativa ó judicial donde el escribano tenga señalado para hacer escrituras.

No creo que este artículo haya podido ser suprimido, no sólo porque era necesario que figurase en el título de los testigos de los testamentos donde se han reunido las disposiciones referentes á los testigos, sino porque no reemplaza al art. 3654 que habla únicamente de los testamentos por acto público, mientras el presente por su generalidad se aplica igualmente á los testigos en los testamentos cerrados. Tampoco es una consecuencia del art. 3699 que exige al escribano el conocimiento de los testigos; ese funcionario puede conocer á personas que no tengan residencia en el lugar, y eso no bastaría para habilitarlo como testigo.— Véase nuestro comentario á los arts. 3654 y 3655.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3701.— Las leyes españolas exigían la vecindad, materia de eternas cuestiones. Nosotros juzgamos que basta la residencia en el lugar, porque ella es un medio suficiente para probar la individualidad y la identidad de los testigos.— Véase Demolombe, tom. 21, n.º 184.— Toullier, tom. 5, n.º 387.

ser varones mayores de edad (art. 3705), con excepción de los casos especiales del testamento militar en que pueden serlo los que tengan 18 años cumplidos, si son de la clase de sargento inclusive en adelante, art. 3675.

(**Art. 3705.**) Siguiendo á la antigua legislación que incapacitaba á la mujer para el ejercicio de ciertos derechos, se ha consignado la prohibición, y no puede ser testigo en los testamentos, cuando en el estado actual de la civilización, la mujer ha sido equiparada, con razón, al hombre, para el goce de todos los derechos civiles. ¿Por qué si la mujer puede ser comerciante, si no tiene inconveniente para ser telegrafista, telefonista, empleada de correos, tenedora de libros, cajera, etc., se la incapacita para atestiguar en las escrituras públicas? Se dice que el pudor de su sexo es una explicación suficiente; pero el pudor en estos tiempos de actividad, de progreso y de adelanto, no se hiere por desempeñar una función cualquiera, en ser útil á la sociedad en que se vive, y en contribuir con su esfuerzo al bienestar y riqueza de la nación. Pasaron aquellos tiempos en que la mujer no salía del hogar en donde vivía relegada al interior, ocupada en los quehaceres de su casa; ahora se incorpora á la actividad nacional, une su fuerza á la de sus semejantes para producir el bienestar; se incorpora á la lucha por la existencia; no está inerte esperando el socorro del hombre, y en vez de alentarla en esta nueva vida, en que el pudor nada tiene que ver, porque el trabajo y la actividad ennoblecen y elevan, venimos á incapacitarla para ser testigo en nombre de un falso pudor!. Cuando el Código se corrija, es necesario levantar esta incapacidad que no tiene razón de ser en los tiempos de adelanto que hemos alcanzado, donde la mujer se incorpora á la actividad nacional, con un caudal de conocimientos y de nobles anhelos, que la hacen apta para todas estas funciones, que tampoco se pueden considerar como públicas, porque no llevan consigo sino el ejercicio de un derecho de que injustamente permanecería privada.—Véanse arts. 990, 3657 y 3675.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3705.—Cód. Francés, art. 980. — L. 9, Tit. 1, Part. 6ª, en cuanto al sexo, y § 6, Tit. 10, Lib. 2, Instit. Por las Leyes Romanas L. 21, Tit. 23, Lib. 6, Cód.) y por la de Partida citada, pueden ser testigos llegando á la pubertad, época en que les es permitido testar. Goyena, art. 589, sólo exige la edad de 14 años, porque á esa edad ya pueden testar. Los redactores del Cód. Francés juzgaron con mucha razón que la capacidad para testar debía ser muy diferente de la capacidad para ser testigo en un testamento.—Véase Troplong, *Testament*, n° 1673.

Los albaceas, tutores y curadores pueden ser testigos en el testamento en que fueren nombrados (art. 3704).

§ 1014. — DE LOS QUE NO PUEDEN SER TESTIGOS

Aunque el legislador ha establecido como una regla general, que pueden ser testigos todos aquellos á quienes la ley no les haya prohibido; como esta forma negativa no satisface por su carácter absoluto, entra en seguida á enumerar los que no pueden serlo, y vamos á examinar cada una de esas prohibiciones.

1° *No pueden ser testigos los ascendientes ni descendientes del testador (en el testamento por acto público); pero pueden serlo sus parientes colaterales ó afines, siempre que el testamento no contenga*

(Art. 3704.) En la antigua legislación se consideraba el nombramiento de albacea, como un cargo de confianza en que se prestaba un servicio al testador; pero en la actual, sin haber perdido del todo su carácter, viene á ser un beneficio para el nombrado, sobre todo cuando el testador deja una fortuna, porque su trabajo es bien remunerado, así como el del tutor ó curador, y el Código ha hecho bien en suprimir las discusiones que habrían ocurrido, porque el testamento podría ser atacado por ser testigos aquellos que reciben un beneficio con aquellos nombramientos. Y basta decir, que los tutores tienen un diez por ciento de la renta líquida del menor, sin perjuicio de cobrar honorarios cuando son abogados, lo que proporciona fuertes sumas, tratándose de la administración de grandes fortunas. Son tan codiciados estos puestos, que hasta los grandes personajes los buscan con empeño, consideran como un favor, acordado por los jueces, los nombramientos de esta especie. Si se fuera á corregir el Código, sería de opinión que se incapacitara á los albaceas, tutores ó curadores para ser testigos en los testamentos en que son nombrados, porque reciben un beneficio. Se sobreentiende que esta autorización concedida es para los casos en que no recibieran mandas ó legados en el testamento. Si por ejemplo, el testador hubiera dejado al albacea una manda como compensación del servicio que le presta, no habría podido ser testigo.—Comp. TOULLIER, III, 501. MERLIN, *Repert.* Vº. *Trmin instrumentair*, § 11, nº 111 y 119.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3704.—Duranton, tom. 19, nº 385. — Troplong. *Testament*, nº 1601.—Demolombe, tom. 21, nº 203.

alguna disposición á su favor (art. 3702); porque estando en uno y otro caso interesados en su validez, su testimonio debe con-

(Art. 3702.) Nuestro Código se ha decidido por la doctrina contraria, enseñada por los juriscultos franceses, que permitía á los parientes del testador, de cualquier grado que fueran, el ser testigos en los testamentos que se otorgaren, siempre que no hubiera disposición alguna en su favor; y la nota del Dr. Velez Sarsfield no indica razón alguna, para fundar la prohibición; pues, el haberlos excluido por la *mutua* influencia que pueden ejercer sobre el testador, aunque se cambie la palabra mutua por la de *decisiva* ó *fuerte* influencia, que es probablemente lo que quiso expresar, no es una razón para autorizar una prohibición semejante. Pero tal como está redactado, el testamento sería nulo, si interviniesen como testigos los parientes del testador en la línea recta ascendente ó descendente.

Cuando ha permitido atestiguar á los demás parientes, á condición de que el testamento no contenga disposición alguna en su favor, ¿ha entendido el artículo adelantarse á la misma prohibición que establece en general el art. 3706, para todos los que reciben algún beneficio del testamento, ó ha creado una nueva? Me parece que es una repetición desde que el art. 3706, prohíbe á todos sin excepción el ser testigos en los testamentos en que reciban algún beneficio.

¿Qué se debe entender por beneficio? ¿Lo será acaso el reconocimiento de una deuda constante en instrumento público ó privado? ¿Y si esa deuda estuviera prescrita y viniera á darle valor el reconocimiento hecho en el testamento? En principio, quedará reducida á una cuestión de hecho, la de averiguar si en el reconocimiento ó en la disposición existe un verdadero provecho. En el caso citado, de una deuda reconocida en el testamento, no hay beneficio alguno, cuando constase de instrumento, pues el acreedor no recibiría un derecho nuevo; pero si la deuda estuviera prescrita, tampoco creo que habría un beneficio, pues no hace donación el que paga ó da vigor á una deuda prescrita, como no existe cuando deja de interrumpir la prescripción, art. 1791 n.º 5. Si el pariente que ha intervenido como testigo recibiera una donación remuneratoria por servicios que dieran derecho para demandarlos en juicio, y no considerándolos pagados, la renunciare, cobrándolos de los herederos de la sucesión, ¿el testamento se anularía? Según el texto del art. 3706, que examinamos, el testamento sería nulo; pero no según el art. 3664, y con mayor razón si ha renunciado al beneficio.—Véase lo dicho en el comentario á ese artículo, y lo que agregamos en el art. 3706.—Véanse arts. 3653, 3686 y 3707.

siderarse como sospechoso; pero ha debido permitirse á los descendientes que no tuvieran parte alguna en el testamento que pudieran atestiguar; pero como lo que el legislador desea únicamente es asegurarse en los testigos de la falta de interés en la validez ó nulidad del testamento, de ahí es que ha permitido, que el padre y el hijo, que son extraños al testador puedan servir de testigos en el mismo testamento, estableciendo en el **art. 3703**

¿El marido puede ser testigo en el testamento de su mujer? Si no es legatario ni recibe beneficio alguno, no veo inconveniente alguno, porque no hay prohibición expresa, y aunque existe la razón de la influencia, por temor de la cual el Dr. Velez-Sarsfield ha privado á los ascendientes y descendientes del testador el atestiguar en el testamento, no podemos extender una prohibición sin una disposición expresa. Las prohibiciones no se deducen, ni se crean, es necesario que una ley las establezca.—Comp. SAINTESPÉS-LESCOT, IV, 1113.

(**Art. 3703.**) Nuestro artículo resuelve la dificultad suscitada en derecho francés, fundada en las palabras de Favart que en la exposición de motivos decía: «los testigos no deben ser parientes entre ellos; esta prohibición está fundada sobre los mismos motivos que los excluyen, cuando son parientes de las partes contratantes». Se ha seguido con razón la misma regla del derecho romano, que establecía, que el parentesco entre las personas, no creaba un obstáculo para que pudieran ser testigos de un acto. Así, podría encontrarse un testamento en que los testigos fueran el padre y dos de sus hijos, siempre que el testador fuera un extraño, ó un pariente colateral. En rigor de derecho hubiera podido suprimirse el presente artículo, desde que la capacidad es la regla, y la incapacidad debe nacer de una disposición expresa; pero teniendo presente que en derecho francés también la regla es la capacidad, y no obstante han ocurrido dificultades, el codificador ha preferido hacer desaparecer toda duda.—Comp. GRENIER, II, 252. TOULLIER, III, 403.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3702.—Duranton, tom. 9, n° 116.—Troplong, *Testament*, n° 1603. — Toullier, tom. 5, n° 361. — Aubry y Rau, § 670.—Estos autores enseñan que aún los ascendientes y descendientes del testador, pueden ser testigos cuando el testamento no contenga alguna disposición á su favor. Nosotros los hemos excluido por la mútua influencia que pueden ejercer en el testador.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—*Aplicación del art. 3702.*—El parentesco sólo es tacha legal, dentro de los grados que la ley señala.—Jur. Civ., X, 512, Ser. 2°.

que: *el parentesco existente entre varias personas no es obstáculo para que sean simultáneamente testigos de un testamento.*

2º *No pueden ser testigos los herederos instituidos en el testamento, ni los legatarios, ni los que reciben algún favor por las disposiciones del testador (art. 3706);* porque unos y otros

(**Art. 3706.**) Al estudiar este artículo, se nos presenta la disposición del art. 3664, con el que parecen encontrarse en colisión; pero en aquel lugar explicamos, que ambos pueden coexistir sin contradecirse; aunque sería más conveniente reformar el 3664 suprimiendo la palabra *testigos*.

¿Esta disposición comprende á todos los testigos en los testamentos? ¿O sólo se aplica al testamento por acto público? Si estudiamos separadamente cada uno de estos artículos, veremos que unos pueden y deben aplicarse á toda clase de testamentos; como por ejemplo, la disposición de que el testigo debe ser varón y mayor de edad; pero la del art. 3700 evidentemente no se aplica sino al testamento abierto, el único que debe hacerse en los dos idiomas. Por mi parte creo que en el testamento cerrado, donde no se conocen las disposiciones del testador, no puede tener aplicación la prohibición del presente, pues el testigo ignora que sea legatario ó heredero, y si por casualidad lo supiera por dicho mismo del testador, no puede tener la certeza, pues no ha visto ni leído el testamento.

El testador no puede tener la idea de que se anule su testamento, y si por descuido ó ignorancia permite figurar como testigo á su legatario ó heredero, esto no será una suficiente causa para dejar sin efecto la disposición. Pero se dirá; el artículo no distingue y prohíbe de un modo absoluto ser testigo al legatario ó heredero, y todo lo ejecutado contra la prohibición de la ley es de ningún valor. A esto se puede contestar: la prohibición tiene por objeto impedir no sólo la influencia que el beneficiado pudiera ejercer respecto del testador, sino dificultar y hacer imposible el fraude y la confabulación, circunstancias que no pueden tener lugar en el testamento cerrado, en que la voluntad del testador es desconocida. Sobre todo, el que creyendo prestar un servicio se presenta como testigo en un testamento cerrado, sería penado doblemente, porque se le declararía incapaz y sospechoso de atestiguar, privándosele del beneficio que ese testamento le acordase; se castigaria á un inocente. Se comprende perfectamente, que el que obra conscientemente contra una

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3703.—Por ejemplo, dos hermanos, ó un padre y su hijo.—L. 22, Tit. 1, Lib. 28, Dig.—Duranton, tom. 9, n° 117.—Dembombe, tom. 21, n° 216.—Aubry y Rau, § 670.

estarían impedidos de atestiguar en caso se atacare el testamento.

prohibición de la ley, sufra las consecuencias de su acción, pero no así el inocente.

¿Cómo conciliar esta disposición con la del art. 3664? Si el escribano que autoriza el testamento, no lo anula, cuando recibe un legado, y producen su efecto todas las disposiciones, dejando sólo sin valor el legado. ¿Por qué no sucedería lo mismo respecto de los testigos, que tienen una importancia secundaria? ¿Por qué el ministro que da fe del acto, tendría menos importancia que los testigos? Pero esta sería una consideración para anular el testamento en ambos casos, ó para declararlo válido dejando sin efecto los legados, como lo dispone el art. 3664, suprimiendo la presente, lo que podría hacerse cuando se depure el Código, no para dejar sin efecto una disposición clara y terminante como la del artículo que estudiamos. Mi opinión es que las prohibiciones establecidas en este título no se deben aplicar ciegamente á todos los testamentos, porque la mayor parte de ellas tienen por único objeto impedir el fraude, ó que el testigo influya sobre el ánimo del testador para que lo favorezca en su testamento, ó beneficie al escribano que interviene, y por eso prohíbe á los parientes de éste, dentro del 4º grado, que reciban manda alguna, y para asegurar la seriedad y legalidad del acto, impide aun hasta á los sirvientes del escribano el ser testigos en el testamento que éste autorizara. Creo, pues, que pueden ser testigos en el testamento cerrado y no lo invalidarían, los que resultaren interesados, sea por haber sido nombrados herederos ó legatarios, ó por tener algún interés en las disposiciones.

¿Que extensión debe darse á la expresión: «ni los que reciben algún favor?» Me parece que será más bien una cuestión de hecho, tratándose de reconocimiento de acreencias existentes ó de contratos celebrados anteriormente, y en que la disposición se mandan cumplir; pero lo que no ofrece dudas es que el legado, por pequeño que sea, aunque sólo importe un simple recuerdo de amistad, quitaría al testigo el carácter de imparcialidad que debe tener, y así lo han decidido uniformemente los tribunales franceses, cuya doctrina debemos seguir en este caso.

¿Qué diríamos, cuando el legado fuera remuneratorio? Algunos juriconsultos como Toullier Duvergier y Delvincourt, han admitido la validez del testamento, cuando el legatario tenía acción para demandar en juicio el servicio hecho, porque en ese caso el legado importa el reconocimiento y pago de una deuda contraída, y por mi parte, rechazo esta opinión, aún cuando se tratare de una deuda constante en documento

3º *Tampoco pueden ser testigos en los testamentos, los parientes del escribano dentro del cuarto grado, los dependientes de su*

público ó privado, porque no es el simple reconocimiento, ni el pago de lo que ella importa, sino un legado que puede exceder al valor de lo que tiene derecho de cobrar. Sobre todo, el artículo no distingue, y prohíbe ser testigo al legatario, sea que reciba el legado como un simple beneficio, sea que importe un pago.

Pero como lo enseña Pothier, es necesario que el testigo sea legatario y reciba el beneficio en tal carácter para que la prohibición le sea aplicable, porque si el provecho ó beneficio lo obtuviese por otra circunstancia, no le impediría el ser testigo; así, por ejemplo, el cura de una parroquia podría ser testigo en un testamento en que se dejara una manda para la iglesia que sirve, aunque indirectamente viniera á aprovechar de ella, por las comodidades que ese dinero pudiera proporcionarle. Lo mismo diríamos con relación á los miembros de una comunidad ó de los habitantes de una ciudad á la que se dejase un legado para la construcción de una iglesia, en el primer caso, ó para la pavimentación de las calles, en el segundo.

¿Qué se decidiría cuando el testamento contuviera un legado para el ministro del culto que sirviera en tal iglesia á la muerte del testador, con el cargo de celebrar tal número de misas, y es el mismo ministro que ha figurado como testigo? Merlin, *Cuestiones de derecho*, 1º *Testamento*. § 14, examina esta cuestión y la decide en esta forma: ó el legado se ha hecho directa é individualmente al mismo ministro del culto que ha servido de testigo, y en ese caso no ha podido serlo del testamento, ó fué hecho á una persona indeterminada, cualquiera que sirviera á la iglesia en el momento de la muerte del testador, y en ese caso el legado es válido y ha podido ser testigo, aunque resultare que al fallecimiento él mismo sirviera dicha iglesia, porque entonces el testigo no era legatario, ni tenía interés cuando se hizo el testamento, y si por una circunstancia cualquiera ha venido á serlo, eso no le impedirá el recibirlo, desde que el legatario quedaba indeterminado. Por mi parte adopto esta opinión.—Véanse arts. 3664, 3686, 3702 y 3707.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3706. — Cód. Francés, art. 975. — L. 11. Tit. 1, Part. 6ª. — Esta ley comprendió en la exclusión del heredero á sus parientes hasta el cuarto grado. El Derecho Romano excluye sólo al heredero instituido y no á los simples legatarios. Instit., § 10, *De testament. ordin.* El Cód. Francés excluye aún á los parientes del legatario hasta el cuarto grado inclusive, imitando la Ley Romana respecto al heredero instituido, que excluía al hijo que el heredero tenía bajo su patria protestad. Instit., § citado.

oficina, ni sus domésticos (art. 3707); porque se encuentran en el mismo caso, no por el interés que tengan en el testamento,

(**Art. 3707.**) Cuando el artículo habla de los parientes, ¿se deben comprender también los de afinidad? Habiendo impedido el art. 3653 ser testigos á los afines, y estando comprendidos en la palabra parientes, los consideramos como tal. ¿Se comprenderán también los parientes ilegítimos? Los padres y los hijos naturales son los únicos parientes en el sentido de la ley, porque los demás no tienen vínculo alguno, ni tienen derechos hereditarios entre sí.

El artículo habla de los dependientes de la oficina del escribano, sin comprender á los demás de las otras oficinas que hacen escrituras públicas. En el art. 3696, he demostrado que en este título no se encuentran enumerados todos los que no pueden ser testigos en los testamentos por acto público, y que se debe aplicar el art. 990, porque no ha quedado excluido. Si se admite que no puede ser testigo en un testamento, el condenado por sentencia á quien se le privó ser testigo, la regla inflexible y absoluta que se pretende establecer, queda rota; desde que el presente título no lo comprende. ¿Y cómo separar, en efecto, el testamento por acto público del carácter de escritura pública de que está investido?

Tampoco es exacto que el art. 3696 diga que pueden ser testigos todos aquellos á quienes no se les prohíba en el presente título, porque bien claro expresa el pensamiento contrario cuando dice: no pueden serlo aquellos á quienes *la ley no les prohíbe*. ¿Qué ley? Evidentemente que la civil. ¿Dónde debemos ir á buscarla? Es por demás claro que en el Código, y tan ley prohibitiva es la que se encuentra en este título, como la del art. 990 y las demás correlativas. ¿Dónde hallar una disposición, que insinúe siquiera, que la incapacidad para ser testigo en un testamento por acto público debe buscarse exclusivamente en este título? No se encontrará seguramente ni mención de semejante circunstancia. Cuando el art. 990, habla de los testigos en los instrumentos públicos, comprende virtualmente á los testamentos por acto público, porque lo son evidentemente, y sin perjuicio de aplicarles las disposiciones que les sean especiales, quedan comprendidos en las generales que rigen para todos los instrumentos públicos; además, una disposición general no es derogada por una especial, sino en aquella parte que sea expresamente contraria, quedando en vigencia en lo restante. Soy, pues, de opinión que debe aplicarse el art. 990 á los testigos en los testamentos por acto público en cuanto no se opongan á la del presente título. —Comp. GOYENA, arts. 590 y 614.

sino por la influencia ó deseo de favorecer al oficial público, para mantener la validez del testamento.

4º *Los ciegos, los sordos y los mudos no pueden ser testigos en los testamentos (art. 3708)*, y con más razón los sordo-mudos;

El artículo se aplica únicamente á los testamentos por acto público, y cuando habla del escribano, de sus parientes, dependientes y domésticos, no se debe extender á los demás testamentos especiales en que otros desempeñan el papel de ministros de fe; pero se comprenden los jueces de Paz ó municipales, cuando estos concurriesen, á falta de escribano, al otorgamiento de un testamento por acto público.— Véanse arts. 990, 3664, 3686, 3702 y 3706.

(**Art. 3708.**) Esta inhabilidad que debió figurar en el art. 990 como general para todos los instrumentos públicos, fué olvidada y viene á ser impuesta en este caso para los testamentos, por las condiciones especiales que tienen los por acto público. Siendo una condición esencial que los testigos vean al testador cuando el testamento se otorga, y lo oigan leer, art. 3658, es claro que no pueden serlo los ciegos, ni los sordos y con más razón los sordo-mudos.

En cuanto á los mudos, aunque supieran escribir y pudieran explicarse, nuestro Código los ha incapacitado, sin razón á mi juicio, siguiendo en esta parte á las leyes romanas, olvidando que en aquella legislación los testigos prometían al testador dar al testimonio de sus disposiciones... *repromittere testimonium*, y no pudiendo hablar, no era posible ese testimonio; por nuestro derecho no existe tal promesa, y si saben escribir, bien pueden dar por escrito todas las explicaciones necesarias sobre el testamento y las circunstancias que han tenido lugar. Soy de opinión que cuando se reforme el Código, se suprima esta prohibición que no tiene razón de ser para el mudo que sabe escribir. Merlin, sostiene esta opinión con muy buenas razones y es seguido por Demolombe, XXI, 194, al decir: «la opinión de Merlin nos parece preferible, porque el mudo que ha podido ver y oír lo que pasaba en su presencia, podría también dar cuenta por medio del lenguaje de los signos tan perfeccionado y tan

Nota del Dr. Velez-Sarfield al art. 3707.—El Cód. Francés, art. 980, prohibía ser testigos á los amanuenses del escribano, lo que dió lugar á la cuestión de quienes debían ser tenidos como amanuenses.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—*Aplicación del art. 3707.*—El hecho de ser dependientes de una oficina autorizada para otorgar escrituras públicas, no es causa de nulidad del instrumento; la ley fulmina esa pena si los firmantes como testigos son dependientes autorizados para otorgarla.—Jur. Civ., IX, 198, Sér. 4º.

porque los ciegos no pueden ver firmar el testamento, ni los sordos oír la lectura, ni los mudos declarar en caso de atacarse el instrumento.

5º *No pueden ser testigos los que estén privados de su razón por cualquiera causa que sea. Los dementes no pueden serlo ni aun en los intervalos lúcidos* (art. 3709). Cuando la demencia fuera no-

seguro hoy»; separándome, no obstante, de esta última parte, para exigir al mudo que sepa escribir, á fin de que sus explicaciones no ofrezcan la menor duda.—Comp. GOYENA, art. 590 n° 2.—Véanse arts. 990, 3700 y 3709.

(Art. 3709.) ¿Quiénes son los que están privados de su razón y á los que se refiere la primera parte de este artículo? Seguramente que no son los dementes, de que se ocupa en la segunda parte; luego debemos aplicar esas palabras á los que por una causa accidental se encuentran en ese estado, como sucedería con la persona que durante una enfermedad aguda se encontrase delirante, ó del ebrio que ha perdido momentáneamente la facultad de dirigir sus acciones. El estar privado de su razón, ¿equivale á la expresión del art. 3615, de no estar en su perfecta razón? Son cuestiones muy difíciles de resolver, sobre las que no se pueden establecer reglas generales, y en que la prudencia y sagacidad de los magistrados decidirán en cada caso especial. ¿Quién puede determinar hasta qué punto se encuentra el individuo privado de su razón, cuando está poseído por la cólera, ó por una pasión de esas que avasallan el ánimo y anonadan la voluntad? El anciano dominado por una de esas pasiones seniles, ¿no se encuentra acaso en uno de esos estados que no son la perfecta razón? Es que se confunde en estos casos la voluntad, que está dominada, con la razón que no experimenta una perturbación real, de aquellas que atacan la inteligencia. El artículo no comprende esos estados cuando dice: «privados de su razón»; porque se refiere á la perturbación de ésta, sea por causa de una enfermedad momentánea como

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3709.—L. 9, Tit. 1, Part. 6ª.—Instít., § 6. *De testament. ordin.* En cuanto al mudo, Demolombe, n° 154.—Troplong, *Testament*, n° 1679.—Marcadé sobre el art. 1580, sostienen que no hay inconveniente alguno, pues él puede explicar su pensamiento por signos. Otros jurisconsultos piensan que deben ser excluidos absolutamente. — Grenier, tom. 2, n° 254, y otros, los admiten cuando sepan escribir.—Duranton, tom. 9, n° 104.—Toullier, tom. 5, n° 392. Nosotros aceptamos la decisión de la Ley Romana, porque la explicación de los testigos cuando fuese necesaria, sería únicamente por signos equívocos que no podrían nunca dar al juez evidencia de lo que en el testamento habian visto ó entendido.

toria, aunque no haya declaración previa, el tenido por demente no podrá ser testigo, debiendo demostrar la notoriedad el que ale-

la fiebre, ó por un accidente ocasional, como la embriaguez, que ataca directamente la integridad de la inteligencia, aunque sea por un momento.

En cuanto á los dementes, ¿se debe comprender tanto á los declarados en juicio, como á los que no lo estuvieron? Según la teoría que hemos sostenido en los arts. 140, 921 y 3615 sólo son incapaces de ejecutar cualquier acto de la vida civil, como los dementes declarados en juicio, los que están bajo el peso de una interdicción que no pueden hacerlo, ni aún en lúcidos intervalos. Según esta teoría, cuando el Código habla de dementes, incapacitándolos para el ejercicio de sus derechos, se entiende que se refiere á los declarados en juicio, y sólo por una excepción bien explicable, se debe admitir que la palabra *demente*, de que usa el art. 3615, permitiéndoles testar en los intervalos lúcidos, se aplique á los que habiendo perdido la razón, sin haber sido declarados tales, puedan hacerlo en dichos intervalos.

Y si ocurrimos á los modelos que ha tenido á la vista el Dr. Velez-Sarsfield para proyectar este artículo, nos convenceremos que se ha referido á los dementes declarados en juicio. En efecto, el art. 1012, Cód. de Chile, que probablemente ha inspirado el que comentamos, hablando de los que no pueden ser testigos en los testamentos dice: «3º los que se hallaren en *interdicción* por causa de demencia; 4º todos los que actualmente se hallaren privados de la razón», continuando en la enumeración que hace nuestro Código. ¿Por qué admitiríamos entonces aplicarlo tanto á los dementes declarados en juicio, como á los que no tienen interdicción? No son dementes según el lenguaje del Código sino aquellos que previamente han sido declarados tales. Y cuando el art. 140 dice que «ninguna persona será habida por demente, para los efectos que se determinan en este Código», expresa de un modo categórico, que cuando en adelante se hable de dementes, se entiende que sólo se comprenden los que han sido previamente declarados tales. Si en el art. 3615 hemos dado á la palabra *demente* otra significación, ha sido para conciliar la incongruencia que resultaría de admitir que, un demente declarado pudiera hacer testamento en lúcidos intervalos. Pero en este caso, no existe tal necesidad, y la regla debe recobrar toda su inflexibilidad, de que nadie es tenido por demente, si no ha sido declarado tal en juicio. Y para convencernos de que habla de estos dementes, que por otra parte son los únicos reconocidos por el Código, viene la expresión que completa el pensamiento al decir: los dementes no pueden serlo *ni aún en*

gare la nulidad del testamento. El estar privado de su razón comprende igualmente, al individuo que estuviere en ese estado aun momentáneamente, como el atacado de una enfermedad que lo redujera á la inconsciencia, ó el que estuviere en estado de embriaguez.

intervalos lúcidos, dando á entender que se refiere á los declarados en juicio. Es cierto que esta expresión ha servido para combatir la interpretación dada al art. 3615, pretendiendo demostrar, que la expresión: «los dementes solo podrán hacerlo (al testamento) en los intervalos lúcidos», se aplica á los declarados; pero en aquel lugar hemos demostrado la inconsistencia de este argumento.

La demostración que acabamos de hacer, no importa afirmar que los dementes no declarados en juicio puedan ser testigos en los testamentos; porque si se demostrase que, alguno de los testigos estaba privado de su razón cuando atestiguó, el acto sería nulo; nuestra observación se limita á sostener con los términos claros del artículo que, el demente declarado en juicio, no puede ser testigo ni aún en los intervalos lúcidos; pero si se alegase que estuvo privado de su razón, y se demostrase el hecho, el testamento se anularía. Una es la causa general: privación de la razón por cualquier circunstancia; la otra especial, es la declaración judicial de demencia, que no admite prueba en contra.—Comp. GORENA, art. 590, n° 4.—Véanse arts. 140, 921, 990 y 3708.

Nota del Dr. Vetez-Sarsfield al art. 3709.—La L. 20, § 4, Tit. 1, Lib. 28, Dig. y la L. 9, Tit. 1, Part. 6ª, disponen que los dementes pueden ser testigos en los intervalos lúcidos, y así lo enseñan Demolombe, Troplong y otros. Nosotros, por lo que hemos dicho sobre los intervalos lúcidos de los dementes, juzgamos que no es conveniente admitir la resolución de las leyes citadas. ¿Quién juzga que el demente estuvo en un intervalo lúcido cuando servía de testigo, si cuando el juez lo llama á reconocer su firma se halla fuera de razón? Los otros testigos del testamento pueden creer intervalo lúcido un momento de reposo en la enfermedad, que sin embargo continúe obrando en la persona del demente. Basta la probabilidad de que la enfermedad vuelva, para excluir al demente de ser testigo en los testamentos, aunque los otros testigos lo crean en un intervalo lúcido, porque su testimonio se necesita todavía para abrir un testamento cerrado, ó para reconocer su firma en un testamento militar ó marítimo, y en otros casos que puede ser necesario, y es posible que el juez del testamento se halle en tales casos con un testigo que está completamente demente.

TITULO XIV

DE LA INSTITUCIÓN Y SUBSTITUCIÓN DE HEREDEROS

§ 1015. — CÓMO DEBE HACERSE LA INSTITUCIÓN DE HEREDEROS

Debe tenerse presente que el testador está colocado en la posición del legislador con relación á la manifestación de su voluntad; él es quien da la ley á este respecto, ley que debe respetarse siempre que esté dentro de los límites señalados.

Como una norma invariable á que todos deben sujetarse, se impone esta regla: *la institución de herederos puede ser hecha sólo por testamento (art. 3710, 1ª parte)*; es decir, por un instrumento que tenga no sólo la forma de los testamentos, sino en que se disponga de los bienes para después de su fallecimiento, sin que sea necesario usar de palabras sacramentales, pues el testador puede valerse de cualesquiera expresión, siempre que disponga de sus bienes.

No es necesario, como en la antigua legislación, que el testador instituya herederos, pues la ley actual le permite hacer únicamente legados, así es que según su voluntad, *el testador puede instituir ó dejar de instituir herederos en su testamento. Si no instituye heredero, sus disposiciones deben cumplirse; y en el remanente de sus bienes se sucederá como se ordena en las sucesiones intestadas (art. 3710, últ. parte)*, entrando á recoger la herencia los

(**Art. 3710.**) La ley, al permitir al testador **el** extender su voluntad más allá de la tumba, prolongando, por decirlo así, su personalidad, ha impuesto formas determinadas para que pueda hacerse con seguridad la manifestación de esa voluntad, y por eso ha establecido los tres únicos modos en que puede realizarla: en forma ológrafa, por acto público ó

descendientes y el cónyuge, ó si no los tuviere, los ascendientes, y finalmente los colaterales, excluyendo los de grado más próximo á los de grado más remoto.

cerrado, autorizándolo en casos especiales para que pueda manifestarla con menos formalidades; pero expresando que toda disposición de sus bienes para después de su fallecimiento, debe hacerse en alguna de esas formas.

Ha dejado completa libertad en los demás casos, rompiendo el formalismo romano que no permitía las sucesiones testadas é intestadas al mismo tiempo, y declarando la soberanía de la voluntad del testador, que puede nombrar heredero ó dejar de hacerlo, disponiendo sólo de una parte de sus bienes; así es que puede haber sucesión testada é intestada, lo que sucederá cuando el testamento se redujera á legados, en que el remanente de los bienes lo tomarán los herederos *ab intestato*.

No creo que la sucesión testamentaria se pueda considerar como una excepción de la intestada, según lo sostienen algunos, porque en esta el legislador trata de substituir la voluntad del testador no manifestada por cualquiera causa, y supone que si lo hubiera hecho, habría sido en el sentido del orden natural, prefiriendo á sus parientes á los extraños, y entre aquellos á los que están ligados más fuertemente por el vínculo de la sangre; es decir, á los más próximos. La única limitación que pone á la voluntad del testador es cuando tiene herederos forzosos; pero en los demás casos, esa voluntad es la ley que gobierna la transmisión de los bienes en la sucesión testada.

Nuestro Código ha seguido la antigua legislación española conservando la denominación de herederos y legatarios, separándose de la francesa que ha consagrado en el art. 1002 que las disposiciones testamentarias son, ó universales, ó á título universal ó á título particular, y que cada una de estas disposiciones, sea que haya sido hecha bajo la denominación de institución de heredero, sea bajo la de legados, producirá su efecto según las reglas establecidas para los legados universales, para los legados á título universal, y los particulares. Así, según el Código Francés, toda disposición testamentaria recibe el nombre de legado. Y habría sido mejor adoptar esta reforma.—Comp. GOYENA, art. 624 y 625, LAURENT, XIII, 477.—Véanse arts. 3280, 3565, 3715 y 3727.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3710.—L. 7, Tit. 3, Part. 6ª, y L. 1, Tit. 18, Lib. 10. Nov. Rec.—Cód. de Austria, art. 554.—Holandés, 521.—Prusiano, 259 y 283.—Las sucesiones legítimas en el Derecho Romano, eran incompatibles con las sucesiones testamentarias, por el principio de que un individuo no puede

¿Cómo debe hacerse la institución de heredero? El **art. 3711**, 1ª parte, dice: *el testador debe nombrar por sí mismo al heredero*; es decir, que no podrá valerse de otra persona para hacer la designación; por ejemplo, *si se refiere al que otro nombrará por encargo suyo, la institución no vale* (**art. 3711**, últ. parte); porque

(**Art. 3711.**) Por la antigua legislación española se autorizaba á los testadores para que pudieran designar los herederos, obedeciendo á las instrucciones dejadas por el testador, y eso es lo que el artículo ha venido á alterar, imponiendo á éste la obligación de nombrar por sí mismo al heredero ó herederos que deban sucederle.

La imposición de nombrar el heredero por sí mismo, rige de un modo absoluto en los testamentos ológrafos y en los por acto público, en que el testador debe escribir su nombre por sí mismo en los primeros, y debe nombrarlo él mismo dictándoselo al escribano en los otros; pero en los cerrados puede hacer el nombramiento un tercero que escriba el testamento, siendo confirmado por el testador, por el hecho de poner la firma al pie de él, aunque no lo hubiera leído, bastando con la posibilidad en que estuvo de hacerlo.

La institución de heredero ó legatario no tendrá efecto, si se refiere al nombramiento que otro hará en su nombre, ó que se encontrará entre sus papeles, aunque en este último caso valdría, si los papeles donde se encontrare tuviera los requisitos necesarios para el testamento ológrafo, art. 3620.

Quedan, pues, suprimidos para en adelante, los poderes que se autorizaban á fin de nombrar herederos ó legatarios, de modo que no tendría valor alguno el mandato dado en escritura pública á una tercera persona, para que nombre heredero á fulano de tal, como lo establecía la ley 5, tit. 4, lib. 5, R. C., restringiendo las facultades concedidas á los comisarios.

morir parte testado y parte intestado. Si el testador no disponía de la totalidad de sus bienes por legados, el patrimonio restante no se daba á los herederos *ab intestato* según el orden de las sucesiones legítimas, sino que acrecía al heredero *in re certa*.

Las Leyes de Partida siguieron el principio romano. L. 14, Tit. 3, Part. 6ª. —El heredero instituido en cosa cierta, ó en una parte de la herencia, recogía todos los bienes restantes del testador, aunque éste lo prohibiese. Pero la L. 1, Tit. 18.

Fallos de la Cám. de Apl. de la Cap.—*Aplicación del art. 3710.*—Los herederos instituidos por testamento, no necesitan justificar su carácter por otros medios, si no les fuere contestado.—Jur. Civ., IX, 223, Ser. 2ª.

no sería la voluntad variable del testador la que prevalecería, sino la de una persona extraña.

Y así como el testador debe hacer el nombramiento personalmente, imprimiendo al acto su propia voluntad, del mismo modo *el heredero debe ser designado con palabras claras, que no dejen duda alguna sobre la persona instituida. Si la institución dejare duda entre dos ó más individuos, ninguno de ellos será tenido por heredero. Esta disposición rige igualmente en los legados (art. 3712)*. El legislador ha exigido tal claridad en la institucion.

En cuanto á la forma y modo de hacer el nombramiento de heredero, se determina en el artículo siguiente. — Véanse arts. 1890, 3619, 3630 y 3759.

(**Art. 3712.**) Hemos sostenido la teoría de que en el testamento mismo deben buscarse todos los elementos para ejecutar la voluntad del testador; que no es permitido ir fuera de él á averiguar lo que se ha querido disponer; si aplicamos estos principios al artículo que estudiamos, tendremos que desear cualquier institución de heredero que ofreciera dudas sobre la persona á quien se ha querido instituir en ese carácter.

Nuestro artículo ha sido tomado del Código de Chile, arts. 1056 y 1065, como lo indica la nota del Doctor Velez-Sarsfield; pero no ha resuelto los diversos casos que contienen dichos artículos, ni las condiciones que debe tener el nombrado heredero ó legatario; como, por ejemplo, que debe ser persona cierta y determinada, natural ó jurídica, sea que se determine por su nombre ó por indicaciones claras del testamento. Pero ¿qué sucederá con la institución de heredero ó el legado á un establecimiento de beneficencia, sin designarlo? Por nuestro Código quedaría sin efecto el nombramiento, porque no está nombrado el establecimiento, lo que sería no interpretar la voluntad del testador; debió conferirse en esos casos la facultad de designarlo á un alto funcionario público, sea al Intendente Municipal, Ministro del Interior, ó el Presidente de la República, como lo hace el Código de Chile.

El artículo dice, la designación del heredero se hará con palabras claras que no dejen la menor duda, indicando de ese modo, que si la disposición testamentaria ofreciera cualquier dificultad, debe anularse;

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3711.—L. 11, Tit. 3, Part. 6^a.—L. 1, Tit. 19, Lib. 10. Nov. Rec. corrigió la máxima romana, y según ella, nada influye para la validez de las disposiciones del testador, el que nombre ó no heredero, y que éste acepte ó no la herencia.

ción, que prefiere anularla antes de exponerse á no interpretar bien la voluntad del testador.

§ 1016. — DERECHOS DE LOS HEREDEROS INSTITUIDOS

Los herederos instituidos representan al difunto, y en esta calidad pueden ejercer los derechos que á éste correspondiesen, sujetándose á las formalidades que la ley establece para la posesión y demás acciones, así dice el **art. 3713**: *los herederos insti-*

por ejemplo, si dijera, nombro por mi heredero á los hijos de mi hermano, y resultare que tiene dos, y ambos con hijos; si, por el contrario, uno fuera casado y con hijos y el otro no los tuviera, la institución no ofrecería dudas; pero si el uno tuviera hijos naturales y el otro legítimos, la duda se impondría al espíritu, y aunque probablemente se habría referido á los legítimos, la institución se anularía.

Debe tenerse en cuenta que los legados hechos á personas de existencia ideal con el objeto de fundarlas y requerir su competente autorización, son válidos, aunque la persona no exista aún; pero si no fuera autorizada ó no pudiera fundarse por cualquier circunstancia, el legado ó institución quedaría sin valor; del mismo modo se juzgaría la institución ó legado á una persona que no tiene existencia en el momento de abrirse la sucesión.—Comp. LAURENT, XIII, 486 y sig. Cód. DE CALIFORNIA 3507 á 3510.—Véanse arts. 1148, 3620, 3621 y 3711.

(**Art. 3713.**) Debe recordarse que, cuando el Código habla de herederos instituidos, no comprende los casos en que éstos fueran ascendientes ó descendientes, porque tienen la posesión de la herencia sin necesidad de pedirla, si no estuvieran ausentes en el momento de abrirse la sucesión. El artículo sólo comprende á los sucesibles que tienen necesidad de pedirla, ó á los extraños que hubieren sido instituidos herederos en un testamento válido. Como herederos representan la persona del difunto desde su fallecimiento, y si han aceptado la herencia pura y simplemente, han confundido su propio patrimonio con el de su causante, sucediéndole en todas sus obligaciones y derechos como si fueran ascendientes ó descendientes, con esta única diferencia: que no tienen la posesión hereditaria; pero esa posesión no importa la materialidad de ponerse en contacto real con las cosas, sino la posesión que

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3712.—Véanse LL. 6 y 10, Tit. 3, Part. 6ª y L. 9, Tit. 9, Part. 6ª.—Cód. de Chile, arts. 1056 y 1065.

tuidos gozan, respecto de tercero y entre sí, de los mismos derechos que los herederos legítimos, menos en cuanto á la posesión hereditaria

equivale á una *calidad*, como se dijo en el art. 3414, de donde viene únicamente la justificación de su derecho, reconocido por el juez de la sucesión. El heredero descendiente ó ascendiente nada tiene que justificar; la ley lo reconoce como continuador de la persona de su causante, y en esa calidad puede deducir todas las acciones posesorias y petitorias de éste, sean personales ó reales, y aun las que importaron un desmembramiento de la propiedad; pero si se encontrare ausente, esa calidad le faltaría y tendría que demostrarla ante el juez, bastando esta prueba para que se considere haber entrado en posesión de la herencia. No es pues, la posesión material de ésta la que el juez da, porque no puede hacerlo, desde que no la tiene, ni puede quitarla á los que se hubieran apoderado de las cosas, sin un juicio previo del reconocimiento de la calidad de heredero.

Cuando el artículo dice: los herederos instituidos tienen los mismos derechos que los legítimos, menos la posesión hereditaria, sólo indica la necesidad en el instituido, que no es descendiente ni ascendiente, de presentarse ante el juez con el testamento acreditando su título, y una vez reconocido, podrá entablar todas las acciones que competían al difunto, *aun antes de tomar posesión* de los bienes hereditarios; es decir, antes de haberse apoderado materialmente de ellos; porque de otro modo se vería en la imposibilidad de ejercer los mismos derechos de su causante; pues si suponemos que los bienes están poseídos por otros que los detentan á título de propietarios, ¿cómo podría entrar en posesión material de ellos sin antes vencerlos en juicio contradictorio? ¿Y cómo podría deducir las acciones posesorias ó reivindicatorias, si no ha podido entrar en posesión de esos bienes? Es que la posesión de que habla la ley, no es la material, sino la que va unida á la calidad de heredero reconocido: posesión que depende de esa calidad que la justicia le ha admitido. Considerando así este artículo, desaparece la antinomia que algunos han encontrado con el art. 3414, y sobre todo entre la primera parte, donde se niega al heredero instituido la posesión hereditaria, para concederle en seguida la facultad de ejercer todos los derechos de su causante, antes de entrar en posesión de la herencia, cuando esos derechos no pueden ejercerse sino después de haber sido puesto en posesión de ella.

Hemos dicho que el artículo habla de los herederos instituidos que no fueran descendientes ó ascendientes, por eso dice en su última parte, que no están obligados á colacionar las donaciones entre vivos que hubieren recibido del testador, porque de otro modo las colacionarían, á

ria. Pueden ejercer todas las acciones que podría ejercer un heredero legítimo: pueden entablar las acciones que competían al difunto, aun antes que tomen posesión de los bienes hereditarios; pero no están obligados á colacionar las donaciones que, por actos entre vivos, les hubiere hecho el testador, á menos que éste lo ordenare expresamente, en cuyo caso no sería una verdadera colación, porque ésta sólo tiene lugar entre los herederos forzosos; pero estarían obligados á computarlas cumpliendo la voluntad del testador.

En cuanto á la facultad concedida por el artículo, respecto al derecho que tienen los herederos para deducir las acciones que tenía el difunto, aún antes de tomar posesión de los bienes, se debe comprender también á aquellas acciones que no pueden ser susceptibles de una posesión material; como por ejemplo, la acción para reivindicar un inmueble, ó la que tienen para interrumpir la prescripción ó cosas semejantes.

Los herederos instituidos pueden ser personas extrañas, en grado sucesible ó forzosos; el artículo no comprende á estos últimos, en los casos en que la ley les acuerda la posesión.

Por una repetición necesaria, muchas veces, á la claridad en la exposición de las materias, el Código vuelve á traer la definición de lo que se entiende por heredero forzoso, dada en el art. 3591, diciendo en el presente: *son herederos forzosos, aunque no sean instituidos en el testamento, aquellos á quienes la ley reserva en los bienes del difunto una porción de que no puede privarlos, sin justa*

menos de disposición expresa, en contrario, del testador, y siempre que no perjudicasen las legítimas forzosas.

Cuando el testador distribuye sus bienes entre sus parientes en grado sucesible, si no tuviere herederos forzosos, tiene una libertad completa, y nadie puede quejarse por la desigualdad, ni por haber preferido á los de grado más remoto, olvidando á los más próximos; pero si algunos de los nombrados fuera indigno de suceder, esa parte no vendría á los herederos más próximos en grado, como si hubiera fallecido intestado en esa parte, sino que acrecería á los otros nombrados conjuntamente. Si se tratase simplemente de legados separados, y algunos de los legatarios fuera incapaz de suceder, acrecería á la herencia y lo tomaría el heredero instituido.—Comp. AUBRY y RAU, § 722.—Véanse arts. 3413, 3414, 3476, 3477 y 3768.

causa de desheredación (art. 3714), teniendo presente lo que se dispone en los casos de indignidad, en que la ley sustituyéndose

(**Art. 3714.**) Por nuestro Código los herederos se pueden dividir *en forzosos*, que son aquellos á quienes el testador no les puede privar de la parte que la ley les acuerda sin una causa de desheredación; están en estas condiciones los descendientes y ascendientes; pero no los cónyuges; los no forzosos son los que no tienen una parte determinada en la herencia, y están sujetos á la única y exclusiva voluntad del testador; estos se pueden dividir á su vez en legítimos ó *ab intestato*, que reciben la herencia en virtud del llamamiento de la ley, fundado en su parentesco con el causante, cuando no hay testamento, ó los que vienen á la sucesión en virtud de la institución de heredero, por la voluntad del testador, cuyo título se funda en el testamento mismo.

Entre los primeros, entra necesariamente el cónyuge supérstite, que tiene una parte igual á la de los descendientes cuando éstos vienen á la sucesión de su padre; tiene igualmente la misma parte que los ascendientes, cuando éstos son llamados á la sucesión; el cónyuge supérstite no tiene porción hereditaria, cuando los bienes dejados por el difunto son todos gananciales, pues toma la mitad como socio, por derecho propio, y la mitad restante pertenece á los descendientes ó ascendientes, como expresamente lo dispone el art. 3576.

No es extraño que el cónyuge sobreviviente deje, en la hipótesis enunciada, de ser heredero forzoso, porque su posición cambia con los herederos con quienes concurre á recibir la herencia, y también es el único caso, pues es sabido que viene á la sucesión en su carácter de socio, por derecho propio, para dividir los gananciales obtenidos durante el matrimonio, y como heredero por partes iguales, con sus hijos, en los bienes propios del fallecido. Es, pues, un grave error el sostener, que el cónyuge sobreviviente es socio y heredero, cuando sólo han quedado bienes gananciales y descendientes ó ascendientes, y que divide como socio, tomando la mitad de los bienes, para entrar en lo demás á tomar una parte igual á los hijos, porque precisamente eso es lo que prohíbe el art. 3576, como lo he explicado en el comentario á dicho artículo. Así, cuando el marido tenía 100 de bienes propios y 100 de gananciales, habiendo dejado un hijo, la viuda tomará como socia la mitad de los cien de gananciales y entrará por la otra mitad con su hijo en los otros cien, de modo que cada uno recibirá cien; si, por el contrario, son los 200 gananciales, cada uno tomará la mitad.—Comp. GOYENA, art. 640. Cód. DE CALIFORNIA, 3460.—Véanse arts. 3525 á 3529, 3600, 3715, 3744 y 3826.

al testador priva al heredero, que ha cometido ciertos actos, de la sucesión que debiera recoger.

Se ha dicho que, por la legislación actual, no era necesaria la institución de herederos para que el testamento existiera; así, pues, aunque no los haya, se debe cumplir lo ordenado en el testamento, por eso dice el **art. 3715**: *la pre-*

(**Art. 3715.**) El artículo puede comprender las siguientes hipótesis: 1ª, preterición de un heredero forzoso en favor de otro que también lo sea; 2ª, preterición del heredero forzoso en favor de uno que no lo sea; 3ª, preterición del que estaba concebido y nació vivo.

En primer lugar se debe sentar como un principio de derecho, que la preterición sólo tiene lugar respecto de los herederos forzosos, los demás no tienen derecho alguno que reclamar, aunque sean parientes en grado sucesible. Cuando no existen herederos forzosos, la voluntad del testador se impone sin limitación, pudiendo nombrar heredero á cualquier persona, siempre que exista y tenga capacidad para recibir la herencia.

Si suponemos que uno de los herederos forzosos ha sido preterido en el testamento, el privado de la herencia sin justa causa ¿podrá demandar la nulidad de la institución testamentaria, y quedará sin efecto el nombramiento, ó le bastará con que se le declare heredero con los mismos derechos? El artículo dice: se anula la institución de heredero; pero como lo demostraré más adelante, es para cuando el nombrado no sea heredero forzoso; en el caso propuesto su objeto no es excluir al nombrado, sino concurrir con él á recoger la herencia dejada por el difunto; por consiguiente se llenaría el objeto, con obtener se le acuerde su porción legítima, dejando subsistentes los legados y mandas contenidas en el testamento, siempre que no perjudiquen la legítima forzosa. Si quedase alguna cantidad de la porción disponible será dividida entre ambos, pues el heredero instituido no tiene derecho de preferencia, ni puede retenerla á título de mejora, á menos que expresamente se le hubiera dejado á este título. En efecto, si el preterido usando de su derecho anulase la institución de heredero, entrarían ambos á heredar como si no existiera testamento sino respecto de las mandas y legados, dividiendo la herencia por iguales partes. Es entendido que ambos herederos estarán obligados á colacionar las donaciones recibidas del testador durante su vida, á menos de haberlos dispensado expresamente.

El preterido puede demandar que se le dé la porción forzosa de que ha sido privado sin justa causa, dejando, en cierto modo, sin efecto la

terición de alguno ó de todos los herederos forzosos en la línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento, ó que nazcan, muerto

institución de heredero único hecha en el nombrado, acordándosele igual parte en los demás bienes de la porción disponible y respetando las mandas y mejoras hechas, si no perjudican la porción forzosa. El heredero instituido no puede pretender conservar la porción disponible á título de mejoras, porque éstas no existen, sin cláusula expresa de mejora, según la disposición expresa del art. 3524, que se armoniza con el art. 3630.

En la segunda hipótesis, cuando se ha instituido heredero á uno que no lo era forzoso, habiendo preferido al que tenía esta calidad, la institución se anularía, porque en este caso la acción del heredero forzoso, no tiene por objeto entrar á la herencia con el instituido, sino de excluirlo por completo, anulando la institución. Este es el caso del artículo; es necesario anular la institución para que el preterido entre á recoger la herencia. No se hará distinción entre el heredero extraño y los parientes en grado sucesible, porque unos y otros están en el mismo caso con relación al heredero forzoso preterido.

La tercera hipótesis, la más posible, cuando el testador ignorando que tiene un nieto ó biznieto que sólo estaba concebido, instituyese por heredero á un pariente en grado sucesible ó á un extraño, por no tenerlo forzoso; en ese caso, si el concebido naciera vivo, aunque fuera un instante dentro de los 300 días de la muerte del testador, la madre en representación de su hijo haría anular la institución de heredero, ó cuando hubiera otros forzosos instituidos, pediría se dejara sin efecto al solo objeto de que fuera comprendido el nacido, como heredero forzoso en representación de su padre, ó si hubiere muerto después de nacer, ella entraría como heredera de su hijo en representación de éste.

Cuando el artículo habla de los herederos forzosos *en la línea recta*, no ha debido excluir á los cónyuges, que también lo son; pero la expresión los excluye, sin razón, como lo veremos más adelante.

Si el testamento fué otorgado cuando existía el heredero forzoso á quien se pretería, y al fallecimiento del testador, hubiera dejado de existir, sin descendientes que pudieran entrar en su representación, es evidente que no habiendo preterición, el testamento quedará inatacable; lo mismo sucederá cuando el heredero hubiere renunciado á la herencia, porque entonces nadie podría atacar el testamento. — Véanse arts. 3528, 3529, 3630, y 3714.

El artículo fué corregido en la palabra *algunos*, por *alguno*, como está al presente, cuando debió decir, «de alguno ó de algunos».

el testador, anula la institución del heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas, recogiendo cada heredero forzoso la parte que le corresponda, como si no hubiera institución.

§ 1017. — CUÁNDO SE REPUTA INSTITUCIÓN Y CUÁNDO LEGADO

Se debe tener presente que el heredero representa al difunto, y le sucede en todos los derechos y obligaciones; si son varios, todos deben recibir la herencia, que es la universalidad jurídica, y tienen el derecho de recoger toda la sucesión si sus coherederos fallecen sin sucesión. Con estas ideas es fácil distinguir un heredero de un legatario. Así pues, *la disposición testamentaria por la cual el testador da á una ó muchas personas, la universalidad de los bienes que deja á su muerte, importa instituir herederos á las personas designadas, aun cuando según los términos del testamento, la disposición se encuentre restringida á la nuda propiedad, y que separadamente el usufructo se haya dado á otra persona (art. 3717);* porque en último resultado recibirá todos los bienes.

(Art. 3717.) Como dijimos en el artículo anterior, nuestro Código no reconoce *legatario universal*, que en derecho francés equivale al heredero entre nosotros. El Código usa en este artículo de la expresión de la *universalidad de los bienes* y la repite en los arts. 3718 y 3719; pero en parte alguna denomina legatario universal al heredero. Por eso considero un error el sostener que nuestro Código haya considerado como «legatarios universales á los que reciben una parte alicuota de la herencia», porque son legatarios de parte determinada, mientras los legatarios universales ó los que reciben la universalidad de los bienes que deja el testador, son verdaderos herederos, cuando no tienen parte asignada en esa universalidad.

Así, cuando el testador deja á una sola persona la universalidad de sus bienes, el artículo lo considera heredero, porque todos los derechos y obligaciones del difunto pasan al legatario sin limitación; es decir, lo representa y continúa su persona, y precisamente esa es la característica del heredero. Cuando son varios los legatarios de la universalidad,

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3715. — Véase Goyena, art. 641, y las notas que pone á ese artículo.

Por la misma razón se considera institución de herederos y no de legatarios, *si las disposiciones testamentarias absorbieran en*

se dividirán los bienes después de pagar las deudas de la sucesión, y si falleciere uno de ellos sin dejar quien lo represente como heredero, la parte del fallecido acrecerá á los demás, porque cada uno de ellos y todos juntos representan y continúan la persona del difunto, como únicos herederos, sin que desnaturalice su carácter el nombre de legatarios que les ha dado el difunto en su testamento; lo mismo sucederá, cuando el testador después de hacer legados dijese: lego lo restante de mis bienes á tal persona; ésta será heredera y no legataria, art. 3720.

Y la disposición del artículo se aplica aún á los casos en que el testador hubiera legado á una persona el usufructo de todos sus bienes y al otro la nuda propiedad, porque éste sería considerado como único heredero, pues, el usufructo es una carga temporaria destinada á cesar con el cumplimiento del término señalado, ó á la muerte del usufructuario, resultando así ser el verdadero dueño de esos bienes. Cuando el usufructuario universal no quisiera pagar las deudas y cargas que gravasen la sucesión, el nudo propietario de la universalidad de los bienes, puede elegir entre pagarlas de su peculio propio, y cobrar los intereses durante el usufructo, ó hacer vender una parte de los bienes sujetos al usufructo; si el usufructuario pagase las deudas, su valor lo será devuelto al finalizar el usufructo, sin interés alguno, art. 2900. Así, pues, el usufructuario es un verdadero legatario, mientras el nudo propietario de la universalidad es el heredero.

De los principios expuestos resulta: 1º, el legatario de cosas ciertas, es considerado como simple legatario, aunque las cosas legadas fueran las únicas que poseyera el difunto, y no está obligado á contribuir al pago de las deudas de la sucesión solvente, art. 3796; cuando fuere insolvente, los legados no pueden pagarse hasta no ser canceladas las demás deudas; 2º, que cuando el legado es de parte determinada, ó fuera de la universalidad de los bienes con asignación de parte, será considerado igualmente como legatario; pero estará obligado al pago de las deudas en proporción de lo que recibiere, art. 3499; esa misma obligación tienen con relación á los demás legatarios de cosa cierta, que serán pagados primero, art. 3798; 3º, que la herencia dejada á varias personas, con asignación de partes (no siendo herederos forzosos), no es un legado universal, como algunos lo sostienen, sino uno de parte alicuota, en que el legatario sólo está obligado por las deudas y cargas de la sucesión en la proporción de la parte que recibiera y con los bienes que le sean entregados; 4º, que los legatarios de parte alicuota, como no son herederos,

legados la universalidad de los bienes del testador, sólo se tendrán por institución de herederos, cuando exista entre los diversos lega-

sólo están obligados por las deudas y cargas de la sucesión en la proporción de la parte que se les haya señalado, y con los bienes recibidos; no siendo cierto lo sostenido por algunos, de que respondan en proporción de sus cuotas, aunque no recibieran bienes; porque eso sería considerarlos herederos, cuando sólo son legatarios de parte determinada; 5º, que cuando se lega la universalidad de los bienes, el legatario es considerado como heredero, y sucede al difunto en todos sus derechos y obligaciones; 6º, que cuando la universalidad de los bienes fuera absorbida por los legados, los legatarios serán considerados como herederos, si hubiera entre ellos el derecho de acrecer.

Es necesario no confundir al legatario universal, que no existe por nuestro derecho, con el legatario de la universalidad de todos los bienes con asignación de partes; pero si llamáramos legatario universal al que recibe la universalidad de los bienes, de que habla este artículo, sería verdadero heredero, mientras el otro siempre será legatario de parte alicuota, que no representa al difunto, aunque tiene mayores obligaciones que el legatario de cosas particulares, porque debe pagar las deudas y cargas de la sucesión, en la proporción asignada y con los bienes recibidos, mientras el otro es uno de tantos acreedores de la sucesión, con la única limitación de que su legado debe dejar íntegras las legítimas de los herederos forzosos, y cuando la sucesión es insolvente no puede recibir parte alguna.

Aubry y Rau, § 714, texto á la nota 2 de donde el artículo fué tomado, como lo indica la nota del Dr. Velez-Sarsfield, dicen: «el legado universal es la disposición testamentaria por la cual el testador da á una ó muchas personas la universalidad de los bienes que deja á su fallecimiento», y agregan más adelante en el texto á la nota 7: «el legado de la universalidad de los bienes es un legado universal, aún cuando se encontrara según los términos del testamento, restringido á la nuda propiedad; y que el usufructo haya sido legado separadamente á otra persona»; agregando como explicación de la 1ª parte en la nota siguiente: «un legado no es universal, sino cuando tiene por objeto la totalidad de la herencia del testador; es decir, el conjunto de sus bienes, mirados como formando una universalidad jurídica».

Debemos tener presente que en derecho francés el legatario universal es el que nosotros llamamos heredero, el legatario á título universal es el que el Código denomina legatario de parte alicuota, ó á quien se ha legado la universalidad de los bienes con asignación de partes.—

tarios una conjunción que pueda dar lugar al derecho de acrecer entre ellos (art. 3718); porque entonces á falta de los unos re-

Comp. DEMOLOMBE, XXI, 538. COIN-DELISLE, art. 1003, n° 16 y 17. COLMET DE SANTERRE, IV, 244, *his* IV. SAINTESPÉS-LESCOT, IV, 1321. — Véanse arts. 3263, 3279, 3281, 3716, 3719, 3720 y 3798.

(**Art. 3718.**) El artículo puede dar lugar á las siguientes hipótesis: 1ª, que el testador haya legado, á diversos individuos separadamente, todos sus bienes; 2ª, que haya legado á algunos en conjunto tales ó cuales bienes, dándoles el derecho de acrecer; 3ª, que haya legado la universalidad de los bienes, asignándoles partes; 4ª, que haya legado la universalidad de los bienes á dos ó más sin indicarles partes; 5ª, que haya legado la universalidad asignándoles partes, pero concediéndoles el derecho de acrecer.

En cuanto á la primera hipótesis, es necesario no confundir la universalidad jurídica que se llama patrimonio, con los bienes, compuestos generalmente de muebles, semovientes é inmuebles, y que parecen agotar, por decirlo así, todos los que dejare; por ejemplo, un individuo que posee dos casas y sus muebles, y que los lega á tres personas separadamente. A primera vista parece que ha legado todo su patrimonio, disponiendo de la universalidad de sus bienes; pero no es así, porque éste se compone y lo forman todos los derechos y acciones que correspondan al difunto, mientras sólo ha legado bienes determinados. Este no es el caso del artículo; cada legatario lo será de cosas particulares, y aunque entre ellos hubiera una conjunción que les diera el derecho de acrecer, no serían considerados como herederos. Así, por ejemplo, si dijera: lego mi casa tal á Alberto, mi estancia de tal parte á Julio, y mis muebles á Emilio, ordenando que entre Alberto y Julio haya el derecho de acrecer, no por esta circunstancia serían considerados herederos.

En la segunda hipótesis, se supone que tales ó cuales bienes se hayan legado á dos ó más personas conjuntamente dándoles el derecho de acrecer, como si lego mi casa tal y mi estancia del Pergamino á Alberto y Julio, concediéndoles el derecho de acrecer para el caso en que cualquiera de ellos no pueda ó no quiera aceptar el legado, si uno de ellos falleciera antes que el testador, el otro heredaría ambas cosas, y sin embargo no sería considerado como heredero; es un legatario particular de cosa cierta, aunque esa estancia y la casa fueran los únicos

cibirán los demás el todo de la herencia: pero es necesario que se trate de la universalidad de los bienes; es decir, de todos los de-

bienes que poseo; eso no es lo que en derecho se entiende por la universalidad de los bienes.

Cuando se ha legado á varias personas la universalidad de los bienes, asignándoles una parte determinada, es el caso del artículo siguiente, y se considerarán legatarios; pero debemos hacer una distinción, para no confundir la designación de una parte determinada, con la general en que se pone en un pie de igualdad á los legatarios. Así, cuando se dice, por ejemplo, lego todos mis bienes á Julio y Alberto para que los tomen por iguales partes, se hace una verdadera institución de heredero, y cada uno tendrá el derecho de acrecer: porque no hay designación de partes; pero si por el contrario se dijera: lego á Julio la tercera parte de la universalidad de mis bienes, á Emilio otra tercera parte, y á Alberto la otra tercera parte, como no hay unión ni una conjunción que los una, será un legado de parte alicuota, en que sólo estarán obligados por las deudas y cargas de la sucesión en proporción á la parte señalada, y con los bienes que recibieren.

En la cuarta hipótesis, cuando se lega la universalidad de los bienes á dos ó más personas sin señalarles partes determinadas, es una verdadera institución de herederos, porque hay entre ellos el derecho de acrecer; así, por ejemplo, si se dice: lego á Pedro y Juan todos mis bienes acordándoles el derecho de acrecer, ese legado es una institución de heredero, porque si alguno de ellos no pudiera ó no quisiera aceptar el legado, el otro heredaría toda la universalidad de la herencia. Es, como dicen Aubry y Rau, § 714, nota 3: «una disposición hecha en favor de varias personas, no podría ser considerada como un legado universal, cuando ella no puede, aún en la hipótesis en que viniera á caducar respecto de los otros legatarios, tener por efecto el atribuir al legatario restante la universalidad de los bienes del difunto. En semejante caso, no es la universalidad de los bienes lo que el testador ha legado». El legado debe comprender la universalidad de los bienes del difunto; es decir, el conjunto de sus bienes considerados como formando parte de la universalidad jurídica que compone el patrimonio del testador. En este mismo sentido se expresa Demolombe, XXI, 533, cuando dice: «un legatario podría recoger todos los bienes, y no ser sin embargo legatario universal, si no los recogiera *per modum universalitatis*, sino solamente como bienes individualmente determinados... *sigillatim*!» Y más adelante agrega: «ni en muchos legados hechos á diferentes personas, y aunque la reunión de esos legados absorbieran la totalidad de los bienes

rechos, acciones y obligaciones; no bastará que los legados absorban las dos ó tres propiedades que dejare dándoles el derecho de

del testador, si cada uno de ellos se aplica determinadamente á ciertos bienes, sin que ningún lazo de conjunción reuna esos diversos legados en una vocación solidaria y colectiva á la universalidad»; porque si cualquiera de ellos caducara por cualquier circunstancia, los otros legatarios no tomarían esa parte. Es necesario, pues, que entre los legatarios de la universalidad de los bienes haya solidaridad y unión, que tengan una vocación colectiva, de tal modo que la caducidad de cualquiera de ellos, haga acrecer á los demás; sólo en ese caso serán considerados los legatarios como verdaderos herederos.

En la quinta hipótesis, aunque el testador los hubiera legado la universalidad de los bienes indicándoles una parte determinada, serán considerados como herederos, si les ha concedido el derecho de acrecer; por ejemplo, si dijera: lego la tercera parte de la universalidad de mis bienes á Juan, la otra tercera á Pedro, y la otra tercera á Antonio, concediéndoles el derecho de acrecer para el caso en que cualquiera de ellos no pueda ó no quiera aceptarla: serían considerados como herederos, porque es la universalidad de los bienes que heredan los tres, ó los que existan á la muerte del testador.

Según los principios expuestos, es necesario que el legatario obtenga todos los bienes ó pueda obtenerlos, para que sea reputado como heredero. Se debe considerar bajo el punto de vista, no de la cantidad de bienes que puede recoger, sino del modo como podría hacerlo; así, cuando el derecho conferido se aplicara á la unidad colectiva del patrimonio, aunque fuese eventualmente, se le consideraría institución de herederos y no de legatarios. Aplicando estos principios podríamos resolver la cuestión propuesta por los jurisconsultos franceses, de cuando se ha legado á una persona *la porción disponible* ó de lo que pueda disponer, ó de su *porción ó cantidad disponible*. La generalidad de los autores franceses la resuelven considerando el legado como universal, lo que entre nosotros equivaldría á tener á tal legatario por heredero; pero me parece muy prudente hacer la distinción aconsejada por Demolombe. En efecto, si bien, en general, se puede sostener que cuando se ha legado la porción disponible, ese legado puede aumentar á medida que ésta aumenta y puede llegar á comprender toda la herencia, cuando hubieran desaparecido todos los herederos forzosos, no es posible olvidar que no hay nada de absoluto, y se debe tener en cuenta los términos en que el testamento se hizo y las circunstancias que revelen la verdadera intención del testador; en esta parte, soy de la opinión de Demolombe, XXI'

acrecer, porque en ese caso serían legatarios; es decir, acreedores de la sucesión, creados por la munificencia del testador.

540, que dice: «dos circunstancias son, en mi opinión, particularmente de naturaleza para demostrar, en semejante caso, la intención del testador, y seríamos llevados á adoptar la conclusión que precede: 1º, cuando el testador habria podido prever, en la época de la confección del testamento, la muerte de su heredero forzoso; 2º, cuando habiéndose realizado esta muerte, no hubiera cambiado de testamento. Es un hombre, por ejemplo, que teniendo aún la madre viva, hace un legado de lo que él puede disponer ó de su porción disponible; legado universal en su pensamiento, pero por el cual no quiere despojar á la madre de su reserva; la madre muere antes que él, y él muere en seguida dejando únicamente colaterales, sin haber modificado su testamento, por el que ha legado la porción disponible; eh bien! decimos, que este legado es universal. Pero creemos, al contrario, que podría responderse de otro modo, si se reconociese que el testador, ni á la época de la confección de su testamento, ni á la de su muerte, ha podido tener el pensamiento de comprender en el legado la universalidad de sus bienes. Hemos visto un ejemplo que nos parece muy significativo; un hombre que tenía un hijo lleno de vida y de porvenir, lega á su mujer en plena propiedad *lo que la ley le permite disponer*; en seguida se enloquece; es después de la enajenación mental que su hijo viene á morir, y él muere sin haber conocido la muerte de su hijo». La cuestión se suscitó negando á la mujer el carácter de legataria universal, y Demolombe se decide por esta opinión, interpretando la voluntad del testador.

El ejemplo citado, no puede suscitar dudas entre nosotros, porque los cónyuges son herederos forzosos; pero si en lugar de la mujer, colocamos á uno de varios hermanos del testador en las mismas condiciones indicadas por Demolombe, teniendo herederos forzosos, que falleciesen sin sucesión durante la incapacidad de aquél, el legado de la porción disponible no creo que se convirtiera en legado de la universalidad de la herencia, si cuando los hechos se han producido, el testador se encontrase demente. La extensión del legado debe siempre depender de la intención del testador, y no es posible suponer que un legado de la porción disponible, en las condiciones de familia que hemos indicado, importase la intención de dar la universalidad de los bienes, cuando ninguna circunstancia posterior había venido á confirmar esa extensión; pero como la intención expresa era de dejarle la porción disponible, ésta no debe serlo disminuída; pero sí aumentada. Así, por ejemplo, tenía un hijo cuando testó, y ha fallecido dejando seis hermanos, la parte del le-

Seguindo estos principios, el legatario que representa al testador no es tal legatario sino heredero, y esto es lo que enseña el **art. 3720**, cuando dice: *si después de haber hecho á una ó mu-*

gatario sería la quinta y no la séptima. Por el contrario, se tendría como un legado de la universalidad de los bienes, si el testador, después de la muerte de sus herederos forzosos, siendo capaz, no hubiera revocado el legado; porque entonces su voluntad estaba manifiesta de dejar toda su herencia al legatario de la porción disponible.—Comp. COIN-DELISLE, art. 1003, n° 9. VAZEILLE, art. 1003, n° 4. TROPLONG, IV, 1784. DURANTON, IX, 181 y 182. COLMET DE SANTERRE, IV, 144, *bis* III. SAINTESPÉS-LESCOT, IV, 1320.—Véanse arts. 3281, 3716, 3812, 3813, 3816 y 3819.

(**Art. 3720.**) Dijimos que por nuestro derecho no se reconoce legatario universal, ni legatario á título universal y á título particular. Nuestro Código llama á los primeros, herederos ó sucesores universales, á los segundos, legatarios de parte alícuota, ó legatarios de la universalidad de los bienes con asignación de partes, y á los últimos, legatarios particulares; partiendo de este principio, nuestro artículo establece, que cuando se han hecho legados particulares, aunque éstos absorban la mayor parte de la herencia, si el testador legase lo restante de sus bienes á otro, ese sería considerado como heredero, porque si los legados caducasen por cualquier causa, él sería el dueño de todo. El Dr. Velez-Sarsfield tuvo presente, y resolvió, la discusión suscitada en derecho francés, sobre si el legado del resto importaba un legado universal, cuando había sido precedido de uno á título universal; por ejemplo: lego á Pedro la tercera parte de todos mis bienes y lo restante á Juan; ó cuando se hubiese dicho: lego á Pedro todos mis bienes muebles, y lo restante á Juan. Respecto del primer caso todos los autores están contestes en enseñar, que el término lo restante ó lo que quedare es correlativo y va unido á la naturaleza del legado que le precede, y está subordinada á él; que siendo un legado de parte determinada de la universalidad de los bienes, que ha fraccionado y dividido esa universalidad, la expresión de lo restante no puede entenderse sino refiriéndola á la otra cantidad relativa, al tercio que ha sido separado, y cuando el testador ha legado el tercio de su universalidad á uno, legando lo restante al otro, es como si á uno hubiera señalado un tercio y al otro los dos tercios, comprendiéndolo en el artículo anterior, considerándolo como legatario de parte alícuota; por eso ha decidido lo contrario, sin hacer excepción.

Es más difícil de resolver el punto, cuando se trata de saber lo que

chas personas legados particulares, el testador lega lo restante de sus bienes á otra persona, esta última disposición importa la insti-

importa el legado de lo restante, después de haber dejado al primero todos los muebles ó todos los inmuebles, y al otro lo restante de la universalidad de los bienes. En derecho francés, la cuestión no presenta grandes dificultades, porque existe el art. 1010 que considera como legatario á título universal (que es nuestro legatario de la universalidad de los bienes con asignación de partes), al legatario de todos los muebles ó de todos los inmuebles; pero nosotros carecemos de una disposición análoga, y la cuestión se presenta erizada de dificultades.

¿El legado de los muebles ó de los inmuebles importa un legado de parte alicuota? En el art. 3499 hemos estudiado esta cuestión, resolviéndola por la negativa, porque no es un legado de parte alicuota, ni de la universalidad de los bienes con asignación de partes; es un legado particular; por esa razón, acepto y sigo en esta parte á Troplong, III, 1785, que dice: «el legado de lo restante, deberá ser considerado como universal, si viniera después de un legado á título universal, que no fuera un legado de parte alicuota; pero que sería, por ejemplo, el legado de todos los muebles, ó bien el legado de todos los inmuebles. Se comprende, en efecto, que en semejante caso, sería mucho más difícil transformar el legado de lo restante en un legado de parte alicuota precisa. Hay evidentemente una extensión sin límite que atrae á ella todos los elementos útiles, materiales ó abstractos de la sucesión, con excepción de las partes que han sido separadas por el legado á título universal. Aunque lo contrario haya sido juzgado por una Corte de Bruselas, debemos mantener nuestra proposición como constante. Tememos que esa tendencia haya sido influenciada por algunos de los recuerdos de la antigua jurisprudencia».

Se podría decir, que según el Código, para que el legado de lo restante importe una institución de heredero, es necesario que venga precedido de legados particulares; que un legado de una parte determinada de los bienes no está en ese caso, y que por consiguiente debemos considerar como legatario al que toma lo demás de los bienes; pero si bien es cierto que el artículo que estudiamos habla únicamente de los legados particulares hechos á una ó muchas personas, no excluye la hipótesis propuesta. Cuando se ha legado á una persona los muebles y lo restante de la herencia á otra, nos debemos preguntar, si el legado de los muebles caduca ó es renunciado, ¿los hereda el legatario de lo restante ó pasan á los herederos en grado sucesible? Si sucede lo primero, el legatario de lo restante es heredero, en caso contrario sería legatario de

tución de heredero de esa persona, cualquiera que sea la importancia de los objetos legados respecto á la totalidad de la herencia,

parte alicuota. Y lo mismo debemos decir, cuando se han hecho legados particulares y después se lega lo restante, si esos legados caducan, es evidente, según el artículo, que en este último caso esos bienes serían recogidos por el legatario de lo restante, porque el artículo lo considera como heredero. ¿Por qué se transformaría entonces por el hecho de haber comprendido en una sola clase á los bienes legados? Si cuando se lega á B, la casa tal y á A, sus muebles, determinándolos, aunque esos bienes constituyan la mayor parte de los que posee, esos legados particulares no alteran la calidad de heredero atribuida al legatario de lo restante, y si vienen á caducar por cualquier evento, ellos acrecen al legatario del resto. ¿Por qué, y cómo se transformará, sólo por el hecho de haberlos comprendido en el término genérico de muebles, alhajas ó semovientes? Sería evidente la proposición que sostengo, si el testador hubiera nombrado á Pedro legatario de la universalidad de todos los bienes, y dos pués legase á Juan los bienes muebles, á José las alhajas, pues como dice Duranton, IX, 188: «si el testador ha instituido á Pablo legatario universal, y hubiese hecho en seguida, en el mismo acto, el legado de una cantidad determinada de sus bienes á Pedro, por ejemplo de un tercio, Pablo no sería menos legatario universal con el goce del *jus non decrescendi*, para el caso en que Pedro no lo recogiera, pues que puede haber á la vez legado universal y legado á título universal, según el art. 1011.» No estoy conforme con el ejemplo, porque puede tratarse de un legatario de parte alicuota, quedando al legatario de la universalidad de los bienes las otras dos partes.

Toda la cuestión está, á mi juicio, en determinar con exactitud el alcance de la expresión: «legatario de la universalidad de los bienes con asignación de partes», del art. 3719; porque si eso importa decir legatario de parte alicuota, el legado de los muebles, semovientes ó alhajas, no es un legado de parte alicuota, y el legatario de lo restante es heredero; en caso contrario, serían ambos legatarios. He demostrado en el art. 3499 y 3719, que esas expresiones importan un legado proporcional, de una parte determinada, de antemano, de la herencia dejada por el testador, de modo que se sepa antes de la división lo que á cada uno corresponderá; eso no sucede con el legado de una clase de bienes, dejando al otro lo restante. Cuando á uno se lega la cuarta parte de la herencia, se sabe que ese legatario responde á las cargas y deudas de la sucesión por esa cuarta parte, y el legatario del resto por las tres cuartas partes; pero cuando se han legado todas las alhajas ó muebles no hay

porque recoge todo lo que quedare de la sucesión, representando al testador en todas sus acciones y obligaciones.

Los herederos instituidos sin designación de partes, heredan por partes iguales (art. 3721).

proporción que establecer; es como si á uno se le hubiera legado la universalidad de los bienes, á otro una casa con los muebles con que estaba alhajada, que no dejaría de ser un legado particular.

Cuando el artículo dice, cualquiera que sea la importancia de los objetos legados con relación á la totalidad de la herencia, se entiende que debe quedar algo; es decir, debe recibir algún bien; porque no sería posible conceder que bajo la forma de un legado de lo restante, se admitiese que si nada recibiera, se le reputase heredero al punto de confundir su propio patrimonio con el de su causante, teniendo que pagar todas las deudas de la sucesión aunque fuera insolvente. Ese no ha sido el pensamiento del legislador.

Debemos expresar finalmente, que se debe atender muy especialmente á las expresiones de que se haya servido el testador al hacer el legado, interpretando su voluntad; así, el legado de lo restante no importaría el nombramiento de heredero, si después de haber hecho varios legados particulares dijera: lego lo restante de mis bienes á B, estableciendo que si alguno de los legados hechos anteriormente caducasen, pasen á mis parientes más próximos, así como los que heredase por cualquier causa; porque entonces el legatario de lo restante no tendría el derecho de acrecer. — Comp. TROPLONG, III, 1784 y 1785, MERLIN, *Rep.* 1.^o Legatario, § 6, n.^o 18 bis. SAINTESPÉS-LESCOT, IV, 1315. — Véanse arts. 3279, 3281, 3501 y 3719.

(**Art. 3721.**) Se trata de la institución de heredero hecha en un testamento válido, estableciéndose una presunción legal en favor de la igualdad entre los diversos nombrados sin asignación de partes, lo que indica que dicha asignación no perjudica á la calidad de heredero; pero el nombramiento debe ser hecho conjuntamente, de modo que tengan el derecho de acrecer, ó por lo menos concederles expresamente ese derecho.

Téngase presente, que para ser considerado heredero, es necesario que el nombrado tenga el derecho de tomar toda la universalidad jurídica, cuando los demás no quieran ó no puedan heredar á su causante: la asignación de partes que el testador pueda hacer á los nombra-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3720.—Toullier, tom. 5, n.^o 513.—Duranton, tom. 3, n.^o 187. — Proudhon, *usufruit*, nos 601 y siguientes. — Aubry y Rau, § 714.

En la institución de herederos es necesario tener presente esta regla que no se debe quebrantar: *el derecho de instituir un here-*

dos herederos, sólo comprende la determinación de lo que cada uno debe tomar de la universalidad de los bienes; pero no importará el nombramiento de heredero, aunque se le hubiese dado ese nombre, cuando al uno se le da todas las cosas muebles, á otro las alhajas y á aquel los semovientes é inmuebles, porque todos esos bienes no comprenden la universalidad jurídica. Así, cuando el testador hubiese dicho, instituyo por mis herederos á A, B y C, para que tomen la universalidad de mis bienes por iguales partes, ó para que A, tome una cuarta parte y las tres cuartas partes restantes se la dividan entre B y C, habría institución de heredero, y la designación de partes no perjudicaría su calidad de herederos, porque entre ellos hay el derecho de acrecer, pues cada uno se reputa único, si los demás no han aceptado ó no pueden aceptar.

Nuestro artículo ha sido inspirado por la Instituta de Justiniano, que en su lib. 2, tit. 14, § 6, comprende esa hipótesis y otras de que no se habla, y como á ella se deberá ocurrir para interpretar cualquier institución de heredero, me permito transcribirla, dice: «si hay muchos herederos instituidos, la división de la sucesión en partes, no es necesaria, sino en tanto que el testador no hubiera querido que esos herederos le sucedieran por iguales porciones; porque es fácil pensar que cuando el testador no ha designado partes, los herederos suceden cada uno por iguales partes. Cuando algunos herederos tienen su parte fijada por el testador, y se encuentra otro instituido sin parte, este último tendrá la porción que quedase después de las partes fijadas para completar el total de la sucesión. Pero si el testador al fijar las partes, hubiese completado las doceavas partes de la sucesión, aquellos cuyas partes están expresamente fijadas, no tendrán sino la mitad de la sucesión, y aquel ó aquellos que fueran instituidos sin parte, tendrían la otra mitad. Poco importa que sea el primero, el segundo ó el último heredero que haya sido instituido sin parte, porque se supone siempre que el testador les ha dejado la porción que queda para llenar las doce partes.»

¿Qué se resolvería por nuestro derecho, cuando el testador nombra por sus herederos á A, B, y C, para que A, tome la mitad de la sucesión y la cuarta parte B, olvidando señalar la de C? Dividiríamos la herencia en doce partes, seis tomaría A, tres corresponderían á B y las tres restantes á C, que no tenía parte designada. Pero cuando las partes designadas á los dos primeros herederos han agotado, por decirlo así, toda la herencia, como si á A se le asignara una mitad y á B la otra mitad, ¿qué parte se daría á C, que es también heredero? ¿Se procederá

dero no importa el derecho de dar á éste un sucesor (art. 3723), porque sería romper por su base el orden de las sucesiones, y extender la voluntad más allá de los límites razonables.

como lo dice la Instituta, dando la mitad á los dos primeros y la otra mitad á C? Los jueces deben investigar la voluntad del testador, y si nada se pudiera averiguar que los indujese á señalar la parte del heredero á quien se le ha designado la porción, creo que la equidad establecería una igualdad entre todos en vez de favorecer al olvidado, acordándole una mitad, como lo indica la ley romana.

Cuando se hubiere señalado á A la mitad de los bienes ó la cuarta parte, olvidándose de designar la que correspondería á B y C, me parece que lo natural sería dividir lo restante entre estos últimos, presumiendo con razón que el testador ha querido designarlos herederos por lo restante, en cuyo caso se aplicaría la regla del artículo.—Comp. GÓVEA, art. 626.—Véanse los arts. 689, 2707, 2708 y 3791.

(Art. 3723.) El legislador ha podido dejar en completa libertad al individuo para extender su personalidad más allá de la existencia, permitiéndole la disposición de sus bienes para después de su muerte, poniéndoles una limitación sólo en caso tuviera herederos forzosos.

La legislación romana daba una grande extensión á esta facultad, permitiendo las sustituciones, que siguieron la mayor parte de las naciones conquistadas por sus armas; pero las sociedades modernas, con otras necesidades y otros ideales, no podrían permitir esa especie de inmovilidad á que era condenada la herencia ó los bienes de que ella se componía, y han borrado sucesivamente de sus Códigos esas sustituciones, ó quitado la facultad concedida á los testadores para nombrar herederos á aquellos á quienes dejaban sus bienes.

La disposición del artículo se explica así, como una derogación de las antiguas leyes que permitían las sustituciones; pero si no hubiera existido, el mismo efecto habría producido, por la conocida regla del art. 22, de que lo que no está dicho en este Código no tiene fuerza en derecho civil; porque cuando se trata de facultades ó de derechos que sólo tienen su existencia en la ley que los reconoce ó confiere, no puede aplicarse la máxima constitucional de que nadie puede ser privado de lo que la ley no prohíbe, porque se trata de facultades que sólo ella puede conceder.

Cuando el artículo prohíbe nombrar al heredero un sucesor, esa dis-

Por el contrario, se reputará legado en los casos siguientes:

1° *El heredero instituido en cosa cierta y determinada, es tenido sólo por legatario: no tiene más derechos ni cargas que los que expresamente se le confieran ó impongan, sin perjuicio de su responsabilidad en subsidio de los herederos (art. 3716),* para res-

posición se extiende no sólo en lo que respecta á la universalidad jurídica que se llama herencia, sino también á cualquier bien de los comprendidos en ella; porque sería una especie de vinculación prohibida por nuestras leyes.

Demante, IV, 6, de donde nuestro artículo fué tomado, dice: «la facultad acordada al propietario de disponer de sus bienes para el tiempo en que su propiedad habrá cesado, no va hasta atribuirle el derecho de reglar ulteriormente la trasmisión de los bienes una vez recogidos por el donatario ó legatario. En otros términos, el derecho de instituir un heredero ó sucesor no implica el de dar un sucesor á éste. Tal era en principio la disposición del derecho romano; pero la introducción de los fideicomisos en la legislación, suministró bien pronto el medio de hacer indirectamente, lo que no se podía hacer directamente».

En el art. 3724 estudiamos la única clase de subrogación que nuestro derecho permite.— Véanse arts. 3724, 3730 á 3732.

(Art. 3716.) El Codificador argentino, á pesar de su reconocida ciencia, debido á la precipitación con que fué elaborado el proyecto de Código, convertido en ley, sin un informe que hiciera conocer el pensamiento del legislador, ha incurrido como era natural en algunos errores, que provenían de las diversas fuentes de donde se había tomado la doctrina; pero apresurémonos á decir en honor de la ciencia del Dr. Velez-Sarsfield, que esos errores son muy pocos; los demás que se hacen notar corresponden á la doctrina misma, que no responden al adelanto de nuestra actual sociabilidad. Algunas veces se encuentra cierta confusión en la terminología empleada; pero si se estudia con calma y profundidad, se encontrará que, reconociéndose ciertos descuidos en la expresión, se llega al conocimiento de la verdad, armonizando las diversas disposiciones del mismo Código. Esto es lo que sucede con las expresiones de *sucesor universal*, de *sucesor de parte alienada*, de *legatarios de parte determinada*; de *legatarios de cosa cierta y determinada*, de *legatarios de la universalidad de los bienes*, de *legatarios de lo restante de los bienes*; y en fin, de *herederos de la universalidad de los bienes con asignación de partes*.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3723.— Demante, tom. 4, n° 6.— Véase el art. 896 del Cód. Francés.

ponder por la parte que le correspondiese en caso de que el legado perjudicase las legítimas forzosas, ó fuera necesario pagar las

Lo primero que ocurre preguntar, es si ha tenido presente el Dr. Velez-Sirsfield la doctrina proclamada por el derecho francés, y cuál ha sido su intención. Es evidente, que habiéndole servido de guía el Código Napoleón, debió tener muy presente los principios sostenidos por dicho monumento de legislación, desechando en parte la terminología de ese Código. Así, nuestro Código llama *sucesor universal*, art. 3263, al que el francés denomina *legatario universal*; llama *legatario de la universalidad de los bienes, con asignación de partes*, art. 3719, ó *legatario de una parte determinada*, art. 3499, al que en el francés se denomina *legatario á título universal*; finalmente llama *legatario de objetos particulares* ó de sumas determinadas de dinero, art. 3501, á lo que en el francés se denomina *legatario á título particular*. De esta aparente confusión, los autores que han estudiado nuestro Código han sostenido que *sucesor universal* y *sucesor de parte alicuota* son equivalentes, sin recordar la disposición terminante del art. 3719, en que una institución de heredero en la universalidad de la herencia, con asignación de partes, importa únicamente un legado.

Es necesario fijar de un modo claro estas diferencias, porque tienen una importancia capital. En efecto; el sucesor universal que aceptó la herencia pura y simplemente, está obligado por todas las deudas del causante y confunde su patrimonio particular con el del fallecido; el sucesor de parte alicuota y que yo llamaría *legatario de parte determinada* de la herencia, sólo responde como el heredero, es cierto, por las deudas y cargas de la sucesión en la proporción de la parte que tuviere en ella, pero con los objetos que *recibiere*: se equipara al heredero que aceptó la herencia con beneficio de inventario; por el contrario, el *legatario particular* de cosa cierta no tiene obligación alguna, y sólo cuando la herencia se encuentra insolvente, deberá soportar las reducciones en la forma del art. 3795.

Por nuestro derecho no hay *legatario universal* (lo contrario sucede en el francés), se le llama *sucesor universal*, y si algunos autores argentinos han confundido al *legatario de parte alicuota* con el *sucesor universal*, es sin duda por la definición dada en el art. 3263 que dice: «*sucesor universal, es: aquél á quien pasa todo, ó una parte alicuota del patrimonio de otra persona*», pero lo hace para indicar, que cuando hay un sólo heredero recibe toda la universalidad de los bienes, y cuando son varios, cada uno recibirá una parte proporcional al número de los que existan, sin que por eso se entienda que se debe considerar como *sucesor universal á todo el*

deudas de la sucesión, por no alcanzar los demás bienes. Por más que el testador lo haya instituido heredero, es un simple legatario

que reciba una parte alicuota, pues está el art. 3719 que establece lo contrario al decir, que no es heredero aquel á «quien el testador hubiere legado la universalidad de sus bienes con asignación de partes;» luego la expresión del art. 3263 sólo puede aplicarse al número de herederos que vengan á suceder al difunto. que toman una parte alicuota en proporción á los que existan; así, tomarán una cuarta parte, si son cuatro, ó una quinta si son cinco; pero tienen esta particularidad, que como cada uno de ellos se reputa que ha sucedido inmediatamente al difunto sin intervalo de tiempo y representan su persona, si de los cuatro han fallecido dos sin dejar herederos que los representen, la herencia será recibida por los dos restantes; mientras que si el heredero fuera nombrado para recibir una quinta parte no recibiría sino esa parte, aunque los demás hubieran fallecido, y por eso se le llama con razón legatario de parte alicuota, y pierde ese carácter para tomar el de heredero, cuando exista entre los demás legatarios una conjunción que pueda dar lugar al derecho de acrecer, art. 3718; porque entonces la herencia en su totalidad corresponderá á los sobrevivientes. Si suponemos la existencia de cuatro hijos legítimos, y el testador los hubiera nombrado herederos en su testamento, disponiendo del quinto en favor de un tercero extraño, aunque hubiera expresado que á cada uno les señala el quinto de sus bienes, el extraño no sería considerado como heredero, sino como legatario de parte alicuota, y sólo podría recoger el quinto, mientras los hijos lo serían, pues, si al fallecimiento sólo existía uno por haber muerto los otros sin dejar sucesores, el que viviera tomaría toda la herencia, y el legatario sólo la quinta parte.

De lo expuesto resulta: que el sucesor universal es el que recibe el todo de la herencia, cuando existe sólo, ó que la divide con los otros sucesores en partes proporcionales; que los legatarios de la universalidad de los bienes, no son tales sino herederos, cuando tienen el derecho de acrecer, art. 3718; que se encuentran en el mismo caso aquellos á quienes se lega el remanente de la herencia una vez pagadas las deudas y legados, art. 3720; que son legatarios de parte alicuota los que reciben una parte determinada de la herencia, art. 3499, y también los que reciben la universalidad de los bienes con asignación de partes, art. 3719; que son legatarios particulares los que reciben por el testamento objetos ó sumas determinadas.

De la teoría expuesta se deduce, que cuando el artículo habla del heredero instituido en cosa cierta y determinada, como si el testador lo

rio de cosa cierta, con la única diferencia respecto de los demás, que adquiere la propiedad de la cosa desde la muerte del testa-

nombrase heredero dejándole la casa tal ó una suma de dinero, no se le debe considerar como tal heredero, sino como legatario y no está obligado por las deudas de la herencia, porque él es uno de tantos acreedores, con esta particularidad, que su legado sólo será exigible, cuando dejase libre la legítima de los herederos forzosos, una vez pagadas las deudas de la sucesión.

Cuando el artículo expresa, que en este caso el legatario no tiene más derechos ni cargas que las expresamente conferidas é impuestas en el testamento, quiere decir, que no teniendo vínculo de unión con los demás colegatarios, no responderá por la evicción de las otras cosas legadas á los otros, y si no alcanzase la herencia ó la porción disponible para pagar todos los legados, se distribuirán en el orden determinado por el art. 3795, y cuando hubiera legatarios de parte alicuota, como éstos sólo tienen la que se les hubiere señalado en el testamento después de cubrir las deudas de la sucesión, estarán obligados á contribuir al pago de los otros legados, art. 3798.

Cuando el legado comprenda la universalidad de los bienes, aunque el testador lo llamase legatario, sería verdadero heredero; si por el contrario lo nombrase heredero de un bien determinado, aunque fuera el único, de que se compusiera la herencia, sería legatario, porque no tendría derecho á la universalidad; por eso se puede decir que cuando el testador ha dejado tales y cuales bienes determinados á una persona, aunque esos fueran todos los que tuviera, se consideraría al beneficiado como legatario y no como heredero, y por el contrario, sería heredero, si después de haber hecho los legados que comprendiesen la mayor parte de los bienes, legase á otro lo restante, por insignificante que fuera, sería éste el verdadero heredero.

Por nuestro derecho el legatario universal, es aquel á quien se le ha dejado la universalidad de los bienes de una sucesión, y se considera como verdadero heredero. El legatario á *título universal*, que es diferente del *legatario universal*, que existe en derecho francés, no lo reconocemos en ese carácter, y lo llamamos legatario de parte alicuota ó de una parte determinada de la herencia, y es considerado como verdadero legatario, á menos que tenga el derecho de acrecer.

Así, considero un error de los que creen, que por nuestro Código el legatario universal de todos los bienes, es como si fuera el legatario de una parte determinada de la herencia; porque aquel es un verdadero heredero, mientras éste permanece legatario; el legatario de la univer-

dor, y que puede reivindicarla contra terceros detentadores, arts. 3766 y 3775.

2° *No constituye institución de herederos la disposición por la cual el testador hubiese legado la universalidad de sus bienes con asignación de partes* (art. 3719), porque jamás puede llegar á

salidad de los bienes sin designación de partes, es verdadero heredero, porque recibe todo lo que constituye la herencia; pero, si á ese mismo legatario se le ha determinado una parte en la herencia, no será heredero, aunque responderá por las deudas de la sucesión en la proporción de lo que se le hubiera dejado, y sólo con los bienes recibidos.

Sucesor universal y legatario universal son equivalentes entre nosotros, aunque no existen legatarios universales, y cuando el Código habla en el art. 3719 de legado de la universalidad de los bienes, con asignación de partes, no entiende aplicar ese término sino á los legatarios de parte alicuota.—Comp. COIN-DELISLE, art. 1010. DEMOLOMBE, XXI, 577 á 584. LAURENT, XIII, 506. GÓÑENA, art. 726 y 928. Cód. DE CHILE, art. 1104. AUBRY y RAU, § 714. — Véanse arts. 3263, 3279, 3499, 3501, 3717 á 3720 y 3798.

(Art. 3719.) El Dr. Velez-Sarsfield, en la nota á este artículo, habla del legado universal que se hiciera conjuntamente y sin atribución de partes, confundiendo el legado universal con el *á título* universal, que son completamente diversos. El legado universal es la institución de heredero del Cód. Francés, mientras el legado *á título* universal, es el de parte alicuota, ó de determinada porción de la herencia. En este sentido se debe decir: legatario universal y heredero importan la misma cosa; mientras que, cuando se lega la universalidad de los bienes con asignación de partes, si bien el título es universal y no particular, permanece siempre legatario aunque con mayores obligaciones; porque el legatario á título universal está obligado por las deudas y cargas de la sucesión en la parte que se le hubiera señalado en la herencia y con lo que recibiere, mientras el legatario á título particular es un acreedor de la herencia, que tiene preferencia en el pago al legatario universal, y sólo puede ser limitado por las legítimas de los herederos forzosos, ó por la insolvencia de la sucesión.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3716. — Cód. de Prusia, art. 253. — De Austria, 554. — De Vaud, 619. — De Chile, 1104. — En las disposiciones testamentarias la razón enseña que siempre se debe estar á las disposiciones dadas por la ley, sin consideración á la calificación que el testador puede haber atribuido á su disposición, en el caso que esta calificación no estuviese en armonía con la naturaleza real de la disposición de la ley.—Aubry y Rau, § 714.

recoger toda la herencia, pues, si los demás legatarios no pudieran tomar su parte, el que quedase sólo recibiría la señalada en

Partiendo de estos principios, que algunos han confundido, pues sostienen que legatario universal y heredero no importan lo mismo, vengamos al caso del artículo.

El legado de la universalidad de los bienes es una institución de heredero, como se dijo en el art. 3717, no sólo porque absorbe todos los bienes del testador, sino por que el legatario ó legatarios reciben toda la universalidad jurídica, sustituyendo al difunto en todos sus derechos y acciones. Así, cuando se expresa en el testamento que se lega la universalidad de los bienes á B, C y D, tomando éstos toda la herencia, son los verdaderos herederos; y por una razón contraria, cuando el legado de la universalidad de los bienes ha sido con designación de partes, si bien no pierde su carácter de legado de la universalidad, se transforma en otro de parte alicuota, en que el legatario toma sobre sí todas las cargas de la herencia en la medida de su parte; pero no confunde su patrimonio con el del difunto. Sin embargo, como la voluntad del testador debe prevalecer, porque es la ley que gobierna la distribución de los bienes que deja; si al señalarles una parte en la universalidad de los bienes les hubiera acordado el derecho de acrecer, se considerarían como herederos, porque les ha conferido una vocación hereditaria por el todo á cada uno de ellos, pues si de los tres legatarios á título universal fallecen dos antes que el testador, el sobreviviente habría recibido la universalidad jurídica.

La base para determinar el carácter del legatario de la universalidad de los bienes debe ser siempre ésta: si el legatario puede llegar á heredar la universalidad jurídica, por la manera como está constituido el legado, se le reputará heredero, porque recoge los bienes del testador *per modum universitatis*; si por el contrario, siempre recibirá una parte determinada independiente de las otras, será legatario de parte alicuota, aunque conservará el carácter de legatario á título universal, para diferenciarse del legatario á título particular.

La nota del Dr. Velez Sarsfield, es tomada de Troplong, quien agrega lo siguiente: «sin embargo, se debe entender de modo, á no dar á las fórmulas de que se ha servido el testador, un sentido literal que alterase el pensamiento de conjunción que dominara el fondo de la disposición. Así, el testador puede indicar las partes con el único objeto de prevenir las dificultades de la partición, y expresar una idea de igualdad ó de proporcionalidad entre los coparticipes. Cuando dice, por ejemplo: lego á mis tres sirvientes que han estado á mi servicio

el testamento. Este es el legado de parte alícuota de que hablamos en el art. 3499, á cuya explicación nos referimos.

desde largos años, la universalidad de mis bienes para que los dividan entre ellos por terceras partes; es claro que la indicación de partes se refiere no al legado mismo, sino á su ejecución». Así es que muchas veces será una cuestión de interpretación de la voluntad del testador.

No se podría, pues, reputar como institución de herederos el legado de la universalidad de los bienes hecho á varias personas por una sola cláusula testamentaria, con asignación de partes, como si lego la mitad de todos mis bienes á A y la otra mitad á B; pero la habría cuando lego la universalidad de mis bienes á A y B, á cada uno por mitad, porque serían herederos por la voluntad del testador.

¿Habría también legado *á título* universal, que no importa institución, cuando se lega la universalidad de los bienes á varias personas, sin asignación de partes, pero por cláusulas separadas y distintas? Aubry y Rau § 714, texto á la nota 6, sostienen la afirmativa, y para fundar esta opinión, que me parece inaceptable entre nosotros, dicen en el § 726, nota 43: se puede legar el conjunto de sus bienes á muchas personas, de dos modos diferentes, por un legado universal, ó por legados á título universal. Cuando, pues, el testador ha legado el conjunto de sus bienes á varias personas, sin expresar si ha entendido hacerlo por la forma de un legado universal ó por la de un legado á título universal, su voluntad es susceptible de una doble interpretación, y en la duda se encuentra forzosamente conducido á la aplicación de los arts. 1044 y 1045. En vano se fundaría sobre el art. 1003 para sostener que una disposición sobre la universalidad de los bienes es por esto mismo un legado universal; semejante disposición, desde que es hecha en provecho de varias personas, puede en efecto no constituir sino un legado á título universal, no reviste el carácter de legado universal, sino cuando hay lugar al derecho de acrecer». En nuestro derecho no se puede aplicar semejante teoría de un modo tan absoluto; porque no tenemos la disposición del art. 1044 donde expresamente se dice que, el legado será reputado hecho conjuntamente, cuando lo fuera por *una sola y misma disposición*, y que el testador no haya asignado la parte de cada uno de los legatarios. En derecho francés, la opinión de los sabios autores es la más probable; pero por el nuestro no es necesario legar la universalidad de los bienes en *una misma disposición*, y por el contrario, el artículo anterior supone que se puede legar la universalidad en diversas disposiciones del mismo testamento, y sobre todo el art. 3717 se pone en el caso de haber hecho el legado de la universalidad en el mismo testa-

3º *La institución de heredero á los pobres, ó al alma del testador, importa en el primer caso, sólo un legado á los pobres del pueblo de su residencia; y en el segundo, la aplicación que se debe hacer en sufragios y limosnas (art. 3722);* porque no son responsables

mento, á diversas personas, sin expresar quo deba hacerse en la misma disposición ó en otras del mismo instrumento; pero en todo caso serán tenidos por herederos, siempre que no se les haya señalado una parte determinada. Creó, pues, que la hipótesis quedaría reducida á una cuestión de interpretación de la voluntad del testador. Así, cuando se dijere en una disposición, lego á A, la universalidad de todos mis bienes, y después de ordenar otras cosas, volviera á decir: lego á B, la universalidad de mis bienes en una cláusula separada, A y B, serían herederos, porque á ambos se les ha legado la universalidad jurídica, sin designarles partes.—Comp. DEMOLOMBE, XXI, 537.—Véanse art. 3281, 3499, 3716 á 3718 y 3720.

(Art. 3722.) Esta disposición no ha sido bien inspirada, porque el Dr. Velez-Sarsfield tuvo en vista únicamente el estado de la nación en el momento de dictarse la ley; cuando se legisla para un país nuevo en vías de una transformación incesante, se debe tener presente el porvenir, sobre todo si se trata de adelantos materiales. ¿Cómo hacer la distribución entre los pobres de una ciudad de ochocientas mil almas? La disposición de nuestro artículo sólo sería aplicable en las pequeñas ciudades, donde es fácil conocer á los menesterosos ó á las familias que viven en la mi sería. Lo mejor y más práctico habría sido entregar esos legados á los establecimientos de beneficencia, que están encargados de socorrerlos en una forma más permanente, y que prestan mayores beneficios á la sociedad; por que es más útil tener un hospital donde se puedan asistir

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3719 y á los dos artículos anteriores.—Aubry y Rau, § 714. —Troplong, *Testaments*. n.º 1768. El legado universal puede corresponder á personas y á cosas. Ninguna dificultad habría cuando el legado se hiciera conjuntamente y sin atribución de partes, como cuando yo doy la universalidad de mis bienes á Sempronio y á Cayo. Es claro que si Sempronio no puede recibir los bienes que se le dejan. Cayo no dejará de ser un legatario universal, menos por el derecho de acrecer que por la energía de la universalidad del título que abraza todo lo que no está exceptuado.

Pero otra cosa sería si el testador hubiese dicho: lego los tres cuartos de mis bienes á Sempronio. En tal caso, el testador no habría hecho sino legados de cantidad ó parte alicuota, y por consiguiente, no siendo el título universal, y estando divididas las porciones de cada legatario, no habría derecho de acrecer. El testamento contendría dos legados distintos sin relación ni conexión alguna.

por las deudas de la sucesión sino con los bienes que reciben, no hay en realidad heredero que represente al difunto, adquiriendo sus derechos y respondiendo por sus obligaciones.

todos los necesitados, que distribuir una suma cualquiera de dinero entre millares de pobres, á quienes apenas les bastará, para una semana, el socorro acordado.

Si se tratase de distribuir un legado á los pobres de la ciudad de Buenos Aires, que cuenta al presente con ochocientas mil almas, probablemente se tocarían con graves dificultades, y aunque las leyes deben cumplirse, por difícil que sea su aplicación, creo que los jueces deberían confiar esa tarea á las sociedades de beneficencia, que se ocupan en socorrer á los desgraciados y menesterosos.

En cuanto á la institución al alma del testador, aunque al presente serían muy raros esos legados, y en el porvenir lo serán menos, no por que el ideal religioso tienda á desaparecer, sino porque las sociedades del porvenir tienen otras aspiraciones, la ley debería convertirlos en beneficencias para los establecimientos de beneficencia. El Cód. Civ. Chileno, art. 1056, interpreta, á mi juicio, con mejor criterio la voluntad del testador, cuando dice: «lo que se deje al alma del testador, sin especificar de otro modo su inversión, se entenderá dejado á un establecimiento de beneficencia». ¿Por qué convertir en sufragios, es decir, en misas, responso, etc., lo que se deja para el alma, como lo hace el artículo? Pero mientras la ley exista deberá invertirse en sufragios y limosnas, como se expresa, por más que no se interpreten las aspiraciones del presente.

No debemos pasar sin observar, que nuestro artículo viola en parte el principio de derecho, de que toda institución testamentaria debe ser hecha á persona cierta y determinada, sea natural ó jurídica, y que ni el alma del testador, ni los pobres se encuentran en esas condiciones, ni da los medios para convertirlas en personas determinadas, como lo hace el Cód. Chileno, estableciendo, que en ese caso se entiende que el heredero ó legatario lo sería el establecimiento de beneficencia que indicara el Presidente de la República.

Consideramos la disposición de nuestro artículo, como una de las más atrasadas que registra nuestro Código, que no ha debido permitir estos legados, sin imponerles una restricción. Está más atrás que la ley del Fuero Viejo de Castilla, lib. V, tit. II, n.º 1, que sólo permitía á los solteros el dejar para su alma el quinto de sus bienes, haciendo que los demás parientes en grado sucesible recogieran lo restante.—Comp. GÓYENA, art. 610 y 611. Ley 20, tit. 3, y ley 3, tit. 10, Part. 6.ª.—Véanse arts. 41 y 3792.

§ 1018. — DE LA SUSTITUCIÓN DE HEREDEROS

La legislación española, que nos regía antes de la vigencia del Código, reconocía diversas formas de sustituciones que han quedado reducidas á una sola, en que *el testador puede subrogar alguno al heredero nombrado en el testamento, para cuando este heredero no quiera ó no pueda aceptar la herencia. Sólo esta clase de sustitución es permitida en los testamentos (art. 3724)*, quedando abo-

(Art. 3724.) El Dr. Velez-Sarsfield, en la nota, dice que el artículo permite la sustitución que en derecho romano se llamaba *vulgar*, denominada así, en razón de la frecuencia con que se la usaba en Roma, á fin de garantizarse de las caducidades numerosas que ocurrían, porque se consideraba un deshonor el morir sin tener heredero; así es que debemos ir al derecho romano para buscar el alcance que se daba en esa legislación á la sustitución vulgar.

Comencemos por la Instituta, que dice en el lib. II, tit. XV: «un testador puede hacer muchos grados de institución; puede decir, por ejemplo, si tal no es mi heredero, tal lo será, y puede así sustituir el uno al otro, y hacer tantos grados como quisiera. 1º, se pueden sustituir muchos herederos en lugar de uno, uno sólo en lugar de muchos, cada uno en lugar de cada uno, y en fin, sustituir los herederos instituídos los unos á los otros; 2º, si un testador sustituye unos á otros de los herederos instituídos que él ha instituído por porciones desiguales sin fijar partes en la sustitución, se juzga que ha dejado las mismas partes que ha expresado en la sustitución».

El Cód. francés, art. 898, permite al testador establecer en su testamento la cláusula de que pueda ser llamado un tercero á recoger la donación, herencia ó legado, cuando el donatario, heredero ó legatario no la recogiera, y dice, que esa disposición no será mirada como una sustitución; á diferencia de nuestro Código, que siguiendo á Demolombe y la común opinión de los autores franceses sostiene, que sólo esa clase de sustitución es permitida. Y está en la verdad, porque hay en realidad sustitución, desde que se pone al tercero en el lugar del heredero nombrado, cuando no quiera ó no pueda recibir la herencia.

Por derecho francés se prohíbe toda clase de sustitución, y sin embargo, los jurisconsultos más competentes de esa nación sostienen que la prohibición del art. 898 del Cód. Napoleón, ha tenido por objeto prohibir únicamente la sustitución fideicomisaria, y por eso admiten como

lidas todas las demás, porque importaban conceder facultades que son impropias del que dispone irrevocablemente de sus bienes para después de su muerte.

válida la disposición siguiente: lego á fulano todos mis bienes con la carga de entregar á su muerte, lo que le quedare, á zutano; legado que se ha llamado de *residuo ó de eo quod supererit*, y por fuertes que sean las razones alegadas, semejante legado no podría establecerse entre nosotros, no porque coarte la libre voluntad del heredero, desde que puede disponer libremente de sus bienes durante su vida, sino porque esa libertad viene á faltar, pues dispone para después de su fallecimiento, en que no podría legar los bienes que le hubieran quedado, porque otro que él ya había dispuesto de ellos.

Nuestro artículo es muy claro; pero también lo es el francés que prohíbe toda clase de sustitución, y que va en su radicalismo hasta negar, que una disposición en que se sustituye una persona por otra no es una sustitución, y sin embargo, los jurisconsultos admiten el legado de *residuo*. Debemos, pues, separarnos completamente de la jurisprudencia francesa en esta parte, porque el legislador argentino ha manifestado claramente que no admite otra clase de sustitución que la llamada vulgar, y porque al dictar semejante disposición no se ha encontrado cohibido, como el francés que ha temido, como dice Coin-Delisle, despertar las susceptibilidades populares, y no ha querido dar abiertamente el nombre de sustitución vulgar á una disposición que la autorizaba; el legislador argentino ha tenido completo dominio, porque no había antecedentes que ofrecieran resistencia para que permitiera velar una disposición bajo una expresión disfrazada, y ha dicho con toda claridad: no se permite otra sustitución que la llamada vulgar, y que consiste en sustituir al heredero nombrado que no puede aceptar la herencia por incapacidad, ó por cualquier causa ajena á su voluntad, para que lo reemplace la persona designada por el testador.

Si fuera declarada indigna de suceder la persona nombrada, ¿sería el caso de sustitución? Es necesario distinguir, si la causa de indignidad es de aquellas que son conocidas por el testador, como en el caso de haber sido condenado el heredero por haber atentado contra la vida del testador ó acusándolo de un delito que merezca pena de cinco años, y el testamento fuera posterior á esos hechos, la indignidad habría sido perdonada, y por consiguiente no habría sustitución. Cuando el heredero nombrado fuera incapaz ó no pudiera recibir la herencia, y en en el mismo caso se encontrara el sustituto, ésta pasaría á los herederos en grado sucesible. Eso mismo sucedería, si el heredero no pudiera recibir la he

Cuando el testador se hubiera limitado á decir, que el heredero será sustituido por tal otro, sin determinar el caso que com-

rencia y el sustituto no quisiera aceptarla, ó cuando el nombrado heredero no quisiera recibirla y el sustituto fuera declarado indigno.

Por nuestro derecho todas las sustituciones quedan prohibidas, menos la vulgar; teniéndose presente que una vez aceptada la herencia por el heredero nombrado, la sustitución no tiene lugar, aunque el heredero la renunciase en seguida, porque entonces la recibirían los parientes, en grado sucesible, del fallecido. En efecto, una vez aceptada la herencia la calidad de heredero viene á quedar fijada definitivamente; pero si la renunciare para que los herederos del difunto en grado sucesible la toman, importaría así mismo una aceptación, como se dijo en el art. 3322, y el sustituto no tendría derecho alguno.

Para que el sustituto pueda recoger la herencia, es necesario que el nombrado en primer lugar no quiera ó no pueda aceptarla; si manifiesta la voluntad de aceptarla y tiene capacidad y lo hace, el instituido en su lugar ha perdido todos sus derechos; si posteriormente se despoja de esos derechos, que le son propios, en favor de sus coherederos ó de los parientes del difunto en grado sucesible, éstos adquirirán la herencia, aunque los acreedores pueden deducir sus acciones, sino tuvieran bienes bastantes, con los de la sucesión.

Poco importa que la aceptación del primer heredero se haya hecho bajo beneficio de inventario; si existe heredero, el sustituto no tiene derecho alguno. Otra cosa sucedería, si el instituido en primer lugar, fuera, por ejemplo, el hijo del escribano que hace el testamento, y aceptara la herencia. ¿Podría el sustituto demandar la herencia demostrando que es incapaz de recibirla? ¿Podría en el mismo caso pedir la declaración de indignidad del instituido en primer lugar? Me decido por la afirmativa, porque en uno y otro caso el sustituto tiene un interés evidente en que se declare incapaz de recibir la herencia al instituido, pues entraría á sustituirlo en ambos casos, recogiendo la sucesión. ¿Quién sino él podría deducir esa acción? Los parientes en grado sucesible no tienen interés alguno, porque la herencia no vendría á su poder, y como sin interés no hay acción, el demandado podría rechazar su demanda.

En el estado actual de nuestra civilización, sin esas preocupaciones que trabajaban á la sociedad romana, que consideraba un deshonor el morir sin tener un heredero, no hay razón alguna para conservar la sustitución, que prolonga de un modo indefinido el dominio de nuestros bienes. El heredero no es necesario para nuestra vida moderna, llena de actividades, en que el trabajo no sólo es una divisa, con la que se marcha

prende, se entenderá que en cualquiera de ellos será llamado, así dice el **art. 3725**: *la sustitución simple y sin expresión de ca-*

á la conquista del bienestar propio, y á la grandeza nacional, sino la corona del triunfador moderno, que la ha alcanzado por su propio esfuerzo, y con la que puede morir orgulloso de haber llenado su misión civilizadora en esta lucha de todos los instantes. Cuando se trate de la reforma del Código, debe desaparecer esta disposición que no encuadra dentro de nuestra civilización actual.—Comp. Cód. FRANCÉS, art. 898. GOYENA, art. 629.—Véanse arts. 2824, 3723, 3725 y 3732.

Este artículo fué corregido agregándose la proposición *para*, en la expresión «para cuando este heredero, etc.».

(**Art. 3725.**) La sustitución vulgar, permitida por el artículo anterior, puede tener lugar bajo una de estas formas: 1ª, instituyo por mi heredero á Alberto, pero si *no quisiera* aceptar la herencia lo sustituiré Julio; 2ª, instituyo por mi heredero á Alberto, pero si *no pudiera* acp-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3724. — L. 1, Tit. 5, Part. 6ª. — L. 49, Tit. 6, Lib. 28, Dig.—En el Derecho Español y en el Derecho Romano se enumeran seis clases de sustituciones: 1ª la vulgar, que es la que permite el artículo; 2ª la pupilar, por la cual el padre hace su testamento y el testamento de su hijo impúbere, y le nombra heredero en el caso que muera antes de llegar á la edad de la pubertad; 3ª la ejemplar, disposición por la cual los padres hacen el testamento de sus hijos púberes, dementes ó imbeciles para el caso que ellos mueran sin haber recobrado la razón; 4ª la sustitución recíproca hecha entre todos los herederos instituidos, por la que se llama á los unos á falta de los otros, sea vulgar, sea pupilar ó ejemplarmente; 5ª la sustitución compendiosa, la que comprende á la vez una sustitución vulgar y una sustitución fideicomisoria. Ella valia como vulgar si el caso de la vulgar se presentaba, y como fideicomisoria si el caso de ésta llegaba; 6ª la fideicomisoria subroga un segundo heredero al heredero instituido con el cargo de conservar los bienes para que á su muerte pasen al sustituido. — Véanse las Leyes del Tit. 5, Part. 6ª.

Con excepción de la vulgar, abolimos todas estas sustituciones. La fideicomisoria, que es la principal y la única que por los escritores franceses se llama sustitución, tiene el carácter particular de la carga que impone al heredero de devolver á su muerte los bienes al heredero instituido, estableciendo así un orden de sucesión en las familias. Esta sustitución es un obstáculo inmenso al desenvolvimiento de la riqueza, á la mejora misma de las cosas dejadas por el testador. Tiene, lo que se creía una ventaja, la conservación de los bienes; pero para esto es preciso una inmovilidad estéril en lugar del movimiento que da la vida á los intereses económicos. La sustitución vulgar no tiene estos inconvenientes, pues no es más que una segunda institución para el caso que no tenga lugar la primera; no trastorna el orden de las sucesiones, ni tiene las propiedades inertes, ni el dominio en suspenso.

sos comprende los dos: el caso en que el heredero instituido no quiera aceptar la herencia, y el caso en que no pudiera hacerlo. La

tar la herencia, lo sustituirá Julio; 3ª, finalmente, instituyo por mi heredero á Alberto, y lo sustituirá Julio.

Nuestro artículo llama sustitución simple y sin expresión de casos á las de la última hipótesis; pero como al final dice, que la sustitución para un caso comprende también al otro, parece inútil el estudio de cada uno de ellos separadamente; sin embargo, es un principio reconocido, que en todas las disposiciones de última voluntad se debe obedecer á la expresada claramente por el testador, y por esa razón necesitamos examinarlos.

En el primer caso, si se ha nombrado heredero á A, y para cuando *no quiera* aceptar se le ha sustituido con B, la cláusula de sustitución se ha reducido á esa simple expresión, y el sustituto entrará á reemplazarlo, aún en el caso en que el heredero *no pudiera* recibir la herencia; pero si el testador expresare claramente su voluntad, agregando: y para el caso en que *no pueda* lo sustituirá C, habrá dos sustitutos, uno para el caso en que *no quiera*, y el otro para cuando *no pueda*, ó sea incapaz de suceder. Así, las últimas palabras del artículo, de que la sustitución para un caso comprende al otro, sólo se aplicará cuando el testador no haya manifestado una voluntad contraria.

En la segunda hipótesis, podría, con razón, haberse hecho alguna diferencia de la primera, porque en la una interviene la voluntad del heredero instituido, mientras en la otra es la ley que le priva ser heredero, incapacitándolo; pero en la legislación romana, que traducía la preocupación del deshonor, que recaía sobre la memoria del difunto, cuando moría sin heredero, pudo ordenarse que la sustitución, para un caso comprendiera al otro; en la nuestra no sucede lo mismo, y ha debido establecerse esta diferencia, respetando la voluntad del difunto que sólo ha querido la sustitución para el caso indicado en el testamento; pero el artículo ha traducido necesidades de otras civilizaciones que no tienen razón de ser en la nuestra, manda que la sustitución para un caso comprenda el otro, y así debemos obedecerla, respetando, no obstante, la voluntad del testador, cuando la haya manifestado de un modo que no ofrezca dudas.

La doctrina del artículo, que según la nota parecía apoyarse en el Cód. de Austria, art. 605, es contraria á ese artículo, pues dicho Código, respetando la voluntad del testador, no extiende un caso al otro, porque una cosa es *no querer* aceptar la herencia, y otra *no poder* recibirla.

sustitución para uno de los dos casos comprende también al otro, salvo cuando el testador hubiera expresado claramente que sólo debe comprender al caso indicado, pues entonces se respetará su voluntad. El legislador siempre procede suponiendo una voluntad no expresada, ó cuando resultare incompleta.

Para la sustitución no es necesario que una persona sustituya á otra, así, *pueden ser sustituidas dos ó más personas á una sola, y por el contrario, una sola á dos ó más personas (art. 3726)*, teniendo completa libertad el testador.

El Cód. Civ. Chileno, art. 1157, confirma la teoría que hemos sostenido, de que la voluntad del testador debe prevalecer, sobre la suposición de la ley, cuando dice: «la sustitución que se hiciere expresamente para algunos de los casos en que pueda faltar el asignatario, se entenderá hecha para cualquiera de los otros en que llegare á faltar; *salvo que el testador haya expresado voluntad contraria*»; porque esa voluntad debe dominar la materia de las sucesiones, con las limitaciones que las leyes han encontrado conveniente hacer. — Comp. GOYENA, art. 630. Cód. DE CALIFORNIA, art. 3624.

(**Art. 3726.**) Esta disposición, tomada de las Institutas del Emperador Justiniano, se explica fácilmente; porque una vez permitida la sustitución vulgar, debió consentirse al testador que hiciera la sustitución bajo cualquiera de las modalidades de que es susceptible. Así, cuando se nombran varios para sustituir á varios, esa forma debe admitirse, aunque el artículo habla sólo de varios á uno ó de uno á varios, porque la voluntad del testador no está coartada.

En la sustitución de uno por varios, pueden éstos sustituirse gradual y sucesivamente, si así lo ha establecido el testador, ó conjuntamente, en cuyo caso, si alguno de los sustitutos no quisiera ó no pudiera recibir la herencia, la recibirán los demás en su totalidad.

Téngase presente que el artículo habla de la sustitución del heredero, y por consiguiente cualquiera de los sustitutos que quisiera ó fuera capaz, tomaría la herencia si los otros no quisieran ó no pudieran

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3725.—Voet, Lib. 28, Tit. 6, n° 12. En cuanto á la primera parte, L. 2, Tit. 5, Part. 6ª. En cuanto á la segunda, las Leyes de Partida guardan silencio. El Cód. Francés tampoco resuelve cosa alguna en los dos casos, de impotencia ó falta de voluntad. El Cód. de Austria, dice: «Si nombrado el sustituto, dice solamente para el caso en que el primero *no quiera*, ó solamente para el caso que *no pueda*, esta disposición no debe extenderse de un caso al otro.»

Quando el testador sustituye reciprocamente los herederos instituidos en partes desiguales, tendrán éstos en la sustitución las mismas partes que en la institución, si el testador no ha dispuesto

tomarla. Para este caso rige la última parte del artículo anterior, y lo que se ha dicho respecto al heredero ó herederos instituidos, se aplica á los sustitutos en igual caso, cuando no quieran ó no puedan.

Este artículo fué corregido por el Congreso, porque en la edición de Nueva York, declarada auténtica, no tenía sentido, cuando decía: «pueden ser instituidas dos ó más personas ó una sola, y por el contrario, una sola ó dos ó más personas», no tratándose de institución de herederos sino de la sustitución vulgar.

El Cód. de Chile, art. 1159, dice: «se puede sustituir uno á muchos y muchos á uno», lo que equivale á la disposición de nuestro artículo.

Quando se sustituyen muchos á uno, el testador puede asignarles partes iguales ó desiguales, sin que se altere la calidad de herederos, ni se consideren legatarios de parte alicuota, si hay entre ellos el derecho de acrecer; porque los sustitutos reciben entonces la universalidad jurídica, que estaba reservada al heredero nombrado en primer lugar.

Si el testador no ha indicado partes á los sustitutos del nombrado en primer término, éstos dividirán la herencia en partes iguales.

Se ha promovido la cuestión, á saber: si las condiciones ó cargas impuestas á la primer institución, rigen igualmente para los sustitutos, en caso el testador hubiere guardado silencio. Merlin, Rep. 1.^o Subst. directa, § 1, n.^o 3, se decide por la negativa en lo concerniente á las condiciones, y Demolombe, XVIII, 78, dice que semejante decisión le parece demasiado absoluta en su penalidad, y que es más propio reducirla á una cuestión de interpretación de la voluntad del disponente, subordinándola á los términos empleados y á los diversos elementos de solución que cada especie puede presentar, y así juzgo que debemos considerarla; porque si es evidente que la carga impuesta al heredero de primer término, fuera personal, no podríamos sin injusticia hacerla pasar al sustituto ó sustitutos.

Lo lógico y razonable es que la parte del sustituido, se le atribuya al sustituto, si el testador no ha manifestado una voluntad contraria, y siempre que la carga impuesta al primero no fuera inherente á su persona, art. 3729. — Comp. DURANTON, VIII, 40. — Véanse arts. 3727 y 3728.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3726.— Instit., Lib. 2, Tit. 15, § 1.— Cód. de Nápoles. art. 937.

lo contrario (art. 3727), de modo que el sustituto ó sustitutos vengan á tener exactamente lo que correspondía al sustituido.

(Art. 3727.) Esta disposición es tomada igualmente del derecho romano, Instituta, lib. 2, tít. 15, § 2; pero debemos hacer esta observación: si los herederos nombrados para recibir la herencia tuvieran una parte desigual en ella, sin tener el derecho de acrecer, no serían tales herederos sino legatarios de parte alicuota y cada uno recibiría la parte designada, con las obligaciones de pagar las deudas y cargas de la sucesión en la proporción de lo que recibieran. Así, cuando el causante dijere: nombro por mis herederos á Pedro por una octava parte de mi herencia, á Juan por las dos octavas, y á Diego por cinco octavas partes; pero si Pedro no quiere ó no puede recibir la herencia, lo sustituirá Antonio, y si en el mismo caso Juan no pudiera recibirla, lo sustituirá Alberto, y á Diego lo sustituirá Emilio, cuando llegase el caso, cada sustituto ocupará el puesto del sustituido y tomará su parte, entonces son legatarios y no herederos; pero este no es el caso del artículo, que supone la sustitución entre los mismos herederos nombrados, en qué no serán legatarios sino herederos, porque tienen el derecho de acrecer; como si dijera en el primer caso, nombro por mis herederos á Pedro, Juan y Diego para que reciban mis bienes en esta proporción; una cuarta parte al primero, la tercera parte de lo que quedare al segundo, y las dos terceras partes restantes al último, y si alguno de ellos no quisiera ó no pudiera aceptar la herencia, los otros recibirán esa parte; en esta hipótesis, si Pedro no puede aceptar, su cuarta parte se dividirá entre los que lo sustituyen, tomando una tercera el segundo y las dos terceras restantes el tercero.

El art. 1160, Cód. de Chile, dice con más precisión: si se sustituyen recíprocamente tres ó más asignatarios, y falta uno de ellos, la porción de éste se dividirá entre los otros á prorrata de los valores de sus respectivas asignaciones», tomando cada uno la proporción asignada en el testamento.

Es entendido que el testador tiene completa libertad para designar como se dividirá la parte del que no pueda ó no quiera recibir la herencia, y que la disposición del artículo es para el caso de silencio del testador, en cuanto á la manera de dividirse la parte del asignatario que faltase.

La Instituta, lib. 2, tít. 15, § 2, decía: «si un testador sustituye los unos á los otros de los herederos que él ha instituido por porciones desiguales, *sin fijar partes en la sustitución*, se juzga que les ha dejado las mismas partes que ha expresado en la institución»; es de esta disposición que ha sido tomado nuestro artículo, como lo indica la nota del

La ley al permitir la sustitución, con el objeto de que el testador tenga un heredero, no la ha limitado á una sola persona, porque eso habría sido restringir el derecho del testador para elegir un heredero, así puede nombrar por heredero á A, y para el caso no quiera ó no pueda que lo sustituya B, y si aún éste no pudiera ó no quisiera recoger la herencia, puede hacerlo sustituir con C, en este sentido se debe entender el **art. 3728** que dice: *el susti-*

Dr. Velez-Sarsfield, y es lo que se repite en el art. 3820, cuando los legatarios tienen el derecho de acrecer, en que la porción vacante se divide entre los legatarios en la proporción de lo que cada uno debe tomar en el legado.

(**Art. 3728.**) Es necesario tener presente la disposición del art. 3719 en que el heredero de la universalidad de los bienes es legatario de parte alícuota, cuando se le designa una parte determinada y lo que dijimos al comentarlo; porque se confunde generalmente, como lo observa con razón el Dr. Velez-Sarsfield, en la nota, con la doctrina del derecho romano, que concedía en estos casos el derecho de acrecer, mientras por el nuestro no existe, á menos de concederlo expresamente. Así pues, cuando el artículo habla del sustituto, se entiende que lo será en los mismos términos que lo era el primer instituido, de modo que si por la institución se le nombraba heredero, señalándole una parte de la herencia, no será heredero, sino legatario de parte alícuota y el sustituto del sustituto no será heredero, sino legatario, y tomará la parte que al primero correspondería. La disposición de este artículo resuelve la dificultad á saber, si el sustituto del sustituto, era también sustituto del primer nombrado; así dice Juliano en la ley 27, tit. 6, lib. 28, Dig.: «Si Ticio ha sustituido á su coheredero, y en seguida Sempronio ha sustituido á Ticio, pienso que Sempronio es por esto mismo, sustituido en las porciones de los dos coherederos», porque si Ticio sustituye á su coheredero, y Sempronio lo sustituye, tomará sólo la parte de éste, si no ha sustituido á su coheredero, y si éste no quiso ó no pudo recoger la herencia, recién tomará las dos, cuando Ticio á su vez no quisiera recogerla; pero si Ticio quisiera tomar la parte de su coheredero, la recogería Sempronio en concurrencia con Ticio.

¿Hasta qué grado puede ir la sustitución? El Código no designa límite alguno, y pueden sustituirse tres, cuatro ó los que quiera el testa-

tuto del sustituto se entiende también serlo del heredero nombrado en primer lugar, así es que la herencia no pasará á los herederos *ab intestato*, mientras cualquiera de los sustitutos por el orden en que deban obrar haya aceptado la herencia.

El testador tiene completa libertad para imponer cargas al heredero nombrado, si no fuera forzoso, y libentar de ellas al sustituto ó sustitutos, ó por el contrario, imponerles á éstos cargas que no tuviera el heredero nombrado en primer lugar; pero si

dor, teniendo presente que si ha señalado parte determinada á cada sustituto, no serán herederos, y la parte que no pueda ser recibida por el sustituto, ó que no quiera recoger, no acrecerá á los demás herederos, sino que la recogerán los herederos *ab intestato* del difunto. Por el contrario, cuando son herederos y se les ha nombrado sustitutos en tercero y cuarto término, la recogerán los que quedasen, cualquiera que sea el término en que se encuentren; así, por ejemplo, se han nombrado herederos á Pedro y Juan, designando sustituto para Pedro á Antonio y para Juan á Diego, pero en previsión de que éstos faltasen, se ha designado á Emilio como sustituto de Antonio, que á su vez sustituirá á Pedro, y como sustituto de Diego á Alberto, que viene á sustituir á Juan; si Pedro no quiere recibir la herencia y su sustituto Antonio no puede, la recogerá Emilio, como sustituto de Pedro y Juan, nombrado en primer término; si Juan hubiera fallecido, la recogerán Pedro, segundo sustituto, y Diego, sustituto de Juan. Si de todos estos sustitutos sólo quedase uno, éste recogería toda la herencia, porque sería el único heredero, á diferencia de que cuando cada heredero tuviera una parte determinada, si el último sustituto no pudiera recogerla, esa parte pasaría á los herederos *ab intestato* del causante.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3728. — Véase Goyena, art. 632.—Inst. tit. 2, Tit. 15, § 3.—LL. 27 y 41, Tit. 6, Lib. 28, Dig.—Supóngase que un testador instituye á Pedro por heredero en los dos tercios de su herencia, y á Pablo en el otro tercio; por Derecho Romano la parte de cualquiera de ellos que no pudiese ó no quisiese ser heredero, acrecía al que lo fuera; pero no por nuestro Derecho, según el cual dicha parte corresponde á los herederos *ab intestato*.

Pero si el testador dijere en el caso propuesto: nombro á Pedro por sustituto de Pablo, y á Juan por sustituto de Pedro, la parte de Pablo en el caso de no ser heredero, irá, no sólo á Pedro, si lo es, sino á su sustituto Juan, caso de no serlo Pedro, porque Juan se entiende sustituto, no sólo á Pedro, primer sustituto de Pablo, sino también á éste. De consiguiente, no devolverá la herencia á los herederos *ab intestato*, mientras Pedro sustituido en primer lugar á su sustituto Juan, quiera y pueda ser heredero.

nada hubiera expresado, *el heredero sustituto queda sujeto á las mismas cargas y condiciones impuestas al instituido, si no aparece claramente que el testador quiso limitarlas á la persona del instituido (art. 3729)*, ó que por el contrario quiso imponerlas al

(Art. 3729.) El artículo ha decidido la controversia suscitada sobre si había diferencia entre la carga y la condición, para hacerlas pesar igualmente sobre el sustituto, resolviéndola nuestro Código por la afirmativa; sin embargo, debemos hacer una distinción que viene de la naturaleza de las cosas, y que se impone con la fuerza de los hechos; ó la carga es personal, cuando es impuesta á la persona misma del legatario, y en ese caso no pasa al sustituto, ó es real, gravando la cosa misma, y entonces obliga al sustituto en los mismos términos que lo estaba el sustituido; por ejemplo, lego á Alberto mi casa, con la carga de entregar á Julio la suma de cinco mil pesos; en este caso pasaría la obligación al sustituto, por que en realidad habría dos legados, el uno de la casa, y el otro de los cinco mil pesos, aunque estén unidos y al parecer formen uno sólo; pero como la carga es real, pesará sobre el que reciba la casa, y si el legado caducase por la pérdida de ésta, el segundo legado que está unido al primero, caducaría igualmente, porque no existe la cosa de la que ambos dependían; por eso la hemos llamado carga real. Por el contrario, en el caso citado por Pothier, de un legado hecho á Santiago, que era matemático, con la carga de enseñar las matemáticas al hijo del testador, esa carga no puede pasar al sustituto, porque es puramente personal y se ha extinguido con la persona.

Gayo, en el lib. 13, sobre la ley Julia y Papia decía: si se sustituye un heredero á aquél que ha sido instituido bajo una cierta condición, sin repetir esa condición en la sustitución, ella no se juzgará impuesta al sustituto, lib. 73, tít. 5, lib. 28, Dig., y de esta decisión ha nacido la cuestión que nuestro artículo resuelve, no haciendo distinción alguna entre la carga y la condición; pero me parecía más prudente reducirla á una cuestión de hecho y de interpretación de la voluntad del testador, como lo hace acertadamente nuestro artículo, dejando á la inteligencia de los jueces el decidir, si la carga impuesta debe limitarse al instituido. No es necesario que el testador haya dispuesto expresamente, que los gravámenes ó condiciones sean meramente personales, como lo dice el Cód. de California, art. 3629, y que algunos han creído que expresa el mismo pensamiento que el nuestro; pues lo que exige es que aparezca *claramente* que el testador quiso limitarlas á la persona del instituido. Así, cuando se ha impuesto á un legatario pintor de fama la carga

sustituto. Si suponemos que el testador ha instituido un heredero y nombrádole sustituto, dándole en seguida un sustituto á este sustituto, nombramiento que por ser hecho sin las formalidades legales se declarase sin valor, esa nulidad no perjudicaría á las instituciones ya hechas; en este sentido se debe entender el **art. 3730** que dice: *la nulidad de la sustitución fideicomisoria*

de hacer un cuadro para colocarlo en su sepulcro, si el legatario tiene sustituto y este viene á recoger el legado, es claro que no tiene la obligación de hacer el cuadro, con tanta más razón, cuanto que no es pintor. Confirma esta opinión el art. 3822.

¿Qué se decidirá en caso de duda? Algunos creen que debe suponerse que las cargas y condiciones pasan al sustituto, cuando en la duda debe siempre resolverse en favor de la libertad del individuo, porque es el estado normal. ¿Por qué inclinarse más á suponer una obligación, si el individuo no la ha impuesto claramente? Pero aquí existe una razón especial, que viene á hacer una excepción á la regla general, pues el artículo manda, que las cargas y condiciones pasarán al sustituto, y sólo cuando *apareciere claramente*, que el testador quiso limitarlas á la persona del instituido, no serán obligatorias para el sustituto; luego en caso de duda, es decir, cuando no estuviera claramente consignada la limitación, deberán considerarse impuestas al sustituto.

Nuestro artículo se ha separado de la doctrina romana para seguir al Cód. de Austria, art. 606, como se dice en la nota del Dr. Velez-Sarsfield.—Comp. Cód. DE CHILE, art. 1161. GOYENA, art. 634 y Cód. DE CALIFORNIA, art. 3629.—Véanse arts. 3821, 3822 y 3826.

(**Art. 3730.**) El presente artículo sienta un principio que parece no guarda armonía con el art. 3608, en que toda disposición legalmente imposible la anula, y como en el presente se habla de una sustitución fideicomisaria prohibida por la ley, resultaría que aplicando esa

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3729.—El Cód. de Austria, art. 606, no distingue entre cargas y condiciones: «las cargas, dice, impuestas al primer heredero son soportadas por el sustituto que entra en posesión.» Pero el de Nápoles distingue las cargas de las condiciones. Ordena así: «los sustitutos estarán sujetos á las mismas cargas que los instituidos; sin embargo, las condiciones impuestas á la institución ó legado no se presumen repetidas en la sustitución á menos de declaración expresa.»

Nosotros resolvemos en sentido absoluto, porque no debe presumirse que el testador quiso favorecer más al sustituto que al heredero, y debe por lo tanto, entenderse repetidas en aquél las cargas y condiciones impuestas á éste.

(fideicomisaria) *no perjudica la validez de la institución de heredero, ni los derechos del llamado antes*; porque si se tratase del

disposición el testamento sería nulo; pero sería válido según el que estudiamos.

Dijimos en el comentario á dicho artículo, que el Dr. Velez-Sarsfield confundió la crítica de los autores franceses al art. 900 del Cód. Napoleón, que englobando en una misma disposición los testamentos y las donaciones entre vivos, señalaba el mismo efecto para ambos, á las condiciones legal ó físicamente imposible, y nuestro Código, en vez de separarlas, porque ambos actos deben gobernarse por disposiciones diversas, se decidió sin razón, á mi juicio, por la opinión contraria, anulando toda la disposición; pero vencido por la verdad de la doctrina, que separa las donaciones entre vivos, que responden á otro móvil y se rigen por leyes diversas, viene en el presente artículo á confirmar la teoría contraria, de que en los testamentos, ó más bien dicho, en la institución de heredero, una condición legalmente imposible, como es la sustitución fideicomisaria, no anula, ni perjudica la institución de heredero; teoría conforme con los principios del derecho.

¿Cómo armonizar ambas disposiciones? Para mí no hay otro medio que establecer como regla general el principio del art. 3608, de que en las disposiciones testamentarias toda condición ó carga legal ó físicamente imposible, anula la disposición; pero tratándose de la institución de heredero, se exceptuará el caso en que, habiéndose nombrado un sustituto al heredero, esa sustitución fuera fideicomisaria; es decir, con el objeto de que el heredero después de haber tomado la herencia esté obligado á pasarla á otro; la nulidad de esa institución no perjudicará á la institución misma, ni al testamento, que continuará siendo válido. Y esta excepción debía convertirse en regla general, porque lo inútil jamás debe viciar lo útil, ni anular la disposición á la que se hubiere impuesto. En las disposiciones de última voluntad debía estarse por favorecer el cumplimiento de la voluntad del testador, suponiendo que la cláusula impuesta á la manda ó legado se ha hecho por ignorancia ó error, y no con el objeto de dejar la disposición sin efecto. ¿Cómo puede creerse que un testador en completa libertad para disponer de sus bienes, haya querido burlarse del legatario dejándole una cosa que no podría tomar? Anular el legado, á semejanza de lo que sucede en los contratos, es no darse cuenta de la diferencia de posición de las partes en ambos actos; en los contratos, hay dos voluntades que se han armonizado con un objeto, teniendo los contratantes diverso interés y móviles diferentes; de ahí la necesidad de anular el acto, porque falta uno de los fines que los con-

nombramiento de un sustituto que tuviera impedimento legal para aceptar la herencia, aunque fuera el primero nombrado no perjudicaría á los demás; porque es precisamente para ese caso la sustitución, el de no poder aceptar la herencia.

Por más que la ley ha concedido al testador una omnínoda facultad para disponer de sus bienes, siendo el árbitro de su fortuna cuando no tiene herederos forzosos, salvo las restricciones que ha impuesto á éstos, impidiéndoles que puedan recoger la herencia; sin embargo, esta facultad termina y es conveniente que no se prolongue más allá, porque sería una especie de vinculación ó mayorazgo si pudiera nombrar heredero al heredero designado, por eso es que el **art. 3732** dice: *son de ningún valor las dispo-*

tratantes se propusieron: pero en las disposiciones de última voluntad el móvil principal es la beneficencia, haciendo bien al legatario ó heredero al dejarle bienes sobre los que no tenía derecho alguno durante la vida del testador: lo más natural habría sido el no tomar en cuenta la condición legal ó físicamente imposible. En caso de una reforma del Código debe hacerse esta distinción: declarar nulo el contrato en que se hubiera impuesto esa condición, y válido el testamento á que se en contrase adherida, considerándola como no puesta.

El artículo supone el caso de una sustitución fideicomisaria que deja sin electo, porque no debía tocar la institución de heredero, y aún admito el supuesto en que el heredero sea sustituto de otro anteriormente nombrado, de modo que el nombramiento de fideicomisario, en cualquier caso, vendría á quedar como si tal encargo no se hubiera hecho. Así, cuando el heredero hubiera sido nombrado para que pasara la herencia á tal persona designada, ese mandato no tendría valor, ni anularía la institución de heredero á la que se ha impuesto la condición prohibida. Y lo que decimos de la sustitución fideicomisaria se aplicará á cualquier otra clase de sustitución, menos á la vulgar, que es la única permitida por el art. 3724.—Comp. GOYENA, art. 637, Cód. SARDO, art. 880, y LAURENT, XIV, n^o 488.—Véanse arts. 1039, 1842, 3731, 3823 y 3824.

(**Art. 3732.**) Las legislaciones modernas, sobre todo las de los países de instituciones republicanas, han rechazado como contrarias á las leyes que presiden á la distribución de la riqueza, esa transmisión forzosa de los bienes, sin facultad de enajenarlos, manteniéndolos en una

Nota del Dr. Fdez-Sarsfield al art. 3730.—Véase L. 15, Tit. 20, Lib. 10, Nov. Rec.

siones del testador, por las que llame á un tercero al todo ó parte de lo que reste de la herencia, al morir el heredero instituido, y

familia, y sacándolos del comercio y de la actividad que fecunda toda empresa; de ahí que la primera disposición tomada por nuestros legisladores una vez declarada la independencia, fué suprimir los mayorazgos y vinculaciones que paralizaban, en manos incapaces, una gran parte de la fortuna nacional, y desde entonces todos nuestros esfuerzos han sido por dar el mayor movimiento posible á los bienes raíces, haciendo que sufran esas transformaciones que solo el interés privado es capaz de imprimirles.

Nuestro Código ha tenido que seguir estas ideas, que se imponen como una necesidad en los pueblos jóvenes, que necesitan de libertad para desenvolver su fuerza expansiva, y la disposición que estudiamos viene á consagrar esos principios; así es que el testador no puede extender su voluntad más allá de la persona nombrada para sucederle, una vez que ésta haya recogido la herencia.

Se discutía en la jurisprudencia francesa, sobre la facultad del testador para disponer de la herencia dejada á una persona, limitándola á la parte que existiera al fallecimiento de ésta, á fin de darle amplia libertad al instituido, quitando la razón de odiosidad que tenía esa facultad: pero nuestro Código, siguiendo la mejor doctrina, se ha decidido por impedir que el testador pueda disponer de los bienes que deja al instituido, una vez que éste haya aceptado la sucesión, declarando nula y de ningún valor toda disposición que tenga por objeto llamar á un tercero, para que recoja la más pequeña parte de la herencia que quedase á la muerte del instituido.

En cuanto á prohibir la enagenación de las cosas legadas, ó que comprendan la herencia, la prohibición se rechaza en absoluto, porque habría un fideicomiso no permitido por nuestro derecho; el testador puede llenar su objeto legando á uno el usufructo del bien dejado, y la nuda propiedad á aquel á quien destina el objeto legado. Sin embargo, si bien es prohibida en absoluto la cláusula de no enagenar, y se tiene por no puesta, sin perjudicar á la institución misma, se le permite establecerla por el término de diez años, art. 2613, respondiendo esta limitación á satisfacer deseos legítimos que deben respetarse. Igualmente se permite que imponga la indivisión por el término de cinco años, art. 2694; pero una y otra limitación á la facultad del propietario, responden más bien á previsiones del testador que la ley ha debido respetar desde que no alteran el derecho de propiedad.

Lo que la ley ha querido impedir, es la inmovilidad de la propiedad

por las que declare inenajenable el todo ó parte de la herencia; porque sería establecer una vinculación, prohibiendo la circulación de los bienes é impidiendo el progreso.

Lo dispuesto en este título sobre las sustituciones de herederos es aplicable igualmente á los legatarios (art. 3731), porque existe

raíz, sacándola del comercio, y quitándole ese interés vivaz y movedizo que la transforma, y que constituye una de las fuentes más fecundas del progreso; por eso creo que si se legara la nuda propiedad á una persona y el usufructo á varias que deberían tomarla sucesivamente, la cláusula sólo comprendería á la primera nombrada, sin anular la disposición; pero si los usufructuarios fueran varios nombrados conjuntamente, la cláusula sería válida y concluiría el usufructo con la muerte de la última persona. ¿Por qué anularíamos la institución ni la cláusula de usufructo, cuando no existe en realidad sustitución fideicomisaria, y el art. 3717 lo permite expresamente? El usufructo está destinado á concluir con la muerte del usufructuario, y no se puede sostener con visos de razón, que semejante cláusula importe una sustitución fideicomisaria, desde que el usufructuario, en este caso, jamás puede llegar á ser propietario.

Lo que la ley prohíbe es que siendo propietario el instituido, no pueda disponer de lo que es suyo, y tenga obligación de pasar la cosa al substituto, para que éste á su vez la transmita á otro, y así sucesivamente; el propietario debe disponer de lo adquirido por la aceptación de la herencia ó legado, con la única limitación de los 5 y 10 años de que hemos hablado. El usufructo no es ni puede ser un fideicomiso.—Comp. LAURENT, XIV, n° 503. Goyena, art. 636.—Véanse arts. 1842, 2824, 2825, 3608, 3723 y 3724.

(Art. 3731.) Es una consecuencia forzosa de lo dispuesto en el artículo anterior; será nula toda cláusula por la que se substituya al legatario que ha recibido el legado, por otro encargado de recogerlo, una vez fallecido el nombrado. El principio general que gobierna esta materia, sea que se trate del nombramiento de heredero y su sustitución, sea de legatario, es el siguiente: sólo puede tener lugar la sustitución para el caso en que la persona nombrada no pueda ó no quiera recibir la

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3732.—Ambas disposiciones serían en verdad una especie de sustitución fideicomisaria á favor del que sucediere al heredero instituido.—Véase Cód. de Holanda, art. 926. — Puede decirse que es contra nuestra resolución, el art. 886 del Cód. Francés. Rogron, sobre dicho artículo, cita varias sentencias del Tribunal de Casación contra lo que prescribe la primera parte de nuestro artículo.

la misma razón para no prolongar la voluntad del testador sino á personas designadas de antemano.

herencia ó legado; es la única substitución permitida. Una vez que el heredero ó legatario haya recibido la herencia ó legado, lo ha hecho suyo, y puede disponer de él á su voluntad como verdadero dueño, y cualquier cláusula que se lo prohibiera se consideraría como inexistente, sin que perjudicara la institución.

El presente artículo fué corregido por el Congreso, substituyendo la palabra *legados* por la de *legatarios* que contiene.

El artículo siguiente confirma de una manera especial los principios expuestos en los dos artículos anteriores, y la colocación me parece irreprochable; porque disposiciones especiales como las de estos artículos para una clase de substitución, como la fideicomisaria, debía ser seguida por una general y amplia, que fuera una aplicación de la disposición contenida en el art. 3724, que prohíbe toda clase de substituciones con excepción de la vulgar.—Comp. GOYENA, art. 639, nota del DR. VELEZ-SARSFIELD al art. 1842. — Véanse arts. 1842, 2824, 3723, 3724, 3781 y 3800.

TITULO XV

DE LA CAPACIDAD PARA RECIBIR POR TESTAMENTO

§ 1019. — DE LOS QUE PUEDEN ADQUIRIR POR TESTAMENTO

Si bien el legislador ha concedido al testador la facultad de distribuir sus bienes como mejor le pareciese, cuando no tiene herederos forzosos; sin embargo, ha puesto un límite natural á esa voluntad, ó la ha declarado nula, cuando ha sospechado que no hubiera existido completa libertad en la manifestación; así ha dicho en el primer caso: *pueden adquirir por testamento todos los que, estando concebidos al tiempo de la muerte del testador, no sean declarados por la ley incapaces ó indignos (art. 3733)*; por-

(**Art. 3733.**) El testamento es la única forma permitida por la ley para que el hombre pueda extender el dominio de su voluntad más allá de la existencia, y por eso, no sólo lo ha rodeado de formalidades que tienen por objeto asegurar la libre manifestación de esa voluntad, sino de darle garantías de estabilidad, y en este camino ha ido hasta exigir ciertas condiciones de existencia y de capacidad en el que recibe los bienes.

Nuestro Código ha separado con muchísima razón las donaciones entre vivos, de los testamentos, cuya unión en el Cód. francés ha traído tantas dificultades, y suscitado gravísimas cuestiones, porque ambos actos deben gobernarse por legislaciones diversas.

La capacidad para recibir, sin ir más lejos, era uno de los puntos en que se separaban: porque la donación que se hace por entrega de bienes presentes, separándose el donante de su propiedad, comenzaba por exigir capacidad en el momento de recibirla, mientras para el testamento

que si no existieran, no habría voluntad que pudiera aceptar el legado; pero se exceptúan de esta regla general que exige la exis-

debía tenerse en el momento de la muerte del testador, porque en ese instante se hace la transmisión de los bienes.

El artículo habla únicamente de las personas de existencia visible, porque exige como condición para recibir por testamento, el que estén concebidas en el momento de la muerte del testador, de modo que no permite recibir por testamento al que no ha tenido principio de una existencia física. Así, el legado dejado bajo la condición de que se entregará diez mil pesos al hijo que naciera de tal matrimonio, si aún no estuviera concebido, al tiempo de la muerte del testador, no sería capaz para recibirlo, y el legado se consideraría como nulo, porque el legatario no existe; sería válido si no habiendo existido al tiempo de otorgarse el testamento, estaba concebido en el instante del fallecimiento del testador.

Coin-Delisle, al art. 906, n° 6, propone y resuelve la cuestión siguiente: «un testador que desea gratificar á un hijo no concebido á la época de su fallecimiento, no tiene sino un medio legal de hacerlo, y es de imponer á su legatario universal la carga de entregar tal suma al hijo que naciera de una persona determinada; ésta no será una donación hecha en provecho de un individuo que no existe aún, sino un modo condicional de una liberalidad hecha á una persona capaz que ninguna ley prohíbe»; esta opinión es combatida por Bayle-Mouillard sobre Grenier; pero en los casos traídos por Demolombe, me parece que se debe admitir, según la naturaleza de ellos.

Demolombe, considera demasiado absoluta la opinión de Bayle-Mouillard, y trae en apoyo de su tesis los ejemplos de los legados hechos para dotar todos los años á los niños pobres de una villa ó lugar, ó para premiar tales ó cuales obras que á juicio de una Academia ó corporación de sabios juzgase digna de premio; en todos esos casos y otros semejantes, si bien la persona que debe recibir la cantidad es incierta, no por eso se puede decir que no existe, como en el caso citado por Coin-Delisle; el legatario, es la ciudad ó pueblo donde deben recibir la dote, y la Academia que juzgará del mérito de las obras que se presentan; ellos no son, es cierto, los verdaderos legatarios, porque las cantidades legadas no las adquieren, sino que las conservan para aumentar las dotes ó premios á distribuir; pero se pueden admitir tales mandas, por el objeto de beneficencia pública á que se dirigen, sin embargo, tratándose de personas determinadas á quienes se beneficiara, la disposición importaría un fideicomiso prohibido por la ley, sobre todo cuando se dejasen objetos destinados á ser entregados á las personas que no

tencia real de las personas, á las que tienen una existencia ideal; en cuanto á los incapaces, como la ley les ha prohibido recibir por

existieran en el momento de la transmisión de los bienes; es decir, á la muerte del testador.

No existiendo por nuestras leyes la muerte civil, no hay en realidad incapacidad absoluta para recibir por testamento. Toda persona por el hecho de existir, es capaz de recibir por testamento, á menos de una incapacidad relativa, como sucede con los parientes dentro del 4º grado del escribano que otorga el testamento.

¿Será válido el legado hecho á una persona incierta? En principio me declaro por la negativa; pero se debe precisar lo que se entiende por persona incierta. Para los jurisconsultos se llama persona incierta, aquella que no está determinada en su individualidad, ni es determinable en virtud de la misma disposición testamentaria, *ex porpius verbis testamenti... non aliunde... non extrinsecus*. Ricard cita un ejemplo de persona incierta, como si el legado se dejara en favor del primero que pasara, el día de San Juan, por la plaza Real; pero si dijera el testador, lego tal casa al que se casase con mi hija ó mi sobrina, sería válido y Pothier que trae este ejemplo, así lo resuelve, porque dice, si ese legatario no ha podido merecer por sí mismo la afección del testador, porque no lo conocía, ha podido merecerla por la persona con quien se casara. Es de advertir que Pothier funda la validez del legado en la afección que el testador ha debido tener por el legatario, que si en la generalidad de los casos, es cierto que esa es la base, hay otros en que no existe, sino el deseo de un bien á la comunidad, ó más extenso y noble como el bien de la humanidad.

La transmisión de los bienes dejados por el testador tiene lugar en el momento de su fallecimiento, por eso se busca en ese instante la capacidad para recibir; pero no se debe deducir de ahí, que la capacidad del testador debe existir también en ese momento. Así, el que estando en su sano juicio ha hecho un testamento en favor de A, y á su fallecimiento se encontraba interdicto, ese testamento será válido, aunque no era capaz en el momento de la muerte; porque la capacidad *de hecho* debe tenerla en el momento de otorgar el testamento; pero en lo que se refiere á la capacidad *de derecho* ó á las facultades que la ley confiere al individuo para disponer de sus bienes, debe existir en el momento de la muerte; porque no puede disponer contra la ley; por ejemplo, si el testador podía disponer de un tercio de sus bienes, cuando hizo el testamento, y dispuso de esa porción; pero como no es un acto definitivo, la ley no le da derecho para apropiarse, por decirlo así, de esa

testamento, es como si no existieran; respecto de los indignos la ley por su ministerio los incapacita; finalmente, la excepción se

facultad que ella gobierna, y si una nueva ley regía en el momento de la muerte del testador, reduciendo a un cuarto esa porción disponible, quedaría reducida; porque su disposición la hace bajo la vigencia de la nueva ley.

Así, con relación a la capacidad de hecho ó de obrar, el testamento se rige por la ley en vigor en el momento de hacerlo; por consiguiente, si fué mayor de 18 años cuando lo otorgó, aunque viniera una ley que sólo autorizara á los mayores de 20 años, ese testamento sería válido. Debemos pues, distinguir la capacidad del heredero ó legatario que debe tenerla en el momento en que el testador fallece, de la capacidad de éste para otorgar el testamento. Concluimos, pues, que la capacidad de *derecho*, debe tenerla el testador en el momento de su fallecimiento, y en ese mismo tiempo, debe tener capacidad para recibir el nombrado heredero ó legatario.

La última parte del artículo exceptúa á los incapaces ó indignos para recibir por testamento. ¿Cómo se deben entender estas palabras? Incapaz, es el que no está concebido ó la persona incierta; estas son incapacidades absolutas; porque las personas no existen; pero desde que la persona tenga una existencia física ó una existencia ideal, la incapacidad sólo puede ser relativa como se ha dicho. ¿Colocaremos al desheredado entre estos incapaces? Habría sido más propio que el artículo los hubiera comprendido expresamente á la par de los indignos, desde que éstos son los desheredados por la ley, que en este caso ha interpretado la voluntad del testador, y mi opinión es que deben ser considerados como incapaces.

Los indignos de suceder, son privados de la herencia, por haber cometido faltas, que si el testador las hubiera conocido, las habría castigado con la desheredación. En el art. 3391, hemos criticado la falta de armonía de esas disposiciones con las del art. 3747, sobre desheredación. —Comp. Cód. FRANCÉS, art. 906. GOYENA, art. 606. LAURENT, IX, 1 y sig. TOULLIER, III, 92. DEMANTE, IV, 38, *bis*. TROPLONG, II, 547, 607, 614 y 615. COIN-DELISLE, al art. 906. — Véanse arts. 70, 3287, 3288, 3291 y 3734.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3733. — Cód. Francés, art. 906. — Para recibir por donación, es preciso estar concebido al tiempo que esta se hace más para recibir por testamento basta estar concebido á la época de la muerte del testador. La razón de esta diferencia es que para que haya donación es preciso que el donante se desapropie de la cosa que da á favor de una persona

extiende á las personas jurídicas que no existen, dejándoles la sucesión ó el legado para crearla; así dice el **art 3735**: *pueden,*

(**Art. 3735.**) Nuestro artículo ha venido á decidir una de las cuestiones suscitadas en la jurisprudencia, y á que la nota misma del Dr. Velez-Sarsfield hace referencia, sin haber comprendido la verdadera divergencia entre Troplong y Aubry y Rau; porque éstos últimos combaten con muy buenas razones la opinión de aquel, cuando se trata de una institución de heredero á una corporación que existiendo materialmente, no ha sido reconocida como persona jurídica, y dicen, que la institución en favor de tal corporación, aunque exista de hecho, no sería eficaz por un reconocimiento posterior á la época en que debe existir, para poder recibir por testamento, aún suponiendo que ese reconocimiento fuera acompañado de la autorización para aceptar la liberalidad; y esto que sostienen en el texto á la nota 6, § 649, no está en contradicción con lo que en seguida reconocen cuando dicen: «una disposición hecha *para la creación* de un establecimiento de utilidad pública es válida, siempre que exista una persona moral, que en razón del interés que ella pueda tener en la creación de este establecimiento, y de las relaciones de dependencia en las que quedará respecto de ella, pueda, hasta cierto punto, ser considerada como sujeto de la liberalidad. Así, el legado hecho para la creación de un hospicio ó de una biblioteca pública en tal ó cual ciu-

da existente por derecho; mientras que el testamento no tiene efecto sino á la muerte del que lo ha hecho, y es sólo en esta época cuando la propiedad pasa á quien el testador la da. El testamento siempre lleva la condición tácita de que el disponente persiste en sus disposiciones hasta su muerte; es, pues, su muerte y la perseverancia de su voluntad hasta ese momento, lo que da vida y efecto al testamento. Sin el concurso de estas dos circunstancias, el acto es ineficaz. Por consiguiente, la capacidad del heredero ó legatario es inútil antes del concurso de dichas dos circunstancias, y basta tenerlo al tiempo de la muerte del testador.

Desde que por este Código las profesiones monásticas no causan la muerte civil (art. 103) pueden adquirir por testamento los religiosos de las órdenes reconocidas. Esto no es dar un efecto retroactivo á la ley, sino quitar un impedimento que existía para que esas personas pudiesen adquirir por testamento. Volvemos así á la Legislación Romana y á la de la Iglesia. Hasta el siglo cuarto los monjes tuvieron facultad de testar; pero Justiniano modificó esta capacidad, porque entrando ellos á un convento debían transmitir todos sus bienes y hacer voto de pobreza. (Novela 5, § *Illud quoque, Autentic. ingressi*. Cód. *De Sacrosanct.*; más ellas podían suceder, Novela 123, cap. 41.) Esto mismo dispuso el Derecho Canónico, Decret. 7, Caus. 19, Cuestión 3ª. Al presentarse el Cód. de Chile á las Cámaras, el arzobispo de Santiago y otros obispos pidieron al Cuerpo Legislativo que facultase á las monjas para recibir por testamento. La ley, sin embargo, no hizo lugar á esa solicitud.

sin embargo, recibir por testamento las corporaciones que no tengan el carácter de personas jurídicas, cuando la sucesión que se les de-

dad, será válido, etc.» Así, estos autores no están en contra del artículo, como lo dice la nota, y por el contrario lo apoyan eficazmente, pero sí, están en contra de Troplong, que admite la validez de la institución de heredero en favor de un establecimiento que existe realmente; pero que no está reconocido en su carácter de persona jurídica, autorizándolo para tomar el legado por el reconocimiento posterior que hubiera hecho la autoridad. Si no existía para la ley; si el legado no tenía por objeto fundar la institución, ¿por qué se admitiría la validez, por el reconocimiento posterior, que la autoridad hiciera? Nuestro Código mismo ha sentado este principio: si no existe la persona jurídica cuando el legado se ha hecho, éste queda sin valor, porque no hay persona: la única excepción á esta regla, es para los casos en que el legado ó manda tenga por objeto fundar la institución y obtener la competente autorización, y esta es la teoría aceptada por los sabios profesores de Strasburgo.

Las corporaciones en favor de las cuales se acepta la validez de la institución de herederos, ó los legados dejados para fundarlas y obtener su autorización, son aquellas que tengan por objeto el bien común, no las que persigan un beneficio ó lucro particular; porque si el legislador crea una excepción, acordándoles una capacidad que no tienen con el objeto de que se creen, es porque benefician á la comunidad.

Debemos igualmente observar, que si fundada la asociación con un objeto benéfico, el Gobierno no la autorizara reconociéndola en su carácter de persona jurídica, el legado ó la institución se anularía, pasando los bienes á los herederos *ab-intestato*, si no hubiera herederos instituidos.

Aubry y Rau, § 649, al decidirse en favor de la teoría sostenida por el artículo, citan un célebre proceso con motivo de la fundación de un museo en la ciudad de Francfort, habiéndose dejado una fuerte suma de dinero con ese objeto: en que, después de opiniones diversas de las más grandes autoridades científicas, concluyó por una transacción, aceptando la fundación del establecimiento. La verdad es que con arreglo á los principios de la ciencia no puede haber herencia ó legado dejado á una persona que no existe. ¿Quién podría recibir el legado, si no hay persona beneficiada? Ha sido necesario que el legislador, levantándose por encima de los principios estrictos del derecho, y teniendo presente que siempre existe una persona beneficiada, que es la comunidad donde se funde uno de estos establecimientos, sea biblioteca, hospital, etc., ha debido admitir esa existencia, dando á la fundación un efecto retroactivo, y considerándolo como establecido para los efectos de recibir el legado.

fiere, ó el legado que se haga, sea con el fin de fundarlas, y requerir después la competente autorización; y con mayor razón cuando estuvieren fundadas y reconocidas. La civilización actual, con otros ideales, ha hecho desaparecer el peligro de la institución á las comunidades religiosas que en los pasados siglos fundaron su poder y riqueza.

§ 1020. — DE LOS QUE NO PUEDEN RECIBIR POR TESTAMENTO

Hemos dicho que para adquirir por testamento era necesario que la persona de existencia visible estuviera concebida y naciera

Por idénticas razones apoyo en parte la doctrina de Troplong, II, 612, quien sostiene, que se puede legar á una comunidad no autorizada, bajo la condición expresa de obtener la autorización legal; pero no soy de su opinión, cuando agrega: «que lo mismo se debe admitir cuando en lugar de contener esta condición expresa, estuviera contenida implícitamente». Porque en el primer caso se trata de una corporación que no tiene existencia legal, y el legado se hace con el fin de que la obtenga; está en el mismo caso de cuando no existía y se le lega para darle existencia; pero es diferente la segunda hipótesis; pues se lega á una corporación que no existe legalmente, no con el objeto de fundarla ó de darle una existencia legal, sino para que recoja la herencia en las condiciones en que se encuentra; y en esta parte debemos aplicar la ley en todo su rigor, declarando nula la institución ó legado, porque no existe persona que lo reciba. Es, como dice Demolombe: «porque la comunidad, aunque existente de hecho, es incapaz de recibir, cuando no está autorizada. Es porque no existe por derecho; es porque no existiendo personalidad jurídica, es incapaz como el niño no concebido! incapaz como la nada!» La ley sólo hace excepción á la regla, cuando el testador ha manifestado claramente la voluntad de fundar una asociación con un objeto de utilidad pública, y hubiese dejado un legado ó su fortuna con ese fin, ó en el mismo caso, cuando se tratase de una asociación existente; pero que no teniendo medios propios, no puede obtener el reconocimiento de su personalidad jurídica, y se le dejan bienes con ese objeto. — Comp. DEMOLOMBE, XVIII, 589 y 590. POTHIER, *Donat. y Test.* Cap. III, Sec. 3ª, art. 1º. TROPLONG, II, 612 y 615. AUBRY Y RAU, § 649, texto y notas 6 y 9. Cód. DE CHILE, art. 963.— Véanse arts. 40, 45 á 47, 1806, 2393, 3288, 3304 y 3621.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3735.— Véase el art. 1806 de este Código. En contra, Aubry y Rau, § 649, y nota 6.

viva; y que las personas de existencia ideal estuvieran reconocidas como personas jurídicas, ó que por lo menos se les legara para fundarlas; por esa razón *no pueden adquirir por testamento las corporaciones no permitidas por la ley* (art. 3734.); porque siendo

(Art. 3734.) La expresión de que se sirve el artículo, no es de las más propias, porque la palabra *corporación* no es el término usual, aunque el Código la emplea indistintamente, como sinónimo de asociación, establecimiento, cofradía; y tampoco expresa, con claridad el pensamiento al decir: «las corporaciones no permitidas por la ley», como si fuera necesario que ésta prohibiera expresamente su existencia, cuando lo que se ha querido decir es que no son capaces para recibir por testamento las corporaciones ó asociaciones que no tuvieran el carácter de persona jurídica, en su calidad de corporaciones, á menos que no se dejasen personalmente á cada uno de sus miembros. No hay pues, necesidad que la ley haya prohibido su existencia, basta que no las haya autorizado á obrar como personas jurídicas, para que no puedan recibir por testamento; y por esa razón no creo que una disposición testamentaria en favor de una sociedad civil ó comercial, se repute hecha á favor de las personas naturales que componen esa sociedad; porque ésta no existe como tal para la ley civil, mientras no haya sido autorizada como persona jurídica, y la institución de heredero no es á los miembros particularmente, que como se ha dicho, son diferentes de la asociación á que pertenecen.

El Cód. de Chile, art. 963, dice con más claridad: «son incapaces de toda herencia ó legado, las cofradías, gremios ó establecimientos cualesquiera, que no sean personas jurídicas», y esta misma idea se expresa en la nota del Dr. Velez-Sarsfield.

La palabra *corporación* no ha sido usada como lo creen algunos refiriéndose únicamente á las religiosas, comprende en su generalidad á cualquiera asociación que no tenga el carácter de persona jurídica; porque el Código en diversos lugares la usa indistintamente, y como sinónima de establecimiento ó asociación, sin hacer la diferencia notada en el texto y comentario al art. 46, tomo I, pág. 99, y 100. — Comp. Cód. FRANCÉS, art. 910. GOYENA, art. 607, n.º, 1. Cód. DE CHILE, art. 963.—Véanse arts. 41, 45, 46, 1806, 2393, 3288 y 3735.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3734. — L. 4, Tit. 3, Part. 6.º. — L. 3, Tit. 22, Lib. 47, Dig.—Las asociaciones ó corporaciones no son personas jurídicas hasta que su existencia no está debidamente autorizada.

imposible su existencia no habría persona que recibiera la herencia ó legado.

Cuando el legislador tiene justo motivo para suponer que no existe completa libertad en la disposición del testador, sea por la influencia ó dominio que tiene la persona beneficiada, la incapacita para recibir, como sucede con *los tutores de los menores de edad, no pueden recibir cosa alguna por el testamento de los menores que mueran bajo su tutela. Aún después que hubieren cesado en la tutela nada pueden recibir por el testamento de los menores, si las cuentas de su administración no están aprobadas* (**art. 3736**);

(**Art. 3736.**) El artículo se divide en dos partes; la 1ª contiene una prohibición absoluta á los tutores de recibir por testamento de los menores que estén bajo su tutela; la 2ª la de recibir por testamento de los *menores* que hubieran estado bajo su poder y fueran emancipados, ó pasasen bajo el poder de otro tutor, hasta que las cuentas de su administración no estuvieran aprobadas.

En cuanto á la primera parte, la prohibición es absoluta y con razón; porque el menor mayor de 18 años no tendría completa libertad, bajo la influencia moral de su tutor que lo gobierna, cediendo á las sugerencias que en esa edad se imprimen sin dificultad alguna.

Respecto de la segunda, entre nosotros han ocurrido dudas, pensando unos, como el Dr. Segovia, que «aunque en el artículo se habla de la *aprobación* de la cuenta, de que podría colegirse que no basta la rendición de ella y pago del saldo si la cuenta no ha sido aprobada. Pero tal conclusión (agrega) aunque parezca autorizada por la letra del artículo, sería exorbitante y sin precedente legislativo», manteniendo esta opinión en su obra posterior. El Dr. Llerena, por su parte, sostiene con el texto del artículo, que la prohibición al ex-tutor para recibir por testamento de su ex-pupilo no cesa sino cuando la cuenta ha sido aprobada *judicialmente*.

Ante todo debemos decir, que en esta materia, el Dr. Velez-Sarsfield, al hacer el proyecto de Código, muestra ciertas vacilaciones, para mantener esta prohibición, y que convendría hacer desaparecer cuando se reforme, armonizando las diversas disposiciones relativas á este punto. Así, por ejemplo, en el art. 465 prohíbe al pupilo, ya mayor, hacer contrato alguno con el que fué su tutor sobre la administración, hasta pasado un mes *de la rendición de cuentas*, aunque no hayan sido aprobadas ni pagados los saldos. La prohibición es hasta la rendición de cuentas, para exigir al ex-tutor que las presente, obligando en cierto modo,

porque el legislador supone con fundado motivo, que habiendo estado bajo la tutela y autoridad, deben haber adquirido el as-

al menor, ya mayor, para que las conozca, dándole un tiempo prudencial á fin de revisarlas; mientras el art. 1808, n° 4, prohíbe á los tutores el aceptar donaciones de los menores que han tenido á su cargo, y que se supone mayores, antes de la *rendición de cuentas y pago de los saldos* que resultaren con el ex-tutor; de modo que en aquel artículo le bastaba rendir cuentas, en éste rendirlas y pagar los saldos. Es cierto que en el art. 465, sólo se le prohíbe hacer arreglo sobre la rendición de cuentas, y en el art. 1808, n° 4, el recibir donaciones, que son actos diversos; pero no obstante debía guardarse armonía. Ahora bien, en el artículo que estudiamos se prohíbe recibir por testamento á los ex tutores de sus ex pupilos, hasta que las cuentas de su administración *no estén aprobadas*; una exigencia mayor que las notadas anteriormente, con esta diferencia, que cuando se trataba de donaciones, debían rendir cuentas y *pagar los saldos*, mientras por el presente sólo se exige que las cuentas estén *aprobadas*, aunque no se hayan pagado los saldos que resulte en su contra. Hay, pues, conveniencia en armonizar estas disposiciones: pero penetrando en el estudio del artículo, debemos preguntarnos: ¿basta la presentación de las cuentas, ó es de absoluta necesidad que estén *aprobadas*? El texto del artículo es claro y preciso, y aunque si bien en el art. 308, el Código dice: la madre viuda que contrajere segundas nupcias *pierde* la patria potestad, he sostenido que no se debe entender así, por que sólo se *suspende*, pues vuelve á tenerla si enviudase nuevamente, eso no importaba corregir el texto de la ley, sino explicarla en su sentido razonable, y con arreglo á los principios enseñados en el mismo Código, lo que es permitido al intérprete que debe dar la mejor inteligencia á las disposiciones, que de otro modo se destruirían unas con otras; pero en el caso presente no se puede cambiar el sentido, porque no hay disposición alguna que venga á estar en contradicción.

Es necesario tener en cuenta que la rendición puede tener lugar, y aún depositarse el saldo que resulta en contra del tutor; pero según la opinión de éste, y no por la decisión judicial. Supóngase que el tutor rinde cuentas y deposita en el Banco de la Nación veinte mil pesos, que según él resulta en su contra; que el nuevo tutor, examinando la cuenta, sostiene que debe depositar cincuenta mil, y que esta pretensión es apoyada por el ministerio de menores. ¿Bastaría el hecho de haber rendido la cuenta y depositado los saldos? No, evidentemente! Y á prevenir semejante situación, viene el artículo, cuando exige que la cuenta esté aprobada, aunque no se haya depositado el saldo. Lo que la ley desea,

cendiente propio del que gobierna y dirige la persona; pero esta circunstancia no justifica, en mi opinión, la prohibición casi ab-

es que no haya pleito entre el ex-pupilo y el ex tutor; porque no se comprendería que el menor le dejase algo en su testamento, cuando su nuevo tutor acusa al que dejó de serlo, ó de mal administrador, ó de quedarse con dinero de su ex-pupilo. Se comprendería, en ese caso, que ha obrado bajo la sugestión y dominio, porque no es razonable suponer que estando en pleito á consecuencia de la administración, lo instituya legatario ó heredero.

La cuenta debe ser aprobada judicialmente, porque no basta que el nuevo tutor la apruebe, pues el Ministerio de menores puede observarla y el juez desecharla. No se corrige la ley, cuando se exige lo que ella implícitamente ordena, pues si incapacita al ex tutor para recibir por testamento del menor, hasta que no estén *aprobadas* las cuentas de su administración, es claro que se refiere á la aprobación judicial, porque no existe otra que pueda libertarlo.

No basta pues, que el saldo esté pago, sino hay aprobación, porque no se sabe entonces si lo depositado es el verdadero saldo ó si es el doble; por esa razón, Duranton, VIII, 119, se contenta con la aprobación de la cuenta, aunque no se haya pagado el saldo, y eso es lo único que el artículo exige; pedir que se pague el saldo, eso sí que sería corregir la ley, imponiendo una obligación que ésta no exige. Pero, ¿cómo se puede pagar el saldo, si la cuenta no está aprobada? ¿Cómo se sabe cual es el saldo? Hay indudablemente una confusión en los que sostienen, que basta la rendición de cuentas y el depósito del saldo que el ex tutor crea deber, para hacer desaparecer la incapacidad accidental que pesa sobre él.

Se dice (según la doctrina de los que afirman con la letra del artículo, que la incapacidad se extiende hasta la aprobación), no les bastaría con que rinda cuenta fiel y documentada, si le hacen pleito y las cuentas se aprueban tarde ó nunca; precisamente esa es la cuestión. ¿Cómo se sabe que es cuenta fiel y documentada, y no lo contrario? ¿Y por qué le harían pleito si estuvieran bien rendidas?

Se agrega: si el tutor ha pagado lo que debía, sería absurdo que continúe incapacitado; pero en esto está el error. ¿Cómo se sabe si eso es lo que debía? Si el nuevo tutor sostiene que debe el doble ó el triple, ¿le bastará con la cuenta presentada para libertarse de la incapacidad, porque ha depositado el saldo que según él debe al menor? No, seguramente! Hasta que no se haya aprobado la cuenta; es decir, mientras no se sepa si ha obrado con honradez y lealtad, no puede recibir por testa-

soluta, para hacer depender de la aprobación de las cuentas, una facultad que debe tener el menor, y la incapacidad con que se pena

mento de su ex-pupilo; y una vez aprobada, no necesita pagar el saldo, porque la ley no le impone tal obligación, y porque el ser deudor del menor no incapacita al ex-tutor para recibir por testamento de su ex-pupilo.

Por fin se dice, que no se trata de una incapacidad natural, desde que el ex-tutor, pariente del menor en grado sucesible, puede ser heredero *ab intestato*; en lo que estamos conformes, porque entonces no es la voluntad del menor la que lo llama á la sucesión, sino la ley misma; ya no hay temor de influencia ó dominio sobre el menor, y eso mismo prueba que el legislador al incapacitar al ex-tutor momentáneamente, ha buscado dar completa libertad al menor, para que libre de sugestiones que se prolongan, muchas veces, más allá de la tutela, disponga de sus bienes con toda independencia.

Nuestro artículo ha venido á resolver la cuestión suscitada en la jurisprudencia francesa, sobre si el menor podía disponer en favor de su ex-tutor, dividiéndose en tres opiniones; la 1ª enseñaba que el menor era incapaz de disponer en favor de su ex-tutor; la 2ª, sostenida por Coin Delisle, dice que sólo podía hacerlo, cuando la cuenta estuviera rendida y pagados los saldos, y la 3ª, propuesta por Demolombo y aceptada por nuestro Código, admite que el menor pueda disponer en provecho de su antiguo tutor, desde que la cuenta de la tutela se haya rendido y esté liquidada, *sin que sea necesario que el saldo haya sido pagado*. El participio del verbo francés *apurer* está tomado aquí no como pago ó finiquito, sino como liquidado; porque combatiendo la segunda opinión dice dicho autor: la segunda opinión se equivoca, cuando exige en este caso que el saldo de la cuenta sea pagado! Eh! por qué pues? El mismo Coin Delisle no exige que el saldo de la cuenta sea pagado, para que el menor, ya mayor, pueda disponer en provecho del que ha sido su tutor (habla de la rendición de cuentas por llegar á la mayor edad); basta según los términos del art. 907, que la cuenta sea rendida *et apurée*, (liquidada), pues nos parece imposible el comprender el motivo de esta diferencia entre los dos casos; porque la gestión tutelar que la ley reputa concluida por la rendición *et l'apurement* de la cuenta en el uno, no sería reputada concluida en el otro sino por el pago del saldo», y he copiado toda esta parte para demostrar que el verbo francés *apurer*, está tomado en el sentido que le da Larrousse, de asegurarse por una revisión de que las diversas partes de una cuenta son exactas. — Comp. MARCADI al art. 907. DEMANTE, IV, 27 *bis*. I. DELVINCOURT, II,

al tutor por una sospecha; pero ésta desaparece cuando se tratare de los ascendientes, de ahí la necesidad del **art. 3737**

pág. 69, nota 10. TROPLONG, II, 621. DURANTON, VIII, 199 á 203. — Véanse arts. 465, 1808, n° 4, y 3288.

¿La incapacidad se extenderá también al tutor especial ó *ad hoc* nombrado ocasionalmente, cuando el tutor que tiene bajo su guarda al menor estuviera impedido? El artículo no hace distinción; pero me parece exagerar la prohibición, llevándola á ese límite.

¿Habría convenido hacer extensiva la prohibición al curador del demente, como algunos lo sostienen? Me parece que no, pues no existen las razones que para el menor. Una vez que el incapaz haya recobrado su capacidad, se encuentra completamente libre, y no hay temor de que la influencia continúe de modo á perturbar la independencia y libertad del que ha dejado de ser incapaz.

¿Durante qué tiempo se extiende la incapacidad para el ex-tutor? Algunos han contestado que hasta la extinción de la acción, con cuya opinión no estoy conforme, porque el art. 4025, sobre la prescripción de la acción de rendición de cuentas, señala el término de diez años desde que el menor haya llegado á la mayor edad, y la incapacidad del ex-tutor para recibir por testamento de su ex-pupilo cesa por el hecho de llegar éste á la mayor edad; porque el artículo claramente se refiere á los menores, y no incapacita á los mayores, por eso dice: «nada pueden recibir por el testamento de los menores, si las cuentas de su administración no están aprobadas», indicando así, que si son mayores no tienen incapacidad. No obsta á esta conclusión el art. 465 que les prohíbe hacer *contrato* relativo á la administración, hasta pasado un mes de la rendición de cuentas, porque no se trata aquí de contrato sino de un testamento; ni menos el art. 1808, n° 4, que prohíbe á los tutores el recibir donaciones de sus ex-pupilos hasta después de la rendición de cuentas y pago de los saldos, porque allí se trata de donaciones entre vivos, y no de testamento.

(**Art. 3737.**) El artículo hace una justa excepción respecto de los ascendientes que son ó han sido tutores de sus nietos, porque la libertad se explica y justifica por los vínculos del parentesco que los liga, y habría existido cierta inmoralidad al querer privar á los nietos, por ejemplo, el que manifestasen su cariño y gratitud hacia el abuelo que

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3736.—Cód. Francés, art. 107. —Vazeille, sobre el mismo artículo. — Coin Delisle, sobre dicho artículo. — Aubry y Rau, § 649.

que dice: *exceptúanse de la disposición del artículo anterior, los ascendientes que son ó han sido tutores de sus descendientes.*

Es en virtud de esa influencia que la ley supone, en el *segundo marido de la viuda que se ha vuelto á casar y que conserva indebidamente la tutela de sus hijos del primer matrimonio* es (que lo declara) *incapaz de recibir por el testamento de los hijos menores del primer matrimonio de su mujer (art. 3738)*; privando así á los

los atendió. El legislador no ha podido prohibir estos sentimientos filiales. Estas consideraciones se aplicarían con más razón á los padres naturales que tienen potestad sobre sus hijos, aún en el caso en que los jueces les confiasen la administración de sus bienes.

La excepción no comprende á los ascendientes por afinidad, como lo enseñan Aubry y Rau, § 649, texto á la nota 30, en los casos en que hubiesen desempeñado ó desempeñaren el cargo de tutores.

¿Están comprendidos en la excepción, los abuelos naturales, que son extraños, por decirlo así, en la sucesión de sus nietos? El artículo no hace distinción, y es una regla de buena interpretación no hacerla sino en los casos en que sea necesario para armonizar las disposiciones del mismo Código; así, creo que deben comprenderse en la excepción los abuelos naturales que sean ó hayan sido tutores.—Comp. COIN-DELLISLE, art. 907, n° 9. TROPLONG, II, 628, y DEMOLOMBE, XVIII, 495.—Véase art. 3736.

(**Art. 3738.**) El artículo tiene una redacción incorrecta, porque supone á la madre viuda que contrae segundas nupcias, conservando una tutela que jamás ha tenido, y debe decir, «que conserva indebidamente la *patria potestad* de hecho sobre sus hijos», es decir, un gobierno que no le corresponde, porque se ha suspendido por su nuevo matrimonio, pues estando ella misma bajo el poder marital, no tiene libertad para tener á sus hijos bajo su poder. He sostenido que en estos casos la patria potestad se suspende, en lugar de perderse, porque el legislador no ha impuesto á la viuda una pena por haberse vuelto á casar, ha querido únicamente impedir una posición inexplicable, la de la mujer bajo el poder marital, teniendo bajo su guarda á los hijos del primer matrimonio. Como en ese caso, quien ejerce la verdadera autoridad es el marido, á él lo incapacita para recibir cualquier cosa por testamento de los hijos del primer hecho. Así es que la incapacidad del segundo marido sólo comprende el

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3737.—Cód. Francés, artículo citado.—Duranton, tom. 8, n° 197.—Aubry y Rau, § 649.

menores el hacer legado alguno en gratitud del buen trato y cariño con que su padrastro los hubiere tratado.

tiempo en que los menores estuvieran sin tutor nombrado por el juez, y cesará inmediatamente que el tutor se haga cargo de los bienes y de los menores.

La mujer y el marido son responsables por los perjuicios que causaren á los menores por no haber pedido el nombramiento de tutor; pero téngase presente que la madre no tiene que rendir cuenta de la administración, hasta el momento de su segundo matrimonio, porque teniendo á sus hijos bajo la patria potestad, tiene el usufructo de todos los bienes que á éstos correspondan, con las obligaciones inpuestas por la ley á los padres; pero como esa potestad se suspende, ella y el marido responden por los perjuicios que les hubieren causado á consecuencia de la falta de tutor. ¿Quién deberá dar cuenta de los frutos producidos por los bienes del menor? ¿Es la madre ó el segundo marido? Ambos solidariamente, así como por los perjuicios ocasionados. Una vez que se haya nombrado tutor á los hijos del primer matrimonio, éste pedirá cuenta de la administración al marido, y hasta que no estén aprobadas, no podrá recibir beneficio alguno por testamento de sus hijastros; esta incapacidad cesará, si inmediatamente de contraer matrimonio ha pedido y obtenido el nombramiento de tutor, ó desde que las cuentas fueron aprobadas.

La incapacidad para recibir por testamento en este caso, como en el de los tutores es en la hipótesis de que el segundo marido no sea pariente en grado sucesible y heredero *ab intestato*, como si fuera hermano de su padre, y no tuviere otros herederos por haber fallecido la madre, en que sería llamado á la sucesión de su sobrino, pues si puede ser heredero por el llamamiento de la ley, bien puede recibir legados dejados en el testamento, cuando el menor nombra por su heredero á un extraño. Lo que la ley quiere impedir, no es que el menor manifieste esos sentimientos naturales, que se fundan en los vínculos sagrados del parentesco, sino que el tutor nombrado, ó el que los tiene indebidamente bajo su poder, aprovechen de la influencia natural que deben ejercer sobre el menor sometido á su autoridad. La incapacidad no alcanza á la madre.

Si el segundo marido fuera nombrado tutor de los hijos del primer lecho, se encontrará en las mismas condiciones que los demás tutores, y estará incapacitado para recibir hasta la aprobación de las cuentas.—Comp. DURANTON, VIII, 201. DELVINCOURT, II, 203. COIN-DELISLE, al art. 907, n.º 9, y DEMOLOMBE, XVIII, 495. — Véanse arts. 93 á 95, Ley de Matr. Civ., y art. 1807, n.º 1.

Por las mismas causas y temores de que puedan influir decisivamente sobre la voluntad del testador es que dice el **art. 3739**:

(**Art. 3739.**) Al estudiar este artículo debemos recordar la regla de derecho universalmente reconocida, que cuando se trata de prohibiciones ó incapacidades se deben aplicar estrictamente, sin que sea permitido extenderlas á casos análogos; esta es la verdadera salvaguardia de los derechos individuales. La máxima de nuestro derecho constitucional, de que nadie puede ser privado de lo que la ley no prohíbe, debe aplicarse en estos casos en toda su protectora extensión. Partiendo de estos principios, estudiaremos cada una de las prohibiciones contenidas en este artículo.

1^a Los confesores del testador en su última enfermedad. Para que esta incapacidad pueda aplicarse se necesitan dos condiciones indispensables: 1^a, que sea el confesor del testador; 2^a, que lo sea en la última enfermedad.

Respecto de la primera condición es aplicable únicamente á los confesores católicos, porque es la única religión que reconoce la confesión como un sacramento necesario para la salvación del alma; pero se extenderá á cualquiera otra comunión donde se diera la misma importancia á la confesión. Es necesario, pues, que el sacerdote lo haya confesado para entrar en el círculo de los incapaces de recibir por testamento.

Nuestro Código se ha separado en esta parte del art. 909 del Francés, para seguir el art. 965, Cód. de Chile, con una reforma importante, pues ha suprimido la incapacidad al eclesiástico que lo haya confesado habitualmente en los últimos dos años anteriores al testamento. Por nuestro artículo sólo se incapacita á los confesores del difunto, en su última enfermedad, así es que no puede aplicarse á los que, como dice Demolombe, estando revestidos de un carácter religioso han asistido espiritualmente al disponente, y dirigido su conciencia en el curso de la enfermedad, de la que hubiere fallecido, si no lo hubiere confesado, y la ley no llena su objeto con la presente disposición, porque no sustrae al enfermo á la influencia natural que debe ejercer el que lo asiste espiritualmente aunque no lo confiese, como lo reconoce el mismo Código en el artículo siguiente, al incapacitar al ministro protestante que lo asiste en la última enfermedad, sin confesarlo. Es cierto que entre nosotros, serán raros los casos en que se asista espiritualmente al enfermo sin que sea el mismo sacerdote quien lo confiese: pero con el objeto de burlar la

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3739.— Troplong, *Testament*, n° 625.— Vazeille, sobre el art. 907, n° 6.

son incapaces de suceder y de recibir legados: los confesores del testador en su última enfermedad; los parientes de ellos dentro del

ley, ó por enfermedad del religioso puede no confesarlo, y entonces no estaría incapacitado, pudiendo recibir por testamento, lo que no sería justo.

La prohibición del artículo tiene otro inconveniente que la hace incompleta, porque incapacita al que por una eventualidad lo confesara en la última enfermedad, sin haber dirigido su conciencia, y lo habilita al que ha tenido durante esa enfermedad la dirección espiritual del enfermo, y eso es lo que hace exclamar á Demolombe, XVIII, 517: «Más aun! Cuando el ministro del culto hubiera llenado cerca del disponente, un acto aislado de su ministerio, no resultaría que la incapacidad le sería aplicable, si ese acto no constituyese esa asistencia, ese tratamiento del alma, que establece una serie de relaciones entre el enfermo y su director espiritual»; así es que nuestra disposición es incompleta en esta parte; porque lo incapacita por el solo acto de la confesión.

La incapacidad no alcanza, pues, al padre ó religioso que ha suministrado al enfermo el viático ó la extrema unción en la última enfermedad; ni al que hubiera dicho la misa habitualmente aplicándola al enfermo, teniendo relaciones espirituales sino lo ha confesado. Sería conveniente, en caso de una corrección del Código, el agregar á la palabra confesores, la de directores; porque como dice Demolombe, si la confesión es uno de los medios más poderosos por los que el sacerdote puede ejercer su influencia sobre el espíritu del enfermo, nadie negaría el poder de los consejos, de las exhortaciones, de las instrucciones, por las cuales el ministro del culto consuela y fortifica al enfermo, haciendo que eleve su alma hacia Dios, y se prepare para morir.

La incapacidad para recibir por testamento debe comprender con más razón al religioso, que estando suspendido en el ejercicio de la confesión, hubiese confesado al enfermo y recibiera algún legado, porque habría más razón para sospechar sobre su conducta; pero el artículo no incapacita al confesor sino para suceder ó recibir legados, de modo que puede ser nombrado ejecutor testamentario. No creo que por nuestro derecho se pueda aplicar el principio sostenido por la Corte de Mompeilier, en la sentencia de 19 de Mayo de 1813, aprobando la venta hecha por el enfermo con la reserva del usufructo, legado á su confesor como compensación de los servicios que le impone el albaceazgo; porque es el juez quien debe estimar esos trabajos que todavía no se han hecho. Por nuestra legislación el legado sería nulo, y se estimarían los honorarios del albacea según el caso.

cuarto grado, si no fuesen parientes del testador; las iglesias en que estuviesen empleados, con excepción de la iglesia parroquial

Se puede proponer la cuestión siguiente: un enfermo ha sido asistido espiritualmente y confesado por un religioso, haciendo su testamento en favor de otro religioso ausente, que viene por casualidad, y sin conocer la disposición testamentaria confiesa de nuevo al enfermo; cuando se conoce el testamento, se encuentra que el último confesor es nombrado heredero ó se le ha dejado un legado. ¿Será nula la institución ó el legado quedará sin valor? La cuestión ha sido estudiada por los jurisconsultos franceses con respecto á los médicos que asistieron al enfermo en su última enfermedad, y decidida por la Corte de Paris, declarando nulo el testamento. Demolombe, XVIII, 525 y 525 *bis*, defiende con calor la validez de la institución, y si fuera permitido al intérprete ir á buscar el motivo ó la razón de la ley para dejar en parte sin efecto una disposición formal, habría perfecta razón para adoptar el razonamiento de dicho autor; pero no es de buena interpretación, y sólo se permite cuando hubiere antinomias ó la necesidad de armonizar disposiciones incongruentes. El artículo es claro, tiene prohibición de recibir por testamento, el sacerdote que lo confesó en la última enfermedad, sin que se distinga ni la época del testamento, ni la casualidad de la confesión; pero me parece que si el Código Civil se revisara, debería agregarse, al director, y exceptuarse el caso en que el testamento estuviera otorgado antes de la enfermedad y la confesión.

La segunda condición es que sea el confesor en la última enfermedad del testador; porque si recobra la salud y no lo revoca, el testamento quedaría válido, no sólo porque no ha fallecido de la enfermedad, sino porque la ley supone, con razón, que no encontrándose bajo la influencia del sacerdote que lo confesó, y en el trance temible de la muerte, si ha mantenido su testamento, es porque lo ha hecho con plena libertad. Pero la cuestión de la última enfermedad es muy difícil de circunscribirla á un radio determinado, porque puede prolongarse indefinidamente con esas alternativas de gravedad y desaparecer todo peligro, como sucede en la tisis, en las enfermedades del corazón ó del hígado, en que el individuo vaca en sus ocupaciones perseguido por esa dolencia que concluye por llevarlo á la tumba. No es esa la última enfermedad de que habla la ley seguramente, sino de aquellas en que el individuo ha muerto una vez hecho el testamento, pues como dice Demolombe, XVIII, 524, «la disposición hecha, sea en estado de plena salud ó de enfermedad, debe ser mantenida, desde que haya sido hecha anteriormente á la enfermedad que ha ocasionado la muerte.» Por mi parte creo que es una

del testador, y las comunidades á que ellos perteneciesen, y por la misma razón, aunque no sea confesor, tiene la misma incapacidad

cuestión de hecho que los jueces deben decidir teniendo en cuenta las circunstancias especiales de cada caso; considerando que el legislador ha incapacitado al confesor por la influencia decisiva que le supone en los supremos instantes de la enfermedad que ha producido la muerte.

En cuanto á la prohibición impuesta á los parientes del confesor dentro del 4º grado, sino fueren parientes del testador, dijimos en el tomo III, pág. 226 al art. 985, que cuando la ley habla de parientes, se refiere en general á los consanguíneos, y sólo por excepción admitimos los afines hasta el suegro ó suegra, yerno y nuera; pero en este caso es más claro; porque el legislador ha dicho expresamente en los testamentos cuando quiere comprender á los parientes por afinidad; así en el art. 3653 habla de los parientes por consanguinidad ó *afinidad*; en el art. 3664 repite la expresión «y parientes ó *afines* dentro del 4º grado» y en fin en el art. 3702 vuelve á decir, que pueden ser testigos los parientes colaterales ó *afines*; así es que, cuando el legislador quiere comprender á los parientes por afinidad en los testamentos, lo dice expresamente. Extender la prohibición hasta los parientes del 4º grado por afinidad, sería llevar la incapacidad á un límite extremo. En efecto, si bien el parentesco por afinidad se cuenta por el número de grados en que cada uno de los cónyuges estuviese con sus parientes por consanguinidad, según el art. 363, también lo es que ese mismo artículo sólo habla de la línea recta descendente ó ascendente hasta el yerno y la nuera, el suegro y la suegra; así como en la línea colateral hasta el cuñado y la cuñada; por eso es que en los casos de incapacidad para recibir, debemos restringir la disposición, porque inhabilitamos para realizar un acto jurídico, mientras en los arts. 985 y 990, sólo se les priva de ser testigos en los instrumentos, sin causarles perjuicio alguno, y hemos podido aún comprenderlos hasta cierto grado.

Si uno se da cuenta de la extensión que daríamos á esta incapacidad comprendiendo á los parientes por afinidad del confesor, se vería la injusticia que se cometería, prohibiendo á las esposas de los primos hermanos del confesor el que recibieran por testamento, y constituiría un verdadero peligro para los que sólo apenas son conocidos por éste. —Apoyan esta opinión DEMOLOMBE, XVIII, 542. DURANTON, VIII, 255. VAZELLE al art. 909, nº 3. COIN-DELISLE, art. 909, nº 3. TROPLONG, II, 641.

No creo, pues, que deban comprenderse los parientes por afinidad del confesor.

el ministro protestante que asista al testador en su última enfermedad (art 3740), por la influencia que puede ejercer sobre el espíritu de un hombre en esos últimos momentos.

En cuanto á las iglesias donde estuviesen empleados los confesores, ya no ofrecen peligros, porque la civilización ha inutilizado por completo esas mandas que se hacían antiguamente para la salvación del alma; el hombre actual, sin perder de vista la vida eterna, ha comprendido que no es la Iglesia la que puede abrir las puertas de ese cielo á que aspira entrar el creyente, que son sus acciones, sus propias virtudes las que tienen la llave de ese anhelado empireo. Cualquier manda hecha á una iglesia, para ser válida, debe llenar estas condiciones: 1ª, que no sea la iglesia donde estuviera empleado el confesor, ó el convento ó comunidad á que perteneciere, que no pueden recibir; 2ª, que sea la iglesia parroquial á que pertenezca el testador, aunque el confesor estuviere empleado en ella. — Comp. DEMOLOMBE, XVIII, 516. GRENIER, I, 129. TOULIER, V, 69. DURANTON, VIII, 259. AUBRY Y RAU, § 649, letra (d). — Véanse arts. 3740 y 3741.

¿Qué se decidiría, cuando el legado fuera remuneratorio? Creo que en este caso se debe distinguir: si los servicios prestados daban derecho para reclamarlos en juicio, el legado sería válido, porque es el pago de una deuda; si por el contrario no daban acción, podría reducirse, si fuera excesivo, y lo reclamasen los demás herederos. No es posible privar al testador de gratificar servicios prestados por cualquier persona, aunque sea el mismo confesor. Otra cosa hemos sostenido cuando se trata de pagar servicios que se deben prestar después de su fallecimiento, como en el caso del albacea, en que el legado sería nulo, porque el juez debo señalar la comisión que le corresponde por su trabajo.

(Art. 3740.) Este artículo justifica la crítica que hicimos en el anterior sobre la necesidad de extender la prohibición del confesor, al director espiritual del enfermo, aunque no lo hubiera confesado, cuya reforma debe introducirse cuando se corrija el Código; porque el confesor está en las mismas condiciones del pastor que sólo atiende al enfermo, sin confesarlo. Si no importa que no confiese, como lo dice en la nota

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3739.—L. 15, Tit. 20, Lib. 10, Nov. Rec. —Cód. Francés, art. 909.—La disposición de dicho Código comprende á los médicos y cirujanos, pero esta prohibición no ha sido adoptada por los otros códigos modernos.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3739.—Jur. Civ., X, 312, Ser. 2ª.

§ 1021. — DE LAS PERSONAS INTERPUESTAS EN LOS TESTAMENTOS

El legislador al impedir á ciertas personas que puedan recibir por testamento, por reputar que la voluntad del testador se

el Dr. Velez Sarsfield, siguiendo á Troplong, ¿por qué no se hace la misma reflexión, cuando se trata del religioso que sin confesar al enfermo, le da socorros espirituales y dirige su conciencia?

En cuanto á los parientes, hemos sostenido que sólo se comprenden los de consanguinidad y no los afines, por las razones expuestas en el artículo anterior.

Tratándose de ministros protestantes, que como se sabe son casados, no se puede extender la prohibición de recibir legados de sus esposas; porque como dice Demolombe, si por la ley, el marido debe asistencia á su mujer, de ahí resulta el deber y el derecho, sin duda, de darle sus cuidados en las enfermedades, y sería repugnante decir, que el marido debería entonces alejarse de su mujer y abandonarla precisa mente, á fin de conservar sus títulos á los testimonios de su ternura y reconocimiento. Luego pues, el marido que cuida ó que asiste á su mujer, llena uno de los más nobles deberes del matrimonio, y es imposible que el legislador lo castigue con la incapacidad, por haber cumplido este deber.

En cuanto á las iglesias, de los disidentes, entre nosotros no tienen personería jurídica, y por consiguiente no se encuentran en la condición de recibir herencia ó legado; pero cuando la tuvieren, debe hacerse la distinción, designada por el artículo anterior, no de la iglesia parroquial del testador, porque no hay iglesia parroquial de disidentes, sino que se considerará como tal la única que hubiere en el lugar perteneciente á la comunión del testador, ó si hubiera varias, aquella á donde concurriese con frecuencia, y estuviera más cercana de su domicilio.

Como los disidentes no tienen conventos, ni reconocen instituciones monásticas, no les será aplicable la última parte del artículo anterior.

¿Qué sucedería, cuando el ministro protestante se hubiera casado con la mujer enferma, y ésta falleciera de la misma enfermedad? Suponemos el caso de haber pasado los treinta días del art. 3573, y no hablamos del derecho que tendría de heredarla, sino de la validez del legado que le hubiera dejado. En mi opinión sería válido, porque se encontraría en las condiciones ordinarias, y únicamente podría reducirse, si perjudicara la legítima de los herederos forzosos.

ha encontrado viciada, ha ido en su propósito hasta anular la disposición, cuando hubiera sido hecha en favor de una persona li-

La presunción establecida por este artículo y el anterior ¿es una presunción legal que no admite prueba en contra, ó es únicamente una incapacidad, independiente de los motivos que han podido determinar al legislador para imponerla? En mi opinión, no hay presunción *juris et de jure*, sino una prohibición clara y terminante. El confesor en la última enfermedad del disponente, como el pastor protestante que lo ha asistido son incapaces de recibir por testamento, y aunque resultase de un modo evidente que ha tenido completa libertad para testar, que no ha podido ejercer influencia alguna el padre que lo ha confesado, la incapacidad subsistiría.

La doctrina ha reconocido el derecho perfecto que tendrían los herederos *ab intestato* para atacar un testamento demostrando el abuso de la fuerza, de la confabulación ó el fraude de que ha sido víctima el testador.—Véase sobre este punto á DEMANTE, IV, 30 bis, I y COIN-DELISLE, art. 909, n.º 3.—En cuanto al artículo Cons. TROPLONG, III, 651. VAZEILLE, art. 909, n.º 7. DEMOLOMBE, XVIII, 543 y sig. AUBRY y RAU, § 649, texto en la nota 48.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3740.—Marcadé, sobre el art. 907, n.º 1.—Coin Delisle, sobre dicho artículo, n.º 29.—En contra, Toullier, tom. 5, n.º 70.—¿Qué importa que él no confiese? Le da socorros espirituales y dirige su conciencia; esto creemos que es lo bastante.—Vazeille, sobre el art. 909, nos 7 y siguientes.—Por Derecho Romano y por Derecho de España los adúlteros no podían hacerse legados entre sí. Las leyes no querían que los hijos que proviniesen de estas uniones culpables, pudiesen recibir ni aún alimentos de sus padres. L. 13, Dig., *De his quæ ut indigni*, y L. 10, Tit. 13, Part. 6.º.—Hemos temido los escándalos, las discordias intestinas, la vergüenza de las familias, y sobre todo la inocencia de los hijos y el ningún derecho positivo de los que pudiesen demandar la nulidad de la adquisición, desde que no se perjudicaba las legítimas señaladas por la ley, y por estas razones hemos creído mejor echar un velo impenetrable sobre estas torpezas ó debilidades, como lo hizo el Cód. Francés, y no señalamos esas causas de incapacidad para recibir. Lo mismo decimos de las disposiciones de las leyes 4 y 5, Tit. 2.º, Lib. 10, Nov. Rec., respecto á los hijos de los clérigos, frailes ó monjas.

Tampoco ponemos el concubinage como un obstáculo para recibir por testamento. La Ley Romana disponía que el que no tuviese hijos legítimos pudiese dejar á su concubina y á sus hijos sólo hasta el duodécimo de sus bienes. Lo mismo la Ley de Partida; pero á falta de descendientes legítimos, podía disponer á favor de ellos, de todo su haber, salvo la legítima de los ascendientes.

Al formarse el Cód. Francés, había en el proyecto un artículo que prohibía las donaciones y legados entre los concubinarios; pero desapareció en la dis-



gada por vínculos de parentesco con el incapaz, de modo que se pueda suponer, que la nombrada representa al que no puede recibir por testamento. A esta persona se llama interpuesta, porque la ley reputa que no es la que verdaderamente recibe el beneficio. Las personas interpuestas para los testamentos, no lo son en general para los demás contratos, á menos de comprenderlas expresamente como lo hace el art. 1361; porque en los testamentos se trata de actos unilaterales de beneficencia, lo que no sucede en la generalidad de los contratos.

Cuando un incapaz de recibir por testamento viene á ser beneficiado, ese beneficio no tiene valor, y por eso dice el **art. 3741**:

(**Art. 3741.**) Este artículo ha sido tomado á la letra del Cód. Francés, art. 911, habiéndole agregado la última parte, respecto del fraude.

Comprende tres partes que estudiaremos separadamente: 1º, una principal y general relativa á la incapacidad; 2º, otra secundaria y especial que comprende á determinadas personas; 3º, la última que trata del fraude á la ley y el modo de probarlo.

La primera comprende todas las incapacidades, sean absolutas ó relativas; porque las palabras: *toda disposición á beneficio de un incapaz es de ningún valor*, comprenden todas las incapacidades. Así, se aplicará á los establecimientos ó asociaciones que no hayan sido reconocidas en su carácter de persona jurídica, porque en realidad no existen á los ojos de la ley; lo mismo se diría de las personas que no estuvieren concebidas en el momento de hacer el testamento.

Pero se ha preguntado, si la disposición del artículo comprende igualmente á las personas jurídicas á quienes se hubiera dejado un legado, bajo la forma de un contrato oneroso, ó bajo el nombre de personas interpuestas. Las opiniones se han dividido; Vazeille, Toullier, Grenier y otros sostienen la negativa diciendo, que el artículo habla de los incapaces, y no podría aplicarse por analogía una disposición prohibitiva que no les comprende, pues falta el motivo esencial, el fraude que el legislador ha querido prevenir; que en todo caso, la simulación ó

cusión. Se puede, sin embargo, preguntar: ¿por qué hacemos incapaz al tutor de recibir del testamento del menor, y al confesor que los auxilia en sus últimos días, y no tenemos las seducciones de una concubina? Hemos querido prevenir indagaciones odiosas y escandalosas. Era poco digno revolver las cenizas de los muertos para descubrir los secretos íntimos de su vida, sacando á luz las miserias de su conducta, cuando el resultado último sería satisfacer la codicia de un pariente al cual el legado del muerto no perjudicaba en sus derechos.— Véase Troplong, sobre el art. 102.

toda disposición á beneficio de un incapaz es de ningún valor, ya se disfraze bajo la forma de un contrato oneroso, ó ya se haga bajo

el fraude cometido puede demostrarse por los herederos como en cualquiera de los otros casos ordinarios. Adopto esta opinión que es combatida por Demolombe con razones que no convencen.

La ley preve los medios ordinarios de la simulación, ya sea ocultando, bajo la forma de un contrato oneroso, una liberalidad que no se podría hacer; ya encubriendo el acto bajo el nombre de otra persona ligada íntimamente con el incapaz para que le transmita lo que no ha podido recibir directamente; ya en fin, adoptando las dos formas á la vez, y encubriendo el acto bajo la apariencia de un contrato oneroso á favor de una persona interpuesta. Cuando las dos formas fueran empleadas acumulativamente, el demandante debe demostrar la simulación del contrato en que se ha ocultado el acto á título gratuito bajo la forma de uno oneroso, y si la persona fuera de aquellas á quienes la ley reputa interpuestas, corresponde á ésta la demostración que al realizar el contrato lo ha hecho realmente para sí, y no para el incapaz.

Delvincourt, II, pág. 60, nota 8, sostiene, que desde el momento que un contrato á título oneroso se ha hecho con un incapaz, la donación se presume, y que el incapaz debe probar que hay verdaderamente un contrato á título oneroso. La opinión contraria, dice, obligaría á los adversarios del incapaz, á probar un hecho negativo contra el axioma: *factum negantis nulla est probatio*. En efecto, si se trata de una venta, ¿cómo probar que el precio no ha sido entregado? Demolombe, haciéndose cargo de la objeción, la contesta victoriosamente diciendo, que no se trata de hechos negativos, que se aplica al contrario á hechos muy afirmativos y positivos; que los artículos de la ley que pronuncian nulidades ó incapacidades no podrían extenderse sino á los que han sido previstos, y que el art. 911, preve únicamente el caso en que una disposición ha sido hecha en provecho de un incapaz; que no dice una *convention ó un acto cualquiera* sino *toda disposición*; que no puede entenderse sino de una disposición á título gratuito; que una cosa es la capacidad de disponer ó de recibir á título gratuito, y otra la capacidad de contraer á título oneroso; que está bien lejos que las incapacidades de disponer y recibir á título gratuito puedan extenderse á los contratos á título oneroso, porque la regla en éstos es que toda persona puede contratar, si no ha sido declarada incapaz; finalmente, que el fraude no se presume, y debe ser probado por el que lo alegare.

¿Cómo se probará la simulación? Indudablemente que es una prueba sumamente difícil y delicada; pero la dificultad, por grande que sea, no

el nombre de personas interpuestas. Son reputadas personas interpuestas el padre y la madre, los hijos y descendientes, y el cónyuge

autoriza á imponer la prueba al demandado, violando el gran principio sobre que descansa: el que afirma un hecho debe demostrarlo; si pues el demandante sostiene que el acto á título oneroso ha sido gratuito, él debe probarlo. Por lo demás, la demostración puede hacerse por todos los medios autorizados por la justicia, no sólo por la prueba literal, por la confesión, por testigos, y aún por presunciones. Se trata de descubrir un fraude, y el demandante puede valerse de todos los medios permitidos por derecho, aunque no haya principio de prueba escrito.

Tratamos del fraude cometido simulando una disposición á título oneroso para encubrir una á título gratuito, que no se habría podido realizar á beneficio del incapaz. Y decimos, se puede suponer una venta, una dación en pago, un reconocimiento de una deuda ó cosa semejante, y en ese caso, el demandante debe probar que el acto ha sido simulado. ¿Cómo se probaría que la venta no ha existido? Es indudablemente muy difícil; pero, como dice Demolombe, la imposibilidad demostrada contra el pretendido adquirente de haber pagado con sus propios recursos personales el precio estipulado; la prueba de haber tomado prestado una suma casi igual antes del contrato para devolverla en seguida; la ausencia de esta suma en la sucesión del vendedor; la imposibilidad de encontrar traza alguna del recibo de esa suma, y todas las circunstancias que fueran concordantes, darían al juez el convencimiento de que el acto ha sido simulado.

En cuanto al segundo punto de las personas interpuestas, debemos hacer esta distinción: hay personas á las que la ley reputa interpuestas; pero que pueden demostrar que no lo son; porque la presunción no es de aquellas que no admiten prueba; hay otras á quienes la ley no presume interpuestas, pero que los herederos de la sucesión pueden demostrar que lo han sido para pasar los bienes al que no podía recibirlos.

Nuestro Código no registra disposición alguna semejante á la del art. 1352 d. l. Cód. Francés, que dice: «no se admite prueba alguna contra la presunción de la ley, cuando fundada sobre esa presunción, se anulan actos ó se niegan acciones, á menos que haya autorizado la prueba contraria»; por esa razón todos los jurisprudencistas franceses están contestes en sostener, que en este caso no se admite la prueba contraria, porque el art. 911, no la ha reservado expresamente. El Dr. Vélez-Sarsfield, al trabajar su proyecto de Código convertido en ley, no ha seguido un método uniforme, porque unas veces dice como en el art. 244: «estas presunciones no admiten prueba en contra»; expresión que se usa en la nota

de la persona incapaz. El fraude á la ley puede probarse por todo género de prueba; indicando de ese modo, que aunque la per-

al art. 3604; otras veces nos habla de presunciones diciendo, que se admite prueba en contra, y finalmente nada dice. Pero debemos tener en cuenta que la presunción de la ley es una restricción á la libertad individual, y mientras la ley misma no prive de la prueba, la regla general debe ser el admitirla para desvanecer el hecho presumido. De esta opinión es el Dr. Segovia, mientras el Dr. Llerena sostiene lo contrario, fundándose en los autores franceses que en este caso no pueden servirnos de guía, porque nuestro Código no contiene una disposición expresa como la del transcripto art. 1352.

Las personas interpuestas de que habla el artículo, sólo se consideran tales con relación á las disposiciones testamentarias, en que se reputan como encubriendo el acto en favor del incapaz; pero esa presunción no rige para los demás contratos entre vivos, donde se debe demostrar la simulación. No es necesario que la presunción exista para que el acto sea atacable; porque en todo caso puede demostrarse la simulación por toda clase de prueba.

Se reputan personas interpuestas, el padre y la madre, para encubrir un acto que beneficia á su hijo incapaz de recibir por testamento; pero la presunción se ha detenido allí, sin comprender á los ascendientes, de modo que los abuelos no se reputan personas interpuestas. Cuando el artículo habla del padre y la madre sin hacer distinción, comprende igualmente al padre y la madre natural que hubieran reconocido al hijo incapaz de recibir, cuando la disposición viene á tener efecto, no así en caso contrario. No se reputará persona interpuesta, la mujer respecto de su marido, cuando la disposición viniera á tener efecto después que el matrimonio se hubiere anulado, porque si el testador la mantuvo, quiere decir entonces que no era para favorecer al marido incapaz. La ley ha extendido la presunción á los hijos y descendientes, sin limitación alguna, porque ha supuesto razonablemente que éstos se prestarían sin observación á los deseos de sus ascendientes, por la veneración y respeto que deben tenerles.

Pero ya que hablamos de las personas interpuestas en las disposiciones de última voluntad, extendamos nuestro estudio á los casos en que la ley no presume esa interposición, siendo necesario demostrarla. La interposición se opera ordinariamente por medio de una liberalidad, aunque puede hacerse bajo el doble carácter de un contrato á título oneroso; pero cuando se hace del primer modo, el disponente deja la herencia ó legado á una persona capaz, con el encargo de pasarla á la incapaz;

sona que recibe el beneficio no fuera de las indicadas en este artículo, el que alega la interposición de la persona podrá demos-

es claro que habiendo recurrido á la simulación no establecerá expresamente el fideicomiso, pues sabe que podría anularse inmediatamente, sin prueba alguna, por eso encubre el acto. ¿Qué signos ó caracteres harán encontrar la simulación? Es una cuestión muy delicada y difícil.

Algunos autores hacen residir la cuestión en estos dos puntos: 1º Para que haya interposición de personas, ¿es necesario que exista un concierto de voluntades entre el disponente y la persona interpuesta? 2º ¿Es necesario que exista al mismo tiempo un concierto entre la persona interpuesta y el incapaz?

Respecto de la primera, se ocurre preguntar: ¿de qué circunstancias puede resultar la prueba de la interposición de la persona entre el testador y el beneficiado aparente? Tres opiniones se han producido á este respecto.

La primera sostiene que la interposición de la persona sólo puede resultar de un contrato, de un acuerdo previo entre el disponente y el heredero instituido ó legatario. La segunda, sin rechazar la existencia de una convención ó pacto, admite que pueda probarse la interposición de la persona, por la naturaleza de la disposición misma, que suministre esa convicción, y por las relaciones de sumisión y dependencia en que se encuentra la persona interpuesta respecto de la persona incapaz de recibir la herencia ó legado; finalmente la tercera deja al arbitrio prudente y severo de los jueces el decidir cuando se debe tener por persona interpuesta, según las presunciones y circunstancias que ocurrieran en cada caso.

Por mi parte me decido por la segunda opinión, que consulta mejor la naturaleza del acto mismo que se desea encubrir, en perjuicio de los herederos *ab intestato*, y pono un límite al prudente arbitrio de los jueces. Así, los jueces deben buscar las trazas del fideicomiso, ó el deseo del disponente y la voluntad sub-entendida, en la persona interpuesta, de pasar el legado ó la herencia al incapaz; y esa revelación de la voluntad debe apercibirse en la naturaleza de la disposición, como por ejemplo, si el legado no fuera puro y simple, y estuviera rodeado de ciertas combinaciones que hicieran traslucir el fideicomiso.

Volviendo al estudio de las personas que la ley supone interpuestas, se ha preguntado, si se aplicaría el artículo á los hijos adulterinos é incestuosos. La afirmativa es aceptada por todos los autores franceses, en los casos en que la filiación se encuentre reconocida, y me parece que sin peligro podríamos adoptarla, porque nuestro artículo no hace distin-

trar por todo género de prueba que la disposición ha sido hecha en beneficio del incapaz.

ción, y las palabras hijos y descendientes comprende á ambos, si estuvieran reconocidos. Igual cosa se puede decir del hijo que sólo está concebido, aunque no haya nacido á la época del testamento y de la muerte del testador, siempre que hubiera sido reconocido; porque si bien es cierto que á los concebidos sólo se les reputa como nacidos para el caso en que hayan de recibir alguna cosa por herencia ó donación, también lo es que habiéndosele considerado en ese carácter para el reconocimiento, debería aplicarse á las consecuencias de ese reconocimiento.—Comp. TROPLONG, II, 722. SAINTESPÉS-LESCOT, I, 276.

En cuanto al cónyugo, Grenier, I, 133, sostiene que la calificación de persona interpuesta se extiende también al que debe ser esposo del incapaz, pero me parece que es llevar demasiado lejos la presunción, sacándola del círculo estrecho trazado por la ley, que habla de los *cónyuges*, no de los prometidos esposos, y las prohibiciones, como las incapacidades, no se extienden por analogía, deben aplicarse estrictamente. Por esa misma razón, no puede extenderse la presunción á la persona que viviera en concubinato con el incapaz, aunque esa circunstancia se debería tener en cuenta para demostrar la interposición, por el que ataca el acto. No se comprenden tampoco, los parientes por afinidad, y la nuera ó el yerno no se considerarían como personas interpuestas.

Para concluir sobre este punto, debemos advertir que no se reputaría como persona interpuesta, cuando hubiera imposibilidad absoluta de que el incapaz aprovechara de la liberalidad, como por ejemplo, el legado hecho al hijo del incapaz después de la muerte del padre.

En cuanto á la última parte del artículo que trata del fraude á la ley, y su manera de probarlo, debemos agregar que la simulación podría demostrarse por toda clase de prueba, pues como dice Troplong: «¿le qué se trata? De descubrir el fraude. Como en las situaciones que nos ocupan, el fraude desea precisamente evitar todo lo que podría dar la apariencia de un acuerdo para engañar; de ahí es que es necesario tomar el pensamiento en los repliegues donde se oculta. Las circunstancias lo revelan casi siempre á su pesar. Las relaciones de estrecha amistad, de dependencia personal, de convicciones religiosas ú otras semejantes, son indicios de una alta gravedad.»—Comp. COIN-DELISLE, art. 911, n° 12. TOULLIER, III, 77. TROPLONG, II, 703, 719 y 720. DEMANTE, IV, 32, *bis*, III. MERLIN, *Quest. de droit*, 1° *Substitut. Fidicommiss*, § 14. DEMOLOMBE, XVIII, 534 y sig. AUBRY Y RAU, § 650, *bis*. VAZEILLE, art. 911.—Véanse arts. 955, 956 y 1807, n° 1.

Cuando se demostrare el fraude ó en los casos en que la ley reputa interpuesta la persona, si éstas se han apoderado de los bienes, entrando en el goce de ellos, la ley los reputa como poseedores de mala fe, y por eso dice el **art. 3742**: *las personas*

(**Art. 3742.**) Una vez que se hubiera demostrado el fraude cuando la disposición fuera atacada, ¿en qué condiciones queda la persona interpuesta para la devolución de los bienes? No hay distinción que hacer entre la persona interpuesta presumida por la ley, y la que resulta de la prueba suministrada por el demandante, pues en uno y otro caso la ley considera al poseedor como de mala fe, y lo condena á restituir los frutos desde el momento de haber entrado en posesión de los bienes. Es natural que como poseedor de mala fe tiene todos los derechos acordados á éstos por los arts. 2440 y 2441, y puede reclamar las mejoras útiles por el mayor valor que hubiesen dado á la cosa, compensándolas con los frutos percibidos.

El artículo dice: «desde que entraron en posesión de los bienes», sin distinguir si sólo comprendo la posesión dada por los jueces ó la que el

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3741. — Véase Goyena, art. 616. — Cód. Francés, 911. — Holandés, 978. — Napolitano, 827. — De Luisiana, 1478. — L. 10. Dig. *De his quæ ut.* En cuanto á la prueba, L. 3. § 3, Dig., *De jure fisci*, Troplong, sobre el art. 911. — Coin Delisle, sobre dicho artículo, n.º 7. — Toullier, tom. 5, n.º 84. — Voet, Lib. 42, Tit. 2, n.º 9. — Se puede disfrazar un legado á beneficio de un incapaz de dos maneras, ó por interposición de una persona, ó por un contrato simulado. El disfraz por interposición de persona, se hace por un fideicomiso tácito, encargando verbalmente entregar el objeto de la liberalidad á una persona incapaz. La ley crea ciertas presunciones de derecho que hacen suponer que hay interposición de personas. Las afecciones que unen á los ascendientes con los descendientes, al esposo con la esposa, hacen que sus intereses sean comunes, y por esto la ley presume que lo que se ha dado al esposo ó esposa, al padre y á los descendientes de una persona incapaz, se juzga dado al incapaz mismo.

«La ley no ha definido, dice Troplong, la circunstancia de donde resulte la interposición de personas. Se refiere á la prudencia del juez. para decidir si la disposición testamentaria es sincera ó carece de verdad. Las conjeturas nacen del parentesco, del interés, de la comunidad de sentimientos y de afecciones. de un cierto ascendiente, etc., etc. Todo puede concurrir al descubrimiento de una intención fraudulenta.» Sobre la materia extensamente, Vazeille, art. 911.

El reconocimiento de deudas tiene un gran papel en los contratos simulados. Cuando se prueba que las deudas no tienen otra causa que la voluntad de beneficiar á un incapaz, se juzga que son liberalidades hechas al incapaz: más al que las tiene por sospechosas, le incumbe la prueba de que son meramente aparentes: por ejemplo, si el testador al morir se reconoce deudor de una cantidad de pesos á su confesor, el que alega que la deuda es simulada debe probar que el confesor no es un verdadero acreedor.

interpuestas sobre que dispone el artículo anterior, deberán volver los frutos percibidos de los bienes desde que entraron en posesión de ellos, teniendo los derechos que los poseedores de mala fe pueden ejercer, cuando han hecho mejoras que hubiesen dado mayor valor á las cosas, en que pueden compensarlas con los frutos que debieran.

Y como una regla general que domina esta materia viene la contenida en el **art. 3743** que dice: *toda disposición testamentaria*

heredero ó legatario hubiera tomado por su propia autoridad; porque sólo se refirió á la posesión material en que hubiere entrado el que ha sido condenado á devolver las cosas, como persona interpuesta. Así dice Vazeille, probada la interposición, y anulada la donación, el donatario interpuesto debe la restitución de los frutos ó de los intereses de la cosa dada, desde el día en que el goce le fué abandonado.—Véanse arts. 1790, 1803, n° 2, 3282, 3419, 3799, 3800 y 3801.

(**Art. 3743.**) Se parte del principio reconocido por todas las legislaciones, de que el legado ó la institución de heredero hecho por el testador, como principia á tener efecto únicamente después de la muerte de éste, en que la voluntad queda irrevocable, la capacidad necesaria para recibirlo, debe tenerse en ese momento; de ahí es que fluye como una consecuencia necesaria, de que si el legatario ó heredero no existe en ese momento, la disposición no tendría efecto, porque falta la persona que debía aprovecharse de ella. Lo mismo sucedería si fuera incapaz de recibir por testamento.

La razón de la caducidad por causa de muerte, es que la liberalidad es esencialmente personal, porque, en general, es el resultado de la afección y cariño que la ha producido, y para que el favorecido pueda transmitirla á sus herederos, es necesario que la haya recogido. En vano los herederos forzosos del fallecido, alegarian para impedir el acrecimiento del legado hecho conjuntamente á dos personas, que ellos entran en representación de su padre; porque se les respondería: el derecho de representación que tiene lugar en las sucesiones, no produce efecto en las liberalidades testamentarias; pero si el testador hubiera hecho sus disposiciones en favor de tal persona y de los hijos... ó de sus descendientes... ó de los herederos, el legado no caducaría, porque su voluntad está claramente manifestada, y el art. 3800, así lo confirma expresamente.

Los legados hechos á las personas jurídicas no están sujetos á extin-

ria caducará, si aquel á cuyo favor se ha hecho no sobrevive al testador, porque faltará la persona que debe recibirla, y como es un derecho personal que no puede trasmitirlo porque ha fallecido sin haberlo adquirido, de ahí resulta que sus herederos no pueden reclamarlo, aunque el testador no hubiera nombrado otro heredero.

guirse por la muerte; pero si cuando tiene lugar el fallecimiento del testador le ha sido retirada la autorización, ó la asociación ha sido disuelta, el legado habría caducado.

¿A quién incumbe la prueba? ¿Es al heredero del legatario que afirma que el testador ha fallecido primero, ó al heredero del testador? La máxima de derecho, de que el demandante que afirma debe probar los hechos alegados en la demanda, es de aplicación en este caso; el heredero del legatario al demandar la entrega del legado, afirma que el legado le pertenece por haber sobrevivido su causante al testador, y debe demostrar los hechos en que la funda.

Pero debemos decir que la regla formulada por el artículo tiene sus excepciones, como veremos en el título de los legados, cuando se trate de aquellos en que sólo se suspende la ejecución, ó en los condicionales, dependientes de un acontecimiento incierto.—Comp. TOULIER, III, 672. GRENIER, III, 348. COIN-DELISLE, art. 1039, nº 4. DELVINCOURT, II, pág. 93, nota 3. — Véanse arts. 1790, 1803, inc. 2, 3282, 3419, 3799 á 3801.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3743.—L. 35, Tit. 9. Part. 6ª.—Cód. Francés, art. 1039—de Luisiana, 1330.—Pothier, *Donat, Testaments*, Cap. 6, § 1.

TITULO XVI

DE LA DESHEREDACIÓN

§ 1022. --- LO QUE IMPORTA LA DESHEREDACIÓN

La idea desheredación trae necesariamente al espíritu la de una legítima forzosa impuesta por la ley, como una limitación á la libre voluntad del disponente, como si no fuera mejor y más sólido educar al hombre dándole una base sólida en la moral, para que cumpla su destino, y no imponerle prohibiciones que siempre puede eludir.

El heredero forzoso puede ser privado de la legítima que le es concedida, por efecto de la desheredación, por las causas designadas en este título, y no por otras aunque sean mayores (art. 3744);

(Art. 3744.) El artículo habla del heredero forzoso que puede ser desheredado, y cuando desciende á los detalles precisando las personas que pueden serlo, se olvida ó por lo menos suprime á los cónyuges, que siendo herederos forzosos en la mayor parte de los casos no tienen señaladas causas para la desheredación.

El Dr. Velez Sarsfield ha guardado silencio, porque realmente quería excluirlos de la desheredación, ó se ha olvidado incluirlos entre los descendientes y ascendientes? Me inclino á creer esto último, dados los antecedentes que precedieron á la elaboración del proyecto, y la precipitación con que fué presentado. El Código francés y los comentadores de ese monumento de legislación, han sido los modelos habituales en materia de sucesión, pues, Freitas había dejado de servirle de guía por no haber alcanzado á las sucesiones en su célebre proyecto de Código Civil para el Brasil. Ahora bien, en el Cód. Francés los cónyuges no son considerados como herederos forzosos, de ahí es que al tratar de la deshe-

porque la ley ha sustituido á la voluntad imponiéndose con una fuerza tal que llega hasta lo arbitrario; porque ella misma en

redacción no los haya incluido; pero sea descuido ó no, la verdad es que tal disposición no existe, y no es permitido al juez ni al comentador el crearla, porque sería sustituir al legislador. La misión de la crítica jurídica se limita á señalar el vacío para que el legislador lo llene. La desheredación no es de aquellas disposiciones que la jurisprudencia puede suplir, y que el legislador deje expreso porque no debe descender á detalles en que es imposible fijar una regla segura é invariable. La desheredación de los cónyuges no está autorizada, ni puede imponerse por analogía. Esperamos que en una reforma se incluirá, pues, no hay razón para que el cónyuge no pueda ser privado de su legítima, en los casos que la tenga, á la par de los descendientes con quienes concurre, ó á la de los ascendientes en su caso. Así, evitamos pleitos y escándalos inútiles.

Se trata de privar al cónyuge de su derecho hereditario, y esto no puede tener lugar, sino mediante una disposición expresa; mientras el legislador no haya acordado al testador esta facultad tendremos que usar del recurso de pedir la declaración de indignidad, en los casos del art. 3291, cuando hubiera sido condenado por tentativa de homicidio de uno de los cónyuges contra el otro, ó como cómplice del autor directo del hecho, ó del art. 3292, cuando sabedor de la muerte violenta de su cónyuge no la denunció á los jueces dentro de un mes, ó del art. 3293, cuando acusó á su cónyuge de un delito que habría podido hacerlo condenar á presidio ó trabajos públicos por cinco años ó más; y finalmente, cuando estorbó por fuerza ó fraude que hiciera testamento ó que revocara el ya hecho, ó sustrajo éste ó forzó al difunto para que testara, art. 3296.

Al estudiar el art. 3291 hicimos notar la incongruencia de no haber armonizado las causas de indignidad con las de desheredación, por que en realidad el legislador ha creado aquéllas para suplir la voluntad del difunto, imponiendo una pena al indigno, interpretando esa voluntad, y era contrario á todo principio de derecho el no facultar al mismo testador para alegar esas mismas causas para desheredar. El Dr. Llerena hace juiciosas observaciones para demostrar que las causas de desheredación debieron ser las mismas que las de indignidad; apoyando esa crítica justa en los Códigos de Luisiana, art. 897, de Austria, art. 770, Sardo, art. 737, Napolitano, art. 848, y sobre todo en las palabras de Goyena en el art. 671, que adopta este sistema.

Cuando se trate de la reforma ó corrección del Código, convendría agregar la desheredación de los cónyuges, con tanta más razón cuanto

nombre de esa voluntad declara indigno de suceder al que el testador no ha podido desheredar, lo que es una inconsecuencia.

Como la desheredación es una medida tan grave, la ley ha exigido al testador el valor del acto que realiza, ordenándole que *la causa de la desheredación debe estar expresada en el testamento. La que se haga sin expresión de causa ó por una causa que no sea de las designadas en este título, es de ningún efecto (art. 3745);*

que el Cód. Civil Español y el Alemán, la han establecido. Debemos decir, que en la mayor parte de los casos será innecesaria, porque el cónyuge divorciado ó separado de hecho sin voluntad de unirse, queda privado de la herencia.

La desheredación puede ser parcial ó debe ser total? El artículo habla únicamente de que el heredero forzoso puede ser privado de la legítima, y autoriza al *de cuius* para quitársela, no ha sido necesario que se pusiera en el caso de privarle sólo una parte de ella, sin duda por aquella máxima de que quien puede lo más, está autorizado para lo menos, que no se aplica en ciertos casos; como por ejemplo, quien está autorizado por poder para vender, que es lo más, no lo está para hipotecar; pero eso es interpretando la voluntad del poderdante; no sucede así con las facultades que uno mismo puede ejercer; por ejemplo, cuando el testador haciendo uso de su derecho privase en parte de su legítima al heredero, expresando la causa porque lo deshoreda en esa porción, no se le integrará su legítima, si se probase la causal alegada.

Cuando el artículo dice, que sólo puede desheredarse por las causas designadas en este título y no por otras aunque sean mayores, ha querido hacer dos limitaciones: la primera, que no será considerada como causa de desheredación la que no esté expresada en este título; la segunda, que no se admitirán otras aunque sean mayores. — Comp. las leyes y Códigos citados en la nota del DR. VELEZ-SARSFIELD. — Véanse arts. 3291 á 3297, 3714 y 3715.

(Art. 3745.) Cuando el artículo exige que la causal debe expresarse en el testamento, es para indicar que la desheredación no tendrá valor si no se expresara, de modo que los herederos no estarían autorizados á demostrarla, alegando que el testador no ha querido hacerla pública por la vergüenza natural que trae consigo á un padre, por ejem-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3744.—LL. 4 y 8, Tit. 7, Part. 6.^a—Novela 115, Cap. 3.—Cód. de Nápoles, art. 849.—De Luisiana, 1669 y siguientes.—De Austria, 708.—El Cód. Francés no admite la desheredación aunque admite las causas de indignidad para privar de la sucesión al heredero forzoso.

de modo que ha impuesto como una fórmula sacramental la expresión de la causa, y por más público que sea el hecho de que ha sido víctima, y aunque hubiera sido condenado el heredero por el delito que el testador no ha querido expresar por vergüenza, limitándose á desheredarlo, no valdría; aunque la ley misma por su autoridad se encargaría de privarlo de la herencia como in-

pló, el confesar que su hijo le ha puesto las manos. Es de absoluta necesidad que la causa se exprese en el testamento, y que en caso de reclamo del desheredado se pruebe por sus coherederos esa misma causa. No serán admitidos á probar otra. Así, cuando el testador hubiera dicho: desheredo á mi hijo tal, porque me ha puesto las manos, sino pudiera demostrarse esa causal, y existiera demostrado en un expediente, que el hijo ha atentado contra la vida de su padre, no podría alegarse tal causa. ¿Por qué tanto rigorismo, desde que existe una causal más grave? Porque la ley la supone perdonada, desde que el padre no ha querido valerse de ella, y porque el art. 3297 dice expresamente, que las causas de indignidad no podrán alegarse contra disposiciones testamentarias posteriores á los hechos que las producen, y esto mismo debe aplicarse á la desheredación.

Cuando no pudiera demostrarse la causal alegada, ó cuando ésta no fuera de las designadas, el testamento conservaría todo su valor, quedando la desheredación como no sucedida. El Cód. Civ. Alemán, art. 2336, dice: «la desheredación tiene lugar por disposición de última voluntad. El motivo de la exheredación debe existir en el momento en que es hecha y debe ser indicada en la disposición»; pero no impone la necesidad de que sea la misma y no otra, como nuestro Código.

Como lo hace notar el Dr. Velez-Sarsfield, el Código de Austria admite la desheredación tácita, cuando el heredero no es nombrado en el testamento, y es culpable de una de las causas de desheredación; pero si bien nuestro Código ha rechazado tal sistema, no ha debido, á mi juicio, restringir la desheredación á la causa expresada, rechazando cualquier otra por grave que fuera; es ceñirse demasiado á las formas.—Comp. Cód. CIV. ALEMÁN, art. 2336, GOYENA, art. 609 y las leyes y Código citados en la nota.—Véanse arts. 1044, 3715 y 3744.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3745.—LL. 1 y siguientes, Tit. 7, Part. 6ª. —LL. 1 y 2, Tit. 9, Lib. 3, Fuero Real.—Novela 115, Cap. 3.—Cód. de Nápoles, art. 848.—De Luisiana, 1611 y 1612.—De Austria, 782.—Este último Código admite la desheredación tácita cuando el heredero forzoso no es nombrado en el testamento, y resulta, sin embargo, culpable por una de las causas de desheredación.

digno, resultando así la arbitrariedad. Si un hijo hubiera sido condenado por haber atentado contra la vida de su padre, y éste lo hubiese desheredado sin expresar la causa, esa desheredación no valdría, y si bien no recogería la herencia porque la ley lo declara indigno, tendríamos que á nombre del testador se le priva de ella, y sin embargo se anula la desheredación.

Todavía es más explicable la teoría que sostiene el **art. 3746**

(**Art. 3746.**) Hemos dado la razón por qué el Código no permite alegar y probar otra causa de desheredación que la indicada en el testamento, aunque no me parece aceptable un rigorismo que toma todos los caracteres del formulismo romano; pero así se evitarán pleitos vergonzosos que el testador habrá querido impedir con su silencio, sobre tales ó cuales causas que haya querido ocultar. De ahí es que el legislador haya rechazado cualquier otra, ordenando limitarse á la expresada en el testamento.

La prueba incumbe al que sostiene la desheredación, desde que representa al difunto, y en su nombre niega al heredero forzoso el tomar participación en la herencia, alegando una de las causales indicadas por la ley. Cuando la prueba de la causal alegada existiera, por haberse demostrado el hecho durante la vida del testador, no será necesario una nueva, bastará con traer copia de los antecedentes que obren en el expediente, ó de la sentencia en que se declaren probados esos hechos, para que surtan todo su efecto; á este caso se refiere la 2ª parte.

Si el heredero hubiera guardado silencio ante la desheredación, sea porque voluntariamente se haya abstenido de presentarse ante los jueces, sea porque estando ausente no hubiera tenido conocimiento de la muerte de su causante, y viniera á los veinticinco años á deducir la acción de partición de la herencia contra el coheredero que la ha poseído en el todo en nombre propio, ¿qué prescripción podría alegar el poseedor? ¿La de veinte años contra ausentes, que corresponde á las acciones personales? ¿Qué contestaría cuando el heredero reclamante le opusiera que su acción dura treinta años, según el art. 4020? Qué él pide la división de la herencia, y no ejerce una acción personal, porque no es una deuda exigible la que reclama, sino la división de la herencia: que el art. 4023 comprende únicamente las acciones personales proveniente de deudas, y que él no reclama deuda alguna?

La cuestión es muy seria, y si el Dr. Velez-Sarsfield no dijese en la nota al art. 4023: se prescriben por diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, «la acción para reclamar una renta vitalicia, *el derecho*

cuando dice: *los herederos del testador deben probar la causa de desheredación, expresada por él y no otra, aunque sea una causa legal, si la causa no ha sido probada en juicio en vida del testa-*

para pedir la legítima que corresponde por la ley, la acción de garantía entre los herederos de las cosas que reciben por la partición, en general, todas las que no sean acciones reales», se podría haber sostenido con alguna razón la opinión contraria, porque en realidad la acción que deduce el heredero preterido, así como el desheredado, es la de partición de herencia, y debía prescribirse por treinta años con arreglo al art. 4020; pero por las razones expuestas más adelante, y sobre todo, cuando no hay una prescripción determinada, en la duda, se debe dar autoridad á la nota, que es el comentario más autorizado, cuando no va contra las doctrinas estatuidas por el Código.

El Dr. Llerena piensa que se debe aplicar la prescripción de diez á veinte años, con lo que estoy de acuerdo; cuando dice: «pero debe tenerse en cuenta que lo que el art. 4020 hace prescriptible á los treinta años es la de *petición de herencia*, y no la de reclamación por la desheredación. El que reclama de esa desheredación, no entabla una acción de petición de herencia, sino una acción de nulidad de la desheredación». En efecto, si fuera cierto que el reclamante dedujera la acción de *petición* de herencia, se le podría oponer la prescripción de diez y veinte años del art. 3999, por cuyo tiempo se adquieren los inmuebles con justo título y buena fe, como se podría alegar en este caso. El art. 4020, no habla de la *petición* de herencia, sino de la *partición*, y se refiere á las cosas adquiridas por medio de la sucesión, y que se encuentran poseídas en común por los herederos reconocidos. Así, podría contestar el demandado al preterido que se presentara pidiendo la división de la herencia, y sosteniendo que su derecho sólo se prescribe por treinta años, según el art. 4020: no es la acción de partición la que Vd. puede deducir, porque yo no he poseído la herencia en común, pues jamás fué Vd. puesto en posesión de ella; demanda Vd. la parte de que ha sido privado por la desheredación, pide la herencia que le corresponde; pues bien, yo he poseído con justo título y buena fe todos esos bienes durante veinte y cinco años, y los he adquirido contra Vd., que estaba ausente. Y en efecto, la acción de partición se concede á los herederos reconocidos, á quienes se ha dado la posesión de la herencia para hacer cesar la indivisión, no á los que hubieran sido excluidos por cualquier causa, porque ellos tienen la acción de petición, que es la reivindicatoria entre los herederos, con la diferencia que la de petición comprende la universalidad jurídica, mientras la reivindicatoria se limita á cosas de-

door: pero es únicamente con relación á la prueba; sin embargo, la causa deberá ser expresada en el testamento; porque de otro modo no se tomará en cuenta.

§ 1023. -- CAUSAS DE LA DESHEREDACIÓN

Al estudiar las causas porque el legislador, por su autoridad, priva de la herencia á los que se han hecho indignos, por delitos ó faltas cometidas contra el causante de la sucesión, hemos criticado la diversidad de criterio que ha presidido en uno y otro caso, pues habría sido natural autorizar al testador para desheredar al que deberá ser privado de la herencia por indigno. Así es que cuando se corrija el Código convendría armonizar las disposiciones que son correlativas.

Es de absoluta necesidad hacer una división entre los que pueden desheredar, y los que son pasibles de sufrir esta pena; porque los ascendientes á quienes se debe respeto y obediencia, están en condiciones diversas de los descendientes. Así, dice el **art. 3747**: *los ascendientes pueden desheredar á sus descendientes legítimos ó naturales por las causas siguientes*:

terminadas.—Comp. GOYENA, art. 668. CÓD. DE CALIFORNIA, art. 3650.—Véanse arts. 1101 á 1104.

(**Art. 3747.**) Cuando el Código se depure de los errores de doctrina, y de los defectos que hemos notado, será el caso de armonizar este título con los arts. 3291 á 3296 que hablan de la indignidad, que es la desheredación *ministerio legis*, por causas que se supone habrían dado motivos para la desheredación, si el testador las hubiera conocido. ¿Por qué en ese caso no autorizarlo para alegarlas, y desheredar al que hubiere cometido esas faltas? De ahí resultará esta consecuencia extraña: que el testador no tiene facultad para desheredar al que la ley declara indigno y le priva de la herencia.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3746. — L. S., Tit. 7, Part. 6ª.—Novela 115, Cap. 3.—Cód. de Nápoles, art. 851.—De Austria, 771.—De Luisiana, 1616.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3746.—La esposa es parte en la testamentaria del marido. no obstante las declaraciones del testamento, en tanto no se declare en juicio contradictorio su desheredación.—Jur. Civ., X, 46, Ser. 4ª.

1ª *Por injurias de hecho, poniendo el hijo las manos sobre sus ascendientes. La simple amenaza no es bastante* (art. 3747, nº 1).

Se hará desaparecer esta otra inconsecuencia: que el heredero forzoso ascendiente ó descendiente puede ser desheredado, mientras el cónyuge heredero forzoso como ellos, está exento de esa pena; lo que no es justo ni razonable; y aunque en general tenga el divorcio ó la separación de hecho sin voluntad de unirse para privar á su cónyuge de la herencia; sin embargo, puede llegar el caso en que esto no pueda tener lugar, y se encuentre desarmado. — Véanse arts. 172 y 3748.

(Art. 3747, nº 1.) Las injurias de hecho excluyen las de palabra por graves que fueran, y me parece que el Código no ha debido dar mayor importancia á unas sobre otras, tratándose de aquellas que hieren profundamente el honor y la dignidad de la persona, lanzando su reputación á la maledicencia pública, como si valiéndose de la prensa periódica, se cubriera el nombre del ascendiente con alguna de esas injurias que dejan una mancha indeleble. Pero el Código exige que se ponga la mano sobre el ascendiente. Y aquí ocurre preguntar: ¿Es necesario que la injuria de hecho sea contra el mismo ascendiente que deshereda? El padre, por ejemplo, ¿no podrá desheredar á su hijo, fundándose en que ha puesto la mano sobre su mujer, madre del injuriante, ó sobre el padre del que deshereda, abuelo del desheredado? Ese derecho ¿quedará reservado exclusivamente al injuriado? El espíritu se encuentra inclinado forzosamente á extender esta facultad, para castigar hechos tan bochornosos, y aunque el Código busca el perdón de la ofensa, por la reconciliación del ofensor y del ofendido, debemos sujetarnos al hecho material de la injuria contra la persona de su ascendiente, de modo que el padre pueda ejercer la facultad de la desheredación aun por hechos que no le sean personales.

El art. 1613, Cód. de Luisiana, es más claro, que el nuestro en esta parte, pues dice: «si el hijo ha puesto la mano sobre su padre ó madre para pegarles, y si les ha pegado realmente; pero la simple amenaza no es bastante», limitando así, la injuria de hecho, al padre ó madre, mientras nuestro artículo la extiende á los ascendientes del injuriante. En cambio dicho Código eleva á diez casos los de desheredación, poniendo en la mano de los padres una facultad de que deberían estar investidos, para defender eficazmente su autoridad, y que nosotros haremos bien en imitar, incorporando aquellas causas por las que la ley los declara indignos de suceder.

El Cód. de Chile, art. 1208, nº 1, me parece que encierra mejor el

Considero esta disposición mal inspirada, porque una injuria de hecho, se puede decir, es puramente privada, mientras una por la prensa es pública y trae mayor descrédito y vergüenza. Permitir que los hijos injurien á los padres, sin que éstos puedan castigarlos justamente, es inmoral y pernicioso. ¡Cómo! Sólo los golpes recibidos con afrenta por los padres pueden autorizarlos para desheredar á hijos indignos! Esto es apegarse á la antigua doctrina de la legítima forzosa, violando las buenas costumbres.

2ª *Si el descendiente ha intentado contra la vida del ascendiente (art. 3747, n° 2);* aunque no hubiera sido acusado ni con-

pensamiento á que el legislador ha debido sujetarse, y debe servir de modelo en caso de una corrección, pues dice: «por haber cometido injuria grave contra el testador en su persona, honor ó bienes, ó en la persona, honor ó bienes de su cónyuge, ó de cualquiera de los ascendientes ó descendientes legítimos», autorizando al testador para castigar faltas tan graves, que se puede decir son hechas á su persona misma, por los vínculos con que está ligado á las personas injuriadas.

(Art. 3747, n° 2.) En este caso basta el simple atentado contra la vida para que constituya una causa de desheredación, pues es tan grave el hecho, que el no autorizar la desheredación, habría sido impedir el más justo y legítimo castigo, por un delito que bien ha podido no penarse, por la vergüenza que experimentará el padre en denunciarlo y llevarlo á los tribunales; así no será necesario, como en los casos de indignidad del art. 3291, haber sido condenado en juicio como autor principal ó como cómplice en el hecho. Los coherederos del desheredado tendrán obligación de probar la causal de desheredación, en caso fuera reclamada por el desheredado. El ascendiente que no ha perdonado el atentado contra su vida; que castiga en la medida que la ley lo autoriza al descendiente desnaturalizado, no está obligado á llevarlo ante el juez del crimen, soportando la vergüenza de acusarlo de un acto semejante; puede perdonarlo de la pena que los tribunales le infligirían; pero está en su mano el privarlo de la herencia. No hay ley alguna que lo obligue á acusar tan horrendo atentado, por el contrario, las leyes mismas lo autorizan, no sólo para no acusar, sino, lo que es más aún, para no declarar en contra de sus hijos. ¿Por qué perdería el derecho de desheredarlo entonces? Si para declararlo indigno es necesario que la condenación en juicio exista, es porque es una pena que la ley impone, independiente de la voluntad del testador; no es lo mismo cuando se trata de la desheredación. Basta alegar la causal para privarle de su

denado en juicio, debiendo probar el hecho los demás herederos.

3ª *Si el descendiente ha acusado criminalmente al ascendiente de delito que merezca pena de cinco años de prisión ó de trabajos forzados (art. 3747, n° 3);* lo que me parece impropio, porque

legítima, dejando á sus herederos la tarea de demostrar que es verdadera, en caso de reclamación del desheredado. Y aquí volvemos á repetir lo dicho anteriormente, que el legislador argentino ha limitado extraordinariamente las facultades del testador, desarmando, por decirlo así, su mano para castigar con la desheredación ciertos hechos que merecen una corrección severa á la par que justa y legítima. ¿Por qué impedirle que desherede al que pretendía por la fuerza ó la violencia prohibirle que testara?

La causal del atentado contra la vida, no debe ser una simple amenaza de palabras, es necesario que hayan intervenido hechos, poniendo en ejecución esas amenazas; así, tirarle un balazo ó amenazarlo con un revólver en la mano, constituirán un atentado contra la vida, y darían lugar á la desheredación. El Cód. de Luisiana, art. 1613, n° 3, dice: «si ha atentado contra la vida de su padre y madre».

(Art. 3747, n° 3.) Lo que dijimos en el art. 3293, es aplicable al presente caso, pues no debe distinguirse entre la acusación voluntaria y la que se hiciera, cumpliendo un deber de su oficio; porque las leyes de todas las naciones civilizadas autorizan la excusación en semejantes casos. Las leyes se fundan en el respeto y veneración que los descendientes deben tener para con sus ascendientes, y autorizan siempre la excusación; la impiedad que importa un acto semejante, no puede ser imputada por las leyes de una nación civilizada.

Si desheredado el descendiente, no quedase sino el cónyuge y los ascendientes, estos entrarían á la sucesión como si no hubiera existido hijo, aunque el cónyuge superviviente pudiera pretender excluir al ascendiente por la existencia del hijo; pero se le contestaría, con razón, á mi juicio, que el desheredado se considera como si no hubiera existido.

Téngase presente que el desheredado es representado por sus descendientes, que entran en su lugar y grado, á menos que ellos mismos no fueran indignos ó desheredados de la sucesión de su padre; porque en ese caso tiene aplicación el art. 3553, que dice: no se puede representar á aquel de cuya sucesión había sido excluido por indigno, ó que ha sido desheredado.

El artículo supone que si el delito de que ha sido acusado el ascen-

debiera haber bastado la acusación de un delito cualquiera; porque el llevar á su ascendiente ante un tribunal del crimen, tenga ó no razón, debía ser una falta que merecería la desheredación. Nada debe justificar la acusación de un hijo contra su padre.

Como se comprende, aunque un padre no tiene derecho para corregir corporalmente á su hijo mayor de edad; sin embargo, en caso lo hiciera cometiendo un exceso, la ley lo perdona, y por esa razón dice el **art. 3748**; *el descendiente puede desheredar al ascendiente por las dos últimas causas del artículo anterior*; equivocando así las posiciones respectivas, y poniendo en la misma categoría al padre que al hijo. Es cierto que se trata de hechos

diente mereciese una pena mayor de cinco años, la desheredación se aplicaría con mayor justicia, así debe sobreentenderse que comprende una pena mayor.—Véase art. 3293 y su comentario.

(**Art. 3748.**) Los descendientes deben veneración y respeto á sus ascendientes, y por esa razón la primera causa de desheredación es poner las manos airadas sobre su ascendiente, como decían las leyes antiguas; pero como éstos tienen el deber de corregir á sus descendientes, infligiéndoles castigos moderados, para conseguir el fin moral que se proponen, de ahí resulta, que la falta gravísima del descendiente, se convierte casi en un deber en el ascendiente; pero esto debía tener un límite, sobre todo tratándose de hijos en la mayor edad, que fueran maltratados por sus padres, y creo debería existir una disposición para los casos, raros por demás, de malos tratamientos de los padres para con los hijos mayores, autorizando á éstos para desheredar á sus padres.

El artículo tiene una redacción imperfecta, porque debe decir, que el descendiente puede desheredar al ascendiente por cualquiera de las dos últimas causas del artículo anterior, pues ese es el pensamiento, expresando no obstante, que la desheredación se hace por *las dos últimas causas*.

Y aquí volvemos á inculcar la necesidad de armonizar las causas de desherodación con las de indignidad; que es una desheredación *ministerio legis*. — Comp. GOYENA, art. 672 y la nota. — Véase art. 3747.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3748.—Hemos querido limitar en lo posible la causa de desheredación. Goyena, en la nota al art. 672, hace un prolijo estudio de las causas de la desheredación por las Leyes Romanas, de España y de los códigos modernos.

muy graves; pero debió existir una diferencia respecto á la causal tercera.

Como en la legislación moderna es un principio reconocido que las faltas de los padres no deben recaer jamás sobre los hijos, de ahí resulta que *los descendientes del desheredado que sobrevivan al testador, ocupan su lugar y tienen derecho á la legítima que su ascendiente tendría si no hubiese sido desheredado, sin que éste tenga derecho al usufructo y administración de los bienes que por esta causa heredan sus descendientes (art. 3749); á fin de impe-*

(Art. 3749.) El principio general sobre que se basa la representación obedece á móviles genorosos, que son una conquista de la civilización; la irresponsabilidad de los hijos por las faltas cometidas por sus padres, y el derecho que les viene de la naturaleza: la herencia; así como reciben sus calidades físicas y morales, deben estar presentes, por decirlo así, en lugar del fallecido, indigno ó desheredado, representándolo.

Si cuando el padre era indigno de heredar á su propio padre, por haber cometido alguno de los delitos ó faltas señaladas en los arts. 3291 á 3296, los hijos venían por derecho propio y en virtud de su vocación hereditaria á ocupar el lugar de su padre, porque no eran responsables de la falta cometida por ellos, art. 3301; en el mismo caso se encuentran los deshoredados, con esta diferencia: que en el art. 3301 se dice, que vienen por derecho propio y sin el auxilio de la representación, siendo inexacta la segunda afirmación, mientras en el presente artículo se admite claramente la representación, desde que ocupan en la sucesión el lugar que tenían sus padres, y esa es la verdad, porque en caso de indignidad, ocupan igualmente el mismo lugar, y aunque Demolombe explique como es que los hijos del indigno vienen por derecho propio y sin el auxilio de la representación diciendo, que adquieren la herencia en virtud de una *vocación hereditaria que les es propia y personal*, y cuyo resultado á este respecto es el de derogar en su favor la regla de la proximidad de grados, no es menos cierto, que ocupando los hijos el lugar que su padre ha dejado vacante, lo representan en realidad.

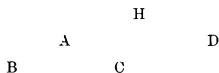
La ley considera que el indigno y el deshoredado no existen á sus ojos, y por eso llama á los hijos que *sobrevivan* para que ocupen su lugar; porque si han fallecido sin dejar descendientes, aunque tuviesen herederos, como éstos no están investidos de la vocación hereditaria, no podrían entrar en lugar de su causante para los efectos de representarlo. Por ejemplo; si suponemos que A, tiene dos hijos M, y L, que L, ha falle-

dir por ese medio que no tengan provecho alguno de una herencia que eran indignos de recoger.

cido después de su padre B, y antes que su abuelo C, dejando por heredero testamentario á su primo H; una vez ocurrida la muerte de su abuelo que dejó tres hijos, A, E, F, y deshereda en el testamento á su hijo A, entrarán á suceder en esta forma: E y F por derecho propio, M, hijo del desheredado A, en lugar de éste; pero no heredará H, ejerciendo los derechos de su causante.

En general, el desheredado sobrevivirá al testador, porque si hubiera fallecido, no habría necesidad de desheredarlo, y probablemente el padre no lo nombraría en el testamento; pero cuando éste se hubiera otorgado viviendo el desheredado, en nada se alteraría porque hubiera fallecido antes que su causante.

Es necesario tener presente, que el principio sentado por el art. 3553, de que no se puede representar á aquel de cuya sucesión había sido excluido como indigno, ó que ha sido desheredado, tiene su perfecta aplicación en este caso; porque no podría ocupar el lugar de su padre el hijo que hubiera sido á su vez desheredado, así es que no recogería la sucesión de su abuelo, en representación del que lo ha desheredado de su sucesión, á menos que pudiera tomarla por su propio derecho. Supongámes el siguiente cuadro:



H, ha desheredado á su hijo A; éste á su vez ha desheredado á su hijo C, entrarían, D en la sucesión del padre, por derecho propio, y B, en representación de su padre desheredado, pero no sucedería C, porque está desheredado por su propio padre, y no se representa á aquel que lo desheredó. Si por el contrario, el abuelo H, sólo tenía á su hijo A, á quien había desheredado, y fallecido éste dejó sus dos hijos B y C, desheredando A, á su hijo C, de modo que á la muerte del abuelo sólo quedan sus dos nietos, como entran por derecho propio y sin el auxilio de la representación, se dividirán la herencia por iguales partes, aunque C, estuviera desheredado por su padre, porque en ese caso, la desheredación de su padre no puede alcanzarle para impedir el recoger la herencia de su abuelo. Cuando el desheredado viviera, y sus hijos entraren en su lugar á recoger la herencia del abuelo en concurrencia con sus tíos, la ley ha extendido la pena de la desheredación hasta esos bienes, impidiendo al

Pero como el legislador debe contribuir por todos los medios posibles al perdón, ordena por el **art. 3750** que, *la reconciliación*

que cometió la falta, que reciba ningún provecho; por esa razón le priva del usufructo y administración de esos bienes, que no obstante le corresponderá en los demás que no tuvieron este origen.

Es necesario tener en cuenta el art. 3301, relativo á los herederos del indigno, que algunos han creído igual al presente, sin fijarse en las diferencias fundamentales que tienen; sin embargo soy de opinión que en caso de una corrección del Código, convendría armonizar ambos artículos, estableciendo las mismas causas de desheredación y de indignidad, con excepción de aquellas que están destinadas á producirse después de la muerte del testador, como la del art. 3292.—Comp. GOYENA, art. 673.—Véanse arts. 287, inciso 4º, 3301, 3303, 3553 y 3556.

(**Art. 3750.**) La manifestación de la voluntad, tanto en los contratos como en los actos de última voluntad, puede ser expresa ó tácita, salvo aquellos en que la ley exige formalmente la expresa, como por ejemplo, en la renuncia de la herencia que debe ser expresa y hecha en escritura pública, art. 3345; pero cuando se trata de dejar sin efecto manifestaciones expresas, creo prudente exigir una expresión terminante de la voluntad, como ha sido la que ha privado ó conferido el derecho; así, cuando el testador, haciendo uso de su derecho, ha desheredado á su heredero forzoso, para hacer cesar los efectos de esa desheredación, será necesario demostrar la reconciliación expresa; porque no se puede suponer el perdón tácito, desde que ha dejado subsistente la desheredación; lo que sería natural suponer es que la reconciliación no ha existido, desde que no ha revocado el testamento, y esto sería más claro y evidente, si se tratase de un testamento posterior al acto de la reconciliación tácita; porque eso demostraría que ésta no ha existido, y que se ha interpretado mal su voluntad. Y la cuestión tiene suma gravedad, porque se priva al testador de un derecho expresamente conferido, que no puede ni debe perder, sino por un acto expreso de su voluntad.

Los Dres. Segovia y Llerena, creen, que el perdón puede ser tácito sin aducir razón alguna para fundar esa opinión. ¿Cómo se podría demostrar una reconciliación tácita, cuando el testador manifiesta que no ha perdonado, desde que usa de su derecho para desheredar al que lo ha injuriado ó al que ha atentado contra su vida? Sería autorizar procesos escandalosos, demostrando unos que perdonó la ofensa, cuando del testamento resulta lo contrario. Por eso creo, que la voluntad expresa del testador, no puede desvanecerse alegando un perdón tácito, que no po-

posterior del ofensor y del ofendido quita el derecho de desheredar, y deja sin efecto la desheredación ya hecha, considerando como no

dría subsistir, cuando el testamento fuera posterior al acto que so supone perdonado.

Debemos tener presente, que no sólo se trata de la renuncia de un derecho, sino de destruir un acto expreso ejecutado en virtud de una facultad conferida por la ley. ¿Cómo se prueba que la desheredación hecha en un testamento queda sin valor por el perdón? Exhibiendo un documento en que conste ha perdonado la ofensa; por eso hemos sostenido en el art. 3291, que la causa de la indignidad, es necesario que sea levantada expresamente por el testador, ya nombrándolo heredero en un testamento posterior, ya expresando en una escritura pública que la levanta por propia voluntad declarándolo apto para sucederlo. De la hipótesis que estudiamos resulta, que esa voluntad de perdonar no ha existido, que ese perdón ó reconciliación tácita ha sido mal interpretada, pues el mismo testador lo deshereda después de esos hechos, ó mantiene la desheredación hecha antes.

Cuando el testador en un acto público hubiera manifestado que perdona la ofensa, no puede retractarse de ese perdón, y el acto posterior de desheredación no tendría fundamento, á menos que los herederos no pudieran alegar una causa posterior; como si por ejemplo, habiéndole perdonado una injuria de hecho, posteriormente á esa reconciliación se produjera un hecho semejante.

Si bien el legislador debe propiciar por todos los medios posibles el que se ejerza el perdón, que es un acto noble y elevado que dignifica al hombre, que debe fomentar los sentimientos de piedad en que se funda el perdón, sobre todo cuando se trata entre ascendientes y descendientes, haciendo que se generalice en la masa social, no puedo sin desconocer la naturaleza de este sentimiento, permitir que se desnaturalice, quitándole la espontaneidad y libertad que debe tener, imponiéndole por decirlo así; porque hay también el sentimiento de justicia que sirve de fundamento á la sociedad, y en el que la pena es una consecuencia necesaria del que viola las leyes sobre que reposa esa sociedad.

El perdón de la ofensa ó la reconciliación que priven del derecho de desheredar debe ser, pues, expreso. Apoya esta opinión el Cód. de Austria, citado por el Dr. Velez-Sarsfield, como fundamento de la disposición, cuando dice: «que la desheredación no puede ser invalidada sino por una revocación expresa y formal», y aunque sólo se refiere á la desheredación hecha, con más razón se debe aplicar á la que es posterior al hecho supuesto de la reconciliación, porque si el testador ha usado

sucedidos todos los hechos, porque tenía el derecho de desheredarlo, y ha renunciado á ejercerlo.

del derecho de desheredar, quiere decir que se ha interpretado mal su voluntad.

Pero lo que no deja duda es la ley 2, tít. 9, lib. 3, Fuero Real, en que también se funda el artículo cuando dice al final: «pero si por aventura padre ó madre desheredase por alguna de estas causas su hijo, ó su nieto, ó su viznieto, ó dondo ayuso así como sobredicho es, é *después le perdonare á lo heredare*, que sea heredado así como era ante». — Comp. GOYENA, art. 670. Cód. de CALIFORNIA, art. 3654. — Véanse arts. 3291 y 3297.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3750.—Véase Voet, Lib. 5, Tit. 2, n° 31, y L. 2. Tit. 9, Lib. 3, Fuero Real. — El Cód. de Baviera. Lib. 3, Cap. 3, art. 16, di e: «La reconciliación probada del testador anula la desheredación.» — El de Austria, art. 772: «La desheredación no puede ser invalidada sino por una revocación expresa y formal.» — El Derecho Romano y las Leyes Españolas guardan silencio sobre la materia, si es que no pueden aplicarse á las causas de desheredación las leyes sobre remisión de injurias.

TITULO XVII

DE LOS LEGADOS

§ 1024.— QUÉ COSAS PUEDEN LEGARSE

Pueden legarse todas las cosas y derechos que están en el comercio, aún las que no existen todavía, pero que existirán después (art. 3751); es decir, las futuras, y quedará sin efecto el legado si no llegaran á existir.

(Art. 3751.) Nuestro Código ha sido redactado con algún descuido en lo que respecta á la terminología de los legados, descuido que ha dado lugar á muchos errores; por esa razón conviene fijar las diversas expresiones y darles su verdadero significado. En derecho francés existen tres clases de legatarios: 1º, legatario *universal*, que es nuestro heredero universal, art. 3263; 2º, legatario á *título* universal, que es nuestro legatario de *una parte determinada* de la sucesión, art. 3499, ó de la universalidad de los bienes, *con asignación de parte*, art. 3519, y que sólo está obligado á contribuir al pago de las deudas de la sucesión con lo que recibiere y en la proporción de lo legado; 3º, legatario á *título* particular, al que nuestro Código llama legatario de objetos particulares, art. 3501, ó sucesor singular art., 3263. Establecidos estos principios que nos servirán de norma en el estudio de los legados que vamos á hacer, digamos lo que se entiende por legado.

La palabra legado, derivada del latín *á lege*, se toma en dos acepciones: ya sea por el acto ó disposición en que se lega alguna cosa, ya por la misma cosa legada. En la primera acepción, es cierta especie de donación que deja el difunto y que el heredero debe hacer; en la segunda es la cosa particular y determinada que se deja al legatario por el di-

Nuestro Código ha decidido la cuestión que ocurría sobre el legado de cosa ajena, estableciendo que, *el testador no puede legar*

funto; pero en general, se toma por la especie de donación que el difunto hace en su testamento.

Así pues, cuando se dice en el artículo, que pueden legarse todas las cosas que están en el comercio, se expresa que pueden ser objeto de una manda todos aquellos derechos que son transmisibles de una persona á otra; así la expresión no es correcta, porque hay cosas que están en el comercio y que no se pueden legar; por ejemplo, un derecho que concluye en la persona del testador, no pudiéndolo transmitir á su heredero, y se debe entender agregando á las palabras «que están en el comercio», siempre que fueran transmisibles.

Como se legan cosas, así también se legan derechos que pueden consistir en obligaciones de hacer ó de no hacer, creando por decirlo así, restricciones en favor de las cosas, como por ejemplo; se puede legar una servidumbre que prestará una casa del testador á la contigua del legatario; más aún, se puede legar la restricción que se imponga al fundo del testador en favor del legatario.

Se pueden legar las cosas futuras, para cuando existan, y en ese caso el legado es condicional y está sujeto á la existencia de las cosas legadas; pero no se legarán las que han dejado de existir.

No se debe confundir, como lo hacen algunos autores argentinos, lo que se entiende en derecho francés por legatario á *título universal* con el *legatario universal*; aquél es el legatario de parte alícuota por nuestro derecho; éste, el heredero que sucede al difunto en todos sus derechos y obligaciones. El legatario universal por el derecho romano, como por el francés y el nuestro, es el heredero que continúa la persona del difunto. Si bien es cierto que entre los herederos de parte alícuota no hay derecho de acrecer cuando el testador no lo ha establecido; porque sólo tendrá la parte señalada en el testamento, es porque ese heredero es legatario de la universalidad de los bienes con asignación de partes, art. 3719; pero el testador puede conferirle ese derecho, y entonces de legatario se convertiría en heredero, desde que puede llegar á ser dueño de toda la herencia por muerte ó indignidad de sus colegatarios.

El testador no tiene restricciones para distribuir la fortuna que deja y puede hacerlo ya sea nombrando herederos, ya repartiendo sus bienes particularmente en cada uno de los legatarios, sin que ninguno de ellos esté obligado como heredero; pero como no hay legados sin antes haber pagado todas las deudas de la sucesión; si todos los legatarios fueran de la misma clase, concurrirán á prorrata al pago de las deudas, según el

sino sus propios bienes. Es de ningún valor todo legado de cosa ajena cierta y determinada, sepa ó no el testador que no es suya, aunque después adquiriese la propiedad de ella (art. 3752); de

valor de sus legados; en caso contrario, se pagarán en el orden designado por los arts. 3795 y 3798.—Comp. TOULLIER, V, 486.—Véanse arts. 953, 1173, 2336, 2337, 3004, 3834 y 3838.

(Art. 3752.) Nuestro artículo viene á decidir las antiguas controversias suscitadas en el derecho romano sobre el legado de cosa ajena, que lo reputaba válido, cuando el testador sabía que no era de su propiedad y obligaba al heredero á adquirirla ó á pagar su valor, ó lo declaraba nulo cuando el testador ignoraba que la cosa legada era ajena. En esta parte ha seguido al art. 1021, Cód. Napoleón, agregándole las últimas palabras, que vienen á resolver otra de las cuestiones suscitadas entre los intérpretes del derecho. Zachariæ, por ejemplo, sostiene que el legado de cosa ajena es nulo, aún cuando el testador viniera á ser propietario de la cosa legada; así lo afirman Aubry y Rau, § 676, nota 15, y Demolombe, XXI, 681 *bis*, combatiéndolo vivamente. Como la cuestión es de gran importancia, y encontramos inexactitud en lo atribuido á Zachariæ, voy á transcribir lo que dice Demolombe, para demostrar que el doctor Velez-Sarsfield confió en lo que decía este autor sin verificar su exactitud; así dice Demolombe, l. c.: «agregamos solamente que es necesario para que el art. 1021 sea aplicable, aún en esta primera hipótesis, la más sencilla de todas, que la cosa legada no pertenezca al testador á la época de su fallecimiento. No bastará que no le hubiese pertenecido á la época del otorgamiento del testamento, si en seguida hubiese venido á ser propietario de ella. La opinión contraria, enseñada por Zachariæ (§ 676, nota 3) nos parece evidentemente contraria, sea al texto del art. 1021 que no determina la época en que el testador debe ser propietario de la cosa legada, sea á los principios generales de nuestro derecho, que no ha admitido la regla Catoniana, y de los que resulta que es en el momento de la muerte que hay lugar de examinar, si el testamento en lo que concierne á las cosas sobre que dispone es ó no legalmente susceptible de ejecución». Aubry y Rau, §§ 675 y 676, dicen en el texto: «además, el legado de una cosa que, en el momento

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3751.—LL. 10, 12 y 15, Tit. 3, Part. 6ª. *Et quidem*, dice la Ley Romana, *corpora legari omnia et jura et servitutes possunt*, L. 41. Dig., *De Legatis*, l. — Véase Pothier, *Pand.*, tom. 2, pág. 291, n° 109. El Digesto contiene Títulos especiales sobre los legados de usufructo, de uso y habitación, de servidumbres, de cosas fungibles, de alimentos, de liberaciones, etc., etc.

ese modo no hay que hacer cuestión sobre si sabía ó no que le pertenecía para interpretar su voluntad. Pero no se puede decir que

de la confección del testamento no pertenecía al testador, viene á ser válido, si éste adquiere la propiedad por cualquier título», y en la nota donde siempre apoyan y explican la doctrina, agregan: «la regla catoniana que conduciría á una solución contraria, no es admitida en derecho francés». Zachariae (§ 676, nota 3,) piensa que el legado de la cosa de otro queda nulo, aún cuando el testador venga á ser propietario de la cosa legada. Se funda en que semejante legado es declarado nulo por una disposición especial de la ley, y no puede prevalecerse de la abrogación de la regla catoniana para sostener que viene á ser válido cuando el testador adquiere la propiedad de la cosa legada. Pero este argumento se aplicaría á todas las nulidades establecidas en materia de legados, por disposiciones especiales, aún á las incapacidades de recibir»; y, sin embargo, Zachariae no dice tal cosa.

Pues bien, contra estas dos opiniones que combaten á Zachariae, que no afirmaba lo contrario, como vamos á verlo, nuestro artículo viene á decidir la controversia que más adelante veremos no existe, estableciendo de una manera formal y perentoria, que el legado de cosa ajena es de ningún valor, *aunque el testador después adquiriese la propiedad de ella*, lo que es un error de doctrina, que sólo tiene el apoyo de aquel autor, sostenido tal vez en las primeras ediciones, porque en la quinta que tengo á la vista, dice Zachariae, § 445: «no se puede disponer de la cosa de otro: semejante disposición es nula, sea que el disponente haya sabido, sea que haya ignorado que la cosa de que disponía no le pertenecía... No obstante, *el legado de una cosa que pertenece á otro es válido, si esta cosa viene, más tarde, á ser adquirida por el testador*». Así es que hasta Zachariae ha abandonado la opinión atribuida por Demolombe y Aubry y Rau. De esta resolución es que nuestro artículo viene á estar en contradicción con la doctrina reconocida por el mismo Código, siguiendo al francés, de que las facultades usadas por el testador, se juzgan por la ley en vigor en el momento de la muerte de éste. Es pues, un error de que habrá que depurar al Código cuando se revise; porque la doctrina uniformemente sostenida, es que el legado de cosa ajena es válido por la adquisición posterior de la cosa legada hecha por el testador; no sólo porque el testamento se considera hecho momentos antes de la muerte en cuanto á las facultades que la ley le confiere para disponer, sino porque es de presumir que el testador al hacer la adquisición de la cosa ajena que había legado, tuvo la intención de que se ejecutara su voluntad. Además de esto, las discusiones y pleitos que se

es una infracción de esta regla *el legado de cosa que se tiene en comunidad con otro, que vale sólo por la parte de que es propietario el testador, con excepción del caso en que el marido legue alguna cosa que corresponda por gananciales á marido y mujer. La parte de la mujer será salvada en la cuenta de división de la sociedad (art. 3753);* porque en el primer caso se hace efectivo el legado

quisieron evitar vuelven á renacer con esta cláusula, porque los herederos anularían el legado demostrando que cuando fué hecho, la cosa legada no pertenecía al testador.

En cuanto al legado alternativo de cosas ajenas y de otras que están en el patrimonio del testador, será válido, porque se reducirá á un legado simple y puro desde que una de las cosas sujetas á la alternativa no puede prestarse; pero si todas las cosas comprendidas en la alternativa fueran ajenas, el legado sería nulo.

Si se legase un inmueble *in genere*, como por ejemplo, una casa valor de diez mil pesos, la designación no anularía el legado.—Comp. TOLLIER, III, 516. TAULIER, IV, pág. 158. DEMOLOMBE, XXII, 234.—Véanse arts. 3753 á 3756.

(**Art. 3753.**) Para explicar este artículo, que ha sido mal comprendido por algunos, se hace necesario una distinción previa. Tomemos la siguiente hipótesis: Alberto ha legado á Julio un tercio ó el todo de la casa calle de Ayacucho núm. tal, en la que era copropietario con Emilio por mitad en la época del otorgamiento del testamento. Ahora bien, ¿ese legado es válido? ¿En qué casos y por qué porción?

Desde luego debemos manifestar, que aquí no tiene aplicación completa el art. 3752 que se refiere al legado de cosa ajena, porque es evidente que la cosa legada no es ajena, desde que lo corresponde proindiviso,

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3752.—Cód. Francés, art. 1021.—Napolitano, 575.—De Vaud, 683.—De Luisiana, 1632.—El Cód. de Austria, art. 657 y el de Holanda, 1813, los declaran válidos, si el testador sabía que era ajena la cosa que legaba. En contra del artículo, L. 10, Tit. 9, Part. 6^a.—Institt., Lib. 2, Tit. 20, § 4.—Pothier, *Pand.*, tom. 2, pág. 294, n° 216.—Para sostener nuestro artículo, basta decir que las donaciones de cosas ajenas son de ningún valor. ¿Por qué disponer lo contrario en los testamentos? El legado de cosa ajena es un legado ilusorio, si el testador sabe que la cosa no es suya; si lo ignoraba, hay un error sustancial en el acto. Véase Marcadé, sobre el art. 1021. La experiencia demostró que siguiendo el Derecho Romano, nacían mil cuestiones sobre si el testador sabía ó no que era ajena la cosa legada. Demante, tom. 4, n° 196 bis, desde el § 1 al 6. La disposición del artículo no se aplica á los legados de cantidades, de cosas indeterminadas, de cosas genéricas ó legados alternativos. Véase Vazeille, art. 1021, n° 9.

en la parte que le corresponde, y en el segundo se deberá esperar á la división de los gananciales para hacerlo efectivo.

y los principios sobre la propiedad indivisa, y los efectos de la partición tienen su aplicación inmediata.

Debemos igualmente hacer esta distinción que consideramos esencial, y por no haberla hecho, se ha incurrido en graves errores: Ó la indivisión ha cesado antes de la muerte del testador, ó subsiste aún en el momento de ésta. En el primer caso, la solución es sencilla. En efecto, si el derecho del testador ha sido determinado por la división ó la licitación, la validez ó nulidad del legado será juzgada según que la cosa le haya correspondido al testador ó á su copropietario, ó á un extraño. Si la cosa le ha sido adjudicada al testador, el legado será válido en la parte que tenía cuando hizo el legado; por ejemplo, si teniendo la mitad de ella, ha dejado al legatario la tercera parte, y el testador adquiere el todo, sea por compra ó adjudicación, el legado será válido por la tercera parte legada; si la legó en su totalidad y adquirió la de su copropietario, el legado será válido por esa parte, porque el art. 3752, en su última parte, dice: el legado de *cosa ajena* será nulo, aunque el testador *adquiriese después la propiedad de ella*; y en el caso supuesto, se ha legado sólo una parte. Si por el contrario, por el resultado de la partición ó licitación, la cosa legada hubiera sido adjudicada al condómino, de modo que no se encontrase en el patrimonio del testador al tiempo de su muerte, el legado sería nulo, porque no se legan las cosas ajenas, siendo de aplicación el art. 3752 que declara nulos dichos legados. No se debería tampoco la cosa que el testador hubiera recibido en cambio de su parte en la cosa legada, ni el valor estimativo de esa parte, ni el precio de la licitación, aunque le fuera debido; porque la cosa legada no existe en el patrimonio del testador.

Si la cosa legada fuera, por ejemplo, la mitad que tenía en tal terreno, y se hubieran dividido con el condómino, esa mitad que se encuentra en el patrimonio del testador, correspondería al legatario.

Finalmente, si legada la mitad de la cosa indivisa, el testador la adquiriese en su totalidad, mi opinión es que el legatario sólo podría cobrar la mitad, á menos que se reconociese por la expresión usada en el testamento, que la intención fué de legarle la totalidad de ella.—Esta opinión es sostenida por POTHIER: *Donat. y Test.* Cap. V, art. 1, § 2. DURANTON, IX, 249. TROPLONG, IV, 1952. COIN-DELISLE, art. 1021, n° 14.

Las palabras del artículo: *vale por la parte de que es propietario el testador*, so deben tomar en el sentido de que esa es la legada, porque

Si bien el testador sólo puede legar la cosa propia; sin embargo, la ley le permite encargar al heredero la adquisición de

—
si es menos, se reducirá á lo que diga el testamento, y si es más, y la cosa ha sido adquirida por el testador, se aplicarán los principios que acabamos de exponer.

Respecto de la segunda hipótesis, cuando el testador ha fallecido sin que la indivisión haya cesado, la cuestión cambia fundamentalmente. Aquí también haremos esta distinción: ó se ha legado la parte indivisa que se tenía en una propiedad determinada, ó es la parte que le correspondía en una universalidad indivisa. En el primer caso, es evidente que el legatario ha sustituido al testador en el derecho indiviso que éste tenía; y por consiguiente es el legatario quien debe proceder con el condómino á la partición ó licitación, es respecto de él y en su contra, y no con la sucesión que la partición debe producir todos sus efectos. Podrá suceder que se quede con toda la cosa, pagando á su condómino la parte que le corresponda, ó por el contrario que reciba en dinero ó en otros valores lo que le corresponde, ó podrá realizar cualquier arreglo para hacer cesar el condominio; todas las trasformaciones se operan en favor del legatario, cualquiera que ellas sean, porque han tenido lugar después de la muerte del testador, cuando el derecho estaba adquirido definitivamente.

En cuanto al segundo caso, presenta serias dificultades, y las opiniones entre los jurisconsultos franceses se han dividido. Supongamos el caso siguiente: Alberto ha legado á Julio una tercera parte ó el todo de una casa que forma parte de una sucesión indivisa en que son herederos con Emilio; la sucesión permanece indivisa á la muerte del testador, y se pregunta, ¿cuál es el derecho del legatario?

Bayle-Mouillard (sobre Grenier, II, n° 319, nota *a*), dice: «el testamento que atribuye al legatario todo ó parte de un inmueble comprendido en una masa indivisa, establece ya una separación en ésta y la hace susceptible de dos divisiones: una de estas particiones tendrá lugar por la cosa sobre que versa el legado, entre el legatario solamente y los herederos del testador, y la otra por lo restante de la masa indivisa entre los herederos del testador y su representante; de donde se deduce que el legado será reglado, en este caso, de la misma manera que en el precedente, cuando se trata de una cosa única indivisa entre el testador y un tercero».

Otra opinión sostiene que el legatario no tiene título alguno para figurar en la partición, porque no es copropietario ni comunista, y la ficción de que el heredero sucede inmediatamente al difunto en el bien

cualquier cosa para que el legado tenga efecto; así, por ejemplo, podrá ordenar á su heredero que compre tal casa y la entregue á que le ha correspondido en la partición, y que sus coherederos jamás tuvieron derecho en él, le es completamente extraña y no le aprovecharía ni perjudicaría; en su consecuencia el legado valdrá, en general, por la parte que el testador tenga en la casa ó por su valor, y sólo hasta la concurrencia de esa parte ó de ese valor, cualquiera que sea el resultado de la partición; así dicen Aubry y Rau: «cuando por la partición el objeto legado cae en su totalidad en el tercer comunista, el legatario tiene derecho para reclamar de los herederos del testador el valor estimativo de la parte de este último; y recíprocamente, cuando el objeto legado cae en el lote de los herederos del testador, el legatario no viene á ser propietario sino hasta la concurrencia de esa parte, aunque la disposición hecha en su provecho comprenda expresamente la totalidad del objeto legado»; estando conforme, por mi parte, con esta última conclusión.

La tercera opinión es sostenida por Colmet de Santerre, quien dice: «cuando la cosa legada forma parte de un conjunto de bienes del que el testador es propietario proindiviso, no se puede decir en el momento de la muerte, si el legado tiene por objeto la cosa de otro ó la del testador; no se sabe si el testador tiene derechos sobre esta cosa: la suerte ó validez del legado depende, pues, del resultado de la partición del patrimonio del que forma parte la cosa legada... si por la eventualidad de la partición el objeto legado no cae en el lote de los herederos del testador, el legado será nulo, como legado de cosa ajena; si les corresponde, por el contrario, el legado será válido, sea por el todo, sea por la parte de que el testador era propietario, según la intención del testador».

¿Cuál de estas opiniones ha seguido nuestro Código, ó en caso de silencio, cuál puede adoptarse, siguiendo los principios enseñados por el mismo?

El artículo dice: «el legado de cosa que se tiene en comunidad con otro vale sólo *por la parte de que es propietario el testador*. Se trata de averiguar, pues, cual sea la parte que el testador ha querido legar, independientemente de todo acontecimiento, sea la cosa misma, ó la parte que tenga en ella, ó su valor en caso no llegara á corresponderle por la división.

Si admitimos que la cosa tenida en comunidad con otro ha podido legarse, y que ese legado era válido por esa parte aún cuando posteriormente el testador hubiera adquirido la cosa en su totalidad, sea por la división, licitación ó cualquier otro título que haga cesar su condominio,

fulano, á quien instituye legatario; puede aún más, ordenar al legatario de una suma determinada de dinero para que compre la

aplicando el art. 2696; ¿por qué anularíamos el legado de esa parte que existe, en el momento de la muerte del testador, en su patrimonio, sólo por que en la división no le hubiera correspondido? Lo natural sería darle la parte que se le adjudicare en su reemplazo ó su valor. Así, dice con razón Demolombe, XXI, 695: «el testador, por ejemplo, ha legado la cosa (que tenía en condominio) toda entera, y he ahí que por la partición ella viene á caer en el lote de los herederos; ¿por qué, pues, el legatario no la obtendría en su totalidad, desde que el testador ha querido legarla, y que finalmente lo ha podido hacer? Y si sucede que la cosa cae en el lote de los coherederos del testador, no apercibimos tampoco el obstáculo que se oponga á que se reconozca que el testador que tenía al menos un derecho condicional sobre esta cosa, ha entendido legar este derecho para todo evento; es decir, sea la cosa misma, sea su valor representativo en todo ó en parte».

Así pues, en mi opinión las palabras: «vale por la parte de que es propietario el testador», de que se sirve el artículo, indican que el legado es válido en esa parte, sea que en la partición le corresponda en el lote del testador ó no; cuando esa parte fuera atribuida á otro de los coherederos, se entregará al legatario el valor de la parte que se le ha legado.

Entre nosotros algunos sostienen, equivocadamente, que el testador debe ser propietario de la cosa legada en el momento de hacer el testamento, y no en el de su muerte, y que cuando adquiere la parte de su condómino por *compra* habiendo legado el todo, sólo valdrá por la parte que tenía; pero que sucede lo contrario cuando la adquiere por *licitación*, creyendo que la licitación es la venta entre los condóminos, cuando importa la venta y puja de la cosa en remate público, como lo hemos explicado. El art. 2695 dice, que la división entre los copropietarios es sólo declarativa, y que cada condómino debe ser considerado como que hubiere sido propietario exclusivo de lo que le hubiere correspondido en su lote desde el origen de la indivisión, y el art. 3696, que el mismo efecto tendrá, cuando por licitación, uno de los condóminos hubiese venido á ser propietario exclusivo de la cosa común, ó cuando *por cualquier acto á título oneroso*, hubiera cesado la indivisión absoluta, pasando la cosa al dominio de uno de los condóminos; lo que no deja duda sobre el efecto que produce la cesación del condominio por cualquier acto á título oneroso, como sería el de la venta; por eso es inexacto lo que afirma el Dr. Llerena cuando dice: «en el ejemplo que habíamos propuesto antes, el testador adquirió, también es cierto, el todo del inmueble antes de mo-

casa tal y la entregue á tal persona á quien se la lega, en esa hipótesis habrá dos legados, siendo el primero con cargas, que el lega-

rir; pero como lo adquirió por compra, resulta que sólo era propietario desde que hizo esa compra, y no desde que constituyó el legado; al paso que cuando queda con el todo por licitación ó adjudicación, se considera propietario desde antes de hacerse el legado»; cuando el art. 2696, dice lo contrario.

También considero inexacto, y contra todo principio de justicia, el anular el legado, cuando la licitación ó adjudicación, se hiciera después de la muerte del testador, y la cosa legada se adjudicase á otro, porque lo legado son los derechos que el testador tenía en la cosa, y no puede quitárselos la licitación, pues si el otro condómino ó un extraño la han adquirido, se lo deberá al legatario la parte que correspondía al testador y que le fué legada. Y por la misma razón rechazo la proposición en que se afirma que, cuando el testador dijera: «lego á Pedro tal inmueble que me corresponde en condominio con mis herederos en tal sucesión», de que ese legado sería nulo si la cosa no correspondiese en el lote á los herederos del testador: porque la partición después de la muerte de éste, no puede alterar la voluntad de legar la parte que tenía en esa cosa. En efecto, ¿qué es lo legado? La parte que el testador tenía en tal inmueble; si era una tercera, cuarta ó quinta eso sería lo legado, y aunque la cosa se diera á otro de los coherederos, el legatario tomaría siempre la parte que al testador correspondería en la proporción legada. Pero se dirá: el testador tenía una tercera ó cuarta parte en la herencia, no en la cosa que formaba parte de la universalidad jurídica, y como en lugar de esa cosa ha correspondido á sus coherederos otras, no hay legado. Respondo: el legado es de la parte que le corresponde en la cosa, y como en realidad cada heredero tiene en cada una de las que forman la herencia una parte proporcional, el legado quedaría reducido al valor que tenía en esa cosa; por ejemplo: una sucesión con cuatro herederos, uno de éstos lega la parte que le corresponde en tal inmueble de los que comprenden la universalidad jurídica indivisa, quiere decir entonces que la intención y voluntad es donar la cuarta parte que tiene en ese inmueble, y cualquiera que sea el resultado de la partición, en nada puede perjudicarlo.

Tampoco estoy conforme con la proposición, de que el legatario no puede licitar el inmueble, porque es un tercero extraño. Licitarse es poner en precio alguna cosa que se vende en almoneda ó subasta pública, ó pujar la cantidad ofrecida por otra; por consiguiente cualquiera puede licitar ó pujar la cosa que se ofrece en venta; y menos es cierto que

tario puede renunciar, libertándose de la carga impuesta, en cuyo caso los herederos deberán cumplirla; es en este sentido que dice

el legatario no adquiera derecho alguno sobre la cosa legada, mientras no se haga la partición, porque el art. 3766 dice, que el legatario de cosas determinadas es *propietario* de ellas desde la muerte del testador.

En el segundo ejemplo en que se dice: «lego á Pedro la mitad del inmueble que tengo en común con tal sucesión», no es cierto que ese legado se anule, porque la cosa cayera en el lote de otro heredero; por las razones que acabo de exponer, y las que dí al principio de este comentario; la validez del legado no está sujeta á la división que se hiciera, caiga ó no la cosa legada en el lote del testador, el legatario ha adquirido el valor de lo que tenía en la cosa.

La segunda parte del artículo contiene una excepción que debemos estudiar. Comienza por suponer comunidad en la cosa legada, y en tal carácter dice, el legado vale por la parte de que es propietario el testador, *con excepción del caso en que el marido legue alguna cosa que corresponda por gananciales á marido y mujer*, en que la parte de ésta será salvada en la cuenta de división de la sociedad; quiere decir entonces, que la excepción comprende únicamente la comunidad de marido y mujer por gananciales en la cosa legada. Así, por ejemplo, el marido lega un bien que corresponde á la sociedad conyugal, ese bien se entenderá legado en su totalidad, haciéndose caso omiso de la comunidad, y se salvarán los derechos de la mujer en la división. Este es el alcance que tiene el artículo; los bienes que corresponden á la mujer por gananciales del matrimonio no pueden ser comprometidos por el legado que haga el marido, de modo que ella recibirá los que le correspondan como socia, y el legado se entenderá que sólo debe tomarse de lo que pertenece al marido. Si suponemos una herencia de veinte mil pesos, que son gananciales, y el testador deja un hijo, su porción disponible que es el quinto de diez, serán dos, y el legado no podrá pasar de esos dos; si sólo queda el conyuge, su porción disponible será de la mitad de esos diez, y el legado alcanzará hasta cinco.

La mujer no puede ser perjudicada, como algunos creen, mirando impasible que se lleve el legatario la cosa, para recurrir á la acción pauliana; porque si el legado no cabe dentro de la porción disponible del testador, será reducido á los límites de esa porción; sólo debe entregarse cuando la partición sea hecha.—Comp. DEMOLOMBE, XXI, 691 y sig. MERLIN, *Rep. V.º Legados*. DELVINCOURT, II, 359. BAUDRY LACANTINERIE y WALL, II, 621. GOYENA, art. 681. AUBRY y RAU, §§ 675 y

el **art. 3754**, 1ª parte: *si el testador ordenare que se adquiriera una cosa ajena para darla á alguna persona, el heredero debe adquirirla y darla al legatario; pero si no pudiese adquirirla porque el dueño de la cosa rehusare enajenarla, ó pidiese por ella un precio excesivo, el heredero estará sólo obligado á dar en dinero el justo precio de la cosa*, ya sea arreglándose amistosamente con el legatario, ya por medio de la justicia recurriendo al juicio de peritos en un juicio contradictorio.

Si la cosa ajena legada hubiese sido adquirida por el legatario, antes del testamento, no se deberá su precio sino cuando la adquisición hubiese sido á título oneroso, y á precio equitativo (art. 3754, 2ª parte), porque el heredero no estará obligado á pagar sino un

676, texto y notas 16 á 18. — Véanse arts. 1807, n° 1, 2677, 2682, 2696, 3752 y 3766.

(**Art. 3754.**) Este artículo ha sido objeto de una viva controversia entre nosotros, sosteniendo unos que las palabras *antes del testamento* han sido agregadas inconsultamente por algún mal copista, y los otros que fueron puestas para expresar que se podía legar la cosa que perteneciera al legatario, siendo válido dicho legado, y extendiéndose á su precio que deberán pagar los herederos.

Si con imparcialidad y rectitud, tratamos de reconstruir el proceso que el legislador ha seguido para imponer estos principios como reglas que deban regirnos en nuestras relaciones civiles, veremos que su objeto ha sido hacer una excepción al legado de cosa ajena, de la que el artículo anterior es también en cierto modo una excepción.

Si vamos á averiguar el origen de la disposición, la encontramos en el art. 1106, Cód. Chileno, que dice: «podrá ordenar el testador que se adquiriera una especie ajena para darla á alguna persona ó para emplearla en algún objeto de beneficencia; y si el asignatario á quien se impone esta obligación no pudiese cumplirla, porque el dueño de la especie rehusa enajenarla ó pide por ella un precio excesivo, el dicho asignatario será obligado á dar en dinero el justo precio de la especie. Y si la especie ajena legada hubiere sido antes adquirida por el legatario ó para el objeto de

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3753. — En cuanto á la primera parte, L. 30, § 4, *De Legatis*, 3, y L. 5, Dig., *De Legatis*, 1. -- Voet, Tit. *De Legatis*, n° 28. — Troplong, *Testament*, n° 1341. — En cuanto á la excepción, Cód. Francés, art. 1423. — Duranton, tom. 9, n° 249. — Troplong, n° 150. — Véase Demante, tom. 4, n° 196 bis, § 6. — Coin Delisle, sobre el art. 1021, n° 12 y siguientes.

precio justo y razonable, que también se establecerá por el juez oyendo á los peritos; si la hubiera adquirido gratuitamente nada deberá, porque se han cumplido los deseos del testador.

beneficencia, no se deberá su precio, sino en cuanto la adquisición hubiese sido á título oneroso y á precio equitativo.

Si comparamos ambos artículos, nos convenceremos que disponen exactamente lo mismo, y que sólo hay diferencia en pocas palabras, pero que tienen la misma significación; así, por ejemplo, la palabra *asignatario* del Código Chileno, ha sido cambiada por la de heredero en el nuestro, con igual significado.

Seguros, pues, del origen de la disposición, por la comparación de ambas; examinemos el artículo.

Se trata de una orden que el testador da á sus herederos para adquirir una cosa, y en ese caso pueden ocurrir tres hipótesis: 1ª, que la cosa se adquiera por el heredero y se entregue al legatario; 2ª, que no pueda adquirirse porque el dueño rehuse enajenarla ó pida un precio excesivo; 3ª, que el legatario haya adquirido la cosa antes de la ejecución del testamento. Suprimimos la hipótesis de haberla adquirido el legatario *antes del testamento*, como dice el artículo, porque vamos á estudiar esa parte separadamente.

Respecto de la primera no ofrece dificultad, porque si la cosa legada ha sido adquirida por el testador mismo, no habrá sino entregarla; si el precio pedido por ella fuera razonable la adquirirá, ó entregará el precio al legatario, si éste prefiere recibirlo en dinero.

La segunda hipótesis ofrece dificultades, porque deja en la mano del heredero el rechazar la adquisición cuando el precio le pareciera excesivo, facultándolo en cierto modo para negarse á adquirirla ofreciendo el precio de tasación pericial; esto puede perjudicar al legatario, que no podría, tal vez, obtener una cosa igual por la estimación hecha por los peritos; pero en casos de duda debe ser mejor la condición del deudor que la del acreedor.

Cuando el testador ha legado una cosa ajena, ordenando á su heredero que la adquiera y la entregue al legatario, puede suceder que éste sin conocer el legado, lo que sucederá ordinariamente, porque sólo se conocen las disposiciones cuando ocurre el fallecimiento, la hubiera adquirido y le perteneciera al abrirse la sucesión; en ese caso, el legislador, interpretando la voluntad del testador, que ha sido la de beneficiar al legatario, le acuerda el precio de la cosa legada, cuando la adquirió á título oneroso y por un precio equitativo; de modo que el heredero se negaría con justa razón á pagar el precio si lo creyera exagerado, ha-

Se debe partir del principio siguiente: el testador ha querido legar la cosa en el estado en que se encontrase á su fallecimiento

ciendo que se designe por peritos nombrados por ambas partes. Este es el verdadero caso de la última parte del artículo, que ha sido mal copiado, como pasamos á demostrarlo.

El legislador no ha tenido la intención de crear un caso por demás raro, como sería el de que el testador ordenase á su heredero que comprase al legatario la cosa que le pertenece para volvérsela á entregar; sería un juego impropio de la seriedad que preside á la confección de las leyes, que responden á las necesidades sentidas en la vida nacional. Legar á una persona la cosa que le pertenece, es realizar un acto que carece de seriedad, y más aún el encargar al heredero que compre la cosa de que es propietario el legatario para entregársela; lo que legaría en ese caso sería el precio justo ó equitativo de la cosa. ¿Y por qué recurriría á ese procedimiento tortuoso é infantil, cuando tiene el camino recto y serio de legar el precio? ¿Quién le impide legar la cantidad en que se estime la cosa, ó dejar tal cantidad?

Lo que ha sucedido indudablemente, es que al copiar la última parte del art. 1106 del Código Chileno, se le ha agregado por inadvertencia, ó creyendo dar mayor claridad al pensamiento al adverbio *antes*, las palabras *del testamento*, que no tiene sentido, porque se trata de legislar el caso en que la cosa legada hubiera sido adquirida por el legatario *antes* de la muerte del testador, y dice lo que el heredero haría en ese caso, porque no puede cumplir el mandato de adquirirla, desde que pertenece al legatario, y entonces le ordena: pagará Vd. el precio que el legatario hubiera entregado, si fuera equitativo. Afortunadamente el error no será de trascendencia, porque no habrá testador á quien se le ocurra legar al mismo dueño la cosa que le pertenece; pero si existiese, el legado sería válido según el artículo, que no podemos corregir al interpretarlo; pero que en una reforma deben suprimirse las palabras, *del testamento*, quedando así: «si la cosa ajena legada hubiese sido adquirida por el legatario antes, no se deberá su precio sino cuando la adquisición hubiese sido á título oneroso», restableciendo así el texto Chileno.

Es necesario tener presente que la ley no se puede corregir al interpretarla, que puede ser injusta ó inconveniente ó estar equivocada; pero mientras no se reforme debe aplicarse; los jueces en ningún caso se sustituyen al legislador. Sólo es permitido corregirla valiéndose de las mismas disposiciones para ponerlas en armonía.

No es cierto, como lo sostienen algunos, que las palabras del artículo responden á disposiciones de otros códigos, ni que en derecho francés

sin imponer carga alguna á su heredero; por esa razón, *si la cosa legada estaba empeñada ó hipotecada antes ó después del testamento, ó gravada con un usufructo, servidumbre, ú otra carga per-*

se discuta sobre la validez del legado en las condiciones del artículo. No hay Código de los que hemos revisado en la colección Saint-Joseph que diga tal cosa, y lo que Toullier (V, 517) tiene por válido, es el legado hecho por el testador de la cosa que pertenece al heredero nombrado; pero se entiende que es legada no al mismo heredero sino á un extraño; así dice: «el Código no prohíbe legar la cosa del heredero, como prohíbe legar la cosa ajena... No habría aún duda, si la cosa legada perteneciere al heredero instituido ó al legatario universal. Instituyo á Pablo por mi heredero ó mi legatario universal; quiero que él dé su casa situada en tal lugar á Carlos; ó lego á Carlos la casa que Pablo posee en tal lugar. Es evidente que el segundo legado es una condición ó una carga del primero».

Se ve, pues, que no se trata de legar al propietario mismo la cosa que le pertenece.

Si vamos á la cita del Dr. Velez-Sarsfield en que se funda la doctrina del artículo, nos confirma en el error de redacción que hacemos notar. En efecto, la ley 43, tit. 9, Part. 6^a, en su última parte, dice: «e aun decimos, que si aquel á quien es mandada alguna cosa en testamento, ó en codicilo de otro, la ganase después por compra, ó por cambio de alguno que la toviessse: estonce aun bien puede demandar al heredero del testador la estimacion della é él deve gela pagar»; demostrando así de un modo evidente, que se trata de un legado de cosa ajena, que el legatario adquiriese después de hecho el testamento, porque no se puede suponer que se le deje á uno su propia cosa, cuando lo natural es darle directamente la cantidad.

Cuando se ha legado una cosa vendida por el testador con pacto de retroventa, ordenando á los herederos el adquirirla, éstos deben hacerlo; pero si por cualquier evento dejaran vencer el término y no pudieran realizarlo, porque el propietario no quisiera venderla, como los herederos por su culpa han causado un daño al legatario, deben resarcirlo en la medida necesaria para dejarlo con el valor real de la cosa. Es sabido que este pacto es un préstamo disfrazado, en que el prestamista da la mitad ó las tres quintas partes del valor de la cosa para obligar al vendedor á retrotraerla; así pues, el testador al legarle la casa vendida, por ejemplo, por sesenta mil pesos cuando vale cien mil, su voluntad ha sido legarle el valor de la casa, no del precio que los herederos deben abonar para adquirirla, y por consiguiente, estarán obligados á pagar el valor real de ella.—

petua, el heredero no está obligado á librarla de las cargas que la gravan (art. 3755); pero si la prenda ó la hipoteca respondi-

Comp. Cód. de Chile, art. 1106. Goyena, art. 379, n° 2. Proudhon, n° 1397 y sig.

(Art. 3755.) El principio del artículo es una consecuencia natural de este otro, que más adelante estudiaremos: «la cosa legada debe entregarse al legatario en el estado en que existía á la muerte del testador». Queda así derogado el antiguo principio del derecho romano y español, de que cuando la cosa legada estuviera hipotecada, ó dada en prenda ó anticresis, el heredero debía entregarla libre de todo gravamen. El motivo de este cambio, que el Cód. Francés, art. 1020, introdujo en la legislación, se fundaba en que la cosa debía entregarse tal como el testador ha querido verosímelmente legarla; porque el legado, tanto en lo que se refiere á la extensión como á la existencia misma, depende de la voluntad del que lo deja. El artículo nos da una regla para interpretar esa voluntad, regla que pierde su fuerza, cuando ésta se manifiesta claramente en sentido contrario; lo que sucedería si el testador impusiera al heredero la obligación de entregar la cosa legada libre de todo gravamen.

Con la disposición de este artículo, quedan resueltas las cuestiones, sobre si la constitución de la carga real que gravaba la cosa, había tenido lugar antes ó después del testamento. En cualquier tiempo que se haya constituido, la cosa pasa al legatario en el estado que tenía á la muerte del testador; el heredero cumple con entregarla como está. Así, pues, nada importará que el gravamen se haya constituido por una deuda de la sucesión ó por un tercero extraño á quien se prestase un servicio, el gravamen real existiría sobre la cosa legada, y pasaría con él al legatario, con la sola diferencia, de que cuando fuera constituida por deuda propia del testador, el legatario no tendría recurso alguno y pagaría la deuda que lo gravaba; pero si garante la deuda de un tercero, podrá exigir del deudor el pago del gravamen.

Cuando se trata de la hipoteca, que no es una manera de enajenación, aunque el Dr. Velez-Sarsfield diga lo contrario, y él mismo reconoce la inconsistencia de su afirmación, en la nota al art. 3839; cuando se habla de la hipoteca, repetimos, que puede dar origen á una enajenación, pero que no es una desmembración de la propiedad, porque el dueño de la cosa no es limitado en el uso ó goce de ella, no hay inconveniente en que el legatario suceda en los derechos que el testador tenía en la

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3754. — Véanse LL. 37 y 38, Tit. 9, Part. 6ª.

ran á la deuda de un tercero que el testador hubiera garantido, el legatario tendrá los mismos derechos de su causante, para obligarse, y pueda reclamar lo que hubiere pagado por el tercero á quien el testador garantizase con el bien legado.

Nuestro artículo es más completo que el del Cód. Francés, porque comprende las servidumbres, que son verdaderas desmembraciones de la propiedad; pero el nuestro agrega: se debe considerar en el mismo carácter, cualquier otra carga perpetua. ¿A qué cargas se refiere? Me parece que esa expresión ha quedado allí olvidada, después de la supresión que hizo el Congreso; pues el artículo en la edición declarada auténtica decía: «servidumbre, *canon á otra carga perpétua*», semejante al canon, y como no se encuentra carga en esas condiciones, fuera de la enfiteusis que fué abolida, deben reputarse sin valor dichas palabras, pues no tienen aplicación.

Entrando en otro orden de ideas. Cuando el testador ha manifestado su voluntad expresamente y ha dicho: lego tal casa á Alberto, y mando á mis herederos que paguen la hipoteca que pesa sobre ella; es indudable que debe entregársele libre del gravamen, y que la sucesión pagará de su haber esta carga. Si el acreedor no quisiera levantar la hipoteca, porque el término no estuviera vencido, el heredero cumplirá con su obligación, depositando su importe y los intereses debidos en el Banco de la Nación Argentina, que desempeña el papel de caja de consignaciones.

Cuando se tratase de un derecho de usufructo, que el heredero estuviera obligado á adquirir para entregar la cosa al usufructuario; si el propietario no quisiera desmembrar la propiedad, ó si pidieran un precio excesivo, se aplicaría el art. 3754 y el heredero estaría obligado á pagar el justo precio de lo que valiera el usufructo.

Cuando el inmueble hipotecado se ha entregado al legatario, y el acreedor lo ejecutara é hiciera vender en remate público, el legado se reduciría á lo que sobrare; si no alcanzare á pagarla, como el legatario no es deudor personal, la responsabilidad por lo restante recaerá sobre la testamentaria, si ella fuera la deudora, ó sobre el tercero á quien se hubiera garantido con el bien legado.

El legatario que responde con la cosa hipotecada legada, tiene derecho para oponer las excepciones que hubiera podido deducir el testador, y las suyas propias, que extingan ó modifiquen la deuda. — Comp. POTHIER, *Donat. et Test.* Cap. V, art. 1. Sec. III, § 4. COIN-DELSLE, art. 1021, n° 10. SAINTESPÉS-LESCOT, IV, 1482. COLMET DE SAINTERRÉ, IV, 165 bis, III, y los citados en la nota del Dr. Velez-Sarsfield. — Véanse arts. 2899 y 3839.

garlo en el tiempo estipulado, que liberte el inmueble de la hipoteca o pague la deuda y entregue la cosa mueble dada en prenda.

§ 1025. — MODALIDADES DE LOS LEGADOS

Los legados se pueden hacer bajo condición, imponiendo cargas al legatario, alternativamente, etc., y esos casos deben regirse por las siguientes reglas:

1ª *El legado de cosa indeterminada, pero comprendida en algún género ó especie determinada por la naturaleza, es válido, aunque no haya cosa de ese género ó especie en la herencia. La elección será del heredero, quien cumplirá con dar una cosa que no sea de la calidad superior ó inferior, habida con consideración al capital hereditario, y á las circunstancias personales del legatario (art. 3756);* de modo que los jueces al resolver las diferencias

(**Art. 3756.**) El legado de que habla el artículo es el de cosa *incierta*, determinada por la especie á que pertenece. No creo exacta la expresión de «comprendida en algún género»; porque no sería válido el legado de un animal, por ejemplo, sin que esté determinada la especie á que pertenece; así como lo sería cuando se dijera: lego un animal vacuno. La indeterminación deberá cesar con la especie á que pertenece la cosa ú objeto donado; así pues, el legado de alguna cosa comprendida en un género, se debo tomar como sinónimo de especie ó de clase. La limitación

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3755. — Cód. de Chile, art. 1135. — Cód. Francés, 1020. — Demante, tom. 4, n° 165 bis, §§ 1 y 2. Cuando la cosa está hipotecada ó empeñada, el Derecho Español y el Romano establecen que el heredero debe darla libre al legatario, porque la deuda que la grava es á cargo de la sucesión. Así lo disponen, L. 11, Tit. 9, Part. 6ª. — Instit., Lib. 2, Tit. 20, § 5; pero esas leyes y la doctrina tienen solo origen en las sutilezas del derecho. Nosotros partimos del principio de que las liberalidades deben restringirse más bien que ampliarse. La hipoteca, la prenda, son una manera de enajenación, y si el testador hubiese enajenado la cosa legada, el legado queda revocado. Por esta misma consideración el legatario debe recibir la cosa tal como se halle con los gravámenes que ella reconoce.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—*Aplicación del art. 3755.*—El legatario á quien se hace cesión, por el juez de la testamentaria, de un crédito hipotecario, tiene tácitamente posesión del legado, pero los herederos no forzosos carecen de personería para ejecutar al deudor, en tanto no justifiquen haber tomado judicialmente posesión de la herencia.—Jur. Civ., X11, 224, Ser. 4ª.

entre el heredero y el legatario deberán siempre tener en cuenta estas tres condiciones: 1ª, que la cosa sea de calidad media; 2ª, que se tenga en cuenta el capital hereditario; 3ª, que se aprecie las circunstancias personales del favorecido, porque si fuera muy pobre y la herencia importante, deberían dársele cosas de superior calidad.

2ª *Siempre que el testador deje expresamente la elección al he-*

puesta por el artículo, se refiere á la especie que debe ser determinada por la naturaleza, y no por el hombre que no puede crearlas á su voluntad.

Cuando se legan diez caballos, aunque entre los bienes no existieran, el heredero estará obligado á comprarlos y entregarlos al legatario, viniendo á ser una excepción al art. 3752, en que el testador sólo puede legar sus propios bienes, y al art. 3754, en que únicamente deben adquirirse los bienes legados si no perteneciesen al testador, cuando expresamente los hubiera mandado adquirir.

Cuando se legan cosas comprendidas en una especie determinada, debemos distinguir: si las cosas de esa especie se encuentran en la herencia, deben entregarse á elección del heredero, quien cumplirá la obligación con dar las que fueren de calidad media; si no las hubiere, porque unas sean de calidad superior y otras muy inferiores, cumplirá con dar las que quiera; por el contrario, si las cosas no se encontraran en la herencia, no podrá obligar á recibir las de calidad inferior. En esta segunda hipótesis, para juzgar de la calidad de las cosas que debe entregar al legatario, se deben tener en cuenta: 1º, el capital hereditario; 2º, las circunstancias personales del legatario. Así, pues, cuando la herencia dejada fuera de gran importancia, y el legatario una persona de alta posición social, no se cumpliría la voluntad del testador, sino se entregara una cosa de calidad superior, porque la ley supone, que cuando un hombre rico ha legado una cosa á otro que está en alta posición social, ha tenido la intención de dejar algo que valga la pena.

El Cód. de Chile, arts. 1115 y 1116, expresa con más claridad estas ideas, cuando dice: «los legados de género (tomando la palabra como equivalente de clase ó especie), que no se limitan á lo que existe en el patrimonio del testador, como una vaca, un caballo, imponen la obligación de dar una cosa de mediana calidad ó valor del mismo género... Pero si se lega una cosa de aquellas cuyo valor no tiene límites, como una casa, una hacienda de campo, y no esté ninguna del mismo género entre los bienes del testador, nada se deberá ni aún á las personas designadas en el art. 1107». Y se comprende la razón, porque un caballo,

redero ó al legatario, podrá el heredero en el primer caso, dar lo peor, y en el segundo, el legatario escoger lo mejor (art. 3757);

una vaca, tienen un valor limitado en el comercio, valor que oscila entre lo muy superior y lo inferior, mientras una casa ó una estancia no es posible someterlas á medida alguna de valor.—Comp. las citas de la nota á este artículo, y además á TOULLIER, V, 516. GORENA, art. 691. CÓD. DE CHILE, arts. 1115 y 1116.—Véanse arts. 601, 602, 3757 y 3758.

(Art. 3757.) El heredero como deudor tiene la elección del objeto que debo entregar, cuando el testador no ha determinado la cosa, sino la especie; sin embargo, no tiene una completa libertad, pues no puede entregar la de calidad peor, y debe elegir una mediana. Pero cuando ha dejado expresamente la elección al heredero, como si dijera: lego á Alberto uno de los caballos que tengo en la caballeriza, y mi heredero tendrá la elección; ésta se hará entonces entre los que existen, pudiendo entregar el peor de ellos; la elección se encuentra limitada en este caso á lo existente; pero si el legado fuera general, diciendo: lego diez caballos que mi heredero elegirá y dará al legatario, la elección puede hacerse y entregar lo inservible. ¿Qué sucedería si el testador dijera: mi heredero entregará á Julio uno de mis caballos? Como la elección no está concedida expresamente, el caso sería regido por el art. 3756, en que no podría entregar de la peor calidad, sino de una media.

Cuando la elección se ha dejado expresamente al heredero, ¿podrá entregarse una cosa completamente inútil ó próxima á perecer? El artículo no hace distinción; si puede entregar lo peor de la especie legada, siempre que su descomposición no haya cambiado la sustancia de la cosa, puede hacerlo, cumpliendo con la obligación.

Vazeillo, trae un caso juzgado por la Corte de Bruselas; el testador había dicho: «lego á tal persona los muebles que él elija de los que ador-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3756.—La L. 23, Tit. 9, Part. 6^a, explica con bastante claridad la disposición del artículo.—Véase Cód. Francés, art. 1022. — Holandés, 1015. — Napolitano, 977. — Voet, Lib. 33, Tit. 5, n^o 6. — Troplong, *Testament*, n^o 1658. El Derecho Romano acordaba al legatario elegir; pero bajo la regla *id esse observan dum ne optimus nec pessimus accipiatur*. Pothier, *Pand.*, tom. 2, pág. 389, n^o 18.—Instut., *De Legatis*, § 22. En las obligaciones alternativas, la elección corresponde al deudor y por este principio dejamos la elección al heredero. La elección debe circunscribirse á las cosas de una calidad mediocre. Más esta limitación no tendrá lugar cuando el testador haya autorizado al legatario á elegir entre varias cosas la que le sea más agradable. En tal caso podría tomar la mejor. Hay una gran diferencia entre el derecho indefinido de tomar una cosa entre otras, y el derecho de elegir de esas cosas la que más convenga. Véase Vazeille, sobre el art. 1022, n^o 5.

pero en el caso del artículo anterior, si la cosa fuere indeterminada, se ajustará á lo preceptuado en ese lugar.

nan mi casa», en que se resolvió que tal legado importaba sólo dejar la elección al legatario para tomar uno de entre todos los existentes. El Dr. Llerena, combatiendo una opinión tan absoluta, sostiene que tal legado importa autorizar al legatario para tomar todos los muebles, con lo que no estoy conforme. Para mí la cuestión es de interpretación de la voluntad del testador, y me parece que no se cumpliría bien esa voluntad, ni entregando uno sólo, ni todos los muebles. En la expresión de lego los muebles, que el legatario elija, hay una limitación; se dice claramente que debe elegir, y no hay tal elección en el acto de tomarlos á todos; lo mismo diremos respecto á la elección de uno sólo de los muebles, cuando de la expresión misma se deduce que puede elegir varios. Por eso las leyes romanas decían que, cuando el legado era, por ejemplo, en esta forma: «lego á Ticio los caballos que elija de los que tengo, el legatario estaba facultado para tomar hasta tres». Por mi parte, creo que no se puede establecer una regla invariable, y en cada caso se debe juzgar según las circunstancias, teniendo en cuenta la importancia de la herencia y las necesidades del legatario, á quien se ha querido favorecer.

Si se ha dado á elegir al legatario dos de los seis caballos que están en la caballeriza, y al fallecimiento del testador sólo se encontraren dos, no habrá elección que hacer, y tomará los que existen.

Cuando se hubiera dejado á la elección de un tercero, como si el testador dijera: lego á Alberto los caballos que Julio elegirá. Según el derecho de las Pandectas este legado se consideraba como condicional, bajo la cláusula de: *si optaverit*; pero Justiniano decidió que no fuera reputado condicional, y pasara la elección á los herederos. Si el tercero falleciera sin hacer la elección, el legado no caducaba, y confería al heredero la facultad de elegir, con tal que esa elección no recayera sobre una cosa de la mejor calidad. Por nuestro derecho se debe seguir esta doctrina, á pesar del art. 3759, que bien entendido no impide esta clase de legados, sino que el tercero sustituya en la voluntad al testador; por ejemplo, si dijera: lego á Alberto lo que Julio designará; porque entonces no es la voluntad del testador la que prevalecería.

La elección debe ser hecha en el tiempo determinado en el testamento, y si no se hubiere designado, como interesa al heredero hacerlo fijar, puede ocurrir al juez para que determine cuando deba hacerse. Si fueran varias personas las que deban hacer la elección y no estuvieran conformes, porque unos quisieran una cosa y los otros prefiriesen otra, entonces se tirará á la suerte, como lo indicaban las leyes ro-

3ª *En los legados alternativos se observará lo dispuesto para las obligaciones alternativas (art. 3758); es decir, tendrá la elección el heredero, y si pereciese una de las cosas comprendidas en la alternativa, se deberá la que quedase, convirtiéndose el legado en puro y simple.*

4ª *El legado de cosa fungible, cuya cantidad no se determine de algún modo, es de ningún valor (art. 3760, 1ª parte); porque no*

manas, y hará la elección el que fuera designado de este modo.—Comp. VAZEILLE, al art. 1022, nº 5. GOYENA, art. 692.—Véanse arts. 3756 y 3759.

(Art. 3758.) El legado alternativo es también un legado de opción, sea que la elección corresponda al heredero ó al legatario. Las cosas que forman el objeto del legado son debidas al legatario desde la muerte del testador, hasta que la elección quedase hecha; de modo que si una de las dos cosas comprendidas en la alternativa viniera á perecer, se debería la otra, como si el legado hubiera sido puro y simple.

Cuando en el legado alternativo esté comprendida una cosa sometida á una condición, el legatario no podrá reclamar el legado antes que la condición se cumpla.

En los legados alternativos la elección corresponde al heredero, que es el deudor, y puede entregar cualquiera de las cosas comprendidas en la alternativa, sin limitación alguna, cuando son ciertas y determinadas, pudiendo dar la de peor calidad de las comprendidas en el legado. Una vez que la elección ha sido hecha y que la cosa se ha puesto á disposición del legatario, la cosa perece para éste, si el heredero no ha tenido culpa.

El legatario puede compeler al heredero para que realice la elección, haciéndole fijar un término, en caso se negara, el juez determinará la cosa que deba entregarse.—Comp. GOYENA, art. 690 y TROPLONG. III, 1967 á 1969.—Véanse arts. 635 y sig., 2826, 3756, 3757 y 3780.

(Art. 3760.) Debe tenerse presente que la fungibilidad de una cosa depende de la voluntad de las partes, mientras la calidad de consumible viene de la naturaleza y es inalterable. Cuando se lega vino, trigo ó maíz

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3757. — LL. 23 y 25, Tit. 9, Part. 6ª.—Pothier, *Ad Pand.*, pág. 389.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3758. — Troplong, *Testament*, desde el nº 1953, trata extensamente de los legados de opción.

habría cosa legada; lo mismo sucederá cuando se determinara cantidad, sin designar la especie á que pertenece la cosa legada.

5ª *Si se lega la cosa fungible, señalando el lugar en que ha de encontrarse, se deberá la cantidad que allí se encuentre al tiempo de la muerte del testador, si él no ha designado la cantidad; y si la ha designado, hasta la cantidad designada en el testamento. Si la cantidad existente fuese menor que la designada, sólo se deberá la existente, y si no existe allí cantidad alguna de la cosa fungible, nada se deberá (art. 3760, 2ª parte); sin que se admita prueba alguna*

sin determinar cantidad, el legado queda sin valor, á menos que se haya dado los medios para determinar esa cantidad, como si se dijera: lego el vino que fulano necesita para su consumo de este año, ó lego las sillas que necesita para su casa. Es necesario que exista medio de determinar la cantidad de la cosa legada. Se puede considerar como una excepción á esta regla general, la del art. 3792, en que cuando se legan cosas ó dinero para un objeto de beneficencia, sin determinar cantidad, la ley misma impone la regla para determinarla, al decir que se hará conforme á la naturaleza del objeto, y á la parte disponible de los bienes del testador.

El artículo admite otro modo de determinarse la cantidad sin expresarla, cuando el legado se hace indicando la cosa y el lugar donde se encuentra, porque entonces viene á quedar en la categoría de una cosa determinada, y se deberá lo que se encuentre poco ó mucho, sino excede la porción disponible del testador; pero si con fraude ó engaño se hubieran hecho sacar las cosas depositadas en ese lugar, el legatario tendrá derecho á ellas, demostrando que el testador las sacó sin intención de revocar el legado; por ejemplo: se ha legado todo el trigo que se encuentra en el granero; si estando enfermo el testador se le persuade que está perdiéndose por las malas condiciones del depósito, y se le arranca la orden para que lo trasladen á otra parte, falleciendo en seguida; el legatario podría demostrar el engaño y tomar el legado.

Se debe hacer igualmente esta diferencia, según los términos del legado; por ejemplo, cuando se dice: «lego *las* diez fanegas de maíz que tengo on el depósito de la calle tal», vale hasta las diez fanegas que hubiera en el lugar indicado, si sólo hay cinco se deberá únicamente esa cantidad, y si nada existiera el legado habríase anulado; por el contrario, si hay veinte fanegas no se deberán sino las diez. Cuando el legado es de diez fanegas que se encuentran en tal parte, se deberán las diez fanegas aunque nada se encontrase en eso lugar; porque la designación del paraje en que se hallan y el legado mismo, no forman una cláusula

respecto al uso que haya podido hacer el testador; pero el legatario ó heredero podrá demostrar la sustracción fraudulenta.

6ª *El legado no puede dejarse al arbitrio de un tercero, pero puede el testador dejar al juicio del heredero el importe del legado*

indivisible, y así lo establece con razón el Cód. de Chile, art. 1112, n° 2. Será pues, una cuestión de interpretación.

Las hipótesis del artículo se pueden reducir á las siguientes:

1ª Cuando se lega la cosa fungible señalando el lugar en que debe encontrarse, sin indicar cantidad.

2ª Si se lega en el mismo caso, señalándose cantidad.

3ª Si la cantidad señalada fuera menor que la existente, ó si fuera mayor, ó nada se encontrase en el lugar designado.

En la primera hipótesis se ha legado lo que se encontrare en el lugar designado, y el legado comprenderá toda la cantidad encontrada, salvo el derecho del legatario para demostrar que por fraude ó dolo se ha extraído parte ó todo de la cantidad legada. Este derecho compete igualmente á los herederos, cuando en su daño se hubiera usado de dolo ó fraude para aumentar la cantidad legada, ó si perjudicase su legítima.

En la segunda hipótesis, se debe distinguir, como lo hicimos anteriormente, y no importará que la cosa legada no se encuentre en el lugar designado, si el legado y la indicación del lugar forman una cláusula indivisible, como si por ejemplo dijese: lego dos mil pesos que se encontrarán en la caja de hierro; esa cantidad se deberá aunque no se encuentre en el lugar designado; eso importa la expresión de «si se ha designado la cantidad, hasta la designada en el testamento». Y la razón es que la designación en este caso no forma con la indicación del lugar un todo indivisible. Si se legara por el contrario *los* dos mil pesos que se encuentran en la caja de hierro, nada se debería si no existieran, porque el artículo *los*, los determina y son aquellos que se encuentran allí los que deben entregarse.

En la tercera hipótesis, cuando se ha determinado la cantidad, como si se dijera: «lego *los* tres mil pesos que se encuentran en tal lugar», si se encuentran seis mil, sólo se deben los tres mil legados; si por el contrario se hallaren solamente mil, sólo se deberán los mil.—Comp. Cód. DE CHILE, art. 1112, n° 2. LAURENT, XIV, 148. TROPLONG, IV, 1955.— Véanse arts. 1170, 1171, 3759 y 3792.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3760. — Véase L. 18, Tit. 3, Part. 6ª.— Cód. de Chile, art. 1112.

y la oportunidad de entregarlo (art. 3759); y no tienen derecho para exigir más de lo que el heredero ó herederos señalasen.

(Art. 3759.) Cuando el artículo dice, no se puede dejar el legado al arbitrio de un tercero, se debe entender que se refiere al legado mismo, ó á su substancia, no á la designación ó elección que el tercero puede hacer de las cosas legadas; así, por ejemplo, lego á Alberto lo que mi heredero Julio determinará, el legado sería nulo, porque su heredero sería el que haría el legado y no el testador. Y así como se dijo, que el testamento no se podía dejar á la voluntad de un tercero, porque debía ser la expresión de la voluntad del testador, del mismo modo, el legado será nulo cuando el mismo testador lo hubiere dejado para que un tercero lo designara; eso es lo que se entiende por quedar al arbitrio de un tercero. El testador puede dejar un legado á una persona designando á otra para que elija entre varias, como por ejemplo; lego á Alberto el caballo, que elegirá Julio, de los que tengo en la caballeriza; ese legado será válido.

La disposición del artículo es tomada de la ley 29, tit. 9, Part. 6ª, que la explica con ejemplos, así dice: «usando el testador á decir tales palabras, cuando ficiere la manda, dexo á fulano tal cosa, si entendiese mi heredero que es derecho quo la aya, ó si dixesse, dexolo en alvedrio de mi heredero, si él entendiese quo será bion que aya fulano tal cosa que lo mando que gela de. Ca en cualquier destas maneras vale la manda que así fuesse dexada... Mas si dixese, mando á fulano tal cosa, si mi heredero quisiere, ó toviere por bien que la aya: estonce su voluntad es del heredero de cumplir la manda que así fuesse fecha, ó de revocarla si quisiere». Esta clase de legado sería nulo por la razón indicada anteriormente, la manda no la haría el testador sino el mismo heredero. Pero si legase tal cosa á Alberto, que le será entregada cuando Julio hiciera tal otra cosa, el legado sería válido y debería entregársele, si Julio hiciera lo que el testador deseaba.

Si se ha dejado al heredero el importe del legado, el artículo dice que será válido; pero esto sólo tendrá lugar cuando se haya determinado una base razonable dentro de la cual el heredero deba decidirse; si por ejemplo se dice: lego á Emilio la cantidad que determine mi heredero, ese legado no puede ser válido, porque no hay una base para la determinación de la cantidad; quedaría á la voluntad del heredero el reducirla casi á cero, anulando la disposición. Si por el contrario se dijese: lego á tal persona la cantidad que determine mi heredero, para que vaya á Europa á perfeccionar sus estudios de ingeniería», el legado sería válido, porque hay un término de comparación, y no está en la voluntad

§ 1026. — CÓMO DEBEN ENTREGARSE LAS COSAS LEGADAS Y COSAS
QUE COMPRENDE

Se ha dicho que el testador sólo podría legar lo que fuera suyo; que el legado de cosa ajena era nulo; que si la cosa legado estuviera gravada, así debe pasar al testador; así, *la especie legada se debe en el estado que exista al tiempo de la muerte del testador*,

del heredero el reducirlo á cero; y el legatario podrá obligar al heredero á que le dé lo necesario, según la condición del legatario y la fortuna que ha dejado el testador.

En el derecho romano, como en el nuestro, el legado que ordinariamente se conoce por de género era válido, siempre que existiera un elemento para determinar la cantidad; por eso se reputaba nulo el legado de trigo ó de vino, porque podía ser reducido á términos que no tuvieran valor; sin embargo, Javolenus decía: un testador había ordenado al heredero instituido para que diese á la mujer del testador, *vinum, oleum, frumentum, acetum*, etc. Trébatius pensaba que este legado no comprendía sino lo que el heredero quisiera dar, porque la cantidad no estaba determinada. Pero Ofilius, Cascellius y Tuberon, querían que el heredero fuera condenado á pagar todo el vino, el aceite, vinagre, etc., que el testador había dejado á su muerte. Javolenus, refiriéndose á este hecho, dice que Labeon aprobaba la opinión de estos últimos, y ha sido seguida por los comentadores». Entre nosotros, se debe decidir la cuestión, buscando interpretar la voluntad del testador; cuando no existen las cosas legadas, la manda queda sin valor; en caso contrario, será válida si se ha dado algún medio para determinarla, y el juez fijará la cantidad que deberá entregarse, atendiendo á la condición del legatario y demás circunstancias.

Cuando se ha dejado al heredero la facultad de determinar la cantidad, dándole medios dentro de los que pueda hacerlo, el legatario puede obligarlo judicialmente á que lo verifique dentro de un plazo dado, y oponerse á la cantidad que fijara, si la considerase insuficiente para el objeto.

Si únicamente se dejó al heredero la oportunidad de entregar el legado, puede ser obligado judicialmente para que determine el tiempo en que debe hacerlo, y el legatario podrá oponerse á esa determinación cuando resultare que no aprovecharía de su entrega, por ser demasiado largo el plazo, y el juez resolverá la cuestión, interpretando la voluntad

comprendiendo los útiles necesarios para su uso, que existan en ella (art. 3761); porque se deben considerar como formando parte

del testador. Serán cuestiones de hecho.—Comp. GOYENA, art. 558. MAYNZ, § 521, pág. 637. LAURENT, XIV, 148. TROPLONG, III, 1956.— Véanse arts. 3619, 3620, 3711 y 3737.

(Art. 3761.) Téngase presente que estas son reglas creadas por el legislador para interpretar la voluntad del testador, y por consiguiente no rigen en los casos en que se hubiera expresado claramente esa voluntad. La regla de este artículo es general, y se aplica tanto á las cosas muebles como á las inmuebles, salvo las peculiaridades de los artículos siguientes, que se pueden tomar como especiales. Así podemos decir, la ley presume, con razón, que el testador al legar una cosa, ha tenido la voluntad de que fuera acompañada de los accesorios indispensables para prestar el servicio á que se la destinaba, y al mismo tiempo ha querido se la entregase al legatario en el estado en que se encontrare al tiempo de la muerte del testador.

¿Cómo debe comprenderse la expresión: *útiles necesarios para su uso*, de que se sirve el artículo? La disposición que se ha tomado como modelo es la del art. 1118, Cód. de Chile, que dice: «la especie legada se debe en el estado en que existiese al tiempo de la muerte del testador, comprendiendo los *utensilios necesarios* para su uso y que existan con ella», pareciendo comprender sólo las cosas muebles. La del Cód. Francés, art. 1018, que ha sido el fundamento de ambos, dice: «la cosa legada será entregada con los *accessorios necesarios*, y en el estado en que se encontrase en el día de la muerte del testador». La expresión de *accessorios necesarios* del Cód. Francés, se convierte en *utensilios necesarios* en el Chileno, y en *útiles necesarios* en el nuestro; pero coincidiendo todos en que deben entregarse esos útiles ó accesorios cuando se encuentren en ella, y no en caso contrario. Pero, ¿cuáles son esos útiles necesarios? Es evidente que se refiere á aquellas cosas sin las que el objeto legado no podría servir para el uso ordinario, ó sin las que no se podría considerar como completo. Este carácter puede venir de la ley ó de la voluntad del testador: de la ley, cuando ella considera como formando parte del inmueble, todas aquellas cosas que la ley declara inmuebles por su destino, como por ejemplo, los caballos, arados, aparejos, etc., del inmueble rural donado, y también las llaves y los títulos. De la voluntad del testador, cuando según la intención de éste se han comprendido ciertos derechos, como en el ejemplo que trae Ulpiano, en el caso de

integrante, suponiéndose con razón, que la voluntad del testador ha sido que se entregue la cosa legada con los accesorios. Si

haberse legado el usufructo de un inmueble encorrado por otras propiedades del testador, en que se comprende legado el derecho de pasaje por la propiedad del testador más cercana á la vía pública.

Domat comprende en el legado de una casa el jardín que depende de ella, aunque estuviera separado por una calle pública; pero sería difícil justificar una solución tan absoluta; porque si la casa se ha legado cuando el jardín estaba separado por la vía pública, no podríamos justificar esta intención del testador de comprender también, una cosa separada é independiente; pero la encontraríamos justa, cuando se hubiera legado formando un todo completo y posteriormente viniera á separarse por una ordenanza municipal que abriese una calle. En cuanto á las cosas muebles, la regla se aplica con mayor razón; así el legado de una espada comprenderá igualmente la vaina, como el legado de un cuadro comprendería el del marco que lo contiene; porque en ambos forma una misma cosa.

¿Cómo se debe entender la expresión de que la *especie legada, se debe en el estado que exista al tiempo de la muerte del testador*? Cuando se ha legado una cosa cierta y determinada, el legatario adquiere la propiedad de ella desde la muerte del testador según el art. 3766, y por consiguiente desde ese día son de su cuenta los riesgos y peligros, así como los aumentos ó disminuciones. ¿Por qué los herederos estarían obligados á entregarla como existía á la muerte del testador, sino han tenido culpa? Es evidente que no se refiere á esta parte que entra en el derecho común, y la expresión debe aplicarse á los cambios que la cosa haya experimentado después del testamento, *post testamentum factum*, como decía Pomponio, comprendiendo únicamente los cambios sufridos por la cosa en el intervalo de la facción del testamento y la muerte del testador. Los herederos deben entregar la cosa legada en el estado en que la haya dejado, con los cambios introducidos, los aumentos y alteraciones sufridas durante la vida del testador. La cuestión que nuestro artículo, como el francés, ha venido á resolver, es la siguiente: ¿Cómo debe entregarse la cosa legada; tal como existía al tiempo de hacer el testamento, ó como se encuentra á la muerte del testador? Y la ha decidido en este último sentido: porque es lógico suponer que el testador ha querido dejar al legatario el objeto donado en el estado en que se encontrase á su fallecimiento. Los riesgos y peligros, así como los aumentos de la cosa legada, son de cuenta del legatario. Como el testador por el hecho de legar en su testamento una cosa cualquiera, no ha puesto lí-

las cosas legadas estuvieran en estado inservible, los herederos no tendrán obligación de hacerlas componer.

Si la cosa legada es un predio, los terrenos y los nuevos edificios que el testador le haya agregado después del testamento no se comprenden en el legado; y si lo nuevamente agregado formase con lo demás, al tiempo de abrirse la sucesión, un todo que no pueda dividirse sin grave pérdida, y las agregaciones valiesen más que el predio en su estado anterior, sólo se deberá al legatario el valor del predio; si valiesen menos, se deberá todo ello al legatario, con el cargo de pagar el valor de las agregaciones, plantaciones ó mejoras (art. 3762); porque tratándose de agregaciones hechas poste-

mite á su dominio, puede hacer con ella lo que quiera, destruyéndola ó mejorándola, pues, hasta ocurrido su fallecimiento, es su verdadero y único dueño. — Comp. DEMANTE, IV, 163. TROPLONG, IV, 1936. POTHIER, *Donaciones y Testamento*, Cap. V, Sec. III, § 5. COIN-DELISLE, art. 1018, nº 8. BAYLE-MOILLARD sobre GRENIER, II, 316.— Véanse arts. 952, 2315 á 2317, 2520, 2910, 3762, 3763, 3765, 3779 y 3824.

(Art. 3762.) El artículo viene á resolver las dudas suscitadas en el derecho francés sobre la interpretación del art. 1019 del Cód. Napoleón, sentando el principio general, de que los terrenos y nuevos edificios agregados al inmueble legado, después de hecho el testamento, no están comprendidos en la cosa legada.

En cuanto á los terrenos agregados, se entiende que se habla de las nuevas adquisiciones que el testador hubiera hecho, y no comprende los acrecimientos por aluvión ó avulsión, pues esos corresponden al terreno legado como acciones necesarias. Si el testador ha agregado después del testamento por cualquier título, terrenos contiguos al predio donado, esos terrenos no se consideran comprendidos en el legado en caso alguno; si del mismo modo, se hubieren hecho construcciones, tampoco se comprenderán en el legado; esta es la regla que enseña el artículo, para venir en seguida á deducir la consecuencia. Si suponemos que las agregaciones se pueden separar, el derecho de los herederos, así como el de los legatarios es evitable; éstos pueden exigir la entrega de la cosa legada separada de las agregaciones que el testador le hizo en vida y que en nada alteran la naturaleza del legado; en este caso, ni los herederos podrán ofrecer el precio de la cosa legada, ni los legatarios tendrán derecho para exigir ese precio, y ambos limitarán su derecho, los unos á

riormente, no ha podido tener la intención de legarlas, desde que no ha manifestado su voluntad en ese sentido.

la entrega de la cosa, los otros al recibo de ella. Pero en la hipótesis del artículo, cuando las cosas agregadas formasen con el objeto legado un todo indivisible, en el sentido de que por la división la cosa no prestase el servicio para el que está destinada, ó se inutilizara, ó recibiera grave perjuicio, entonces la ley distingue: si las agregaciones valiesen más que el predio en su anterior estado, el heredero está obligado á quedarse con él y abonar al legatario su valor; quiere decir, que en ese caso el legado de cosa cierta y determinada se convierte en legado de cantidad; pero esto que parece sencillo con relación al heredero y legatario, asume gravedad cuando se trata de la propiedad del legado, y sobre todo en el caso de distribución, en que los legados de cantidad deben ser los últimos que se paguen. Así, pues, el legado de un predio, que es de cosa cierta y determinada, en que el legatario adquiere la propiedad de la cosa desde la muerte del testador, según el art. 3766, no pierde este carácter por el solo hecho de hábersele agregado, de un modo indivisible, edificios de un valor superior al terreno; ni menos pierde el rango señalado en el art. 3795; no cambia la naturaleza del legado, y el derecho concedido al heredero, que á la vez contiene una limitación y una facultad que puede ejercer el legatario no altera el legado, en cuanto á su carácter y naturaleza. Cuando el artículo dice: el heredero sólo deberá al legatario el valor del predio, es porque lo obliga á quedarse con él, sin que pueda exigir del legatario el valor de las agregaciones. Por el contrario, cuando lo agregado fuere de un valor inferior, el legatario está obligado á tomar la cosa y pagar el precio sin que pueda elegir éste, obligando al heredero á quedarse con el predio.

En cuanto á la cuestión de saber que privilegios conserva el legatario en caso de venta de la cosa legada, cuando hubiera sido enajenada por el heredero, me refiero al art. 3766, que lo declara propietario desde la muerte del testador, y por consiguiente, no ha podido enajenar lo que pertenecía á otro, sin antes haber adquirido la cosa abonando su valor. El artículo autoriza al heredero para adquirir la propiedad abonando el valor del predio; pero antes de eso no puede enajenarlo: no sucede lo mismo con relación á su derecho, cuando las agregaciones valieran menos, porque la enajenación que el legatario hiciera de ella después de entregada por el heredero ó albacea, no crearía en favor de la sucesión un derecho real que la ley no ha reconocido. Ha podido oponerse á la entrega de la cosa, exigiendo el pago de lo que importan las agregaciones, y si usando de la facultad conferida por el art. 3766, que

Pero sucede muchas veces que se encuentran dudas para conocer la extensión que debe tener el legado, por la expresión

declara propietario al legatario de cosa cierta, éste ha vendido la cosa, el heredero puede oponerse á la entrega mientras no se haya pagado el valor de las agregaciones.

Entre las *agregaciones* de que habla el artículo, no se comprenden aquellas que fueran *accesorios* de la cosa, porque ellas forman parte de la cosa misma, sin las que no podría usarse ó no prestaría el servicio para que ha sido destinada. Es necesario distinguir los accesorios de una cosa que van unidos á ella, y que forman parte, de las *accesiones* que pueden ser naturales, en cuyo caso aumentan la cosa sin cargo alguno para el legatario, y las *accesiones* ó *agregaciones* que el mismo testador hace como dueño en la cosa, después de legarla, y que deben pagarse siempre por el legatario.

En cuanto á la determinación del valor que el heredero debe abonar al legatario cuando las agregaciones valieran más que el predio; pueden ocurrir dos cuestiones: 1ª, que el legatario empeñado en quedarse con el legado, sostenga que el predio vale más que las agregaciones, 2ª, cuando estando convenidos en que valen más ó menos las agregaciones, se hiciera cuestión sobre el valor de ambos.

En el primer caso, la cuestión se debe debatir en juicio ordinario, y la prueba pericial con relación al valor de la cosa y de las agregaciones será decisiva, y esos valores, reconocidos por la sentencia firme, tendrán que aceptarse para las indemnizaciones que unos y otros deben abonarse.

El artículo decide igualmente, la cuestión enunciada en la nota del Dr. Velez-Sarsfield y estudiada por Marcadé al art. 1019, nº 139, en que siguiendo la opinión de Vazeille y de Poujol sostiene, que la expresión de *construcciones nuevas*, se refiere únicamente á las agregaciones hechas á las existentes, pero no á las nuevas en un terreno vacío; así dice: «la edificación sobre un terreno que formaba un jardín ó un prado, operaría, jurídicamente hablando, la destrucción del jardín ó del prado, y llevaría consigo la caducidad del legado de ese prado ó jardín, de modo que el legatario, lejos de poder agregar la construcción al terreno primitivamente legado, no conservaría el terreno. Suponemos aquí, bien entendido, una construcción considerable y que cubriera la totalidad ó la mayor parte del terreno legado: porque si la construcción tiene poca importancia, si es un pabellón construido en un jardín... en que la construcción lejos de absorber el jardín no fuera sino un accesorio... lejos de quitar el terreno al legatario, le pertenecería con la cons-

ambigua usada por el testador, y para desvanecerlas, el legislador ha debido interpretar esa voluntad, que forma por decirlo así, la

trucción». Pues bien, el artículo que estudiamos no hace perder el legado por las construcciones hechas en el terreno, cualquiera que sea la importancia de ellas, sin distinguir si son agregaciones á las que existían ó completamente nuevas, por ser hechas en un terreno vacío; en uno y otro caso da una regla segura para determinar el legado: si las construcciones nuevas valen más que el terreno y edificios legados que existían en el momento de hacer el testamento, el heredero debe tomar la cosa y pagar el valor del legado; si valían menos, el legatario se quedará con ella abonando las nuevas construcciones.

Nuestro artículo es tomado al pié de la letra del Cód. de Chile, art. 1119, con una pequeñísima alteración, en vez de decir: *sólo deberá el valor del predio*, el Cód. Chileno dice, *se deberá ese segundo valor*, refiriéndose al predio, y que el nuestro ha agregado en su última parte, las palabras, *plantaciones y mejoras*, extendiendo más la expresión de *agregaciones*, que comprende todas las que se hubieren hecho después del testamento. — Comp. COIN-DELISLE, art. 1019, n° 10. TOULLIER, V, 534. DEMOLOMBE, XXI, 714.—Véanse arts. 2588, 2669, 2820, 2835, 3761, 3779 y 3799.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3762.—Todos los Códigos, desde el Romano, disponen que el legatario tiene derecho á la cosa legada con todos sus accesorios, en el estado que ella se encuentre á la muerte del testador. Pothier, *Pand.*, tom. 2, pág. 338, n° 329.—L. 37, Tit. 9, Part. 6^a.—Cód. Francés, art. 1018.—Holandés, 1010, y que por lo tanto, si el testador ha hecho construcciones en un terreno legado en su testamento, estas construcciones pertenecen al legatario. Cód. Francés, art. 1019.—Pothier, *Pand.*, tom. 2, pág. 334, n° 316.—Troplong, *Testament*, n° 1940.—Aubry y Rau, § 722.—Estas resoluciones parten del principio de que el dominio de las cosas comprende el dominio de los accesorios de ella. Más esto no basta para fundar estas resoluciones, pues las mejoras hechas en cosa ajena, lo que se edifique de buena fe en suelo ajeno, son en verdad del propietario de cosa mueble ó inmueble; pero él debe satisfacer lo edificado ó las mejoras que se hubiesen hecho. Por otra parte, se olvida el principio que siempre rige las liberalidades, que éstas más bien deben restringirse que ampliarse. Sobre lo contenido en el artículo, Marcadé mismo que sostiene la disposición del art. 1019 del Cód. Francés, reconoce que la construcción de un edificio, sobre un terreno legado que al tiempo del testamento era un jardín, que causase la destrucción del jardín, causaría la caducidad del legado, y que el legatario, lejos de poder agregar la construcción del terreno legado, no conservaría ni el terreno mismo. El Cód. de Chile se separa de la legislación y doctrinas existentes sobre la materia, y de él tomamos el texto del artículo. Sobre la materia, Coin Delisle, en los artículos 1018 y 1019.—Demante, tom. 4, n° 64 bis.

ley en las disposiciones de última voluntad, y por eso dice en el **art. 3763**: *si se lega una casa con sus muebles ó con todo lo que se*

(**Art. 3763.**) Nuestro artículo, al suprimir una parte importante de su modelo, que ha sido el Cód. de Chile, art. 1121, ha obscurecido por completo el pensamiento del legislador. En efecto, si cuando se legan los muebles de una casa, sólo se comprenden «los que forman el ajuar de la casa y que se encuentran en ella», es lanzarnos en la vaguedad é incertidumbre; porque si bien la palabra *ajuar* significa, según la Academia de la lengua, «el conjunto de muebles ó trastos de uso común en la casa»; no precisa de un modo seguro lo que abraza en su significación: mientras el Código Chileno dice: «si se lega una casa con sus muebles ó con todo lo que se encuentra en ella, no se entenderán comprendidas en el legado *las cosas enumeradas en el inciso 2 del art. 574*, sino sólo las que forman el ajuar de la casa y se encuentran en ella». Nuestro artículo ha suprimido la cita de las cosas enumeradas en el art. 574, inciso 2, que dice: «en los *muebles de una casa*, no se comprenderá el dinero, los documentos y papeles, las colecciones científicas ó artísticas, los libros ó sus estantes, las medallas, las armas, los instrumentos de artes y oficios, las joyas, la ropa de vestir y de cama, los carruajes ó caballerías ó sus arreos, los granos, caldos, mercancías, ni en general otras cosas que las que forman el ajuar de una casa»; por consiguiente, cuando nuestro artículo, tomado del de Chile, ha suprimido la expresión *de las cosas enumeradas en el inciso 2 del art. 574*, bien pudo referirse para mayor claridad al art. 2323, que es el mismo 574, sin perjuicio de concluir con la frase que condensa todo: «las que forman el ajuar de la casa», así pues, se debe entender, que se exceptúan todas las cosas indicadas en el art. 2323, que no componen ordinariamente el ajuar de la casa; aunque habría sido más correcto citarlo expresamente.

Cuando el artículo agrega: *si se lega de la misma manera una hacienda de campo*, siguiendo al Código Chileno, empleando la palabra hacienda, en vez de estancia ó chacra que usamos ordinariamente, ha querido expresar, que si se legara una estancia ó chacra *con todo lo que se encuentre en ella*, no se entenderán comprendidos sino las cosas que sirven para el beneficio del establecimiento y se encuentran en ella. Así, cuando se ha legado la estancia que el testador posee en el Partido del Pergamino con todo lo que se encuentra en ella, se entienden comprendidos los animales que se hallaren, y que forman, por decirlo así, el establecimiento que se explota; exceptuando lo que no es necesario, ni forma parte de él; así pues, si hubiere biblioteca, armas, colecciones científicas, etc., no estarían comprendidos en el legado.

encontrase en ella, no se entenderán comprendidos en el legado sino los muebles que forman el ajuar de la casa y que se encuentran en ella; y así, si se legase de la misma manera una hacienda de campo, no se entenderá que el legado comprende otras cosas que las que sirven para el cultivo y beneficio de la hacienda y que se encuentran en ella, comprendiéndose las cosas necesarias para su explotación, y de ningún modo las que por cualquier circunstancia se encontrasen provisoriamente.

Como el legado es un acto de beneficencia, se interpretará, algunas veces, á favor de los herederos; así, *en caso de duda sobre la mayor ó menor cantidad de lo que ha sido legado, ó sobre el menor ó mayor valor, se debe juzgar que es la menor ó de menor valor (art. 3765).*

Si se legare únicamente la estancia que posee en el Pergamino, sin expresar otra cosa, se entenderá que comprende el campo y los edificios que la componen, así como todo lo que estuviera inmovilizado por su destino; porque esas cosas forman un todo con la estancia, por la voluntad del testador y por el objeto que tuvo al inmovilizarlos; pero como la estancia tal como la comprendemos nosotros, la forman no sólo el terreno y los edificios, los árboles y demás cosas inmovilizadas, sino también los animales existentes y que sirven para explotar el establecimiento, debe comprenderlos; si se tratase de una fábrica en explotación, como si se dijera lego mi fábrica de papel situada en Zárate, se entiende que están comprendidos en el legado todo lo que sirve para la explotación de la fábrica, y sin lo cual ésta no podría llenar el objeto que tuvo el testador al establecerla.

Las palabras «para el cultivo y beneficio de la hacienda» están destinadas á explicar la extensión del legado, y servirán en todo caso para que los jueces interpreten la voluntad del testador.

No estoy, pues, conforme con los que piensan, que legada la estancia tal, sin agregar más, sólo se entiende legado el suelo y lo edificado y plantado; pero no los inmuebles por destino; porque éstos se consideran formando parte del edificio, y los animales que contiene el establecimiento y que sirven para su explotación están comprendidos en el legado, porque todo eso forma lo que entendemos por estancia ó establecimiento de campo, en que se explota la cría de ganado. — Véanse arts. 2323, 2520, 2761 y 2762.

(**Art. 3765.**) Esta es una regla universalmente admitida en todas las legislaciones, porque en caso de duda se decide en favor de la liber-

Para que el legado sea válido, es necesario que la cosa legada se determine de modo á no dejar dudas; pero el legislador ha querido favorecer los sentimientos de beneficencia en ciertos casos, como en el del **art. 3764**, cuando dice: *el error sobre el nom-*

dad del deudor. En el presente caso el heredero ó herederos son los deudores y se debe juzgar en favor de la libertad, cuando hubiere dudas porque es el estado natural. La regla de Ulpiano, *semper in obscuris, quod minimum est, sequimur* debe seguirse, regla que vuelve á establecer en la ley 34, tit., 17, lib. 50, Dig., de que en caso de duda se debe tomar el partido menos oneroso al deudor.

El artículo supone dos casos: cuando hubiere duda sobre la mayor ó menor cantidad legada, en que los herederos sólo deben la menor; siguiendo en esta parte al Cód. de Luisiana, art. 1710, que dice: «á falta de circunstancias que puedan hacer reconocer la más ó menos cantidad que ha sido legada, se debe decidir por la menor». El segundo caso habla del mayor ó menor valor del legado, y se puede aplicar tanto á las cosas como á las cantidades, entregando siempre, en caso de duda, el de menor valor, á menos que en el testamento se hubiera autorizado al legatario para decidir en caso de duda.—Véanse arts. 3760 y 3761.

(**Art. 3764.**) Los vicios que pueden anular y dejar sin efecto un legado, son: la obscuridad de la disposición testamentaria, el error, la sujeción, los motivos prohibidos y algunas condiciones que anulan la disposición. Nuestro artículo legisla únicamente el caso de error sobre el nombre de la cosa legada, que vamos á estudiar.

El error sobre el nombre de la cosa legada tiene poca importancia, cuando del testamento mismo resulta que ha existido una equivocación, como si legara á fulano la chacra que tengo en «Las Flores» y resultara que está en el partido inmediato de Rauch, y que no posee chacra alguna en el partido designado. Así dice Pothier, de donde fué tomado el artículo: «el error sobre el nombre de la cosa legada no es de consideración, cuando consta cual es la cosa que el testador ha querido legar. Por ejemplo, he legado mi casa con viñas de la *Cerisaille*, aunque por los títulos no se llama de la *Cerisaille*, sino la *Corne*, el legado será válido. *Error nominum in scriptura factus, si modo de possessionibus legatis non ambigitur, jus legati non minuit.*

Pero el olvido sobre la cantidad legada anularía el legado, como si dijera, lego á tal la suma de.... y la cantidad no se encontrara expresada,

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3765. — L. 5, Tit. 33, Part. 7.^a — L. 9, Dig., *De reg. juris.*

bre de la cosa legada, no es de consideración alguna, si se puede reconocer cual es la cosa que el testador ha tenido la intención de legar; pero esa intención debe resultar del testamento mismo.

en ese caso el legado no tendría valor; pero si hubiera dado los medios para determinarla, como si dijera, lego á tal la suma de..... que se le deberá entregar como pensión vitalicia para sus alimentos, en ese caso el legado será válido, y el juez determinará con audiencia de los herederos la suma que debe darse para alimentos.

Cuando el testador hubiera legado una de las dos casas que tiene en el Rosario, los herederos tendrían el derecho de la elección, y el legado será válido.

En cuanto á la obscuridad del legado, puede dejarlo sin valor según los casos, como por ejemplo, si suponemos que lego tal casa á mi amigo Alberto y resultara que tengo dos ó tres amigos del mismo nombre, y como no existe circunstancia alguna que pueda determinar á cual me he referido, el legado se anulará; pero si hubiesen motivos especiales para creer que se ha referido á uno de ellos, por ejemplo, cuando uno de ellos le hubiera prestado señalados servicios y el otro nada hubiera hecho, en ese caso, el legado sería válido en favor de aquel; interpretando así la voluntad del testador, que el juez debe buscar.

Si el testador ha legado una suma tal á la Municipalidad sin expresar la ciudad, el legado será válido como hecho á la ciudad donde tiene su domicilio en el momento de hacer el testamento, aunque después lo hubiera cambiado.

El error sobre el motivo determinante del legado, no lo anularía, porque como dice Pothier, aunque el testador haya expresado un falso motivo, no es menos cierto que me ha querido legar lo que me ha dejado; y no parece que su voluntad haya sido de hacer depender el legado de la verdad de los hechos que ha declarado, á menos que resultara lo contrario de los mismos términos empleados por el testador.

En el derecho romano se anulaban algunas veces los legados que se llamaban *ab irato*, por odio hacia los herederos; pero en nuestro derecho no existe semejante causa.

El legado hecho contra las buenas costumbres es de ningún valor, porque tiende á premiar actos condenados por la sociedad, como si dejara, por ejemplo, lego á fulano tal cantidad, porque ha defraudado al fisco contrabandeando los efectos que he vendido en plaza.

Cuando se ha legado una cosa designando el lugar donde se encuentra es necesario distinguir: si se dijere, lego á fulano la cantidad que se hallare en la caja de hierro, y nada se encontrase, el legado se anu-

§ 1027. — DE LA ENTREGA DE LA COSA LEGADA

Por un deseo sólo explicable en el legislador, de hacer que la voluntad del disponente se cumpla en todas sus partes, sin depender de los herederos, ha declarado que, *el legatario de cosas determinadas es propietario de ellas desde la muerte del testador, y transmite á sus herederos el derecho al legado; que los frutos de la cosa le pertenecen, y su pérdida, deterioros ó aumentos son de su cuenta. Esta disposición se aplica á los legados hechos á término cierto ó con una condición resolutoria (art. 3766), y para que esta*

laría, y sería válido por la parte poca ó mucha que se hallare; pero si refiriéndose á títulos de renta se dijera: lego á B las cédulas hipotecarias ó los fondos públicos que se encontraren en la caja de hierro y que fueron comprados en tal fecha por el corredor fulano, el legado sería válido aunque esos títulos se encontrasen en otro lugar que el designado, y aún cuando se probara que el testador los sacó del lugar indicado en el testamento por su espontánea voluntad. En esta parte nos referimos al comentario del art. 3760.—Comp. POTHIER, XXII, cap. II, art. I, § § 1 á 3. LAURENT, XIV, 154.—Véanse arts. 928 y 3760.

(Art. 3766.) Según el sistema de la transmisión de la propiedad establecido por nuestro Código, el principio enseñado por este artículo es una excepción, pues el legatario de cosa cierta se coloca en la categoría del heredero ascendiente ó descendiente que adquieren la propiedad de los bienes dejados, por el hecho de la muerte del causante, sin acto alguno de posesión ni de transmisión. Según el Código, la propiedad de una cosa sólo se adquiere por la tradición, salvo lo que se dispone sobre sucesiones, y por el presente artículo se acuerda al legatario de cosa cierta la propiedad de la cosa legada, desde la muerte del testador, y á mi juicio ha sido mal interpretado y traducido el art. 1014, Cód. Francés, de donde el Dr. Velez Sarsfield indica que fué tomado el nuestro, ó que le sirvió de fundamento; ese artículo dice: «todo legado puro y simple dará al legatario, desde el día de la muerte del testador, *un derecho á la cosa legada*, derecho transmisible á sus herederos ó causa-habientes». Aubry y Rau § 717, estudiando este artículo, dicen: «todo legado puro y simple, es adquirido de *pleno derecho*, por el legatario desde el momento de la muerte del testador. Si el legatario ha sobrevivido á este último, aunque fuera un sólo instante, él transmite el derecho al legado á sus propios herederos»; así es que para estos autores, adquirir de

disposición produzca su efecto, le ha concedido la acción reivindicatoria contra los terceros poseedores que detentaren la cosa le-

pleo derecho el legado, es en el sentido de que lo trasmite á sus herederos; pero Demolombe, XXI, 549, de donde probablemente tomó el Dr. Velez-Sarsfield la redacción del artículo, dice: «es necesario, también concluir, que, lo mismo que el legatario particular, cuando el *legado tiene por objeto un cuerpo cierto, adquiere la propiedad de él, desde el día de la muerte del testador*: del mismo modo, el legatario universal adquiere también, desde ese día, la propiedad de todos los bienes hereditarios, si no hay herederos de reserva, ó la propiedad indivisa de los bienes que forman la cantidad disponible, si hay herederos de reserva, como el legatario á título universal adquiere la propiedad indivisa de la fracción que le es legada». Por estas trascripciones se comprende que el Dr. Velez-Sarsfield, ha equivocado la doctrina, haciendo del legatario de cosa cierta, una especie de heredero, cuando en realidad es acreedor de la sucesión, y no puede tomar la cosa sin pedirla al heredero ó albacea. ¿Qué clase de propiedad es esta, que se adquiere sin la posesión, y que se trasmite sólo por la muerte del causante, confiando el poder de reivindicar la cosa que no se ha poseído? Para mí, debo decirlo con franqueza, es un error de doctrina dentro de nuestro sistema de trasmisión, que encuadra perfectamente en la legislación francesa, pero no en la nuestra. El artículo tal como se encuentra redactado concede indudablemente al legatario de cosa determinada la propiedad de ella, que debía llevar consigo todos los derechos anexas para retenerla, defenderla, trasmitirla, etc., pues no se concibe la propiedad en otras condiciones. De este error de doctrina, que transforma al legatario de cosa determinada en propietario sin tener la posesión de la cosa, pues debe pedirla al heredero ó albacea, según el art. 3767, y no obstante de reconocer que no tiene la posesión, se le autoriza para reivindicar la cosa de terceros detentadores, art. 3775; de este error decimos, nacen dificultades y dudas, entre los autores argentinos.

El Dr. Segovia, en la nota 35, agrega á las palabras de la primera parte del artículo que dice: «es propietario de ellas desde la muerte del testador», las siguientes: «sin necesidad de tradición ni de aceptación especial, y aún ignorándolo». El Dr. Llerena, reputa esto un error y dice, que dicho autor, al afirmar que el legatario no necesita que se le haga la tradición de la cosa legada... confunde el *derecho á la posesión* con el *derecho de posesión*. Antes había dicho el mismo autor, que el legatario «es propietario como lo es el comprador de un inmueble que ha pagado el precio, pero á quien no se le ha hecho tradición»; proposición

gada, de modo que su acción sea completamente independiente de los herederos, á quienes hará únicamente notificar por si tie-

incierta, porque el comprador no es propietario hasta después de la tradición, ni puede reivindicar la cosa de un tercer poseedor, como está autorizado á ejecutar el legatario de cosa determinada. De esta posición, que podríamos llamar excepcional, de un propietario que no ha entrado en posesión de la cosa, y que sin embargo, puede reivindicarla de los terceros detentadores, nacen dificultades insalvables.

La verdadera teoría que encuadra dentro de los principios de transmisión de la propiedad establecidos por nuestro Código, sería la del art. 1014, Cód. Francés, de que el legatario tendrá *un derecho á la cosa legada*, desde la muerte del testador, derecho que será trasmisible á los herederos del legatario. Hay un error de doctrina, como lo hemos dicho, pero estamos obligados á reconocer, que cuando el artículo dice: *el legatario de cosa determinada es propietario de ella*, es tal propietario, sin que podamos sostener que sólo tiene un derecho *á la cosa*, como el comprador que ha pagado su precio; porque entonces no sería propietario. ¿El legatario ha adquirido como el descendiente la posesión de la cosa, por la muerte del testador? El art. 3767, nos dice que no puede tomar la posesión sin pedirla al heredero ó albacea; de donde se deduciría que no ha entrado en ella; pero en cambio, el art. 3775, le autoriza para reivindicarla, y es sabido que la reivindicación sólo «nace del dominio que cada uno tiene en las cosas particulares, por la cual el propietario que *ha perdido la posesión*, la reclama y la reivindica», palabras textuales del art. 2758, y que si la concede al legatario de cosa determinada, es necesario admitir que ha estado en posesión de la cosa y la ha perdido. Ante esta especie de contradicción, en que se reconoce al legatario como poseedor, en una parte, y por la otra se le niega la posesión, autorizándolo para pedirla, se ha dicho por el Dr. Llerena, que nuestro Código ha seguido el sistema inventado por Merlin que ideó la citación del heredero, al juicio de reivindicación; lo que es no es exacto, porque Merlin, 1^o. *Legatario*, § VI, n^o 11, dice: «es tiempo de pasar á la acción real que los legisladores romanos han concedido á los legatarios para procurarse el goce de su legado. Esta acción resulta, como se ha visto más arriba, de la propiedad que pasa inmediatamente de la cabeza del difunto sobre la del legatario: éste puede intentar contra un tercer poseedor, así como contra la persona encargada por el testador la presentación del legado; porque en materia de reivindicación, no se examina si el demandado está obligado personalmente al demandante, sino si solamente éste es propietario de la cosa que aquél posee. De ahí viene que si de muchos herederos gra-

nen derechos que deducir sobre la nulidad ó reducción del legado.

Por lo demás, aunque es propietario de la cosa legada en cuanto

vados igualmente por el testador, el legatario ataca á uno realmente, debe obtener una condenación solidaria, ó al menos hasta la concurrencia de lo que él posea de la cosa legada, salvo el recurso contra su coheredero..... Los cuerpos ciertos y determinados son únicamente susceptibles de reivindicación, y por eso son los únicos que un legatario puede demandar por esta acción. Así no se puede obrar por acción real por un legado de cantidad». No es, pues, Merlin quien haya inventado el sistema, porque este autor declara al legatario propietario de la cosa legada, y le concede acción reivindicatoria aun contra el heredero. En Pothier encontramos explicada esta especie de anomalía de un propietario sin la posesión de la cosa, y vamos á transcribir lo que este principio de los jurisconsultos dice á este respecto, á fin de aportar todos los elementos necesarios para dilucidar tan delicada cuestión. Dice en el tomo 17, tit. XVI, sec. VI, art. 1º: «la propiedad de las cosas legadas, cuando son cuerpos ciertos de los que el difunto era propietario á su fallecimiento, se transfiere *de pleno derecho* por virtud de la ley, en la persona de los legatarios ó fideicomisarios, desde el instante de la apertura del legado, y por consiguiente desde el momento de la muerte del testador..... Sin embargo, *la posesión* de las cosas legadas permanece en el heredero, y como justo poseedor tiene derecho para percibir los frutos, aun después de la apertura del legado ó fideicomiso, hasta que lo haya tomado el legatario ó fideicomisario, ó que haya sido constituido en mora por la demanda..... El legatario, aunque haya venido á ser propietario de las cosas legadas, no puede, pues, él mismo ponerse en posesión: es necesario que se la haga dar. Esto tiene lugar aun cuando el testador hubiera expresamente ordenado por su testamento que el legatario entraría en posesión de pleno derecho en las cosas legadas y que podría ponerse en posesión; porque el testador no puede, por su sola voluntad, transferir después de su muerte al legatario la posesión de las cosas que la ley ha dado al heredero. De este derecho de propiedad que la ley confiere al legatario, nace una acción de reivindicación contra los terceros detentadores que se encontraren en posesión de las cosas legadas. Pero según nuestros usos no puede intentar contra ellos esta acción, sin que previamente se haya hecho poner en posesión por el heredero».

Según este autor, el legatario es propietario de las cosas legadas; pero propietario sin *la posesión*, que debe darla el heredero; y por una excepción, para recobrar esa cosa determinada sin el auxilio del heredero, se le autoriza á reivindicarla de cualquier poseedor; autorización

adquiere los frutos y sufre los deterioros ó aprovecha de los aumentos, *el legatario no puede tomar la cosa legada sin pedirla al*

que examinaremos en el art. 3775. Es como dicen Aubry y Rau, § 722: «cuando se trata de un legado de objetos determinados en su individualidad, el legatario está además autorizado para reivindicarlo de los terceros detentadores, suponiendo que su acción de reivindicación sea aceptable, según la naturaleza de esos objetos». La acción de reivindicación es, pues, una excepción, que se explica por la naturaleza del derecho concedido al legatario.

Así, debemos concluir, armonizando las diversas disposiciones del Código: que la propiedad concedida por este artículo no lleva consigo la posesión del objeto legado; pero no obstante se autoriza al legatario para reivindicar, contra los terceros detentadores, el objeto legado, haciendo citar al heredero, quien puede alegar la nulidad de aquél. Por esa razón no podrá deducir las demás acciones que se derivan de la posesión, como son los interdictos, pues para ellos necesita la posesión real. El legatario es *propietario* de la cosa cierta legada desde la muerte del testador, y como tal puede venderla, cederla, donarla, etc., usando de su derecho de dueño; los frutos le pertenecen sin necesidad de interpelación judicial; los aumentos, como las pérdidas y deterioros, le corresponden, y finalmente puede reivindicarla de los terceros; lo único que no tiene es la posesión, y por consiguiente carece de derecho para deducir acciones posesorias.

Cuando estudiemos el art. 3775 demostraremos que la reivindicación concedida al legatario con citación del heredero, no es porque él tenga la posesión legal de la cosa legada, como algunos lo han creído, sino por el contrario para darle la oportunidad de oponerse á la acción, alegando la nulidad del legado, ó la enajenación que él hubiera hecho. Ha sido necesario investir al legatario dueño de la cosa legada, de una acción eficaz para recobrarla de cualquier detentador, porque habría sido por demás singular la posición de este propietario que no pudiera reclamar la cosa que le pertenece; por eso el legislador, haciendo una excepción á los principios de la reivindicación, le concede esta acción, que es de defensa, de seguridad, y que tiene por objeto obtener la cosa legada; sin ella no habría propiedad verdaderamente.

Me parece más propio conceder al legatario derecho á la cosa, sin declararlo propietario; al menos se estaría dentro del sistema del Código, que no reconoce la transmisión de la propiedad sin la tradición.

Se dice que la disposición se aplica á los legados hechos á término cierto ó con una condición resolutoria; porque en el primer caso, siendo

heredero ó albacea encargado de cumplir los legados. Los gastos de la entrega del legado son á cargo de la sucesión (art. 3767); de

cierto el término en que debe entregarse la cosa, el derecho del legatario, que es real y verdadero, sólo está en suspenso, no sufre alteración alguna, pues es propietario de la cosa legada. Cuando la condición es resolutoria, como el legatario es dueño de la cosa hasta que la condición venga á resolver su derecho, tiene él mismo la acción de reivindicación.

El artículo dice, que los frutos de la cosa pertenecen al legatario, y es una consecuencia necesaria de haberlo declarado propietario de la cosa; pero se entiende que son los producidos después de la muerte del testador, con excepción del legado de deuda que comprende los intereses devengados, art. 3786. En el sistema francés sucede lo contrario, porque el legatario sólo tiene derecho á la cosa, y por consiguiente, mientras el heredero no haya sido constituido en mora por la interpelación, á él le corresponden los frutos, con tanta más razón cuanto en el Cód. Francés no existe una disposición como la de nuestro art. 3804 en que se reputa aceptado el legado.— Véanse arts. 377, 553, 573, 2373, 2520, 2522, 2667 á 2669, 2820, 3265, 3610, 3775, 3777, 3779, 3793, 3800 y 3804.

(Art. 3767.) Este artículo confirma la doctrina de Pothier, de que el legatario aunque se le considere como propietario, no tiene la posesión de la cosa y debe pedirla.

Cuando el heredero es de aquellos que entran en posesión de la herencia sin necesidad de pedirla, él es quien debe entregar el legado, poniendo

Nota del Dr. Velez-Sarsfield. al art. 3766. — LL. 34, y 37, Tit. 9, Part. 6^a.— Cód. Francés, art. 1014.— Aubry y Rau, § 717. El Cód. Francés, no da al legatario los frutos sino desde el día de la demanda de la cosa legada, porque los principios, dice Troplong, n^o 1846, obligan á establecer que el heredero hace suyos los frutos mismos, cuando el legatario no demanda la entrega del legado, pues él no está obligado á saber si el legatario acepta ó no el legado. Desde que su título comprende el *universum jus*, debe también comprender los frutos desde el día de la muerte del testador. Nosotros podemos contestarle, que en tal caso el heredero no es poseedor de buena fe: no puede tener por suya la cosa legada, pues que el testamento da á otro la cosa que produce los frutos. La resolución de nuestro artículo es la única que está conforme á los principios, porque la pérdida ó aumento de la cosa legada son de cuenta del legatario en virtud del dominio que le dan las LL. 34 y 37, Tit. 9, Part. 6^a.— Sólo puede admitirse una excepción, y es cuando el testador, teniendo herederos forzosos, ha hecho legados que pasen de la cantidad de que la ley le permite disponer.

modo que la acción reivindicatoria de que habla el art. 3775 es únicamente contra los terceros y no contra los herederos á quienes debe pedirse la entrega de la cosa.

en posesión al legatario, y cuando fuera de aquellos que deben pedirla al juez y no lo hiciera, ¿podrá el legatario solicitar el nombramiento de un curador á la herencia, como algunos lo aconsejan? No lo creo; porque si el heredero se ha presentado, lo que correspondería es pedir al juez que ponga en posesión al legatario con citación del heredero, que tendrá derecho para oponerse alegando la nulidad del legado, ó que me noscaba la legítima forzosa. Cuando ningún heredero se hubiera presentado al llamamiento de los edictos, en ese caso el legatario podrá pedir el nombramiento de curador, para que se le dé posesión del legado con su intervención. Si hubiera albacea nombrado en el testamento, á él se le demandará para que haga entrega del legado.

Algunos suponen que en caso de concurrir los herederos forzosos con los instituidos, éstos deben pedir la posesión, lo que creo erróneo; porque si existen herederos forzosos, no puede haber herederos extraños instituidos, pues el testador no puede instituir herederos, y si únicamente distribuir en legados la porción disponible; eso por una parte; por la otra, si los herederos forzosos son descendientes ó ascendientes, que entran en posesión de la herencia *ministerio legis*, á ellos se les debe pedir la posesión del legado. Por principio general, el legatario debe pedir la posesión de la cosa legada al heredero ó al albacea, é indistintamente al que esté en posesión del legado.

Es tan necesaria la petición de poner en posesión al legatario, que el legislador ha creído que debía llenarse dicha formalidad aun cuando el legatario la tuviere por cualquier otro título; de donde resulta esta consecuencia, que si el albacea ó ejecutor testamentario ha sido favorecido con un legado, aunque el testador le haya acordado la posesión, debe pedirla al juez, como lo sostiene Demolombe, XXI, 621.

En cuanto á los frutos producidos, y los aumentos ó deterioros de la cosa legada, si la ley ha declarado al legatario propietario, deben ser á su cargo como verdadero dueño, decidiendo así la controversia suscitada en derecho francés; pero si el heredero fuera moroso, además de pagar los frutos, pagará los daños y perjuicios ocasionados, y si la cosa se perdiere, responderá como en los casos de mora. Se ha dicho que el legatario deberá pedir la posesión del legado, aun cuando se encontrare la cosa por cualquier título en su poder; pero ésta es innecesaria cuando se tratare de un legado de liberación, por ejemplo, en que la deuda legada queda extinguida por la muerte del testador.

Y lo que parece á primera vista más extraño es que aún en el caso de que los legatarios tuvieran la cosa en su poder deberán pedirla, según el **art. 3768**, que dice: *los legatarios están obliga-*

¿Qué comprende la expresión de los gastos de entrega, que son á cargo de la sucesión? Los de traslación de la cosa para poner en posesión de la cosa al legatario; los que tuvieren necesidad de hacerse para reclamar la cosa legada si estuviere en poder de terceros detentadores, cuando el legatario la reivindica con citación del heredero; en una palabra, cualquier gasto para poner en posesión al legatario será á cargo de la sucesión; pero los impuestos y derechos que pesaran sobre la misma cosa, serán abonados por el legatario, que es propietario de ella desde la muerte del testador.

Era una cuestión muy controvertida en derecho francés, sobre si los frutos de la cosa legada correspondían al legatario desde la muerte del testador, ó sólo desde la interpelación judicial, cuestión que ha resuelto nuestro artículo anterior diciendo, con razón, que los frutos corresponden al propietario desde que ha venido á serlo por la muerte del causante; teoría fundada en la verdad de los hechos, porque si el legatario de cosas ciertas y determinadas es propietario, es una consecuencia forzosa que haga suyos los frutos que ella produzca. — Comp. Cód. Francés, arts. 1014 y 1015. Goyena, arts. 700 y 701. HUREAUX, V, 115 y 123. — Véanse arts. 3768, 3770, 3775, 3795 á 3797.

(**Art. 3768.**) Este artículo, tomado de Aubry y Rau, establece un principio general, del que es una excepción el art. 3766, donde se reconoce al legatario de cosas determinadas como propietario á quien le pertenecen los frutos desde la muerte del testador. En el sistema del Cód. Francés, sólo se acuerda al legatario un derecho á la cosa legada y no la propiedad; este sistema ha sido adoptado por el Código para los legados en general, y en esos casos se comprende la necesidad de pedir la posesión, porque como lo reconocen Aubry y Rau, § 718, nota 4: «si el legatario que se encuentra, por un título cualquiera, en posesión de la cosa, no tiene motivos para reclamar la tradición material, tiene sin embargo necesidad de pedir la entrega de su legado para tener derecho

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3767. — LL. 37 y 38, Tit. 9, Part. 6ª. — Pothier, *Pand.*, tom. 2, pág. 337, n° 332. Una cosa es la propiedad, otra la posesión de la cosa legada. Si la propiedad es adquirida desde el día de la muerte del testador, la posesión es deferida hasta la entrega voluntaria ó forzada que haga el heredero. Troplong, *Testament*, n° 1875. — Demante, tom. 4, n° 158 bis, § 2. Los gastos para hacer un pago son siempre de cuenta del deudor.

dos á pedir la entrega de los legados, aunque se encuentren á la muerte del testador en posesión por un título cualquiera, de los ob-

á los frutos y rentas, y para poder intentar las acciones posesorias y petitorias relativas á la cosa legada»; y así debe suceder entre nosotros, porque el legatario se encuentra en el mismo caso, con excepción del de cosa determinada á quien se le ha declarado propietario. Pero se dirá: ¿para qué demandar la posesión de la cosa, si en realidad la tiene materialmente? Á eso responden Aubry y Rau, «que sería hacerse justicia por sí mismo», como si se tratase de un acto extraño producido por el legatario; no, éste no altera los hechos existentes, no toma posesión ni se apodera de una cosa que el heredero posea, ha estado poseyendo á título de arrendamiento, por ejemplo, y por el ministerio de la ley debería entrar á poseer como propietario, eso es todo; pero agregan dichos autores: «no se debe admitir esta excepción, porque sería reconocer en los legatarios el poder de intervertir ó cambiar la causa ó carácter de su posesión, haciendo, unilateralmente y por su sola voluntad, cesar la posesión del heredero, lo que es inadmisibile»; pero se les podría contestar con sus mismos razonamientos, la inutilidad de esta formalidad, desde que ellos reconocen la facultad que tendría el legatario que poseyera la cosa en arrendamiento, para rechazar la petición del heredero, por vía de excepción, pidiendo la entrega del legado. ¿Para qué pedir entonces la posesión que ya se tiene?

En cuanto á la razón de que nadie puede cambiar por su propia voluntad la causa de su posesión, está contestada por sí misma, desde que no es la voluntad del legatario la que interviene en este caso, es la ley que por su propia autoridad cambia la causa de la posesión. ¿Para qué demandar lo que se tiene realmente? Estas razones militan en favor de la tesis que sostengo, de que el presente artículo se explica cuando no se tiene la posesión material de la cosa legada; pero cuando el legatario la detenta por cualquier título, debería cambiarse la causa de su posesión *ministerio legis*, porque hay un nuevo título en virtud del que comienza á poseer; es una solicitud verdaderamente inútil, el demandar lo que se tiene. Pero el artículo dice terminantemente, debe pedirse la posesión, y así se hará para quedar investido de todas las facultades inherentes al propietario.

La entrega que se dará al legatario cuando él mismo posea la cosa por otro título, se limitará al reconocimiento del heredero para que continúe en la posesión á título de legatario, cambiando así el no antes tenía. Es una especie de constituto posesorio. Adviértase que no es el caso del art. 2378, como algunos creen, porque en el presente no hay

jetos comprendidos en sus legados; porque esa posesión es la material y no la legal, que debe dar el juez reconociendo la calidad de legatario con audiencia de los herederos, los que pueden oponerse. Así, el legatario que poseía la cosa á título de comodato, cambia la causa de su posesión, pidiendo al juez que lo reconozca como tal legatario; aunque hubiera sido preferible dejar á los herederos el derecho para reclamar la cosa si considerasen incapaz al legatario, ó cuando perjudicase sus legítimas forzosas.

declaración del tradente de darse por desposeído para que el otro adquiriera la posesión, es la ley misma que invertiría al legatario con la propiedad de la cosa cambiando la causa de su posesión, y como él tiene la posesión material á otro título, la ley se lo cambia por su propia autoridad. ¿Para qué le exigiría la entrega de la cosa para volverla á pedir? En estos casos bastará, pues, que el legatario pida la posesión, porque así lo ordena el artículo, y el juez la conceda con audiencia del heredero.

En derecho francés, «el legatario que detenta la cosa legada (dice Demante), como locatario, comodatario ó depositario, debería sin embargo pedir la entrega, no para obtener *la posesión material*, sino para cambiar el carácter de su posesión y adquirir derecho á los frutos», lo que no habría sido necesario, pues bastaría que la ley la cambiase por su propia autoridad. Nuestro artículo debe reformarse de acuerdo con los principios expuestos, y la opinión de Toullier, Vazeille y otros.

Si el heredero no ha reclamado la posesión de la cosa que el legatario tenía al fallecimiento del testador, la entrega debe reputarse hecha por el solo consentimiento tácito, y el legatario podría deducir todas las acciones posesorias y petitorias que corresponden al propietario que tiene la posesión de la cosa.—Véanse arts. 2353, 3400, 3713, 3767 y 3795.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3768. — Aubry y Rau, § 718, y notas 1 y 4.—Zachariæ, § 717, nota 2. — Demante, tom. 4, n° 158 bis, § 4.— En contra, Toullier, tom. 5, n° 541.—Véase Vazeille, sobre el art. 1015, n°s 4 y siguientes. La necesidad de la demanda de la entrega de los legados, es una consecuencia forzosa de la posesión hereditaria del heredero legítimo, ó del instituido en el testamento, cuyos efectos no pueden ser neutralizados, ni por una disposición del testador, ni por un hecho unilateral del legatario, sino sólo por la entrega del legado ordenada por los jueces y consentida por el heredero. La entrega del legado varía el título de la posesión anterior. Así, el legatario que detiene la cosa legada como locatario, es necesario que pida su entrega para variar su título de posesión.

Naturalmente que sólo se pedirá la entrega de las cosas legadas que son susceptibles de una posesión material, y por eso dice con razón el **art. 3769**: *exceptuase de la disposición del artículo*

(**Art. 3769.**) El legado de liberación no es susceptible de posesión, pues el objeto de ésta es conferir al legatario las acciones posesorias correspondientes, porque la reivindicatoria la tiene cuando se trata de una cosa determinada. En el derecho francés es diferente, la petición de posesión y la orden de darla, importa atribuir al legatario desde ese instante los frutos é intereses de la cosa legada; pero por nuestro derecho unos y otros le pertenecen desde la muerte del testador, en el legado de cosas determinadas, aunque no sucede lo mismo en los demás, en que sólo tendrá derecho para reclamar los frutos é intereses cuando la cosa estuviera determinada por la sentencia, ó si el heredero fuera constituido en mora por el legatario. Por eso es necesario hacer esta diferencia de grande importancia: cuando la cosa legada es cierta y determinada, el legatario es propietario desde la muerte del testador, y le corresponden los frutos que la cosa haya producido, siendo de su cuenta los deterioros ó aumentos que sufre; no necesita interpolación judicial, y tiene derecho para reivindicarla de los terceros poseedores; por el contrario, cuando el legado es de cosas que no están determinadas, necesita pedir la posesión al heredero ó albacea, y sólo desde que ésta fuera dada corresponden al legatario los frutos é intereses, es á estos legados á que se refiere el artículo anterior, y de los que viene á ser una excepción el presente, tratándose de la deuda que el legatario tenía con el testador, en que viene á quedar extinguida por la muerte de éste, sin que en adelante deba intereses; se equipara al legado de cosa determinada. En el presente artículo el legado de liberación, opera *ipso jure* la compensación, y extingue la deuda. Por otra parte ¿qué posesión podría pedir de una deuda? La posesión comprendería la devolución del título de la deuda cuando existiera, título que tiene derecho para reclamar el deudor liberado por el legado. La posesión del título no carece de importancia, porque así se libertará de una reclamación posterior, en que deberá demostrar que ese documento representa la deuda legada por el testador.

Y aquí debemos observar, que con excepción de los legados de cosa cierta y determinada en que los frutos corresponden al legatario desde la muerte del testador, en los demás legados sólo le pertenecen desde que el heredero ha sido constituido en mora; pero se exceptúa el caso del artículo, pues como dice Demante, 158 *bis*, V, «en un caso, sin embargo, el legatario tendría el goce de su legado sin haber pedido su

anterior (el 3768) el legado de liberación. El legatario puede pedir que se le devuelva el título de la deuda, si existiere; porque legar la deuda que el legatario tenía para con el testador, importa perdonársela, y este perdón no es susceptible de una posesión; pero como el título es una cosa material, puede exigirlo.

La entrega voluntaria del legado que quiera hacer el heredero no está sujeta á ninguna forma. Puede hacerse por carta ó tácitamente por la ejecución del legado (art. 3770), de modo que bas-

entrega, es cuando se tratase de un legado de liberación. Los intereses dejarían de ser debidos desde el día de la muerte. El legado produce su efecto á partir desde la muerte». ¿Y por qué habiendo aceptado el Código esta teoría, no ha seguido la enseñanza por varios jurisconsultos franceses, cuando el legatario está en posesión de la cosa legada? ¿Para qué obligar á pedir la posesión de la cosa de que es propietario, cuando es determinada, si tiene la posesión material? El art. 3768 habla de los objetos comprendidos en el legado, viniendo así á referirse á los de cosa determinada de que está en posesión. Cuando el Código se corrija, creo necesario cambiar aquella disposición.—Véanse arts. 3767, 3768, 3782 y 3783.

(Art. 3770.) ¿Cómo debe hacerse la entrega de la cosa legada? Ya hemos dicho, cuando es legatario de una cosa cierta y determinada, es propietario de la cosa legada sin tener la posesión, y debe pedirla al heredero ó albacea, esa posesión se adquirirá por los medios determinados en los arts. 2373 y 2374; es decir, por la aprehensión material, de la cosa con ánimo de tenerla para sí, sin que sea necesario ponerse en contacto con ella, bastará que la persona se encuentre en presencia de la cosa con la posibilidad física de tomarla, para que se reputé haberla adquirido. Así pues, el legatario adquirirá la casa, si estuviera desocupada, y el heredero ó albacea lo autorizaran para tomarla, y se pusiera en presencia de ella, ó si estando en posesión á nombre del heredero propietario, éste lo autorizase por cartas ó por cualquier otro acto para que cambiase la causa de su posesión, art. 2387, ó como sucede en el constituto posesorio, cuando el propietario, comienza á poseer á nombre del legatario; por ejemplo, si en la casa legada que posee el heredero, continuase éste en la posesión de ella á nombre del legatario

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3769.—Véase Demante, tom. 4, n° 458 bis (158), § 5. Los intereses dejarían de ser debidos desde la muerte del testador, porque desde ese día los legados producen su efecto. Este efecto, en el caso del artículo, es la liberación, y una deuda extinguida no produce intereses.

tará el reconocimiento del título de legatario, que haga el heredero ó albacea autorizándolo á tener la cosa en ese carácter, para que se considere trasferido.

por habérsela alquilado. Esto es lo que importa la expresión del artículo, de que «la entrega voluntaria del heredero *no está sujeta á ninguna forma*»; es decir, que podrá hacerse por cualquiera de los medios autorizado por el derecho para adquirir la posesión. Esto no importa contrariar la disposición del art. 2378, de que la sola «declaración del tradente de darse por desposeído ó de dar al adquirente la posesión» la haga adquirir, porque en este caso bastará la voluntad del heredero manifestada de cualquier modo, de hacer la entrega de la cosa, y la posibilidad de tomarla el legatario, para que se adquiriera. No se puede decir que la posesión, en esta hipótesis, consista en la materialidad de tomarla, porque no sería posible hacerlo tratándose, por ejemplo, de un campo de grande extensión, bastará que se ponga en presencia de él sin contradictor, ó que el actual poseedor consienta en continuar poseyéndolo á nombre del legatario, para que adquiriera la posesión.

Así es como puede explicarse que la entrega pueda hacerse *por carta*, como dice el artículo, autorizando al legatario para que la tome, y bastará que la cosa se encuentre desocupada ó *vacua*, como dicen los autores para que se reputa poseedor. Si bien es cierto que la palabra hablada ni la escrita pueden importar una tradición, como lo sostiene el Dr. Segovia, esa palabra que por sí sola no producía ese efecto, confiere la posesión y es una verdadera tradición, cuando el adquirente se ha puesto en presencia de la cosa y tiene la posibilidad física de tomarla; por ejemplo, si la casa legada está desocupada, y el heredero autoriza al legatario por una carta para que tome posesión de ella, y éste manda ponerle papel de alquiler, nadie negará que tiene la posesión; en este caso la carta que expresa la voluntad de desapoderarse de la casa para que la reciba el legatario, si bien no la trasmite materialmente, hace constar la voluntad del poseedor de entregarla voluntariamente para que la reciba el legatario, y cualquier acto de éste para confirmar la aceptación y su voluntad de recibirla, basta para que se le considere poseedor.

Cuando el artículo dice que la entrega «puede hacerse tácitamente por la ejecución del legado», expresa, que cualquier acto realizado por el legatario tomando posesión de la cosa ó disponiendo de ella, con conocimiento del heredero, sin que éste se opusiera, se reputará que ha ejecutado el legado.

De los principios que acabamos de exponer no se deduce ciertamente,

Se ha dicho que cuando el legado es de cosa determinada, el legatario adquiere la propiedad de él, siendo de su cuenta los riesgos y peligros, así como los frutos ó aumentos, y si bien está obligado á pedir la posesión de ella, la ley le acuerda otro derecho; así dice el **art. 3775**: *cuando el legado sea de un objeto de-*

qué bastará la *renuncia* del heredero á la posesión para que la adquiera el legatario; porque es necesario el consentimiento y la voluntad de entregar la cosa al legatario, seguido de algún acto de éste que lo coloque en la posibilidad de tomarla por sí ó por otro. Así, cuando el heredero y el legatario se encuentran en lugares diferentes y la cosa está situada en otra parte, bastará con que el primero lo autorice por carta para tomar la cosa y éste mande á un tercero, que se apodere de ella ó la alquile: para que la tradición se considere hecha.

¿Cómo se probará la entrega voluntaria del legado? El legatario ha tomado posesión de la cosa legada, por ejemplo, y para justificar que lo ha hecho con consentimiento del heredero, puede demostrarlo por una letra misiva; es lo que han resuelto diversas Cortes francesas, y lo que sostienen Aubry y Rau, § 718, texto á la nota 10, cuando dicen: «la entrega voluntaria no está sometida á forma alguna especial: una letra misiva, por ejemplo, basta para probarlo. Ella puede ser tácita y resultar de la ejecución del legado. Es así como el legatario del usufructo de una suma de dinero ó de una renta, á la que el heredero ó legatario universal ha servido los intereses ó pagado la renta durante uno ó varios años, está dispensada de pedir la entrega de su legado». Esto viene á explicar lo que estos autores entienden por ejecución tácita, y además se refieren á la prueba de la tradición ó entrega voluntaria de la cosa legada, y no á la entrega material de ella; así es que según esta opinión se habría debido redactar el artículo diciendo: *la prueba* de la entrega voluntaria no está sometida á forma alguna especial: una letra misiva bastará para demostrarlo. — Véanse arts. 2378, 2387, 2394, 2462, n° 3 y 3766.

(**Art. 3775.**) El presente artículo es correlativo del art. 3766 que hemos examinado extensamente. Y allí dijimos, que consideramos un error de doctrina el conferir al legatario de cosa determinada la propiedad de ella y la acción de reivindicación que tiene todo propietario para reclamarla del que la detentare. Y nos confirmamos en esta idea al estudiar este artículo; porque la base y fundamento de la presente disposición es

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3770.— Aubry y Rau, § 718.

terminado en su individualidad, el legatario está autorizado á reivindicarlo de terceros detentadores con citación del heredero; por-

el art. 1014, inc. 1º del Cód. Francés, que acuerda al legatario *un derecho á la cosa legada*; es decir, una acción personal para reclamarla del heredero; no una acción real, porque no le concede un *derecho en la cosa*, como si fuera escrito en ella, que es el rasgo característico de la acción real.

Pothier, que ha inspirado el art. 1014 del Cód. Napoleón, atribuía al legatario de cosa cierta y determinada, la propiedad de ella, reconociendo que no tenía la posesión, y los jurisconsultos que han venido después, han reconocido que era propietario, en el sentido de que podía disponer de ella, vendiéndola, como que la había adquirido desde la muerte del testador; pero Demolombe, XXI, 670, que ha sido en parte el inspirador de nuestro artículo, dice: «nos hemos explicado ya sobre las consecuencias que resultan en provecho del legatario, de este derecho de propiedad y de la acción real que él engendra, véanse n.ºs 548, 631 y 632»; y si vamos á examinar lo que en esas partes dice nos encontramos con lo siguiente, n.º 548: «estableceremos, sin embargo, una regla que es común á todos los legados, y que les es aún aplicable en todos los casos, sin que haya que distinguir si el legado es universal ó á título particular; si el testador deja ó no herederos de reserva; ó si el testamento es por acto público, ológrafo ó místico (cerrado)». Esta regla está consagrada por la primera parte del art. 1014 en estos términos: «todo legado puro y simple dará al legatario, desde el día de la muerte del testador, *un derecho á la cosa legada*, derecho transmisible á sus herederos ó causa habientes». El derecho de propiedad entendido en este sentido, se refiere, pues, á la adquisición del legado, no á la propiedad misma; y esto se confirma en el n.º 631, donde dice: «hemos dicho ya, que desde antes de la entrega de la cosa legada, el legatario tiene *un derecho adquirido á la cosa legada*, derecho de propiedad ó de acreencia según los casos. Es necesario concluir: 1ª, que puede, antes de toda demanda de entrega, y desde el día de la muerte del testador, enajenar, sea á título oneroso, sea á título gratuito, los bienes que forman el objeto de su legado..... 632. Y con mayor razón, el legatario mismo ó sus acreedores en su nombre, pueden antes de toda demanda de entrega de la cosa, ejercer actos conservatorios; tomar, por ejemplo, inscripción sobre los inmuebles de la sucesión, art. 2111; demandar la separación de patrimonios, interrumpir la prescripción, etc.» Hemos hecho estas transcripciones para demostrar que este autor al decir en el n.º 549 que el legatario adquiere la propiedad del legado, ha querido expresar, que éste, únicamente ha

que si es propietario, el heredero no podría hacerlo, una vez que la cosa haya salido de su poder, ó que no estuviera en el de la sucesión cuando se abrió.

adquirido el legado, y puede disponer de él; de ningún modo que tenga un derecho real en la cosa legada.

Si examinamos á Aubry y Rau, § 722, texto á las notas 6.ª y 22, cuya redacción ha tomado nuestro artículo, veremos que estos autores aceptan la validez de las ventas de los inmuebles legados, consentidas por el heredero, en provecho de un adquirente de buena fe; lo que prueba que el legatario de cosa cierta y determinada no es propietario según ese sistema, pues, si lo fuera, no habría podido vender sin consentimiento del dueño, aunque no aceptamos tales enajenaciones como válidas. Y lo que demuestra palpablemente la inconsistencia de la teoría sostenida por el artículo, es que si fuera propietario de la cosa por la muerte del testador, no estaría sujeto á quedar sin valor dicho legado, como sucede cuando ataca la legítima de los herederos forzosos; pero nuestro Código concede la acción de reivindicación, y en este sentido debemos estudiarlo.

El artículo dice, el legatario está autorizado á reivindicar, contra terceros, la cosa legada; es una acción *sui generis* concedida por el legislador, para reclamar la cosa sin haber tomado posesión de ella, á fin de que pueda obtenerla sin el auxilio del heredero, que debería estar obligado á reclamarla, y el legislador por su propia autoridad ha sustituido al legatario en los derechos del heredero, á fin de impedir un pleito para ser autorizado á ejercer esos derechos en nombre de éste; pero como puede tener derechos á la cosa legada, sea en los casos en que perjudique su legítima, sea cuando el legado fuere nulo por incapacidad del legatario ó por cualquier otra causa; la reivindicación debe hacerse con su citación, no porque ésta equivalga á una demanda de entrega; ni menos aún porque la tradición quede hecha por el consentimiento del heredero, como lo suponen algunos equivocadamente. No hay necesidad de tradición, desde que la misma ley autoriza al legatario á reivindicar la cosa de terceros detentadores, colocándolo en lugar del heredero para el ejercicio de esta acción; pero como éste puede tener derechos que oponer á la entrega de la cosa, de ahí la necesidad de hacerlo intervenir, para darle lugar á que se oponga. ¿Puede deducir la acción reivindicatoria contra el mismo heredero? No lo creo, pues el artículo no la concede ni se deduce de sus términos que esa sea la intención, y sería inútil para el objeto que se propone el legislador. Y si ocurrimos á las fuentes de donde fué tomado el artículo, nos convencere-

§ 1028. — DE LOS LEGADOS BAJO CONDICIÓN Ó CON CARGAS

El testador puede disponer de sus bienes imponiendo condiciones que no sean prohibidas por la ley, pero si por ejemplo, hu-

mos que así debe ser. Aubry y Rau, § 722, texto á las notas 20 á 22, dicen: « todo legatario particular tiene contra la persona encargada de pagar el legado, una *acción personal* para obtener, según las circunstancias, sea el pago de su legado, sea la *tradición* ó que lo pongan en posesión real de los objetos legados y los accesorios que de ellos dependen, sea una indemnización en razón de la pérdida ó de los deterioros de esos objetos. Cuando se trata de un legado de objetos determinados en su individualidad, el legatario está además autorizado á reivindicarlos de terceros detentadores, suponiendo que su acción de reivindicación se pueda deducir según la naturaleza de esos objetos ». Así, pues, el legatario no tiene necesidad, ni ha sido investido por la ley de una acción real contra el heredero, que tiene la posesión legal de la cosa; pero si la hubiera enajenado, en vez de obligarlo á ceder sus acciones para reivindicarla, autoriza al legatario para hacerlo directamente con citación del heredero, lo que es bastante para garantizar los derechos de ambos. La nota del Dr. Velez Sarsfield apoya indirectamente la teoría que sostengo. No hay acción real de reivindicación contra el heredero, ni la necesita para ser puesto en posesión; si demandada ésta, el heredero se negare á entregar el legado porque el legatario fuera incapaz de recibirlo, como si por ejemplo, la legataria fuera la mujer del escribano que otorgó el testamento, ó si el legado atacase la legítima forzosa, ó porque el testamento fuera nulo, etc., no habría acción reivindicatoria, sino una personal. Pero si el heredero poseyere la cosa legada, no á título de tal, sino por haberla adquirido de un tercero, en ese caso puede ser demandado por reivindicación; pero no á título de heredero, sino como un tercero cualquiera; lo que no desvirtúa la afirmación, de que no se puede deducir la acción reivindicatoria contra el heredero, y por el contrario la confirma.

La acción de reivindicación, ¿puede deducirla el legatario de cosas determinadas, contra el tercero adquirente de buena fe? Aubry y Rau. § 722, nota 6ª, sostiene que las ventas de inmuebles consentidas por el heredero, en provecho de los terceros de buena fe, deben ser mantenidas, y entre nosotros, el Dr. Llerena sigue esta opinión, sin dar razón alguna, para levantarse contra el mandato expreso del artículo, porque no reputo como fundamento el art. 3429 que habla de los actos de administración, ni el 3430 que se refiere á las enajenaciones de inmuebles he-

biera dicho: lego á fulano tal casa bajo la condición de que vivirá en ella, sin cambiar jamás de domicilio, ó con la condición de que

chas á título oneroso por el poseedor de la herencia, con relación al dueño de ésta y no á los legatarios, en los casos en que por inacción del heredero tomase posesión de ella. Si el art. 3766 reconoce al legatario como propietario de la cosa; si el presente lo autoriza á reivindicarla de cualquier poseedor, no veo por qué se detendría esa acción, cuando el heredero hubiera enajenado lo que no era suyo, sólo porque el adquirente tuviera buena fe. El tercer poseedor de la cosa legada puede ser demandado por el legatario, deduciendo la reivindicación, haciendo citar al heredero; el artículo es terminante y no admite excepción.

El legatario de cosa determinada, ¿puede deducir acciones posesorias antes de haber sido puesto en posesión? Las acciones posesorias sólo se acuerdan al que está en posesión de la cosa para mantenerlo en ella, ó no ser perturbado; pero ¿qué turbación puede sufrir quien no ha tomado posesión de la cosa? ¿Cómo podría, por otra parte, ser perturbado en una posesión que jamás ha tenido? Mi opinión es que las acciones posesorias sólo puede deducirlas el heredero que ha sido puesto en posesión de la herencia, y que tiene obligación de entregar la cosa legada, una vez que le sea pedida por el legatario. La única acción que se ha concedido al legatario es la reivindicatoria, para reclamar la cosa cierta y determinada que le ha sido legada, y que fuera detentada por terceros, y esa facultad la hemos considerado como de derecho excepcional, sin que pueda extenderse á la posesión que no ha tenido.

El heredero puede reivindicar la cosa cierta y determinada que ha sido legada por el testador, y que un tercero posea? Debemos distinguir: si el heredero la reclamase á título de dueño, alegando la incapacidad del legatario, la nulidad del testamento, ó por cualquier otra causa de donde resultare que la cosa no ha salido de la sucesión, es evidente que su derecho no puede ser contestado; pero convendría que al deducir la reivindicación hiciera citar al legatario para que la resolución tuviera la fuerza de la cosa juzgada contra éste; pero si por inacción del legatario quisiera reclamar la cosa, como no es suya, ni forma parte de la herencia, desde que el testador la ha dejado á un tercero, no tendría título de propiedad para deducir la acción reivindicatoria, y en ese caso está en la situación de un tercero extraño que viniera á reclamarla y cuya acción podría ser rechazada por no tener derecho. Si el legatario, dueño y señor de la cosa no la reclama, ¿con qué título el heredero vendría á reivindicarla? Así como el legatario debe hacer citar al heredero, para deducir la acción reivindicatoria contra terceros, á fin de que pueda opo-

permanecerá célibe, esa disposición dejaría necesariamente sin efecto el legado; sin embargo, puede legar pura y simplemente

nerse y reclamar la cosa como suya, alegando la nulidad del legado; del mismo modo puede el heredero reivindicarla, haciendo citar al legatario para que se defienda contra la reclamación, y en ese caso su derecho es evidente, si demuestra que el legatario es incapaz de recibir el legado; como por ejemplo, si el legatario fuese el escribano ante quien se otorgó el testamento. ¿Quién se atrevería en ese caso á negar al heredero su derecho para reivindicar la cosa legada, poseída por un tercero?

La citación que el artículo ordena se haga al heredero, no es como lo sostienen algunos, porque ella importe una demanda de entrega de la cosa legada; ni menos importa esa demanda una tradición, que sería incomprensible é injustificable; no lo primero, porque cuando la cosa es poseída por un tercero, la ley pone en la mano del legatario la acción reivindicatoria para que en su nombre pueda reclamarla, como si realmente hubiera estado en posesión de la cosa y la hubiese perdido, lo que es una excepción al art. 2758; pero como se trata de la propiedad de la cosa, se da intervención en el juicio al heredero para que deduzca las acciones que crea tener; ni menos lo segundo, porque jamás una demanda puede importar una tradición, que consiste en la entrega de la cosa, ó en la posibilidad de tomarla, ó de entrar en posesión de ella por encontrarse sin detentador, ó porque éste consienta en continuar en la posesión á nombre del adquirente.

Los gastos de la reivindicación, ¿por quién deben ser abonados? Supongamos que se ha legado una cosa cierta y determinada que otro posea, y sobre la que el testador creía tener derechos de propietario. Si admitimos que el derecho del testador ha sido reconocido por la justicia, y entregada la cosa al legatario; si el demandado no ha sido condenado en las costas del juicio, ó si no tuviere como pagarlas, ¿la sucesión deberá abonarlas al legatario que ha reivindicado la cosa? ¿Se comprenden estos gastos en que el heredero no ha intervenido sino pasivamente por la citación, en los gastos de entrega que son á cargo de la sucesión y de que habla el art. 3767? En este artículo nos hemos decidido por la afirmativa, aunque no sin ciertas vacilaciones. porque eso sería entregar al heredero en manos del legatario, quien podría hacer grandes gastos en el pleito, sabiendo que la sucesión los pagará, y ésta no tiene defensa alguna.

Si por el contrario suponemos, que el pleito se ha perdido, más aún, que se ha seguido de mala fe por el legatario que no ha querido recono

ó bajo condición, ó á plazo cierto ó incierto; así dice el **art. 3771**:
los legados subordinados á una condición suspensiva ó á un término

cer los títulos evidentes del detentador, y ha sido condenado en las costas, ¿también debe pagarlas la sucesión? En este caso, como ha litigado de mala fe, él debe responder personalmente, porque esa condenación es una pena impuesta al temerario litigante; pero si hubiera sido vencido reconociéndose que ha tenido razón para litigar, la sucesión debe abonar las costas.

Pero téngase presente que, el heredero no puede reivindicar la cosa legada, porque no es dueño de ella, á menos que alegase la incapacidad del legatario ó la nulidad del legado, y la reclamase para sí; así es que no estoy conforme con la opinión del Dr. Llerena, quien sostiene, «que los gastos del juicio de reivindicación iniciado por el heredero, contra los terceros, son á cargo de la sucesión, pues el art. 3767, establece que los gastos de entrega son á cargo de ésta última»; porque si bien es cierto que esos gastos con las excepciones que hemos apuntado, deben ser pagados por el heredero, eso no lo autoriza para reivindicar una cosa que no es suya, y es por esa razón que la ley se ha visto en la necesidad de conferir al legatario la acción reivindicatoria. Y por consiguiente niego que «la acción concedida por el presente artículo al heredero (legatario debió decir), no impide que los herederos mismos puedan reivindicar los inmuebles, si el legatario no lo hace». ¿Con qué derecho y á qué título harían los herederos esa reivindicación? ¿Acaso es suya la cosa legada? Si el legatario no quiere usar de sus derechos, ¿quién se los ha conferido al heredero para reclamarla para sí?—Véanse arts. 2513, 2758, 3421, 3422, 3766 á 3768 y 3786.

(**Art. 3771.**) Aubry y Rau, § 717, texto á la nota 4, de donde fué tomado el artículo, dicen con más propiedad: «los legados *cuya existencia* está subordinada á una condición suspensiva ó á un término incierto», y así debemos entenderlo, porque en el siguiente regla, no la misma disposición, sino la ejecución ó pago del legado. No se debe confundir, como ocurre frecuentemente, el plazo incierto con la condición,

*Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3775.*¹—Toullier, tom. 5, n° 572.—Aubry y Rau, § 722.—Pero Merlin dice, que si por una parte el legatario está autorizado á obrar realmente contra el tercer poseedor, por otra, debe pedir al poseedor la entrega del legado, y propone los medios de salvar esta dificultad. Véase Vazeille, sobre el art. 1015, n° 5. Nosotros la salvamos citando al juicio al heredero, el cual puede excepcionar sobre la validez del legado ó incapacidad del legatario, y puede también aparecer si el heredero ha enajenado ó no la cosa legada.

incierto, no son adquiridos por los legatarios, sino desde que se cumple la condición, ó desde que llegue el término; entendiéndose

porque en el primero, el acontecimiento debe necesariamente realizarse, mientras en la condición es esencial la incertidumbre de si se realizará ó no; en el presente artículo se ha tomado la expresión de término incierto, en el sentido de la ley 75, tít. 1, lib. 35, Dig., que dice: «una disposición testamentaria hecha bajo un término incierto, es condicional»; porque no se sabe si el término llegará. Cuando el legado se ha hecho bajo una condición de esta clase, se encuentra en suspenso, y no produce efecto hasta que la condición ó plazo incierto llegare, de modo que si el legatario fallece antes de cumplirse, el legado caduca, y sus herederos no tienen derecho para reclamarlo, cuando la condición se cumpliera después de la muerte de su causante. Esta es la diferencia que existe entre la condición puesta á la existencia de la misma disposición, y la que se impone á la ejecución, que como se verá en el artículo siguiente, el legado se adquiere y pasa á los herederos del legatario.

Mientras que la condición ó término incierto no se ha cumplido, la cosa legada continúa perteneciendo al heredero; pero como el legatario tiene un derecho eventual que puede venir á confirmar la realización de la condición, la ley le acuerda en estos casos derechos conservatorios, para impedir que la cosa legada se deteriore, desaparezca ó se pierda por la prescripción; es por esa razón que podría interrumpirla; cuando un tercero la poseyera con ánimo de adquirirla. Pero de estos derechos conservatorios no se puede deducir el que la generalidad de los autores franceses conceden al legatario, para exigir caución al heredero á fin de garantizar el pago de su legado; porque no hay ley alguna que le imponga semejante obligación. Demolombe, Troplong, Delvincourt y Zachariae, sostienen la opinión contraria; pero á tan respetables autoridades se les puede contestar, como lo hacen Aubry y Rau, «que no se puede someter al heredero á una obligación de dar caución, porque no le es impuesta por texto alguno del Código»; lo que sucede entre nosotros.

¿Qué sucedería en caso de duda, sobre si la condición es impuesta á la disposición ó solamente á la ejecución? Se deben estudiar todos los antecedentes del asunto, tratando de descubrir cual ha sido la voluntad del testador, que será siempre la regla á que se sometan las disposiciones de última voluntad. Si la duda persistiera, no debemos decidir el caso según la máxima general aplicada á las obligaciones que, en caso de duda, se resuelve en favor del obligado, libertándolo; en la hipótesis

que la condición ó plazo incierto es puesto á la disposición misma, y no á su ejecución ó entrega, porque en este caso el legado

la cuestión varía, porque se decide en favor de la voluntad del testador que ha querido realizar un acto de beneficencia: pura y simplemente, y se juzgará que la condición no ha existido, para que los deseos del testador se lleven á efecto.

Quando se tratare de una condición suspensiva de no hacer, impuesta al legatario, ocurrida la muerte del testador, puede pedir se le entregue la cosa, dando la caución que en derecho romano se llamaba *muciana*, del nombre del Pretor Mucio Scévola, y que consiste en asegurar que se restituirá la cosa legada, si llegare á ejecutar lo que se le ha prohibido en el testamento.

El artículo dice en su segunda parte, que el legado se adquirirá desde que la condición ó plazo incierto se cumpla, de modo que el legatario deberá obtener la cosa desde ese instante; pero como en todas las obligaciones condicionales, una vez que la condición se cumpliere, se retrotrae al tiempo en que el acto se celebró, ¿adquirirá la cosa con efecto retroactivo al día en que falleció el testador? Esta es una cuestión importante, no sólo por lo que se relaciona con los frutos de la cosa, sino en cuanto atañe á la capacidad para recibir. Si le damos efecto retroactivo, tendremos que reconocerle los frutos que la ley le niega, y debe remos concluir igualmente, que si era incapaz de recibirlo á la muerte del testador, aunque esa incapacidad hubiera desaparecido al cumplirse la condición, habría perdido el legado; conclusión, que no admitimos. En los contratos se comprende la aplicación de ese principio, porque se requiere la capacidad en el momento de realizarlos; no así en los actos de beneficencia en que sólo se busca la capacidad del testador en el momento de ejecutar el acto, y la del beneficiario en el de recibir el beneficio, y por mi parte sostendría que en las disposiciones testamentarias hechas bajo condición, no se concede el efecto retroactivo al día de la muerte del testador, estando conforme con la opinión de Aubry y Rau y Duranton, que apoyándose en Ricard y Furgole, exigen la capacidad en el momento de cumplirse la condición. ¿Cómo se concilia esta opinión con el art. 3610, que ordena se aplique á las disposiciones testamentarias bajo condición, lo establecido respecto á las obligaciones condicionales? Es que ese artículo es complementario del anterior, donde se habla de las condiciones prohibidas, y es con respecto á ellas que debe aplicarse, no con relación á los efectos que produce; porque hay sustancial diferencia entre un contrato y una disposición testamentaria. — Véanse arts. 545, 569, 3724, 3772 y 3790.

pasará á los herederos hasta que llegue el plazo. Se tendrá, pues, en cuenta que la condición ó término incierto sea puesto al legado mismo, que debe quedar incierto sobre si tendrá efecto ó no; pero, *si una condición suspensiva ó un término incierto es puesto, no á la disposición misma sino á la ejecución ó pago del legado, éste debe considerarse como puro y simple, respecto á su adquisición y transmisión á los herederos del legatario (art. 3772)*; de modo que

(Art. 3772.) El presente artículo ha dado lugar á observaciones y críticas entre los autores argentinos, y por esa razón vamos á estudiarlo detenidamente. Determinemos su filiación, que, como se verá, ha sido tomado á la letra de Aubry y Rau, § 717, texto en la nota 5, donde dicen: «si una condición suspensiva ó un término incierto se ha puesto, no á la disposición misma, sino solamente á la ejecución ó pago del legado, éste sería considerado como puro y simple, respecto de su adquisición y transmisión á los herederos del legatario», y para explicar el principio sentado, dichos autores agregan: «es lo que tendría lugar, por ejemplo, en el legado hecho en los términos siguientes: lego á Pedro tal suma, que le será pagada el día de su mayor edad ó que le será pagada el día de la muerte de Pablo»; porque en ese caso la suma le es debida, y será ciertamente pagada el día que se venza el plazo determinado para su entrega; en este caso no hay condición, ni el legado es condicional, porque la suma legada la debe el heredero, y la entregará una vez vencido el plazo cierto señalado en el primer caso, cuando Pedro llegue á la mayor edad, que se puede determinar fijamente el día en que llegará, y en el segundo también llegará ciertamente el día en que se entregue el legado, pero se ignora cuando ocurrirá la muerte de Pablo, por eso se dice que el plazo es incierto.

Ahora bien, cuando hay duda sobre la cuestión de saber si una condición ó término incierto, es puesto á la disposición misma ó solamente á su ejecución, dicen los autores citados, se debe resolver la dificultad

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3771. — Troplong. Testament, n° 1872. — Pothier, Donat., Testament., Cap. 5, Parte 2, §§ 31 y siguientes. — Aubry y Rau, § 717. En los legados, el término incierto equivale á una condición que hace condicional el legado. Dies incertus conditionem in testamento facit. L. 7, Dig. De condit. El término puesto á un legado es cierto, cuando se puede determinar con anticipación la época en que llegará. El término es incierto, cuando depende de un acontecimiento que, aun cuando deba necesariamente llegar, puede realizarse en una época más ó menos remota, que es imposible determinar con anticipación. Así, la indicación de la muerte de una persona constituye un término incierto.

éstos lo adquieren, y sólo esperarán á que el plazo incierto se cumpla. Esto hace ver igualmente, que aquí la palabra condición

según la intención probable del testador; reducen, pues, los casos á cuestiones de interpretación, buscando descubrir en los términos empleados y en las demás partes del testamento mismo, la voluntad probable del testador; pero esto no nos autorizaría á ir á buscar fuera del testamento esa prueba, como algunos lo aconsejan. No hay hechos que probar; se buscará la intención que se desprende de las palabras equívocas empleadas y que han dado lugar á la duda.

Si estudiamos la cuestión en su base fundamental, que es el derecho romano, veremos que se encuentran al parecer soluciones contradictorias, si bien no lo son en realidad. En efecto, en la ley 46, tit 1, lib. 36, Dig., nos dice Paulo: «que Seyo-Saturnino, general de la flota británica, ha hecho un testamento en el que instituye por su heredero de confianza á Valerio-Máximo, capitán de una galera, y le encarga de entregar la sucesión á su hijo Seyo, cuando haya llegado á los 16 años. Seyo-Oceanus muere antes de haber llegado á los 16 años. Mallius Séneca, que se pretende tío materno de Seyo, pide esos bienes como su más próximo heredero. Pregunto á quien de los dos pertenecen estos bienes, ¿si es al capitán Valerio-Máximo, heredero instituido, ó á Mallius Séneca, que se dice tío del niño difunto? He respondido, si el niño Seyo-Oceanus, á quien la sucesión de Saturnino ha debido ser entregada por Valerio-Máximo cuando hubiera llegado á la edad de 16 años, ha muerto antes de llegar á esa edad, la sucesión pertence á aquél á quien deben pasar los otros bienes de ese niño; porque se puede decir, que el fideicomiso ha sido debido durante la vida misma de Oceanus, *si se ve que Saturnino, al alejar el término del pago del fideicomiso, ha querido más bien confiar la tutela del niño al heredero de confianza que él ha instituido, que fijar al fideicomiso un término incierto*». He transcrito toda la ley para que se pueda hacer un estudio comparativo de las leyes romanas y aplicarlas á la explicación de nuestro artículo. Ulpiano ha respondido en la ley 49, tit. 1, lib. 30, Dig., de este modo: «si se lega á alguno bajo la condición, cuando tenga 14 años, es constante en el uso que el legatario tenga los 14 años cumplidos y no basta que esté en los 14 años. Marcelo ha escrito que el Emperador así lo ha juzgado..... Este legado (agrega) es al mismo tiempo condicional y á término; es condicional en tanto que el legatario no tenga 14 años cumplidos, después de este tiempo él está en el término. Por esta razón, si el legatario *muere antes de tener 14 años cumplidos, no transmite el legado á su heredero*».

¿Pero en realidad estos textos son contrarios, como la generalidad

suspensiva no está puesta como equivalente de plazo incierto, el que necesariamente debe cumplirse.

de los autores los han considerado? No participo de esa opinión, porque la respuesta de Paulo ha sido dada bajo el supuesto de que en el legado *se vea la intención del legatario*, que es de confiar la tutela del niño al fideicomisario, y no de fijar al fideicomiso un término incierto; luego, cuando esta intención no se encuentra en los términos del legado, la decisión debe ser contraria, conformándose con la respuesta de Ulpiano, en que el legado no se adquiere sino por el vencimiento del término. Pero veamos la opinión de Maynz, § 500, nota 69. «Tratándose de la herencia testamentaria (dice), hemos visto que nuestras fuentes dicen, de manera general: *dies incertus condicionem in testamento facit*; pero relacionando y motivando este adagio, hemos hecho observar, que es necesario guardarse de considerarlo como que consagra una regla absoluta y completa. En efecto, todo depende en esta materia de la intención cierta ó probable del testador, de suerte que puede suceder que un *dies incertus* constituya un término, como por otra parte, el día el más cierto puede constituir una condición. Así, nuestras fuentes nos dicen que el legado: *cum legatarius morietur*, debe ser considerado como un legado á término que es inmediatamente adquirido por el legatario, salvo el no poder exigirlo sino á la muerte del legatario. Por el contrario, los legados: *cum heres morietur*, *cum heres voluerit*, son condicionales, y no surten su efecto sino cuando el legatario sobrevive al heredero. Lo mismo sucede con las disposiciones hechas para el día «en que una tercera persona morirá», así como las hechas para el día «en que el heredero ó un tercero llegue á tal edad determinada». Pero respecto del legado hecho para el día «en que el legatario haya cumplido tal edad determinada», encontramos soluciones contradictorias».

Si bien estoy conforme que se debe buscar en los términos mismos de que se ha servido el testador, para expresar su voluntad, la intención que ha tenido al hacer el legado, no lo estoy respecto á la contradicción que se encuentra en los textos citados, que como se habrá visto se concilian perfectamente; porque si Paulo reputa adquirido el legado antes del vencimiento del término, es únicamente cuando se vea claramente la intención del testador, de alejar el término, sólo con el objeto de confiar la tutela del legatario, al nombrado heredero; pero no en caso contrario, en que Ulpiano sienta como principio general que el legado es condicional mientras el legatario no haya cumplido la edad, y á término una vez que éste hubiere llegado, estableciendo que si el legatario muere antes de cumplir la edad, no transmite el legado á su

Así, aun cuando el legado fuera condicional, y con más razón si fuera puro y simple, el legatario tendría derechos eventua-

heredero; para alterar pues esta regla, es necesario que la intención del testador esté manifiesta de hacer adquirir el legado inmediatamente.

Se debe buscar la intención en las palabras que el testador ha usado al hacer el legado, porque como dice Ricard, para que el término incierto venga á ser una condición, es necesario que él afecte la sustancia del legado, y que se encuentre inseparablemente unido; por ejemplo, si hubiere dicho: lego á Julio diez mil pesos cuando llegue á los 25 años; el legado no le será debido si falleciere antes de llegar á esa edad; porque la cláusula se liga á la sustancia misma de la disposición, y es inseparable de ella; no está puesta como un término cierto en que necesariamente se deba entregar el legado; por el contrario no la habrá adquirido sino cuando haya llegado á la edad designada. Pero si suponemos que hubiera dicho: lego á Julio diez mil pesos que le serán pagados cuando cumpla los 25 años, es evidente que la intención del testador ha sido de legarle esa cantidad sin someterlo á ninguna condición; el término en este caso no afecta la disposición, y los herederos del legatario recogerán el legado una vez que se haya vencido el término. Y para hacer más claro el legado puro y simple podíamos suponer que el testador hubiera agregado; mi heredero le pagará los intereses del ocho por ciento hasta que haya cumplido esa edad.

En caso de duda, en las obligaciones, hemos sentado el principio general, que se debe resolver en favor del deudor; pero esto se aplica á los contratos, y aunque hemos admitido en algunas partes, el mismo principio con relación á las disposiciones testamentarias considerando al horeldero como deudor, me parece que en estos casos se interpretaría mejor la voluntad del testador, resolviendo la cuestión en favor del legatario, á quien se ha querido beneficiar. De esta opinión es Maynz, § 500, texto en las notas 78 y 79, cuando dice: «¿y cuando nada nos ponga en camino de adivinar la intención del testador? Estimamos que, en este caso, se le debe admitir como un legado puro y simple *ex dic.* en vez de un legado condicional, por la razón de que la intención liberal del testador es cierta, y que desde luego, la interpretación conforme á los principios generales, debe hacerse en el sentido de que la disposición produzca ese efecto». Por mi parte razono en una forma análoga, y me digo: ¿es cierto que el testador al legar la cosa, quiso hacer una liberalidad? La prueba más evidente es que ha dejado al legatario una parte de sus bienes, sin que nadie lo haya obligado; partiendo pues, de este

les que conservar, porque si bien es cierto que puede no adquirir el legado, si la condición no se cumpliera; como puede

principio, si hubiere duda entre si el legado es puro y simple ó condicional, interpretaríamos la voluntad del testador, inclinándonos á considerar como puro, dando efecto á la disposición. En las obligaciones es diferente, porque hay un elemento que no existe en los testamentos, la intención de beneficiar; en las obligaciones, en caso de duda se decide en favor de la libertad del obligado, que es su estado natural.

Por otra parte, es un principio de derecho el considerar el término, como el acontecimiento que necesariamente debe llegar, mientras la condición afecta la sustancia de la disposición dejándola incierta.

Las leyes romanas, como los autores franceses, están contestes, en que para decidir si el legado es á plazo ó condicional, es necesario investigar en las palabras la intención del testador; pero la cuestión es saber cuando lo ha hecho á plazo, y cuando ha sido su voluntad que sea condicional; por eso no acepto la opinión del Dr. Llerena que cree decisiva la cuestión, aplicando los arts. 529, 569 y 3610, porque precisamente es lo que se trata de averiguar; es una frase ambigua usada por el testador, y se desea saber, si quiso y fué su voluntad determinar un plazo para la entrega del legado, ó si quiso imponer una condición. Y la prueba de que la dificultad existe, es que aplicando esos principios él mismo, incurre en un error en el ejemplo que trae, cuando dice: «lego tal suma á Pedro que le será *entregada* cuando llegue á su mayor edad, que debe entenderse por nuestro derecho lo mismo que si se dijera: lego tal suma á Pedro, *si llega* á la mayor edad. En ambos casos el legado será condicional»; cuando en el primer caso el legado es á término y en el segundo condicional. Pothier pone los ejemplos siguientes: «lego á Juan tal suma cuando llegue á su mayor edad, ó cuando Pablo haya muerto», reputándolos en ese caso, como condicionales (de acuerdo con las leyes romanas. Pero si dijera el testador: «lego á Juan tal suma que le será *entregada* cuando sea mayor de edad ó cuando Pablo muera», el legado será puro y simple, porque aquí no existe una condición que pueda dejarlo sin efecto, sino simplemente el término en que deberá entregarse el legado, y los herederos del legatario tendrán derecho para reclamarlo, cumplido el plazo señalado para la entrega; mientras que cuando ha legado esa suma, si llega á la mayor edad, el legado es condicional y no se adquiere sino cuando la condición se hubiere cumplido, de modo que si el legatario ha fallecido antes de la mayor edad, sus herederos no podrán reclamarlo. Eso es lo que importan las palabras de nuestro artículo al decir, que cuando la condición ó plazo incierto es

llegar á ser dueño de la cosa, si en caso contrario la condición llegare á realizarse, de ahí es que para estos casos dice

puesta á la ejecución ó pago del legado, éste se reputa puro y simple. ¿Y que mejor prueba que es puesta á la ejecución y no al legado mismo, cuando el testador ordena que se entregue tal suma al legatario, cuando llegue tal plazo? Pero si por el contrario, hubiese dicho que el legado no existirá sino cuando tal acontecimiento se realice, es claro que depende de la sustancia misma de la disposición del hecho á realizarse.

En derecho francés, como en el nuestro, la condición difiere del plazo incierto, y no es una novedad el art. 529, como parece lo han creído algunos autores argentinos; porque es un principio reconocido que el plazo es *cierto*, cuando de antemano se ha fijado el tiempo en que la obligación se cumplirá, y es *incierto*, cuando se ignora el tiempo, pero se sabe que necesariamente debe llegar; pero en una y otra hipótesis el plazo debe llegar, y la obligación ó el legado existe real y verdaderamente, lo que no sucede con la condición, en que ni la obligación se ha formado, ni el legado existe, sino una vez cumplida la condición.

La dificultad que ha venido desde el derecho romano, y que se transmitirá por nosotros á las generaciones que nos sucedan, no está precisamente en conocer la diferencia entre la condición y el término incierto, sino en averiguar, en adivinar, si nos es permitida la expresión, la intenciuón del testador al poner la condición ó plazo incierto, y saber si fué puesta al legado mismo, ó si sólo lo fué á la ejecución. En los ejemplos citados por Pothier: «lego á fulano tal suma que le *será entregada* cuando llegue á su mayor edad», que todos los autores admiten como legado puro y simple, interpretando la voluntad del testador, diciendo que el plazo se ha puesto únicamente á la ejecución, mientras que cuando ha dicho: «lego á fulano tal suma *si llega* á la mayor edad», todos están contestes en afirmar que es un legado condicional, porque si no llega á la edad por haber fallecido, no lo podrán cobrar sus herederos.

Es necesario tener presente el art. 3799 donde se dice, que el legado caduca, cuando la ejecución está subordinada á una condición suspensiva ó á un término incierto, y el legatario muere antes del cumplimiento de la condición ó vencimiento del término, lo que parece contradecir la proposición del presente artículo, quo lo declara adquirido, como si fuera puro y simple. Trataremos de explicarla cuando estudiemos aquel artículo.—Comp. DURANTON, IX, 291. LAURENT, XIII, 533 y sig.—Véanse arts. 3766, 3771 y 3799.

el **art. 3773**: *el legatario, bajo una condición suspensiva ó de un término incierto, puede, antes de llegar el término ó la condición,*

Debemos observar que las expresiones «condición suspensiva ó término incierto», están mal empleadas en este artículo, como lo observamos más adelante en el art. 3799, pues si la ejecución del legado depende de una condición suspensiva que no se realiza, el legatario ni sus herederos pueden reclamarlo desde que la condición no se ha cumplido y es evidente que no se cumplirá, mientras el término incierto debe necesariamente cumplirse, y el legado se ha adquirido suspendiéndose sólo su ejecución para cuando el término se cumpla.

(**Art. 3773.**) El artículo no hace distinción entre el legado bajo condición ó término incierto puesto al legado mismo, del caso en que esa condición ó plazo se pone á la ejecución; si bien podía decirse, que tratándose en el artículo anterior de la condición suspensiva ó término incierto puesta á la ejecución, á esos casos debiera aplicarse el presente; pero *lex non distinguit*.

El legatario condicional, que no sabe si el legado le corresponderá ó no, á semejanza del acreedor condicional cuya obligación no ha nacido aún; pero que puede convertirse en real y efectiva, debe tener derechos conservatorios para defender lo que puede llegar á ser suyo. ¿Pero hasta donde se extienden esos derechos conservatorios? Aubry y Rau, § 711, texto en la nota 7, de donde fué tomado nuestro artículo, dicen: «es así por ejemplo, que está autorizado para requerir la inscripción sobre los inmuebles de la sucesión; á provocar la separación de patrimonios, y á obrar contra los terceros detentadores de los inmuebles comprendidos en su legado, para interrumpir el curso de la prescripción. Pero no podrá exigir una caución de las personas encargadas de pagar el legado, para garantir el pago una vez llegada la condición».

¿Podrá reivindicar, la cosa legada, de terceros poseedores, con citación del heredero? No lo creo, porque el único caso en que ejerce ese derecho es cuando fuere legatario de cosa determinada, en que adquiere la propiedad desde la muerte del testador; pero esto sólo sucede en el legado puro y simple; en el condicional no puede hacerlo, porque no sabe si será ó no propietario. Tampoco pueden pedir se decreta la inalienabilidad del inmueble hipotecado, como lo sostienen algunos, porque el legatario condicional nada tiene que ver con la enajenación, desde que

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3772.—Trophong, n° 386.—Aubry y Rau, § 717.—Pothier, *Donat. Testament*, Cap. 5, Secc. 2.

ejercer los actos conservatorios de su derecho, porque puede llegar á existir.

En cuanto á los legados hechos con cargas, son regidos por la

el inmueble responde por la hipoteca, y cualquiera que lo adquiera está obligado con la cosa.

Si el inmueble legado bajo condición fuera enajenado por el heredero, el legatario no podría oponerse á esa enajenación, ni menos impedirla; pero si hacer saber judicialmente al adquirente, que ese inmueble ha sido legado bajo condición, y que sólo puede ser enajenado en esa forma. Por otra parte, el heredero vendedor, que ocultara el estado de la cosa, cometería el delito de estelionato, vendiendo como libre una cosa afectada á otro.

¿Podrá el legatario condicional exigir fianza? En derecho francés es una cuestión muy debatida, Aubry y Rau, Duranton y varias Cortes francesas niegan este derecho; pero Delvincourt, Troplong y Demolombe, admiten que se pueda pedir en ciertos casos, como por ejemplo, si la cosa legada fuera inmueble, y hubiera serios temores de insolvencia de los herederos. En mi opinión, no hay derecho para exigirla, porque el Código en parte alguna lo autoriza, y cuando hubiera temor fundado de enajenación en uso de sus derechos conservatorios, puede demandar la entrega de la cosa dando fianza de devolverla con sus frutos, si la condición no se cumpliera. Dijimos en el art. 546, que en la obligación condicional suspensiva, en caso de concurso del deudor, el acreedor podría pedir una fianza, porque se trata de la distribución de todos los bienes, mientras no sucede lo mismo en la presente hipótesis en que el deudor no está concursado. Pero en los casos especiales de condiciones negativas, con el carácter de suspensivas, como el legatario no podría tomar la cosa hasta su muerte, se le ha permitido demandar la entrega del legado, dando una caución para restituirla cuando contraviniese á la condición; esta caución se llamaba en el derecho romano *caución mutuum*.—Véanse arts. 546, 3436, 3458, 3610 y 3802.

Dijimos que el legatario bajo condición suspensiva, no podía deducir la acción reivindicatoria contra los terceros poseedores. ¿Y cómo podrá interrumpir la prescripción, derecho que por la nota le concede el Dr. Velez Sarsfield? Es sabido que la prescripción sólo se interrumpe por la demanda contra el poseedor, art. 3986, y si no puede demandar la propiedad, porque no sabe si le pertenecerá, ¿cómo puede interrumpir la prescripción? Demandando al heredero para que reclame la cosa, y en caso de no verificarlo, hacerse autorizar por la justicia para ejercer en su nombre sus derechos.

disposición (las disposiciones) *sobre las donaciones entre vivos de la misma naturaleza* (art. 3774); porque el legado es una ver-

(Art. 3774.) En los legados con carga que debe cumplir el legatario, se encuentran en general dos ó más legados, ó más bien dicho, el legatario comparte con otros el beneficio, sea un tercero ó el mismo testador.

El legado con carga, es puro y simple, á menos de haberlo impuesto como suspensivo, y se adquiere en el primer caso, inmediatamente que el testador falleciere; en el 2º, no adquiere la cosa mientras no haya cumplido la condición, y entonces el cargo importa una verdadera condición suspensiva.

Hemos dicho que en el legado con carga, hay dos ó más legatarios, y en efecto, el que recibe el legado, y aquel ó aquellos en favor de los cuales se ha establecido la carga; así, por ejemplo, cuando el testador dice: lego á Julio diez mil pesos con la carga de pagar la hipoteca de dos mil pesos que reconoce la casa de Alberto, ambos son legatarios; en este caso, el beneficiado con el cargo es el único que tiene derecho para reclamar su cumplimiento; pero como los herederos representan la persona del testador, y están interesados en que se cumpla la voluntad de su causante, pueden pedir la revocación del legado y ejecutarlo ellos mismos, en cuyo caso volvería á su poder la cantidad legada.

Los terceros interesados en el cumplimiento de los cargos, ó los legatarios de segundo orden, como podríamos llamarlos, únicamente pueden exigir el cumplimiento de los cargos; pero no la revocación del legado que corresponde á los herederos. Se aplica la máxima: sin interés no hay acción; porque en nada les interesa que el legado sea revocado.

Se pregunta, si el beneficiado con los cargos puede exigir del legatario su ejecución antes que éste haya recibido la cosa legada. Si la carga ha sido impuesta como suspensiva, el legatario no adquiere el legado antes de cumplir la condición, y por consiguiente puede ser obligado á llenarla antes de tomar la cosa, pues, su cumplimiento es la condición de la existencia y adquisición de la cosa legada; si por el contrario, el legado es puro y simple, adquiere el derecho y puede transmitirlo á sus herederos, de él depende exclusivamente el hacer las diligencias para obligar á los herederos á la entrega del legado; pero si éstos la negaren, parece que no habría justicia para obligarlo á cumplir el cargo,

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3773.—Aubry y Rau, § 717.—Troplong, n° 257.—Duranton, tom. 9, n° 306.—Así, el legatario puede pedir la separación de los patrimonios, y obrar contra los terceros detentadores de inmuebles comprendidos en su legado, para interrumpir el curso de la prescripción.

dadera donación, cuando no es remuneratorio de servicios que diere acción para demandarlo en juicio.

sin antes haber recibido el legado; sin embargo, por su aceptación se ha obligado personalmente á cumplir la obligación impuesta, la ha aceptado y debe llenarla; mi opinión es que en uno y otro caso puede ser compelido; de otro modo se dejaría á su voluntad el tiempo en que debiera cumplir el cargo.

El legatario es acreedor de la herencia y deudor del beneficiado; pero si demostrase que el legado ha sido anulado ó disminuído, porque no salvaba las legítimas de los herederos, podría negarse á cumplir el cargo en el primer caso, y rechazar el legado en el segundo.

Téngase presente que el legatario no representa al difunto; es un acreedor por la voluntad del testador; su legado está sujeto á reducción, y aún á ser anulado en ciertos casos, y no por eso el segundo legatario perdería lo que se le ha dejado; por ejemplo, el testador ha instituído legatario al escribano ante quien hace el testamento, con el cargo de entregar tal suma á Julio; la nulidad del legado no le privaría á éste de la suma impuesta como carga, y los herederos que lo sustituyen, deberían entregarla salvando sus legítimas forzosas.

No estamos conformes con los que creen, que «el cumplimiento de las cargas puede ser demandado, no sólo por los herederos sino también por los terceros en cuyo beneficio han sido impuestas»; porque los primeros sólo pueden pedir la revocación del legado por falta de cumplimiento, art. 1852, y los segundos únicamente están autorizados para demandar la ejecución de los cargos, art. 1853; aquella opinión sólo podría aceptarse cuando el cargo fuera en beneficio del testador.

En la revocación de los legados debe tenerse presente, que sólo puede tener lugar después de la muerte del testador por inexecución de las cargas impuestas, cuando éstas fueron la causa final de la disposición; pues como lo dice el Dr. Velez-Sarsfield en la nota al art. 3841, si el testador lega á Pedro mil pesos con el cargo de pagar cien pesos á Juan, y antes de morir él mismo paga la deuda, el legado no quedará revocado; porque la carga no era lo principal; así es que la disposición del presente artículo, si bien se rige por lo dispuesto en las donaciones entre vivos, en cuanto al derecho de pedir la ejecución de los cargos ó la revocación del legado, es sujetándose á lo dispuesto en el art. 3841 sobre la revocación de los legados.

Los legados con cargos se llaman *modales*, porque es un modo que el testador adopta para beneficiar á un tercero ó á sí mismo, cuando se trata de hacer algo para perpetuar su memoria, y tienen de caracterís-

§ 1029. — OBLIGACIONES DE LOS HEREDEROS

Los herederos representan al difunto y son los ejecutores de sus voluntades, cuando no hubiera nombrado albacea. El heredero al aceptar la herencia pura y simplemente confunde su patrimonio con el de su causante y debe cumplir lo que éste hubiese mandado, siempre que no fuera contra la ley.

Los legatarios vienen á ser acreedores del heredero, y es por esta razón que dice el **art. 3776**: *los herederos están obligados*

tico, que si son impuestos como condición suspensiva para tomarlos, en que primero deben ejecutar la carga impuesta; pero fuera de estos casos la ejecución del cargo no puede exigirse mientras el legatario no haya adquirido el derecho de pedir el legado.

Aubry y Rau, § 715, texto en la nota 3, de donde fué tomado el nuestro, agregan: «cuando la carga ha sido establecida en el interés del testador ó de su memoria, el cumplimiento puede ser demandado, sea por sus herederos *ab intestato*, sea por los legatarios (herederos) obligados á pagar el legado gravado con esta carga, sea en fin por el ejecutor testamentario», agregando en la nota, que «la acción de los herederos es indivisible, en el sentido que ella puede ser ejercida por uno sólo, aunque la acción estuviera prescripta respecto de los otros», y así debemos de considerarlo por nuestro derecho.

Supóngase que el testador legaba á sus herederos forzosos el quinto, con la carga de mandar decir todos los años misas en sufragio de su alma, sin que haya ejecutor testamentario. ¿Quién podría demandarles el cumplimiento de este cargo? Nadie, seguramente! La ejecución quedaría abandonada á la buena voluntad y conciencia de sus herederos; así lo han decidido uniformemente muchas Cortes francesas.—Comp. LATRENT, XIII, 546 y sig.—Véanse arts. 558, 1826 á 1829, 3805, 3807, 3821, 3822, 3841 y 3842.

(**Art. 3776.**) Nuestro artículo se diferencia de la doctrina del derecho romano y del francés, que concedían al legatario tres acciones: la personal para ir contra los herederos por la parte que les hubiere correspondido en la sucesión; la real acordada al legatario de cosa cierta y determinada, y la hipotecaria en los bienes de la sucesión; mientras el artículo que estudiamos sólo concede la acción personal contra los herederos en la proporción de la parte hereditaria que cada uno deba recibir; es decir, si á cada heredero le corresponde una tercera ó quinta

personalmente al pago de los legados en proporción de su parte hereditaria; pero son solidarios cuando la cosa legada no admite

parte de la herencia, en esa proporción deberán el legado de cantidad, sin responder por la solvencia de sus coherederos. La acción real de reivindicación sólo se acuerda, por excepción, contra los terceros detentadores de la cosa cierta y determinada, no contra el heredero, como lo demostramos en el artículo anterior.

Cuando el artículo dice, los herederos son *personalmente* responsables, habla de los que han aceptado la herencia pura y simplemente; porque si lo hicieron bajo beneficio de inventario, sólo responderán con la parte recibida, porque su patrimonio no se ha confundido con el de su causante.

La división tiene lugar aunque la deuda del causante fuera solidaria, porque la muerte del deudor la divide en tantas partes cuantos sean los herederos.

Nuestro Código no concede hipoteca al legatario, que está en la categoría de los demás deudores quirografarios de la sucesión, sin privilegio alguno.

Cuando el legado de cosa cierta y determinada fuera indivisible, dice el artículo, que los herederos son *solidarios*, confundiendo la solidaridad que proviene de la voluntad de las partes, con la indivisibilidad que viene de la naturaleza de las cosas; no siendo exacta en principio la proposición absoluta sostenida por el artículo, de que cuando el legado fuera indivisible, cada uno de los herederos respondería por el todo, por más que así lo declare.

Para darnos cuenta de la exactitud de nuestra observación, ocurramos á las fuentes de donde fué tomado nuestro artículo. Ha sido copiado de Troplong, que en el n° 1922, dice: «aunque la regla general sea que los herederos no estén obligados personalmente al pago del legado sino por su parte y porción, hay sin embargo, casos en que están obligados personalmente *in solidum*; por ejemplo, cuando la cosa legada no recibe división». Agregando en seguida las palabras que trae la nota del Dr. Velez-Sarsfield, como una explicación del artículo. Dice Troplong: «así, un testador encarga á sus dos herederos de dar un derecho de paso, á Ticio. Como un derecho de paso es una cosa indivisible, que no se recibe por partes, cada heredero podrá ser demandado *in solidum*, de modo que si uno de ellos es insolvente, el otro sin embargo, estará obligado por el todo», citando á Pothier, *Obligaciones*, n° 331, que dice á su vez: «cuando una deuda es indivisible, cada uno de los herederos del deudor, siendo deudor de la cosa entera, resulta que se puede demandarla de cada uno

división, pues el que la tiene debe entregarla, sin perjuicio de los derechos que á los demás les corresponda en la cosa.

de los herederos. Pero como cada uno no es deudor *totaliter*, sino como heredero en parte del deudor y conjuntamente con sus herederos, se sigue de ahí que siendo demandado, él puede pedir un término para citar y hacer comparecer á los coherederos, y que él no debe ser condenado solo, sino por falta de no haberlos hecho comparecer... En esto, estos coherederos son diferentes de los coobligados solidariamente, que se llaman *correi debendi*, los que deben cada uno *totam rem et totaliter*, y no son admitidos á demandar plazo para hacer citar á sus coherederos».

He hecho estas transcripciones para demostrar que el artículo no ha sido redactado con arreglo á los principios del derecho, y que de los casos particulares de que hablan los autores que son verdadera excepción, ha establecido una regla general absoluta, con manifiesto perjuicio de los herederos.

Troplong y Pothier, que han inspirado esta disposición, se refieren á derechos indivisibles, como una servidumbre, un usufructo, etc.; pero no comprenden las cosas ciertas y determinadas que sean indivisibles, que las debe el heredero que las posea, ó el tercero que las detentare, y la prueba de que la solidaridad proveniente de la indivisión no debe ser la regla, sino la excepción es que, cuando la cosa indivisible se perdiese por culpa de uno de los herederos, sólo hace responsable al que la perdió, libertando á los demás de la parte que le correspondía en la cosa, art. 3777. ¿Por qué entonces responderían todos solidariamente, cuando la cosa es indivisible, si se perdiera por culpa de uno de los herederos? ¿No hay una verdadera injusticia en semejante conclusión, haciendo responsables á los herederos del hecho de su coheredero? Esto repugna á los principios, y extiende las responsabilidades más allá de lo justo y razonable.

Lo mismo debería sostenerse cuando la cosa no admitiera división. ¿Por qué estarían todos obligados solidariamente á entregarla, si se debe reclamarla del que la posee, ó de quien la ha perdida por su culpa? Y la inconsistencia del principio enseñado por el artículo se muestra más claramente, si suponemos que la cosa cierta y determinada legada está en poder de terceros, y por el sólo hecho de ser indivisible haríamos responsables *in solidum* á cada uno de los herederos, que estarían obligados á entregarla, cuando el art. 3775 acuerda al legatario el derecho de reivindicación, privando en cierto modo al heredero de la acción, desde que no podría demandarla, porque la propiedad no le pertenece.

Algunos autores piensan, que cuando el legado fuera de un cuerpo cierto y determinado, aunque la cosa fuese indivisible, la obligación no

Como cada uno debe responder de sus propias acciones, cargando con la responsabilidad del daño que causare, de ahí resulta

sería solidaria, y creo que están en la verdad atendiendo á los principios del derecho; pero no con relación á lo estatuido en nuestro Código, que dice en el art. 3778, que los herederos continuarán obligados al pago del legado, sin perjuicio de la acción del legatario para perseguir la cosa de poder del adjudicatario que la tuviese.

Parece que la única interpretación que salvaría los inconvenientes notados es suponer que, la sucesión es la solidariamente responsable de la entrega de la cosa, y especialmente el heredero que la posee, como lo entienden algunos; pero tampoco satisface semejante inteligencia, porque el artículo impone á todos los herederos la solidaridad.

El Dr. Segovia, propone como equivalente de la última parte del artículo que dice: «pero son solidarios cuando la cosa legada no admite división», esta otra: «salvo si la obligación es indivisible», que tampoco satisface, porque no es justo que cualquier heredero sea demandado por el todo de la cosa, cuando otro la posee. En mi opinión, la única explicación que salvaría todas las dificultades es aplicar la expresión, como la trae Troplong, á los derechos no á las cosas; así, la servidumbre de paso que es indivisible la debería, en su totalidad, cada uno de los herederos dueños del fundo que la soporta, y el legatario podía demandarla *totaliter* de cualquiera de los herederos; el usufructo de uno de los bienes de la sucesión, lo deberían todos y cada uno de los herederos en su totalidad, y el legatario tendría derecho para demandarlo por entero de cada uno de ellos. Esta interpretación tiene en su favor, que la última parte de este artículo no se convierte en una regla, á la cual deba hacerse una excepción de los dos artículos siguientes, como los han considerado algunos autores; porque no tratándose de cosas sino de derechos indivisibles, no pueden aplicarse los arts. 3777 y 3778 que comprenden cosas. Sin embargo, debemos observar, que á pesar de creer que esa es la única interpretación razonable y justa, no nos creemos autorizados á sostenerla contra el texto expreso del artículo, que habla de «cuando *la cosa* legada no admita división». Así es que aplicándolo en su sentido literal, tendríamos que admitir la necesidad de la solidaridad entre los herederos para devolver la cosa legada, cuando fuera indivisible; y propondríamos corregir este error de doctrina cuando el Código se revise; porque la indivisibilidad debe comprender únicamente los derechos que no pueden prestarse sino de ese modo; no la cosa que deberá siempre ser entregada por quien la posea, sea heredero ó extraño el que la detenta.

Toullier, V, 555, sólo impone la solidaridad, cuando el testador así

que, si la cosa legada es divisible y ha perecido por hecho ó culpa de uno de los herederos, sólo responde del legado el heredero por cuya culpa ó hecho se ha perdido la cosa (art. 3777); porque sería

lo hubiere ordenado, en lo que tiene razón, porque la solidaridad sólo la crea la voluntad de las partes, y no se la debe confundir con la indivisibilidad.

¿El legatario de una cosa indivisa puede reivindicarla sin haber sido puesto previamente en posesión de ella? El art. 3775 decide la cuestión, cuando se trata de una cosa cierta y determinada. ¿Pero si son derechos, como una sevidumbre ó un usufructo? En ese caso no hay reivindicación, porque no se trata de la propiedad cuya posesión se ha perdido, y los derechos no se reivindicán, se reclaman cuando son negados, ó se entabla interdicto, si el poseedor del derecho es molestado en la tenencia de la cosa.—Véanse arts. 692 y 693, 3496, 3498, 3778, 3779 y 3795.

(Art. 3777.) El presente artículo así como la nota han sido tomados de Troplong, como lo indica el Dr. Velez-Sarsfield, y se funda en las razones dadas por Dumoulin, de que la obligación principal *rem dividuam dandi*, es divisible; pero que la obligación accesoria *prestandi bonam fidem et diligentiam*, que se une á ella es indivisible; porque á este respecto cada uno de los herederos está obligado *in solidum*; *ne enim pro parte diligentia prestari potest*; de donde se deduce que el heredero que ha faltado á la obligación, ó por cuya culpa la cosa ha perecido, debe estar obligado por el total. Esto sucede cuando la cosa es divisible, en que la obligación recae sobre cada uno de los herederos por la parte que le haya correspondido en la herencia. ¿Por qué razón quedarían liberados los demás herederos por su parte en la cosa? Pothier, respondiendo á esta objeción dico: «los herederos que no han concurrido por ningún hecho ni falta de su parte á la pérdida de la cosa debida, quedan liberados; porque este heredero está obligado por la deuda como el difunto lo estaba. Y el difunto habría quedado liberado por la pérdida de la cosa ocurrida sin su culpa; el heredero debe pues igualmente ser liberado por la pérdida de la cosa sin la falta del difunto y sin la suya propia». Y esto se explica perfectamente ocurriendo al art. 685 que obliga únicamente al violador del derecho á soportar la indemnización, libertando á los demás codeudores.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3776.—Cód. Francés, art. 1017.—L. 23, Dig., *De legatis*, 2.—Pothier, *Pand.*, tom. 2, pág. 333, n.º 307.—Si un testador encarga á sus dos herederos dar un derecho de paso á Ticio, como tal derecho es indivisible, cada heredero podrá ser demandado *in solidum*; de modo que si uno de ellos es insolvente, el otro, sin embargo, está obligado por el todo.

injusto hacer pesar sobre los inocentes una falta que no han cometido, y además porque los herederos representan al difunto, y

Quando fueren varios los herederos por cuya culpa ha desaparecido la cosa divisible, como siempre la responsabilidad en estos casos es solidaria, porque la ley ha protegido con razón al legatario, autorizándolo para demandar el todo del legado á cualquiera de los culpables; lo que sucede ordinariamente en todo delito del derecho civil, en que responden solidariamente cada uno de los ejecutores por el perjuicio causado.

Si el testador hubiera impuesto una pena para el caso en que no se entregara el legado de cosa divisible, y así sucediere por culpa de uno de los herederos, no se procedería como en el caso anterior, libertando á los demás herederos, de su parte en el legado, porque hay dos obligaciones, en que la segunda es condicional, para el caso de inejecución de la primera: por consiguiente, los herederos han sucedido en esa segunda obligación bajo la condición impuesta, y por cualquier causa que venga á tener lugar, cada uno debe al legatario su parte hereditaria, sin perjuicio de repetir esa parte del que ha impedido la entrega del legado.

Quando la cosa legada es indivisible, en que se ha dicho que cada uno de los herederos responde solidariamente por el todo, ¿se aplicará igualmente la regla del presente artículo libertando á los demás herederos de la obligación? Como suponemos que la entrega del legado no ha sido posible hacerla, por haber desaparecido la cosa legada por el hecho de un tercero, estamos en el mismo caso en que la cosa hubiere perecido sin culpa del heredero, en que queda liberado, y por consiguiente no tendrá obligación alguna.

Si el testador hubiera impuesto la condición de que cada uno de los herederos respondiera *in solidum* por la entrega de la cosa divisible, el legatario podrá demandarla en su totalidad de cualquiera de ellos; pero si pereciese por culpa de uno, los demás quedarían liberados como en el caso de la cosa indivisible.

Téngase presente lo dicho en el artículo anterior, sobre la inteligencia que debiera darse, á la solidaridad impuesta á los herederos cuando la cosa fuera indivisible.

La disposición del artículo se funda en la ley 9, tít. 3, lib. 16, Dig., que dico hablando del depósito: «si demando á uno de los herederos á consecuencia de un hecho del difunto, no puedo formar demanda contra él sino proporcionalmente á su parte hereditaria; pero si lo demando á consecuencia de un delito personal, formo mi demanda por el todo, y con razón, porque la condenación está fundada sobre la mala fe de la que esto

éste se hubiera liberado si la cosa hubiera perecido. El heredero culpable es considerado en este caso como si fuera un extraño que hubiera destruido la cosa legada, contra el cual tendría derecho el legatario para reclamarla, pidiendo además los daños y perjuicios.

Puede suceder que uno sólo de los herederos hubiere recibido la cosa legada, y en ese caso se pregunta: ¿Los demás herederos que entregaron el legado á uno de sus coherederos, quedarán liberados para con el legatario? Y el legislador ha dispuesto en el **art. 3778**, que: *si, legado un cuerpo cierto, por el efecto de la par-*

heredero se ha hecho solamente culpable», y eso es lo que dispone el artículo. — Véanse arts. 679, 697 y 698.

(**Art. 3778**.) La hipótesis del artículo, sólo comprende el resultado de la partición, y no se aplica á los casos en que el testador mismo hubiera impuesto expresamente que uno de los herederos fuera encargado de entregar la cosa legada, á cuyo efecto se le mandará dar posesión; en este último caso, el heredero deberá entregarla, respondiendo únicamente él, sin que el legatario tenga acción contra los demás deudores.

En el caso del artículo se pueden presentar dos hipótesis: que la cosa legada sea divisible ó indivisible. En el primer caso, cada uno de los herederos responde en proporción de su parte hereditaria, y si la cosa se perdiera por culpa de uno de los herederos, él será únicamente responsable por el todo, quedando liberados los demás, como se ha dicho en el artículo anterior. En el segundo, siendo la cosa indivisible, cada uno responde solidariamente como se dijo en el art. 3776; pero si la cosa se perdiera por culpa de uno de los coherederos, el culpable será únicamente responsable, quedando libres los demás, porque no responden en caso de pérdida inculpada.

Pero en la hipótesis del artículo, aún se pueden distinguir dos casos: 1º, cuando la cosa divisible ha pasado á uno de los herederos por el resultado de la partición; 2º, cuando en el mismo caso el legado de cosa indivisible ha sido adjudicada á uno sólo de los coherederos. En el primero, la acción del legatario se reducirá á exigir el todo del heredero á quien se le adjudicó el legado, sin perjuicio de ir contra los demás por su parte en la herencia, si no pudiera obtener el total del adjudicatario;

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3777. — Troplong, Testament, n° 1525. El heredero no es obligado por los hechos de su coheredero. La culpa de éste es para él como una fuerza mayor. L. 1ª, Dig., Deposit. vel contra. — Pothier, Oblig., nos 305 y 306.

tición hubiese sido comprendido en el lote que le hubiere correspondido á uno de los herederos, los otros continuarán, sin embargo,

en el segundo, como la acción es solidaria contra cualquiera de los herederos, puede reclamarlo de uno de ellos, porque se trata de un cuerpo cierto y determinado.

Cuando se trata de la reclamación de un cuerpo cierto adjudicado á uno de los herederos, que ha sido demandado por el legatario, ¿es necesario hacer citar á los demás, para que intervengan en el juicio? ¿Es acaso la hipótesis del art. 3775, como algunos creen? En ese artículo se ordena la citación del heredero ó herederos, porque la reivindicación se ejerce contra terceros, en el presente caso es contra el heredero á quien se le ha adjudicado la cosa; en aquel caso el heredero es citado, porque puede oponer la nulidad del legado, sea por incapacidad del legatario, sea por la nulidad del testamento ó por cualquier otra causa; aquí es el mismo heredero el demandado, y no hay necesidad de hacer comparecer á los demás desde que cada uno de ellos puede ser demandado por la entrega de la cosa legada. Pothier, *Oblig.*, 316, no dice lo contrario, como algunos lo afirman, ni sostiene que deba citarse á los demás herederos.

En el caso improbable de que el heredero á quien se le ha adjudicado la cosa legada, hubiera tenido buena fe, y creyéndola suya la destruyese, ¿serían responsables los demás herederos por el todo? En primer lugar, no vemos que la hipótesis pueda suceder, porque se parte del principio de que existe un testamento, donde se ha hecho el legado de cosa cierta y determinada. ¿Cómo pueden alegar ignorancia y buena fe los herederos que le dan cumplimiento? ¿Cómo pueden decir que ignoraban que la cosa adjudicada á uno de los herederos, estaba legada? La hipótesis sólo podría admitirse, cuando el legado de cosa cierta se hubiera hecho en un testamento ignorado, que apareciese después de la partición, y en ese caso todos los herederos serían solidariamente responsables al legatario, y cada uno de ellos podría ser demandado por la totalidad, si la cosa cierta y determinada fuera indivisible, y hubiera perecido porque el heredero que la recibió la destruyese creyéndola suya de buena fe. Si la demanda se hiciera al adjudicatario, éste tendría derecho para reclamar de sus coherederos la parte que les corresponde según su porción hereditaria.

Cuando el heredero adjudicatario hubiera enajenado la cosa, creyéndola suya, y apareciera el testamento en que se legaba á un tercero, el legatario tiene dos acciones: la reivindicatoria contra el tercer adquirente de buena fe, haciendo citar á los herederos, ó si la cosa ha pere-

obligados al pago del legado, sin perjuicio de la acción del legatario para perseguir por el total de la cosa á aquel á quien se dió en su lote; teniendo por consiguiente dos acciones, una para demandar á cada heredero la parte que le corresponda, ó para reclamarla

cido, ó sido adquirida por la prescripción, y no hubiere lugar á la acción reivindicatoria, quedará la acción personal contra cada uno de los herederos por el todo, si la cosa legada es indivisible.

¿Por qué puede ser demandado por el todo aquel á quien se le ha adjudicado la cosa cierta legada? Dumoulin responde: «que si bien la acción que nace de esta deuda es divisible contra cada uno de los herederos del disponente; sin embargo, como la ejecución del juicio de condenación, que es consecuencia de esta acción, es *in rem scripta*, ella puede, salvo el recurso de éste contra sus coherederos, deducirse por el total sobre aquel que por la partición ha venido á ser el sólo poseedor», y yo agregaría por mi parte, que tratándose de una cosa cierta que puede reivindicarse por el legatario contra cualquier detentador, si bien no necesita de esa acción contra el heredero, como no puede hacerse la entrega por partes, estaría obligado á entregarla en su totalidad, cualquiera que fuera la causa de su posesión.

El presente artículo no es una repetición del art. 676, como algunos lo han creído, porque allí se comprenden únicamente estos dos casos: 1º, cuando por el título originario, uno sólo de los herederos debiera cumplir la obligación; 2º, cuando por la división de la herencia estuviera á cargo de uno de los herederos el cumplirla en su totalidad. En el artículo que estudiamos, se trata de un cuerpo cierto, hipótesis no comprendida en aquel artículo, como lo observamos en el comentario que á él se refiere, habiendo suprimido el Congreso el caso que estudiamos.

Nuestro artículo ha sido tomado de Troplong, nº 1924, como lo indica la nota, y este autor se funda en Pothier, nº 302, que dice: «si, por la partición entre los herederos, este cuerpo cierto debido por el difunto á uno, ha sido comprendido en el lote de alguno de ellos, los otros no se encuentran liberados de esa deuda, aún cuando hubieran encargado al que tiene el cuerpo cierto, de pagar la deuda, cuando venga á ser exigible». Como se ve, Pothier, se refiere á un cuerpo cierto *debido* por el difunto, como en el caso de haberle entregado una cosa en depósito ó comodato, y no comprende el legado de cosa cierta, lo que es completamente diferente.—Véanse arts. 676, 677, 3497 y 3776.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3778.—Troplong, Testament, nº 1924.

directamente del heredero poseedor, deduciendo las acciones concedidas por los arts. 3766 y 3775.

Hemos dicho que el albacea ó heredero debían entregar el legado, y que cuando fuera de una cosa cierta y determinada, el legatario adquiriría la propiedad, y los riesgos y peligros corrían de su cuenta, así como le pertenecían los aumentos ó las ventajas que obtuviera; pero cuando no son cosas ciertas, *los herederos ó personas encargadas del cumplimiento de los legados, responden al legatario de los deterioros ó pérdidas de la cosa legada y de sus accesorios, ocurridos posteriormente á la muerte del testador, sea por su culpa ó por haberse constituido en mora de entregarla, á menos que en este último caso, las pérdidas ó los deterioros hubiesen igualmente sucedido, aun cuando la cosa legada hubiese sido entregada al legatario (art. 3779).*

(Art. 3779.) El artículo comprende dos hipótesis: 1ª, cuando el heredero que debe entregar el legado ha sido constituido en mora; 2ª, cuando una tercera persona hubiera sido encargada de entregar el legado, y no lo realizare.

El artículo no hace distinción entre el legado de cosa cierta y determinada, que generalmente es indivisible, del que comprende cosas divisibles; pero es necesario hacerla; porque en el primer caso cada uno de los herederos responde solidariamente por la entrega de la cosa, mientras en la segunda, cada heredero sólo está obligado por su parte en la herencia.

Cuando el heredero deba entregar el legado de cosa cierta y determinada, como la propiedad pertenece al legatario, los aumentos así como las disminuciones ó deterioros corresponden á éste; pero si no le fuere entregado después de constituido en mora, y la cosa se perdiere por caso fortuito deberá abonarla, á menos de demostrar que igualmente se hubiera perdido estando en poder del legatario.

¿Cuándo se considera constituido en mora? En general, bastará la interpelación judicial ó extrajudicial con arreglo al art. 509; pero las más de las veces será una cuestión de hecho, porque si no depende de la voluntad del heredero la entrega de la cosa, no podrá declarársele incurso en mora, desde que no estuviere en su mano el entregarla. Si no ha pedido la posesión de la herencia, puede ser compelido á hacerlo, para que entregue la cosa cierta legada, si no lo hiciere puede ser declarado moroso, y condenado en los daños y perjuicios.

Los deterioros ó destrucciones que la cosa legada hubiere sufrido

El legado es verdaderamente una donación que el difunto hace para que tenga lugar después de su muerte, así es que los

antes de la muerte del testador, aunque fuera por culpa de éste, no darán derecho al legatario para demandarlos, como igualmente no podrá pedir las que hubieren tenido lugar después, sin culpa del heredero.

Si el legatario hubiera demandado judicialmente la entrega al heredero y por su culpa no la hiciera, deberá ser condenado á pagar los daños y perjuicios que por su omisión le causare.

Si el heredero afirma que ha recibido la cosa deteriorada, y el legatario lo niega, ¿á quién corresponde la prueba? En general, el que afirma un hecho debe demostrarlo; pero es el caso que en la hipótesis parece que ambos lo afirman: el heredero sostiene que recibió la cosa deteriorada como se encuentra; mientras el legatario afirma, á su vez, que la recibió en buen estado. Para mí, el heredero al recibir la cosa en mal estado, ha debido hacer constar en el inventario como la recibió, porque de lo contrario se supone que estaba en buen estado; el legatario no tiene medios para comprobar el estado de la cosa legada, y se contenta con negar que estuviera deteriorada; por consiguiente la prueba correspondería al heredero.

En el segundo caso, cuando es una persona extraña la que ha sido encargada de la entrega del legado, puede suceder, que ella misma posea la cosa á nombre del propietario, sea á título de locación, comodato, depósito, etc., y entonces como la tiene en su poder deberá entregarla así que le sea requerida, si el heredero no hace oposición alegando la incapacidad del legatario, la nulidad del testamento ó cualquiera otra causa; pero esa oposición debe hacerla ante el juez. Cuando el encargado de dar cumplimiento al legado no poseyera la cosa cierta y determinada por encontrarse en poder de un tercero, el legatario mismo debe reivindicarla, como se dijo en el art. 3775.

Si las cosas legadas fueran ciertas y determinadas, de aquellas que pueden reivindicarse, y no las poseyera el encargado de entregarlas, no estará obligado á demandarlas para cumplir con la obligación impuesta, porque su misión no es entablar demandas, ni promover pleitos á los terceros poseedores de las cosas legadas, sino de entregarlas cuando las poseyera, y los daños y perjuicios que el legatario sufriera sólo serán de cuenta del poseedor, si hubieren provenido por su culpa ó por su morosidad.

La obligación impuesta al heredero puede ser de dar ó de hacer ó no hacer, y aunque en esta obra hemos sostenido, en los arts. 495 y 574, que no hay otras obligaciones que las de hacer ó no hacer, que ago-

herederos no tienen obligación alguna cuando los bienes no alcanzaren sino para el pago de las deudas, y se diferencia de las demás deudas de la sucesión, en que el heredero que aceptó la herencia pura y simplemente debe pagar esas deudas con su propio patrimonio; pero no los legados; éstos, como son una donación, el causante ó su heredero no tienen responsabilidad alguna, por eso dice el **art. 3780**: *el legatario de cosa cierta no tiene derecho á la*

tan, por decirlo así, toda la actividad humana; sin embargo, tenemos que conformarnos con la terminología del Código; así es que cuando el legado comprende alguna de estas obligaciones, el legatario tendrá derecho para ejecutarlas en la forma establecida en los artículos que á ellas se refieran.

Nuestro artículo ha sido tomado literalmente de Aubry y Rau, § 722, texto entre las notas 17 y 18, aunque con alguna incorrección al hablar de la desaparición de la cosa ó su deterioro; así dicen estos autores: «á menos que en este último caso, la pérdida ó los deterioros hubieren igualmente sucedido, etc.», mientras nuestro artículo ha traducido *las pérdidas*, en vez de «la pérdida», pues se refiere á la cosa legada que desaparece por culpa del heredero ó tenedor de la cosa; es una concordancia que habrá de corregirse en el porvenir. — Véanse arts. 511 á 513, 585 á 587, 789, 892, 3761, y 3777.

(**Art. 3780.**) El artículo ha sido tomado de Aubry y Rau, § 722, texto á la nota 10, y no de Duranton, IX, 254, como algunos lo sostienen. Y trato de fijar la verdadera fuente, porque voy á demostrar que ha sido mal traducido en la parte que se refiere á cuando «el legado fuese de cosa *indeterminada en su especie*». Veamos lo que expresan los autores citados. Aubry y Rau, dicen: «el legatario como sucesor á título gratuito no tiene derecho á la garantía de la evicción. Sin embargo, cuando se tratase del legado de una cosa á tomar *entre varias de la misma especie*, ó del legado de dos cosas legadas bajo una alternativa, el legatario puede en caso de evicción de la cosa que el heredero le ha entregado, pedir, sea otra cosa *de la especie* indicada, sea la segunda de las cosas comprendidas en la alternativa». Como puede verse por la comparación de ambos textos, es el mismo artículo con la única diferencia de que estos autores, como todos los demás jurisconsultos franceses que estudian el caso, se refieren al legado de una cosa á tomar de entre varias de

Nota del Dr. Vele:-Sarsfield al art. 3779. — Aubry y Rau, § 722. — Véanse los arts. 789 y 892 de este Código.

garantía de la evicción; pero si el legado fuese de cosa indeterminada en su especie, ó de dos cosas legadas bajo alternativa, sucedida

la misma especie; porque es incomprensible el legado de una cosa indeterminada en su especie. Así decíamos en la *Instituta*, criticando la traducción las palabras siguientes: «debe ser de cosa indeterminada, pero determinada por su especie, porque una cosa indeterminada por su especie no existe». En efecto; el legado de un animal, sin determinar la especie á que pertenece no tendría valor alguno, y lo mismo sería el legado de un mueble.

La ley 29, § 3, tit. 3, lib. 32, Dig., decía á este respecto, y la copia-mos porque ha servido de base á esta disposición: «si el heredero encargado de daros un esclavo en general, os da el esclavo Sticus, y os es quitado por la evicción, Labeon piensa que conservais contra él vuestra acción testamentaria, porque el heredero no os ha dado un esclavo al entregaros uno que no podeis conservar». Es fundado en esta decisión justa, que se ha dicho, la cosa estaba indeterminada, porque no se decía cual era el esclavo (entre los varios), que se había legado; pero la especie lo estaba desde que la palabra esclavo la fija y determina. Lo mismo habría sucedido cuando he legado 20 vacas; porque el número y la especie se encuentran determinadas. Es lo que expresa Duranton, IX, 254, cuando dice: «el principio de que no os debida la garantía al legatario á quien se ha privado de la cosa por la evicción, sufre excepción en los casos siguientes: 1º, en el caso en que el legado es de una cosa legada *in genere*, ó de una cosa que forma parte de cierta clase, ó en fin de una cosa legada con otra bajo una alternativa. . . » En el mismo sentido habla Demante, IV, 163, *bis* I. Entre los autores argentinos el Dr. Segovia dice: «en vez de cosa indeterminada en su especie, léase cosa sólo determinada en cuanto á su especie; ó cosa indeterminada sólo en cuanto á su género».

Y no puede ser de otro modo, pues como se hizo notar en el art. 605, de esta obra, la especie debe estar determinada, porque sin ella no hay obligación. ¿Qué importaría un legado de cien animales, sin determinar la especie á que pertenecen? No tendría valor alguno. Restablecido, pues, el texto del artículo, estudiemos las hipótesis que legisla.

La primera es cuando el legado fuese de cosa indeterminada, pero determinada en cuanto á su especie, como en el caso citado por la ley romana, de haberse legado un esclavo, un caballo, una vaca, etc., en que el legatario que recibió el esclavo, el caballo ó la vaca de que ha sido privado por la evicción, conserva su derecho para exigir del heredero que le dé «la otra cosa de la especie indicada», como dice el artículo, es-

la evicción puede demandar la otra cosa de la especie indicada, ó la segunda de las cosas comprendidas en la alternativa; porque entonces no hay evicción, y se cumple la voluntad del testador, que

tando demás el artículo definido *la*, porque el derecho del legatario se reduce á exigir que el heredero le entregue otra cosa de la especie indicada, y así queda concordante la primera parte del artículo con esta segunda á la que se refiere. En esta parte están de acuerdo todos los autores, el heredero debe otra cosa de la misma especie, porque como decía la ley romana, el heredero os ha dado una cosa que no podeis conservar. En esta hipótesis hay derecho para demandar otra cosa de la especie indicada.

Cuando el legado es de dos cosas bajo la alternativa, sucedida la evicción de la que ha sido entregada por el heredero, el legatario tiene derecho para pedir la otra, sin que haya necesidad de hacer la distinción, entre si la elección corresponde al legatario ó al heredero, porque en uno y otro caso se deberá la que ha quedado por prestarse; pero cuando se hubieren dejado tres ó cuatro cosas bajo la alternativa de entregarse cualquiera de ellas, el legatario al ser privado por la evicción de la cosa entregada, puede reclamar, no una de las que han quedado, porque no tiene la elección, sino pedir al heredero que le entregue la que convenga á sus intereses, pues á él le corresponde la elección, á menos que el testador hubiera dispuesto expresamente lo contrario, en cuyo caso podrá pedir la que quisiera.

Hemos estudiado las dos hipótesis contenidas en la segunda parte del artículo, vengamos á la primera, cuando el legatario ha sido privado de la cosa cierta legada, en que el heredero no está obligado por la evicción. El artículo supone un legado á título gratuito, como lo expresan Aubry y Rau, en las palabras citadas, y aún en ese supuesto, si la cosa se ha perdido por culpa del heredero por no haber presentado los títulos exigidos en oportunidad, ó por cualquier otra causa, debe responder, no por la evicción, pues no es el caso sino porque cada uno es responsable de sus hechos cuando causan daño á otro; así, dicen Aubry y Rau, § 722: «los herederos estarían obligados á indemnizar al legatario, si éste hubiera sufrido la evicción á consecuencia de una falta ó de una negligencia de su parte, como por ejemplo, si á pesar de sus reclamaciones hubiera descuidado de suministrarle los títulos de propiedad», citando en apoyo de esta opinión á Zacharia y Duranton.

¿Pero qué sucederá cuando el legado fuera con cargas ó remuneratorio de servicios que daban acción para reclamarlos en juicio, y el legatario fuere privado de la cosa legada? El artículo no hace distinción, y en esta

habiendo querido hacer un beneficio, ha indicado las cosas sobre las que debía recaer la elección, y cuando no hay otra, se supone que quiso donar la existente.

parte es incompleto, porque ha debido expresar que la evicción no se debía cuando el legado fuera á título gratuito, como lo dicen Aubry y Rau; pero debe distinguirse: si fuera con cargas ó remuneratorio, los herederos estarían obligados á evicciónar la cosa legada, entregando por lo menos el valor de ella en el momento de la evicción.

Pero se pregunta, si el legatario podrá demandar al que vendió al testador la cosa legada, cuando hubiera sido privado de ella por ser ajena. Y contesto, el artículo sólo libera al heredero de responder por la evicción; pero como el legatario ha sucedido en todos los derechos y acciones del testador, que lo ha adquirido por título oneroso de un tercero, no hay inconveniente en que demande al enajenante, haciéndolo citar al juicio, como lo habría hecho el mismo testador, cuyos derechos representa. ¿Por qué sería liberado en este caso de las obligaciones que le incumbe como vendedor? ¿Qué ley podría impedirle el hacerlo responsable por la cosa que enajenó, quedándose con el precio recibido? Es evidente que podría hacerlo, y el enajenante no tendría derecho para negarse á responder por la evicción.

Si la cosa legada hubiera sido adquirida por el testador á título gratuito, es claro que no teniendo acción él mismo contra su enajenante, no podría deducirla el legatario que representa sus derechos; pero como la ley permite ir directamente contra cualquiera de los enajenantes anteriores, se demandaría al que la hubiera enajenado por título oneroso.—Comp. AUBRY Y RAU, § 722, texto á las notas 10 á 12. DEMOLOMBE, XXI, 698 y 699. LAURENT, XIV, 148 y 172.—Véanse arts. 604, 605, 2145, 2915, 3756 y 3758.

Algunos han creído que nuestro artículo, debido á la variedad de sus fuentes, no guarda congruencia con los arts. 651 y 3756; la proposición es insostenible con relación al art. 651, que habla del caso de duda en las obligaciones facultativas y alternativas, en que se reputará alternativa. En cuanto al 3756, en vez de no ser congruente sirve muy bien para explicar el que estudiamos, demostrando la razón de nuestra crítica, y desvaneciendo la obscuridad que hemos notado en su redacción. En efecto, en ese artículo se habla del legado de cosa indeterminada, como en el presente, pero en vez de decir que la indeterminación se refiere á la especie, lo que es inadmisibile, agrega; «pero comprendida en algún género ó especie determinada», cuya frase colocada en este artículo habría dado toda la claridad requerida, para entenderlo

§ 1030. — DE LO QUE COMPRENDE EL LEGADO

El testador, muchas veces, usa de palabras obscuras que necesitan de la interpretación á fin de no dejar sin efecto su voluntad, y el legislador para esos casos ha determinado reglas que deben cumplirse; así ha dicho en el **art. 3782**, 1ª parte: *legado el instrumento de la deuda, ésta se encuentra remitida*; porque se dispone, con razón, que al mandar al heredero que entregue el documento donde consta la deuda, su voluntad ha sido perdonarla. Del mismo modo, cuando el deudor hubiera dado prenda en seguridad de la deuda, si el testador *legase la cosa tenida en prenda, se entiende también remitida la deuda, si no hay documento público ó privado de ella; si lo hubiese y no se legase, se entiende sólo remitido el derecho de prenda (art. 3782, 2ª parte);*

como queda explicado. En cuanto á la diversidad de fuentes, tampoco es exacto el reproche, porque ha sido tomado de Aubry y Rau, como lo hemos demostrado.

(**Art. 3782.**) Se trata de una presunción que no admite prueba en contra; así cuando el testador ha dicho, lego á Alberto el documento en el que consta la cantidad que me adeuda, se presume que ha legado ó remitido la cantidad debida, sin que se admita la prueba de que esa no ha sido la intención. Habría sido más claro si se hubiera dicho: «legado al deudor el instrumento de la deuda, ésta se entiende remitida», porque es al deudor á quien se debe legar. Si se condona en el testamento una deuda, y el deudor la pagase sin conocimiento del testador, tendría derecho para demandar la suma pagada, demostrando que éste ha ignorado el pago; pero si se hiciera al mismo testador, no podrá reclamar el legatario la suma pagada, porque se entiende revocado el legado.

En el segundo caso, cuando se lega la cosa dada en prenda, dice el

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3780.— Véase L. 41, Tit. 9, Part. 6ª.—L. 58, Tit. 2, Lib. 21, Dig.—Morlin, *Repert. verb. légataire*, § 4, n° 25.—Duranton, tom. 9, n° 254.—El legado, resultando ser de la cosa ajena, sería de ningún valor. El heredero no puede transferir al legatario derechos más extensos que los que pertenecían al difunto sobre la cosa legada. Otra cosa sería si se tratase de un legado de género, ó de cosas en una forma alternativa.—Demante, tom. 4, n° 163 bis, § 1.

porque desde que no manda entregar el documento, quiere decir que sólo perdona la garantía.

artículo, cometiendo una incorrección, porque no se puede legar la cosa, desde que el testador no es dueño de ella. ¿Con qué derecho se la legaría al mismo dueño? Ha debido decir: «legada la posesión de la cosa tenida en prenda, etc.», porque á eso se reducirá el legado, desde que la propiedad corresponde al deudor. Así es que debemos entender, que no es la propiedad de la cosa legada, sino el derecho de prenda que tiene el testador, y bajo ese punto de vista, dice con razón el artículo, que se entiende sólo legado el derecho de prenda; pero no la deuda garantida, cuando constase de documento público ó privado; y en los casos en que no existiera constancia escrita de la deuda, se entenderá remitida igualmente ésta.

Debemos observar que esta última parte sólo tendrá lugar cuando la deuda no pasare de doscientos pesos, porque excediendo de esa suma debe demostrarse por escrito y no se admite la prueba testimonial, art. 1193. Así es que en este caso se lega la deuda en realidad, pues si no consta por escrito pasando de la tasa legal, se puede decir que no existe. La hipótesis de que se entiende remitida la deuda con el legado del derecho de prenda, cuando aquella no constare por escrito, queda pues circumscripita á los casos de deudas que pasaren de la tasa legal; en los demás puede probarse por testigos.

El art. 1128, Cód. Chileno, dice: «si la cosa que fué empeñada al testador, se lega al deudor, no se extingue por eso la deuda, sino el derecho de prenda; á menos que aparezca claramente que la voluntad del testador fué extinguir la deuda»; comprendiendo otra forma de extinción que nuestro Código no admite.

Ya se había dicho en el art. 886 que la devolución voluntaria hecha por el acreedor, de la cosa recibida en prenda, sólo causaba la remisión del derecho de prenda, y el presente artículo viene á confirmar aquel principio. Es necesario que se exprese claramente en el legado, que no sólo se lega el derecho de prenda, sino también la deuda, y en caso de duda se debe estar en favor de la liberalidad, porque así se interpreta mejor la voluntad del testador, que ha querido beneficiar.

Troplong, 1974, dice: «cuando se lega á un individuo una cosa que él debe, esto no importa darle su propia cosa, sino librarlo de una obligación bajo cuyo imperio se encuentra», y es por esa razón que la entrega de la prenda lo libera únicamente del derecho de prenda, en el caso expresado en el artículo. Nuestro Código no admite el legado tácito de liberación, sino cuando la deuda no constase en la forma escrita y se le-

El legado de remisión de la deuda sólo debe comprender, la que tenía en el momento de hacer el testamento, porque nadie puede suponer que quisiera perdonar las que contrajese el legatario posteriormente, de ahí es que dice el **art. 3783**: *la remi-*

gase la prenda; en los demás debe ser expreso. — Comp. GOYENA, art. 688. — Véanse arts. 876, 877, 886, 887, 3769, 3783 á 3785.

(**Art. 3783.**) La remisión de la deuda hecha en el testamento comprende los intereses, y las penas que se hubiera impuesto para el caso de no cumplimiento de la obligación.

El legado comprende únicamente la deuda remitida, y si fuera general, como si dijera por ejemplo: lego á Alberto todo lo que me debe, comprendería como lo dice el artículo, las deudas existentes á la fecha del testamento; de modo que si el legatario demostrase que la deuda posterior á esa fecha ha sido una renovación de la que existía cuando se otorgó, quedaría remitida, porque esa fué la voluntad del testador. Las deudas posteriores al testamento no han sido remitidas porque no existían, y por consiguiente debe abonarlas.

¿Qué sucedería si el testador dijera: lego por el presente á fulano lo que me deba á mi fallecimiento? Está manifiesta la voluntad del testador de extinguir las deudas de su legatario, y no habría razón alguna para contrariar sus órdenes, exigiendo al deudor el pago de las deudas posteriores al testamento. Pero se dirá, ¿cómo puede legarse lo que no existe?

El legatario no era deudor sino de diez al otorgarse el testamento y sólo eso ha podido remitirse; los cien que después ha contraído como nueva deuda no debe comprenderse. Observaremos que el artículo habla sólo del legado de la deuda existente, y por consiguiente no podría aplicarse á las que pudieran existir en futuro; pero como el art. 3751, autoriza á legar las cosas y *derechos* que están en el comercio, y *aún las que no existen todavía*, y que existirán después; así es que no hay inconveniente en aceptar como válido un legado de deudas futuras. En confirmación de esta opinión se pueden citar las siguientes palabras de Troplong, III, 1978, que dice: «es necesario observar que el legado de liberación *no se reputa* que comprende sino las deudas existentes antes del testamento, y no las contraídas después». Como se ve, sólo reputa que comprende aquellas deudas existentes, porque supone que esas son

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3782. — En cuanto á la primera parte, L. 37, Tit. 9, Part. 6ª. — L. 3, Tit. 3, Lib. 34, Dig. — Véanse los arts. 877 y 887 de este Código. y su nota. En cuanto á la segunda parte, en contra, L. 46, Tit. 9, Part. 6ª.

sión de la deuda que hiciere el testador á su deudor, no comprende las deudas contraídas después de la fecha del testamento; pero si fuera la misma deuda que ha venido renovándose quedará remitida, porque esa fué la legada.

las remitidas; pero tal presunción no puede existir cuando expresamente ha manifestado lo contrario.

Troplong, l. c., trae el siguiente caso: «¿Qué sucedería, si el testador, rehaciendo su primer testamento, *confirmase* en un segundo el legado de liberación contenido en el primer testamento, y que entre el intervalo de los dos testamentos, el legatario hubiere contraído una nueva deuda con el testador? Y dice, con razón, que será necesario responder, que el legatario no estaría liberado de la segunda deuda»; pero yo agregaría por mi parte, que debería confirmar la disposición del primer testamento, porque si se limitase á decir en el segundo, sin referirse al primero, que lega á fulano las deudas, quedarían comprendidas las contraídas con posterioridad al primer testamento hasta el momento de otorgar el segundo. Así es que la voluntad de circunscribir el legado de deuda á la que tenía al hacer el primer testamento, debe aparecer claramente de la confirmación del primer legado. Es una circunstancia que reputo esencial.

¿Qué sucedería, si el testador en lugar de hacer á su deudor un legado de liberación, lo hace al deudor de su heredero ó de un tercero? La cuestión está resuelta por el art. 3752, que anula el legado de cosa ajena. El testador no ha podido legar una acreencia que no le pertenecía, y ese legado tampoco podría tomarse como una orden al heredero para que entregare dicha suma al legatario á fin de pagar la deuda. Sería válido el legado del crédito de su heredero ó de un extraño, si el testador ordenara expresamente que se adquiriera dicho documento para entregarlo al legatario deudor, como era válido el legado de cosa ajena, cuando hubiera ordenado se adquiriese por el heredero para entregarla al legatario; porque en uno y otro caso se entiende legada la cantidad para pagar el crédito ó adquirir la cosa.

Puede existir legado de liberación de una manera indirecta, como si por ejemplo el testador instituyese por heredero á Alberto, bajo la condición de libertar á Julio de la obligación que tiene de entregarle tal cosa, porque al aceptar la herencia se ha comprometido á dejar al legatario la propiedad de esa cosa. Es un legado indirecto de la cosa que pertenece al heredero.—Comp. GOYENA, art. 689.—Véase art. 3782.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3783.—Cód. de Austria, art. 693.—Troplong, *Testament*, n° 1974, trata extensamente del legado de liberación.

Cuando los deudores son solidarios, en la solidaridad pasiva, como cada uno es deudor por el todo de la deuda y puede ser obligado á pagarla, de allí resultará, que *el legado de la deuda, hecho á uno de los deudores solidarios, sino es restringido á la parte personal del legatario, causa la liberación de los co-deudores (art. 3784)*; porque extinguida la deuda para uno de ellos lo está para los demás.

(**Art. 3784.**) Debe tenerse presente que la solidaridad es activa, cuando cada uno de los acreedores puede exigir el todo de la deuda, aunque sea demandando á varios deudores su parte proporcional, y por el contrario la solidaridad es pasiva cuando cualquiera de los deudores estuviera obligado al pago total, aunque se necesitara la concurrencia de todos los acreedores para demandar la totalidad, y es activa y pasiva al mismo tiempo, como sucede ordinariamente, cuando cada uno de los acreedores puede demandar el todo de la acreencia de cada uno de los deudores. Partiendo pues, de estos principios que hemos explicado extensamente en los arts. 699, 705 y 707 del tomo II de esta obra, veremos que la disposición del artículo que estudiamos no puede aplicarse sino á la solidaridad activa y pasiva, porque en los demás casos el acreedor no puede disponer sino de su parte en la acreencia. Así, por ejemplo, los acreedores A y B, que pueden cobrar conjuntamente de cualquiera de los deudores C y D, la suma de diez mil pesos que les adeudan, no pueden disponer sino de su parte, desde que no se han dado poder mutuo para disponer de la acreencia total; por consiguiente, si B lega á C la deuda solidaria, aunque no haga salvedad alguna, se entenderá que lega su parte, porque no puede disponer de toda la acreencia, pues no hay solidaridad activa. El artículo ha debido redactarse en esta forma: *el legado de la deuda, hecho á uno de los deudores solidarios, por uno de los acreedores solidarios, etc., ó bien, en la solidaridad activa, el legado de la deuda, hecho á uno de los deudores solidarios, etc., comprendiendo así el único caso que abraza el artículo. Si la solidaridad es solamente activa, en que cada uno de los acreedores puede perseguir el pago total de la acreencia solo contra todos los deudores, el legado hecho á uno de éstos no se entenderá que comprende toda la deuda, sino la parte que el legatario debe.*

Vengamos á la única hipótesis que comprende el artículo, cuando la solidaridad es activa y pasiva entre uno ó varios acreedores y uno ó varios deudores. Cuando son varios acreedores solidarios y un solo deudor, el legado de la deuda hecho por uno de los acreedores al único

Cuando una deuda ha sido afianzada, extinguida la obligación principal se extingue la fianza, pero no en caso contrario, por

deudor extingue la acreencia, porque cada uno puede disponer de ella, sin perjuicio de responder á sus coacreedores solidarios por la parte que pueda pertenecerles en la acreencia; son mandatarios con poder bastante para disponer del total, y sólo responden á sus poderdantes del uso que hubieren hecho. Así es que en esta hipótesis, no provista por el artículo, se tendrá por extinguida la deuda, si el acreedor expresamente no hubiera dicho que legaba su parte en la deuda. La manifestación del acreedor solidario debe ser expresa, como en el caso del artículo, cuando se trata del deudor solidario. Esto resulta más claramente, cuando fueran dos ó más los deudores mancomunados, en que el acreedor solidario no ha podido legarle á uno solo toda la deuda, sino manifestando expresamente que esa era su voluntad; pero si dijera: lego á Alberto lo que me debe en el documento de tal fecha, no se entendería legada sino la parte que éste tiene en la acreencia.

Cuando la solidaridad es activa y pasiva al mismo tiempo, ó cuando hay un solo acreedor y varios deudores solidarios, el legado de la deuda hecho por el acreedor á uno de los deudores libera al otro; pero las relaciones del legatario con su codeudor solidario no se alteran, y continúan en la misma forma, se reglan por el instrumento constitutivo, como si el legatario fuera deudor de una cuarta parte y el otro las tres cuartas restantes, que deberá abonarlas, á su codeudor que ha venido á adquirir la acreencia por esa parte.

Para que no se entiendan liberados todos los codeudores solidarios, es necesario que expresamente diga el testador que únicamente lega la parte que corresponde al deudor; y en ese caso, es necesario ir primero á buscar la extensión de la obligación del legatario en el instrumento constitutivo de la deuda, pues si resulta que el legatario debe toda la cantidad, el legado será de toda la deuda; si por el contrario constase que sólo era mera garantía y nada debía, es decir, que no tenía parte alguna, la acreencia quedará intacta y se ejecutará en su totalidad contra el único deudor, quedando liberado el legatario. Si nada se hubiera estipulado en la obligación originaria, cada uno tendrá una parte proporcional, y sólo quedará liberado en esa parte, pudiendo ejecutarse en los demás por la totalidad que quedasen á deber, como si ellos fueran los únicos deudores. Pero los demás ¿no podrían alegar á su vez, que no se debe ir á buscar la parte del deudor liberado en el instrumento originario de la obligación, y que la intención del testador ha sido de condonar la parte proporcional que el legatario debe tener en la deuda,

eso ha dicho el **art. 3785**: *el legado hecho al deudor principal, libera al fiador, mas el legado hecho al fiador no libra al deudor*

aunque en realidad nada debiera? ¿No sería una cuestión de hecho y de interpretación de la voluntad del testador? No lo creo; porque el legado de la deuda en el caso del artículo, expresando el testador que queda festringido á la parte personal del legatario, tiene únicamente por objeto libertar á éste de su parte en la deuda, y no se cumpliría este deseo, si se tomara la parte proporcional, cuando por el instrumento constitutivo resultase que debía más ó la totalidad de la deuda. La voluntad expresa del testador es libertarlo de la obligación en la parte que le correspondía en la deuda, y no se conseguiría ese resultado si no fuéramos á investigar en el instrumento originario lo que debe el legatario para extinguir su obligación.

Las palabras de que pueda servirse el testador deben expresar claramente esta idea: que ha tenido por objeto libertarlo de su parte en la deuda, ó condonar la totalidad de ella; si sólo dijo que le remitía ó condonaba la deuda, ésta queda extinguida para los otros, y los herederos del testador no pueden reclamar á los demás; pero en cambio lo podrá hacer el deudor que viene á substituirse en los derechos del acreedor. — Comp. GÓÑENA, art. 1064. POTHIER, *Oblig.*, 260 y 275. FREITAS, art. 1225.— Véanse arts. 689, 707, 717 y 3782.

(**Art. 3785**.) Se ha dicho que la fianza es una obligación accesoria, que no existe sin la principal que le da nacimiento, y está destinada á asegurarla, aunque por excepción puede existir en las obligaciones naturales que no siendo exigibles en juicio, pueden ser afianzadas. Así, pues, cuando la deuda se extingue, desaparece la fianza que tenía por objeto darle mayor seguridad y eficacia; por esa razón el legado de la deuda hecho al deudor principal, haciendo desaparecer la obligación afianzada, libera al fiador, porque no hay obligación principal.

En cuanto al legado hecho al fiador, sucede como con el legado de prenda, pues legando al fiador la fianza, se le libera únicamente de la obligación que contrajo garantiendo la obligación, y no se puede extender á la principal, porque el vínculo que une al fiador con el deudor principal es completamente diferente del que ambos tienen con el acreedor. ¿Y qué diremos cuando la fianza es solidaria? Debemos distinguir: si el fiador aparece como deudor principal confundiéndose con éste, como sucede en las letras de cambio ú otros documentos semejantes en que ambos son considerados como deudores principales respecto del

principal; porque la desaparición de la fianza no influye en la obligación á que accede.

El testador puede imponer al legatario ciertas restricciones, sea en su propio beneficio ó en el de terceros; pero cuando á nadie aprovecharen ni perjudicasen, el legatario podría no ejecutar lo ordenado; así, por ejemplo: *si se lega una cosa con calidad de no enajenarla y la enajenación no compromete ningún derecho de tercero, la cláusula de no enajenarse se tendrá por no escrita (art. 3781)*; porque á nadie perjudica, teniéndose presente que

acreedor, el legado de la deuda hecho á uno de ellos libera al otro, cuando no se ha restringido á la parte personal que tuviera el legatario, como se dijo en el artículo anterior; pero cuando se dijera en el documento, garanto solidariamente la obligación principal, la fianza vendría á ser una obligación accesoria, y el legado de ella se reduciría á libertar al fiador de su obligación, aunque resultare de la originaria que éste era el verdadero y único deudor; porque el testador, sólo ha tenido por objeto libertarlo de la fianza, dejando á los herederos el derecho de cobrar la acreencia de quien apareciese como deudor principal.

Hay una excepción que nace de la naturaleza de la obligación; cuando se ha afianzado, por ejemplo, una obligación natural que no da acción para demandarla en juicio, el legado hecho al fiador deja sin acción al acreedor para ejecutar la obligación principal, y en este sentido se puede decir, que el legado al fiador libera al deudor, porque en realidad no estaba obligado en el sentido estricto de la palabra, desde que no podía ser compelido á cumplirla, y el acreedor únicamente puede retener lo pagado voluntariamente. — Comp. TROPLONG, III. 1976.— Véanse arts. 525, 580 y 2004.

(**Art. 3781.**) La cláusula de no enajenar la cosa legada, la hemos estudiado en el art. 2613 donde dijimos, que la prohibición impuesta por el testador, de una manera absoluta, so consideraba de ningún valor, respecto de la enajenación misma, sin perjuicio de los derechos de los terceros que podrían hacerlos valer. Si el testador, por ejemplo, hubiera adquirido por contrato la cosa legada, bajo la condición de no enajenarla hasta los diez años, y la legase á un tercero imponiéndolo la condición de no enajenarla, esa condición no se tendría por no puesta como dice el artículo, porque perjudica á tercero, y el legatario tendría que cumplirla en los mismos términos en que la contrajo su causante.

el art. 2613, autoriza á los testadores para imponer la cláusula de no enajenar, por un término que no pase de diez años.

Algunos autores han querido encontrar en este artículo una confirmación de la tesis que apoya la nulidad de la condición de no enajenar, cuando pasare del término de 10 años, autorizada por el art. 2613, de modo que si el testador impusiera al legatario esa condición, la cosa legada por el término de once años, dicho plazo se consideraría como no puesto, según la teoría que hemos combatido como errónea é insostenible ante los principios del derecho. Se ha confundido la cláusula de no enajenar que no se puede imponer, con la que excede el término concedido; en la primera, la ley supone un fideicomiso disfrazado, para que la cosa legada pase á otros después de la muerte del legatario, cláusula prohibida con razón, porque cambia el orden de las sucesiones; pero cuando en lugar de los diez años permitidos, el testador se hubiera excedido en el plazo, no se puede sostener que haya un fideicomiso, pues la voluntad está claramente manifestada de que la adquiera el mismo legatario, y sólo se pone un límite mayor, del permitido. á su derecho de enajenar.

Otros han creído que la prohibición de no enajenar, debiera subsistir durante los diez años, contrariando abiertamente el pensamiento del legislador, que castiga, por decirlo así, los fideicomisos disfrazados.

Se ha dicho que hay incoherencia entre este artículo y el 2613, cuando en realidad se completan y explican perfectamente. En efecto, el presente anula la cláusula de no enajenar impuesta de un modo absoluto, porque el legislador prohíbe el fideicomiso, y sólo limita al caso en que perjudicase á terceros, porque entonces podrían ejercer derechos adquiridos de antemano; como por ejemplo, cuando el testador mismo ha adquirido la cosa bajo la condición de no enajenarla en tal tiempo, pagando una pena en caso contrario, en que la enajenación del legatario sería válida, pero debería la pena impuesta. Si la hubiera vendido bajo la condición de no enajenarla por diez años, y pendiente el plazo el adquirente la legase, el legatario debería cumplir la condición. Eso importa este artículo, mientras el art. 2613 fija un límite á la cláusula de no enajenar que el testador tiene derecho de imponer, y limita ese tiempo al de diez años, de modo que si ha pasado ese término, se reducirá al permitido: en uno es necesario fijar un término á la no enajenación, en el otro se trata de una prohibición absoluta que el legislador rechaza, anulándola, cuando no perjudica los derechos de terceros.

¿Cómo debe entenderse la frase: sino comprometo derechos de terceros? ¿Hasta donde pueden llegar esos derechos? Supongamos que el

El legado de un crédito á favor del testador, comprende sólo la deuda subsistente y los intereses vencidos á la muerte del testador (art. 3786, 1ª parte), é igualmente las fianzas, prendas ó hipotecas que fueran anexas á dicho crédito; en una palabra, el legatario se sustituye en todos los derechos del testador con relación á su crédito, por esa razón, el heredero no es responsable de la insolvencia del deudor. El legatario tiene todas las acciones que tendría el heredero (art. 3786, 2ª parte), sin perjuicio de

testador ha adquirido la cosa legada bajo la cláusula de no enajenarla, con arreglo al art. 2612, en que puede hacer la enajenación sin perjuicio de las acciones personales que el acto puede constituir. Como el legatario no puede tener un derecho más extenso que el de su causante, estará sometido á la misma obligación; podrá enajenar el bien legado; pero como en el título mismo de adquisición se encuentra la cláusula prohibitiva, y las consecuencias que la enajenación trae consigo, el legatario no podría sustraerse á cumplirla; pero el caso del art. 2612 es este otro: el propietario de un inmueble se ha obligado á no enajenarlo, por un contrato preexistente, y al fallecimiento lo lega á un extraño, y se pregunta, si el legatario estaría obligado á ejecutar esa cláusula; por mi parte creo que debería cumplir la obligación de su causante en los mismos términos, y si ocasiona algún perjuicio al enajenante, deberá resarcirlo.—Véase lo que decimos en el comentario á los arts. 2612 y 2613.

Nuestro artículo ha sido tomado al pié de la letra del art. 1126, Cód. CHILENO.— Véanse arts. 1364, 2337 n° 2, 2612, 2613, 3724 y 3725.

(**Art. 3786.**) En el legado de un crédito á favor del testador se pueden estudiar las siguientes hipótesis: 1ª, que el crédito haya sido cobrado por el testador; 2ª, que se haya pagado por el deudor ignorándolo el testador; 3ª, que haya legado un crédito que no se debía al testador, en la creencia de que el tercero era su deudor; 4ª, que se haya legado de mala fe sabiendo que nada se le debía.

En la primera hipótesis el legado ha caducado, pues si el mismo testador lo ha cobrado, ú otro con su autorización, ya no hay crédito, ha desaparecido por la propia voluntad del causante. Así, dice Troplong, III, 1980: «¿se pregunta lo que sucedería si el testador exigiera en vida el pago de la deuda cuya liberación ha legado? Es necesario responder que sería una revocación del legado, y que por consiguiente éste quedaría sin valor» fundándose en la opinión de Voët; y es la doctrina que debe

las responsabilidades que el mismo testador le hubiere impuesto; porque el artículo sólo legisla el caso en que se haya legado el crédito, sin expresar otra cosa.

sostenerse; porque si ha recibido lo que se le debía, la voluntad de revocar el legado está manifiesta, desde que ha extinguido la deuda.

En la segunda hipótesis cambia de especie; si, por ejemplo, el testador ha estado ausente, y el deudor para libertarse de los intereses hace la consignación judicial, declarándose el pago bien hecho, y el testador fallece durante la ausencia sin tener conocimiento del pago. ¿Qué sucedería? Por mi parte sostengo que el legatario tendría derecho para pedir la suma consignada, porque no hay acto alguno del testador que demuestre la intención de revocarlo.

Hemos dicho en diversos lugares de esta obra que, en los actos de última voluntad, la intención manifiesta del testador es el fundamento de la disposición, y siguiendo este principio debemos reconocer que la deuda pagada sin conocimiento del testador, y que ha sido legada al mismo deudor, no importa una revocación del legado, pues no hay acto alguno de voluntad que contrarie la disposición testamentaria.

En la tercera hipótesis, cuando de buena fe, creyendo el testador que Alberto le debe dos mil pesos se los lega, Ulpiano dice: el legado es inútil, desde que nada se le debe, y con esta opinión están de acuerdo casi todos los autores; pero no es el caso que estudiamos, sino este otro: creyendo el testador que Alberto le debe dos mil pesos, se los lega á Julio para que los cobre, y resulta que no hay deuda, ¿deben los herederos del testador abonar al legatario los dos mil pesos? No lo creo; porque si bien la intención del testador ha sido donar al legatario esa suma, la voluntad manifiesta es que ha querido legar la cantidad que creía le era debida, y si se ha equivocado, es claro que el legado quedaría sin efecto.

Finalmente, la cuarta hipótesis, se asemeja en algo á lo dispuesto en el art. 1480, cuando se cede de mala fe una deuda incobrable, en que el cedente responde por los daños y perjuicios; en el presente caso el heredero deberá responder por los que se causare al legatario, porque representa á la persona del testador y está obligado por los perjuicios ocasionados por la mala fe de su causante.

¿Qué alcance debe darse á la expresión: «comprende sólo la deuda subsistente y los intereses vencidos á la muerte del testador?» ¿Importa acaso decir, que no le corresponden los intereses que corriesen después de la muerte? No, seguramente! El artículo no es limitativo, sino extensivo; porque legada una deuda podían no comprenderse los intereses,

Si el testador fuese deudor de una persona á quien le legare una cantidad de dinero, ese legado no se tomará como un pago de la deuda, á menos de expresar lo contrario, porque su voluntad ha sido de hacer un beneficio y no de pagar la deuda; así pues, *lo que el testador legare á su acreedor no puede compensarse con la deuda (art. 3787).*

y el artículo dice, están comprendidos, decidiendo así la duda que podría subsistir.

El legado de una deuda es una especie de cesión de crédito, porque éste se traspasa al legatario, que viene á reemplazar al testador, así es que las excepciones que el deudor tenía contra éste y las que tuviere contra el mismo legatario, pueden ser deducidas válidamente cuando fuere demandado. Porque es una cesión, el heredero no responde de la solvencia del deudor, á menos que el testador expresamente lo hubiera obligado, ó cuando por su culpa ó inacción no entregare el título, por ejemplo, si estaba solvente cuando el legatario hizo la reclamación, viniendo á entregarlo cuando estuviera insolvente; en eso caso responde de su propio hecho y está obligado en los términos del art. 1109.

Si bien el artículo confiere al legatario todas las acciones del heredero, es necesario tener en cuenta que aquél no podrá deducirlas, si el heredero no le ha entregado el título de la acreencia, ó si se resiste á hacerlo, siguiendo un juicio previo. Si á consecuencia de esa negativa se produjera la insolvencia del deudor, deberá responder de los daños y perjuicios causados. — Comp. GOYENA, art. 686 y LAURENT, XIV, 166.— Véanse arts. 1437, 1446, 1476 y 1484.

(**Art. 3787.**) Nuestro artículo ha venido á decidir la controversia suscitada entre los antiguos autores, siguiendo en esta parte al Cód. Napoleón, art. 1023. Unos creían que, cuando el legatario era acreedor del testador á título oneroso, la compensación no debía suponerse; pero si lo era á título lucrativo, se presumía que el testador había querido liberarse haciendo el legado; mientras otros sostenían, por el contrario, que en caso alguno debía presumirse la compensación, y esta opinión fué adoptada por el Cód. Francés y seguida por el nuestro.

El artículo supone al testador deudor del legatario, y establece que lo legado á éste no se compensará con lo debido por aquél, sin hacer distinción entre la clase de legado, si es remuneratorio por compensación

Es un principio general que las mandas ó legados dejados en testamento responden al deseo de beneficiar al legatario, por eso

de servicios ó puramente gratuito, en ambos casos el heredero no tiene derecho para alegar la compensación.

Algunos autores argentinos sostienen que, el legado remuneratorio puede compensarse con lo que el testador debía al legatario, con lo que estoy conforme en el único caso en que el mismo legado se dijera que es en pago de tales ó cuales servicios hechos por el legatario que daban acción para demandarse en juicio; en los demás casos la compensación no puedo alegarse. Y la razón es obvia, si el testador no ha manifestado claramente la voluntad de pagar la deuda con lo dejado al legatario en el testamento, los herederos no tienen derecho para alegar la compensación. La presunción natural es que todo legado es hecho *animò remunerandi*, que se ha querido beneficiar al legatario, y mientras no se demuestre que tuvo la intención de pagar la deuda, no se debe admitir la compensación. Y la duda que pudiera existir desaparecería en el caso en que el testador no hubiera sido deudor cuando hizo el testamento, sino después, porque no hay suposición posible de que hubiera querido pagar con el legado una deuda que entonces no existía.

Para que la compensación pudiera alegarse en el legado remuneratorio, es necesario que el testador dijera: lego á Alberto dos mil pesos que le debo por sus honorarios, que como procurador le fueron regulados en el pleito seguido con fulano ó algo semejante, donde constase que se ha querido pagar el servicio que pudo ser demandado. Pero si el testador debiese una renta á un tercero, y le impusiera á su heredero la obligación de pagar una renta á ese tercero, sin expresar que debe ser en pago de la que debe, se reputa que ha legado una nueva renta que deberá agregarse á la antigua, y no deducirse. Así, cuando el testador se obligó á pagar por contrato una renta de dos mil pesos anuales á Alberto, y ordena á su heredero que le pague durante la vida del rentista mil pesos anuales, el heredero deberá una renta de tres mil pesos sin poder alegar compensación. Del mismo modo, cuando debiera dos mil pesos á B y lo legara dos mil pesos sin expresar que se los deja en pago de la deuda, el heredero deberá pagar la deuda más el legado, sin que pueda alegar compensación.

Voët establece una regla que se puede seguir sin hesitación, porque encuadra dentro de la disposición que comentamos: para que haya liberalidad, es necesario que se la encuentre en el legado mismo más que en la deuda: *si modo plus in legato quam in debito sit, adeoque intersit creditoris ex testamento potius agere quam ex pristina obligatione*. Nosotros

es que el legislador ha dicho: *el reconocimiento de una deuda, hecho en el testamento, es reputado como un legado mientras no se*

hemos expresado este mismo pensamiento, aunque bajo una forma diversa, al exigir que la voluntad del testador conste del legado mismo, y que al hacerlo haya querido pagar la deuda.

El Código Francés va más lejos aún, en esta parte, pues no reputa que el legado es en compensación de su acreencia, cuando fuese hecho á los criados ó domésticos por los servicios debidos. Nuestro artículo tampoco hace distinción alguna, y podríamos aplicarlo perfectamente al caso, pues se trata de pequeños servicios sobre los que debe tenerse en cuenta el deseo probable del testador de beneficiar á sus criados. Así, reputaríamos que no daba lugar á compensación, si el testador dijera: lego mil pesos á mi sirviente Juan, en compensación de los servicios que me ha prestado; ese legado no le impediría demandar los que se le debieran, según el sueldo convenido; porque la intención ha sido de gratificar servicios prestados y pagados, en el tiempo en que se hace el testamento, y no pagar los que pudiera deberle á la época de su fallecimiento.

Es entendido que la deuda del testador no se entenderá pagada con el legado, á menos que éste expresamente no hubiera manifestado una voluntad contraria, lo que es apoyado por Laurent, XIV, 164, que exige la manifestación expresa.

Téngase presente que nuestro artículo está redactado en una forma absoluta cuando dice: «lo que el testador legare á su acreedor no puede compensarse con la deuda», y si admitimos la compensación en el único caso expresado, es obedeciendo á su voluntad que ha querido pagar la deuda con el legado; en ese caso, es un pago y no una remuneración.

Demolombe, explicando la parte del art. 1023, que dice: «el legado hecho al acreedor no será juzgado que se hace en compensación de su acreencia», y agrega, «so entiende que sólo es una presunción simple que debería ceder ante la voluntad contraria del testador; pero será necesario que la manifestación de esta voluntad sea expresa, según la acepción que el mismo legislador da á esta palabra, en ocasiones semejantes, cuando se ha servido de ella». Por eso decimos que la presunción de la ley no debe ceder sino ante la voluntad del testador; si nada ha expresado, el artículo se debe aplicar en todo su rigor, no habrá compensación.—Comp. TROPLONG, III, 1970 y 1971. DEMOLOMBE, XXI, 736 y 737.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3787.—Cód. Francés, art. 1023.—L. 85. Dig., De legatis, 2. — Pothier, Pand., tom. 2, pág. 334, n° 312. — Vazeille, sobre

pruebe lo contrario, y puede ser revocado por una disposición ulterior (art. 3788), sin que ese reconocimiento pueda servir de an-

(Art. 3788.) El artículo parte del supuesto que el acreedor no tiene documento escrito, porque en caso contrario el testamento no puede alterar en su contra la verdad; reconociendo, pues, el hecho de no constar por escrito la deuda, veamos las consecuencias que se depren-den del reconocimiento hecho en el testamento. Debemos aceptar como cierto el principio de que, cualquier declaración hecha en el testamento no tiene valor alguno hasta que éste no venga á adquirir el carácter de irrevocable por la muerte del testador; esa declaración participa de los caracteres del testamento que se asemeja á la voluntad instable del hombre, que cambia á medida que se suceden los acontecimientos, y que alguna circunstancia, muchas veces sin valor, viene á influir poderosamente para variarla. Si, pues, la declaración ó el reconocimiento de una deuda hecha en el testamento importa un legado, de tal principio deberán deducirse estas consecuencias; 1^a, que revocado el testamento, el reconocimiento quedaría sin valor alguno; 2^a, que declarado nulo por algún vicio de forma, valdría como principio de prueba por escrito, para demostrar la deuda, si estuviera firmado por el testador, ó si valiera como instrumento público ó privado; 3^a, que la deuda reconocida en el testamento nada tendría que ver con la que constase de documento, si no se demuestra que esa era precisamente la reconocida; porque si el reconocimiento se reputa un legado, no puede suponerse que el testador ha querido legar una cantidad que estaba obligado á pagar.

Respecto del primer caso, cuando la deuda reconocida no constare por escrito y pasare de doscientos pesos, como el acreedor no tiene medio alguno para demandarla en juicio, y su derecho sólo viene del testamento mismo, una vez que éste ha desaparecido por la revocación, el legado ha quedado sin valor; ese reconocimiento no puede servirle de principio de prueba, porque la voluntad del testador lo ha hecho desaparecer. Esto es lo que explica Toullier, V, 636, cuando dice: «si el testamento hubiere sido revocado por el testador, el reconocimiento que se encontrare contenido en él, quedaría igualmente revocado, y no tendría ni aún la fuerza de un principio de prueba por escrito, porque es consi-

dicho artículo. El legado es un título de pura liberalidad, y se presume que siempre es hecho *animo donandi*, aún cuando sea á un acreedor del testador. Las Leyes Romanas así lo decidían admitiendo al acreedor legatario de la prenda afectada á la seguridad del crédito, á reclamar la deuda contra la sucesión.

tedente para demostrar la existencia de la deuda, que deberá probarse como las demás obligaciones; pero según los casos, podrá servir de principio de prueba.

derado como un legado, y sería, contra toda razón, dar á un reconocimiento revocado, la misma fuerza que á un reconocimiento en el que ha perseverado el testador ». Pero debemos hacer una distinción con respecto á estos reconocimientos: si son hechos en favor de una persona capaz de recibir, ó si por el contrario se reconoce una deuda en favor de un incapaz. En el primer caso no hay inconveniente, el reconocimiento de la deuda importa un legado, y como tal es válido aunque se ofreciera demostrar que el testador nada debía; pero como legado está sujeto á reducción como los demás de su especie. En el segundo, por el contrario, siendo el legatario incapaz de recibir, no tendrá valor si no probare la deuda; el reconocimiento en este caso sería insuficiente, y como está equiparado á un legado que no puede recibir, deberá demostrar que no hay tal legado, y que la deuda existe.

Cuando el testamento fuera declarado nulo por algún vicio de forma, debemos también distinguir: si la nulidad del testamento lo deja sin valor alguno como instrumento público ó privado, no podrá servir como principio de prueba por escrito, pues que no hay instrumento alguno, como si el testamento ológrafo escrito y fechado por el testador no estuviera firmado, en que no existiría ni como instrumento privado; pero si ese testamento fuera declarado nulo por no tener la fecha, ó por no ser escrito todo de puño y letra del testador, tendría valor como instrumento privado, y el reconocimiento de la deuda serviría de principio de prueba por escrito; porque como dice Toullier, se encuentra en ese documento la perseverancia de la voluntad del testador en reconocer la deuda. Lo mismo sucedería cuando se declarase nulo el testamento por acto público, porque sólo hubiera sido firmado por dos testigos, pues si no puede valer como testamento, es una escritura pública, y sirve de base para la demostración de la deuda.

No hay dificultad alguna, cuando el reconocimiento de una deuda no excede la porción disponible del testador, porque siendo libre de legar lo que quiera, nadie tiene derecho para hacer observación; pero cuando la deuda excede á esa porción, como es un legado, será reducido, á menos de probar la existencia real de la deuda reconocida, y aún en ese caso puede servir el testamento como principio de prueba escrita, y admitir la testimonial; esta conclusión es sostenida por Toullier.

Pero si el testador quisiera formar al deudor un verdadero título irre-

Cuando se trata del reconocimiento de una deuda hecha en un testamento, se acaba de decir que se considera como un le-

vocable de su deuda; como si por ejemplo, lo hubiera hecho intervenir en su testamento para que aceptara ese reconocimiento, ordenando al escribano le diera copia, ó si fuera ológrafo y el mismo testador le diera una copia donde se encontrare el reconocimiento; creo que un título firmado en esas condiciones no está sujeto á la revocación del testamento, y la deuda subsistiría reconocida á pesar de la revocación, como quedaría reconocida si al mismo tiempo de otorgar el testamento le hubiera dado un instrumento privado de la deuda. La libertad de revocar el testamento existe, pero el acto del testador no puede anular el reconocimiento, que tal como está hecho, es un documento probatorio, y no un legado en el sentido del artículo.

Toullier, V, 637, sostiene que, cuando el testamento que contiene el reconocimiento de una deuda hecha en favor de una persona capaz, está suscrito por el testador, y fuera declarado nulo, él debe formar una prueba completa, porque ese reconocimiento puede ser hecho bajo firma privada; pero no estamos conformes con la opinión del sabio profesor, porque eso sería quitar al testamento su carácter típico, para convertirlo en instrumento privado; más jurídico y conforme con la doctrina sostenida por él es admitir que ese documento es un principio de prueba por escrito, y que el reconocimiento no debe perder su carácter de legado revocable.

El artículo habla únicamente de las deudas que el testador reconoce en su testamento, ¿y qué se diría si él mismo reconociere haber recibido el pago de una acreencia que tuviera contra un tercero? Es claro que si ha dado el recibo de pago, el dendor nada tiene que hacer con el testamento, que puede revocarse ó declararse nulo sin alterar su derecho; pero cuando no tuviera documento de ninguna especie, ¿esa declaración se consideraría como un legado? Así lo reputan todos los autores, porque hay las mismas razones para suponer una verdadera liberalidad, desde que todo individuo al pagar una deuda que consta en un instrumento ó recoge éste para librarse de todo reclamo ulterior, ó cuando menos exige un recibo que lo anule. Así, pues, el recibo dado en un testamento de haber pagado la deuda, participa de los mismos caracteres del legado de deuda y queda sin valor, cuando el testamento ha sido revocado, porque la voluntad del testador es dejar sin efecto esa liberalidad, y podrá servir de principio de prueba por escrito para demostrar su pago en los mismos casos en que sirve el legado de deuda.—Comp. MERLIN, *Repertorio*, 1.^o, *Testamento*, Sec. II, § 6, n^{os} 1 y 2. TROPLONG, III, 2056

gado que puede revocarse; pero varía de significado, *si el testador manda pagar lo que cree deber, y no debe*, entonces, *la disposición se tendrá por no escrita. Si en razón de una deuda determinada se manda pagar más de lo que ella importa, el exceso no es debido, ni como legado (art. 3789)*; porque entonces no es tal, ni el

y 2062. SAINTESPÉS-LESCOT, V, 1604 á 1607. DEMOLOMBE, XXII, 131 y 132. TOULLIER, V, 637. — Véanse arts. 499, 718 y 3789.

(**Art. 3789.**) Hay alguna semejanza entre este artículo y el anterior, y por eso ha sido confundido por algunos, que han creído necesario hacer una restricción; pero basta fijarse en su redacción para comprender que los casos son completamente diferentes.

El reconocimiento de una deuda importa un legado, porque el legislador supone que no teniendo título para cobrarla, el testador ha querido donarle esa cantidad, y no puede confundirse con el mandato de pagar una deuda que no se debe; porque el testador en este caso no lega la deuda, procede por equivocación mandando pagar lo que no debe; por ejemplo, dice: mando se pague á fulano lo que le adeudo, ú ordeno se pague los mil pesos que le debo según el documento que presentará. En el primer caso, si no justifica el monto de la deuda, nada se le deberá, y en el segundo si probase que le debe sólo quinientos, esa cantidad será debida por los herederos, sin que haya lugar á suponer que los otros quinientos se han dejado con el objeto de beneficiar al acreedor.

Así, en los ejemplos que propone el Dr. Llerena, cuando el testador dice: «declaro que debo á Pedro mil pesos, ó quiero que mis herederos paguen á Pedro mil pesos que le debo», es un legado de reconocimiento de deuda sometido al artículo anterior, y los herederos no tienen derecho para averiguar si efectivamente debe ó no esa deuda, á menos del derecho de reducción. Mientras el caso del artículo es el de error, en que el testador manda pagar lo que cree deber, en que el error es manifiesto; como si dijera: mis herederos pagarán lo que debo á Alberto, ó pagarán los mil pesos que le adeudo, y que consta del documento que presentará, ó cuando agregare: creo deber mil pesos á fulano, y mis herederos le pagarán la suma que justifique con documentos. En todos

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3788. — Cód. de Chile, art. 1133. — Troplong, *Testament*, n° 205^o.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap. — *Aplicación del art. 3788.* — El reconocimiento de una deuda en el testamento, importa un principio de prueba escrita para hacer procedente la testimonial á los efectos de justificar la veracidad de la confesión. — Jur. Civ., IX, 330, Ser. 4°.

testador ha tenido la intención de beneficiar al legatario, ha ordenado á sus herederos el pago de una deuda que creía pesaba sobre su patrimonio, y así como en nada hubiera influido, si lo que mandó pagar fuera menos de lo que debía, del mismo modo, no cambia la naturaleza del mandato, cuando no existiera causa de deber, ó si hubiera indicado una cantidad mayor de la debida. El heredero pagará lo que el acreedor justifique se le debe.

Cuando el testador legare los alimentos á una persona, los herederos los deberán aunque el legatario tuviera como costearlos, porque no se trata de una obligación impuesta por la ley en los casos de necesidad, sino de cumplir con la voluntad del testador;

estos casos, si nada debe, la disposición se tendrá por no escrita, y si indicare la cantidad y resultare del documento que debe menos de lo determinado, el exceso no se debería. Pero téngase entendido que de cualquier otro modo que reconociera la deuda ó la mandare pagar sin exigir justificativo, sería un legado; sujeto á lo dispuesto en el artículo anterior, sobre reconocimiento de deuda.

El artículo ha sido tomado literalmente del Cód. de Chile, art. 1132, y á ese le sigue la disposición que considera como legados gratuitos, las deudas confesadas en el testamento y de que no hubiere un principio de prueba por escrito, haciendo esta diferencia capital, entre mandar pagar una deuda que no se debe, dando lugar á que se haga constar el error, y hacer el reconocimiento de una deuda, que tal vez no se pueda demostrar.

Así es que debe hacerse esta diferencia esencial: reconocer una deuda en el testamento ó mandar pagar una deuda, es un legado, no se exige prueba, y el heredero debe abonarla; pero mandar pagar una deuda que se cree tener con tal persona, sin determinar la suma á que asciende, sería nula la disposición si se probase que la deuda no existe; y el segundo caso, cuando se ha determinado la cantidad debida ordenando su pago, y el retiro del documento en que constase, si resulta que se adeuda más, deberán abonarla; si por el contrario hubiera exceso entre la cantidad debida, y la señalada en el testamento, se pagará únicamente la que se debiera, y el exceso no se abonará; porque no ha existido la intención de donar sino de pagar; en una palabra, ha existido error, y esa disposición no tiene valor por el exceso.—Véanse arts. 499, 500, 793, 954, 3789 y 3832.

así, pues, *el legado de alimentos comprende la instrucción correspondiente á la condición del legatario, la comida, el vestido, la habitación, la asistencia en las enfermedades hasta la edad de diez y ocho años, sino fuese imposibilitado para poder procurarse los alimentos. Si lo fuese, el legado durará la vida del legatario (art. 3790)*; esta última parte se refiere á la necesidad de alimentos que tiene el legatario.

(Art. 3790.) En cuanto al modo de indicar lo que se debe entregar al legatario, el legado puede hacerse de dos maneras: 1º designando la cantidad legada para alimentos; 2º sin determinar cantidad, dejando al arbitrio judicial, y necesidad del alimentado.

Con relación á la persona del legatario, puede hacerse á dos clases de personas: 1ª, á los menores de edad, en cuyo caso se extiende ordinariamente hasta los 18 años; 2ª, á los mayores de 18 años, y entonces se debe determinar la duración del legado, según las circunstancias de cada caso especial.

Cuando se ha legado una cantidad determinada para alimentos, esa cantidad no podrá embargarse judicialmente, ni tampoco aumentarse, aunque se demostrase que la suma dejada no llena cumplidamente los fines que se propuso el testador, porque la indicación que es un legado de alimentos, tiene únicamente por objeto el sustraer esa cantidad al embargo ordinario, y no autoriza para demandar un suplemento á los herederos, demostrando que es insuficiente. Con el mismo derecho, el legatario puede negarse á la disminución de la cantidad dejada para alimentos, aunque el heredero demostrase que es excesiva y pidiera reducción. Si el testador, al legar la renta, no expresase que es para alimentos, esa renta no estaría exenta del embargo.

En el segundo caso, cuando no se ha determinado cantidad, será una cuestión que se decidirá por el Juez, teniendo en cuenta no sólo la condición y necesidades del legatario, sino también la fortuna del testador, los vínculos de parentesco que los unen, y demás circunstancias que puedan influir. Así, por ejemplo, si el testador ha pasado al legatario una pensión de trescientos pesos, se tendrá en cuenta esta circunstancia para fijar la suma que se le dará para alimentos después de la muerte del testador.

Téngase presente que en el legado de alimentos es una condición esencial que el alimentado carezca de bienes; porque si los tiene en cantidad suficiente para subvenir cómodamente á sus necesidades, el legado no tendrá efecto, á menos de haberse determinado una renta

Se trata de interpretar ciertas expresiones que el testador puede usar al hacer la manda ó legado, y para esos casos ha di-

fija, diciendo que es para alimentos, en que los herederos la deberán, porque más se debe atender á la renta misma, que al objeto indicado, que no altera la obligación.

Cuando el legatario fuera menor de 18 años y se hubiera dejado una cantidad fija, se le debe pasar esa cantidad hasta dicha edad, que es el límite puesto por el artículo, salvo disposición expresa del testador, ó cuando se demostrase que está imposibilitado para adquirírselos. ¿Cuál es el alcance que debe darse á la expresión «imposibilitado para procurarse los alimentos?» ¿Es la imposibilidad material á consecuencia de enfermedades físicas que lo hicieran inapto para el trabajo, ó comprende también la moral, si así podemos llamarla, cuando no se encuentre un trabajo apropiado á su condición social? En mi opinión, un joven de distinguida familia á quien su pariente ó un amigo de su familia, le deja un legado de alimentos, se puede decir que está imposibilitado, cuando no encuentra empleo con arreglo á su condición, pues no se le puede exigir esos trabajos materiales de la gente del pueblo; pero esta será una cuestión de hechos, que los jueces decidirán, porque tampoco se puede autorizar el ocio, bajo el pretexto de que no encuentra un puesto de cierta importancia. Si antes de los 18 años hubiera adquirido por donación, herencia ó por la suerte un cómodo vivir, los alimentos cesarán, como se ha dicho, cuando se le ha hecho el legado de alimentos sin determinar cantidad. Si padeciera de alguna enfermedad que lo inhabilitara para el trabajo y no tuviera bienes, los alimentos continuarán durante la vida del legatario.

Cuando el legado se hubiera hecho á un mayor de 18 años, como el artículo no pone un límite con relación al tiempo, se entenderá que el legado es por toda la vida del legatario, siempre que se encuentre en las condiciones de no poder subvenir á sus necesidades; pero cesará una vez que haya adquirido bienes, ó hubiere encontrado trabajo que le bastase para atender á sus alimentos.

Es entendido que en el legado de alimentos, la sentencia que los determine no adquiere el carácter de la cosa juzgada, pues puede alterarse según las circunstancias, ya disminuyéndose la suma acordada para alimentos, cuando se demostrase que es excesiva, ya aumentándola en caso contrario, si no bastase para llenar las necesidades del alimentado; pero esto será cuando no se hubiera determinado una cantidad.

Cuando se ha legado una cantidad fija, y si se hubiera ordenado el pagarla por anualidades, ó por semestros, etc., la primera anualidad comienza desde la muerte del testador, y el legatario la adquiere en su

cho: lo que se leque indeterminadamente á los parientes, se entenderá legado á los parientes consanguíneos de grado más próximo,

totalidad aunque sólo hubiera sobrevivido algunos días. Se debe atender á los términos en que se haya hecho el legado; por ejemplo, si el testador dijero: «lego á fulano tres mil pesos que se le pagarán anualmente, para sus alimentos»; esa suma es debida al legatario desde la muerte del testador, aunque hubiese fallecido á los pocos días después de éste, y sus herederos podrán cobrarla en su totalidad; puede parecer impropia semejante conclusión, pues la cantidad legada no sirve entonces para los alimentos; pero es jurídica desde que la voluntad del testador ha sido que se le entregase el todo de la cantidad, autorizándolo para que la gaste como lo crea conveniente, desde que la pone en su mano y lo hace adquirir la propiedad. Esta conclusión no puede aplicarse á los casos en que el juez determina, con audiencia de los herederos, la cantidad mensual, trimestral ó anual que debe recibir el alimentado, porque en ese caso los alimentos se adquieren de momento á momento, y los herederos del legatario están obligados á devolver la cantidad que haya recibido de más, sin que el heredero deba demostrar que ellos la han recibido; porque se supone con razón que se encuentra entre los bienes que deja el legatario. Y esta conclusión es más jurídica y consulta mejor la justicia; porque los herederos al acordar el pago por trimestres ó anualidades, no han tenido por objeto facilitar la entrega, y su intención no ha podido ser que el legatario adquiriera irrevocablemente esa suma, aun en caso de fallecimiento inmediato.

Cuando el legado es indeterminado en su cantidad, se dice que comprende «la instrucción correspondiente á la condición del legatario»; y se entiende que si éste no quisiera seguir una carrera liberal y se dedicase á las artes manuales, el legado se reduciría con arreglo á la profesión que adoptase según las disposiciones de su padre ó tutor. Si adoptando una profesión manual, entrase como aprendiz en algún establecimiento donde le diesen el vestido y la comida, los alimentos se suspenderían, ó se le pasarían con arreglo á sus necesidades. Se pregunta, si en ese caso, los herederos estarían obligados á darle algún dinero para esas necesidades que tienen los jóvenes, según las costumbres de nuestra actual civilización. Mi opinión es negativa, por más que reconozca la necesidad actual de acordar á los jóvenes la facultad de disponer de esas pequeñas cantidades.

«La comida, el vestido y la habitación», agrega el artículo. ¿El heredero tiene derecho para hacérselos dar, ó debe entregarle dinero para que se los proporcione personalmente? Supóngase que él ofrece su mesa,

según el orden de la sucesión ab-intestato, teniendo lugar el derecho de representación (art. 3791, 1ª parte); y se tendrá presente que la representación en la línea recta no tiene término, mientras en la colateral sólo es permitida en favor de los hijos y descendientes de los hermanos, art. 3560.

Si á la fecha del testamento hubiese habido un sólo pariente en el grado más próximo, se entenderán llamados al mismo tiempo los de grado inmediato (art. 3791, 2ª parte); porque las palabras

su sastre y su casa, en vez de dinero; ¿podrá obligar al legatario á recibirlos? No lo creo; el testador al señalar alimentos al legatario, no ha querido someterlo á una intervención extraña, le ha dado la libertad para que bajo la intervención de su tutor, cuando es menor, use de las sumas que el juez le señalare, como mejor crea conveniente, y con mayor razón esta libertad se impone cuando fuere mayor de edad.

En cuanto á la asistencia en las enfermedades, el heredero ¿podrá limitarse á pagar la pensión que se exige actualmente en los hospitales, donde van á hacerse asistir personas de distinción? Tampoco lo creo; porque el pagar la asistencia, importa dejar en libertad al alimentado para que elija la mejor manera de atenderse; pero en esto se atenderá á las restricciones naturales, no se buscarán los médicos de mayor renombre, ni se pagarán operaciones de grande importancia. En las circunstancias actuales estos casos alicuioren gravedad; porque pueden comprometer la fortuna dejada á los herederos, pues los honorarios médicos suben á sumas algunas veces fabulosas. Será una cuestión de hecho, que los jueces determinarán teniendo en cuenta la condición del alimentado, la fortuna dejada por el testador, los vínculos de sangre que lo ligan, la cantidad fijada por el juez, y todo lo que tienda á limitar la expresión demasiado vaga, *de la asistencia en las enfermedades*, á fin de que no resulte demasiado onerosa para el que debe los alimentos.—Comp. Goyena, art. 694. TROPLONG, III, 1897. LAURENT, XIV, 80. — Véanse arts. 267, 330, 331, 372 y 4027, n.º 2.

(**Art. 3791.**) Se trata de interpretar la voluntad del testador cuando valiéndose de un término general, *legase tal cantidad á sus parientes*, en ese caso se deben estudiar las siguientes hipótesis: 1ª, que sólo tenga un pariente en la época en que hizo el testamento; 2ª, que existieran varios; 3ª, que sólo tuviera parientes por afinidad.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3790. — L. 24, Tit. 9, Part. 6ª. — Véase L. 5, al fin, Tit. 33, Part. 7ª, y L. 2, Tit. 39, Part. 4ª. — L. 1, Dig., *De alimentis, vel cibariis legatis*.—Pothier, *Pand.*, tom. 2, páginas 412 y 413, nos 3 y 9.

usadas por el testador, de lego tal cantidad á mis parientes, indican que ha querido comprender á los demás.

La ley hace una excepción respecto de los legados de beneficencia pública, cuando no se hubiera determinado cantidad, y en vez de anularlos, como sucede cuando se refiere á una persona, los declara válidos, estableciendo los medios para hacer la determinación; así dice el **art. 3792**: *si el legado se destinase á un objeto*

En el primer caso, si al otorgar el testamento sólo tuviera un solo pariente, y al fallecimiento del testador existieran varios provenientes del mismo que vivía entonces, debemos hacer esta distinción; si tuvieran el derecho de representación en la línea colateral, sucederían en el legado por estirpe; en caso contrario, el más próximo excluiría al más remoto; por ejemplo, supongamos que el legatario que existía en el momento de hacer el testamento era un hermano del testador, que ha fallecido dejando dos hijos, que uno de estos también ha muerto dejando á su vez dos hijos, de modo que cuando van á recibir el legado son esos parientes los únicos existentes; en ese caso no dividirán el legado por cabeza, excluyendo el más próximo al más remoto sino que se harán dos partes, la mitad para el hijo y la otra mitad para los dos sobrinos que entran en representación de su padre, porque se trata de recibir lo dejado por el hermano del testador. Si por el contrario suponemos que es un primo hermano que existía al otorgar el testamento, los hijos de éste excluirán á los nietos que se encuentran en un grado más remoto y recogerán el legado los más próximos.

En el segundo caso, cuando existían varios parientes al otorgar el testamento, y al fallecimiento del testador existe uno sólo, éste recogerá el legado aunque existan descendientes de los otros, á menos que pudieran concurrir por representación. Si existieran varios del mismo grado concurrirán á recoger el legado por iguales partes excluyendo los de grado más próximo á los más remotos.

Cuando sólo hubiere parientes afines, ó naturales el legado quedará sin efecto, porque no existen los parientes consanguíneos de que habla el artículo.

Nuestro artículo ha sido tomado literalmente del art. 1064, Cód. de Chile.—Véanse arts. 3548, 3562, 3621, 3721 y 3722.

(**Art. 3792.**) El artículo ha sido tomado literalmente del art. 1066, Cód. de Chile, suprimiendo una locución que es necesario restablecer,

de beneficencia (pública) sin determinarse la cuota, cantidad ó especie, éstas se determinarán conforme á la naturaleza del objeto, y á la parte de los bienes disponibles por el testador.

porque da mayor claridad al pensamiento, dice el artículo: «si el legado se destinare á un objeto de beneficencia» habiendo suprimido la expresión *expresado en el testamento*, porque el objeto debe estar expresado en él; sin embargo, no nos atreveríamos á imponer esa condición como esencial, porque sería corregir la ley, por más que estamos seguros que la frase ha sido suprimida por inadvertencia; así no podríamos declarar nulo el legado dejado para un hospicio, que se encontrará indicado entre los papeles del testador, pero si se digera: lego una cantidad para la beneficencia pública, el legado sería nulo, porque no está expresado el objeto á que debería destinarse, ni menos la cantidad dejada.

El caso del artículo es para cuando el legado se dejare con un objeto de beneficencia pública sin determinar cantidad, como por ejemplo: lego la cantidad necesaria para el mantenimiento de diez camas en tal hospital, por el término de cinco años; los herederos deberán entregar la cantidad necesaria con ese objeto, por el todo el término designado, sin que puedan alegar que la darán mensual ó anualmente.

¿Cómo se hará la determinación de la cantidad, y quienes tomarán parte en ella? El Cód. de Chile dice, que el juez la hará oyendo al defensor de obras pías y á los herederos; entre nosotros no hay tal defensor, y en caso las leyes de procedimientos no determinaren la forma de hacerlo, deberá escucharse al Síndico ó representante del establecimiento beneficiado y á los herederos, y después de traerse todos los antecedentes del caso, se resolverá fijando la cantidad. Cuando la cuota debiera servirse perpétuamente, el heredero estará obligado á entregar títulos de renta ó propiedades que produjeran la suma señalada, sin responsabilidades ulteriores para el porvenir, de modo á quedar completamente libre una vez entregados los objetos ó títulos que deberán servir para el objeto indicado, salvo los casos de evicción.

Nuestro artículo dice, que la cuota ó cantidad «se determinará conforme á la naturaleza del objeto, y á la parte de los bienes disponibles», mientras en el modelo se dice: «determinará la cuota, habida consideración á la naturaleza del objeto, á las otras disposiciones del testador, y á las fuerzas del patrimonio, en la parte de que el testador pudo disponer libremente», y creo que los jueces deben tener presente esta circunstancia, porque esa ha sido la mente del codificador argentino, que al tomar la disposición del Chileno, ha querido únicamente abreviarla, sin quitarle su fuerza y sin perder de vista la limitación relativa á las

§ 1031.—DEL TIEMPO EN QUE DEBEN ENTREGARSE LOS LEGADOS

Dijimos que los legados pueden considerarse bajo dos fases diferentes; la primera en cuanto se refiere á la constitución misma, ó en lo relativo á la ejecución y pago del legado que es independiente de aquella. Una vez admitida la validez del legado, y tratando de dar cumplimiento á las condiciones ó plazos establecidos en el testamento mismo, se deben tener presente las reglas siguientes:

1^a *Si es legada una cantidad determinada para satisfacerla en tiempos establecidos, como en cada año, el primer término comienza á la muerte del testador, y el legatario adquiere el derecho á toda la cantidad debida por cada uno de los términos, aunque sólo haya sobrevivido al principio del mismo término (art. 3793), y ese dere-*

otras disposiciones del testamento, á fin de que todas puedan cumplirse.

El presente artículo, puede considerarse como una excepción del art. 3760; sin embargo, no lo es en realidad, porque se dan los medios de hacer cesar la indeterminación de la cantidad. — Véanse arts. 3605, 3750, 3760 y 3765.

(Art. 3793.) El artículo habla de una renta legada ó de una cantidad que deba abonarse por períodos sucesivos, sin distinguir el caso en que sea por toda la vida del legatario ó sólo por algún tiempo, y trae un ejemplo para explicar la hipótesis; ejemplo que se puede aplicar á cualquier período, sea que se hubiere mandado abonar por trimestre ó semestre. El primer período se reputa adquirido por el legatario desde la muerte del testador, aunque su pago no sea inmediato y deba esperarse á la conclusión del período, de modo que los herederos del legatario fallecido después del testador han adquirido ese período y pueden demandarlo.

El artículo dice, que el primer término «comienza desde la muerte del testador», y se pregunta, si el período debe comenzar á correr desde ese tiempo para completar el año, ó si el año debe contarse como si fuera el que estaba corriendo cuando ocurrió la muerte, concluyendo con la terminación del año corriente. Será una cuestión de hecho y de interpretación que los jueces determinarán, teniendo en cuenta las palabras de que se ha servido el testador, y buscando el modo mejor de cumplir su voluntad.

cho pasa á sus herederos como adquirido por el difunto, en cuyo patrimonio se encuentra. El artículo se refiere y comprende las rentas, pensiones alimenticias y otros derechos análogos constituidos por el testador en favor del legatario. Pero si el testador hubiera legado una cantidad determinada para que sus herederos la pagasen en tales ó cuales plazos, aunque el legatario falleciere después, sus herederos tendrán derecho á cobrarla en los plazos designados, porque ha sido adquirida en su totalidad, y sólo depende su entrega del vencimiento del plazo.

2ª En los legados anuales ó á términos designados hay tantos legados como años ó términos. Una sola prescripción no puede extinguirlos: son necesarias tantas prescripciones como haya años ó

Lo que parece no ofrecer dudas es que el primer período se ha adquirido por el legatario desde la muerte del testador, y pueden reclamarlo los herederos en el tiempo en que deba entregarse, sin perjuicio de los derechos que pudieran alegar los herederos para oponerse al pago, por incapacidad del legatario, ó por cualquier otra causa que anulase el legado. Si se hubiere determinado el tiempo en que el legado deberá pagarse, el legatario ó sus herederos pueden pedir las medidas conservatorias que crean necesarias para asegurar el legado, como cualquier acreedor á plazo.

Para la adquisición del primer término basta que el legatario haya sobrevivido un instante al testador.

La disposición se funda en la ley 22, tít. 1, lib. 33, Dig., que dice: «mi heredero dará á mi hija la suma de cien por año cuando quedase viuda. En el caso en que la hija hubiera quedado viuda por menos de un año, se pregunta, si le sería debido menos de cien? He respondido, que me parece le es debido el año entero, aunque no hubiera estado viuda todo el año». Por este ejemplo se pueden decidir los demás casos. — Véanse arts. 746, 2081, 3766 y 3794.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3793.— L. 15, Tit. 11, Part. 5ª. — L. 22, Tit. 1, Lib. 33, Dig. — L. 1, Tit. 53, Lib. 4, Cód. Romano. — El Cód. de Austria dispone, cuando se trata del legado de una renta periódica, el primer período comienza en el momento de morir el testador; pero aquella no es exigible sino al fin de cada período.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.— *Aplicación del art. 3793.*— El legado de cosa cierta, pero sujeto á una condición de plazo determinado, se conceptúa legado condicional y no puro y simple. — Jur. Civ., IX, 2ª, Ser. 2ª.

términos (art. 3794); porque siendo un legado independiente el de cada año, está sujeto á las circunstancias especiales que lo ha-

(**Art. 3794.**) Se llama legado anual cuando se obliga al heredero á pagar anualmente una suma igual y determinada al legatario en cada período. Pero, ¿cómo se distinguirá el legado anual de aquel que debe pagarse en diversos términos? Por ejemplo, lego á Alberto cinco mil pesos que le serán pagados por mi heredero en cinco años á razón de mil pesos anuales. ¿Será anual ese legado? No, seguramente! La suma legada ha sido adquirida en su totalidad á la muerte del testador, y los herederos del legatario pueden cobrarla en los plazos determinados en el testamento. El legado anual tiene de característico en que hay tantos legados como plazos existan hasta la muerte del legatario; el legado de cada año se adquiere al comenzar el término que corre desde la muerte del testador, y los subsiguientes son condicionales, y están sujetos á la circunstancia de si vive el legatario; así, los herederos de éste sólo pueden tomar la anualidad comenzada, mientras en el legado que debe pagarse á término, como se ha adquirido en su totalidad por el legatario, sus herederos pueden cobrar toda la cantidad, observando los plazos determinados por el testador. Según estos principios, en el legado anual, el primer año que comienza importa un legado puro y simple; pero los demás son condicionales sujetos á la condición de *si el legatario viviera*; en cada plazo es necesario que tenga capacidad para recibirlo.

Otra de las consecuencias que se deducen es que, siendo condicional el legado por los años que siguen al primer plazo, es necesario que la condición se encuentre cumplida; es decir, que el legatario haya sobrevivido al plazo; por ejemplo, si el testador hubiera legado una pensión anual pagadera el 1º de Enero de cada año, si el legatario se encontrare vivo en ese día, y muriese al siguiente, sus herederos tendrían derecho para reclamarla.

El legado dejaría de ser anual, si se dijera que los herederos pagarán una pensión anual al legatario y á sus herederos, porque entonces se consideraría casi como perpetuo; del mismo modo se reputaría el dejado á un establecimiento de beneficencia, como por ejemplo, á un hospital de caridad.

La regla de Pothier, de que se considerará anual el legado, cuando el número de años sea indefinido, no se aplicará á los legados hechos á comunidades ó establecimientos públicos que se reputan perpetuos.

Cuando el número de años por los que debe entregarse el legado, es limitado, se debe distinguir: si el plazo ó anualidad ha sido puesta en el interés del heredero, el legado no es anual, y se debe toda la cantidad

van rodeado; de modo que el heredero puede haber pagado los años posteriores, sin que esto importe interrumpir la prescripción de los que se debían anteriormente.

§ 1032.—ORDEN EN QUE SE DEBEN PAGAR LOS LEGADOS

Mientras la sucesión es solvente y puede pagar todas las mandadas dejadas por el testador, no tiene importancia el orden en que se hayan pagado los legados; pero cuando ésta se declara insol-

que se entregará en los plazos determinados por el testador; si por el contrario, el testador ha querido beneficiar únicamente al legatario, impidiendo que se gastara toda la cantidad, y fuera legada con el objeto de darle alimentos, se reputará anual.

El legado de alimentos lo reputo esencialmente anual, cuando debiera abonarse por año, pues el objeto que ha tenido el testador, es evidente, dar al legatario los medios de subsistencia para cada año.

En el legado anual, habrá tantos legados como años sobreviva el legatario al testador, y no hay necesidad de que el plazo sea indefinido, porque se pueden legar, por ejemplo, mil pesos anuales que se pagarán durante diez años, sin que por esta limitación el legado deje de ser anual, y el legatario tendrá derecho á cobrar la anualidad sobreviviendo al día en que debe pagarse.—Véanse arts. 640, 3793, 4027, n° 3.

En cuanto á la prescripción, como cada legado anual se considera independiente el uno del otro, es necesario una separada para cada uno.

Nota del Dr. Vélez-Sarsfield al art. 3794.—L. 4, Dig., De annuis legatis.—Pothier, Pand., tom. 2, pág. 317, nos 1 y 2.—Troplong, Testament, n° 183.

De la resolución de los artículos anteriores resulta que por el año que comienza el legado es puro y simple; pero en los otros años está subordinado á la condición de si el *legatario vive*, á no ser que el legado hubiese sido hecho al legatario y sus herederos, ó á una comunidad ó establecimiento que no muera, aunque mueran todas las personas que lo componían al tiempo del testamento. Es preciso no confundir el legado anual con el legado de una suma cierta, cuyo pago se fija en diversos términos. Entonces no hay sino un sólo legado y no es preciso que el legatario sea capaz tantas veces como términos haya para el pago; basta que lo sea á la apertura de la sucesión. —Pothier, en sus *Pandectas*, tom. 2, pág. 378, pone las reglas para distinguir si el legado es anual, ó si solo es sobre una suma divisible, únicamente en cuanto á su pago.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3794—La obligación de atender las cargas que gravan á uno de los legados, es ineludible cuando se ha aceptado otro legado que sea libre y perteneciente á la misma sucesión.—Jur. Civ., II. 543, Ser. 1°.

vente, ó cuando la porción disponible del testador, que tiene herederos forzosos, no alcanzase para el pago de los legados, dice el **art. 3795**, 1ª parte: *si los bienes de la herencia ó la porción de que puede disponer el testador, no alcanzase á cubrir los legados, se observará lo siguiente:*

1ª *Las cargas comunes se sacarán de la masa hereditaria*, entendiéndose por tales, los gastos de inventario, tasación y partición, el pago de las deudas y otros semejantes.

2ª *Los gastos funerarios* (se pagarán) *de la porción disponible* (**art. 3795**, 2ª parte), cuando existiesen herederos forzosos, en caso contrario gozarán de los privilegios acordados por los arts. 3880, 3901, 3904 y 3916.

3ª *En seguida se pagarán los legados de cosa cierta* (**art. 3795**, 3ª parte), en que el legatario adquiere la propiedad de la cosa desde la muerte del testador, y que no tienen más limitación que la solvencia de la sucesión ó la integridad de las legítimas.

4ª *Después los* (legados) *hechos en compensación de servicios* (**art. 3795**, 4ª parte), que no daban derecho para demandarlos en juicio, porque si fueran en pago de servicios debidos ó mandados pagar, quedará á la voluntad del legatario el aceptarlos ó no; en el segundo caso tomarán el rango que corresponde á los acreedores de la sucesión.

5ª *El resto de los bienes ó de la porción disponible, en su caso, se distribuirá á prorrata entre los legatarios de cantidad* (**art. 3795**, últ. parte), porque todos están en la misma condi-

(**Art. 3795.**) El presente artículo fué cambiado por completo en la ley de fe de erratas en 1882, y para darnos cuenta del cambio, lo copiamos á continuación á fin de que puedan compararse, decía el antiguo: «si la porción disponible por el testador, cuando tenga herederos forzosos, ó cuando los bienes de la herencia, no teniendo herederos forzosos, no alcanzaren á cubrir los legados, serán preferidos los de cosa cierta: se sacarán después los hechos en compensación de servicios, las expensas funerarias, las costas de inventario y demás diligencias judiciales, y el resto de los bienes ó de la porción disponible del testador se repartirá entre los legatarios de cantidad, en proporción al importe de sus respectivos legados». Comparando el texto actual con el suprimido, para darnos cuenta de la intención del legislador al hacer la sustitución, observamos: 1º, que en la primera parte el artículo comprende la hipó-

ción, sin perjuicio de cumplirse la voluntad del testador, cuando éste expresamente les hubiera determinado el orden en que deberían pagarse, en caso de concurrencia.

tesis, de cuando no hubiere herederos forzosos, mientras los dos casos del artículo antiguo se reducían á uno, desde que hablaba en el 1º de la porción disponible, y en el 2º de los herederos forzosos que forman una sola hipótesis, pues, únicamente cuando hay herederos forzosos, es que el testador tiene porción disponible; 2º que en el artículo antiguo se mandaba abonar los legados de cosa cierta en primer lugar; en el presente son los gastos comunes que pesan sobre toda la sucesión; 3º, que en aquel artículo seguían en este orden el pago de los legados; 1º, los de compensación de servicios; 2º, los funerarios; 3º las costas de inventario y demás diligencias judiciales; en el presente, deben pagarse: 1º, los gastos funerarios que se sacarán de la porción disponible; 2º, los de cosa cierta vienen en seguida; 3º, los de compensación de servicios, y finalmente los de cantidad.

Hemos creído necesario hacer esta comparación para determinar el alcance de la frase: *las cargas comunes* que pesan sobre la masa hereditaria, expresión demasiado vaga, y que es necesario precisar; á fin de que se entienda que el legislador ha sustituido con esa frase, *las costas de inventario y de más diligencias judiciales* del artículo antiguo, dándole un radio determinado, y un privilegio y colocación que antes no tenían.

Pongámonos en la primera hipótesis del artículo, que es cuando sin existir herederos forzosos, los bienes no alcanzaron á cubrir los legados. No hay entonces porción disponible, pues, el testador puede disponer de todos sus bienes, y en ese caso se pagarán; primero los gastos de inventario, tasación y partición que son comunes y de absoluta necesidad, pues sin estas diligencias previas, no se puede llegar á la división de la herencia; en seguida vienen los gastos funerarios; una vez cubiertas estas deudas, vengamos á los legados.

1º Se pagarán los legados de cosa cierta, porque verdaderamente no hay pago en el sentido legal, desde que el art. 3766 declara al legatario y lo reconoce como propietario de la cosa, y el art. 3775 lo autoriza á reivindicarla de los terceros detentadores; el heredero en este caso no hace sino entregar una cosa ajena.

2º Los legados en compensación de servicios, vienen en seguida; pero es necesario hacer esta distinción fundamental: si el servicio porque se hace el legado daba acción para demandarlo en juicio, la colocación debe ser entre los que gravan la herencia, y tomaría el pri-

§ 1033.—OBLIGACIONES DE LOS LEGATARIOS

Se ha dicho que la parte de bienes de que puede disponer el testador, cuando no tiene herederos forzosos, no está limitada sino

mer lugar, porque es una deuda de la sucesión que debe pagarse; esto sin perjuicio de los derechos del legatario para rechazar el legado y exigir el pago del servicio, como uno de tantos acreedores. Si por el contrario, el servicio que se remunera con el legado fuera de aquellos que no dan acción para reclamarlo en juicio, tomará la colocación que se le da por este artículo, primando sobre los de cantidad que no tienen esta calidad, porque el testador ha querido, sin duda, satisfacer estos deseos legítimos que afectan nuestro reconocimiento, con preferencia á aquellos que no tienen motivo alguno especial, y que sólo mueven nuestra generosidad y buenos sentimientos.

3º El resto de los bienes se dividirán entre los legatarios de cantidad en proporción de lo que á cada uno le fuere dejado; si las cantidades fueran iguales, tomarán lo restante de los bienes en partes iguales.

En la segunda hipótesis del artículo, cuando hubiera herederos forzosos, se procederá como sigue: 1º, las cargas comunes se sacarán de la masa de la sucesión; porque disminuyen el haber hereditario, sin tener en cuenta el haber de los herederos forzosos; 2º, deducidos los gastos judiciales de inventario, tasación y partición, que son comunes, recién se tiene en cuenta la porción disponible del testador, que será disminuida con los gastos funerarios, que deben considerarse privilegiados; pero al enagenarse las cosas para pagarlos, se tendrá en cuenta, que el legado de cosa cierta y determinada tiene privilegio sobre los demás, de modo que no se venderán esas cosas mientras hubiere con que pagar los gastos funerarios, que serán hechos según la posición social del testador y la importancia de los bienes dejados; 3º, vienen en seguida los legados en compensación de servicios, que no dieren acción para demandarse en juicio, pues, en caso contrario, no se considerarían como legados, serían en realidad el pago de deudas que disminuyen el haber hereditario, y pesan sobre toda la herencia; 4º, finalmente, vienen los legados de cantidad.

Téngase presente lo que dijimos en el comentario á los arts. 3499 y 3719 con relación al legatario de parte alicuota, ó al legatario de la universalidad de los bienes con asignación de partes, que son siempre legatarios, pero que están obligados á contribuir al pago de las deudas en la proporción de lo que recibieron.

por las cosas que le pertenezcan al tiempo de su fallecimiento, y que una vez pagadas las cargas y deudas de la sucesión, puede disponer libremente. Si el testador se redujera á hacer legados, ó si nombrando herederos hiciera mandas, se observarán las reglas siguientes:

1^a *Cuando la sucesión es solvente, los legatarios no son responsables por las deudas y cargas de la sucesión, aunque las deudas hubiesen sido contraídas para la adquisición, conservación ó mejora de la cosa legada (art. 3796);* salvo el caso del art. 3762,

Algunos creen que la expresión, «los legados en compensación de servicios», se refiere á los gratuitos; pero el error es evidente, desde que el legislador exige que sean en compensación de servicios, para darles esa prelación, luego no son gratuitos; porque no hay verdaderamente un acto de beneficencia, sino la satisfacción de una deuda, que podríamos llamar de conciencia.

En cuanto á las donaciones hechas durante la vida del testador, de que no se habla en este artículo, es porque no pueden ser tocadas, sino cuando hubiere herederos forzosos y perjudicasen las legítimas; así, pues, cuando el testador hubiera legado una cosa cierta, y después la donase en vida, el legado quedaría revocado. Cuando hay herederos forzosos se deben tomar en cuenta las donaciones para computarlas como existentes formando un total con los bienes dejados, para ver si no amenguan las legítimas; en caso las disminuyeran se procederá á anular las de fecha más reciente hasta completar las legítimas forzosas.

En el legado de cosa cierta y determinada, que el art. 3766 declara al legatario propietario de ella, éste podrá oponerse á la venta, pagando la parte que le correspondiese para salvar las legítimas ó los gastos funerarios.

(**Art. 3796.**) El artículo ha sido tomado de Aubry y Rau, como lo indica la nota del Dr. Velez-Sarsfield, y al traducirlo se ha suprimido la palabra *particular*, que debe ir clasificando al legatario; así dicen los

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3795.—L. 2, Tit. 11, Part. 6^a.—Aubry y Rau, § 723.—Marcadé, sobre el art. 1024.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—*Aplicación del art. 3795.*—El legatario tiene personería para intervenir en el conocimiento y pago de todos aquellos créditos que puedan lesionar su derecho, distrayendo los fondos testamentarios.—Jur. Civ., VI, 363, Sér. 1^a.

No puede tener lugar la partición privada entre herederos mayores, si afecta derechos de los legatarios.—Jur. Civ., V, 350, Sér. 4^a.

sobre construcciones realizadas en el terreno, ó los agregados que se hubieran hecho, en que debe seguirse lo dispuesto por dicho

expresados autores: «los legatarios *particulares* no son responsables personalmente de las deudas y cargas de la sucesión»; porque los legatarios de una parte determinada de ésta, ó los legatarios de la universalidad de los bienes con asignación de partes, arts. 3499 y 3719, están obligados al pago de las deudas en proporción de lo que recibieren; son los legatarios de parte alícuota los que deben soportar el pago de las deudas que disminuyen la sucesión, y responden con lo recibido, como se dijo en el comentario á dichos artículos. Pero si el legatario particular hubiera aceptado expresamente el pago de ciertas deudas impuestas por el testador, los acreedores, sin perjuicio de ir contra la sucesión, podrían demandarlo, y respondería con la cosa legada; por eso los herederos pueden exigir al legatario el pago de esas deudas, antes de entregarle las cosas legadas, ó que deje en su poder la cantidad suficiente para cancelarlas.

Cuando el testador impusiera al legatario el pago de ciertas deudas, y éste hubiera aceptado el legado con esas cargas, sólo responde con la cosa legada, como el legatario de parte alícuota, y su obligación no se extiende á sus propios bienes, como personalmente obligado; así, no deberá satisfacerlas cuando la cosa hubiera perecido sin culpa de los herederos. El art. 3774 apoya esta conclusión.—Véase lo que decimos en el Comentario al art. 3805.

El legatario particular puede, también, estar obligado á pagar las deudas en razón de la naturaleza del legado; por ejemplo, si el testador le ha legado la parte que como á heredero le corresponde en tal sucesión; en ese caso, el legatario viene á esa sucesión en el lugar del testador, y por la aceptación ha contraído las mismas obligaciones que tenía su causante; en consecuencia, estaría obligado á sufrir las deducciones que se hicieren, pagando las deudas de esa sucesión; pero su obligación no va más allá porque no es heredero sino legatario, y como el testador ha aceptado la herencia, legándola, su sucesión sería responsable en caso de insolvencia; «pretender, dicen Aubry y Rau, que el legatario de una sucesión deferida al testador, pueda reclamar los bienes que forman parte de ella, sin deducción alguna de las deudas y cargas que la gravan, sería atribuir al legatario un derecho que el testador no ha tenido la intención de darle».

El legatario es un acreedor de la sucesión, hemos dicho; pero acreedor en cierto modo condicional, porque sólo puede cobrar después de pagarse todas las acreencias contraídas por el testador, y cuando

artículo. La adquisición, conservación y mejora de que habla el artículo, sólo comprende aquellas que se debían por el testador al tiempo de su fallecimiento.

hubiere herederos forzosos, siempre que quedaren á salvo las legítimas de éstos.

Se trata de una sucesión solvente; supongamos que el testador ha ordenado al heredero que compre tal cosa, que ha legado á Alberto, la deuda contraída para la adquisición, no pesa sobre el legatario; más aún, si se trata de una casa legada, y el testador ha hecho refacciones y mejoras en ella, contrayendo deudas que no ha pagado, su heredero debe abonarlas, entregando la casa al legatario, que es el propietario desde la muerte del testador. Si la cosa legada fuere un terreno que no tenía edificio cuando se hizo el testamento, y después lo hubiere hecho, esas deudas no pagadas las debe el heredero, y se procederá como se dijo en el art. 3762.

El legatario es propietario de la cosa cierta y determinada que le fué legada, y tiene derecho para demandar la entrega del heredero ó albacea en el estado en ésta que se encontrare á la muerte del testador, con todos los accesorios ó accesiones que haya recibido durante la vida de éste.

¿Qué diremos de las adquisiciones que el testador hubiera hecho, agregándolas á la cosa legada? Por ejemplo, legó la chacra de San Isidro, y después del testamento ha adquirido y agregado más terreno. ¿Corresponden al legatario las nuevas adquisiciones? No, según el art. 3762 que dispone claramente, que si lo nuevamente agregado no pudiera separarse sin grave pérdida, y las agregaciones valiesen más que el predio en su estado anterior, sólo se deberá al legatario el valor del predio; si valieran menos, el legatario tomará la cosa, pagando el valor de las agregaciones, plantaciones ó mejoras. ¿Cómo se concilia la la disposición del artículo que estudiamos con la del art. 3762? El presente dispone que el legatario no debe al heredero, ni responde por las deudas contraídas por la sucesión ó por el testador para las adquisiciones, conservación y mejora de la cosa legada, mientras el art. 3762 ordena que se paguen por el legatario las mejoras hechas en la cosa legada. Algunos han dicho, para explicar esta especie de incongruencia, que el art. 3762 es una excepción del presente, y que también lo es el art. 3775. No creo satisfactoria esta explicación.

El art. 3762 habla de plantaciones y *mejoras* en el sentido de construcciones agregadas al terreno, como lo expresa en la primera parte, y considerando impropriamente la palabra mejora, que sólo debió aplicarse

2^a Cuando la sucesión es insolvente, los legados no pueden pagarse hasta que estén pagadas las deudas. Si hay herederos forzosos, los legados sufren reducción proporcional hasta dejar salvas las legítimas (art. 3797); es decir, cuando no son de la misma clase;

á las de conservación y cuidado para la existencia de la cosa, aunque bien pudiera comprenderse en el término de mejoras útiles las que benefician á cualquier poseedor, aumentando el valor de la cosa. Así, pues, la palabra mejora del art. 3762, sólo comprende las construcciones y agregados que el testador hubiera hecho en la cosa legada, y que deberá pagar el legatario, mientras las mejoras del presente artículo comprenden las deudas contraídas por el testador, para la conservación de la cosa que están á cargo de la sucesión hasta la entrega del legado.

En cuanto al art. 3775 no puede ser una excepción del presente, porque la declaración de que el legatario no debe pagar las deudas contraídas por el testador para la conservación y mejora de la cosa, no importa alterar el principio de propiedad reconocido en favor del legatario, autorizándolo para que reivindique la cosa legada de cualquier poseedor; por el contrario, lo confirma desde que lo libera de la carga de pagar las mejoras de conservación hechas por el testador.— Véanse arts. 3398, 3400, 3499, 3754, 3762, 3775, 3795 y 3797.

(Art. 3797.) Cuando el testador no tiene herederos forzosos, puede disponer libremente de todos sus bienes para después de su fallecimiento, con la limitación de que sus acreedores no serán jamás perjudicados por esas disposiciones. Si el testador ha nombrado herederos, y hecho al mismo tiempo legados, es el caso del artículo, entonces, si la sucesión ha sido declarada insolvente, la entrega ó pago de los legados, realizada de antemano por el heredero, quedaría sin efecto, desde que el artículo la prohíbe; pero únicamente cuando los acreedores de la sucesión hubieran demandado la separación de patrimonios, ó cuando el heredero hubiese aceptado la herencia con beneficio de inventario, porque en uno y otro caso, no se habría operado la confusión de patrimonios.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3796.—Cód. Francés, art. 1024. — Aubry y Rau, § 723, n° 3.—Marcadé, sobre el artículo citado.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3796.—Carece de valor legal, con respecto á los legatarios, la tasación de los bienes testamentarios, verificada sin su intervención, y en consecuencia, el mayor ó menor valor fijado no enerva su derecho para exigir el pago íntegro del legado.—Jur. Civ., X, 360, Sér. 4°.

Tiene derecho para exigir se depositen los fondos, pero no puede percibirlos hasta la liquidación, si existen acreedores.—Jur. Civ., VI, 212, Sér. 5°.

en caso contrario, cada legatario se pagará con la preferencia indicada por el art. 3795.

Producida la confusión de los patrimonios por la aceptación pura y simple de la herencia, los legatarios vienen á ser acreedores personales del heredero, y en tal calidad tienen derecho para hacerse pagar los legados, aún antes que los acreedores de la sucesión, pues éstos no han usado de su derecho, pidiendo la separación.

Pero la cuestión á resolver es la siguiente: ¿es necesario que la sucesión haya sido declarada insolvente, para que el heredero no pueda pagar á los legatarios antes que á los acreedores de ésta? Si el heredero hubiere aceptado la herencia pura y simplemente, sin que los acreedores de la sucesión hayan pedido la separación de patrimonios, habiendo confundido sus bienes, es claro que los legatarios son sus acreedores personales, como lo son los acreedores de la sucesión y el pago ha sido bien hecho. Si antes de pagar los legados, la sucesión ha sido declarada insolvente, como no ha habido separación de patrimonios, todos son acreedores del heredero sin privilegio alguno, en el supuesto de que los créditos no los tuvieran especialmente, y en ese caso los pagos hechos, y los legados entregados serían actos consumados, y no habría razón para anularlos, desde que los acreedores de la sucesión no han usado de su derecho para separar los patrimonios. Estas ideas son confirmadas por Troplong, III, 1985, cuando dice: «el primer deber del testador era de pagar sus deudas, y no podía hacer liberalidades antes de haber satisfecho á sus acreedores... Se sigue de ahí, que los acreedores tienen sobre los bienes de la sucesión un derecho preferente á los legatarios, y estos últimos no pueden recibir sus legados, sino cuando hayan sido desinteresados los primeros. Pero para gozar de este privilegio en toda su fuerza, es necesario que pidan la separación de los patrimonios, á fin de impedir que no se haga la confusión entre la herencia y los bienes personales del heredero que la ha aceptado pura y simplemente.»

Así es que el artículo se aplica únicamente á los casos en que el heredero no ha confundido su patrimonio con el del testador, como si hubiera aceptado la herencia bajo beneficio de inventario, ó cuando los acreedores de la sucesión han pedido la separación de los patrimonios.

Cuando existen herederos forzosos, es necesario dejar á salvo las legítimas, y el testador no puede hacer legados sino dentro de esa porción; si antes hubiera hecho donaciones entre vivos, se tomará en cuenta el valor que tenían los objetos donados en el momento de la donación, uniéndose á los bienes existentes para deducir la porción disponible; si

3ª *Todos los que son llamados á recibir la sucesión ó una parte alicuota de ella, sea en virtud de la ley, sea en virtud del testamento,*

ésta hubiera sido agotada por las donaciones entre vivos hecha por el testador, se anularán las últimas en fecha, descendiendo en sentido inverso, comenzando por las más modernas hasta dejar íntegras las legítimas, como lo sostuvimos en el art. 1831 del tomo V, de esta obra.

No creo, como algunos, que el presente artículo haya debido suprimirse como inútil; pues si bien no contiene una disposición nueva, porque se deduce de los principios que rigen la materia, es necesario consignarlos en el lugar que corresponde para que se encuentre completa; y el Código Civil, contiene innumerables disposiciones que llenan este objeto, y son necesarias para el mejor dominio de la materia legislada.

Se deba tener presente lo dicho en los arts. 3398 y 3402 y su comentario, con relación al pago de los legados cuando la herencia ha sido aceptada bajo beneficio de inventario, en que los acreedores de la sucesión pueden ejercer sus derechos contra los legatarios pagados en su perjuicio, durante tres años después de recibidos, pasado ese tiempo los legatarios no pueden ser molestados. Cuando el heredero hubiera hecho pagos á los legatarios contra la oposición de los acreedores, será responsable personalmente, y podrán proceder como lo indica el art. 3403.

Nuestro artículo y la nota con que el Dr. Velez-Sarsfield lo explica en parte, ha sido tomado de TROPLONG, III, 1985 á 1987. — Véanse arts. 3398, 3400 á 3403, 3501, 3502, 3601, 3602, 3776, 3795 y 3796.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3797. — Cuando la sucesión ha sido aceptada pura y simplemente, los acreedores no pueden conservar sus derechos de preferencia sobre los legatarios, sino pidiendo la separación de los patrimonios. Si omitiesen hacerlo, habría una completa confusión de los bienes de la herencia con los bienes del heredero, y los acreedores y legatarios, acreedores personales del heredero, tendrían derechos iguales contra el deudor común. Pero si los acreedores tienen la precaución de demandar la separación de los patrimonios, conservarán la integridad de sus derechos sobre los bienes de la sucesión, y gozarán en ellos de preferencia sobre los legatarios.

Cuando la sucesión ha sido aceptada con beneficio de inventario, la separación de patrimonios existe de derecho, y los acreedores conservan sobre los legatarios la preferencia que les pertenece. Esta aceptación del heredero, impidiendo la confusión de los bienes dejados por el difunto con los bienes pertenecientes al heredero, hace que los legatarios no vengan á ser acreedores personales del heredero. — Véase Troplong, *Testament*, nos 1985 y 1987.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 3797. — Los legatarios no pueden exigir la entrega del legado, sino después de pagados aquellos créditos á los cuales el testador haya designado prelación. — Jur. Civ. VI, 383, Ser. 1ª.

están obligados al pago de los legados en proporción á su parte; salvo siempre las legítimas de los herederos forzosos (art. 3798, 1ª parte); porque, ó reciben todo el patrimonio y son herederos

(Art. 3798.) En este artículo se vuelve á hablar de los legatarios de parte *alícuota*, y como algunos autores argentinos confunden las denominaciones de legatario universal, legatario á título universal, y legatarios á título particular, de que hemos hablado en los arts. 3499 y 3719, creo de necesidad volver sobre esta materia.

Por nuestro Código Civil, no se conoce la denominación de legatario universal que contiene el francés, en que se equipara al heredero, con excepción del reservatario; pero reconocemos el legatario á título universal, que es de parte alícuota de que habla el art. 3499, que está obligado al pago de las deudas de la sucesión en la proporción de la parte que recibiera, y con las cosas recibidas. No es un heredero, y por eso no responde por las deudas, si éstas absorbieran la totalidad de la herencia y aún sobrepasaran, en ese caso nada recibirían; pero tampoco nada deberían ni estarían obligados con su patrimonio. Esta es una diferencia capital que siempre se debe tener presente, porque en el mismo caso, como no es heredero, si los demás colegatarios fueran incapaces ó no recibieran la parte legada, no acrecería al legatario, mientras sucedería lo contrario si fuera heredero.

La primera parte del artículo comprende sin duda á los herederos, porque no hay otros que tengan derecho á recibir una parte alícuota de la sucesión en virtud de la ley, aplicándose en este caso el art. 3263, que habla de los sucesores universales, ó de los que reciben una parte alícuota del patrimonio de una persona, cuando son varios, como lo explicamos en el comentario á dicho artículo; entonces son herederos, no legatarios; porque si son tres hijos los que deja el causante, cada uno hereda una tercera parte, y en este sentido se llama sucesor universal, cuando es solo, ó heredero de parte alícuota ó proporcional, si fueren varios. Por esa razón, si los legatarios de parte alícuota tuvieran el derecho de acrecer, comprendiendo los legados la universalidad de los bienes, se considerarían herederos, art. 3718, porque uno de ellos puede quedarse con toda la herencia, y por el mismo motivo es simplemente legatario, aquel á quien se le ha legado una parte alícuota de la universalidad de los bienes sin derecho de acrecer. Cuando el legatario de parte alícuota en la universalidad de los bienes tuviera el derecho de acrecer, sería heredero, y como tal estaría obligado al pago de todas las deudas de la sucesión, aún con su propio patrimonio, si hubiere aceptado la herencia pura y simplemente.

que representan la persona del testador, ó son legatarios de parte alícuota, que sólo responden por las deudas de la sucesión en proporción de lo que recibieran.

4ª *Los que no son llamados sino á recibir objetos particulares, están dispensados de contribución para el pago de los legados, cualquiera que sea el valor de esos objetos, comparado al de toda la herencia, á no ser que el testador hubiese dispuesto lo contrario (art. 3798, últ. parte); porque en todas estas disposiciones la*

Así pues, los que creen que los legatarios de parte alícuota «responden á las deudas y legados, no en proporción al valor de los bienes que reciben, sino en proporción á su cuota hereditaria; es decir, más allá del valor de los bienes que reciben, si han aceptado la herencia pura y simplemente», como lo sostiene el Dr. Llerena, incurren en error; porque el legatario no es heredero, ni tiene, por consiguiente, la facultad para aceptar la herencia pura y simplemente; y porque el art. 3499 es terminante al imponer sólo la obligación de responder por las deudas de la sucesión *con los bienes recibidos* y en la proporción de su parte; así, cuando se le ha legado la cuarta parte de la herencia, responderá con los bienes que reciba por esa cuarta parte, al pago de las deudas de la sucesión, de modo que si llegara á suceder que toda la herencia no alcanzara á cubrir las deudas, no estaría obligado con sus bienes propios.

Cuando hubiere herederos forzosos, se sabe que el testador sólo puede disponer de sus bienes salvando las legítimas de éstos; pero también hemos sostenido que la porción disponible es una especie de legítima que el testador puede reclamar para que no se le disminuya, lo que podría suceder, cuando hubiere dado en vida á sus hijos parte de sus bienes á cuenta de su legítima, estos bienes y las sumas de dinero se traerán á colación; por ejemplo, el testador ha entregado en vida á sus dos únicos hijos una suma de cincuenta á cada uno y deja al morir cien, legando á varios la cantidad de cuarenta, diciendo que dispone de su quinto, y que sus herederos entregarán al hacer la colación de lo donado en vida. Como el legatario no puede demandar la colación que sólo es debida entre herederos, quedaría burlado, pues el quinto de los bienes dejados sólo alcanza á 20; pero como el testador ha impuesto á sus hijos la colación manifestando su voluntad de conservar su porción disponible sobre el total, debe ser obedecido. Si, pues, es un deber salvar las legítimas de los herederos forzosos, lo es también el dejar intacta la porción de que puede disponer el testador; por eso, si en el caso supuesto hubiere donado á un tercero durante su vida, cuarenta, y ha dejado cien al morir,

aspiración del legislador es de respetar la voluntad del testador, siempre que no contrarie las leyes de orden público, ni altere el orden que taxativamente se hubiere impuesto.

habiendo entregado á sus herederos otros cien á cuenta de su haber, la donación no podrá reducirse, porque han quedado á salvo las legítimas.

En cuanto á los legatarios de objetos particulares, es necesario distinguir, si son de cosa cierta y determinada, no deberán contribuir al pago de las deudas sino cuando hubiere herederos forzosos y disminuirán las legítimas, y sólo en la porción que fuese necesaria para completarlas; así, las deudas se pagarán con los legados de cantidad, y con los remuneratorios, en el orden indicado en el art. 3795.

Es sabido que el testador puede imponer cargas á los legatarios, quienes deberán cumplirlas una vez aceptado el legado; pero esas no son deudas que gravan la sucesión. Los herederos pueden en su caso pedir la revocación del legado por falta de cumplimiento, ó aquellos en favor de quienes los cargos han sido impuestos, pueden exigir directamente su cumplimiento.

El artículo ha sido tomado de Aubry y Rau, § 716, texto á las notas 3 y 4, con una supresión que vamos á transcribir. En la conclusión de la primera parte del artículo que termina con los herederos forzosos, agregan dichos autores: «y salvo también el mantenimiento de los derechos de una institución proveniente de contrato, cuya eficacia no puede ser neutralizada, ni disminuído el emolumento, por ulteriores disposiciones á título gratuito»; lo que será igual en nuestro derecho, porque el testador no puede libertarse de las obligaciones contraídas.— Véanse arts. 3343, 3490, 3501, 3591, 3718, 3719, 3776 y 3795.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3798.—Aubry y Rau, §§ 716 y 726.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3798.—El legatario de parte alicuota, tiene derecho proporcional á los frutos ó rentas de los bienes de la sucesión mientras dura la indivisión.—Jur. Civ., X, 418, Sér. 4ª.

El legatario de parte alicuota, puede pedir en cualquier tiempo la rendición de cuentas, sin esperar á que termine el juicio sucesorio con la división definitiva de los bienes y completa ejecución del testamento.—Jur. Civ., X, 418, Sér. 4ª.

CAPÍTULO ÚNICO

CADUCIDAD DE LOS LEGADOS

§ 1034.—DIVERSAS CAUSAS DE CADUCIDAD DE LOS LEGADOS

El legado como liberalidad ó acto de beneficencia, en que el testador extiende su actividad más allá de la vida, puede quedar sin efecto por la voluntad del mismo testador, expresada en el testamento, ó por el ministerio de la ley, cuando aquél ha guardado silencio; es para este caso que la caducidad se debe regir por los principios siguientes:

1º *El legado caduca cuando el legatario muere antes que el testador (art. 3799, 1ª parte), á menos que expresamente hubiera ordenado lo contrario, porque siendo una liberalidad hecha á la persona misma, una vez que ha desaparecido se supone que la voluntad ha cesado.*

2º *El legado caduca igualmente, cuando su ejecución está subordinada á una condición suspensiva, ó á un término incierto, y (el legatario) muere antes del cumplimiento de la condición ó del vencimiento del término (art. 3799, últ. parte), tomándose aquí la*

(**Art. 3799.**) ¿Cómo conciliar el presente artículo con el art. 3772, que parece decir lo contrario? Establezcamos los términos en que se expresa uno y otro, comparando ambos textos.

Dice el art. 3772: «si una condición suspensiva ó un término incierto es puesto, no á la disposición misma sino á *la ejecución ó pago* del legado, éste debe considerarse como puro y simple respecto á la adquisición y transmisión á los herederos del legatario»; mientras el presente dice, que caduca el legado «cuando *la ejecución está* subordinada á una condición suspensiva ó á un término incierto, y el legatario muere antes del cum-

palabra ejecución en el sentido de que es puesta á la existencia del legado, pero no á su pago, como lo establece el art. 3772,

plimiento de la condición ó del vencimiento del término»; en el primer caso del art. 3772, el legado es puro y simple y se adquiere por el legatario, pasándolo á sus herederos, en el caso de este artículo no lo adquiere sino mientras la condición no se cumpla; esto es lo que sin duda hace pensar al Dr. Segovia que la diferencia establecida en el art. 3772 desaparece con el presente artículo, y más aún, que proponga para armonizarlo, la sustitución de las palabras *ejecución del legado*, por la de *adquisición del legado*. Y esta misma dificultad es la que hace decir al Dr. Llerena, «que el legado *no caduca*, cuando el término incierto ó la condición es puesta únicamente como plazo para su ejecución, como lo establece el art. 3772». Me parece que ambos autores han confundido la caducidad del legado ocurrida á consecuencia de la muerte del legatario antes que el testador, con la caducidad del mismo legado, por causa del cumplimiento de la condición después del fallecimiento del legatario. Los artículos legislan diversas hipótesis, como vamos á verlo.

El art. 3772, se refiere al caso de adquisición del legado después de la muerte del testador; porque sin ésta no hay verdadero legado; para que exista es necesario que el testamento haya venido á ser irrevocable por la muerte. Partiendo, pues, de este principio, dice dicho artículo: el legado que parece condicional es puro y simple, respecto de la adquisición y transmisión, sin determinar sobre la caducidad de él; pero viene el presente y establece que caducará, si el legatario fallece antes que la condición suspensiva ó el plazo incierto se cumpla; ambas disposiciones son pues, diversas. Es cierto que puede decirse: ¿Cómo es que si el legado es puro y simple según aquella disposición, por el presente viene á ser condicional, sujetando su adquisición al término incierto ó de la condición suspensiva? La dificultad parece subsistir bajo otra forma. Y lo más singular del caso es que ambos artículos son tomados de Aubry y Rau, que creen explicar una parte con la otra; así dicen en el texto, § 726: «todo legado caduca, cuando el legatario muere antes del testador, ó si se trata de un legado cuya ejecución se encuentra subordinada á una condición ó á un término incierto, antes del cumplimiento del término», y en la nota dicen, véase por explicación detallada de estos dos últimos artículos el § 717, texto y notas 4 á 6, siendo exactamente el art. 3772. ¿Cómo explicar, pues, esta divergencia? ¿Hay contradicción entre estas dos proposiciones? Si tomamos las indicaciones de Aubry y Rau que han suministrado los dos artículos, parece fácil explicar la divergencia. En efecto, en el § 717, hacen esta diferencia:

en que cuando el término incierto no es puesto á la misma disposición sino á su ejecución, el legado es puro y simple.

cuando la condición ó término incierto es impuesta *al legado mismo*, no se adquiere el legado sino desde el cumplimiento de la condición ó vencimiento del término: pero si es impuesta á la *ejecución* ó pago del legado éste se reputa puro y simple; entonces la palabra *ejecución* del art. 3772 está tomada como equivalente ó sinónima de pago; por eso dice el artículo, *á la ejecución ó pago*, mientras el presente habla sólo de la ejecución en el sentido de *cumplimiento del legado* sujeto á la condición ó plazo incierto. El presente artículo habla, pues, no del pago del legado, que haya sido sometido á un plazo incierto ó al cumplimiento de una condición, sino del legado mismo, que no se adquiere sino después de vencido el plazo ó cumplida la condición. Así es como ambos artículos rigen casos diversos.

El legado es un beneficio personal que el testador hace al legatario, y debe desaparecer con la muerte de éste antes que la de aquel, á menos de manifestar expresamente su voluntad de que se trasmita á los herederos, ó si se hubiere hecho al título que la persona representa. ¿Qué sucederá cuando se hubiere hecho el legado á una persona jurídica? Que una vez adquirido, aunque la persona jurídica se disuelva, quedará de propiedad de los que la formaban. Si la persona jurídica se disuelve antes de la muerte del testador, ó se le retira la autorización concedida, el legado caducará.

Si se dejara el legado con el objeto de fundarla y requerir la competente autorización, el legado caducaría si no pudiera fundarse. Se debe hacer no obstante una distinción, cuando se tratare de fundar establecimientos con un objeto de beneficencia pública, el legado no debe caducar, porque no pueda realizarse en cierto tiempo, cualquiera que sea el motivo que tenga el poder público, y se debe conservar á la orden de la autoridad, sin que pueda disponer del legado sino para ese objeto; por ejemplo, se han legado cincuenta mil pesos para la construcción de un hospital, que la Municipalidad no puede establecer, porque carece de los medios indispensables para su mantenimiento, ese dinero debe depositarse en el Banco que haga las veces de caja de consignación, hasta que se pueda construir el edificio y mantenerlo, y los herederos no podrán pedir la revocación del legado, ni que se ponga término al poder público para hacerlo. No es el caso en que se hacen donaciones ó legados con el objeto de crear la persona jurídica, en que con razón deben caducar una vez que sea imposible fundarla, ó á las que se niegue la autorización necesaria; en el ejemplo propuesto se trata de la beneficencia

3° *Si el legado ha sido hecho á una persona y á sus herederos, la muerte de esa persona antes de las épocas designadas en el ar-*

pública que siempre se puede hacer, aunque por el momento no sea posible fundar el establecimiento.

¿Qué diremos del legado del reconocimiento de una deuda de que habla el art. 3788? Es un legado como cualquier otro y caduca en los mismos casos que los ordinarios. Cuando la deuda puede probarse, en ese caso deja de ser legado y se convierte en verdadera acreencia, que no puede ser influenciada por lo que diga el testador. Es en este sentido que dice Troplong, III, 2122: «esta es la razón porque, si la disposición contenida en el testamento no era una liberalidad, y que se ha probado al contrario, que es un verdadero reconocimiento de deuda; importaría poco que la persona que es objeto de la disposición no hubiera sobrevivido al testador. No se podría decir, en semejante caso, que este reconocimiento de deuda es hecho *respectu personar*; es un acto de conciencia y de deber del que los herederos del causante son llamados á aprovechar.»

Respecto á las expresiones de «condición suspensiva ó término incierto» de que vuelve á usarse en este artículo, repitiendo las del art. 3772, debemos hacer notar que las reputamos mal empleadas, porque la condición suspensiva es la que suspende la obligación, y no se sabe si se cumplirá ó no, mientras el término incierto importa un plazo que necesariamente debe cumplirse, ignorándose cuando sucederá. Así, pues, se comprende que el legado caduque cuando el legatario falleciere antes que la condición se cumpliera, porque no lo ha adquirido todavía y no puede pasarlo á sus herederos, mientras que cuando el plazo incierto es puesto á la ejecución, como el legado ha sido adquirido, pasará á los herederos; así debe entenderse que no se habla de la ejecución sino del legado mismo. Estoy conforme en esta parte con el Dr. Llerena, quien, fundado en Laurent, XIII, 535, sostiene que están mal empleados ambos términos como equivalentes. Esta misma observación la hicimos en el art. 3772, que usa de idéntica expresión. Sosteniendo esta tesis dice Troplong, III, 1873: «si el legado es á término, el legatario adquiere la propiedad desde el día de la muerte del testador; pero no puede exigir su entrega antes del vencimiento del término. Cuando el legado es condicional, no es debido sino cuando la condición se ha cumplido, de modo que si el legatario muere en el tiempo que corre entre el día de la muerte y el del vencimiento del legado, éste no pasa á sus herederos, sea que la condición fuere casual ó potestativa, y aunque en este último caso los herederos del legatario se ofrecieran á cumplirla».

titulo anterior, no causa la caducidad del legado, y éste pasa á sus herederos (art. 3800); porque la voluntad de beneficiar á los

Y esta conclusión está conforme con el art. 1040, Cód. Francés.— Véanse arts. 2820, 2829, 3302, 3743, 3766, 3771, 3772, 3800, 3801 y 3802.

(Art. 3800.) El artículo tomado de Aubry y Rau, § 726, texto á la nota 2, sólo trae una hipótesis: cuando el legado ha sido hecho al legatario y á sus herederos; pero si hubiera dicho al legatario y á sus hijos, ó bien al legatario y los suyos, ó finalmente si dijera, al legatario y sus herederos forzosos, en cada uno de estos casos, como la voluntad del testador está claramente manifestada, si el legatario falleciera, lo recogerían sus hijos en el primer caso, y si no existieran el legado caducaría, porque faltan las personas designadas para sucederle. Las más de las veces serán cuestiones de interpretación de la voluntad del testador, teniendo siempre presente esta regla que debe aplicarse con preferencia á las disposiciones de última voluntad: que en caso de duda se interpretará la disposición en favor de la validez, porque tratándose de un acto de beneficencia, que el testador ha tenido intención de ejecutar, se debe favorecer esa intención.

En el caso del artículo, cuando el testador ha dicho, lego tal suma á Juan y á sus herederos, no hay razón para limitar la expresión de herederos á los *ab-intestato* del legatario, por más que se pudiera suponer que el testador los conocía y ha querido beneficiarlos; pero esta suposición no tendría bastante fuerza para variar la disposición.

Cuando el testador usara de diversos términos al dejar el legado, será necesario buscar su voluntad, y en ese caso la autoridad soberana de los jueces se impone; pero no pueden interpretarla arbitrariamente, sino sometiéndose á las reglas generales para llegar al conocimiento de la verdadera ó probable voluntad del disponente.

Se debe tener presente que, el testador tiene completa libertad para

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3799 -- L.L. 34 y 35, Tit. 9, Part. 6^a.— Cod. Francés, art. 1039.—Troplong. Testament, n° 1873.—Aubry y Rau. § 724.—Demante, tom. 4, n° 187.—El legado, como la afección que lo dicta, es esencialmente personal á aquel para quien se destina. y cuando por su muerte no puede recibirlo, naturalmente caduca. Pero cuando el legatario sobrevive al testador, aunque sea por instantes, el legado le pertenece y lo transmite por su muerte á sus herederos. Si el legado fuese hecho á una persona jurídica ó al titular de un cargo, como á tal comunidad ó á tal cura, caducaría si la persona jurídica ó la función hubiese dejado de existir. A falta de expresiones categóricas del testador, las circunstancias decidirán si el legado hecho á tal cura ó á tal juez de paz, es á la persona investida de la función el día en que el testamento habla, ó á la función misma.

sucesores del legatario está expresada claramente y debe cumplirse.

disponer de sus bienes, sin otra limitación que la de no perjudicar la legítima de sus herederos forzosos, y que puede imponer las condiciones que no sean prohibidas por derecho. Si el legado se hubiera hecho, por ejemplo, en esta forma: lego diez mil pesos á Alberto *y los suyos*, si el primero falleciere, lo heredarán los hijos ó descendientes del fallecido, pero no sus otros parientes, aunque al hacer el testamento sólo existieran esos parientes, porque no se pueden reputar que han sido comprendidos en la palabra *suyos*; pero si de las circunstancias especiales resultare lo contrario, recogerán el legado. Si el testador dijera: lego tal cantidad á Alberto y á sus parientes, se entenderá que podrán concurrir á recoger el legado los más próximos del legatario, excluyendo á los más remotos, salvo el derecho de representación; si hubiera únicamente parientes del legatario fuera del 6º grado, cuando se hizo el legado, recibirán no obstante el legado los más próximos, porque no lo reciben á título de sucesores *ab-intestato*, sino de parientes del legatario, como lo habrían recibido los extraños, si hubieran sido nombrados para sustituirlo.

Si suponemos que el legado se ha hecho en favor de Alberto y de sus herederos, que fallecido éste y abierta su sucesión uno de ellos es declarado indigno de suceder al legatario ó ha renunciado á la herencia, se pregunta: ¿puede éste presentarse á recoger el legado? La afirmativa es evidente, porque suponemos que el legatario ha fallecido antes que el testador, y por consiguiente que el legado no se ha encontrado en la sucesión del legatario, y no ha podido perderlo por la indignidad ó la renuncia; que el legado viene directamente del testador, y no del legatario; así es que ni la renuncia ni la indignidad ha podido hacerlo perder; otra cosa sería si el testador hubiera fallecido antes que el legatario, porque entonces el legado se hallaría en la sucesión de éste, perdiéndose por la renuncia de la herencia ó la indignidad para suceder al legatario.

En la jurisprudencia francesa se exige una manifestación expresa de parte del testador, y por eso algunos autores suponen que esa voluntad no resulta claramente del ejemplo que trae Voët: «lego mi casa á Ticio para él y sus herederos», sosteniendo este autor, que muerto Ticio antes que el disponente, los herederos no podrán pretender el legado; porque dice es una enunciaci6n inútil, desde que lo adquirido por una persona es también adquirido por sus herederos; pero nuestro artículo decide expresamente lo contrario, entendiendo que esa expresi6n importa legar, no á Ticio únicamente para que reciban sus herederos el legado,

4° *La muerte del legatario, antes de las mismas épocas, no causa la caducidad del legado, si éste hubiere sido hecho al título ó á la cualidad de que el legatario estaba investido, más que á su persona (art. 3801)*; porque es evidente que la voluntad del tes-

sino que lo hace extensivo á éstos, aunque el legatario nombrado no quisiera recibirlo, ó fuera declarado indigno.

El Dr. Velez-Sarsfield al tomar el artículo de Aubry y Rau, § 726, ha suprimido la última parte, pues dichos autores dicen: «esta regla, fundada sobre la naturaleza de los legados y de la voluntad presunta del testador (se refiere al artículo anterior) quedará sin aplicación, si el legado hubiera sido hecho al legatario y á sus herederos, ó si la voluntad del testador de comprender á los herederos en su vocación, resultara claramente, sea de los términos y de la forma de la disposición, sea del conjunto de las cláusulas del testamento», y se pregunta, si al suprimir lo que está en letra cursiva, se ha rechazado esta hipótesis. Por mi parte, no lo creo, y los jueces deben buscar en los términos y cláusulas del testamento, la voluntad del testador, para aplicarla.

Este artículo fué corregido por el Congreso en 1882 cambiando la conjunción disyuntiva ó en las palabras «á una persona ó á sus herederos», por la copulativa y. Se cambió igualmente las palabras «antes de la época designada», poniéndola en plural como lo exigía el artículo anterior. — Véanse arts. 2829, 3724, 3725 y 3731.

(Art. 3801.) Las reglas del artículo anterior y del presente no son excepciones del art. 3799, como pudiera creerse; por el contrario las confirman, pues el legado no caduca, porque la persona del legatario existe, desde que el título no desaparece.

Nuestro artículo ha sido tomado de Aubry y Rau, § 726, quienes sostienen que la hipótesis es extraña á la regla.

Pothier trae dos ejemplos de legados que están destinados á no extinguirse con la muerte del legatario:

1° Cuando el legado se hace á una corporación ó comunidad, y nosotros agregaríamos, á una persona jurídica.

2° Cuando se hace, no á tal persona, sino al título que tiene esa

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3800.—Grenier, tom. 1, n° 348.—Aubry y Rau, § 726.—Toullier, tom. 5, n° 672.—Vazeille, sobre el art. 1039.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3800.—Las restricciones y limitaciones que puedan afectar perpetuamente á la ejecución del legado, importan una condición resolutoria que llenada lo hace caducar.—Jur. Civ., IX, 289, Ser. 2°.

tador no ha tenido en mira la persona para beneficiarla, sino al puesto que desempeña como representante de la institución.

persona, porque éste no muere, hipótesis que ha tomado nuestro artículo.

En el primer caso, aunque todos los miembros de la corporación hayan fallecido siendo substituidos por otros, el legado no caducará, porque no es hecho á los individuos sino á la institución; pero si el convento se hubiera declarado cesante, ó se hubiera disuelto la persona jurídica legataria, antes de la muerte del testador, el legado caducaría, porque no hay persona legataria.

En el segundo caso pueden presentarse dos hipótesis: 1^a, cuando el legado se ha hecho exclusivamente al título; 2^a, cuando se ha hecho al título nombrando la persona.

En la primera no puede haber duda, porque el título únicamente indica la sociedad ó comunidad, no la persona; así, lego tal cantidad de dinero á la Presidenta de la Sociedad de Beneficencia para ayudarla en los gastos de la sociedad; cualquiera que desempeñe ese puesto recibirá el legado. En el segundo pueden ocurrir dudas, cuando al mismo tiempo se indicase el nombre de la persona; por ejemplo, lego diez mil pesos á fulano de tal, cura de tal parroquia; en esta hipótesis sería necesario investigar la voluntad del testador, para saber si es á la persona, ó al título que se ha hecho el legado, es en estos casos que dice Demolombe, XXII, 302: «sería de otro modo, y el legado debería considerarse como hecho á la persona y no al título de que está revestida, si el testador tuviera con ella relaciones personales de amistad ó de parentesco, que probaran que era á ella y no á su función que el legado ha sido hecho; los términos del testamento, la naturaleza é importancia del legado, y todas las otras circunstancias, servirán para decidir esta cuestión de interpretación».

En caso de duda, ¿qué se decidiría? El Dr. Segovia opina que debe juzgarse hecho en favor de la persona y no del título, «porque esa interpretación es más favorable al heredero», cuando lo que debemos buscar no es favorecerlo, sino investigar la voluntad del testador, y por mi parte creo, que si el legatario es extraño ó no tiene vínculos bastante estrechos con el testador, se interpretaría mejor su voluntad atribuyéndole el deseo de beneficiar, no á una persona sino á una institución, porque hay mayor nobleza y un deseo más elevado en hacer el bien á una institución pública que se ocupa de todos, que no en proteger una persona con la que no lo ligan vínculos estrechos de amistad.

Cuando el legado fuese hecho con un objeto determinado, en ese caso no hay duda que el nombre del legatario es un mero accidente, y que la obra ó establecimiento es el verdadero legatario; así, por ejemplo, lego

5° *El legado caducará cuando falte la condición suspensiva d que estaba subordinado (art. 3802)* su existencia; pero no su-

á fulano, intendente municipal, veinte mil para concluir tal hospital; aunque el legatario nombrado fuera pariente cercano del testador ó amigo íntimo, eso en nada influiría para desnaturalizar el legado, cualquiera que lo sustituyera en el puesto, lo recibiría para continuar la obra; pero si el Poder Público no autorizara la obra por cualquier circunstancia, de modo que no pudiera ejecutarse por estar prohibida, el legado caducaría, y los herederos tendrían derecho para retener la cantidad; otra cosa sucedería, si el legado se hubiera hecho para emplearlo en la construcción de un hospital, en cuyo caso no caducaría, reservándose la cantidad con ese objeto, para cuando se mandase crearlo.

Téngase en cuenta que se trata de una interpretación de la voluntad del testador, y que debe ser más favorable á éste, no al heredero.— Véase mi Comentario al art. 3799.

(Art. 3802.) El legado es una liberalidad del testador, sea en favor de una persona ó de una institución, y necesariamente debe abrirse en provecho del legatario, de ahí la necesidad de que éste exista en el momento de la apertura. Luego es necesario que tratemos de averiguar en qué momento se abre.

Tres hipótesis podemos examinar:

- 1ª Cuando el legado es puro y simple;
- 2ª Cuando es hecho bajo condición suspensiva;
- 3ª Cuando se hiciere á término.

En el primer caso, si el legado es puro y simple, se abre desde la muerte del testador, y el legatario lo adquiere para sí, transmitiéndolo á sus herederos; pero eso no quiere decir que tenga acción para reclamarlo inmediatamente, porque si hay un plazo para entregarlo deberá exigirlo únicamente al vencimiento. El plazo puede ser cierto ó incierto, y en ambos casos el legatario sólo tendrá derecho para tomar las medidas conservatorias, á fin de asegurar la entrega del legado.

Quando el legado fuere hecho bajo condición suspensiva, no se abrirá sino al cumplimiento de la condición, en que recién viene á quedar adquirido definitivamente; y la condición difiere del plazo cierto en que éste se sabe que llegará y cuando, como por ejemplo, si hubiera dicho, se entregará el 11 de Enero de 1902, mientras en la condición se ignora si el acontecimiento sucederá.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3801.—Pothier, *Donat., Testament*, Cap. 4, Sec. 3ª, § 1.—Grenier y Toullier, en el lugar citado.

cederá así, cuando esa condición fuera puesta para la entrega ó pago del legado, como se dijo en el art. 3772.

6° *El legado caduca también, cuando la cosa determinada en su individualidad, que formaba el objeto del legado, perece en su totalidad antes de la muerte del testador, ó de llegada la condición, sea ó no por hecho del testador, ó por caso fortuito; ó después de muerto el testador y antes de llegada la condición, por caso fortuito (art. 3803);* porque en todos estos casos, la cosa no se en-

En el tercer caso, cuando el legado es á término, sucede como en el legado puro y simple, se abrirá desde la muerte del testador, sea el término cierto ó incierto. Cuando el término es cierto, se encuentran reunidos estos dos elementos, se sabe que llegará, y cuando ocurrirá; mientras en el incierto sólo existe el primero, se sabe que llegará, pero se ignora cuando, aunque es cierto que ocurrirá; por ejemplo, cuando muera fulano.

¿Quiénes pueden demandar la caducidad del legado, cuando la condición suspensiva no se ha cumplido? Es evidente que los herederos; pero si éstos no quisieran ejercer sus derechos, ¿podrían oponerse en su nombre sus acreedores en el caso de la acción pauliana? No es derecho personal intransmisible, y por consiguiente pueden ser autorizados no sólo los acreedores de la sucesión, cuando no fuere solvente, sino aun los personales del heredero que hubiere aceptado la herencia pura y simplemente. — Véanse arts. 539, 545, 548, 3610, 3772, 3841 y 3842.

(Art. 3803.) Para estudiar las diversas hipótesis que legisla el artículo es necesario tener presente el momento en que el legado se abre para el legatario, porque desde ese instante comienza su derecho, antes no ha existido sino una promesa sujeta á la voluntad del testador, ó de los acontecimientos que pueden destruir la cosa ó hacerla salir del patrimonio del que la da. Las reglas invariables á que debemos sujetarnos son éstas: mientras el legado no se ha abierto, el legatario no tiene derecho alguno; una vez que el legado ha sido adquirido por el legatario, á él corresponden todos los riesgos y peligros, así como los aumentos, por ser propietario, si la cosa es cierta y determinada.

Partiendo de estos principios estudiemos algunas hipótesis.

Se trata del legado de una cosa cierta y determinada en su individualidad, cuya propiedad adquiere el legatario desde la muerte del tes-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3802. — Así, por ejemplo, el legado caduca si ha sido hecho bajo la condición de que el legatario se casara y éste muere sin casarse. — Véase Demante, tom. 4. n° 189.

cuentra en el patrimonio del testador, y cuando ella se hallare y pereciere por caso fortuito sin que los herederos hubieran

testador, según el art. 3766, y le confiere la acción reivindicatoria para reclamarla de los terceros detentadores, art. 3775, pero no contra los herederos, desde que no la necesita. Ahora bien, si nos colocamos en la hipótesis de que el legado no ha sido abierto, y la cosa perece en su totalidad, y cuando viene á abrirse sólo existen los despojos, ó queda la indemnización á que tendría derecho el testador, sea transformada en un seguro, sea en daños y perjuicios que se le deban; en la hipótesis de destrucción total, el caso es evidente, no existiendo la cosa en el momento de abrirse el legado, el legatario no ha podido conservar derecho alguno, porque sólo tenía una expectativa que ha desaparecido por la voluntad del testador, si ha enajenado la cosa, ó por acontecimientos extraños, como en caso de ser expropiada por causa de utilidad pública ó por haber sido destruida por un tercero. En estos casos no existe el objeto, y por consiguiente no hay legado. Pero cuando la cosa ha perecido en parte, vienen las dificultades, para interpretar si existe. Así, en el legado de una casa, cuyo ejemplo, tomado de Aubry y Rau, trae el Dr. Velez-Sarsfield en la nota, como el edificio se considera accesorio del terreno, si la casa ha desaparecido por el incendio, el legado no se altera, y se realiza sobre el terreno. Si por el contrario, fuera una cosa que se transforma y pierde, por decirlo así, su individualidad, como un banco que se convierte en una mesa; una cantidad de lana que se reduce á diez piezas de paño, habiendo desaparecido la cosa legada en su individualidad, el legado ha dejado de existir. En esta parte nuestro Código ha borrado las sutilezas del derecho romano que declaraba subsistente el legado, cuando la materia de que la cosa estaba formada podía volverse á su primitiva forma; así en el ejemplo citado por la ley romana, del legado de un lingote de plata que se había convertido en un vaso, que lo declaraba subsistente porque se podía transformar en el primitivo lingote, ha desaparecido con razón; porque la presunta voluntad del legatario no ha podido subsistir desde que dispuso de la materia legada. Por nuestro derecho, basta que la cosa haya desaparecido en su individualidad para que el legado se declare caduco. Y esta teoría se confirma con las palabras de la nota en que se habla de la accesión que cambia la forma de las cosas, que sin embargo no dejan de ser lo que eran; decidiendo que en tales casos se atienda á si la cosa legada forma la principal en la unión que se ha hecho, ó sólo la accesoría, no existiendo transformación en el primer caso.

Cuando la cosa legada ha desaparecido en su totalidad antes de la

incurrido en mora, el legatario como propietario soportará la pérdida, como los beneficios y aumentos obtenidos.

muerte del testador, el legatario no tiene derecho á los despojos, porque eso no es lo legado, y únicamente podrá reclamarlos cuando el legado se hubiera abierto antes de la destrucción de la cosa, porque entonces el legatario era dueño de ella.

Los cambios materiales de la cosa, como la renovación que hiciera en ella el testador, ó los agregados ó mejoras introducidas, en nada alterarían el legado, siempre que no transformasen la cosa en otra; así, la casa que hiciese en el terreno, no haría caducar el legado, y se procedería como se establece en el art. 3762, si el edificio valiera menos que el terreno, el legatario pagaría el valor; si por el contrario importara más, los herederos sólo deberán al legatario el valor del terreno.

Cuando la cosa legada ha perecido en parte, se dice generalmente que el legado subsiste en las partes restantes; pero debe hacerse una distinción; si las partes que han perecido no han alterado la cosa de tal modo que pierda su primitiva individualidad, la proposición será cierta; en caso contrario, el legado habrá caducado. A esta conclusión puede agregarse el caso en que la cosa legada no existiera por haber sido expropiada, ó porque la ley la hubiere puesto fuera del comercio; porque en la primera hipótesis sólo existe el precio de la expropiación y no la cosa; en el segundo no es que haya dejado de estar en el patrimonio del testador, como lo sostiene Pothier, porque se encuentra en él, sino que su enajenación ha sido prohibida en virtud de una ley de orden público, como sucedería en el legado de un monumento en el cementerio, cuya transmisión á extraños hubiera sido prohibida por una ordenanza municipal; el monumento existe en el patrimonio del testador, y tiene verdadero valor para los herederos forzosos; sin embargo no puede existir como legado á extraños, á quienes no se puede transmitir.

Si la cosa legada ha salido del patrimonio del testador por una enajenación, y vuelve á su poder por cualquier circunstancia, en el derecho romano se hacía la distinción siguiente: si la enajenación se había hecho voluntariamente por el testador, el legado quedaba revocado; si, por el contrario, esa enajenación había sido forzada, *ex necessitate*, el legado subsistía si la cosa volvía á poder del testador, el legado no quedaba revocado; pero en nuestro Código, que ha seguido al Código Napoleón, no se hacen tales distinciones; de cualquier modo que la cosa se haya enajenado tiene lugar la revocación, es lo que enseñan Troplong y demás autores franceses al comentar el art. 1038 de ese Código, cuando dice dicho autor en el n° 2095: «toda enajenación sea á título gratuito, sea á

El legatario, así como tiene completa libertad para aceptar el legado, puede igualmente repudiarlo, siempre que tenga

título oneroso debe considerarse como que opera la revocación del legado sin hacer distinción del caso en que ha sido hecha con ó sin necesidad... Así pues, un legado no será menos revocado, aunque la venta del objeto legado haya tenido lugar á consecuencia de la necesidad en que se encontraba el testador de vender su bien para pagar sus deudas»; en nuestro art. 3840, se hace una excepción siguiendo lo enseñado por Aubry y Rau, § 725, donde sostienen, que si la enajenación fué hecha por la justicia á petición de los acreedores, no se considerará revocado el legado, si la cosa vuelve á poder del testador; ésta es la única excepción que acepta nuestro Código; fuera de ella, las demás enajenaciones causan la revocación del legado.

Si la cosa legada estuviere asegurada, y hubiere perecido antes del fallecimiento del testador, éste recibirá el precio del seguro y el legado quedará revocado.

Las hipótesis que acabamos de estudiar son en el supuesto de que el legado no se haya abierto por la muerte del testador, en que el derecho es una mera expectativa para el legatario; ahora si aplicamos esos principios al legado bajo condición suspensiva, que no se adquiere sino cuando la condición se ha cumplido, tendremos estas diferencias: 1ª, que el legatario bajo condición suspensiva podrá ejercer derechos conservatorios, á fin de que la cosa legada no sea deteriorada ó desaparezca; 2ª, que teniendo un derecho que puede convertirse en irrevocable, una vez que la condición se hubiere cumplido, podrá cobrar la póliza del seguro, si la cosa hubiera perecido estando asegurada, dando fianza ó depositando el importe; del mismo modo podría cobrar los daños y perjuicios pagados á los herederos, por haberse destruido la cosa por culpa de terceros, y recibir el precio de la expropiación, si la condición se hubiera cumplido; 3ª, que si la cosa se hubiera vendido judicialmente á solicitud de los acreedores, el legatario tendría derecho para exigir de los herederos el precio del legado, una vez cumplida la condición; 4ª, que si la cosa legada bajo condición ha perecido en todo ó en parte sin culpa, una vez cumplida la condición, corresponden al legatario los despojos ó lo que hubiera quedado.

Ahora estudiemos los casos en que el legado se ha abierto por la muerte del testador. Se pueden hacer estas hipótesis: 1ª, ó el legado es puro y simple y debe entregarse á la muerte del testador; 2ª, ó el legado es puro y simple y debe entregarse después de vencido un término cierto ó incierto; 3ª, ó el legado es puro y simple y debe entregarse

capacidad para enajenar, porque la repudiación le priva de aumentar su propio patrimonio, y aunque no enajena la cosa

cundo se cumpliera la condición suspensiva impuesta por el testador.

En el primer caso, el legado se abre á la muerte del testador, y la cosa cierta y determinada pertenece en propiedad al legatario, correspondiéndole los riesgos y peligros así como los aumentos, y sólo puede ser retenida por los herederos forzosos, cuando perjudicare sus legítimas, ó cuando los bienes de la sucesión no alcanzaren á cubrir las deudas.

En el segundo, la propiedad de la cosa legada, también, corresponde al legatario, pero no puede exigir la cosa antes del término, y los herederos hacen suyos los frutos que la cosa produjere, resultando esta especie de anomalia, que sólo poscen la cosa para el propietario, y sin embargo gozan de ella; pero se explica perfectamente, porque el testador los ha puesto en posesión, queriendo que el legatario la reciba tal como estaba á su fallecimiento, á menos de haber expresado en su testamento una voluntad contraria.

En el tercer caso, varía de especie, se supone que el legado es puro y simple habiéndose sujetado su entrega á una condición suspensiva; pero como puede suceder que ésta no llegare á cumplirse, tendríamos que el legado no existiría, afectando así la disposición misma, que quedaría sin valor; vendríamos pues, á las hipótesis legisladas en los arts. 3772 y 3799, en que debe tomarse la expresión de condición suspensiva en la forma que allí lo explicamos.

Si la cosa ha perecido por culpa de un tercero, el legatario como dueño, tiene derecho para intervenir en el juicio y apreciar su valor, porque si bien no puede recibirlo sino vencido el plazo señalado para su entrega, en definitiva él es el dueño, y cualquier juicio que tuviera lugar sin su intervención no lo obligaría.

Se parte del principio de que el testador ha fallecido, y aunque la apertura del legado bajo condición suspensiva no ha tenido lugar, desde que la cosa pertenecería á los herederos, si la condición impuesta no llegara á cumplirse; no obstante, el legatario tiene un derecho de que no puede ser privado ni por el hecho de los terceros que la destruyeran, ni por los mismos herederos; pues estos deben mantener la cosa hasta el momento de su entrega; así pues, cumplida la condición suspensiva el legado queda adquirido, pero con efecto retroactivo al día de la apertura de la sucesión, en cuanto á los frutos que la cosa ha producido.

En el legado puro y simple sujeto á la entrega dentro de un plazo cierto ó incierto, como la cosa ha sido adquirida por el legatario, es claro

legada, ésta queda en el patrimonio de la sucesión, enriqueciéndolo.

que si perece por culpa de los herederos ó de los terceros extraños, unos y otros deben los daños y perjuicios, y el legatario dueño de ella puede ejercer derechos conservatorios para asegurar su pago.

Si los terceros destruyeran la cosa legada, ¿podría el legatario demandar los daños y perjuicios, y recibir el precio? En cuanto á la demanda me parece que su derecho es evidente, porque siendo dueño de la cosa sólo él podría perseguir el pago; pero cuando los herederos tengan derecho para oponerse á la entrega del legado, por incapacidad del legatario, nulidad del testamento ó cualquier otra causa, deberán ser citados al juicio, sobre todo porque pueden negarse á la entrega del valor de la cosa, por no haberse cumplido el plazo señalado. ¿Á quién corresponderán los intereses de ese dinero importe de la cosa legada y que sólo debe entregarse en el plazo determinado? En general, pertenecerá á los herederos, porque son los poseedores de la cosa; pero eso dependerá de los términos en que el legado se hubiere hecho; por ejemplo, si el testador ha dicho: lego á Alberto la casa tal que le será entregada á su mayor edad, gozando de ella mis herederos hasta el vencimiento del plazo, es claro que los frutos corresponden á éstos; si por el contrario hubiese dicho: lego tal casa á Alberto que le será entregada con el producto de sus alquileres al cumplir su mayor edad, es claro que corresponderían los frutos al legatario; pero si nada hubiera dicho sobre los frutos, y de las palabras del testamento se dedujeran que éstos no han sido acordados al legatario, deben ser percibidos por los herederos. — Comp. AUBRY y RAU, § 726, texto á la nota 7 y 9. — DEMOLOMBE, XXII, 350 y 351.— Véanse arts. 888, 3761, 3772, 3779 y 3840.

Este artículo está equivocado en la edición oficial y se debe restablecer como lo manda la ley de fe de erratas de 1882, se suprimirán las palabras, *ó de llegada la condición*, quedando en esta forma: «el legado caduca también, cuando la cosa determinada en su individualidad, que formaba el objeto del legado, perece en su totalidad, antes de la muerte del testador, sea ó no por hecho del testador, sea ó no por caso fortuito».

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3803.—L. 41, Tit. 9, Part. 6^a.—Cód. Francés, art. 1042.—L. 26, Dig. *De legatis*, l. 1.—Véase Pothier, *Pand.*, tom. 2, n^o 353. —Demante, tom. 4, n^o 193, y el mismo número bis. El artículo citado del Cód. Francés declara también que la pérdida del objeto legado, sucedida después de la muerte del testador sin culpa ni por hecho del heredero, causa la caducidad del legado. Esta resolución ha sido criticada por Zachariæ, Marcadé

7º *El legado caduca por la repudiación que de él haga el legatario. Se presume siempre aceptado el legado mientras no conste*

y por los jurisconsultos Aubry y Rau. Su primera consecuencia es contraria al principio de que el legatario puede reclamar los accesorios de la cosa legada que pudiesen existir. Cuando el objeto legado existe al momento de la apertura del legado, el legatario adquiere la propiedad, y el legado desde este momento ha surtido todo su efecto. Si una casa legada ha sido incendiada después de la muerte del testador, y antes de entregarse al legatario, el legado queda eficaz en cuanto al terreno en que estaba construida. L. 22, Dig., *De legatis*, 1.—Duranton, tom. 9, n° 494.—Aubry y Rau, § 723, notas 7 y 9.—Troplong, *Testament*, n° 2144.

El artículo habla del caso en que la cosa *perece*; pero este hecho debe entenderse según las disposiciones establecidas en los primeros Títulos del Libro III. Una cosa ha perecido en el sentido de la ley, no sólo cuando ha dejado de existir absolutamente, sino también cuando ha dejado de existir en la especie que tenía. Si la cosa se cambia en otra especie, el legado concluye. *Ex dissolutione et permutatione rei legatæ in alteram speciem, voluntas mutata videtur*, LL. 41 y 42, Tit. 9. Part. 6ª. L. 6, Dig., *De auro leg.*, Tit. 2, Lib. 34. La ley citada de Partida pone por ejemplo de la regla el caso en que el testador hubiese hecho un legado de lana y después con ella hubiese fabricado paños, ó un legado de madera que después hubiese empleado en la construcción de un buque, y decide que ni los paños ni el buque son debidos. La misma Ley Romana dice: *Materia legata, navis, armarium ex ea factum, non vindicetur... Navis autem legata, dissoluta, neque materia neque navis debetur. ¿Y por qué, aquel á quien el buque ha sido legado no tendría derecho á la materia dissoluta nave? La ley da la razón Nam mutata forma propre interimit substantiam rei*. L. 9, § 3, Dig., *Ad exhibendum*.

Los jurisconsultos romanos proponían una resolución diferente, cuando el cambio se aplica á una cosa que, aunque revestida de una nueva forma, puede fácilmente volver á tomar la forma que antes tenía. Así, dice la Ley Romana, si yo lego á un individuo un lingote de plata, y después hago un vaso de él, el legado será debido porque la plata no pierde su nombre por la transformación, y puede fácilmente tomar por el fuego la forma de lingote.

La accesión hace comúnmente cambiar la forma y el valor de una cosa, y sin embargo, esta cosa no deja de ser lo que era. Lo que debe considerarse en tales casos, es si la cosa legada forma lo principal en la unión, y si la cosa agregada no es sino lo accesorio. En este último caso no habrá transformación legal de la cosa, y el legado no caducará. L. 44, § 4, Dig., *De legatis*, 1.

Hay objetos que se componen de partes diversas, cuyo conjunto forma un todo que tiene una forma determinada, tal es una casa. Cuando se trata de un objeto de esta naturaleza, el cambio de las partes no puede dañar al todo. Si pues, el testador lega una casa y después la rehace parte por parte, la casa será siempre debida. Otra ley pone otro ejemplo análogo, el legado de un buque reparado tantas veces después de hecho el testamento, que quedase enteramente rehecho. En este caso el cuerpo no dejaba de subsistir: son partes existentes que reciben la unión de partes nuevas. L. 24, § 4, Dig., *De legatis*, 1.—Pothier, *Pand.*, tom. 2, pág. 343, n° 390.—Véase Troplong, n° 2138 y siguientes.—Sobre la materia, Vazeille, n° 1042.

que ha sido repudiado (art. 3804); porque los beneficios se reputan aceptados, mientras la renuncia en las sucesiones es ne-

(Art. 3804.) Los principios que nuestro Código ha establecido en la aceptación y repudiación de la herencia, deben aplicarse en parte á los legados. Hemos sostenido en esta obra, que la sucesión se consideraba aceptada mientras no había sido repudiada, con esta diferencia fundamental: que el heredero podía ser obligado á hacer una manifestación expresa de su aceptación ó renuncia; pero si nadie lo hubiera compelido y dejare vencer el término de 20 años del art. 3313 para elegir entre la aceptación y la renuncia, la herencia se consideraba aceptada. Estos principios vienen á tener su confirmación en el presente artículo, que exige la renuncia expresa del legado para que se considere caducado, reputándose aceptado en caso contrario. Sucede pues, como con la herencia, con la diferencia indicada.

¿Cómo debe hacerse la renuncia? ¿Será expresa ó podrá ser tácita? Cuando se trataba de la renuncia de la herencia, se dijo en el art. 3345, que debía ser expresa, y además hecha en escritura pública en el domicilio del renunciante ó del difunto. ¿Se admitiría la renuncia tácita? Así lo creo, porque la repudiación del legado no está sometida á forma alguna, según el Código, y no podemos crear una disposición que no tendría, por otra parte, razón de ser, pues respecto de la herencia se comprende, por la liberación que tras aparejada la renuncia respecto de los acreedores, mientras los legatarios no tienen obligaciones personales que cumplir. Es entendido que para renunciar válidamente es necesario que el legatario sea capaz, porque si no lo fuera la renuncia no producirá efecto. Así, habría renuncia tácita del legado, cuando el legatario consintiera en la enajenación de la cosa legada, hecha por el heredero, como lo enseña Pothier, y lo mismo se diría, cuando el legatario rehusare cumplir los cargos impuestos.

¿Cuándo debe hacerse la renuncia para ser válida? Es evidente que no puede realizarse antes de la muerte del testador, porque todavía no hay legado; pues no se puede renunciar á un derecho que no existe. Pero si se tratase de un legado bajo condición, ¿se podría renunciar después de la muerte del testador, pendiente la condición? Las opiniones de los jurisconsultos se han dividido, sosteniendo unos como Ricard y Troplong, que no se puede renunciar sino una vez que el legado se ha abierto, como en el caso de la sucesión; Demolombe sostiene lo contrario.

Por mi parte creo que el legado como la herencia pueden renunciarse cuando se han deferido; este es un principio general. ¿Pero es

esario que sea expresa, y hecha en escritura pública, en el domicilio del renunciante ó en el del difunto.

§ 1035. — REGLAS PARA LA REPUDIACIÓN Ó ACEPTACIÓN DE LOS
LEGADOS

Aunque, en general, los legados son meros actos de beneficencia donde el testador manifiesta su voluntad de favorecer al legatario, hay otros casos en que se asemejan á un contrato por las

cierto que el legatario condicional tiene un derecho de que no puede ser privado sin su consentimiento? Que ese derecho sea eventual sujeto á un acontecimiento cualquiera, no por eso deja de ser un derecho, que puede desvanecerse, es cierto, pero también llega á adquirir vida real; luego puede renunciarse; no es una mera expectativa como en los casos en que el testador vive, estando en su mano el revocarlo por su sola voluntad; aquí el derecho existe en suspenso y puede ser objeto de una transacción, novación ó un arreglo cualquiera con los herederos extinguiendo su derecho; esto lo admiten los que sostienen que no se permite la renuncia antes que la condición se haya cumplido. Se confunde, generalmente, la naturaleza del derecho del legatario condicional, con la del simple legatario antes de la muerte del testador, en que no hay derecho alguno, mientras en el caso supuesto existe, desde que puede ejercer derechos conservatorios.

¿Puede aceptarse en parte un legado y repudiarlo en parte? La antigua jurisprudencia rechazaba semejante aceptación parcial y nuestro Código ha consagrado esa doctrina en el art. 3807.

Cuando la repudiación ó renuncia fuera anulada por incapacidad del legatario ó por cualquier otra causa, el legado se tendrá por aceptado mientras no se manifieste una voluntad contraria. — Comp. DURANTON, IX, 309. TROPLONG, II, 2147. DEMOLOMBE, XXII, 330. — Véanse arts. 872, 3348, 3353, 3805 á 3808.

Nota del Dr. Vélez-Sarsfield al art. 3804.—L. 31, Tit. 9, Part. 6^a.—Cód. Francés, art. 1043. Cuando el donatario entre vivos muere antes de haber aceptado formalmente la donación, ésta queda sin efecto, porque la donación es un contrato que no subsiste sino por el concurso de dos voluntades legalmente manifestadas. Si al contrario el legatario muere antes de haber hecho conocer su aceptación, trasmite, sin embargo, á sus herederos, la cosa legada que había adquirido desde la muerte del testador, porque el legado no forma un contrato entre testador y legatario. — Troplong, *Testament*, n^o 2147.

cargas ú obligaciones que imponen, y es por esta razón que dice el **art. 3805**: *después de aceptado el legado, no puede repudiarse*

(**Art. 3805.**) La primera condición para aceptar ó repudiar válidamente un legado es que el testador haya fallecido, porque antes el legado no existe; así el artículo parte necesariamente de este hecho producido: un legado deferido.

La segunda se refiere á la capacidad del legatario, en lo que se relaciona con el derecho que va á ejercer; es decir, es necesario que el legatario sea capaz de obligarse, pues de otro modo la aceptación ó repudiación no tendría valor alguno.

La tercera es la condición impuesta al legado con cargas, que trae nuestro artículo, de que una vez aceptado no puede repudiarse por las cargas, pues la aceptación de cumplir las impuestas, crea en favor de los herederos ó de aquellos en cuyo beneficio se han establecido, el derecho de hacerlas cumplir; lo que no sucede con el legado puro y simple que puede renunciarse en cualquier tiempo.

Hemos sostenido que la aceptación del legado se presume mientras no se demuestre lo contrario; pero esta presunción que puede ser desvanecida por la prueba contraria, no nos llevaría á resolver la cuestión por el nuevo silencio observado por el legatario, quien si no ha ejecutado acto alguno del que pueda desprenderse la aceptación tácita, podría repudiarlo en cualquier tiempo. Quiera decir entonces, que la disposición del artículo sólo puede y debe aplicarse á la aceptación expresa ó tácita del legatario, en cuyo caso no tendría derecho para retractarla; luego el solo silencio no bastaría para considerarlo aceptante, porque podría manifestar su voluntad de repudiarlo, así que fuera requerido para cumplir los cargos impuestos. Están en el mismo caso que el heredero, quien por su solo silencio no se reputa aceptante, á menos de haberlo guardado durante 20 años, en que pierde su derecho para elegir entre la aceptación y la repudiación.

¿Durante qué tiempo se puede renunciar el legado con cargas? El Código no fija plazo para ejercer este derecho, y aunque habría lógica en seguir la disposición del art. 3313 sobre la elección para aceptar ó repudiar la herencia; sin embargo, no nos creemos autorizados para fijarlo, y concluimos ante el silencio del legislador, que el silencio del legatario acompaña la presunción de su aceptación; pero que será desvanecida por la prueba contraria. El artículo habla pues, de la aceptación expresa ó tácita que no puede retirarse, y cuando fuera tácita, el legatario debería demostrar que los actos á los que se atribuye ésta no importan semejante aceptación.

por las cargas que lo hicieren oneroso, lo que prueba la inconsistencia de la doctrina enseñada por el art. 3154, en que autoriza

Viene una cuestión interesante que debemos estudiar en sus desenvolvimientos, la de saber: si la disposición de este artículo importa realmente una excepción del art. 3774 que somete los legados á las disposiciones sobre las donaciones de la misma naturaleza, en que el donatario sólo responde de los cargos con la cosa donada, y puede abandonarla para libertarse de ellos; en cuyo caso el legatario podría igualmente abandonar la cosa legada.

El Dr. Segovia, cree que el principio de este artículo es una excepción al art. 3774 que sería difícil de justificar, siguiendo en esta parte la opinión de Demolombe, XXI, 656, que dice: «es claro, por otra parte, que nuestro principio no rige ante la manifestación de una voluntad contraria del testador, y el legatario particular estaría obligado á pagar las deudas, que el testador le hubiera expresamente impuesto á su cargo de pagarlas. La aceptación del legado le impondría aún, por su parte, la obligación personal de pagarlas, que sería ejecutada sobre sus bienes y de la cual no podría libertarse, ni por la pérdida de la cosa legada, ni por el abandono que quisiera hacer de ella»; pero es que el Cód. Francés no contiene una disposición semejante á la de nuestro art. 3774, que equipara los legados con cargos á las donaciones de la misma clase, y dentro de cuyas disposiciones debemos resolver todas las cuestiones.

Si buscamos el origen y fundamento de nuestro artículo, veremos que ha sido tomado de Troplong, quien le da su verdadero alcance, que no es por cierto el de crear una excepción sino para ciertos casos; así dice en el n° 2150: «el legado no puede ser repudiado, después de la aceptación bajo pretexto de las cargas que le hacen oneroso.» Y agrega en seguida: «á la verdad, hemos dicho anteriormente que *la carga no puede exceder al emolumento*; pero sería un error que se sirviera de este principio incontestable, para decir que si la carga del legado es onerosa al legatario, él puede repudiar la liberalidad aún después de haberla aceptado. El legatario no puede libertarse de la carga que consintió en cumplir. Así, cuando por afección, el legatario había estimado la cosa legada en mayor valor que la carga impuesta, podría ser forzado á cumplir esa carga, y no podría repudiar la liberalidad.» Este autor coloca en un caso especial al legatario, que estimó en más de lo que valía el legado, para hacer una excepción al principio consagrado, de que la carga no puede exceder al valor del legado. Pero á estas opiniones, podemos oponer la regla del art. 3774 que dice expresamente, «los legados hechos con cargas son regidos por las disposiciones sobre las do-

al donatario para renunciar á la donación aceptada para libertarse de cumplir los cargos; si la donación que es un contrato entre vivos se puede renunciar, con mayor razón debía permitirse en los legados; pero el artículo no está en la buena doctrina, pues la aceptación del legado, en realidad, no ha formado un contrato verdadero, falta el momento en que las voluntades han debido coincidir, para formarlo.

naciones entre vivos de la misma naturaleza», y aplicándoles estrictamente el art. 1854 que impone al donatario la obligación de responder á las cargas, únicamente con la cosa donada, sin obligación personal alguna, lo faculta para sustraerse á esas obligaciones si abandona la cosa donada, libertándolo cuando ésta hubiera perecido por caso fortuito, deberíamos concluir en la misma forma, cuando se trate de los legados.

¿Qué razón habría, en efecto, para separarse, en los legados, de estos principios que rigen las donaciones entre vivos? Si el donatario que se obligó á cumplir los cargos, no contrae una obligación personal al aceptarla; si sólo responde con la cosa donada; si puede abandonarla para libertarse de los cargos; si en una palabra puede dejar sin efecto un contrato entre vivos, ¿por qué en los mismos casos no podría proceder de un modo igual, tratándose de un legado con cargos? Sería singular que un contrato entre vivos pudiera modificarse, y aún renunciarse abandonando la cosa donada, y no se hiciera lo mismo con un legado, que es un acto de beneficencia; estos argumentos prueban el error de doctrina que contiene el artículo que estudiamos, permitiendo renunciar á un contrato concluido, y negando al legatario el mismo derecho respecto del legado aceptado, cuando le fuere oneroso. Este artículo debe corregirse.

La opinión de Troplong, que sirvió de fundamento á nuestro artículo, y es para el caso de error en la apreciación de la importancia del legado y de los cargos; y aún tomándolo en su texto literal, lo que prohíbe es renunciar al legado aceptado *por las cargas que lo hicieren oneroso*: pero en nada altera la disposición general del art. 3774.

La aceptación como un acto jurídico que crea derechos, está sometida como todas las demás de su especie á ser anulada por cualquiera de los actos que vician el consentimiento; el error, dolo, fraude, fuerza, etc., si pudieran demostrarse.—Comp. LAURENT, XIII, 550 á 553. — Véanse arts. 1854, 3341, 3347 y 3774.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3805.—L. 3^a, Tit. 9, Part. 6^a.—Merlin, *Repert. verb. Légataire*.—Troplong, n^o 214^o.

Pero como el legatario al renunciar al legado, sin que nadie lo haya aceptado ejecuta un acto sobre el que los herederos ni legatarios han adquirido derechos, de ahí es que el legislador lo ha autorizado para retirarla, en este concepto dice el **art. 3806**:

(**Art. 3806.**) El artículo no ha sido bien redactado, habiéndose suprimido inconsultamente la última parte del párrafo de Troplong, de donde fué tomado, y con el que están de acuerdo todos los autores franceses. Se trata de la facultad que tiene el legatario para retractar la renuncia del legado, que como en el caso de la renuncia de la herencia, debería ser en cualquier tiempo antes de la aceptación por los demás herederos. Si el legatario ha renunciado expresamente al legado por un instrumento público, y los herederos aceptando esa renuncia han dispuesto de la cosa enajenándola á un tercero, ¿cómo es que el legatario podría retirarla y aceptar el legado, porque no ha llegado la partición? ¿Y cómo podría llegar el caso de partición, si suponemos que sólo hay un heredero?

Troplong, III, 2158, de donde fué tomado el artículo, dice: «puede suceder que el legatario repudie el legado por un primer movimiento, y que en seguida tenga necesidad de arrepentirse; en este caso lo es permitido rotirar su renuncia, siempre que no haya intervenido un acto de partición, y que ningún heredero ó legatario no haya recogido ó manifestado la intención de recoger la parte repudiada». Aubry y Rau, § 726, con más exactitud, dicen: «en este caso, el legatario renunciante es admitido á volver sobre su repudiación, mientras la prescripción del derecho de aceptar no se haya adquirido en su contra, y que otras personas no hayan aceptado la sucesión, ó no hayan manifestado la intención de recoger la parte á la que el renunciante era llamado».

¿Cómo debemos tomar la expresión, de que puede retirar la renuncia mientras no haya intervenido un acto de partición entre los herederos? ¿Es como único caso, ó como uno de tantos en que puede hacerlo? En mi opinión, el caso enunciado no es el único, ni tampoco es fatal la pérdida del derecho por el acto de la partición, cuando en ésta no se ha comprendido la cosa legada. Pongamos algunos ejemplos para demostrar la justicia de la tesis que sostenemos. El legatario ha renunciado al legado, extendiendo una escritura pública aceptada por los herederos, quienes han dispuesto de la cosa legada. ¿Podrá el legatario retirar la renuncia y demandar la entrega de la cosa? Nadie aceptaría semejante conclusión; porque hay un contrato preexistente en virtud del que las partes han procedido á disponer de la cosa. Supongamos que la división se ha practicado dejando la cosa legada sin atribuirla á ninguno de los here-

el legatario puede retirar su renuncia al legado, mientras no ha intervenido un acto de partición entre los herederos; aunque habría sido preferible una disposición semejante á la del art. 3348, donde el renunciante á la herencia puede retirarla, mientras no haya sido aceptada por los herederos.

El acto de la aceptación así como el de la renuncia se consideran indivisibles, por esa razón *no puede repudiarse una parte del legado y aceptarse otra. Si hubiese dos legados al mismo legatario, de*

deros, como si el legado no hubiera sido renunciado. ¿Podría el legatario retirar su renuncia que no ha sido aceptada por los herederos? Así lo creo, porque el acto de la partición á que se refiere el artículo es á aquella en que el legado se divide entre los herederos; en esa parte estoy conforme con el Dr. Llerena, que dice: «el hecho sólo de la partición, entre los herederos, no entraña la pérdida del legado; el artículo sólo tiene aplicación cuando la partición, incluyendo en ella la cosa legada, viene después de haber el legatario renunciado expresamente al legado»; aunque la misma cosa sucedería si hubiera intervenido por cualquiera otra causa en la partición, y consentido en que la cosa legada se adjudicara á cualquiera de los herederos con su intervención, entonces habría renuncia tácita y surtiría los mismos efectos que si fuera expresa. Además de esto, la renuncia puede ser retractada mientras no haya sido aceptada por la persona en favor de la que se hace, art. 875, y por consiguiente, no podría revocarse, en el primer caso supuesto, porque fué aceptada por los herederos, aunque no hubiera partición, y podría retractarse en el segundo, aun después de la partición, si no se hubieran dividido ni dispuesto del legado, desde que no hay acto alguno que suponga la aceptación. El Dr. Segovia apoya la primera proposición, que no está comprendida en el texto literal del artículo que estudiamos, cuando dice: «ó más exactamente: mientras la renuncia no haya sido aceptada por aquellos á quienes debe aprovechar». Así pues, no sólo los autores franceses que han servido de guía en esta materia sostienen que, mientras la renuncia no haya sido aceptada, ó la partición no haya venido á poner el sello de la aceptación disponiendo de la cosa legada, se puede retractar, sino también los autores argentinos están contestes en afirmar, que la sola partición no importa la pérdida del legado, y que la renuncia aceptada antes de la partición priva al legatario de la facultad de retractarla. — Comp. DEMOLOMBE, XX, 333. LAURENT, XIII, 556. — Véanse arts. 875, 3348 y 3350.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3806. — Troplong, n° 2158.

los cuales uno fuese con cargos, el legatario no podrá aceptar el legado libre y repudiar el otro (art. 3807), porque el acto es pro-

(Art. 3807.) La primera parte del artículo se funda en las leyes romanas, siguiendo el principio de, *legatarius pro parte repudiare non potest*, máxima que podría tener su razón en aquella época, pero que no se explica en los tiempos presentes, donde la voluntad del testador es la ley del testamento. ¿Qué inconvenientes ni perjuicios puede traer la aceptación en parte, de un legado, repudiando la otra? Se comprendería cuando la parte repudiada tirase un perjuicio para los herederos ó un tercero cuyos derechos se lesionasen; pero como esto no puede tener lugar, resulta completamente injustificada la prohibición.

La segunda parte está mal redactada, á mi juicio, porque no expresa el pensamiento del legislador, y ha sido traducida imperfectamente. En efecto, Troplong, III, 2153, dice hablando de los casos en que el legado no puede aceptarse por partes: «esta regla se aplica igualmente, al caso en que *por la misma disposición* se hicieran dos legados al mismo legatario, de los que uno fuera con cargos. El legatario no podría aceptar el legado libre y repudiar el otro; porque estos dos legados tienen un carácter de unidad que no permite dividirlos», suponiendo un caso especial, que no abraza todas las modificaciones que pudieran ocurrir. El pensamiento del legislador es sin duda, privar al legatario de la facultad de convertir en dos actos separados, uno sólo, aceptando el legado sin cargos y rechazando el que los contiene, cuando es de suponer que el testador ha querido compensar con los dos legados los cargos impuestos. Pero la proposición tal como la contiene el artículo es completamente falsa, como principio de derecho, é injusta considerada como regla para interpretar la voluntad del testador. El Código Chileno, art. 1229, trae la verdadera teoría exponiendo con claridad las diversas ideas que abraza la disposición. Comienza por sentar este principio, que nuestro Código acepta por deducción: «se puede aceptar una asignación y repudiar otra», lo que implícitamente se deduce de nuestro artículo, cuando sólo prohíbe aceptar el legado libre y rechazar el con cargos, quiere decir, entonces que cuando ambos legados fueran libres, el legatario podrá aceptar uno y rechazar el otro. Viene en seguida la disposición de nuestro artículo: «pero no se podrá repudiar la asignación gravada y aceptar las otras», suponiendo que haya varias, lo que nuestro artículo reduce impropriamente á dos legados, uno libre y otro con cargos; pero se comprende que si hay en el mismo testamento varios legados libres y uno con cargos, no se podrá aceptar uno de los libres y rechazar el gravado, y viceversa, si son varios los con cargo y uno sólo el libre, tendrán que

veniente del mismo testamento, y probablemente habrá influido en el ánimo del testador el cumplimiento de los cargos, y por eso le ha dejado algo más.

aceptarse ó rechazarse todos; pero este principio no debe ser considerado de un modo absoluto, por eso el Código de Chile, dice: «á menos que se defiera separadamente por derecho de acrecimiento ó de trasmisión, ó de sustitución vulgar ó fideicomisaria», porque entonces se comprende que la voluntad del testador ha sido que se puedan separar; y agrega otro caso que no ha debido olvidarse: «ó á menos que se haya concedido al asignatario la facultad de repudiarla separadamente», porque el legislador no puede impedir al testador que conceda ese derecho, desde que la disposición tiene por único objeto el interpretar esa voluntad.

Así pues, para que el principio sentado por el artículo tenga su verdadera aplicación deben reunirse las circunstancias siguientes:

- 1ª Que los varios legados sean hechos en un mismo testamento;
- 2ª Que tengan un carácter de unidad que no les permita separarlos;
- 3ª Que los varios legados sean de diversa especie; es decir, unos libres y otros con cargos;
- 4ª Que el testador no haya concedido al legatario la facultad de repudiarlo separadamente.

Si los diversos legados fuesen dejados en testamentos separados, la regla sólo se aplicará á los que fueren hechos en el mismo testamento; reputándose como diversos y separados los que resultaren de los testamentos otorgados, á menos que el testador los hubiera expresamente unido, para que se cumplieran como si fueran uno sólo. Supongamos que en el primer testamento se hubiere legado á Alborio una casa sin imponerle carga alguna, y en el segundo que no revoca al primero, se le legara una cantidad con la carga de hacer para el testador un monumento en el cementerio de la Recoleta, es claro que el legatario podrá aceptar el primero y rechazar el segundo, porque son dos actos completamente separados, á menos que en el segundo testamento dijera que el legatario no podrá aceptar el libre y rechazar el legado con cargas.

De todo lo expuesto se deduce que, interpretando el artículo tal como resulta en la teoría expuesta, no debe entenderse de una manera absoluta la prohibición de aceptar el legado libre, rechazando el con cargos.

Demolombe, XXII, 531, que estudia este punto bajo una sola faz, dice: «cuando dos legados hubiesen sido hechos al mismo legatario, lo autorizarían á aceptar el uno y repudiar el otro, á menos que uno de los

En cuanto á los acreedores del legatario, pueden ser autorizados por el juez para ejercer sus derechos cuando aquél estuviere insolvente, y es á este caso que se refiere el **art. 3808**, que dice:

legados hubiese sido hecho bajo ciertos cargos, en cuyo caso no se lo permitiría aceptar el legado hecho sin cargos, repudiando el que los tiene. Aunque esta distinción se haya propuesto bajo nuestro derecho, la creemos demasiado absoluta, y en nuestra opinión, cuando dos legados han sido hechos al mismo legatario, él debe poder aceptar el que le es hecho libremente, y repudiar el con cargos, y esto tendrá lugar no sólo cuando los legados han sido dejados en dos testamentos diferentes, sino cuando se encuentren en el mismo testamento, si por otra parte, no hubiere vínculo alguno de conexión que los una, de modo que sea una sola é indivisible disposición». Por nuestro derecho no podríamos aceptar la segunda conclusión, porque el artículo no exige esa unión, que en justicia debería existir para considerar la disposición como una é indivisible, buscando interpretar la voluntad del testador, que es el agente ó el resorte vital de todas las disposiciones testamentarias.

En cuanto á los herederos del legatario que hubiera fallecido después de la apertura del legado, sin haberlo aceptado ni repudiado, ¿podrían aceptarlo unos por su parte y rechazarlo los otros por la suya? No veo inconveniente, desde el momento en que los herederos aceptantes lo serían por el todo como herederos del testador. — Comp. LAURENT, XIII, 553. — Véanse arts. 3316, 3317, 3774 y 3804.

(**Art. 3808.**) Este artículo, como los anteriores, no está bien redactado, á mi juicio, pues no expresa bien la idea del legislador, que no ha tenido la mente de hacer que los acreedores del legatario sean sus sucesores tomando el legado para sí, desde que los autoriza á aceptarlo en lugar del deudor. En efecto, lo que el legislador se propone al autorizar á los acreedores del legatario, para ejercer sus acciones aceptando el legado renunciado por el deudor insolvente, es que éstos puedan anular el acto deduciendo la acción pauliana en su caso, en los términos y bajo las condiciones en que la autorizan los arts. 962 y 964. Así, pues, se trata de deudores insolventes que habiendo renunciado al legado, han dejado de ejercer una facultad que los habría enriquecido, y han defraudado á sus acreedores. La acción pauliana deberá, pues, ejercerse en estas condiciones: 1ª, deducirla dentro del año de la renuncia conocida por los

los acreedores del legatario pueden aceptar el legado que él hubiese repudiado, á menos que los cargos fuesen inherentes á su persona, porque no podrían reemplazarla.

acreedores; 2^a, tratándose de deudores insolventes; 3^a, que la revocación sólo alcanzará hasta el monto de la suma debida; 4^a, que sólo aprovechará al acreedor que la hubiese solicitado.

Así, pues, los acreedores cuando puedan deducir la acción pauliana, podrán aceptar el legado ejerciendo los derechos de su deudor, siempre que fueran autorizados por el juez para hacerlo, y únicamente en la medida de su interés; de modo que si el legatario debiera mil, y el legado fuera de dos mil sólo podrían aceptarlo por la cantidad debida, quedando lo demás á favor de los herederos aceptantes.

En las donaciones hemos sostenido que los acreedores no pueden aceptarlas cuando el deudor insolvente las hubiere renunciado. ¿Por qué esta diferencia con los legados? Troplong, la explica satisfactoriamente, en mi opinión, al decir: «en la donación, el donante está allí, y habiendo hecho una liberalidad en favor de una persona de su estimación, él es dueño de rehusar la aceptación de terceros que le son indiferentes, y de romper por su voluntad un acto que no ha adquirido aún el carácter de bilateral.» ¿Cómo podría obligarse al donante que mantuviera su donación para que la tomara un extraño? Téngase presente que en este caso se trata de la revocación de la renuncia y no de la aceptación en sí misma, que son dos actos completamente diferentes; la revocación puede declararse por la justicia, como no existente, mientras la aceptación es un acto de voluntad personal que no puede hacerse por el juez, sustituyéndose al que debe realizarlo. Bastará que la justicia declare anulada la renuncia, para que el legado se tenga por aceptado en la parte que interesa á los acreedores demandantes. La interpretación que damos á este artículo está conforme con el art. 3351 que autoriza á los acreedores del renunciante de la herencia á demandar la revocación hecha en su perjuicio, á fin de hacerse autorizar para ejercer sus derechos sucesorios hasta la concurrencia de su crédito, porque su acción sólo se extiende al interés que tienen en ser pagados de su acreencia.

La autorización que el artículo concede á los acreedores para aceptar el legado renunciado por el deudor, es conforme con los principios establecidos en el Código, que se ha separado, en esta parte, con razón, del derecho romano que sólo autorizaba la acción en los casos de enajenación en fraude de sus acreedores, y no cuando descuidase el ejercicio de ciertos derechos que hubieran podido hacerlo más rico. — Véanse arts. 961, 962, 964, 3351 á 3353 y 3804.

En general, el pago de los legados son á cargo de los herederos y están destinados á disminuir el haber hereditario; pero hay otros que son á cargo de los mismos legatarios, cuando se les ha puesto como una condición ó carga que ellos deben cumplir en beneficio de otros, y es legislando estos casos que dice el **art. 3809**,

(**Art. 3809.**) Nuestro artículo viene á resolver una cuestión debatida en derecho francés, sosteniendo unos que la revocación judicial decretada por causa de inejecución de las condiciones impuestas, ó por causas de indignidad del legatario produce los mismos efectos que la revocación que ha tenido lugar por el hecho del testador, opinión sostenida por Demolombe, mientras se declaran por la negativa autores como Toullier, y Taulier. El artículo sigue la opinión de Demolombe y de Aubry y Rau, quienes enseñan que *cualquiera* que sea la causa de la revocación, con excepción de la pérdida de la cosa, aprovecha á aquel ó á aquellos que estaban obligados al pago del legado. No se trata del derecho de acrecer, porque viene á ser en este caso una especie de sustitución, sino de los que deben pagar el legado. En general, los que deben pagarlo son los herederos; pero entonces se suscita la cuestión siguiente: ¿los herederos reciben el legado como herederos *ab intestato* y sin las cargas que el testador impuso al legatario, ó como legatarios, sustituyéndolo? Si el legado se hubiera dividido en usufructo y nuda propiedad, y al legatario del usufructo se le hubiera impuesto una carga, declarado caduco el legado de usufructo consolidándose con la propiedad, se pregunta si el nudo propietario, beneficiado con la consolidación estaría obligado á cumplir la carga impuesta al usufructuario.

En cuanto á la primera cuestión, ofrece serias dificultades, porque no se trata de legatarios con el derecho de acrecer, sino de herederos que recogen la herencia en virtud de un derecho propio que viene de la ley y no de la voluntad del testador, sobre todo cuando son herederos forzosos.

Por mi parte haría una distinción que considero necesaria; si se tratase de herederos forzosos y los legados caducados hubieran disminuido la porción disponible que quedara integrada por la revocación, es evidente que no estarían obligados á ejecutar las cargas impuestas, porque las legítimas deben recibirse libres de toda imposición; si por el contrario no las perjudican ó fueran herederos en grado sucesible, recibirían los legados que han caducado no como legatarios, sino como herede-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3808. — Véase el art. 954 y su nota de este Código, y Troplong, *Testament*, n.º 1885 y 2150. — Aubry y Rau, § 724, n.º 2.

que dice: *la caducidad de un legado resultante de una causa cualquiera, que no sea la pérdida de la cosa legada, aprovecha, no ha-*

res ab intestato, estando de acuerdo con el Dr. Sogovia, con esta diferencia fundamental: que existiendo dos legados, la caducidad del uno no ha podido llevar necesariamente la del otro, porque si la carga era meramente personal al legatario, de tal modo que no pudiera transmitirse, los herederos recibirían el legado sin carga alguna; si era real como la clasifican algunos autores, el segundo legado subsistiría y los herederos deberán cumplirla. Así, en el ejemplo que trae Pothier de un legado dejado á Jacobo, que era matemático, con cargo de enseñar las matemáticas al hijo del testador, en caso de revocación ó de caducidad, se habría adquirido por los herederos sin cargo alguno. Por el contrario, si lego mi casa tal á Alberto con cargo de entregar á Julio cinco mil pesos, la caducidad del legado hecho á Alberto no perjudica al segundo legado, y los herederos que reciben la casa deberán entregar los cinco mil pesos; del mismo modo, si el legado hecho á Julio caducara, los herederos tendrían derecho para reclamar los cinco mil que le correspondían. En el último ejemplo hay dos legados distintos que no pueden alterarse por la revocación del uno en provecho del otro. La voluntad del testador ha sido dividir la cosa legada entre dos personas; si alguna de ellas no pudiera recibirla por su incapacidad ó cualquiera otra causa, la persona ó personas que reciban el legado caducado cumplirán el cargo impuesto. Es diferente en el caso del legado de usufructo que caducare, porque entonces caería bajo la disposición de la última parte del artículo, en que aprovecha á los que debe perjudicar la ejecución; el nudo propietario nada debe, la consolidación se opera en su provecho, como se habría realizado en el caso del ejemplo de Pothier, de enseñar las matemáticas, si el hijo del testador hubiera fallecido.

El Dr. Llerena combate esta teoría sin fijarse en las distinciones fundamentales que acabamos de hacer, y se apoya en los arts. 1829, 1851, 3774 y 3821, y su nota tomada de Troplong, que transcribe como decisiva en esta cuestión. Basta examinar cada uno de estos artículos para convencerse que en el fondo está conforme con la teoría que sostengo. En efecto, cuando el testador ha dejado dos legados unidos y dependientes uno de otro, la desaparición del uno no puede influir en la cesación del otro, á menos de pérdida de la cosa, y los herederos adquieren uno de los legados, pero deben entregar el otro; en ese caso se dice impropriamente que el heredero cumple los cargos, pues lo que hace es adquirir libremente el legado caducado y pagar el otro legado. Así, en el ejemplo propuesto del legado de una casa con la obligación de entregar

biendo sustitución, á los que estaban obligados al pago del legado, ó á aquellos á los cuales hubiese de perjudicar su ejecución, de modo

cinco mil pesos á Julio, el heredero adquiere la casa por la renuncia del legatario Alberto ó por la caducidad del legado; pero debe entregar la suma indicada á Julio que es el otro legatario. La cuestión, pues, se reduce á una de palabras en este caso; pero no así, cuando el segundo legado fuera una carga personal del legatario que no puede pasar á los herederos, entonces éstos adquieren libremente el legado. Se cumple la disposición del art. 1829, autorizando al segundo legatario para reclamar del heredero ó herederos la entrega del legado. El art. 3821, y su nota confirman esta teoría en vez de contradecirla, porque los colegatarios con derecho de acrecer reciben el legado con una obligación, no como herederos del colegatario renunciante ó indigno, sino como si la cosa hubiera pasado con la carga que la gravaba. Si sólo existía una obligación personal que el legatario debía cumplir, los colegatarios con derecho de acrecer habrían adquirido la cosa sin carga alguna.

Troplong, III, 2181, de donde ha sido tomado nuestro artículo, enseña esta misma doctrina, cuando dice: «observaremos sin embargo, que cuando la carga era personal, la disposición de la ley única del Código *De caducis tollendis*, debe servir de regla; porque es la expresión de una verdad de buen sentido. Así, la obligación de casarse ó de entrar en el estado eclesiástico no pasaría al colegatario que reemplaza al legatario fallecido».

Resulta, pues, que según la teoría sostenida en esta nota, de los dos legados hechos por el testador, el que importe un cargo para el legatario primero, si viene á caducar, pasa al heredero ó herederos, quienes deben entregar el segundo legado, no en su calidad de legatarios sino como herederos del testador, salvando, se entiende, las legítimas, de los herederos forzosos.

En cuanto á la última parte del artículo, de que la caducidad del legado aprovecha á los que hubiesen de recibir algún perjuicio por su ejecución, la nota del Dr. Volez-Sarsfield, trae un ejemplo típico de ese beneficio que recibiría el nudo propietario por la caducidad del legado de usufructo.

La caducidad del legado puede resultar de una causa cualquiera, como la incapacidad para recibir del legatario principal, la indignidad en que hubiera incurrido ó la renuncia, etc., en todos los casos, y siempre que no haya sustitución, aprovechará á los que estaban obligados al pago del legado.—Comp. COIN DELISLE, arts. 1046 y 1047. LAURENT, XIII, 558. —Véanse arts. 3343, 3371, 3795 á 3798.

que si el testador ha legado una casa á A, con la carga de entregar diez mil pesos á E, si éste renunciase al legado, aprovecharía al primer legatario sin que los herederos tuvieran parte alguna.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3809. — Duranton, tom. 9, n.º 4.º 5. — Toullier, tom. 5, n.º 677 y siguientes. — Aubry y Rau, § 724, n.º 2. Así, el legatario de la nuda propiedad se aprovecha de la caducidad del legado de usufructo de los objetos comprendidos en la disposición hecha á su favor.

TITULO XVIII

DEL DERECHO DE ACRECER

§ 1036. — CASOS EN QUE TIENE LUGAR EL DERECHO DE ACRECER

Se entiende por derecho de acrecer la facultad conferida por el testador al heredero ó legatario para que tome la parte de su colheredero ó colegatario que por cualquier causa no la recibiera. Es una especie de substitución. El Código la define así: *el derecho de acrecer es el derecho que pertenece en virtud de la voluntad presunta del difunto á un legatario ó heredero, de aprovechar la parte de su co-legatario ó co-heredero, cuando éste no la recoja (art. 3811)*; pero no perderá ese carácter, cuando el testador lo

(Art. 3811.) Para que el derecho de acrecer tenga lugar, es necesario que ocurran las circunstancias siguientes: 1^a, que uno de los colegatarios no recoja la parte legada; 2^a, que el testador haya manifestado implícitamente la voluntad de que la parte del legatario que no pueda ó no quiera recogerla haya de acrecer á su colegatario; 3^a, que los dos ó más legados tengan el mismo objeto; 4^a, que los dos ó tres legatarios sean colegatarios en las mismas cosas.

En cuanto á la primera condición, por cualquiera causa que el legado no fuera recogido, sea por muerte, renuncia, indignidad, revocación, etc., tendrá lugar el derecho de acrecer, sin hacer distinción alguna, á menos que este derecho concedido por el testador se haya limitado expresamente á alguno de estos modos; por ejemplo, si el testador dijera: «lego mi casa tal á Julio y Alberto, y les concedo el derecho de acrecer para el caso en que cualquiera de ellos falleciera; pero si renunciare ó no pudiera recogerlo por indignidad ó incapacidad, su parte pasará á mis herederos»; en ese caso estando limitado el derecho de acrecer á un sólo modo, no tendrá lugar en los demás. Se debe cumplir la voluntad

manifestare expresamente, en que no habría necesidad de ocurrir á la presunción.

del testador que es la base y fundamento del derecho de acrecer. Lo que hay de singular en el derecho de acrecer es que puede tener lugar aún por fallecimiento de uno de los legatarios, antes ó después del testador.

Estudiamos el caso del derecho de acrecer entre los legatarios, porque entonces predomina la voluntad del testador, mientras en la herencia el acrecimiento viene en virtud de la ley que no puede contrariar el testador, pues si uno de los herederos muere, renuncia ó no puede recibir su parte por indignidad ó desheredación, los demás adquieren el todo de la herencia, cuando no son herederos forzosos, pues en este caso sus descendientes concurren representándolos.

En cuanto á la segunda condición, diremos: que el derecho de acrecer tiene por fundamento la voluntad del testador que lo crea, y es necesario que esa voluntad se manifieste implícitamente, como si varios legatarios han sido llamados conjuntamente para recibir la misma cosa, hipótesis que examinaremos en el artículo siguiente. Mancia dice con razón: *Scribit Decius jus accrescendi introductum fuisse ex conjecturata mente testatoris*; porque habiendo llamado el testador á varias personas para recibir la misma liberalidad, se reputa que ha preferido al legatario particular para que recoja la cosa legada, antes que el heredero.

La tercera condición es que los dos ó más legados tengan el mismo objeto; es decir, que los legatarios posean un derecho análogo en las cosas legadas. Esta regla no importa establecer que el legado debe ser de una sola cosa, porque pueden ser varias y diversas, sin que perjudique el derecho de acrecer; basta que las mismas se hayan dejado á diversas personas; por ejemplo, lego la casa tal, el terreno de tal parte y los muebles de mi casa de la calle tal á Alberto, Julio y Emilio; cualquiera de ellos que no pudiera ó no quisiera recibir el legado, los restantes lo recibirán en su totalidad.

Finalmente, los legatarios para tener el derecho de acrecer es necesario que sean colegatarios en las cosas legadas, porque si no lo fueren no existiría correlación entre ellos, y el acrecimiento no podría tener lugar; así, por ejemplo, lego á Alberto mi casa, y á Julio mi estancia, cualquiera de ellos que no pudiera ó no quisiera recibir el legado no tendría derecho sobre la cosa dejada al renunciante, porque no es colegatario en la misma cosa. Pero esta regla no es absoluta, puede ser modificada por la voluntad expresa del testador, que aun en este caso puede sustituir al legatario; como si dijera: lego mi casa tal á A, y mi estan-

El derecho de acrecer creado por la ley para interpretar la voluntad presunta del testador, cuando no la hubiere manifestado

cia á B, y si alguno de ellos no pudiera ó no quisiera recoger el legado acrecería al otro; su voluntad entonces deberá cumplirse; pero no existiría el derecho de acrecer, sino una sustitución vulgar permitida por el art. 3724. En efecto, ¿qué acrecimiento puede haber en recibir un nuevo legado? El acrecimiento tiene lugar, según la definición del artículo, cuando por la voluntad presunta del testador, el legatario tiene derecho para aprovecharse de la parte que su colegatario no recoge, y como en la hipótesis no son colegatarios, el derecho de acrecer no existe, y recibirá el legado sustituyendo al legatario impedido ó renunciante.

Como se habrá notado, hemos limitado el derecho de acrecer á los legados, separando la herencia; porque en ella no hay acrecimiento, pues el heredero renunciante ó indigno se considera como si jamás hubiera existido, según la enérgica expresión del art. 3353. Si de dos herederos que concurren á la sucesión uno de ellos la renuncia, y por ese solo acto se considera como si jamás hubiera existido; si sólo ha quedado un heredero que recoge toda la herencia, ¿qué acrecimiento existiría? Esto no se puede decir del legatario renunciante ó impedido, porque si bien deja de ser legatario, su colegatario no está llamado á recoger necesariamente la parte del renunciante, y si lo hace es por la voluntad presunta del testador.

En el derecho romano se explicaba la necesidad del acrecimiento de la parte del heredero renunciante ó impedido, porque nadie podía morir en parte testado y en parte intestado. Así, dice Troplong, III, 2161: «los testimonios más autorizados prueban, que el derecho de acrecer existía antes de la ley Papia». Esta ley, en efecto, se limita á modificarlo, atribuyendo, en ciertos casos, al Fisco lo que en el antiguo derecho debía acrecer á los conjuntos. Según Heinccio, es necesario atribuir el origen á la ley de las Doce Tablas, que trae este texto: *ast si intestatus moriatur, cui sus heres nec esset, agnatus proximus familiam habeto*. Los prudentes concluyeron de ahí, por un argumento *á contrario*, que si alguno moría bajo testamento, no se podía admitir á su sucesión á los herederos legítimos y establecieron esta regla del derecho antiguo: que no era permitido morir parte testado y parte intestado. Así, pues, el derecho de acrecer debía derivar necesariamente de este principio, pues la consecuencia era que la porción vacante en una herencia testamentaria no podía aprovechar sino al coheredero instituido por testamento; pero estos principios no rigen en nuestro derecho, que ha traducido las necesidades sociales simplificándolas, para responder á las exigencias

expresamente, es un privilegio concedido por el legislador que no puede tener lugar sino en la institución de los legados; por

de la vida moderna. Las ideas de deshonor, que imperaban en la sociedad romana, respecto al que no tenía heredero, han desaparecido en nuestros tiempos.

No creo, como el Dr. Llerena, que «nuestro Código parece haber limitado intencionalmente su definición á los legatarios y á los herederos testamentarios, comprendiéndose á los *ab intestato* sólo en aquellos casos en que, tratándose de herederos legítimos (forzosos), ha dejado la porción disponible á otros»; porque el acrecimiento tiene lugar en todos los casos, respecto de los herederos, sean testamentarios, forzosos, ó únicamente en grado sucesible, cuando no existen los primeros. Y aunque hemos sostenido que no hay acrecimiento verdadero tratándose de los herederos, existe en el sentido del artículo en todos los casos. En efecto, supongamos el caso de herederos forzosos en que uno ó varios de ellos, no quieran ó no puedan recibir la herencia, sin que tengan á su vez descendientes que puedan recogerla en su lugar, es claro que los demás coherederos aceptantes recibirán todos los bienes: el Código dice, por derecho de acrecer, sea; nosotros decimos, porque el renunciante se considera como si no hubiera existido. Vamos más allá; supongamos que hay hermanos del testador, y que el instituido heredero en el testamento ha sido declarado incapaz ó indigno, sucediendo los herederos *ab intestato*; en ese caso, si alguno de estos herederos es declarado indigno ó no quiere recibir la herencia, su parte acrece á los demás según el artículo, aunque según mi opinión la reciben porque ellos son los únicos herederos; pero en fin, la reciben. Así pues, sean herederos testamentarios, forzosos ó simplemente en grado sucesible, sea que el testador haya dispuesto de su porción disponible en favor de terceros, el derecho de acrecer siempre existe en favor de los herederos entre sí por sus porciones hereditarias. Ahora, si nos referimos á la porción disponible, en los casos de existir herederos forzosos, si el testador la hubiera dejado á varios conjuntamente, la renuncia de cualquiera de los legatarios haría que la parte renunciada acreciera á los otros; si por el contrario, no hubiera acrecimiento, ese legado vendría á formar parte de la sucesión y se dividiría entre los herederos; lo mismo sucedería si fuera legatario de parte alicuota á quien se le dejare la cuarta ó la quinta parte de la universalidad de los bienes, legando al otro lo restante, si el legatario no pudiera tomarla, esa parte acrecería al heredero nombrado.—Comp. AUBRY y RAU, § 726. Cód. DE CHILE, art. 1117. TROPLONG, III, 1161 y sig.—Véanse arts. 3316 y 3810.

eso ha dicho de un modo que no deja la menor duda en el **art. 3810**: *el derecho de acrecer no tiene lugar sino en las dispo-*

(**Art. 3810**.) ¿Por qué en los contratos entre vivos no tiene lugar el derecho de acrecer? Porque según la definición del art. 3811, el derecho de acrecer es el que corresponde á un legatario para aprovecharse de la parte de su colegatario, cuando éste no la recoge por renuncia ó caducidad del legado. En los contratos entre vivos no puede jamás ocurrir un caso en que el acrecimiento pueda aplicarse, porque como dice Troplong, en la nota que el Dr. Velez-Sarsfield ha puesto al pie del artículo, el contrato ha sido ó no aceptado; en caso de aceptación el acrecimiento no tiene lugar, porque la cosa pasa á los herederos del aceptante; si no hubo aceptación, no hay entonces contrato con relación al que no lo aceptó, el acto es nulo para él y no puede producir efecto, y un acto que no ha existido legalmente, no puede servir de base al derecho de acrecer. Sin embargo, haremos notar que en el art. 1798, al hablar de las donaciones, se permite el derecho de acrecer cuando las donaciones son conjuntas, si el testador hubiera concedido expresamente ese derecho, lo que viene, al parecer, á romper la regla inflexible contenida en el presente artículo; pero no es así, pues en realidad no hay acrecimiento, en la verdadera acepción de la palabra, sino un contrato preexistente que se cumple en todas sus partes, en virtud de la aceptación de los contratantes, mientras en los legados se ejecuta la voluntad del testador sin que haya intervenido el previo consentimiento del legatario.

En la nota del Dr. Velez-Sarsfield, que como hemos dicho es tomada de Troplong, III, 2160 y 2156, dice esto autor: «en tesis general, si no hay legatario universal, la caducidad del legado aprovecha á los herederos *ab intestato*. Si hay legatario universal es él quien recibe el beneficio de la caducidad; porque es colocado por la voluntad del testador en el lugar de aquellos que por voluntad de la ley son llamados á recoger los bienes *disponibles*. Y él recoge la ventaja de la caducidad, aún cuando hubiera herederos de reserva: estos últimos, en efecto, no tienen derecho sino sobre la porción *indisponible*, y todo lo que es extraño á esta porción acrece á aquellos á quienes, el testador ha investido de la universalidad de sus derechos». Para darnos bien cuenta de este pasaje es

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3811.—La primera condición para que la cuestión de acrecimiento tenga lugar, es que los dos legados tengan el mismo objeto; que los legatarios y herederos sean colegatarios ó coherederos, porque es imposible suponer ninguna relación entre dos legatarios de cosas diferentes.

siciones testamentarias, y en ninguna otra institución se puede alegar; debe provenir, pues, de un testamento.

necesario tener presente las diferencias de nuestra legislación con la francesa, que reconoce legatarios universales, legatarios á título universal, legatarios particulares, y herederos de reserva. Los legatarios universales en esa legislación equivalen generalmente á nuestros herederos, con esta diferencia, que pueden coexistir con los herederos de reserva, que son nuestros herederos forzosos; mientras por nuestra legislación no puede suceder semejante cosa. Los legatarios á título universal en la legislación francesa, son los llamados en la nuestra de parte alicuota, ó legatarios de la universalidad de los bienes con asignación de partes, art. 3719. Los herederos de reserva de la francesa son los que denominamos *forzosos*. Dadas estas explicaciones se comprende que cuando el autor dice, que en tesis general, los que aprovechan de la caducidad del legado son los herederos *ab intestato*, cuando no hay legatario universal, se pone en el caso en que no haya herederos forzosos, ni testamentarios, única hipótesis en que entran los *ab intestato*; pero en nuestro derecho no puede haber heredero testamentario que concorra á recibir la herencia con los forzosos; y de ahí esta diferencia fundamental; que cuando éstos existen es á ellos á quienes aprovecharía la caducidad del legado; pero si se hubiera legado á una persona la porción disponible, ó lo que quedare de esta porción, á este legatario aprovechará la caducidad del legado; porque es el dueño de ella, y los herederos forzosos no podrán tomar ese legado; este es el caso supuesto por Troplong, pues los herederos forzosos sólo tienen derecho sobre la porción *indisponible*, que viene á ser la legítima forzosa; por eso está mal traducida la parte de la nota que dice: «si hay herederos legítimos (forzosos), y la parte disponible del testador es dada á alguno, el legado que caduque no aprovechará á los herederos legítimos, que sólo tienen derecho á la *porción disponible*». ¿Y cómo tendrían derecho á la porción disponible cuando ha sido legada á un tercero? Es claro que se trata de la porción *indisponible*, como lo dice Troplong. Todo lo que venga á aumentar la porción disponible legada, corresponde al legatario dueño de ella; pero si este legado caducare á su vez por indignidad ó por renuncia, esa porción vendría á ser de los herederos forzosos, y no de los *ab intestato* que no tienen parte alguna.

Cuando no hubiere herederos forzosos ni testamentarios, recién vendrían á ser beneficiados los herederos *ab intestato* por la caducidad del legado, y sería el caso de la tesis propuesta por Troplong.

No es exacto como lo sostienen algunos, que el dejar la porción dis-

Dejemos á un lado las manifestaciones expresas del testador, que mientras no sean hechas contra las leyes de orden público, deben ser obedecidas, porque el testador es un verdadero legislador en los testamentos. Hablemos de la voluntad presunta. ¿Cuándo

ponible á una ó más personas, importe una institución de heredero, ó un legado universal; pues, por nuestro derecho, art. 3719, aunque se legue la universalidad de los bienes señalando al legatario una porción determinada de ellos, ese legado se llama de parte alícuota, y si hay lugar á acrecer serán herederos en vez de legatarios. Por nuestro derecho no pueden existir al mismo tiempo herederos forzosos y testamentarios.

Es igualmente inexacto, que los colegatarios de parte alícuota tengan el derecho de acrecer por ser tales; porque si suponemos que á dos de ellos se les ha dejado la cuarta parte de la herencia deduciendo los legados, y á un tercero se legó lo restante, éste se considera heredero, y recibirá los legados que hubieren caducado, sin que los demás tengan parte alguna. La proposición sería cierta, únicamente cuando todos fueran legatarios de parte alícuota con derecho de acrecer, porque entonces los legados caducos acrecerían á la herencia que ellos deben dividir en la proporción determinada en el testamento. — Comp. RICARD, part. 2, n° 501. MERLIN, Rep. 1.º *Legatario*. — Véanse arts. 1798, 3811 y 3819

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3810.— En los contratos y en las donaciones entre vivos, el derecho de acrecer no tiene lugar. Si ellos no han sido aceptados, no hay contrato ni donación; la disposición queda sin efecto, y por lo tanto no puede servir de base al derecho de acrecer. Si la donación ha sido aceptada, tampoco puede haber derecho de acrecer, porque la cosa pasa á los herederos del aceptante. Sin embargo, si resultase formalmente de los términos de la donación, que ella es hecha *in solidum* á cada uno de los donatarios, la no aceptación del uno no podría dañar al otro, pues que el aceptante habría aceptado por el todo, no por el derecho de acrecer, sino por lo que se llama *jus non decrevendi*.

Cuando no hay institución de heredero, la caducidad de los legados aprovecha á los herederos *ab intestato*. Si hay herederos legítimos, y la parte disponible por el testador es dada á alguno, el legado que caduque no aprovechará á los herederos legítimos, que sólo tienen derecho á la porción disponible del testador; y todo lo que está fuera de esta porción acrece para aquellos á quienes ha dejado el remanente de sus bienes.

Pero otra cosa sucederá cuando el testador ordena explícita ó implícitamente, que la caducidad de un legado se convierta, no en provecho de los herederos legítimos ó de aquel á quien ha dejado el remanente de sus bienes, sino en provecho de los colegatarios particulares, ó de los coherederos conjuntos. Este derecho excepcional fundado sobre la voluntad del difunto, es lo que se llama en jurisprudencia *derecho de acrecer*.

se presume el derecho de acrecer? El **art. 3812** nos dice: *habrá acrecimiento en las herencias y legados, cuando diferentes herede-*

(**Art. 3812.**) El artículo que estudiamos, como los siguientes, tienen por objeto interpretar la voluntad del testador para decidir si ha tenido la intención de conceder al colegatario el derecho de acrecer; por consiguiente, se separan las hipótesis en que esa voluntad se ha manifestado expresamente. Así, por ejemplo, en los legados conjuntos, se suponen hechos en el mismo acto, porque no habría conjunción cuando en testamentos diversos se hubiera legado la misma cosa á varios, pues la disposición posterior derogaría la anterior, y sin embargo, la conjunción existiría si el testador hubiera expresado que ambos legatarios recibirían la misma cosa.

Como puede verse en la nota del Dr. Velez-Sarsfield, tomada de Marcadé y de Troplong, se confirma la tesis que hemos sostenido, de que no existe el derecho de acrecer entre los herederos, porque el acrecimiento obedece á otros principios que no tienen su aplicación en la herencia, donde el derecho á la universalidad de los bienes es la base del derecho hereditario. Así, pues, cuando hablamos de la conjunción necesaria para que los llamados á recibir el legado tengan el derecho de acrecer, no comprendemos á los herederos, pues en todos los casos recibirán la herencia, sin necesidad de que se exprese en el testamento que gozan del derecho de acrecer, ni estén unidos por conjunción alguna.

Debemos recordar que, uno de los juriconsultos antiguos de más reputación, Furgole, sostenía que en esta materia pululan las dificultades arduas y sutiles; pero entre los modernos, Domolombe, sostiene que no ve tales dificultades, presentando la tesis con estas palabras que parecen demuestran su sencillez: «¿De qué se trata?, dice. Únicamente de una cuestión de interpretación. Un testador ha legado la misma cosa á varios legatarios, y uno de ellos no concurre á recibirla, ¿qué se hará con su parte? ¿Aprovechará, según la regla general, al que estaba encargado de pagar el legado? O al contrario, ¿deberá agregarse ó *acrecer* á la parte de los otros legatarios? Tal es nuestra tesis, y si sólo consultamos los principios, no hay, evidentemente, para resolverla, otro procedimiento á seguir, que el interrogar la voluntad del testador». Esto es lo que hace nuestro Código en los artículos que estudiamos.

El Dr. Velez-Sarsfield, en la nota, nos dice que en esta parte, sigue al derecho romano, explicando la conjunción *re tantum* ó *real* que se hace por dos frases separadas ó dos disposiciones distintas legando á varios la misma cosa en un mismo acto, por ejemplo: «lego á Julio mi casa tal. Lego á Alberto la misma casa». La conjunción se opera

ros ó legatarios sean llamados conjuntamente á una misma cosa en el todo de ella; porque se presume con razón que habiéndole de-

en la cosa misma legada á los dos, no en las palabras. Pero cuando se dice: «lego mi casa á A, y B, la conjunción se opera en la cosa y en las palabras, *re et verbis*; mientras que cuando digo: lego mi casa á A, y B, por iguales partes», la conjunción se encuentra sólo en las palabras y no en la cosa, *verbis tantum*, en este caso no existe el derecho de acrecer; á menos de una voluntad expresa del testador.

Reducido en síntesis el derecho de acrecer, viene á ser la facultad concedida al legatario ó legatarios á quienes se ha dejado una ó varias cosas en común por una misma disposición, para recoger la parte que su colegatario no ha podido ó se ha negado á tomar, á diferencia de los herederos que la reciben, porque son los únicos sucesores, ó no la toman cuando son herederos forzosos y tienen descendientes que entran en representación.

El derecho de acrecer procede como la sustitución vulgar autorizada por el art. 3724, con esta diferencia esencial; que en los legados es la voluntad presunta la que se busca, tratando de encontrarla en las palabras de que se hubiera servido el testador, mientras en la sustitución es necesario encontrarla en la voluntad expresa.

Para que haya acrecimiento, no sólo es necesario que la misma cosa se haya dejado á dos ó más personas en el mismo testamento, sino que el testador no les haya designado partes, porque en este caso se presume, con razón, que la voluntad ha sido de que cada legatario sólo tome la parte asignada, y por esta razón es que se ha reputado como á legatario de parte alicuota al heredero de la universalidad de los bienes con asignación de partes.

Es necesario tener presente que la disposición del artículo se refiere á un solo y mismo acto del testador; porque si fuera hecha en diversos testamentos, el último derogaría al primero; así, pues, cuando en un testamento se ha dicho: lego la casa tal á Juan, y se ha agregado en seguida: lego la misma casa á Pedro: en vez de derogar esta disposición á la otra, el legislador supone, con razón, que ambos son legatarios de la misma cosa; pero esa presunción desaparece cuando se trata de un instrumento diverso, otorgado posteriormente, en que se debe suponer que el testador ha cambiado de voluntad; por eso no creo pueda prevalecer la opinión del Dr. Llerena, al sostener, que «la conjunción puede ser puramente real ó *re tantum*, como decía el derecho romano, como cuando por diversas cláusulas ó *diversos actos* se lega el todo de la misma cosa á diversas personas»; porque el legislador interpreta la voluntad mani-

jado á todos ellos la misma cosa, ha tenido la intención de separarla de su patrimonio para que la tome cualquiera de los nom-

festada en un testamento, y no compara los diversos testamentos, en que generalmente el último revoca á los anteriores, según el art. 3828. Es cierto que el art. 3816, se vale de la misma expresión «de disposiciones separadas ó por actos diversos»; pero deben limitarse á lo ordenado en los arts. 3828, 3829 y 3831, que modifican las disposiciones anteriores, dejándolas sin efecto, cuando nada se hubiera expresado.

El derecho de acrecer puede tener lugar no sólo con relación á una cosa legada á varios, sino cuando el legado conste de muchas cosas, siempre que todas sean legadas á diversas personas en el mismo testamento. Puede ocurrir que el testador dijera: «lego á Pedro mi casa tal, mi estancia cual y el terreno que tengo en tal parte, y lego á Juan la misma casa y el mismo terreno»; en ese caso sólo habría legado conjunto con relación á la casa y al terreno, y el derecho de acrecer existiría respecto de esos objetos, de modo que si el legatario Pedro, no quisiera ó no pudiera recoger esos legados, los herederos recogerían la estancia que no ha sido legada conjuntamente, y Juan sólo tomaría la casa y el terreno.

La verdadera doctrina en esta materia es que no hay en realidad acrecimiento, porque la cosa ha sido legada en su integridad á dos ó más personas, y cuando las otras faltan ó no quieren recibirla, el derecho del legatario no ha acrecido verdaderamente, desde que la cosa fué legada á cada uno en su totalidad, lo que sucede es que su derecho no decrece. Esta tesis tiene su demostración gráfica en el legado *re tantum*, cuando el testador dice: «lego á Pedro la casa tal, y agrega en seguida: lego á Juan la misma casa legada á Pedro», porque á cada uno se ha legado separadamente la misma casa, así dice Demolombe, XXII, 364, letra C: «más aún! la *disjunctión*, que como acabamos de ver era desconocida, Justiniano la levantó de su desgracia! y comparando las *conjuncti re et verbis* á las *conjuncti re tantum*, que son como se sabe los *disjuncti*, reconoce que los legatarios *disjuncti verbis*, pero *conjuncti re*, son llamados cada uno á la cosa por un título mucho más fuerte que los legatarios conjuntos *re et verbis*; porque es realmente toda la cosa que ha sido legada á cada una, *separatim*: de suerte que si uno falla, la parte del otro no acrece, solamente no es dismínuida, él la conserva como dicen los intérpretes, *no jure adcrescendi*, sino *jure non decrescendi*. De tal doctrina deducían esta diferencia, que nuestro Código ha rechazado en el art. 3821, á saber: que en los legados conjuntos, *re et verbis*, el acrecimiento era voluntario y se operaba cumpliendo las cargas impuestas al legatario cuya parte ha caducado;

brados á falta de los demás, que no pudieran ó no quisieran recogerla.

mientras en los legados *disjuncti verbis* pero *conjuncti re* era forzada la aceptación sin cargas. Nuestro Código ordena que si el legatario conjunto quiere tomar la parte de su colegatario debe cumplir las cargas que le fueron impuestas, y que en todos los casos el acrecimiento es voluntario. ¿No habría sido más conforme seguir la doctrina del derecho romano que interpreta mejor la voluntad del testador? ¿No hay, en efecto, la voluntad de legar separadamente á cada uno la misma cosa cuando se dice: lego á A mi casa tal; lego á B la misma casa legada á A? Y esta voluntad resulta más clara cuando el legado se hubiera hecho con cargas para el uno y libremente para el otro, como si hubiera dicho: «lego á A, mi casa de la calle de Ayacucho, núm. tal, con la carga de levantarme un monumento en el cementerio del Norte; y hubiera agregado: lego la misma casa á B». ¿Por qué imponer á B, que viene á recoger el legado por su propio derecho, la obligación de A? Se responde con Troplong: «si el testador ha impuesto una carga, ha puesto una obligación al lado del beneficio. Si, pues, el beneficio subsiste, la carga debe también subsistir; no hay sutileza de derecho que pueda prevalecer contra esta verdad»; pero se olvida que tratamos de interpretar la voluntad del testador, y que ésto ha querido imponer á uno sólo la carga: que el legado ha sido conjunto sólo en la cosa; que á cada uno se le ha dejado separadamente, según la teoría consagrada, del *jus non decrescendi*, y que no es por sutileza alguna que debía libertársele de la carga impuesta personalmente al legatario. En conclusión debemos decir, si la carga impuesta á uno de los legatarios era puramente personal, no pasará al otro colegatario, que tomará la cosa libre de cargas. — Comp. DOMAT, *Leyes Cíviles*, Lib. III, Tit. I, Sec. IX, n° 5. RICARD, Parte III, Cap. IV, Sec. II y III. POTHIER, *Donac. y testam.*, Cap. VI, Sec. V, § 4. TROPLONG, III, 2186. — Véanse arts. 3813 á 3818.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3812. — L. 33, Tit. 9, Part. 6ª, y véase glosa 6 de Gregorio López. — Marcadé, sobre el art. 1044, n° 191. El acrecimiento no es otra cosa en realidad sino un no decrecimiento, no para que el heredero ó legatario tenga más de lo que les ha sido dado, sino sólo para que no tengan menos. Esta sola idea es suficiente para resolver todas las cuestiones á que pueda dar lugar esta materia.

Desde que el derecho de acrecer se deriva de una conjunción establecida por el testador, la Ley Romana había creado entre dos legatarios tres maneras de conjunciones: *re tantum*, *re et verbis* y *verbis tantum*. L. 142, Tit. 16, lib. 50, Dig., *De verb. signif.* La conjunción *re tantum* tenía lugar cuando dos individuos eran llamados al mismo legado por dos disposiciones separadas. *Titio*

Pero, ¿en qué casos se reputarán los legatarios conjuntos? Tenemos el **art. 3813** que nos dice: *la disposición testamentaria es*

(**Art. 3813.**) En el artículo anterior hemos hablado del legado que en el derecho romano se llamaba *re et verbis*; el presente comprende el legado *re tantum*, que se opera por la identidad de la cosa legada, sin tener en cuenta la naturaleza de ella, sea divisible ó indivisible, corporal ó incorporeal, porque de la identidad resulta que cada uno de los legatarios es dueño del total, de ahí se deduce la vocación solidaria. Así, cuando el testador ha dicho en su testamento: «lego á Pedro mi casa de la calle tal», y agrega en seguida: «lego á Juan la casa que también he legado á Pedro», este segundo legado en vez de destruir al primero, une por el contrario á ambos legatarios y los hace dueños por entero de la misma cosa; no hay conjunción en el legado, y no se necesita porque ambos legatarios son dueños de la misma cosa, de modo que si uno de ellos no la recoge, el otro la tomará en el todo.

Pero en el antiguo derecho no se admitía esta solidaridad en la vocación hereditaria, cuando se trataba del legado de cantidad, y creo que por nuestro derecho tampoco se debe admitir, á menos de que la misma cantidad legada estuviera individualizada de modo que no pudiera con-

fundum Tusculanum do lego. Merio eundem fundum Tusculanum do lego. Se ve por esta fórmula, que aún cuando los colegatarios eran llamados por frases diferentes, estaban unidos por el vínculo que produce la identidad de la cosa legada.

La conjunción *re et verbis* sucedía cuando por la misma disposición dos personas eran llamadas á la misma cosa. *Titio et Merio fundum Cornelianum do lego.*

La conjunción *verbis tantum* se hacía cuando el testador llamaba muchas personas á la misma cosa, señalando á cada una la parte que debía tener: *Titio et Merio fundum Tusculanum do lego aequis partibus.*

Nosotros seguimos en un todo el Derecho Romano. El Cód. Francés modificó notablemente las maneras de causar la conjunción por el Derecho Romano, y lo haremos notar en los artículos siguientes.

Hay una gran diferencia entre el acrecimiento que tiene lugar en la institución de herederos, y el que sucede en los legados particulares. En estos últimos el acrecimiento está subordinado á las condiciones rigurosas de conjunción puestas por la ley: pero entre los herederos universales estas condiciones especiales no son necesarias. El carácter universal de la disposición testamentaria las reemplaza por su latitud. El acrecimiento se causa, no precisamente por las palabras que forman la conjunción, sino en virtud de la universalidad del título que absorbe todo, por lo mismo que es universal. Así, pues, cuando se trate de la institución de heredero hecha á muchos, no se debe decidir la cuestión de acrecimiento entre ellos por las condiciones estrictas de conjunción que son la regla de los legados particulares.

reputada hecha conjuntamente, cuando el mismo objeto es dado á varias personas, sin asignación de la parte de cada uno de los lega-

fundirso; así, por ejemplo, si lego á Pedro diez mil posos que tengo depositados en el Banco de la Nación Argentina, y lego por el mismo testamento á Juan los diez mil pesos depositados en dicho banco, el legado sería conjunto y los dos tomarían dicha suma para dividirla, y si uno de ellos no pudiera recibirla, la tomaría el otro en su totalidad. Si por el contrario se dijera, lego diez mil pesos á A, y diez mil pesos á B, habría dos legados completamente diferentes y separados, y cada uno concurriría á recibirlo, aprovechando á los herederos cuando alguno de ellos no lo recogiera por cualquier causa. Pero el artículo hace una excepción nacida igualmente del derecho romano: aún cuando se hubiera legado la misma cosa á varios, si cada uno de ellos tuviera una parte señalada; es lo que se llamaba legado conjunto *verbis tantum*, encontrándose la conjunción sólo en las palabras, como si el testador dijera: «lego mi casa tal á A, y B, por mitad», porque entonces cada legatario es dueño de la mitad de la casa. Pero se ha discutido extensamente entre los juriscónsultos esta proposición: la asignación de partes, cualquiera que ella sea, ¿impide el acrecimiento? Por ejemplo, el testador ha dicho: «lego mi casa tal á A, y B, para que la gocen y dispongan de ella por iguales partes, ó para que la dividan por iguales partes.» ¿Esta forma excluye el derecho de acrecer? Tres opiniones se han sostenido. La primera acepta la afirmativa, porque la asignación de partes excluye el acrecimiento en todos los casos, sin que haya lugar á distinguir, y además porque la asignación de partes no tendría sentido, si se la refiriese únicamente á la ejecución del legado, desde que es de sentido común, que dos legatarios llamados conjuntamente á recibir una cosa deben tomarla por iguales partes. Esta opinión es sostenida por Colmet de Santerre, IV, 199 *bis*, VI. Delvincourt, II, pág. 93, nota 10, y varias decisiones de Cortes francesas.

La segunda distingue: si la asignación de partes se encuentra en el título mismo de los legatarios, donde se ha restringido á cada uno su porción determinada, el derecho de acrecimiento no tiene lugar; si por el contrario, sólo tiene por objeto la ejecución del legado para el caso de concurso de los legatarios; es decir, si es una cláusula accesoría ó condicional, entonces la designación de partes no impide el acrecimiento. Y se fundan en que es una cuestión de interpretación para llegar á descubrir la voluntad del testador. Esta opinión es sostenida por las más grandes autoridades, como Merlin, Toullier, Duranton, Grenier, Troplong, Aubry y Rau, y la mayor parte de las Cortes francesas.

tarios ó herederos en el objeto de la institución ó legado; porque si hubiera determinado partes, cada uno recibiría la asignada, sin

En fin, una tercera opinión sostiene, que si la asignación es pura y simple, el acrecimiento no puede tener lugar; si por el contrario, no lo es estando acompañada de cláusulas y condiciones que se unen á la disposición misma, como se trataría de saber si esas condiciones destruyen el efecto, sería una cuestión de hecho que los jueces decidirían. Esta opinión es sostenida por Coin-Delisle, Mourlon, Saintespès-Lescot, Marcadé y otros.

¿Cuál de estas opiniones ha adoptado nuestro Código? Como lo veremos en el art. 3815, me parece que la segunda. Para convencernos de esto veamos cual es el origen de nuestro artículo. Es indudable que ha sido tomado de Aubry y Rau, § 726, texto á las notas 32 y 33, que dicen: «un legado se reputa hecho conjuntamente, cuando el mismo objeto ha sido legado á varias personas, por una sola y misma disposición, y que el testador no ha asignado la parte de cada uno de los colegatarios en el objeto legado, y agregan: el testador no debe ser considerado como que ha hecho una asignación de partes, de naturaleza á excluir el derecho de acrecer, sino cuando la fijación de partes va sobre la institución misma de los legatarios, cuya vocación se encuentra así restringida á una porción determinada del objeto legado, y explicando esta proposición en la nota, agregan: es lo que tendría lugar, si el testador se hubiera servido de una fórmula análoga á ésta: lego mi casa por mitad á Pedro y á Pablo, ó si dijese: lego por terceras partes á Pedro, Pablo y Juan todos los bienes que dejaro. En semejante caso, la parte de cada uno de los colegatarios en los bienes legados se encontraría fijada *ab initio*, ó independiente de la eventualidad de una partición; su institución no sería de una manera solidaria sobre la integridad de los bienes legados.»

Según estos autores y la doctrina que se desprende de la nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3815, la fórmula que dijese: «lego mi casa á Pedro y Juan, para que ambos la dividan por partes iguales», no impediría el derecho de acrecer, porque es accesorio y de mera ejecución.

En la nota, el Dr. Velez-Sarsfield sostiene la teoría de que el derecho de acrecer puede existir, cuando se ha legado la misma cosa por diversos testamentos á varias personas, separándose de la doctrina francesa que exige sea en la misma disposición. Dice que sigue la teoría del derecho romano, donde se reconocía el derecho de acrecer cuando la cosa se había legado á dos personas en diversas disposiciones testamentarias, sin recordar que el testamento posterior anula el anterior, y que se trata de interpretar la voluntad presunta del testador, sin aplicar el caso á la

tener derecho para recoger la de su colegatario ó coheredero; sin embargo, cuando se hubiere designado partes á los herederos forzosos en la herencia, eso no alteraría la calidad de heredero. El testador puede legar una parte á uno de los legatarios, y á los

voluntad real y expresa que debe ser obedecida en todas las hipótesis. Así, cuando el testador ha legado á Juan su casa de la calle de Ayacucho, y por un testamento posterior lega esa misma casa á Pedro, el único legatario es este último porque el otro ha desaparecido con la revocación del testamento; es cierto que por voluntad expresa puede dejar subsistente ese primer testamento, pero para que exista el primer legado es necesario que lo confirme en la segunda disposición; porque si bien el primer testamento puede ser confirmado por el segundo, sólo lo sería en la parte que no contuviera una disposición contraria. En efecto, si en el primer testamento dijera, nombro por heredero á Pedro y lego mi casa tal á Juan haciendo otras mandas; y por el segundo, dijera: instituyo por heredero á Julio, y lego mi casa tal (la misma legada á Juan) á Alberto, confirmando en todos los demás mi anterior testamento, es claro por demás, que el heredero y legatario nombrado en el segundo excluirían á los designados en el primero, y para que esto no tuviera lugar sería necesario que lo dijera expresamente, en cuyo caso no habría voluntad presunta. El único caso en que lo dispuesto en testamentos diversos pudiera ejecutarse conjuntamente, es cuando el testador confirmase todas las disposiciones hechas en los otros; por eso dice con razón el Dr. Segovia: «si la misma cosa es legada en su totalidad á varias personas, por testamentos diferentes, el legado contenido en el último, no importará revocación de los legados anteriores, en tanto que subsistan sin ser revocados los testamentos precedentes»; porque si nada ha dicho el testador para confirmarlos, sólo existe el último, pues éste revoca el primero.—Comp. arts. 1044 y 1045, Cód. Francés. TROPLONG, III, 2172.—Véanse arts. 3812, 3818, 3828 á 3831.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3813.—L. 33, Tit. 9, Part. 6ª.—Según el Derecho Romano, si la disposición que llama dos personas á una cosa se encontraba en actos diferentes, con tal que no fueran incompatibles, el derecho de acrecer tenía lugar. Pero el Cód. Francés, art. 1045 impone aún otra condición para que la conjunción *re tantum* produzca el derecho de acrecer, y es, que las dos disposiciones separadas estén contenidas en el mismo acto. Nosotros seguimos la Ley Romana, porque la identidad del objeto legado á muchas personas es la única condición *sine qua non* de toda verdadera conjunción, y la base del derecho de acrecer. Troplong, n° 2172, funda en muy débiles razones la modificación que hizo el Cód. Francés á la Ley Romana.

otros lo restante; en ese caso no habría derecho de acrecer respecto de la primera; pero los legatarios de lo restante serán considerados como conjuntos. Es en este sentido que debe entenderse la regla del **art. 3814** que dice: *cuando el testador ha asignado*

(**Art. 3814.**) Este artículo no es una consecuencia de lo dispuesto en el art. 3812, ni menos ha podido suprimirse, como lo sostienen algunos, pues ambas disposiciones son diferentes, y porque aún cuando la asignación de partes no importe una limitación al legado mismo, sino al modo de ejecutarlo, en nada perjudica al derecho de acrecer. Hemos dicho al comentar el artículo anterior, que la conjunción en la cosa es necesario que sea en el todo, *re tantum*; que si se determina una parte á cada legatario, no pudiendo recoger cada uno más de la porción señalada, resulta que la conjunción sólo se encuentra en las palabras *verbis tantum*, y cada legatario no puede recibir la parte que corresponde á su colegatario; pero esto no puede tener lugar cuando son herederos universales en que cada uno es llamado al todo de la sucesión. Cuando á los herederos se les señala una parte determinada de la herencia, no son en realidad herederos, por más que el testador así los llame, son legatarios de parte alícuota y no tienen el derecho de acrecer entre sí; por eso si alguno de los legatarios particulares no recogiera el legado, no aprovecharían de ella los legatarios de parte alícuota, porque cada uno tiene su parte determinada que no se puede aumentar; y pertenecería á los herederos *ab intestato*, si los hubiera, ó en caso de no existir, esa parte la recibiría el Fisco Nacional ó Provincial, según los casos.

Las partes asignadas á cada legatario deben serlo al legado mismo, de modo que no puedan recoger la de los demás: pues en caso contrario, habría el derecho de acrecer por la conjunción *re tantum*.

El Código de Chile, art. 1148, es más claro, al decir: «este acrecimiento no tendrá lugar entre los asignatarios de distintas partes ó cuotas en que el testador haya dividido el objeto asignado: cada parte ó cuota se considerará en tal caso como un objeto separado; y no habrá derecho de acrecer sino entre los coasignatarios de una misma parte ó cuota». Así, pues, cuando una cosa se hubiere dividido entre cuatro legatarios asignando á cada uno una cuarta parte, se reputará que existen cuatro legados, y no habrá derecho de acrecer desde que no hay relación entre ellos; pero si una cuarta parte hubiera sido legada á dos personas, en ese caso habría derecho de acrecer entre esos dos legatarios de la cuarta parte, porque cada uno se puede llamar dueño del todo, y cuando no la recoge uno de ellos, acrecerá su parte al otro.—Véanse arts. 1264, 3812, 3813, 3818 y 3819.

partes en la herencia ó en la cosa legada, el acrecimiento no tiene lugar; salvo naturalmente la voluntad expresa del testador, porque en estos artículos se habla de presunciones por falta de manifestación expresa.

La presunción de que no existe el derecho de acrecer si se han designado partes al heredero ó legatario deja de existir, cuando *la asignación de partes sólo tengan por objeto la ejecución del legado, ó la partición entre los legatarios de la cosa legada en común, pues, no impide el derecho de acrecer (art. 3815)*; porque enton-

(**Art. 3815.**) Se dijo en el art. 3713, que cuando el mismo objeto era dejado á diversas personas en un legado, se operaba la conjunción en la cosa, *re tantum*; pero era necesario que cada legatario no tuviera una parte determinada en ella, y por el presente artículo se viene á explicar el alcance de esa excepción, que ha sido claramente establecida en el artículo anterior.

La cuestión es saber, cuando la asignación de partes tiene únicamente por objeto la ejecución del legado, y cuando es impuesta al mismo legado. El Dr. Velez Sarsfield, ha tenido presente la dificultad señalada en el art. 3813, y pretendiendo resolverla, no lo ha conseguido de un modo claro; pero ha dado los medios de hacerlo, trayendo uno de los ejemplos con que Aubry y Rau, § 726, texto y nota 35, deciden esta cuestión debatida en derecho francés. Así, dicen dichos autores: «la asignación de partes que sólo se aplicaría á la ejecución del legado, ó á la partición á hacerse entre los legatarios del objeto que les ha sido legado en común, no sería un obstáculo al derecho de acrecer. Si, pues, el testador, al legar á diversas personas, por una sola y misma disposición, sea la integridad de uno ó varios objetos particulares, sea la universalidad de sus bienes, indica por una declaración accesorio, la proporción en la cual los colegatarios deben gozar de los bienes comprendidos en la disposición, ó de hacer la partición, esta disposición no impediría que el legado sea hecho conjuntamente». De modo que siempre se debe decidir por los jueces, si la cláusula es accesorio y puesta únicamente con el objeto de indicar la ejecución, ó si fué puesta al legado mismo. Como

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3814. — Esta era la conjunción *verbis tantum* que no daba lugar al derecho de acrecer por las *Leyes Romanas*, ni lo da por los *Códigos modernos*. Por ejemplo, Ticio lega su casa á Primo y á Segundo para que aquél tenga los tres cuartos de ella, y éste un cuarto. Si Segundo pudiese tener más de lo que se le ha asignado, la voluntad del testador sería violada. — Véase Troplong, *Testament*, n.º 2173.

ces la designación sólo ha tenido por objeto facilitar la división, como si hubiere dicho: lego á A, y J, mi casa de la calle tal, para que la dividan por iguales partes.

una regla que puedo conducirnos á la verdad, debemos establecer la siguiente: si la cosa ú objeto ha sido legado en su totalidad á cada uno de los legatarios, la asignación de partes no perjudicará al derecho de acrecer. Así, cuando el testador dice, por ejemplo: «lego mi casa tal á Pedro y Juan, para que la gocen por iguales partes, ó cuando al nombrar herederos á Pedro y Juan, de todos los bienes hubiera agregado para que los dividan por iguales partes», se reputará la división indicada como una cláusula accesoría, que no perjudicaría el derecho de acrecer, porque en uno y otro caso se ha legado á cada uno de los legatarios el todo de las cosas, ó se ha dejado á los herederos la totalidad de la herencia. Y si admitimos que la cláusula adicional divida el legado por iguales partes entre los legatarios, no perjudica el derecho de acrecer, debemos con igual razón conceder, que esto mismo sucederá cuando esas partes fuesen desiguales; así, por ejemplo, si el testador dijere: lego á Pedro y Juan, mi casa de la calle tal, y en caso de concurrir ambos á recibirla, Pedro tomará las dos terceras partes y la otra tercera Juan, esa designación no perjudicará el derecho de acrecer, porque se deduce de la expresión que si existe uno sólo de los legatarios tomará todo el legado, y que sólo para el caso de concurso se les señala la parte que cada uno recogerá.

Según los términos empleados por el testador se interpretará si es una cláusula accesoría, ó si debe tomarse como principal que afecte al legado mismo. La nota con que el Dr. Velez Sarsfield explica el artículo es tomada de Aubry y Rau, quienes agregan: si en fin, existen tales circunstancias que pudieran ser útiles, para evitar cualquier dificultad, en que el testador se explique sobre la manera de dividir el legado y no obstante declare expresamente su intención de hacer concurrir á todos los legatarios por porciones viriles ó iguales, no impedirá el derecho de acrecer.

Demolombe, XXII, 374, explicando este punto, trae el ejemplo siguiente: «lego mi quinta á Pedro y á Pablo, para que la dividan en dos porciones, á saber: dos tercios para Pablo y un tercio para Pedro»; no se podría presentar, agrega, el argumento que consiste en decir que la asignación de partes era inútil expresarla, y que no produce efecto. — Comp. TROPLONG, III, 2174 y 2175. LAURENT, XIV, 308 y sig.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3815. — Troplong. *Testament*, nos 2174 y 2175. — Toullier, tom. 5, n° 69. — Duranton, tom. 9, nos 505 y siguientes. —

§ 1037. — CUANDO SE REPUTA CONJUNTO EL LEGADO

El legado se reputa hecho conjuntamente en todos los casos en que un sólo y mismo objeto, susceptible ó no de ser dividido sin deteriorarse, ha sido dado en el testamento á muchas personas, sea por disposiciones separadas del mismo acto, ó sea por actos diversos (art. 3816). siempre que el testador no haya manifestado

(Art. 3816.) El artículo ha sido redactado impropriamente, porque el codificador al tratar de corregir los defectos que algunos autores franceses han hecho notar en el art. 1045, Cód. Napoleón, ha agregado una expresión que desvirtúa en parte la disposición. Aubry y Rau, cuya doctrina ha seguido nuestro artículo, observan, con razón, que el sistema del derecho romano es más racional y consecuente que el del Cód. Francés, porque la posibilidad ó imposibilidad de dividir las cosas legadas sin deteriorarlas, no puede ser decisiva cuando se trata de saber si el testador que ha legado á varias personas la totalidad de un objeto, ha tenido la intención de que aproveche la caducidad del legado á los otros colegatarios, y por eso sostenían que era más conveniente atenerse única y exclusivamente á la conjunción *re tantum*, sin atender á si la cosa era ó no divisible. ¿Qué importaba, en efecto, que la cosa fuera divisible, si era legada en su totalidad á los dos legatarios? La intención del testador era evidente, quería que cualquiera de ellos la tomara en el todo. Lo mismo sucedería, cuando fueren varias cosas legadas en las mismas condiciones, como si dijera: lego á Pedro mi casa y los muebles que la adornan, y agregase en seguida: lego á Juan mi casa y los muebles que la adornan, la conjunción *re tantum* existía en este legado, aunque las cosas

Aubry y Rau, § 723, letra C, y nota 32. — En tal caso, el testador supone evidentemente que por consecuencia del concurso de los co-legatarios ó co-herederos, tendrá lugar una partición, y es sólo respecto á esta partición que él determina la parte que le tocará á cada uno. La asignación de partes hecha así, no es sobre la institución misma de los legatarios ó herederos para fijarles partes determinadas, sino sólo la enunciación de que el testador se sirve para expresar simplemente las consecuencias de la partición entre los legatarios. Por ejemplo, cuando el testador instituye muchas personas por herederos con esta adición: *para que gocen y dispongan de mis bienes por partes iguales*, esta cláusula accesoria y de pura ejecución no restringe el llamamiento general de los herederos. Si el testador, por ignorancia ó abundando en palabras, ha explicado el modo de la partición, esa explicación inútil, no debe interpretarse en un sentido que desnaturalice el carácter de la disposición principal.

una voluntad contraria, porque la ley supone é interpreta esa voluntad cuando se ha expresado.

fueran divisibles, y la intención clara del testador es que ambos legatarios las recogieran en su totalidad. Pues bien, esto que se explica y comprende cuando se trata de un sólo testamento, ó para valernos de la expresión del artículo, por disposiciones separadas del mismo acto, no se comprendería tratándose de testamentos ó actos diversos. Así, pues, creo mal agregada la última parte, que dice: «ó sea por actos diversos», porque si son diversos testamentos, el último revoca á los otros, á menos que expresamente confirme sus disposiciones, art. 3828. Los mismos autores que han inspirado la disposición, dicen: «si la misma cosa hubiese sido legada en su totalidad á diversas personas, por testamentos diferentes, el legado contenido en el último testamento traería la revocación de los legados anteriores»; así pues, la expresión agregada «ó por actos diversos» sólo deberá aplicarse, cuando por voluntad expresa del testador subsistiesen los otros testamentos.

El Cód. Chileno, art. 1149, siguiendo estas mismas ideas, dice expresamente: «habrá derecho de acrecer sea que se llame á los coisignatarios en una misma cláusula ó en cláusulas separadas de un mismo instrumento testamentario. Si el llamamiento se hace en dos instituciones distintas, el llamamiento anterior se presumirá revocado en toda la parte que no le fuere común con el llamamiento posterior»; porque no pueden coexistir dos disposiciones contrarias sin que la última revoque la primera, á menos de manifestar el testador expresamente su voluntad de que subsistan ambas, en cuyo caso no se trata de interpretación sino de obedecer su voluntad. Así, cuando en el primer testamento se hubiera dicho: «lego á Pedro mi casa de la calle de Ayacucho, 132», y en el posterior se dijere: «lego á Juan mi casa de la calle de Ayacucho, 132», el segundo legado revocaría al primero, á menos que el testador dijere: «confirmo en todas sus partes el primer testamento»; es el único caso en que pueda justificarse el agregado hecho al artículo.

¿Hay alguna diferencia entre los legatarios conjuntos *re et rebus* y los *re tantum* para el objeto de ser preferidos en el pago de los legados? No hay razón alguna para establecerla por la forma de la conjunción; pero sí la habrá con relación al objeto; porque son preferidos los legatarios de cosa cierta y determinada, á los de compensación de servicios y éstos á los de cantidad.

Podemos hacer notar esta diferencia entre las dos formas de legatarios conjuntos: la que se encuentra en la cosa y las palabras por una sola disposición, sirve de fundamento al derecho de acrecer; por ejem-

Mientras el testador no haya expresado claramente que su voluntad de negar á los legatarios el derecho de acreedor, la ley supone que ciertas disposiciones no importan esa manifestación, y por eso dice el **art. 3817**: *el legado hecho conjuntamente debe*

plo: «lego mi casa á Pedro y Juan», se entiende que el legado es á los dos, y sólo cuando uno de ellos no lo recoja, su derecho acrece al otro; mientras que cuando por disposiciones diversas del mismo testamento he dicho: lego á Pedro mi casa, y más adelante agrego: «lego á Juan mi casa», si alguno de ellos no recoge el legado, el otro retiene la casa en su totalidad, no tanto por el derecho de acrecer, sino porque su derecho no debe ser disminuído; se aplica, pues, en este caso el *jus non derogandi*, y esta diferencia fundamental tiene su razón de ser en la misma naturaleza del derecho; cada uno es dueño de la cosa íntegramente, y si cuando concurren los dos á recogerla tienen que dividirla, es porque ambos son dueños de ella en su totalidad, y por consiguiente deben tomar una parte igual cada uno como condóminos.

Nuestro Código, al separarse del Francés, art. 1045, ha seguido la doctrina enseñada por casi todos los juriconsultos de aquella nación, aunque algunos de gran autoridad, como Toullier y Colmet de Santerre, han tratado vanamente de justificar la teoría de ese artículo. Demolombe, XXII, 376, justifica plenamente la crítica que se ha hecho á dicho artículo, y apoya la reforma fundamental que ha consignado nuestro artículo siguiendo esta opinión. — Véanse arts. 3812 y 3813.

(**Art. 3817.**) El artículo prevé el caso de sustitución de uno ó muchos de los legatarios conjuntos, en que fallecido el legatario antes que el testador, ontraría en su lugar el sustituto.

Téngase presente que la substitución tiene lugar cuando el legatario muere antes, porque si sobreviviese al testador y lo aceptase habría adquirido el legado y lo transmitiría á sus herederos.

La substitución puede tener lugar, ya sea con relación á uno de los legatarios, á varios ó á todos; no hay razón para limitar la voluntad del

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3816. — L. 33, Tit. 9, Part. 6^a. — Goyena, art. 816. — Aubry y Rau, § 724, nota 34. Se observa con razón, dicen los juriconsultos Aubry y Rau en el lugar citado, que el sistema romano es á la vez más racional que el sistema del Cód. Francés. La circunstancia de la posibilidad ó imposibilidad de dividir sin deterioro la cosa legada, no puede ser decisiva cuando se trata de juzgar si el testador que ha legado á muchas personas la totalidad de un mismo objeto, ha entendido que la caducidad del legado en la persona de uno de los legatarios aprovecha á los otros co-legatarios.

ser reputado tal, aún cuando el testador hubiese sustituido á uno ó muchos de los legatarios conjuntos; porque la sustitución no mo-

testador. Un ejemplo del primer caso sería si se dijera: lego mi casa á Pedro y Juan, y si éste falleciere antes, lo sustituirán sus hijos; así, el derecho de acrecer no tendrá lugar si vive alguno de los sustitutos. El segundo caso sería si dijese: lego mi casa á A, B, y D, y si alguno falleciere antes, lo substituirán C, á B, y H, á D; no existirá entonces el derecho de acrecer por la muerte de B y D, si existen los substitutos y recogen el legado. Finalmente, el testador puede sustituir á los tres legatarios sin que haya razón alguna para prohibirlo, y el derecho de acrecer sólo tendrá lugar cuando alguno de los sustitutos no recoja el legado conjunto.

¿Pero qué sucedería, si el legatario á quien se le ha nombrado sustituto no pudiera recibirlo por indigno? Para decidir esta cuestión es necesario distinguir: si el testador le nombró sustituto para el caso en que no recogiera el legado, es evidente que éste entraría en su lugar, sea que no lo haya podido recibir por muerte, renuncia, incapacidad ó indignidad; pero si el testador hubiere dicho: lego mi estancia á A, y B, y si uno de ellos falleciere antes que yo, lego la parte del fallecido á C, en ese caso el derecho de acrecer no tendría lugar, si el sustituto se presentara á recibir la parte del muerto; pero si por el contrario, sobreviviera al testador y no recibiera el legado por haber sido declarado incapaz ó indigno, ó haberlo renunciado, el derecho de acrecer tendría su efecto. Debemos prevenir que todo dependerá de las palabras que el testador hubiere usado; así, cuando dijere: lego mi casa á A, y B, y si A, no pudiera recogerla lo substituirá C, es claro que por cualquier evento que no pudiera hacerlo, sea por muerte, renuncia, incapacidad, etc., la sustitución tendrá lugar y el derecho de acrecer no se ejercería, á menos que el mismo sustituto no recoja esa parte. Si igualmente dijere el testador: lego mi casa á A, y B, y si alguno de ellos no la recogiera por muerte ó renuncia lo substituirá C, el acrecimiento tendría lugar si no recogiera éste el legado por incapacidad ó por haber sido declarado indigno; porque se debe cumplir la voluntad del testador.

Es entendido que cuando el acrecimiento tiene lugar, los legatarios recogerán esa parte en proporción de la que cada uno tuviere; así, cuando se hubiese legado la casa á A, B, y C, expresando que en caso de concurrencia de todos, A tomará la mitad y los demás la cuarta parte, el sustituto de B, recibirá la parte del sustituido, y si no concurre por cualquier causa A y C, recogerán la parte de B, en la misma proporción, tomando A, las tres cuartas partes, y C, la cuarta.

difica la presunción de que el legado hecho conjuntamente lleva consigo el derecho de acrecer.

Domolombe, XXII, 394, trae los siguientes ejemplos de legados conjuntos en que se encuentra la sustitución vulgar y el derecho de acrecer: «lego mi chacra á los hijos de mi hermano y á los hijos de mi hermana»; es claro que la intención del testador ha sido que los legatarios concurren por stirpes dividiendo el legado en dos partes, una para los hijos de mi hermano y la otra para los de mi hermana; entre cada grupo habrá acrecimiento si alguno de ellos no concurre, y sólo tendrá el lugar acrecimiento de grupo, cuando alguno de los grupos no existiera ó no concurre á recoger el legado.

Otro ejemplo: «lego mi chacra á Pedro y á Pablo, así como á Juan y José»; hay, indudablemente, cuatro legatarios, pero no son conjuntos los cuatro; hay, por el contrario, dos especies de conjunciones, como dice Domolombe; una, que une especialmente desde luego á Pedro y á Pablo, y en seguida á Juan y José; la otra que une por una parte á Pedro y á Pablo, y por la otra á Juan y José, considerado unidos de cada lado, *per modum unius*, como una sola cabeza; de donde se sigue, que la falta de uno de los legatarios no aprovechará sino á aquel de sus colegatarios con el que es conjunto más especialmente, y que no tendría lugar el acrecimiento sino en provecho de los otros, y en tanto que los dos legatarios de uno ó de otro lado á la vez, faltaren».

Finalmente, supóngase que el testador dijera: «lego á Pedro y á Pablo mi casa», y en seguida agregase: «lego esa misma casa á Juan», nos encontraríamos en presencia de dos conjunciones, la primera *re et verbis*, que estaría sujeta á lo que dijimos en el art. 3812, y la segunda *re tantum* entre Pedro y Pablo por una parte, y Juan por la otra, que se regularía por el art. 3813; así, cuando Pedro no recogiese su parte, esta acrecería á Pablo sin que Juan tuviera parte alguna; y esta conclusión no es porque la conjunción *re et verbis* sea más importante ni venza á la *re tantum*, sino porque hay una cuestión completamente diferente, y es la de apreciar la fuerza de dos conjunciones diferentes, y en este caso no habría contradicción en reconocer, que la conjunción *re et verbis* debe ser preferida como más estrecha y especial, á la *re tantum*; porque une á las mismas personas para recibir la parte que los correspondería en el legado si concurrían todos á recibirlo, pues lo dividirían en dos; una para Pedro y Pablo, y la otra para Juan.

En resumen, la sustitución, cualquiera que ella sea, no altera en manera alguna el legado conjunto.

Si la sustitución se anulare, ¿tendría lugar el derecho de acrecer?

Pero las reglas establecidas por los artículos que acabamos de estudiar tienen sus excepciones, cuando por la naturaleza misma del legado, el legislador ha debido suponer que la voluntad del testador no ha sido la de conceder el derecho de acrecer; por ejemplo, en el legado de usufructo, en que no tratándose de la propiedad de la cosa, se debe atender también á los legatarios ó herederos de la nuda propiedad, por eso dice el **art. 3818**: *cundo el*

Por ejemplo: lego mi casa á Pedro y á Juan, y si éste no la recogiere lo sustituirá Pablo; suponemos el caso en que Juan no concurre á tomar su parte, y que cuando Pablo viene á sustituirlo se encuentra con que la sustitución no ha podido operarse, porque éste era pariente, dentro del cuarto grado, del escribano; el derecho de acrecer existiría y Pedro recibiría la casa, porque el art. 3811, no pone restricción alguna. — Comp. TOULLIER, III, 693 y 694. COLMET DE SANTERRE, IV, 199, *bis*, X. POTHIER, *Don. y Test.* Cap. VI, Sec. V, § 1.—Véanse arts. 3721 y 3823.

(**Art. 3818.**) Nuestro artículo ha venido á decidir una de las cuestiones que se han suscitado en derecho francés al interpretar el art. 1044. Unos sostenían que en el legado de usufructo hecho conjuntamente á dos ó más legatarios, se aplicaba el derecho de acrecer, cuando después de haber sido aceptado fallecía uno de los usufructuarios. «Se puede alegar, dice Troplong, (III, 2184), que los legatarios de usufructo entran en posesión *ab initio* de la totalidad del usufructo que les ha sido legada conjuntamente, y que desde entonces, en caso de muerte de uno de los colegatarios, los otros deben continuar gozando del usufructo en su totalidad, *jure non decedentium*. Esta opinión ha sido sostenida por Coin-De-lisle, Marcadé, Bayle-Mouillard sobre Grenier y otros. Era también la doctrina de la jurisprudencia romana. Nuestro Código la ha rechazado, con razón, estableciendo el principio contrario, que es más jurídico. En efecto, si se siguieran los principios establecidos por esos autores, el le-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3817. — Duranton, tom. 9, n.º 511. — Aubry y Rau, § 723, letra C. — Merlin. *Accroissement*, n.º 2. Así, por ejemplo, el legado establecido en los términos siguientes: «Lego mi casa á Pedro y á Pablo, y si uno de ellos llega á morir antes que yo, su parte pasará á sus hijos por representación», se juzga que es hecho conjuntamente tanto entre Pedro y Pablo, como entre sus hijos. La caducidad del legado en la persona de uno de los legatarios, no dará lugar al derecho de acrecer, si la sustitución hecha á beneficio de este legatario tiene su efecto. Pero si esta sustitución misma llega á caducar, el otro legatario ó sus hijos recibirán la totalidad del legado.

legado de usufructo, hecho conjuntamente á dos individuos, ha sido aceptado por ellos, la porción del uno, que después ha quedado va-

gado una vez aceptado, impediría el derecho de acrecer, porque se transmitiría á los herederos del legatario, ocurrido su fallecimiento, y no habría razón para separarse de él; pero como es evidente que el usufructo se extingue con la muerte del usufructuario, porque es un derecho personalísimo, en vez de acrecer á los usufructuarios conjuntos, se consolida en esa parte con la nuda propiedad. Eso es lo que nuestro artículo establece, siguiendo á Aubry y Rau, Merlin, Delvincourt, Toullier, Grenier, Proudhon, Vazeille, Colmet de Santerre, Demolombe y otros.

Partimos del principio de la aceptación del legado, y por consiguiente de la supervivencia del legatario con relación al testador, y en ese caso, dice el artículo, no hay derecho de acrecer. ¿Qué sucederá cuando el legatario ha fallecido antes? ¿Qué, cuando no ha aceptado el legado, habiendo sobrevivido al testador? En el primer caso el acrecimiento tiene lugar, como en el legado de propiedad, desde que son legatarios conjuntos y la voluntad del testador ha sido que tenga todo el usufructo cualquiera de ellos que sobreviva; como cada uno de ellos tiene la totalidad del usufructo de la cosa legada, la adquiero, no por el derecho de acrecer sino más bien por el derecho de no recibir menos de lo dejado, *jus non decrescendi*. En este caso el principio se aplica en toda su extensión. Pero cuando el testador ha fallecido sobreviviendo los legatarios conjuntos, si uno de éstos no quiere ó no puede aceptar el legado, la regla establecida para la propiedad es que el legatario conjunto adquiere toda la cosa por el derecho de acrecer; pero tratándose del usufructo que es un derecho personalísimo, que muere con el usufructuario para consolidarse con la nuda propiedad, la parte del que no ha querido recoger no acrece al colegatario, sino que se consolida, á menos de una sustitución ó de la voluntad expresa ó implícita del testador, de hacer que el usufructo continúe en favor del colegatario conjunto. En este último caso, como se trata de averiguar cual ha sido la voluntad del testador, los jueces resolverán teniendo en cuenta las palabras empleadas y los antecedentes que se desprendan del mismo testamento.

Cuando se hubiere nombrado sustituto á alguno de los legatarios para recibir el usufructo de la cosa legada, se debo tener en cuenta que la sustitución permitida por el derecho argentino es para los casos en que el legatario no pueda ó no quiera recibir el legado de usufructo, y que una vez aceptado, la muerte posterior del legatario lo extingue en su persona no teniendo lugar la sustitución, aunque así lo

cante por su muerte, no acrece al otro, sino que se consolida á la nuda propiedad, á menos que el testador, expresa ó implícitamente, hu-

hubiera ordenado el testador, porque la voluntad de éste termina con la aceptación del legatario. Si después de haber aceptado el legado renunciara al usufructo, por principio general no acrecería su parte al colegatario conjunto, pues adquirido el derecho termina con su persona y no pasa á los otros, á menos en el caso de que el testador expresamente autorizara al colegatario conjunto para tomarla.

Si bien hemos rechazado la hipótesis de que la voluntad del testador se extendiese á la sustitución después de haber sido aceptado el legado, el artículo le permite en este caso, pues lo faculta para autorizar al legatario conjunto á tomar la parte del usufructo en la cosa legada, cuando después de aceptado falleciera, porque eso no importa una sustitución, sino la prolongación, por decirlo así, de un derecho que tenía y que abrazaba la totalidad, para el caso que no se hubiera aceptado por el colegatario.

Dijimos al hablar de los legatarios conjuntos, que mientras el legado no haya sido aceptado por los diversos legatarios nombrados, sólo existe un legado; pero cuando los cuatro nombrados lo han aceptado, se considera que son cuatro los legatarios que adquieren la propiedad, y cualquiera de ellos que falleciera, sus derechos pasarán á sus herederos, y no habrá lugar al derecho de acrecer, una vez que lo hayan aceptado; pero cuando la renuncia de los tres ha tenido lugar, como sólo existe un legado mientras no haya la aceptación de todos, resulta que el único aceptante adquiere la propiedad de toda la cosa; por esa misma razón, si después de haber aceptado los cuatro, renunciara uno de ellos, los demás no adquirirían esa parte, que iría á aumentar los bienes de la sucesión, lo que habría sucedido si todos hubieran renunciado después de la aceptación. Para que el derecho de acrecer tenga lugar, es necesario que el legatario conjunto haya fallecido antes que el testador ó que sobreviviéndole no hubiese aceptado el legado; si sobrevive y acepta, el derecho de acrecer no tiene lugar, porque ha recogido su parte, y si la abandona después, los legatarios conjuntos no tienen derecho á ella.

El artículo habla de la vacancia del usufructo por muerte de uno de los legatarios conjuntos que ha aceptado el legado, porque si lo hubiere renunciado, el acrecimiento tendría lugar.

Tóngase presente que el derecho de usufructo es personalísimo, y generalmente termina por la muerte del usufructuario, aunque puede caducar antes, si se le ha señalado un plazo para su extinción, y tan personal es este derecho, que si el usufructuario falleciera antes del plazo, el usufructo quedaría extinguido. Sostienen la teoría del artículo las más

hubiese manifestado la intención de hacer gozar al sobreviviente de la integridad del usufructo; porque ésta debe primar sobre la presunción del legislador.

Como es la voluntad del testador la que debe prevalecer en las disposiciones testamentarias, *si el testador, haciendo un legado que según los artículos anteriores debiese ser reputado hecho conjuntamente, hubiere prohibido todo acrecimiento, ó si haciendo un legado que no sea hecho conjuntamente hubiere establecido el derecho de acrecer entre los co-legatarios, su disposición debe prevalecer sobre las disposiciones de este Título (art. 3819).*

grandes autoridades en derecho francés.—Comp. MERLIN, *Rep.* 1.^o *Usufructo*, § 5, art. 1. DEMOLOMBE, XXII, 388 y 389. COLMET DE SANTERRE, IV, 190, *bis*. VIII, y AUBRY y RAU, § 726, texto y nota 52.—Véanse arts. 2084, 2823, 3815 y 3819.

(**Art. 3819.**) Hasta aquí el Código ha legislado los casos de voluntad presunta del testador, dando reglas para interpretar esa voluntad que es el fundamento de toda disposición testamentaria; el presente artículo viene á establecer, que cuando la voluntad del testador se ha manifestado expresamente con relación al derecho de acrecer ó á la sustitución de los legatarios, se debe obedecer esa voluntad, siempre que no sea contraria á las leyes que la limitan. Así, no podría nombrar, por ejemplo, sustituto al legatario que hubiera fallecido después de aceptar el legado, porque esa sustitución está prohibida.

El presente artículo importa reconocer la supremacía de la voluntad del testador sobre las reglas creadas por el Código para interpretar su voluntad presunta; esas reglas no son imperativas ni limitan la voluntad expresa del testador que puede hacer de un legado conjunto en cuanto á la expresión, uno que no lo sea, expresando una voluntad contraria; del mismo modo, de un legado que por su expresión no sea conjunto ni tenga el derecho de acrecer, puede hacerlo conjunto, si así lo manifiesta expresamente; lo que no puedo hacer, porque excede el poder de su voluntad, es que un legatario sea heredero, á menos que le legare todos los bienes que quedaren después de pagadas las cargas de la sucesión. Si los legatarios de parte alicuota ó de la universalidad de los bienes con designación de partes tuvieran el derecho de acrecer, como en último resultado pueden recibir toda la universalidad jurídica llamada herencia, se podrían considerar como herederos, menos por el derecho de acrecer, que

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3818. — Aubry y Rau, § 726, al fin.

§ 1038. — DEL DERECHO DE ACRECER EN LOS LEGADOS

Hemos dicho que el derecho de acrecer viene por la voluntad expresa del testador, ó cuando, á consecuencia de un silencio apa-

por la onería de la universalidad del título, como dice el Dr. Velez-Sarsfield en la nota 3719; pero la cuestión es muy grave para resolverla sin serios fundamentos. En efecto, los legatarios de parte alicuota sólo responden por las deudas de la sucesión con los bienes que reciban y en proporción á la parte señalada en el testamento; no obligan su propio peculio, porque no son herederos. ¿Cómo les impondríamos esta obligación personal, porque el testador, con objeto de beneficiar á los que quedaren, les hubiera concedido el derecho de acrecer? Si los hubiéramos de reputar herederos tendríamos que admitirles la aceptación del legado bajo beneficio de inventario, y sería una novedad en derecho un legatario aceptando el legado bajo este beneficio.

El Dr. Llerena, se decide por considerar como herederos á los legatarios de parte alicuota, cuando tienen el derecho de acrecer; pero tal vez no ha mirado la cuestión bajo la faz que el heredero sustituye, por decirlo así, al difunto, y responde personalmente por las deudas de la sucesión con su propio patrimonio, mientras el legatario con asignación de partes sólo responde con lo que recibe. Sin embargo, aunque esta consideración nos deba detener antes de imponer al legatario obligaciones que pueden ser ruinosas, me decido á seguir esa opinión, pues el art. 3718 considera como herederos á los diversos legatarios de parte determinada, unidos por una conjunción que diera lugar al derecho de acrecer; pero es necesario que lo sean de la universalidad de los bienes con derecho de acrecer entre ellos. Me parece una disposición muy grave y ha debido repetirse en esta parte, á fin de que se aperciban los legatarios de parte alicuota, con derecho de acrecer, que son considerados como herederos, y puedan usar de los mismos derechos de éstos. Así, pues, el legatario de la universalidad de los bienes á quien se le ha asignado partes, acordándole el derecho de acrecer, debe ser considerado como heredero, y puede ejercer los derechos de tal. — Véanse arts. 1798, 2815, 3718, 3810 y 3818.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3819. — Aubry y Rau, § 726. — Troplong, *Testament*, n.º 2191. En las disposiciones de esta materia se ha seguido la voluntad presunta de los testadores, cuando hacen un legado á varias personas: pero desde que la voluntad de ellos sea manifiesta, cesan las disposiciones de la ley.

rente, el legislador interpreta esa voluntad y la presume según las palabras empleadas. Si son varios los legatarios á quienes corresponda el derecho de acrecer y uno de ellos no pudiera recoger la parte que le correspondiera ó la renunciare, se procederá como lo establece el **art. 3820**: *cuando tiene lugar el derecho de acrecer,*

(**Art. 3820.**) El artículo ha sido tomado de Aubry y Rau, § 726, texto á la nota 47, quienes agregan: «esta regla recibe sin embargo excepción, cuando muchas personas comprendidas bajo una denominación colectiva, ó denominadas individualmente, pero en un mismo miembro de la frase, son, por la misma disposición ó por disposiciones separadas, llamadas conjuntamente con otros legatarios no comprendidos bajo esta denominación colectiva, ó no denominados en el mismo miembro de la frase; porque en ese caso las porciones vacantes de los legatarios de la primera categoría sólo acrecerá á los colegatarios de la misma categoría, excluyendo á los de la segunda; por ejemplo, se trata de un legado en esta forma: lego mi casa á Pedro y á Juan, y por una disposición subsiguiente dijera: lego mi casa á Pablo»; como se ha dicho anteriormente hay dos conjunciones, una que une á Pedro y Juan para concurrir juntos á recibir el legado y la otra á los dos con Pablo, de modo que si los tres concurren á recoger el legado lo harán en esta forma: la mitad para Pedro y Juan, y la otra mitad para Pablo; así, pues, si Pedro no recoge su parte, ésta acrecerá á Juan, que es su colegatario conjunto, y no tomará parte alguna Pablo; esta es la excepción al artículo que estudiamos. Pero si he legado mi casa á Pedro, Juan y Pablo, y este último no recoge su parte, acrecerá á Pedro y Juan, como si ellos hubieran sido los únicos legatarios en la proporción que cada uno tenía; lo mismo sería si el testador hubiere señalado partes á cada uno de los legatarios para el caso de concurrencia de todos ellos, con el objeto de ejecutar el legado; por ejemplo: «lego mi casa á Pedro, Juan y Diego, y si todos concurrieran á recogerlo, lo harán en esta forma: la mitad para Pedro y la cuarta parte para cada uno de los otros»; si Juan no recogiera su parte, se dividirían de ella no en la proporción que cada uno tenía, como pudiera creerse, sino por iguales partes, porque la regla es esa, y la excepción únicamente cuando hay diversos legatarios conjuntos que deban concurrir en forma diversa, como se ha dicho en los ejemplos anteriores, unidos por la conjunción. La regla del artículo se aplicará en los casos de vacancia de alguno de los legatarios conjuntos.—*Comp. DEMOLOMBE, XX, 394. TOULIER, V, 693 y 694. DURANTON, X, 515. — Véanse arts. 3727, 3814 y 3815.*

la porción vacante de uno de los co-legatarios se divide entre todos los otros, en proporción de la parte que cada uno de ellos está llamado á tomar en el legado; porque es con relación al haber de cada uno de ellos que deben dividir la parte acrecida; pero el acrecimiento, que es una especie de sustitución en los derechos del renunciante ó del que no ha podido recibir el legado, tiene que pasar á los demás colegatarios en las mismas condiciones, por esa razón impone el **art. 3821** que: *el derecho al acrecimiento*

(**Art. 3821.**) En los arts. 3809 y 3812 expusimos la teoría que creímos verdadera, no sólo con relación á los principios establecidos en nuestro Código Civil sobre las cargas impuestas á los legatarios conjuntos, sino también respecto á los herederos, que pueden llegar á recibir la totalidad de la herencia sin necesidad de ocurrir al derecho de acrecer como los colegatarios.

Para comprender el alcance del presente artículo es necesario que nos pongamos en el caso de los legatarios conjuntos, porque se trata de interpretar la voluntad del testador, pues es en caso de silencio que el legislador ordena proceder en determinado sentido. Sin embargo, nuestro Código no hace eso, como vamos á ver.

Cuando el testador ha dicho, por ejemplo: «lego mi casa á Juan y Pedro, é impongo á este último la obligación de construirme un monumento en el cementerio del Norte», si Pedro no puede ó no quiera recoger el legado, Juan, al tomar esa parte por el derecho de acrecer que tienen los legatarios conjuntos, lo haría con la carga impuesta: esto debería ser el caso del artículo. Pero si el testador hubiera dicho: «lego mi casa á Pedro, quien me construirá un monumento en el cementerio del Norte», y en el mismo acto, por una disposición separada hubiera agregado: «lego mi casa á Juan», si el primer legatario no ha concurrido á recoger el legado, Juan, al tomarlo por su propio derecho, debería recibirlo sin carga alguna, porque es evidente que el testador al legarle toda la cosa, lo ha libertado de la obligación impuesta á Pedro, que la recibe, no en virtud del derecho de acrecer, sino porque su derecho no debe disminuirse por el hecho del primer legatario. Por esto dicen con razón Aubry y Rau, § 726, en la nota 48: «cuando una sola y misma cosa ha sido legada en su totalidad á varias personas por disposiciones separadas, el legatario que en defecto de concurso de los otros recoge la totalidad del legado, lo recibe, no por el derecho de acrecer,

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3820. — Troplong, n.º 2182. — Aubry y Rau, § 723.

impone á los legatarios que quieran recibir la porción caduca en la persona de uno de ellos, la obligación de cumplir las cargas que les

sino directamente del testador, y en virtud de la naturaleza misma de la disposición hecha en su favor. Y tan es verdadera esta conclusión, que no se concebiría que un legatario, llamado *ab initio* por una disposición hecha únicamente en su provecho y sin el concurso de otros, pudiese aceptar su legado por una parte, repudiándolo por lo restante». Como se trata de interpretar la voluntad del testador, es evidente que cuando ha impuesto una carga á uno de los legatarios al dejarle una cosa, ha querido que ese legatario la cumpliese; pero como ha legado á otro la misma cosa en su totalidad por una disposición separada, sin imponerle carga alguna, ha querido que en el caso de recibirla éste en su totalidad la tomara libre de toda carga. ¿Por qué suponer lo contrario? Si hubiera querido imponerle la misma carga no le hubiera legado la cosa completamente libre y en su totalidad. Es lo que dicen Aubry y Rau: «no sería posible sostener, en ausencia de todo indicio de voluntad de parte del testador, que cuando él lega la totalidad de un objeto á una persona, sin gravarla con carga alguna, y sin someterla al concurso con otras en la disposición misma por la que se encuentra gratificada, quiera, sin embargo, que ese legatario no pueda recoger el legado en su totalidad sino cumpliendo las cargas impuestas á otros legatarios por disposiciones separadas. Por el contrario, cuando muchas personas son instituidas conjuntamente por una sola disposición, por esto mismo son llamadas á dividir entre ellas el objeto legado; y si á pesar de esto se admite, por interpretación de la voluntad del testador, que en caso de caducidad del legado sobre la cabeza de uno de los legatarios, su porción acrece á los otros, se debe suponer también que el testador ha entendido que este acrecimiento no puede tener lugar sino á condición de cumplir con la carga, que por la misma disposición él había impuesto al legatario que no ha recogido el legado». Sin embargo, esta doctrina que se imponía por su claridad y la exactitud del razonamiento, ha sido desechada por nuestro Código, bajo el pretexto de que es una sutileza del derecho, y no obstante, lo que se ha llamado sutileza, se abre paso para aceptar la doctrina combatida, cuando la carga impuesta fuera puramente personal, porque entonces la excepción se impone con la fuerza del sentido común.

Nuestro artículo, ya que aceptaba otra teoría, pudo ser redactado con más claridad, expresando que *en todos los casos*, los legatarios que quieran recibir la porción caduca, tienen obligación de cumplir la carga impuesta al legatario, con excepción cuando fuere puramente personal.

(le) *estaban impuestas*; porque representan su persona y cumplen de ese modo la voluntad del testador. Esta regla tiene una ex-

La doctrina del derecho romano, era contraria á la sostenida por el artículo, porque la ley única del Código, *De caducis tollitur*, § 11, hacía la distinción sostenida con tan claros y sólidos fundamentos por Aubry y Rau, pues cuando la conjunción era *re tantum*, el acrecimiento tenía lugar *sine onere*, ó más bien dicho, no había acrecimiento, desde que toda la cosa le había sido legada, y la tomaba por su propio derecho, sin el auxilio de nadie. Tratándose de la interpretación de la voluntad, lo más razonable era suponer que cuando el testador ha legado separadamente á dos personas la misma cosa, imponiendo á una de ellas una carga y dejando libre á la otra, es porque ha querido que aquel en caso de concurrencia, ó de tomar sólo el legado, cumpla la carga impuesta; pero no éste. No hay sutileza en suponer lo que claramente se desprende de la disposición. Troplong, ni los demás jurisconsultos que sostienen la doctrina contraria, alegan una razón válida para apoyarla; Demolombe es el único que hace vanos esfuerzos para demostrar que el legatario *re tantum* no es legatario de toda la cosa, y dice: «¿Pero es verdad que cada uno de los legatarios no tiene un colegatario? Sin duda! Y el testador al dar á cada uno de ellos este colegatario ha visto aparentemente que él restringía, por el concurso mismo al que los llamaba, la vocación del uno y del otro»; pero se olvida de que ese concurso era eventual y de ningún modo necesario, y que no se puede suponer razonablemente la voluntad de imponer una carga á una persona á quien se le ha dejado toda la cosa sin carga alguna. No obstante reconocemos que la doctrina del artículo, está apoyada por las más respetables autoridades en derecho francés; pero también debemos confesar que ninguno funda sólidamente la opinión, y contra la costumbre se limitan á afirmar sin demostración alguna. — Comp. TOULLIER, V, 695. VAZEILLE, art. 1047, n° 7. COLMET DE SANTERRE, IV, 199, *his*, XI. MOURLON, II, pág. 395. SAINTESPES-LESCOT, V, 1697. — Véanse arts. 3729, 3774 y 3809.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3821. — Aubry y Rau, en la nota 43 del § 723, enseñan y sostienen con diversos argumentos, que en caso de conjunción entre legatarios particulares, separados por cláusulas del mismo testamento, el acrecimiento se obra con los legatarios que tiene la totalidad del legado, sin que los legatarios estén obligados á cumplir las cargas impuestas al co-legatario en cabeza del cual el legado ha venido á caducar. Nuestro artículo dispone que en todos los casos, el derecho de acrecer lleva consigo la obligación de cumplir las cargas impuestas por el testador al legatario en ca-

cepción que rige según la clase de carga que el testador hubiera impuesto al legatario cuya porción caducare; por ejemplo: *si las cargas fuesen por su naturaleza meramente personales al legatario, cuya parte en el legado ha caducado, no pasan á los otros co-legatarios (art. 3822)*; porque es evidente la voluntad del tes-

(**Art. 3822.**) El artículo ha podido redactarse con mayor claridad, expresando que las cargas personales que no pasan al colegatario que toma la parte que ha caducado, son las inherentes á la persona que no pueden transmitirse. El ejemplo que trae la nota, tomada de Troplong, muestra que esa ha sido la intención del Dr. Velez-Sarsfield, y habría convenido decirlo en el artículo, y entonces no se necesitaría de explicación, porque las cargas ú obligaciones puramente personales pueden serlo sin que sean inherentes á la persona. Debemos, sin embargo, hacer esta distinción: si la carga impuesta puede ser ejecutada por otro que el obligado, los herederos tienen derecho para exigir que el colegatario la cumpla, so pena de revocar el legado en la parte que ha caducado; si se ha buscado la conlición personal del legatario, en ese caso la carga no puede serlo exigida. Supongamos que se ha legado la casa á Juan y Pedro, imponiendo á este último la obligación de hacer un retrato al óleo del testador: si Pedro es un pintor retratista, la carga se puede considerar como inherente á su persona y el colegatario Juan, llamado á recoger la parte de Pedro, no estará obligado á mandar hacer el retrato; pero si por el contrario, ninguno de los legatarios fuera pintor, la obligación no sería personal á Pedro, y el colegatario que recoge su porción deberá mandar hacer el retrato.

El Cód. Chileno, art. 1152, es más claro al decir: «la porción que acrece lleva todos sus gravámenes consigo, excepto los que suponen una calidad ó aptitud personal del coasignatario que falta», dejando siempre lugar á la interpretación de la voluntad del testador, que no se ha manifestado con claridad. —Comp. arts. 498, 562, 626 y 3729.

beza de quien ha caducado el legado. Si el testador ha impuesto una carga, dice Troplong, ha puesto una obligación al lado del beneficio. Si, pues, el beneficio subsiste, la carga debe también subsistir; no hay sutileza de derecho que pueda prevalecer contra esta verdad, n° 2181. Esta es también la opinión de Proudhon. *Usufruit*, tom. 2, n° 643. — Pothier, *Donat. testament*, Cap. 6, Secc. 5, § 5. — Véase L. 31, Tit. 14, Part. 5ª, Regla 2ª, Tit. 31, Part. 7ª.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3822. — Troplong, n° 2181. — Proudhon, *Usufruit*, tom. 2, n° 643. — Aubry y Rau, § 724. Así, la obligación de casarse ó de abrazar el estado eclesiástico no pasaría al co-legatario.

tador, de que nadie sino el legatario cumpla con la carga, desde que ha elegido las condiciones personales del individuo.

Cuando tiene lugar el derecho de acrecer, los colegatarios adquieren la parte no recogida, de ahí resulta que, *los colegatarios á beneficio de los cuales se abre ó puede abrirse el derecho de acrecer, lo transmiten á sus herederos con las porciones que en el legado les pertenecen (art. 3823)*; es decir, tomando propor-

(**Art. 3823.**) Por nuestro derecho, el acrecimiento se hace á la porción, no á la persona misma. y por esa razón una vez que el legatario ha sobrevivido al testador, aunque fuera un momento, ha adquirido el legado pasándolo á sus herederos en las mismas condiciones en que él debía recibirlo. Así, el que ha recibido un legado condicional, cuyo derecho está sujeto al cumplimiento de la condición, lo transmite á sus herederos en la misma condición. El ejemplo que traigo en la nota, tomada de Aubry y Ray, § 726, texto á la nota 51, explica el artículo; pero es necesario no confundir, como lo hacen algunos, las palabras *sucesores universales* con las del legatario puro y simple que adquiere el legado con el derecho de acrecer para el caso en que la condición impuesta al otro legatario conjunto no se cumpliera, con los sucesores de los legatarios de parte alícuota, que no son *sucesores universales* del causante de la sucesión que hizo el legado, como se cree, á menos de tener el derecho de acrecer, concedido por el testador.

El caso del artículo es el siguiente: «lego mi casa á Pedro» y por cláusula separada en el mismo testamento, digo: «lego mi casa á Juan si tal condición llega á cumplirse»; ocurrida la muerte del testador existen dos legatarios de la misma cosa, el uno puro y simple y el otro condicional; ahora bien, muere el legatario puro y simple, su parte se transmite á sus herederos en la misma extensión que la tenía su causante, de modo que si la condición no se cumpliera, así como Pedro habría tomado la totalidad del legado por el derecho de acrecer, según el Código, ó por el *jus non decrevendi*, según la teoría que sostengo, sus herederos, que lo representan y han sucedido en sus derechos, tomarán todo el legado.

Del principio reconocido de que el derecho de acrecer es á la porción y no á la cosa, nace la diferencia que existe entre el derecho de acrecer y la sustitución vulgar, que tiene lugar de persona á persona, que en sí mismo constituye una condición, la de sobrevivir el sustituto al testador, y cuando el primer legatario ha sobrevivido igualmente, que la renuncia ó repudiación se opere mientras viva el sustituto.

Aubry y Rau, § 726, nota 50, preguntan, si el beneficio de acrecer

cionalmente á su haber en el legado la parte que les correspondiese.

está comprendido de pleno derecho en la cesión que ha hecho de sus derechos el colegatario en cuyo beneficio acaba de abrirse. Demolombe, XXII, 391, así, como Troplong, III, 2180, contestan uniformemente que es cuestión de interpretación, según los términos de que se haya usado en el contrato; así dice Troplong, si el heredero hubiera vendido con la porción hereditaria todos los derechos que tuviera ó pudiera tener en la sucesión, no hay duda que el beneficio del acrecimiento no pasa al comprador... ¿Cómo creer que ha sido la intención de las partes el estipular una cosa que ignoraban? Vale más detenerse ante la idea de que el vendedor no quiso deshacerse sino de las cosas existentes en el momento de la venta». Conviene, pues, atenerse no sólo á las palabras sino al precio pagado y demás circunstancias que puedan demostrar la intención de haber querido transmitir el derecho de acrecer.— Véanse arts. 3314, 3817 y 3820.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3823.— Troplong, n° 2179. — Aubry y Rau, § 727. — Pothier. *Donat. testament*, Cap. 6, Secc. 5, § 3. — Pand, tom. 2, pág. 330, n° 425. — Toullier, tom. 5, n° 696. — Duranton, tom. 9, n° 512. — Así, cuando un legado hecho conjuntamente á dos personas es puro y simple para la una, y condicional para la otra, y sucede que la primera muere pendiente la condición, esa persona trasmite á sus sucesores universales el derecho de aprovechar, por acrecimiento, de la porción de la segunda, si la condición viniese á faltar. El acrecimiento, dice Troplong, no se hace á la persona, sino á la cosa; es decir: que la porción vacante acrece á la porción recibida; la porción vacante va á buscar á la otra en cualquier mano que se encuentre.

TÍTULO XIX

DE LA REVOCACIÓN DE LOS TESTAMENTOS Y LEGADOS

§ 1039.—CÓMO SE REVOKA EL TESTAMENTO POR LA VOLUNTAD DEL TESTADOR

El testamento es un mero proyecto que el hombre hace para en caso de muerte, y como tal está sujeto á su voluntad y puede dejarlo sin efecto con una manifestación contraria, por eso dice el **art. 3824**, 1ª parte: *el testamento es revocable á voluntad del testador hasta su muerte*; aunque él mismo lo declarase irrevocable, sea por su propia voluntad, sea en virtud de una obligación pre-existente; y *toda renuncia ó restricción á este derecho es de ningún efecto* (**art. 3824**, 2ª parte); porque sería quitarle su principal carácter de acto voluntario y variable. El testamento se debe considerar como la manifestación de un deseo que sólo viene á tener efecto á la muerte del testador, de ahí es que, *el testamento no confiere á los instituidos ningún derecho actual* (**art. 3824**, últ. parte), ni puede servir de antecedente bastante para el reco-

(**Art. 3824.**) La revocabilidad en los testamentos, es uno de sus caracteres típicos, pues es la expresión de la voluntad variable del testador; así, podemos decir, que la facultad de revocarlo es esencial, y el testador no puede renunciarla, ni ser objeto de un contrato; cualquier acto celebrado con este motivo será de ningún valor. El testamento debe ser siempre la expresión de la última voluntad del testador, y puede usar de la revocación en cualquier momento, aunque se hubiera comprometido por contrato á no usarla, bajo una pena determinada, y aún en el caso de haber hecho intervenir al heredero ó legatario en el mismo testamento; por eso dijimos en el art. 3788, que el reconocimiento de una

nocimiento de un derecho, una vez que haya sido revocado, aunque según los casos se admita como principio de prueba por escrito.

deuda era un legado que podía revocarse, aunque la deuda fuera verdadera, en cuyo caso en nada la perjudicaría desde que pudiera demostrarse. Así, el testador no puede renunciar válidamente á una facultad que le es inherente; porque se crearía por su propia voluntad una forma de testamento especial derogando leyes de orden público que están por sobre la voluntad individual. Cuando un testamento contuviera una cláusula de esta especie, en quo el testador renunciase á revocarlo, el segundo testamento que no contuviera la cláusula expresa de quedar revocado el primero, no impediría que quedara revocado.

El segundo principio que nace de la naturaleza del testamento, es que así como no puede privarse al testador de la facultad de revocarlo, tampoco puede hacerlo en la forma que á él le pareciere, desde que la ley ha determinado expresamente la que debe observarse para reconocer la voluntad de revocarlo.

Así como para hacer el testamento es necesario que el agente se encuentre en su perfecta razón, art. 3615, del mismo modo, para la revocación debe encontrarse en su sano juicio, ser capaz de ejecutar el acto, porque si bien la revocación simple no es en realidad un testamento, como tiende á dejar sin efecto un acto válido, el testador debe encontrarse en las mismas condiciones exigidas para disponer de sus bienes.

La facultad de revocación que la ley ha querido conservar íntegra al testador, se ejerce con completa libertad, sea revocando totalmente la disposición ó una parte de ella dejando subsistente lo restante; así, pues, puede á su voluntad aumentar, disminuir ó revocar el todo ó parte de una disposición, con tal de observar la forma exigida para alguno de los testamentos, que el legislador ha ordenado como necesarias.

Finalmente, es una condición esencial de la facultad de revocación que acabamos de reconocer, el que el testador pueda dejar sin valor alguno cualquier cláusula de su testamento, sea que importe una carga, un reconocimiento de una deuda, de un depósito, etc., y es por esta razón que nuestro Código ha colocado en la categoría de un legado el reconocimiento de una deuda. Todo lo que se dispone en un testamento se encuentra sometido á la voluntad del testador. Y nuestro Código ha ido buscando esta libertad completa para los actos de última voluntad, cuando ha autorizado la revocación del reconocimiento de hijo natural hecha en testamento, art. 333.

No ha discutido en el antiguo derecho francés, el caso en que se en-

El testamento como acto espontáneo y manifestación expresa del testador, disponiendo de sus bienes para después de su falle-

contrase un contrato bilateral, incorporado á un testamento, preguntándose si ese contrato podría revocarse por la sola voluntad del testador. Fargole rechazaba la distinción que se hacía por algunos entre los contratos que eran extraños al testamento mismo y los que no lo eran, admitiendo la revocación de éstos que formaban parte integrante del acto mismo, y reconociendo que los otros no perdían su valor por estar insertos en un testamento; pero me parece que tal distinción no puedo aceptarse, pues no es posible encontrar en un testamento, un contrato bilateral que no sea extraño al testamento mismo, por más ligado que parezca estar.

El testamento no confiere á los instituidos ó demás beneficiados, derecho alguno actual, dice el artículo, dando á entender así, que no se puede traer como fundamento de una reclamación cualquiera, la existencia de él, cuando hubiere sido revocado. El reconocimiento de una deuda, de un depósito, etc., no confiere derechos actuales, porque no tendrían valor, si el testamento fuera revocado. Pueden servir de principio de prueba por escrito, según los casos, para demostrar la verdad del acto reconocido; es decir, pueden ser la base de una demostración.

El testamento es una declaración de voluntad que no adquiere verdadero valor sino cuando ha quedado irrevocable por la muerte del testador. Se puede asemejar á un acto interno del que lo ejecuta, y que no se exterioriza, por decirlo así, sino cuando la voluntad manifestada ha quedado como la última que ha tenido el testador.

En cuanto á los modos como se puede revocar un testamento, vamos á ocuparnos en los artículos siguientes. La revocación puede ser tácita ó expresa, según la forma que se establecerá más adelante; pero siempre debe ser tal, que no quede la menor duda en el espíritu de que la intención ha sido dejar sin efecto la voluntad expresada en el testamento. — Comp. MERLIN, *Rep. l.º Testamento*, Sec. II, § 6, n.º 1 y 2. TOULLIER, III, 637. TROPLONG, III, 2056. — Véanse arts. 952, 3265, 3531, 3733, 3761, 3766, 3799 y 3803.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3824.— L. 25, Tit. 1, Part. 1.ª.— L. 4, Tit. 4, Lib. 34, Dig.— Véase Pothier, *Pand.*, tom. 2.º pág. 429, n.º 1. — El testador aún no podrá, por una declaración expresa de voluntad, dar al testamento el carácter de irrevocabilidad. Tal cláusula vendría á hacer predominar una voluntad más antigua sobre una voluntad más reciente: es decir, hacer perder á un testamento el carácter de un acto de última voluntad, carácter que debe ser esencial en las disposiciones testamentarias.

cimiento, una vez que haya sido hecho en una de las formas establecidas, no puede dejarse sin efecto sino por otro acto posterior que tenga una igual fuerza, así dice el **art. 3827**: *el testamento*

(**Art. 3827.**) Nuestro artículo, á pesar de haber sido redactado teniendo á la vista el art. 1035, Cód. Francés, y las discusiones á que dió lugar antes de aceptarlo en la forma que definitivamente quedó, y de las que se han ocasionado posteriormente, no ha solucionado las dificultades; esto demuestra, una vez más, cuan difícil es legislar con claridad! Para estudiarlo en su estructura exterior, que encontramos deficiente, y profundizar su alcance en su fondo, digamos algunas palabras sobre los cambios que sufrió su modelo, y la variante que le hizo el Dr. Velez Sarsfield, al tomarlo para que fuera una regla en el derecho civil argentino.

Antes de redactarse definitivamente el art. 1035, Cód. Francés, dos sistemas se disputaban la autoridad: uno que sólo admitía la revocación del testamento por otro testamento: es decir, por un acto que tuviera todas las solemnidades establecidas para los testamentos; el otro que no sometía la revocación á una forma determinada, y exigía únicamente que fuera hecha por escrito. Entre estas dos tendencias se encontraba el legislador francés, y queriendo decidir la cuestión en favor de la primera, propuso la forma siguiente: «los testamentos no podrán ser revocados, en todo ó en parte, *sino por una declaración del cambio de voluntad en una de las formas requeridas para los testamentos*»; pero fué modificada por otra que rechazaba las dos tendencias; tomando un término medio con el objeto, tal vez, de conciliarlas; no admitía la forma testamentaria para la revocación, ni la escrita simple, proponiendo una forma intermedia, como la escritura auténtica, por ejemplo, así se modificó la redacción que quedó en esta forma; «los testamentos no podrán ser revocados, en todo ó en parte, sino por un acto auténtico que contenga la declaración del cambio de voluntad»; pero se observó, que según la nueva forma no podría revocarse un testamento por otro ológrafo, y que sin embargo, podría serlo por cualquier acto auténtico, aún el recibido por un oficial público que no fuera un notario, observaciones que fueron aceptadas y por esas razones se redactó en forma que pudiera ser revocado por otro testamento, y por un acto público ante notario, quedando con esta redacción: «los testamentos no podrán ser revocados, en todo ó en parte, sino por un testamento posterior, ó por un acto ante notarios, conteniendo la declaración del cambio de voluntad», y el Dr. Velez-Sarsfield, queriendo confirmar la doctrina de Domat, Part. II, lib. III, tit. I, Sec. V, n° 12, que sólo admitía la revocación por otro testamento,

no puede ser revocado sino por otro testamento posterior, hecho en algunas de las formas autorizadas por este Código, sin que sea ne-

adoptó la primera parte del art. 1035, de que «el testamento sólo podría ser revocado por otro testamento posterior» agregándole la segunda parte de la primitiva forma de la comisión «en alguna de las formas requeridas para los testamentos», de modo que según la doctrina adoptada por nuestro Código Civil, no hay otra revocación de los testamentos que la hecha por otro testamento en la forma establecida por el Código. Esta es la historia de nuestro artículo; ahora estudiémoslo.

En primer lugar, se nota que el artículo sólo comprende la revocación expresada, porque como se verá mas adelante, la ley admite revocación tácita; así, pues, se habría ganado en exactitud y claridad, si hubiera dicho: «el testamento no puede ser revocado *expresamente*, sino por otro testamento posterior, etc.»; pero la corrección no tiene en sí gran importancia, desde que todos están conformes en admitir que el artículo habla de la revocación expresa.

Pero lo que me parece de importancia es la diferencia que se nota entre éste artículo que limita la revocación de un testamento, que no puede operarse sino por otro testamento posterior, con el art. 3825 que la autoriza en cualquier forma, tratándose de un testamento otorgado en el extranjero, siempre que sea hecha con arreglo á la ley del lugar en que se hizo el testamento, ó según la ley de su domicilio cuando lo otorgó, ó finalmente, según las leyes de la República, si el testamento fué otorgado en ella. De modo que el testamento otorgado en el extranjero, puede ser revocado con arreglo á las leyes del lugar en que fué hecho, y si éstas admitieran la revocación por escritura pública ó por instrumento privado, esa revocación sería válida entre nosotros.

La revocación puede hacerse por un testamento posterior, no tendrá pues valor la hecha ante escribano público, si no es un testamento; es decir, si no manifiesta claramente su voluntad de disponer de sus bienes en un acto separado. Así, pues, si en un contrato cualquiera, celebrado ante un escribano público, y tres testigos se dijera, revoco el testamento otorgado en tal fecha, ó hago tales ó cuales legados, no tendría valor alguno.

Pero la simple revocación, ¿importa hacer un testamento? Nuestro Código Civil ha resuelto esta cuestión, que ha dividido á los jurisconsultos franceses con ocasión de la última parte del art. 1035, que el nuestro ha suprimido. En efecto, Marcadé, Delvincourt, Massé y Vergé anotadores de Zachariæ, Saintespés-Lescot y otros, han sostenido que la revocación pura y simple no importaba un testamento; pero las más

cesario que la revocación se haga en la misma clase de instrumento; así un testamento por acto público puede dejarse sin

grandes autoridades, como Merlin, Toullier, Vazeille, Coin Delisle, Demolombe, Aubry y Rau, Colmet de Santerro y otros, demuestran que bajo el imperio de la legislación francesa toda revocación importa un testamento, lo que también es admisible por nuestro derecho, con excepción de los casos del art. 3825. En efecto, revocar un testamento es ejecutar un acto de dueño, de señor, de legislador; en una palabra, porque deroga una ley creada por su propia voluntad, aunque nada disponga al parecer; pero en realidad ordena que las disposiciones anteriores queden sin efecto, lo que importa disponer en favor de los herederos *ab-intestato*.

Un testamento revocado por uno posterior que ha caducado, ¿quedará revocado definitivamente? Así lo sostienen Demolombe y Coin-Delisle; pero no me parece que esta doctrina pueda aceptarse ni aún en derecho francés. Porque el testamento privilegiado es una manifestación de voluntad como la que puede hacerse en cualquiera de las otras formas, y si la ley, por circunstancias especiales, los declara caducos pasado cierto tiempo, no les quita por eso el efecto que han producido como actos válidos ó manifestaciones conscientes de la voluntad. Si el testamento privilegiado (militar ó marítimo), era válido; si revocaba al testamento anterior; si fallecido el testador dentro de los términos acordados para su validez, debía ejecutarse en todas sus partes; la circunstancia de sobrevivir y entrar en las condiciones ordinarias de los demás testadores, y de que el testamento caducó por haberse vencido el término, no autoriza para hacer revivir el testamento revocado. La cuestión debe plantearse en esta forma: ¿el testamento privilegiado revocó, si ó no, al testamento anterior? Si lo revocó, como nadie puede negarlo, ¿de qué modo puede volver á hacerlo revivir? La ley no autoriza otras formas que la confirmación, reproduciéndolo en todas sus partes; en una palabra, volviendo á hacer el testamento ó la retractación, art. 3831. El art. 1213, Cód. Chileno, sostiene la doctrina contraria.

Nuestro artículo suprimió las palabras, «en todo ó en parte» que contiene el Cód. Francés al hablar de la revocación. ¿Entendió por esto que sólo podía hacerse la revocación total, y quedaba suprimida la parcial? No seguramente; porque en el sistema del Código Civil Argentino, la voluntad del testador es la ley á que obedece el testamento, y puede revocarlo total ó parcialmente, sólo que debe expresarse de una manera clara que no lo revoca ó que lo confirma en todas sus partes; porque si guarda silencio, queda revocado totalmente.

efecto por uno en forma ológrafa, con esta particularidad que, para revocar el anterior basta con que no se refiera á él confir-

¿Puede hacerse la revocación condicional? Demolombe, XXII, 152 propone así la cuestión: «supongamos, dice, que la cláusula revocatoria condicional se encuentre en un testamento posterior, que contiene además de esa cláusula, disposiciones nuevas, diferentes más ó menos, de las disposiciones anteriores. En este caso la suerte de la cláusula revocatoria está ligada á la suerte de las nuevas disposiciones, de modo que ella debe ser nula si esas disposiciones lo son. O al contrario, ¿la cláusula revocatoria es independiente, de modo que ella puede ser válida, aunque las disposiciones sean nulas? Esta tesis es delicada, y las graves controversias que ella ha suscitado desde largo tiempo, se agitan aún en la doctrina y en la jurisprudencia. Creemos que para resolverla es necesario ante todo hacer una distinción: ó el testamento posterior era nulo en la forma, ó siendo válido en la forma, son las nuevas disposiciones que contiene las que son nulas por una causa cualquiera». Según la teoría del Código, que ha suprimido la revocación por acto notariado, no podemos llegar á las mismas conclusiones que adopta el sabio comentarista francés. En efecto, si el testamento posterior era válido por la forma, la revocación se habría operado, aunque las demás disposiciones vinieran á anularse. Supongamos que al hacer el nuevo testamento se han legado tales ó cuales bienes al escribano ante quien se otorgó; que nada se dijo sobre la revocación, ésta se habría producido aunque la única disposición contenida quedara nula, como expresamente lo ordena el art. 3830. Así, pues, la revocación condicional hecha en un testamento válido tendrá efecto si la condición se cumpliera, porque el testador puede imponerla, desde que es el legislador del testamento, y la ley no ha limitado su acción. La cuestión queda, pues, resuelta por nuestro artículo, que ha suprimido la revocación por ante notariados.

La revocación hecha en forma testamentaria, aunque no contenga disposición alguna, y se limite á revocar el anterior testamento, producirá su efecto; quedará como si jamás hubiera testado.

Es entendido que el testamento se puede revocar por otro en cualquier forma que sea; así, un testamento por acto público puede ser revocado por uno ológrafo; basta que sea escrito, fechado y firmado por el testador manifestando que revoca el testamento anterior, aunque no contenga otra disposición, para que quede revocado. En esta parte se da razón á la antigua teoría que sólo exigía la forma escrita. — Comp. VAZELLE, al art. 1035, n° 17. COIN-DELISLE, art. 1035, n° 7. TAILLER,

mándolo; porque el legislador ha supuesto que el acto de hacer un nuevo testamento indica que ha cambiado por completo de voluntad; así dice el **art. 3828**: *el testamento posterior anula el*

IV, pág. 170. COLMET DE SANTERRE, IV, 182, *bis*, AUBRY y RAU, § 725, n° 1.—Véanse arts. 3631, 3710 y 3828.

Hemos considerado á la nota del Dr. Velez-Sarsfield como el comentario más autorizado, siempre que explique la disposición del artículo, no dándole valor alguno cuando diga lo contrario. El Congreso, al mandar se hiciera la publicación oficial del Código Civil, debió dar autoridad á esas notas, ordenando acompañar al texto de la ley; pero nada dijo, y sin embargo se publicaron sin mandato expreso del Cuerpo Legislativo ni del Poder Ejecutivo, y se ha seguido incluyéndolas en las sucesivas ediciones oficiales. Fueron los encargados de la corrección de las pruebas los que hicieron la agregación, y los que también se permitieron depurarlas de los errores anotados por el Dr. Segovia, en lo que á mi juicio procedieron sin autorización, aunque corrigieron esas notas de errores evidentes en lo que respecta á las citas; pero en otras se excedieron, como sucede en la nota á este artículo. Decía el Dr. Velez-Sarsfield: «por el Cód. Francés, art. 1035, basta la declaración de cambio de voluntad hecha *ante un escribano*», y así debió quedar, porque el artículo dice, ante notarios; pero se corrigió como lo indicaba el Dr. Segovia por la de «hecha en escritura pública», lo que es inexacto, y debe restituirse como se dice en la edición declarada auténtica.

(**Art. 3828.**) Dijimos, que según la teoría del Código Francés, el testamento posterior no revocaba necesariamente el anterior, á menos de manifestación expresa de quererlo revocar; que cuando nada se hubiera dicho en el segundo, continuarían existiendo del primero, disposiciones que no fueran incompatibles con el segundo, arts. 1035 y 1036; que nuestro Código había seguido la teoría contraria, pues el testamento

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3827.—L. 2, Dig., *De injusto rupto*. Pothier. *Pand.*, tom. 2, pág. 191, n° 3.—Cód. de Luisiana, art. 1085.—De Austria, 719.—De Vaud, 665.—Por el Cód. Francés, art. 1035, basta la declaración de cambio de voluntad hecha en escritura pública. Lo mismo el Código de Holanda, art. 1089.—Napolitano, 990.—Marcadé, sobre el art. 1035, sostiene que la revocación de un testamento no sería válida, cuando se hiciera por un acto en la forma ológrafa, que sólo tuviera el objeto de revocarlo sin hacer disposición alguna de los bienes; pero, en el caso de la simple revocación, hay una disposición directa de los bienes. Lo contrario de lo que piensa Marcadé, enseñan Merlin. *Rep. verb. revoc. de Codic.*—Grenier, *Testament*, n° 342.—Toullier, tom. 5, n° 633.—Duranton, tom. 9, n° 431.—Demante, tom. 4, n° 182 bis.

anterior en todas sus partes, si no contiene confirmación del primero, de modo que éste quedará revocado, aunque en el segundo

posterior revoca al anterior, por el hecho de existir válidamente, y es necesario manifestar una voluntad contraria para darle validez.

Pero al estudiar este artículo es necesario que nos demos cuenta de los diversos términos que usa el Código Civil, en este título, para no confundir ciertos principios. El artículo expresa que el testamento posterior *anula* el anterior; mientras nos acaba de decir en el artículo anterior, que el testamento sólo se *revoca* por otro posterior; nos habla en seguida de *confirmar* las primeras disposiciones que quedan sin valor sin esta circunstancia, mientras en el artículo siguiente se habla de *confirmar* un testamento nulo por sus formas, reproduciendo sus disposiciones, y el art. 3831, nos presenta la *retractación* como un modo de hacer revivir el testamento.

No hay precisión, ni propiedad en la manera de expresarse; la palabra *anular* está empleado en el sentido de *revocar*, dejar sin efecto una disposición, y es necesario tener presente esto modo de interpretar la palabra, porque si el testamento quedara nulo en realidad, para confirmarlo se necesitaría reproducir todas sus disposiciones, lo que no es necesario, pues le bastará decir, que no queda revocado el testamento anterior para darle validez.

La *retractación* se diferencia de la confirmación, en que si bien es necesario que exista en ésta dos testamentos, para que el segundo confirme y haga válido al primero, reproduciendo todas las disposiciones, en la retractación se necesitan tres actos: un primer testamento; un segundo revocando el primero, y la retractación en forma testamentaria, del segundo testamento, que deja válido al primero, para lo cual bastará que el testador diga, que retracta y deja sin efecto el segundo testamento. He ahí, pues, un modo de hacer revivir un testamento que había quedado revocado por el segundo, lo que sería un argumento favorable á los que sostienen la tesis, de que la revocación producida por el testamento privilegiado, no produce efecto, una vez que ha caducado, volviendo a revivir el revocado.

El testamento posterior no *anula* al anterior, como dice el artículo, porque si así sucediera, la retractación no podría hacerlo revivir, sin reproducir todas las disposiciones; lo *revoca*, como se dice claramente en la nota, y esa revocación parte de esta presunción, que al otorgar un nuevo testamento, el testador obra como si antes no hubiera testado. Esto es lo que se ha confundido por algunos autores argentinos, cuando afirman, que para *confirmar* el primer testamento no es nece-

se haga referencia al primero, porque necesita de un acto expreso de voluntad manifestando su deseo de mantenerlo.

El legislador argentino tiene en vista únicamente los actos ejecutados en la República, y con la idea de favorecer la inmigración ha olvidado, muchas veces, que la soberanía de la Nación Argentina debía ofrecer á los que habitan su territorio todas las garantías que ellos necesitan para desenvolverse y prosperar. Pero felizmente volviendo hacia estos salvadores principios ha dicho en el **art. 3825**, 1ª parte: *la revocación de un testamento*

sario reproducir sus disposiciones, mientras que en la retractación en forma testamentaria, basta retractar la revocación para que valga y reviva el primero, y en la confirmación, en el sentido que el Código Civil da á esta palabra, tratándose de un acto nulo, es necesario reproducir todas las disposiciones que se quieren confirmar ó hacer valer; porque ninguna de ellas ha tenido existencia.

El presente artículo habla de un testamento válido que quedaría revocado por el segundo, si no expresara claramente el testador que su intención no era revocarlo, por eso la palabra confirmación no está bien empleada, como lo hemos dicho, porque sólo se confirman los actos viciosos y nulos; así, pues, el artículo debió redactarse en esta forma: «el testamento posterior *revoca* el anterior en todas sus partes, si no contiene la expresión de que lo deja en toda su fuerza». Comp. las leyes citadas en la nota.—Véanse arts. 1061, 1062, 3629 y 3831.

(**Art. 3825.**) Es necesario tener presente que el artículo habla de la *revocación* de un testamento hecho fuera de la República, revocación que puede contener otro testamento, pero que no es necesario que lo contenga. La cuestión que nuestro artículo resuelve es la siguiente: ¿cómo se puede revocar un testamento hecho fuera de la República, por persona no domiciliada en la Argentina? La hipótesis supone el caso en que el testador ó sus herederos se domiciliaren posteriormente en nues-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3828. — L. 21. Tit. 1, Part. 6ª. — Código de Austria, art. 713. -- De Vaud, 668. — Prusiano, 572. — Instit., Lib. 2, Tit. 17, § 2. — El Cód. Francés, art. 1033, dispone, que, si no se revoca expresamente el testamento anterior, subsistirá en todo lo que no sea incompatible con el posterior. Conforme con el Código Francés, el de Luisiana, art. 1485, y el de Nápoles, 961. Seguimos la disposición de la ley de Partida, porque el hecho de proceder á un nuevo testamento, induce naturalmente la presunción de que el testador obra como si antes no hubiese testado. Evítanse también así las innumerables cuestiones que se ven en los Comentaristas del Código Francés, sobre la incompatibilidad intencional del testador en sus disposiciones.

hecho fuera de la República, por persona que no tiene su domicilio en el Estado, es válida, cuando es ejecutada según la ley del lugar en que el testamento fué hecho; porque en ese caso es justo que la República acepte la aplicación de la ley extranjera, tratándose de personas que no habitan su territorio, y que se sujetan á las leyes del lugar en que realizan el acto. Téngase presente lo dispuesto en los arts. 6 y 7 sobre la capacidad de hecho de las personas domiciliadas en el extranjero.

El extranjero que no está domiciliado en la República, que revoca un testamento otorgado anteriormente, puede hacerlo, ó bien con arreglo á la ley del lugar en que lo otorgó, que es el caso de que acabamos de hablar, *ó según la ley del lugar en que el testador tenía á ese tiempo su domicilio* (art. 3825, 2ª parte). Trátase de un testamento otorgado fuera de la República, que la ley argentina considera válido, si es hecho con arreglo á la ley de su otorgamiento, y el artículo admite la revocación que se hiciere con arreglo á la del domicilio del testador, porque su voluntad debe manifestarla en una ú otra localidad y con arreglo á sus leyes; pero viene el tercer caso que presenta el mismo artículo: *y si* (el testamento) *es hecho en la República* (la revocación es válida) *cuando es ejecutada según las disposiciones de este título* (art. 3825, últ. parte); pero no se debe seguir de un modo abso-

tro país, ó poseyeren bienes que quisieran dividir, de modo que los jueces tuvieran que decidir si el testamento presentado ha sido ó no revocado. Supongamos que el testamento fué hecho en Francia por un individuo domiciliado en dicha nación. ¿Cómo puede revocarlo? Es evidente que con arreglo á las leyes francesas, este caso no ofrece duda; pero el individuo no tenía su domicilio en Francia, donde se encontraba de paso solamente, habiendo otorgado su testamento con arreglo á las leyes francesas, en ese caso el artículo autoriza para revocarlo válidamente según las leyes de Francia, donde el testamento fué hecho; pero el testamento otorgado en Francia, por un individuo domiciliado en el Brasil, puede ser revocado con arreglo á las leyes del Brasil, que son las de su domicilio al hacer el testamento; si éste fué otorgado en la República, la revocación podría hacerse con arreglo á sus propias leyes.

Propongamos diversas hipótesis para estudiarlas separadamente. Se trata de la *revocación*, que puede no contener un testamento, no hablamos de uno nuevo:

luto esta regla, que se aplica á los que no tienen su domicilio en la República, pues el que estando de paso en ella otorgase un

1^a Revocación de un testamento otorgado fuera de la República, por individuos no domiciliados en ella;

2^a Revocación hecha fuera de la República, por individuos no domiciliados en ella, con arreglo á las leyes del lugar en que se otorgó el testamento;

3^a Revocación del testamento, hecha con arreglo á la ley del domicilio del testador;

4^a Revocación del testamento hecho en la República, con arreglo á sus propias leyes.

En la 1^a y 2^a hipótesis, si suponemos que el testamento se ha hecho en Francia, por ejemplo, la revocación será válida y dejará sin efecto la disposición si fuera hecha con arreglo á la ley Francesa; porque si bien la revocación en sí misma puede no ser un testamento, como ella tiende á anular el otorgado, ó como esa revocación puede nacer del testamento mismo, es necesario que la voluntad se manifieste en alguna de las formas en que pudo hacerse. Es cierto que el art. 3827 dice, que el testamento no puede ser revocado sino por otro testamento, pero eso no importa decir, que la revocación debe hacerse necesariamente por otro testamento, sino simplemente que la forma de la revocación debe ser la que se necesita para hacer un testamento. El testador puede limitarse á revocar el testamento otorgado, quedando sin disposición testamentaria.

Así, pues, el testamento otorgado en Francia por un francés domiciliado en esa nación, podrá ser revocado allí en la forma que determina la ley francesa, y no valdría si fuera en otra forma.

3^a hipótesis. Si suponemos que el testamento fué otorgado en Francia por un individuo domiciliado en el Brasil, la revocación puede hacerse con arreglo á la ley francesa, ó, según la ley brasileña, donde tiene su domicilio el otorgante. Téngase presente que hablamos de la revocación que puede tener lugar sin haber hecho un nuevo testamento por el cual disponga de sus bienes.

4^a hipótesis. Si el testamento fué otorgado en la República, podrá ser revocado no sólo con arreglo á sus propias leyes, sino también según la ley del domicilio del testador, si es que allí fuera hecha la revocación.

Si el testamento ha sido otorgado en el extranjero, por un argentino, con arreglo á nuestras leyes, sin estar domiciliado en el lugar donde lo otorga, lo que puede suceder según el art. 3638, la revocación puede hacerse con arreglo á nuestras propias leyes, ó según las de su domicilio actual. Si fuera un nuevo testamento por el que se hiciera la revo-

testamento, no estaría obligado á revocarlo con arreglo á las leyes argentinas. Lo que el artículo quiere expresar es el modo como se puede revocar un testamento otorgado por un individuo que no está domiciliado en el estado, y dice: puede revocarlo con arreglo á la ley del lugar en que el testamento se hizo; puede igualmente hacerlo conforme á la ley de su domicilio, y finalmente, si el testamento se hizo en la República, con arreglo á sus leyes.

§ 1040. — ACTOS QUE REVOCAN EL TESTAMENTO

Además de la voluntad expresa del testador revocando ó dejando sin efecto el testamento, hay otros en que la ley lo da como revocado; así, dijimos que el acto de otorgar un nuevo testamento bastaba para considerar revocado el anterior si no contenía confirmación expresa; del mismo modo la ley considera revocado el testamento cuando el testador ha cambiado de estado civil, por eso dice el **art. 3826**: *todo testamento hecho por persona que no*

cación, ambos no podrían subsistir, á menos de expresar en el segundo que confirma en todas sus partes al primero, de otro modo el testamento posterior revocaría al anterior.

La revocación de un testamento hecho fuera de la República, estará sujeto á lo dispuesto en el art. 3638, á cuyo comentario me refiero.

El presente artículo fué corregido por el Congreso, en 1882, cambiando la palabra *válido* por la de *válida*, que se refiere á la revocación.

(**Art. 3826.**) Las cuestiones que suscita este artículo son de importancia, y pueden reducirse á las siguientes:

1^a La persona que, estando casada, contrajere matrimonio de mala fe con otra inocente, ¿revocaría por ese acto el testamento que hubiere hecho?

2^a La persona inocente que, habiendo hecho su testamento, contrajere de buena fe matrimonio con otra casada, ¿revocaría su testamento por el acto de celebrarlo?

3^a Anulado el matrimonio por haberse celebrado contra las prohibiciones del art. 9, de la ley de matrimonio civil, ¿se revocará el testamento otorgado antes por cualquiera de los cónyuges?

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3825. — Código de Nueva York, § 554.

esté actualmente casada, queda revocado desde que contraiga matrimonio, porque los esposos son herederos forzosos entre sí, y

4ª El testamento otorgado en favor de la novia ó de la concubina con quien hacía vida marital el testador, ¿quedaría anulado por el matrimonio posterior celebrado con esas mismas personas?;

5ª Si el testamento no estuviera concluido cuando contrajo matrimonio el testador, ¿quedaría revocado si lo concluyera después?;

6ª Si el testador enviudase sin tener sucesión, ¿valdrá el testamento otorgado antes de su casamiento?

La primera cuestión no puede ofrecer duda, el testamento no se anularía, porque se trata de una persona casada, que cometiendo el delito de bigamia se vuelve á casar; el artículo anula el testamento hecho únicamente por una persona soltera. Aunque el otro cónyuge fuera inocente y tuviera sucesión (matrimonio putativo), y entrara con los otros hijos legítimos ó con el primer cónyuge, el testamento no se revocaría según los términos del artículo; porque el testador era casado cuando lo otorgó, y el legislador ha revocado el testamento del soltero que contrae matrimonio, por los derechos que adquiriría el cónyuge y la probable sucesión, para dejarlo en completa libertad de arreglar su nuevo estado. Y como se verá en la segunda cuestión, resultaría que el cónyuge culpable conservaría su testamento, mientras el inocente lo habría revocado por el hecho de contraer matrimonio. Esta doble posición, perjudicando al inocente y salvando al culpable, no es jurídica, ni razonable; uno y otro deben conservar su última voluntad, ó en el mismo caso declararse revocada. Veremos más adelante, como el matrimonio nulo no influye ni tiene poder para revocar el testamento otorgado. Concluimos, pues, que la persona que estando casada ha otorgado testamento, por el hecho de volverse á casar, no lo ha revocado.

Respecto de la segunda cuestión, el cónyuge soltero que hubiere hecho su testamento y contrajere después matrimonio, revoca ese testamento, dice el artículo; pero no es necesario aplicarlo en una forma absoluta, pues no basta que el matrimonio se haya celebrado, es necesario que sea válido. Si la persona con quien se casó lo hubiera estado en el momento de celebrarlo, ese matrimonio sería nulo, y aunque produzca efectos civiles con relación á la prole y al cónyuge inocente, eso nada tiene que ver con el testamento; el matrimonio ha sido nulo, se considera como si no hubiera existido en cuanto al acto mismo, sin tener en cuenta los efectos que ha hecho nacer respecto del cónyuge inocente y de los hijos de ese matrimonio. Así, pues, como no causó la revocación del testamento otorgado por la persona casada que contrae uno nuevo

aunque no hubiera hijos tendría que reformarse el testamento otorgado; es preferible, pues, dejarlo sin efecto.

cometiendo un delito, tampoco puede causar la revocación del testamento hecho por el cónyuge inocente por el hecho de ser soltero.

Y la resolución que hemos dado á las dos cuestiones anteriores, so impone igualmente con relación á los dos cónyuges de buena fe, cuando el matrimonio fuera contraído con alguno de los impelimentos del art. 9 de la ley de matrimonio civil, porque lo hecho contra la prohibición de la ley es de ningún efecto. Y si ha existido matrimonio, ¿por qué so revocaría el testamento? Se dirá con alguna razón: «el artículo sólo comprende á la persona que no esté actualmente casada», y no hay derecho para extender la disposición á los casos de nulidad de matrimonio, á lo que se podría contestar con mayor razón, que también habla del caso en que se contraiga matrimonio, y que el matrimonio nulo no es tal ni se puede tener en cuenta; que quien ejecuta un acto contra la prohibición de la ley, es como si ese acto no hubiera existido. No hay matrimonio en el caso supuesto, y por consiguiente, no hay revocación de testamento. Lo que es nulo, es como si no existiera.

En cuanto á la cuarta cuestión, á saber; el testamento hecho por una persona en favor de la concubina, con la que después viniera á casarse, ¿quedaría revocado, por el matrimonio celebrado? Ha ocurrido en nuestros tribunales el caso muy curioso: un señor S, vivía en concubinato con una mujer en cuyo favor había hecho su testamento; pero estando enfermo gravemente y queriendo regularizar su estado ó satisfacer un deber de conciencia, contrae matrimonio *in extremis* con la misma concubina, y fallece cinco días después. Resultaba que el testamento otorgado anteriormente quedaba revocado por el matrimonio; pero como éste se había celebrado estando enfermo el contrayente y falleciendo de la misma enfermedad dentro de los 30 días, resultaba que la mujer no tenía derechos sucesorios, según el art. 3573, y quedada sin parte alguna. Si aplicáramos en toda su strictiz las disposiciones de la ley, este caso especial debería decidirse en contra de la presunta voluntad del testador; pero como las leyes no se dictan para casos especiales y raros, que no pueden trarse como excepciones, pues no es posible suponer tal cúmulo de circunstancias para producir casos únicos, mi opinión es que los tribunales, sólo procediendo como Cortes de equidad, pueden admitir la no revocación del testamento. Las observaciones que hice al estudiar el art. 3573, sobre la redacción imperfecta de ese artículo, se confirman y adquieren mayor peso en este caso. El legislador, para impedir el peligro de los matrimonios *in extremis*, celebrados por avari-

El legislador ha debido interpretar la voluntad del testador, cuando éste por hechos ejecutados manifestare su deseo de revo-

ca con el objeto de heredar al muerto, ha prohibido el derecho hereditario al cónyuge que ha consagrado una unión en los últimos instantes de su vida. Mi opinión es que sólo por equidad en el caso de matrimonio con la concubina, si el testador ha fallecido dentro de los 30 días, se puede admitir la no revocación.

En cuanto al testamento hecho en favor de la novia, el matrimonio posterior lo ha revocado, y no hay razón alguna para mantenerlo como válido, desde que la mujer conserva su derecho hereditario, y es más propio aceptar la revocación. para dejar al testador en su completa libertad.

Respecto á la quinta cuestión, si suponemos que el testador hubiese hecho un testamento ológrafo fechado y escrito de su puño y letra, pero no firmado, y contraído el matrimonio agregase: después de celebrado mi matrimonio confirmo lo dispuesto anteriormente, ó hago tales ó cuales legados y lo firmare, ese testamento valdría, porque no existía antes y no se puede revocar lo que no tenía valor alguno. Lo mismo sucedería si hubiera hecho un testamento cerrado, habiéndolo escrito, fechado y firmado antes de su matrimonio, y después de celebrado lo presentare al escribano y testigos en un pliego cerrado, manifestando que ese era su testamento; porque antes no existía como tal testamento cerrado; pero si se declarase nulo por faltarle alguna de las formalidades exigidas, y se quisiera hacer valer como testamento ológrafo, art. 3670, ¿no habría quedado revocado como tal? Mi opinión es por la afirmativa; porque si ese testamento hubiera existido antes del matrimonio, habría quedado revocado según la disposición que estudiamos, luego no puede declararse válido en esa forma que no tiene fuerza en virtud del artículo, y si lo damos valor como testamento cerrado, es porque se ha hecho después del matrimonio, lo que manifiesta la persistencia de la voluntad después del acto.

Finalmente, si el testador enviudase sin tener sucesión, ¿habría convenido en dejar sin revocación el testamento? En principio tal vez; pero habría dado lugar á dudas y pleitos; es más seguro considerarlo como no existente, y desde que el testador sabe que ese testamento ha quedado sin valor, lo más sencillo es volverlo á otorgar ó confirmarlo transcribiendo sus disposiciones.

Un testamento declarado revocado *ipso jure*, no puede revivir porque haya desaparecido la causa que lo dejó sin valor; no se trata en este caso de derechos á ejercer que se suspenden, como sucede en el caso de sus-

car el testamento; así por ejemplo, *la cancelación ó destrucción de un testamento ológrafo, hecha por el mismo testador, ó por otra persona de su orden, importa su revocación, cuando no existe sino un sólo testamento original* (art. 3833, 1ª parte); porque roto el

potestad de la patria potestad de la madre viuda que contrae segundas nupcias, en que no hay razón para privarle del sagrado derecho de criar y gobernar á los hijos del primer lecho, una vez que haya vuelto á enviudar. Es hasta inhumano el privar á la madre de derechos tan sagrados, entregando sus hijos á personas extrañas, cuando tiene patria potestad sobre los del segundo lecho; por eso hemos sostenido y sostenemos, á pesar de la crítica que nos hace el Dr. Llerena, que pegándose á las palabras de la ley, prefiere declarar pérdida la patria potestad. Hay ciertos momentos en que el comentador debe levantarse por encima de las palabras del legislador, cuando se trata de interpretar instituciones sociales, que sirven de fundamento á la familia misma, que es la base de toda sociedad civilizada. El legislador argentino no ha podido querer que la mujer pierda para siempre la patria potestad sobre los hijos del primer lecho, cuando restituye á la mujer viuda á la plenitud de todos sus derechos civiles. Pero nos hemos separado de nuestro objeto, para defender una opinión que prevalecerá en el porvenir, porque es humana, reconoce y confirma los sentimientos del amor materno, consulta los intereses de los hijos, y sobre todas estas consideraciones, no se da el escándalo social de que los hijos se encuentren en poder extraño, teniendo madre, rompiendo los vínculos de la familia, que con el alejamiento concluyen por debilitarse.—Véanse arts. 3715, 3825 y 3827.

(Art. 3833.) Comenzaremos por observar, que el presente artículo sólo se aplica á la cancelación tácita del testamento *ológrafo*, y que habría sumo peligro en extender su disposición á las demás formas. Notaremos también, que no es una excepción á lo dispuesto en el art. 3827, porque allí se trata de una regla general que comprende á todos los testamentos, mientras el presente, aunque establece también una regla general aplicable únicamente á los ológrafos, esa regla marcha paralela al mismo fin.

Cancelar en su sentido técnico, es anular, borrar, truncar y quitar toda su autoridad á un instrumento público, y comprende la destrucción

Nota del Dr. Fétex-Sarsfield al art. 3826.—Código de Nueva York, § 568.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3826.—Al que se oponga al cumplimiento del testamento público, corresponde justificar que fué revocado por el otorgante.—Jur. Civ., II, 415, Ser. 2ª.

instrumento donde constaba la voluntad del testador, ó borradas sus disposiciones, la ley no puede prestar su autoridad á un escrito semejante; pero esto sucede únicamente cuando hay un sólo testamento; *si fuesen varios, el testamento no queda revocado, mientras no se hubiesen destruido ó cancelado todos sus originales (art. 3833, 2ª parte)*, pues cualquiera de ellos que quedase in-

material, que es uno de tantos medios con que se puede cancelar un instrumento; así es que podemos tomar como sinónimas las expresiones empleadas por el artículo.

No es posible determinar la forma en que se puede cancelar un testamento ológrafo, porque son muy variadas, y se atenderá á las costumbres de cada nación. Se entiende por cancelado el testamento, cuando la firma se encuentra borrada por una línea horizontal que pase por sobre el nombre y apellido, ó por líneas transversales que lo corten en diversas direcciones, ó cuando en las mismas formas se cruzaren por todo lo escrito, aunque dejaron la firma intacta. Romper, borrar ó raspar la firma, así como cualquier hecho que denote ó demuestre un cambio de voluntad ó el deseo de anular el testamento, importarán una cancelación; también se tendrá como revocación, el acto de escribir el testador en sentido transversal sobre lo escrito, la palabra cancelado ó anulado, aunque no se encuentre firmada; porque es una costumbre entre nosotros para indicar que no se da valor á lo contenido en el cuerpo principal.

En cuanto á la persona que debe hacer la cancelación, el artículo dice, debe ser el mismo testador ú otro por su orden; pero es necesario hacer una distinción que aclarará la materia, y es la siguiente: ó el mismo testador tiene en su poder el testamento ológrafo, ó lo ha confiado á un tercero. En el primer caso, cualquier cancelación ó destrucción con que se le encontrase, se reputará hecha por el testador, y será necesario demostrar que se hizo por un extraño y contra la voluntad de aquél; no bastará, pues, probar que un tercero hizo la cancelación, será necesario justificar debidamente que se realizó sin consentimiento ú orden expresa del testador, y entonces la prueba corresponderá al que sostiene la validez del testamento.

Cuando el testamento ológrafo hubiera sido confiado en depósito á una tercera persona, también es necesario distinguir: si la cancelación permite entender claramente lo dispuesto en él, y si la firma es legible; ó si está borrado de modo que no se pueda conocer ni la firma ó si reconociéndose ésta, no se entienden las disposiciones. Se debe sentar como regla general, que las roturas ó cancelaciones encontradas en un testa-

tacto se consideraría que el testador ha querido que ese instrumento manifestara su voluntad.

mento que no está en poder del testador, se presumen hechas sin autorización de éste, salvo la prueba en contrario; así, el depositario que entrega el testamento ológrafo borrado ó roto, será responsable del perjuicio causado, si no demostrase que el testador le ordenó cancelarlo. ¿Cómo puede darse esa prueba? ¿Se admitirá la testimonial? Creo que todo lo referente á la revocación, alteración ó confirmación de un testamento ológrafo debe probarse por escrito. ¿Qué perjuicios podrán demandarle, si en el testamento borrado no son legibles las disposiciones? Á mi parecer, ninguno; porque si se entienden las disposiciones y la firma, el testamento valdrá: si por el contrario no se entienden, ¿cómo se podrá demostrar que su cancelación ha perjudicado á alguien? Lo mismo sucedería si hubiera dado recibo del testamento y no lo presentase, nadie podría demostrar por medio de la prueba la verdad de sus disposiciones; porque eso sería permitir el rebacer el testamento.

Cuando el testamento depositado en poder de una tercera persona se presentare cancelado, no se tomarán en cuenta y deben cumplirse sus disposiciones si pudieran conocerse, los que sostienen la nulidad demostrarán que ha sido autorizado para cancelarlo, exhibiendo la orden escrita, y lo contrario sucede cuando el testador mismo lo ha tenido en su poder.

La revocación del testamento ológrafo por la cancelación tiene lugar cuando hubiera un solo ejemplar; pero si fueran varios, será necesario que todos sean inutilizados; así, cuando el testador ha cancelado el que tenía en su poder, dejando intacto el depositado en poder de un tercero, éste será válido aunque se demostrase que era exactamente igual al cancelado; pero sucedería lo contrario, si hubiera dado una orden escrita para que se le destruyera, y el depositario no lo hubiera hecho.

Algunos aplican erróneamente el presente artículo á los testamentos por acto público y creen, que cuando fuere otorgado en esta forma, «subsistirá mientras se conserve la escritura matriz, ó el original en buen estado»; porque el testamento por acto público no se puede revocar sino por otro testamento, pues, aunque la copia, que el Código reputa como original fuera cancelada, quedaría siempre la matriz que no puede ser tocada; así, aún cuando el testador hubiera roto ó testado la copia del testamento por acto público, no quedaría revocado, porque es un modo peculiar de revocar que sólo puede aplicarse á los testamentos ológrafos.

Demolombe, XXII, 250, sostiene la proposición siguiente: «si el

Hay actos que no dependen de la voluntad del testador, y que sin embargo la ley interpretando su intención los deja sin efecto;

testador ha otorgado varios testamentos ológrafos, y ha destruido los existentes en su poder, ordenando al tercero que tenía un ejemplar en depósito que lo destruyese; si éste por descuido ó por fraude lo conservara, deberá reputarse como revocado; proposición rechazada por el Dr. Segovia, alegando, que se abrirá un ancho campo al fraude, y además, porque no se puede ver un hecho en un propósito burlado, y que existe mucha distancia entre *lucere* y *querer hacer*.

No me parece lógica semejante conclusión. Tratamos de averiguar cual ha sido la intención del testador al realizar un acto; buscamos interpretar una manifestación tácita de la voluntad, ¿cómo es que podríamos rechazar la prueba de una manifestación expresa? Sería dar mayor valor al hecho material, que á la misma expresión clara y terminante de la voluntad. Suponemos que el testador ha dado orden al depositario del testamento para que lo destruya; que faltando á ese mandato ha conservado el ejemplar en su poder. ¿cómo rechazar esa prueba? ¿Porqué prevalecería la voluntad del tercero contra la del testador que ha querido dejarlo sin valor? En lo que no estoy conforme con la teoría de Demolombe, es en que admite toda clase de pruebas, la testimonial ó las de presunciones. Por mi parte creo que sólo se debe admitir la prueba escrita, exhibiendo el documento, la carta donde se le ordena destruir el testamento. La voluntad del depositario no debe prevalecer contra la orden expresa de destruirlo dada por el testador. Es cierto que entre el hecho y el propósito burlado hay una gran diferencia; pero no existe cuando se trata de saber cual es la voluntad del testador, pues se debe preferir la manifestación expresa á la tácita que resulta de la ejecución de un hecho. ¿Por qué si hay una carta en que se le ordena destruir el testamento, se considerará válido ese mismo testamento? Otra sería mi opinión en el caso supuesto por el Dr. Llerena, de que se pretendiese demostrar que el testador no destruyó el testamento que tenía en su poder, porque un tercero se lo impidió; no es la hipótesis estudiada por Demolombe, y resuelta por Aubry y Rau, en el mismo sentido. Aquí ya no se trata de una manifestación de voluntad que constare por escrito, sino de un hecho que se dice realizado, y que ha podido ser ejecutado después. En esos casos, sí que sería peligroso admitir la prueba, porque no habría testamento ológrafo encontrado entre los papeles del testador, que no fuera sometido á una prueba difícil de dar; sería abrir un ancho campo al fraude y la mala fe.

No debemos olvidar que se trata de interpretar la voluntad tácita

uno de éstos es al que se refiere el **art. 3832**, cuando dice: *toda disposición testamentaria, fundada en una falsa causa ó en una*

del testador, para descubrir si ha querido dejar sin efecto el testamento ológrafo, y por consiguiente si se encontrase un testamento en que estuvieran tostadas unas disposiciones ó intactas otras, valdrían las que no están borradas, pero si la firma estuviera borrada, aunque las demás disposiciones no lo estuvieran, se consideraría revocado.

Lo mismo sería muy peligroso admitir la prueba de que el testador ha roto el testamento por equivocación ó por descuido, por eso nuestro artículo no ha aceptado la teoría de Aubry y Rau, § 725, texto á la nota 50, que dicen: «la destrucción, laceración ó cancelación de un testamento ológrafo, hecha *conscientemente y á desigño* por el mismo testador, lleva consigo la revocación del testamento, cuando no existía sino un solo original»; porque sea conscientemente ó por equivocación que lo hubiera hecho, quedaría revocado. Fácil le habría sido destruir esa revocación tácita escribiendo de su puño y letra, fechando y firmando una disposición en que consignara esa circunstancia, para hacerlo valer. — Comp. DEMOLOMBE, XXII, 249, 250 y 251. AUBRY y RAU, l. c. GRENIER, III, 347. COIN-DELSLE, art. 1038, n° 16. SAINTESPÉS-LESCOT, V, 1647. — Véanse arts. 3834 á 3837.

(**Art. 3832.**) En el presente artículo se habla de falsa causa ó de una causa que no ha tenido efecto; pero que ambas estaban expresadas en el testamento. Antes de estudiarlas separadamente debemos establecer que, no se entenderá revocado el testamento, sino cuando el modo, la carga ó la causa son el objeto final de la disposición; es decir, que resulte claramente que no habría testado, si la causa expresada no hubiera existido.

Tomemos la falsa causa; si el testador hubiera nombrado heredero á B, diciendo que lo hacía para pagar el servicio que le hizo de salvarlo la vida en tal peligro, y resultase que el nombrado no hubiera hecho tal cosa, su nombramiento quedaría sin valor; pero eso no sería causa para que el testamento quedara revocado. En mi opinión, el artículo no ha debido referirse á la revocación del testamento, sino á la institución de heredero ó de los legatarios; porque me parece difícil encontrar una falsa causa que fuera bastante poderosa para anular un testamento. El ejemplo que trae en la nota el Dr. Velez-Sarsfield, tomado de Troplong,

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3833. — Duranton, tom. 9, n° 468. — Troplong, *Testament*, n° 2112. — Merlin, *Repert. verb. revoc.*, § 4 n° 1. — Aubry y Rau, § 725, letra C.

causa que no tiene efecto, queda sin valor alguno; porque si el testador hubiera conocido la causa verdadera que le ha movido para hacer el legado, no lo habría hecho.

está indicando que se trata de la revocación ó caducidad del legado, ó del nombramiento de heredero. Y lo confirman Aubry y Rau, § 725, texto á la nota 48, al decir: «la cesación del único motivo que hubiese llevado al testador á hacer un legado, hace presumir la revocación, cuando es por el hecho del testador, que este motivo ha dejado de existir. Así, se puede considerar como tácitamente revocado, el legado hecho á un ejecutor testamentario en esta calidad, cuando por un testamento subsiguiente el testador ha nombrado en su lugar á otro ejecutor testamentario». Aunque el ejemplo no está bien traído, porque la revocación del legado no viene por falta de causa sino porque el primer testamento ha quedado revocado, y sólo tendría lugar la hipótesis, cuando en el testamento posterior se considerase como firme y válido el anterior. La falsa causa podemos, pues, limitarla á la revocación de los legados ó herederos instituidos.

En cuanto al segundo caso, de una causa que no ha producido efecto, bien podemos encontrarla en la condición bajo la cual se nombra á un heredero ó un legatario, y también en el caso de un testamento que se declara revocado si llegara tal condición, en que se operaría la revocación.

En caso de un legado condicional, se puede estudiar la hipótesis siguiente: un testador deja en su testamento un legado de dos mil pesos para el sirviente que lo atendiera en su última enfermedad; el testador es declarado incapaz, y el curador cambia al sirviente que había atendido al testador hasta ese momento. ¿Se considera revocado el legado? Así lo han decidido los tribunales franceses, y me parece que se debe seguir esa opinión.

En cuanto á las cargas impuestas como objeto final de la disposición, debemos decir, que siempre será una cuestión de interpretación de la voluntad del testador, como vamos á verlo en los ejemplos siguientes:

El testador lega 10000 pesos á A, con la carga de pagar 200 pesos á B, acreedor de aquél por esa cantidad; antes de morir, el mismo testador paga esa suma. ¿Se entenderá revocado el legado, porque falta la causa determinante del legado? No lo creo; porque es evidente que el testador no ha sido movido por esa causa única á hacer el legado, pues hay una gran desproporción entre el legado y la carga; pero si, por ejemplo, hubiese dado esa cantidad para que le hiciera un monumento en el Cementerio del Norte, en un terreno de propiedad del testador, y éste an-

Cuando ocurriesen ciertos hechos que dieran lugar á interpretaciones diversas, el legislador se verá obligado á clasificarlos creando presunciones, que los interesados pueden desvanecer, y para estos casos regirán las reglas siguientes:

1^a *Cuando un testamento roto ó cancelado se encuentra en la casa del testador, se presume que ha sido roto ó cancelado por él, mientras no se pruebe lo contrario (art. 3835);* porque se parte

tes de morir lo hiciera, es evidente que habiendo desaparecido la causa final de la disposición, el legado debe considerarse como revocado.

Otro ejemplo: el testador lega 2000 pesos al sirviente B, si al tiempo del fallecimiento se encontrase á su servicio; si la condición no se realiza, falta la causa determinante y el legado debe declararse revocado ó caduco.

Otro ejemplo, traído por Papiniano, y citado por Demolombe: lego por mejora mi casa á Pablo, uno de mis herederos presuntivos; y á Pedro, mi otro heredero, una suma de un valor igual á la de la casa, de modo que este doble legado demuestra evidentemente mi intención de establecer entre ellos una perfecta igualdad. En seguida enajeno la casa legada á Pablo, sin tener disgusto alguno. Esta revocación tácita del legado á Pablo, ¿debe llevar consigo la revocación del hecho á Pedro? Papiniano se decidió por la afirmativa y esta opinión la han adoptado los jurisconsultos franceses, y creo que sin peligro puede admitirse en nuestro derecho, si se agregaren algunas circunstancias que demostrasen la intención del testador de ligar ambas disposiciones, de modo que fallando una, la otra debiera quedar también revocada.

En los legados condicionales tiene su aplicación la segunda parte del artículo, cuando falta la condición á que se encontraba subordinada la disposición.—Comp. MERLIN, *Rép. 1.º Legado*, § 2, n.º 6. DUBANTON, IX, 455. — Véanse arts. 499 y 3789.

(Art. 3835.) Se trata de una presunción que es necesario desvanecer por una prueba contraria. El hecho es el siguiente: el testamento

Nota del Dr. Vélez-Sarsfield al art. 3832. — Goyena, art. 721. Aubry y Rau, § 725, n.º 2. — Pothier, *Donat. Testament*, Cap. 6, Secc. 2, § 2. — L. 21. Tit. 9. Part. 6.º. — Nos ponemos en el caso de que un testador exprese en un segundo testamento, que instituye por heredero á B, porque cree que C, instituido en el primer testamento, haya muerto. Si C vive, no puede decirse que su institución ha sido revocada. O en el caso que el testador nombra un albacea y le hace un legado por el mandato que le encomienda, y el albacea no acepta el cargo, es claro que el legado que tenía una causa, no puede existir cuando ella falta.

del hecho existente y real; así, es necesario desvanecerlo demostrando que no ha sido el testador quien lo ha roto.

ológrafo otorgado por el testador, se encuentra roto ó atravesado por rayas transversales ú horizontales, borrando las disposiciones, y se pregunta: ¿Tiene valor? El artículo contesta: si estaba en poder del testador, se presume que éste lo canceló ó borró; de donde se deduce esta consecuencia; si el testador lo había depositado en poder de un tercero, esa presunción no existe. En el primer caso, es necesario desvanecer la presunción por una prueba contraria, que puede darse por escrito ó por testigos, según los casos; son pruebas comunes que sirven para demostrar los hechos, y serán dadas por el que sostiene la validez del testamento; pero si hubiere estado en poder de un tercero, las partes testadas valdrán, siempre que puedan conocerse las disposiciones, á menos de demostrarse por prueba escrita que fueron hechas por orden del testador.

El artículo exige que el testamento se encuentre *en la casa del testador*, mientras Aubry y Rau, § 725, texto á la nota 57, de donde fué tomado, dicen: «si se encontrasé *entre los papeles del testador*», y se pregunta, si la diferencia de redacción indica, que la presunción no existirá cuando encontrándose el testamento entre los papeles del testador, éste los hubiera confiado á un tercero en una caja cerrada ó en un paquete lacrado. Mi opinión, en este caso, es que el testamento se presumiría revocado desde que se hallase roto ó cancelado al abrir la caja ó paquete que contenía los papeles, si no hubiere sospechas de haber sido violado.

¿Qué sucedería si el testador hubiera sido robado, y se encontrase el testamento borrado entre los papeles sustraídos? Es una cuestión de hecho; si los papeles se hallaren en algún paquete cerrado ó lacrado con el sello del testador, sin marca de violación, creo que se debería estar por la revocación: en caso contrario, no deberá tomarse en cuenta lo borrado, aceptándose como válido el testamento.

Las palabras «encontrarse en la casa del testador» se tomarán en sentido lato, y la presunción debe aceptarse aunque los papeles no se encontraron en su casa de familia, y sí en su escritorio ó casa de negocio; para estos casos, cada uno de estos lugares debe reputarse como casa del testador, en el sentido del artículo.

Se ha dicho que se admite toda clase de pruebas contra la presunción de haber sido roto ó cancelado el testamento por el testador; en ese caso, para desvanecerla, será necesario demostrar por testigos, ó de cualquier modo, que un tercero lo canceló ó borró, sin conocimiento

2ª *La rotura hecha por el testador del pliego que encierra un testamento cerrado, importa la revocación del testamento, aunque*

del testador; pero sería muy peligroso admitirla con facilidad, porque no habría testamento roto ó cancelado por el testador, que no pudiera validarse por una prueba de testigos, contrariando así abiertamente la voluntad de aquél. Los magistrados deben ser muy cuidadosos en esta prueba, porque se trata de dar validez á un testamento que se presume revocado.

Cuando el testamento cancelado ó roto se encontrase depositado en una oficina pública, á pesar de las seguridades que pueda ofrecer, no se reputará cancelado por el testador, porque no es de suponer que éste fuera á depositar un documento sin valor; pero si hubiera algunas partes borradas, y el testamento se hubiera depositado en sobre cerrado, la presunción debe estar en favor de haber sido ejecutada por el testador.

Si se tratase de la destrucción total del testamento, se pueden estudiar dos hipótesis; la primera, cuando la revocación se produce quedando sin valor el testamento otorgado, conociéndose las disposiciones por ser legibles, y cuando es imposible conocerse cuales eran las disposiciones. Suponemos el caso de haber sido hecha la destrucción por un tercero sin orden del testador. En el primer caso, el testamento valdrá, y el tercero que lo canceló sin derecho, pagará los daños y perjuicios causados, que se reducirán á las costas ocasionadas, y á las ganancias dejadas de percibir por los herederos ó legatarios; en el segundo, como no se conocen las disposiciones, nadio puede decirse perjudicado, y por consiguiente será imposible demostrar el perjuicio sufrido. Lo único que puede suceder es que se declarase indigno de heredar al que sustrajo el testamento ó lo destruyó, impidiendo de hacer el testamento, con arreglo al art. 3296.

Debemos agregar, finalmente, que la expresión de que el testamento «debe encontrarse en casa del testador», borrado ó cancelado, que ha sido tomado de Troplong, se entenderá en el sentido de que el testamento debe encontrarse en poder del testador, aunque no estuviera en su casa, como si habiendo fallecido en otro lugar, se hallare el testamento cancelado entre los papeles que llevase consigo.

Si se demostrase que el testador ha cancelado ó borrado el testamento sin tener conciencia del acto, como si lo hubiera ejecutado estando declarado incapaz, el testamento no se reputaría revocado, porque no puede manifestar una voluntad libre y consciente. En cuanto á la demostración de que el testador ha borrado ó cancelado el testamento por equivocación,

el pliego del testamento quede sano y reuna las formalidades requeridas para los testamentos ológrafos (art. 3836); lo que reputa-

ción, no creo que se deban admitir las pruebas comunes; porque sería abrir la puerta á la prueba testimonial, tan peligrosa é insegura en los contratos, y más aún en los actos de última voluntad. El testador mismo ha podido rehacer el acto, escribiendo de su puño y letra, y fechando su disposición, expresando que es su voluntad considerarlo como no revocado, aunque esté cancelado ó borrado; no se deben admitir las pruebas comunes para demostrar el error padecido al romperlo.—Comp. LAT-RENT, XIV. 242.— Véanse arts. 3833 y 3836.

(**Art. 3836.**) La doctrina del artículo no se justifica ante los principios del derecho, ni tiene el apoyo de las leyes romanas, ni de la jurisprudencia francesa; esto en cuanto al fondo de las disposiciones que vamos á estudiar más adelante; respecto á la forma de la revocación tácita, el artículo exige que la *rotura* del pliego que contiene el testamento cerrado sea hecha por el testador; no habla del caso en que sin estar roto el sobre, se encontrara la cubierta inutilizada, por encontrarse testadas las palabras, sea en líneas perpendiculares, oblicuas ú horizontales, sea que quedaran legibles ó ilegibles.

Debemos tener presente que se trata de interpretar la voluntad del testador, deduciendo de un acto ejecutado por él, la intención de revocarlo; es una revocación tácita que no puede oponerse á la voluntad expresa de conservar el testamento en todo su valor. Así, pues, si la carátula del testamento cerrado estuviera inutilizada por rayas que se hubieran pasado, procederíamos como se dijo en los arts. 3834 y 3835, cuando el testamento se encontraba en poder del escribano, en que las líneas borrando la carátula no tienen valor, ni se supone la revocación, si se encontraba legible todo lo escrito en ella, de modo que los firmantes y el escribano pudieran reconocerlo, y únicamente quedaría revocado cuando fueran ilegibles, pues entonces, nadie podría reconocerlo, y desaparecería la única garantía que la ley ha exigido para la validez de esta forma. Si el testamento cerrado se encontraba en poder del testador, mi opinión es que valdría, siempre que lo escrito en la carátula pudiera ser reconocido por el escribano y testigos; porque esa revocación tácita sólo se admite en los testamentos ológrafos, es especial para ellos. Aunque el artículo sólo habla de la rotura de la carátula del testamento cerrado, se debe aplicar, también, la disposición al caso en que estuviere inutili-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3835. — Troplong, *Testament*, n° 2107. — Toullier, tom. 5, n° 633. — Aubry y Rau, § 725, letra C.

mos un error de doctrina, porque la rotura de la carátula es un hecho equívoco y de dudosa interpretación, pues se pudo romper

zada, de modo que nadio pudiera reconocer el contenido y las firmas.

Y aquí debemos tratar otra cuestión de gran importancia, á saber: si las leyes de procedimiento que dictan las provincias exigieran que los testamentos cerrados fueran custodiados por los escribanos que los autorizan, si la validez de esos testamentos sufriría porque fueran entregados al testador. Mi opinión es que las provincias sólo tienen facultades para dictar leyes de procedimiento en los juicios, y no pueden invadir las leyes de fondo, como sería la que exigiera una nueva formalidad para la validez del testamento cerrado. ¿Con qué derecho las provincias podrían anular un testamento cerrado que se encontrara en poder del testador? Otra cuestión sería la siguiente: ¿Puede el escribano que tiene en su poder un testamento cerrado, negarse á entregarlo al testador? Nuestro Código guarda silencio; pero la hipótesis se regiría por las leyes del depósito, y podría ser obligado. El artículo supone el caso en que el testador tiene en su poder el testamento, y en cierto modo lo autoriza á tenerlo.

En cuanto al fondo de la disposición, me parece que el Dr. Velez-Sarsfield no ha interpretado bien la doctrina romana ni la corriente en derecho francés, porque ni la ley 1, tit. 4, lib. 28, Dig., ni Merlin, citados en la nota, apoyan semejante conclusión.

La cuestión tiene gran importancia bajo el punto de vista de la doctrina, y creo necesario tratarla para preparar la reforma. Si examinamos la ley romana, nos convenceremos que sólo habla de la revocación del testamento ológrafo, sin comprender al cerrado, y Merlin l. c., sólo dice lo siguiente: «lo que se dice de la laceración de todo el testamento, es necesario decirlo igualmente de la laceración de sólo una parte, y cuando se trata del testamento místico (cerrado entre nosotros), de la ruptura del sobre, de quitar los hilos ó cintas con el que ha sido cerrado: cuando todo esto se hace por el testador ó por su orden, el testamento se reputa revocado; pero en caso contrario, el testamento subsiste». Como se ve, se trata de interpretar el acto para saber si ha sido la intención de revocar el testamento, y todos los autores y leyes romanas están concordes en que así debe considerarse, salvo la prueba en contrario; pero nadio avanza la proposición de que ese testamento quedaría revocado aunque hubiera sido otorgado en la forma ológrafa; pues la contraria es la cierta en el mayor número de casos, armonizando así el artículo que estudiamos con el art. 3670, si bien debemos reconocer de paso, que no se contrarían, porque el presente habla de la *revocación* tácita, y aquél de

para agregar alguna otra cláusula; lo que podría demostrarse con el hecho mismo, como si se encontrase agregada una cláusula posterior.

la *utilidad* del testamento cerrado por falta de alguna de las formalidades esenciales; pero habría sido más armónico el decidirse por la revocación del testamento cerrado y por la validez del ológrafo, contenido en él. En efecto; ¿qué es lo que se propone el legislador? Interpretar la voluntad del testador, y en ese caso se debe suponer que éste ha querido invalidar el testamento cerrado; pero ha dejado en su valor el ológrafo, como sucede cuando se declara nulo el cerrado y se encuentra que el contenido es un testamento ológrafo. Por lo menos, la voluntad no está bien caracterizada, lo que se desprende únicamente es que el testador ha querido revocar su testamento cerrado, no el ológrafo contenido dentro de la carátula. Se debió tener en cuenta que en ese caso hay dos formas que garanten la autenticidad del testamento; si una de ellas ha desaparecido por propia voluntad del testador, se debía mantener la otra, si no hubiere para ésta una manifestación tácita de revocación. Esto es lo que han pensado todos los autores franceses; así, dicen Aubry y Rau, § 725, texto á la nota 60: la simple ruptura del sobre ó del sello de un testamento místico (cerrado) trae consigo su revocación, *á menos que el acto que contenga la disposición de última voluntad, reúna todas las formalidades requeridas para los testamentos ológrafos*», citando en apoyo de esta opinión á Merlin, Toullier, Duranton, Troplong, Demolombe y otros. Aun se puede creer que el artículo, tomado sin duda de Aubry y Rau, ha sido mal traducido, y que se han sustituido por equivocación las palabras, *á menos que*, por la de *aunque*, que contiene el artículo, expresando lo contrario. El Dr. Segovia, piensa, con razón, que la rotura de la carátula es una manifestación *equivoca* semejante á la destrucción de uno de los ejemplares del testamento ológrafo; y creo más aún, que no sería posible revocarlo, según los términos del artículo, sino en el único caso en que el sobre estuviera escrito al reverso del testamento, de modo que no ofreciera dudas de que ese era el contenido; porque aún cuando se encontrase la carátula rota en el mismo lugar donde estuviera el testamento ológrafo, no se podría sostener que ese era el contenido. ¿Por qué no suponer, lo que es más natural, que el testador ha querido abrir el testamento para sustituirlo por otro? Su voluntad manifiesta ha sido, indudablemente, revocar el testamento cerrado; es decir, renunciar á esa forma: pero de ahí no se deduce, que haya querido revocar el contenido, cuando fuera un verdadero testamento.

Por mi parte, creo que la doctrina del artículo prevalecería única-

3ª *Si el testamento hubiese sido enteramente destruido por un caso fortuito ó por fuerza mayor, los herederos instituidos ó los le-*

mente, cuando la carátula del testamento cerrado fuera escrita en el mismo testamento ológrafo, porque entonces habría la evidencia de que ese era el contenido; en los demás casos, no será posible demostrar cual era el documento que estaba dentro; el hecho de encontrar un testamento ológrafo dentro de una carátula abierta, no prueba ni hace suponer que sea el contenido de la carátula.

Quando el testamento cerrado estuviera depositado en poder del escribano y se encontrara abierto ó violados los sellos, no se tendrá por revocado, á menos de constar que la rotura se hizo por orden del testador; porque no está en la mano del escribano ó de un tercero el revocar y dejar sin efecto el testamento. No se trata aquí del caso del art. 3467, en que el legislador ha exigido la unidad de contexto en la formación del testamento, para que el pliego no fuera sustituido, porque ya no existe ese peligro, pues suponemos fallecido al testador; se quiere ahora dar valor á la última voluntad del difunto, y prohibir al escribano ó á un tercero que por un acto de su voluntad lo dejen sin efecto; por eso el artículo dice: la rotura hecha *por el testador*, sin considerarlo revocado por el hecho de un tercero.

No estoy conforme con el Dr. Llerena, que supone anulado el testamento cerrado, porque se encontrase en poder del testador borrada la carátula ó las firmas, pues no hay razón para aplicar una disposición especial para una forma, á otra. El Código Civil viene hablando de la revocación tácita del testamento ológrafo en los arts. 3833 á 3835, para ocuparse en seguida del cerrado en el presente artículo. ¿Por qué si el legislador sólo ha supuesto la voluntad de revocar el testamento cerrado, cuando el mismo testador hubiera roto la carátula, se le aplicaría un modo de revocación que no ha creado para esa forma? En los testamentos la interpretación debe ser estricta, y más aún tratándose de su validez; si la ley únicamente lo ha considerado revocado cuando se ha roto la carátula, no hay razón para suponer la intención de revocarlo por el hecho de borrar las firmas desde que se pudieran reconocer. Esa no es una manera de revocar el testamento cerrado.

Debemos concluir, pues, que la disposición del artículo, sólo debe aplicarse al caso en que, el testamento ológrafo que contuviera la carátula abierta fuera evidentemente el contenido de ésta, y la doctrina contraria que declara revocado el testamento ológrafo es combatida por todos los autores. — Comp. MERLIN, *Rep.* 1.º Rev. de test., § 4, n.º 1. TOULLIER, V, 664. DURANTON, IX, 470. DEMOLOMBE, XXII, 258. TRO-

gatarios no serán admitidos á probar las disposiciones que el testamento contenia (art. 3837); porque sería abrir la puerta para

PLONG, III, 2116 y 2117. AUBRY y RAU, § 725, texto á la nota 60. — Véanse arts. 3670 y 3694.

(Art. 3837.) Hemos establecido como principios generales, que dominan, por decirlo así, la materia de las últimas voluntades: el de que los testamentos no se otorgaban sino en la forma determinada para cada uno de ellos; que la prueba de una disposición testamentaria, debemos encontrarla en el instrumento mismo; que no es permitido ir á buscar fuera del testamento la prueba para alterar, corregir ó suprimir una disposición. El presente artículo es una consecuencia de esos principios, aunque ha quedado incompleto, pues se han dejado dos casos sin legislar: 1º. cuando la destrucción del testamento fuera parcial; 2º. cuando la destrucción total fuera ocasionada por el hecho de un tercero.

En el primer caso, bien puede suceder que siendo parcial la destrucción viniera á dejar sin efecto el testamento, lo que ocurriría cuando se hubiera destruido la firma ó la fecha, en que no tendría valor como disposición de última voluntad, pues le faltan formalidades esenciales para que sea considerado como testamento. La destrucción será parcial, cuando una cláusula hubiera sido inutilizada, sin que pueda conocerse su contenido, entonces valdrán las demás que han quedado intactas.

En el segundo caso, la destrucción puede ser total ó parcial, ocasionada por el hecho de un tercero; cuando fuere total, sea porque desaparezca todo el testamento, ó alguna de las condiciones esenciales que lo caracterizan, como no puede rehacerse, porque en el primer supuesto ha desaparecido todo el instrumento, no hay en realidad revocación tácita, porque no ha intervenido la voluntad del testador, hay únicamente imposibilidad de hacer constar esa última voluntad. El artículo no habla del caso en que la destrucción fuera ocasionada por un tercero; pero

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3836. — L. 24, Tit. 1. Part. 6ª. — L. 1, Dig. De his que in test. detentur. — Pothier, Pand., tom. 2, pág. 194, n° 1. — Merlin. Repert. verb. recoc. de testament. § 4. — En contra, Toullier, tom. 5, n° 664. — Duranton, tom. 9, n° 470. — Troplong, n° 2116. — No puede haber un hecho más manifiesto de la voluntad de revocar un testamento cerrado, que romper su cubierta donde estén llenadas todas las formalidades de la ley. Ese testamento, pues, está roto. Nada impide que el pliego que contiene las disposiciones del testador se convierta en un testamento ológrafo: está escrito y firmado por él; pero es indispensable que esta voluntad se demuestre de alguna manera para destruir la presunción que arroja el hecho de haber destruido precisamente lo que autorizaba para llamar testamento cerrado al pliego reservado.

justificar por medio de testigos, la existencia de una voluntad que no puede manifestarse sino de un modo especial, y en condiciones que aseguren la existencia de esa voluntad.

como se trata de la desaparición del testamento, de cualquier modo que haya ocurrido, no puede permitirse que los herederos ó los interesados lo rehagan, aunque tengan pruebas escritas que exhibir, porque sería crear una forma nueva de testar. Así, por ejemplo, si el testador hubiera escrito á A, diciéndole: «acabo de hacer mi testamento en ésta fecha, en que te nombro mi heredero, ordenándote entregues á B, tal suma como legado, tomando lo demás de mis bienes para vos; te prevengo que he depositado ese testamento en poder de C. según el recibo que se encuentra en uno de los cajones de mi escritorio». Pues bien, si ese testamento ológrafo depositado ha desaparecido, sea por culpa del depositario ó de un tercero, no podrían volverlo á formar para dar validez á la disposición; más aún, si se encontrase sin la firma ó la fecha, de tal modo que hubieran desaparecido cualquiera de ellas dejándolo incompleto, el testamento no valdría, aunque se presentara la carta á que hemos hecho referencia. ¿Por qué esta regla tan estricta? Porque se trata de disposiciones de última voluntad, en que habría un gran peligro en facilitar su prueba, cuando ha desaparecido la persona, y porque el testamento debe probarse por sí mismo.

Cuando el testamento ha desaparecido ó se ha destruido por culpa de un tercero, ¿puede intentarse el demostrar las disposiciones que contenía para autorizar una acción de daños y perjuicios? Así lo sostiene el Dr. Segovia, con cuya opinión no estoy conforme. Si el testamento no puede rehacerse para exigir su ejecución, ¿cómo podría permitirse para demandar daños y perjuicios? Eso sería crear un nuevo testamento para aplicarlo al causante de su destrucción; en una palabra, obtener del culpable lo que no pudo de la sucesión; porque si pudiera demostrar que los bienes de que fué privado importaban veinte mil pesos, y se los hiciera pagar como perjuicios, habría obtenido la ejecución de un testamento que no existe. Lo único que se puede hacer, es obtener el castigo del que ha cometido el delito, porque hay delito en destruir voluntaria y conscientemente un testamento.

El artículo que estudiamos sólo habla de la destrucción total del testamento, ocurrida por caso fortuito ó fuerza mayor, y su disposición la hemos aplicado á la destrucción parcial, así como á la total ocurrida por el hecho de un tercero, porque no hay medio de restablecerlo, cuando no quedare vestigio alguno. El hecho de que la destrucción sea por caso fortuito, ó ocasionada por un tercero, no puede cambiar el destino

5ª *Las alteraciones que un testamento pueda haber sufrido por un simple accidente, ó por el hecho de un tercero sin orden del testador, no influyen en el contenido del acto, si pueden conocerse exactamente las disposiciones que contenga (art. 3834);* porque

del testamento, que ha desaparecido por completo en un caso, ó parcialmente en otro, no es posible rehacerlo.

Nuestro artículo ha sido inspirado por Troplong, III, 2108, según la nota, y este autor sólo habla del caso fortuito, al decir: «agreguemos que, si el testamento hubiese sido completamente destruido, aunque los herederos demostrasen que la destrucción ha tenido lugar por fuerza mayor (por ejemplo, por un incendio), no les sería permitido establecer por la prueba testimonial cuales eran las disposiciones contenidas en el testamento. No se puede rehacer, después de muerto el testador, un testamento que ha dejado perecer, y que no ha rehecho estando vivo», comprendiendo únicamente el caso en que la destrucción fuera ocasionada durante la vida del testador; pero me parece que sería indiferente que el hecho ocurriera después de muerto, porque no existiendo testamento, no sería posible rehacerlo con prueba alguna; en uno y otro caso falta la voluntad expresada en una de las formas determinadas por la ley.

El artículo habría quedado más claro y completo si estuviera redactado en esta forma: «si el testamento hubiera sido enteramente destruido, ó en parte esencial, por un caso fortuito ó por fuerza mayor, ó por el hecho de un tercero, los herederos instituidos ó los legatarios no serán admitidos á probar las disposiciones que el testamento contenía». — Véanse arts. 975, 3296, 3607 y 3834.

(**Art. 3834.**) Esta disposición es un complemento de la anterior, y se aplica únicamente al testamento ológrafo, como la trae Aubry y Rau, § 725, texto á la nota 55 de donde fué tomada la disposición, y se desprende de la redacción misma del artículo.

En efecto; las alteraciones que un testamento puede sufrir, no comprenden al testamento por acto público, porque si es el original el que fuera alterado, lacerado ó testado, queda la matriz en el protocolo del escribano ó en el archivo general, no hay posibilidad de que los dos ejemplares que están en poder de diversas personas sean alterados en las mismas partes. Las alteraciones que sufriera el original, ó la copia, como generalmente se la llama, en nada influiría para alterar las disposiciones, aunque el mismo testador hubiera borrado ó destruido en parte

son hechos independientes de la voluntad del testador, que no deben alterar sus disposiciones; pero con relación á las altera-

esa copia; porque no hay revocación tácita para esta forma. En cuanto al testamento cerrado, su revocación tácita está legislada en el art. 3836. Nuestro Código no prevé el caso en que el testamento por acto público fuere revocado tácitamente, y con razón, á mi juicio, porque no hay acto alguno que pueda presuponer la voluntad de revocarlo. El único en que pudiera llegar á tener su aplicación es cuando la matriz se encontrase raída en parte principal; pero entonces para rehacerlo se ocurrirá á los principios generales del derecho, procediéndose como si fuera una escritura pública.

Ahora vengamos á estudiar el artículo en sus disposiciones. ¿De qué alteraciones se habla? ¿En poder de quién debe encontrarse el testamento alterado?

En primer lugar, las alteraciones pueden encontrarse en la parte relativa á las disposiciones; en hipótesis la cuestión es sencilla y pueden resolverse todos los casos, signiando estas reglas: 1ª, cuando se tratara de una cláusula borrada en un testamento ológrafo que estuviera en poder del testador, se la tendrá por cancelada, á menos de probarse que no la hizo el testador; 2ª, si el testamento estuviera en poder de un tercero, las testaciones ó alteraciones hechas no tendrán valor alguno, á menos de demostrarse que fueron ejecutadas por orden del testador; 3ª, si se probare que la alteración ha sido un hecho casual, y fuera legible la cláusula borrada, se ejecutará como si no hubiera sido testada.

Cuando se tratase de la cancelación de la firma, se hará la diferencia indicada: si el testamento estuviera en poder del testador se lo tendrá por anulado, á menos de demostrarse que un tercero hizo la cancelación; pero esta demostración no se permitirá, cuando la firma hubiera desaparecido por haberla arrancado ó por haber sido raída en todas sus partes, ó finalmente, por ser ilegible. Esta es una de las cuestiones más difíciles de resolver. ¿Cómo se podría dar valor á un testamento, cuya firma estuviera raída ó hubiera sido arrancada, aunque fuera por un accidente? El testamento se encontraría sin firma en ese caso, y faltaría una de las condiciones esenciales para que tuviera valor. No habría prueba que pudiera restituirla; lo mismo sucedería cuando fuera ilegible, porque no pudiéndose conocer el nombre y apellido, aunque la fecha y el contenido fueran de puño y letra del testador, no podría saberse quien lo ha firmado. En estos casos, aunque se demostrase el accidente involuntario, no habría lugar á ejecutar las disposiciones, porque no habría testamento. El mismo razonamiento podríamos aplicar á la desapa-

ciones es necesario que sean hechas sin su orden, pues de otro modo anularían el testamento ológrafo.

riación de la fecha; así, dice Troplong, III, 2109: «sin embargo, si la fecha ó la firma hubiera desaparecido completamente, de tal suerte que no se pudiera encontrar la señal, sería bien difícil de ver otra cosa que una voluntad incompleta en un acto que se produciría en ese estado informe. No faltarían buenas razones para suponer que el testador no ha atribuido importancia seria á un documento que ha olvidado ó descuidado». Por mi parte no atribuyo á descuido, ni á una voluntad tácita de revocar el testamento, sino á la imposibilidad de rehacerlo, cuando le faltan las condiciones esenciales que le dan la fuerza de un instrumento público. ¿De qué serviría que las disposiciones hubieran quedado intactas en su parte principal, si lo falta al testamento la fecha ó la firma? ¿Cómo demostrar por una prueba extraña al testamento mismo, que estaba fechado ó firmado, y que un accidente las ha hecho desaparecer? Valdría tanto como rehacer el testamento; lo que es inadmisibile.

El artículo, al tomarlo de Aubry y Rau, ha sufrido dos alteraciones que haremos notar, á fin de que la disposición se interprete en el sentido que ha querido darle el legislador. Aubry y Rau, dicen: las alteraciones que un testamento puede haber sufrido, por un simple accidente ó por el hecho de un tercero, *aún en las partes esencialmente constitutivas*, no influyen sobre las disposiciones contenidas en ese acto». Como se verá se han suprimido las palabras que van en letra bastardilla y puesto en su lugar las de *sin orden del testador*, habiéndose agregado al final *si pueden conocerse exactamente las disposiciones que contenga*. El primer cambio indica claramente que esto artículo como el anterior se refieren únicamente al testamento ológrafo, que es el único que puede ser alterado por orden del testador. En segundo lugar, la supresión de las palabras, «aún en las partes esencialmente constitutivas», que podían comprender la supresión por laceración, de la firma ó de la fecha, ha sido hecha para indicar que no se admite esa doctrina, porque según nuestro Código no habría tal testamento ológrafo, si no existieran las condiciones esenciales que lo caracterizan, como la fecha y la firma; pero á fin de que no se anulara el acto por estas circunstancias se han agregado intencionalmente las últimas palabras, de que las alteraciones hechas casualmente ó sin orden del testador, no influirán en el contenido, si se pudieran conocer las disposiciones.

Las palabras por *un simple accidente*, indican las alteraciones ocasionadas por hechos completamente extraños á la voluntad humana, como la destrucción en parte por los insectos ó animales que atacan el papel,

§ 1041. -- DE LOS ACTOS QUE REVOCAN LOS LEGADOS

En cuanto á los actos que revocan los legados, y sobre los que no se admite prueba en contra, debemos aplicar las siguientes reglas:

1ª *Toda enajenación de la cosa legada, sea por título gratuito á oneroso, ó con pacto de retroventa, causa la revocación del lega-*

las que se refieren á la firma ó fecha pueden completarse; por ejemplo, si á la fecha le faltare el milésimo por haber sido destruido por las ratas ó la polilla, ó si del nombre ó del apellido faltaren algunas letras por la misma causa.

No creo, como algunos, que para restablecer las alteraciones ocurridas por accidente ó por un tercero, se pueda admitir una prueba extraña al testamento mismo; porque eso sería como pretender rehacerlo hasta por medio de la testimonial. No se debe admitir prueba alguna fuera del testamento, porque sería hacer uno nuevo en una forma no autorizada por el Código.

Cuando las alteraciones llegaran á importar una *destrucción*, no se regirá por este artículo, aplicándose en ese caso el art. 3837, y los jueces no se encuentran investidos de facultades para rehacer el testamento y darle validez; porque eso sería poner en su mano una facultad que jamás el legislador les ha concedido. Nuestro artículo habla de *alteraciones*, en las disposiciones, cuyo contenido pudiera conocerse exactamente, no de destrucciones, y me parece un error la doctrina contraria sostenida por algunos autores argentinos. Así, por ejemplo, en un testamento donde dijese: lego á C, mi casa habitación de la calle de Piedad, n.º..... encontrándose raída la palabra de la calle, esta circunstancia no anularía el legado, porque en el testamento mismo se encuentran elementos suficientes para conocer la casa legada.

¿Qué aplicación debe darse á la expresión «sin orden del testador» y en qué casos se debe tener en cuenta?

Observaremos que sólo hay un caso en que esta orden debe ser expresa, y es cuando el testamento se encuentra en poder de una persona extraña; entonces cualquier alteración no se tendrá en cuenta, siempre que pueda conocerse la disposición, y para que tenga valor, será necesario probar por escrito la orden de borrar tal ó cual disposición; porque tampoco podría admitirse otra clase de cambios, sin destruir el testamento mismo, desde que lo escrito por orden del testa-

do, aunque la enajenación resulte nula, y aunque la cosa vuelva al dominio del testador (art. 3838); porque la enajenación es un

dor anula el testamento ológrafo. Si el testamento se encontraba en poder del testador, será necesario demostrar que un tercero ha hecho esas alteraciones que consistían en borrar ciertas disposiciones, porque si hubiera palabras agregadas por una mano extraña, no se tomarían en cuenta, á menos de formar parte del mismo testamento, en cuyo caso lo anularían. — Véase lo dicho en el comentario al art. 3640. — Comp. LAURENT, XIV, 239.

(**Art. 3838.**) En este artículo se trata de interpretar la voluntad del testador con relación al legado, sin tocar al testamento. ¿Qué actos de enajenación presuponen necesariamente la revocación del legado? El artículo contesta de un modo absoluto: «toda enajenación de la cosa legada», luego en cualquier forma que el testador haya manifestado la voluntad de disponer de la cosa en favor de otro, privándose de su dominio, importará una revocación. Se trata naturalmente de una cosa cierta y determinada, porque no se puede revocar el legado de cantidad ó de género, sin una voluntad expresa. La venta, bajo sus diversas y variadas formas, la permuta, donación, etc., y cualquier acto que importe la intención de enajenar la cosa legada, se tendrá por revocación del legado.

Cuando la enajenación de la cosa legada ha sido hecha bajo condición suspensiva, las opiniones se dividen; Delvincourt, Duranton y Coin-Delisle sostienen que la revocación tiene lugar, porque esa enajenación demuestra de un modo claro y evidente el cambio de voluntad del testador, y no hay razón alguna para mantener el legado; mientras que Demolombe, Toullier, Vazeille, Poujol, Aubry y Rau, Troplong y muchos otros, sostienen que esa enajenación no causa la revocación del legado, porque la prueba de la voluntad de revocarlo, dicen, no resulta de una enajenación bajo condición suspensiva; pues desde que el testador no ha enajenado sino bajo esa condición, se debe presumir que sólo ha revocado el legado bajo la misma condición; que el legado y la enajenación no forman dos títulos, cuya existencia simultánea sea, en cuanto al presente, incompatible; porque si la condición no se cumple, no habrá existido jamás enajenación, ni en derecho ni en hecho. «Al menos, será necesario, dice Demolombe, para que la presunción contraria prevalezca,

Nota del Dr. Fdez-Sarsfield al art. 3834. — Troplong, n° 2107. — Duranton, tom. 9, n° 471. — Aubry y Rau, § 725, letra C. — Véase Demante, tom. 4, n° 186 bis.

acto expreso de revocación, desde que se dispone de la cosa; así es que aún cuando ésta se encontrase en el patrimonio del testador,

que los términos del acto y las circunstancias del hecho establezcan la voluntad de no mantener el legado desde la enajenación». A pesar de tan grandes autoridades, las razones me parecen débiles para fundar una opinión que contraría la voluntad del testador. ¿Por qué ocurrir á una ficción, cuando el acto mismo de la enajenación está indicando un cambio en la voluntad del testador? ¿Cómo explicar que este cambio esté en suspenso, que no se sepa si quiso ó no revocar el legado; más aún, que se considere revocado, cuando la condición se cumplió, ó que sea mantenido en caso contrario? ¿No hay incongruencia en suponer dos voluntades distintas en el mismo acto? Lo natural y lógico no está en ocurrir al efecto que produce la condición suspensiva, sino en medir el alcance de la voluntad al ejecutar el acto. Si ha enajenado la cosa bajo cualquier forma que sea, ha demostrado la intención de disponer de ella; por consiguiente, se debe considerar como revocado el legado. Nuestro artículo, dice: *toda enajenación de la cosa legada*, y se debe preguntar, si el que la enajena bajo condición suspensiva no la ha enajenado; lo contrario es lo cierto, la voluntad está manifiesta; ahora bien, que esa enajenación tenga ó no efecto, la voluntad de desprenderse de la cosa ha existido.

Otra cuestión de grande interés es la siguiente: lego á A, mi casa: en seguida se la enajeno al mismo legatario. ¿Queda revocado el legado? Si quedara revocado, en caso se declarase nula la enajenación, ó si por cualquiera causa volviera la casa á mi poder, no podría reclamarla á título de legatario. Los autores, para resolver esta cuestión, distinguen entre la enajenación hecha á título oneroso y la á título gratuito.

Cuando la enajenación es á título oneroso, dicen, el legado queda revocado, y entre las razones que alegan para sostener esta tesis, traen las palabras del art. 1038, Cód. Francés, que dice, como el nuestro, *toda enajenación*, expresión á que no daban grande importancia, cuando sostenían que la enajenación bajo condición suspensiva no revocaba el legado, lo que demuestra que estudian la cuestión, no con un ánimo desprevénido, sino con el objeto de hacer triunfar una tesis; y agregan, «que el artículo al decir, toda enajenación, no distingue entre la venta hecha á un tercero ó al legatario; pero que la razón esencial de la ley excluye toda distinción de este género. ¿Cómo suponer, en efecto, agregan, que el testador que quiere transmitir actualmente, á una persona, la propiedad de una cosa, mediante un precio, quiera transmitir esa misma cosa á esa misma persona, á título de legado, después de su muerte?»

el legado se anularía si los interesados demostrasen que la cosa había sido enajenada; pero en cambio, *la hipoteca de la cosa le-*

Si suponemos que la enajenación fuera á título gratuito, debemos distinguir igualmente, si la donación es pura y simple, ó encierra los mismos cargos que el legado, ó la donación contiene cargos que no comprendía el legado. En el primer caso, como es una ejecución anticipada del legado, en vez de ser una revocación, por el contrario, lo ejecuta anticipadamente; así, cuando por cualquier circunstancia se anulara la donación, no se entendería revocado el legado y se ejecutaría nuevamente; por ejemplo, si al hacer el testamento el testador sólo tuviera 19 años, y á los 20 entregara al legatario el bien legado; si la donación se anulara por la incapacidad para enajenar del donatario y volviera la cosa á poder del donante, el legado subsistiría. Por el contrario, cuando la misma cosa legada, se entregara por una donación entre vivos al mismo legatario, bajo tales ó cuales cargas que no contenía el legado, éste se encontraría revocado, y si la donación se anulara, quedará sin efecto el legado, porque la intención del testador ha cambiado, y la existencia de las cargas son incompatibles con el legado puro y simple.

La revocación del legado viene del cambio operado en la voluntad del testador, de modo que la nulidad de la enajenación en nada puede cambiar esa voluntad manifestada expresamente, por haberse desprendido de la cosa en favor de un tercero; si la cosa vuelve á poder del donante, no ha podido borrar el acto de voluntad expresado. El artículo dice: «aunque la enajenación resulte nula», sea que la nulidad afecte al fondo del acto mismo, sea que sólo se refiera á la forma, siempre que se encuentren estos dos elementos: que la voluntad de enajenar haya existido, y que conste esa voluntad del acto mismo. Así, en el ejemplo que hemos puesto anteriormente, el testador de 19 años que ha legado su casa habitación en su testamento, y que la vende, aún con la autorización indebida de su tutor, esa venta que no pudo hacer y que se declaró nula por el juez, ha llevado consigo la revocación del legado, porque si bien no tenía facultad para enajenar, ha podido con perfecto derecho cambiar de voluntad revocando el legado, y lo que tratamos en este caso de averiguar es si la voluntad de legar ha persistido; la enajenación, aunque nula, nos dice, que el testador no ha querido legar la cosa, que ha cambiado de voluntad; pero sucedería lo contrario si el testador capaz perdiera su capacidad por interdicción posterior, en cuyo caso, no habiendo podido testar, le ha sido imposible cambiar de voluntad.

En cuanto á la enajenación arrancada por la fuerza ó la intimidación, como no ha existido voluntad libre, no puede ser dudoso que no

gada, ó la constitución de ella en prenda, en seguridad de una obligación, no causa la revocación del legado; pero la cosa pasa al

revoca el legado. Respecto al error, únicamente el relativo á la persona no impediría que la revocación se operase, como si el testador creyendo legatario á B, diera la misma cosa legada á C, por equivocación.

Nuestro artículo no hace distinción entre la nulidad de fondo y la de forma; así, pues, cuando la enajenación fuera nula por la incapacidad del escribano, ó por la falta de testigos, no impediría la revocación del legado, aunque Troplong sostiene lo contrario, fundándose en que un acto nulo es como si no hubiera existido, y por consiguiente que no existe revocación; pero se le podría contestar, que allí está el acto anulado demostrando de un modo evidente, que la voluntad de revocar el legado ha existido, y que si la enajenación se ha declarado nula, no es menos cierto que la manifestación de voluntad existió. Así, pues, creemos que cualquier acto que demuestre esa voluntad revoca el legado, y se consideraría en ese carácter la enajenación de un inmueble hecha en instrumento privado, ó la donación entre vivos aun cuando no hubiera sido aceptada.

Téngase presente que el artículo crea una presunción de revocación que debe ceder siempre á la voluntad expresamente manifestada por el testador; así, por ejemplo, cuando el testador de 19 años, al donar la cosa legada al mismo legatario, imponiéndole nuevas cargas, hubiere expresado, que si la donación se declarase nula, se conservaría el legado, ese acto se tendría por válido, ó si al vender la cosa legada con pacto de retroventa expresara que es su voluntad que tal enajenación no cause la revocación del legado.

La enajenación de la cosa legada lleva consigo la revocación, en la parte en que sean incompatibles ambas disposiciones: de modo que si la enajenación es sólo parcial, el legado no quedará revocado sino en la parte de que el testador ha dispuesto; por ejemplo, ha legado su casa habitación, y posteriormente enajena la tercera parte de ella, el legado subsiste por las dos terceras partes restantes.—Comp. COLMET DE SANTERRE, IV, 185 y 185 bis. MERLIN, *Rep.* 1.^o *Revocación de legados*, § 2, n.^{os} 2 y 4. TROPLONG, III, 2090. DEMOLOMBE, XXII, 220. VAZELLE, al art. 1038. MARCADÉ, al art. 1038.—Véanse arts. 1793, 3534, 3752, 3831, 3839 y 3840.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3838.—Cód. Francés, art. 1038.—De Luisiana, 1688.—L. 15, Dig. *De adim. legat.*—Voet, sobre dicho título.—Marcadé, sobre el art. 1038.—Véase L. 17, Tit. 3, Part. 6.^a—Aubry y Rau, § 723, nota 29.—Troplong, *Testament*, n.^{os} 2085 y siguientes. *Es preciso penetrarse de una

legatario con la hipoteca ó prenda que la grava (art. 3839); demostrando así, lo que hemos sostenido en diversos lugares de esta

(Art. 3839.) En todos estos artículos se trata de interpretar la voluntad del legatario, para conocer su intención de conservar ó revocar el legado. Se dijo que todo acto de enajenación ejecutado libremente, llevaba consigo la revocación del legado, aunque el acto se declarase nulo, y ahora se establece que la hipoteca y la prenda que no son actos de enajenación no presuponen la voluntad de revocar el legado, sino que la cosa pasa al legatario con la carga que la gravase. Ahora bien. ¿Debemos limitarnos á estas dos cargas, ó admitir también la anticresis? Me parece que todo lo que no importe una enajenación inmediata, aunque pueda llegar á tener lugar como una consecuencia de la garantía, se debe comprender en el artículo.

Es conveniente comparar este artículo con el 3755, pues se le ha confundido á tal punto, que el Dr. Llerena dice, que uno de los dos bastaba. En primer lugar, aquí se trata de averiguar si el acto de la hipoteca ó de la prenda importa la revocación tácita del legado, y en el art. 3755, se decidía la antigua cuestión sobre quien debía pagar la carga de la cosa legada; si los herederos ó el legatario, determinándose que la cosa pasaba en el estado en que se encontrase á la muerte del testador, sin más obligación por parte de los herederos que el de entregarla en ese estado. Eso por una parte, que ya justifica suficientemente

verdad, dice Troplong, y es que no basta la enajenación para revocar el legado, sino la voluntad de enajenar manifestada por el testador. Cuando hago una donación á un incapaz, no hay enajenación; y sin embargo, el legado es revocado por la razón de que mi voluntad no concurre ya con la liberalidad que había hecho.

El artículo dispone también, que volviendo la cosa enajenada á la propiedad del testador por cualquier causa que sea, no revive el legado. La enajenación lo había revocado y no puede recobrar su existencia, sino por una nueva declaración de la voluntad, revestida de las formalidades requeridas por la ley.

Pero podemos decir con Demante, que se llegaría á consecuencias contrarias á los principios más elementales del derecho y de la razón, si exagerando la doctrina del artículo se diese efecto revocatorio á una enajenación nula por vicio de consentimiento. ¿Cómo una voluntad impotente para trasferir la propiedad, podría tener la fuerza de revocar un legado? Si la enajenación lleva el vicio de violencia ó de error, ¿será posible atribuir algún efecto á un acto semejante?

El empleo que el testador hace de la cosa que había legado, equivale á la disposición hecha á favor de un tercero. Él es dueño de la cosa á pesar del legado, y cuando desnaturaliza la cosa legada para hacer otra diferente para su uso, revoca el legado. Véase Vazeille, sobre el art. 1038, n.º 10.

obra, que la hipoteca no importa un fraccionamiento de la propiedad, aunque puede dar lugar ó terminar con la enajenación:

la existencia de los dos artículos; pero hay diferencias notables. En efecto, el art. 3755, habla de la cosa legada que estuviera empeñada ó hipotecada, ó *gravada con un usufructo, servidumbre ó otra carga perpetua*, cláusulas que no contiene el presente. Ahora bien, conviene examinar, si la constitución de una servidumbre, ó la desmembración de la cosa legada en usufructo y nuda propiedad, trae aparejada la revocación del legado, ó si pasará la cosa en las mismas condiciones.

No podemos negar que la constitución de una servidumbre es una enajenación, una desmembración de la propiedad; pero al tratar de investigar si por ese acto el testador ha querido revocar el legado, nos encontramos con que esa voluntad no puede ir más allá del acto ejecutado, que sólo importa una limitación del derecho del legatario. Y así como hemos sostenido que la enajenación, en parte, de la cosa legada, no revocaba el legado sino en la parte enajenada, dejándolo subsistente en lo restante, así debemos mantener la misma opinión en este caso, con mayor razón; porque el testador no ha podido tener la intención de revocar el legado, sino en la parte que fuera incompatible con la adquisición de la cosa. Así, si suponemos que la cosa legada en plena propiedad, ha sido dividida posteriormente por el testador, enajenando una parte, el legado subsistirá en la restante, y del mismo modo, si ha enajenado el usufructo durante su vida, el legatario recibirá la cosa tal como se encuentra; porque no se debe suponer una revocación, sino el deseo de limitar el derecho del legatario. Cualquier acto que lleve consigo la privación de la cosa, por la disposición que el testador hiciera de ella, se tendrá como revocación del legado; pero cuando sólo limitara el derecho del legatario, no se considerará como revocación.

La nota del Dr. Velez-Sarsfield, está indicando que cualquier acto que no importe una enajenación; que no haga salir la cosa legada del dominio del testador, no tendrá la fuerza de revocar el legado, y como las servidumbres, el usufructo, etc., no privan de la propiedad, de ahí se deduce que el legado no quedará revocado, por haberse establecido una servidumbre.

Habría sido conveniente, para mayor claridad, repetir el art. 3755, indicando que ninguno de sus actos importan revocación tácita del legado; porque en el lugar donde se encuentra, tiene por objeto determinar los derechos entre los legatarios y los herederos. Así lo trae el Código Chileno, art. 1135, de donde fué tomado el nuestro. — Véanse arts. 1793, 3755 y 3838.

es una mera garantía que el legislador ha convertido en un derecho real para favorecer el préstamo.

2º Cuando el hecho se ha producido contra la voluntad del testador, en ese caso la enajenación no puede considerarse como una revocación, si la cosa se vuelve á encontrar en poder del testador, por eso dice el **art. 3840**: *la venta hecha por disposición*

(**Art. 3840.**) Al estudiar este artículo, que es una consecuencia natural del art. 1038, del Código Francés, conviene hacer notar las diferencias entre una y otra legislación, para no seguir sin observación, en su desenvolvimiento, la doctrina admitida en esa jurisprudencia. El art. 1038, dice: «toda enajenación, aún la hecha por venta con pacto de retroventa ó por cambio, que *hiciera el testador* de todo ó parte de la cosa legada, importará la revocación del legado, etc.»; mientras nuestro art. 3838, al tomarlo del francés, suprimió el sujeto que ejecutaba la enajenación, pues dijo únicamente: «toda enajenación de la cosa legada, sea por título gratuito ú oneroso, ó con pacto de retroventa, causa la revocación del legado, etc». En el derecho francés, para causar la revocación del legado, es necesario que *el testador* haga la enajenación, de donde se deduce naturalmente que cuando ésta sea forzada por cualquier motivo, expropiación por causa de utilidad pública, venta judicial exigida por los acreedores del testador, exigencia de uno de los condóminos etc., no causa de pleno derecho la revocación del legado, porque no se encuentra en el acto la intención del testador, para revocarlo; mientras que por nuestro derecho, causa la revocación del legado cualquiera enajenación, sin exigir que sea forzada ó libre, con excepción del caso indicado en el artículo que estudiamos. En derecho francés, hay jurisprudencias que sostienen, dando un valor absoluto á la expresión, *toda enajenación*, que aún bajo el art. 1038, del Código Francés, cualquiera enajenación de la cosa legada causa la revocación del legado; pero Aubry y Rau, § 725, nota 46, contestan, con razón: «que la disposición del art. 1038, se funda sobre el hecho de que el testador al enajenar la cosa legada, manifiesta de un modo inequívoco la voluntad de revocar el legado. Sostener, pues, que la disposición del art. 1038, se aplica aún á la expropiación forzada, es desconocer el espíritu de este artículo.... Vana-mente, se traerá en apoyo de esta opinión, los términos, *toda enajenación*;

Nota del Dr. Fdez-Sarsfield al art. 3839.—Aunque en el derecho se dice que la hipoteca es una manera de enajenación, es, sin embargo, una enajenación impropia, que no hace salir la cosa del dominio del testador y por esto no revoca el legado.—Toullier, tom. 5, n° 652.—Duranton, tom. 9, n° 465.

judicial de la cosa legada á instancia de los acreedores del testador, no revoca el legado, si la cosa vuelve al dominio del testador;

porque la generalidad de esos términos está restringida por las expresiones, que *havi el testador*, expresiones que indican claramente que el legislador no ha tenido en vista sino las enajenaciones voluntarias». He transcrito esta parte para que se comprenda que la dificultad se levanta más imponente y tal vez incontestable en nuestra legislación, porque no tenemos para restringir ó limitar la expresión de nuestro art. 3838, *toda enajenación*, las palabras de *hecho por el testador*. Ahora bien, el Dr. Velez-Sarsfield, ha tenido presente estas dificultades, y se pregunta el que estudia este artículo, si al redactarlo en esa forma se ha decidido por alguna de las doctrinas expuestas, ó ha querido limitar al caso especial legislado, de venta forzada por ejecución de los acreedores del testador.

Entre nosotros, el Dr. Segovia, primero, y después el Dr. Llerena, extienden la disposición al caso de expropiación, y consideran esta opinión como indudable. El primero se limita á expresar la opinión de Demolombe respecto de la enajenación hecha por solicitud del condómino, sin adoptarla ni rechazarla; pero el segundo acepta como indudable, que no revoca el legado, cuando la cosa vuelve á poder del testador.

La cuestión presenta, á mi juicio, una dificultad que se aumenta al estudiar los motivos de la ley. Desde luego, no tratamos de interpretar la intención del testador, dando al acto que celebra un significado preciso, el de una revocación tácita; buscamos en el acto mismo con independencia de la persona, el encontrar esa voluntad, y por eso ha dicho el art. 3838, que *toda enajenación* de la cosa legada, por cualquier título que sea, importa una revocación, aunque el acto fuera nulo. En presencia de estos dos pensamientos, ¿cual debo prevalecer? Si nuestro artículo dijera, como el francés, que el acto de enajenación que importa revocación es el practicado voluntariamente por el testador, la dificultad desaparecería en parte; pero ha suprimido esa expresión para dejar una regla absoluta de la que habría peligro en separarse, pues se podría llegar á lo arbitrario; después de eso, el Codificador ha tenido presente la cuestión, en derecho francés, desde que cita los autores que la tratan, y al redactar el artículo que examinamos, ha suprimido la venta forzada por expropiación, y la exigida por uno de los comuneros, de los que sostienen esa opinión, limitándose al caso de ser vendida la cosa judicialmente, á instancia de los acreedores.

Ahora bien, en presencia de estas circunstancias tan especiales, ¿nos

porque no ha existido una manifestación de voluntad que indique el deseo ó la intención de revocar el testamento. La venta se ha hecho por la autoridad.

encontraríamos autorizados para crear, por interpretación, nuevas excepciones á la regla absoluta del art. 3838? ¿En qué nos fundaríamos? No podríamos decir, que el legislador ha exigido un acto voluntario y personal del testador, porque nuestro artículo ha separado esa hipótesis, sólo ha tenido en cuenta la naturaleza del acto, la enajenación forzosa ó voluntaria, y ha exceptuado el caso, sin buscar esa voluntad presunta, como sucede en derecho francés. Por esta razón me inclino á rechazar, como peligrosa, la opinión contraria, que comprende los casos de enajenación forzosa, como los de expropiación, ó de venta por exigencia de los condóminos, y sostengo con el texto y el espíritu del art. 3838, que cualquier enajenación hecha de la cosa legada, importa una revocación del legado, y si la cosa volviera por cualquiera causa á poder del testador, el legatario no podría reclamarla: la única excepción á este principio es la consignada en este artículo. Es necesario separarse de la legislación francesa, porque nuestro artículo ha rechazado en parte la teoría del Código Francés.

Y para apoyar esta opinión, podemos citar las palabras de Aubry y Rau, § 725, texto á las notas 45 á 47, quienes sosteniendo la teoría que nace del art. 1038, dicen lo siguiente: «la enajenación hecha por el testador de una porción más ó menos considerable de sus bienes, ni aún la donación entre vivos de todos los bienes presentes, no llevan consigo ninguna presunción de revocación, en lo que concierne á los legados particulares de sumas de dinero ó de otros objetos determinados solamente en cuanto á su especie. Semejantes enajenaciones no hacen presumir la revocación total ó parcial de los legados universales ó á título universal, de modo que si el testador vuelve á ser propietario, por cualquier título, de todo ó parte de los objetos así enajenados, esos objetos pertenecerán á los legatarios, como si jamás hubieran salido de poder del testador. Por lo demás, la enajenación de la cosa legada no hace presumir la revocación del legado, *sino cuando ella procede de la voluntad del testador*. La presunción de revocación no tiene lugar, *ni en la venta forzada obtenida por los acreedores, ni en la venta por licitación provocada por sus condóminos*». Y el Dr. Velez-Sarsfield, al tomar esta última parte, ha suprimido la licitación de los comuneros, como suprimió en el art. 3838 las palabras *por el testador*, indicando así que se ha separado de la doctrina francesa.

Se comprende que los legatarios universales, que son como herederos

3ª En los legados con cargas, hemos dicho que sólo tienen acción para demandar las cargas los beneficiados con ellas. pero

ros en la legislación francesa, reciban todas las cosas que el testador hubiera enajenado, y que por cualquier título volvieran á su poder, porque son dueños de todo lo que el testador dejare; pero cuando la cosa legada hubiera salido, por cualquier título, de poder del testador, no hay razón para suponer que persiste en la voluntad de legarla; lo más natural es creer, que habiendo recibido el precio, el legado ha desaparecido. El Dr. Segovia, extraña que el legislador guarde silencio respecto del caso de expropiación, que él cree debe comprenderse en la disposición de este artículo; pero esa extrañeza desaparecerá, cuando le digamos con el texto del art. 3838, que nuestro Código no ha buscado la voluntad presunta del testador en el acto que él debía ejecutar, sino en el acto mismo de la enajenación, que saca la cosa legada de su poder, borrando, por decirlo así, su primera disposición.

Ahora si suponemos que el testador manifiesta expresamente en un testamento posterior confirmatorio del primero, que habiendo sido vendida la cosa legada por exigencias de los acreedores, viene á legarle otra cosa, y antes de morir la cosa enajenada vuelve á poder del testador, ¿cuál de los dos legados debe prevalecer? Las opiniones se dividen al parecer; el Dr. Llerena, opina que prevalecerá el primer legado, porque el segundo queda sin valor en virtud del art. 3832, pues está fundado en una falsa causa. El Dr. Segovia, contradice esta tesis, pero habla del caso de expropiación forzada, y se decide por la subsistencia del segundo legado. Ambas opiniones pueden conciliarse y no se contradicen, á mi juicio. En efecto; cuando la cosa legada ha sido vendida á instancia de los acreedores del testador, el artículo decide que el legado no queda revocado, si la cosa vuelve á poder de éste, y es el caso supuesto, luego esa cosa es la debida; la legada en el segundo testamento, expresando la causa ó motivo del legado, quedaría sin valor; pero yo haría la siguiente distinción: si el segundo testamento no confirmase al primero, éste quedaría revocado *ipso jure*, y por consiguiente el primer legado habría dejado de existir, y aunque la cosa volviera á poder del testador, no habiendo legado, no podría reclamarla el legatario, únicamente tendría derecho á la segunda. Si aún suponemos que el testador ha confirmado el primer testamento y sin expresar causa alguna hace otro legado al mismo testador, de un valor semejante ó igual al de la cosa vendida, si la primera volviera á poder del testador, tendría derecho para reclamar las dos cosas, porque no hay presunción legal de que la última hubiera sido hecha para reemplazar la primera.

no pueden pedir la revocación, por falta de cumplimiento, sino los herederos, en este sentido dice el **art. 3841**: *los legados pue-*

En cuanto á la cosa enajenada por causa de expropiación, hipótesis que también estudiamos, como según la tesis que sostengo, el legado ha sido revocado por la enajenación, el segundo testamento, aunque fuera confirmatorio del primero, no ha podido impedir la revocación operada, y sólo existiría el segundo. Así es como tratándose de casos diversos, ambas opiniones son aceptables. Téngase presente, que según el sistema de nuestro Código, no se busca la voluntad probable del testador en el acto que ejecuta voluntaria ó forzosamente, sino la que nace del acto mismo de la enajenación, sin consideración á la intención, como sucede en derecho francés.

Es entendido que en todos estos casos se trata de voluntad tácita del testador, y quedan excluidos todas las hipótesis en que hubiere una manifestación expresa de lo contrario; así, por ejemplo, si el testador después de vender la cosa legada, manifestara en forma testamentaria que su intención no ha sido revocar el legado, es claro que si la cosa volviera al dominio del testador, y se encontrase á su fallecimiento entre sus bienes, el legatario tendría derecho para reclamarla. — Comp. DELVINCOURT, II, pág. 101, nota 5. COIN-DELISLE, al art. 1038, n° 3. COLMET DE SANTERRE, IV, 185, *bis*. DEMOLOMBE, XXII, 238. — Véanse arts. 2122, 2171 y 3838 y mi comentario á este artículo.

(**Art. 3841.**) So dijo, al estudiar las donaciones con cargos, que había en el fondo dos donaciones, una al que recibe inmediatamente la cosa, la otra al favorecido con el cargo; pero este principio general tenía una excepción, cuando el cargo era un beneficio del mismo testador. En los legados con cargos en favor de terceros, el beneficio es igualmente evidente, hay en general dos ó más legados; así, cuando un testador ha legado su casa á A, con la carga de entregar á B, dos mil pesos, y á C, cinco mil, se puede decir que hay en realidad tres legados, uno de cosa cierta y determinada en favor de A, y dos de cantidad en beneficio de B, y C, y así como en las donaciones sólo podían pedir la revocación los herederos del donante, en los legados sólo pueden demandarla los herederos del testador; los beneficiados con los cargos, sólo tienen derecho para exigir el cumplimiento de los cargos aceptados por el legatario; pero ésto á su vez, como el donatario, no debería contraer obligación per-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3841.— Aubry y Rau, § 725, y nota 32.— En contra, Toullier, tom. 5, n° 650, y Duranton, tom. 9, n° 458 y siguientes.— Véase Troplong, *Testament*, desde el n° 2055.

den ser revocados, después de la muerte del testador, por la inejecución de las cargas impuestas al legatario, cuando éstas son la causa final de su disposición.

sonal alguna, libertándose de los cargos por el abandono de la cosa legada, sin embargo el art. 3805 dispone lo contrario.

Cuando los cargos hubieran sido en favor del testador, es claro que los herederos se encuentran investidos del derecho de pedir la ejecución ó de demandar la revocación; el legatario, en uno y otro caso, puede libertarse de los cargos abandonando la cosa legada.

La última parte del artículo ha motivado una crítica de algunos autores argentinos, encontrándola contraria á los arts. 3774 y 3842, considerando inaceptable, en derecho, la distinción que ella contiene. Démonos cuenta de la objeción. El art. 3774 dice, que los legados con cargos son regidos por las disposiciones sobre las donaciones entre vivos de la misma naturaleza; y como lo explicamos en ese artículo, esa regla general sufre una modificación, que consideramos justa y razonable, la señalada en el presente artículo, exigiendo para la revocación que el cargo impuesto sea la causa final del legado; es decir, que sin él éste no debiera existir según la probable intención del testador. Se trata en este caso de interpretar la voluntad presunta del testador, lo que no sucede en las donaciones, porque allí existe la manifestada expresamente, y no la tácita. Cuando se entrega en plena propiedad una cosa al donatario, imponiéndole una carga, todo es expreso en aquel acto, y el donante ó sus herederos pueden demandar su revocación por falta de cumplimiento, y el beneficiado con los cargos, puede á su vez pedir la ejecución; pero en los legados es diferente; el legislador antes de declarar que el legado se considera revocado por el no cumplimiento de los cargos, ha debido preguntarse, cual ha sido la intención del testador, si ha entendido autorizar la revocación por inejecución de los cargos, ó por haberlos él mismo ejecutado durante su vida. Esto es perfectamente jurídico y razonable; que en todos los demás se rija por las donaciones con cargos, no hay contradicción alguna.

Ahora estudiemos el alcance que debe darse á la expresión del artículo: «cuando las cargas sean la causa final de su disposición», para llegar á conocer los casos en que puede quejar sin efecto el legado. El ejemplo que trae la nota, tomado de Troplong, nos indica la fuente donde se ha inspirado el artículo, y debemos ir á buscarlo en ese autor, que estudia primero el caso en que el mismo testador ha hecho cesar el motivo del legado, trayendo la hipótesis de la ley 30, § 2, tit. 4, lib. 34, Dig., en que el testador había legado á un extraño, una suma de dinero,

4^a *La revocación de los legados por inejecución de las cargas impuestas, es regida por las disposiciones respecto á la revocación*

para que llevara sus restos á Roma, una vez fallecido, y por un codicilo posterior ordenaba á sus herederos, que llevaran sus restos á otro lugar, donde se encontraban sus hijos, y se decidió que el legado había quedado revocado, y agrega Troplong, III, 2104: «pero es necesario observar que el legado no se reputará revocado en el caso de que hablamos, sino en tanto que el modo, la carga ó la causa que el testador ha hecho cesar, sean la causa final de la disposición. Es una observación que hacen todos los autores en general. En efecto, cuando la causa es final, el legado no es sino lo accesorio; la carga es lo principal»; citando en seguida los ejemplos que la nota ha tomado de dicho autor, lo que prueba evidentemente que Troplong, habla, en esos ejemplos, de la revocación del legado por cesación de la causa, que era una especie de carga, como en el ejemplo del legado hecho al albacea; así como no cesaba en el ejemplo del cargo de pagar una cantidad mínima á un acreedor del testador, cuando esa suma fuera pagada por éste antes de morir, en que no se considera revocado el legado. Así, pues, cuando Troplong agrega: «si, por el contrario, la causa del legado no fuere final, sino impulsiva, como la causa impulsiva no está esencialmente ligada al legado (*legato non coheret*) y ella no ha sido sino un motivo accesorio, la cesación de esta causa no podía operar la revocación del legado». De modo que los magistrados, á solicitud de los herederos podrán investigar si la causa ha sido final y ha desaparecido, declarando entonces revocado el legado; en caso contrario, si hubiere sido accidental ó accesorio, el legado subsistirá.

En la hipótesis de un legado de cincuenta mil pesos hecho por el testador para que el legatario construya una capilla en el Cementerio del Norte, si el mismo testador la ha hecho construir, el legado quedaría revocado, porque ha faltado la causa final de la disposición, mientras se mantendría, si hubiera encargado de pagar á su acreedor cinco mil, y el mismo testador los hubiera pagado; porque es evidente que el pago de esa cantidad no ha sido la causa final de la disposición. En este sentido, dicen Aubry y Rau, § 727, texto en la nota 4: «la cuestión de saber, si las cargas impuestas á un legatario presentan un carácter de tal modo imperativo, que su inejecución deba llevar la revocación del legado, no da lugar sino á una simple apreciación de la voluntad del testador, y por consiguiente, la solución de las dificultades que pueden ocurrir á este respecto, escapa á la censura de la Corte de Casación»; es decir, que queda reducida á una mera cuestión de hechos, sobre la que la Corte no tiene jurisdicción.

por la misma causa de las donaciones entre vivos (art. 3842); porque ambos son actos de beneficencia; sin embargo, cuando el

En cuanto á sostener que esta disposición no es jurídica, y que el art. 3842, agota la materia, y exige la supresión del presente, me parece tan arbitraria semejante opinión, que no sólo tiende á corregir la ley, sino que convierte al comentador en un verdadero legislador. En efecto; sentar el principio general, que la revocación de los legados con cargos, por inejecución, se deba regir por las disposiciones sobre las donaciones entre vivos de la misma especie, ¿no es imponerse el mismo legislador una restricción de la que no pueda separarse, en casos evidentemente justos y razonables? ¿Por qué, si es jurídica esta disposición, se dice, no se hace la misma distinción para las donaciones? La razón de esta diferencia salta, por decirlo así, á la vista. Las donaciones sólo tienen de común con los legados, en cuanto ambos son actos de beneficencia; pero se diferencian esencialmente, en que las donaciones entre vivos, transfieren la propiedad de la cosa, mientras los legados son una promesa de donar; en aquellas no puede haber causa final de la disposición, el donante transfirió la cosa con tal carga; mientras en los legados no se entrega la cosa, porque investigando su intención se declara revocado el legado cuando falta la causa que le dió existencia; en una palabra, entre la donación con la carga de hacer, por ejemplo, una capilla al donante en el cementerio del Norte, que puede ser revocada por la inejecución, y el legado hecho con la misma carga, que resulta ejecutada por el testador, quedando revocado el legado, ó más bien dicho, que no ha sido válido, existe la diferencia que hay entre el hecho ejecutado y que puede hacerse revocar, y el que no se ha ejecutado, porque faltó la razón ó causa que debía hacerlo nacer.—Comp. TROPLONG, III, 2103 y 2104. LAURENT, XIV, 248. — Véanse arts. 2667, 3774, 3802, 3832, 3842 y 3849.

(Art. 3842.) El presente artículo es correlativo del art. 3774, en donde se dispone que los legados con cargo sean regidos por lo dispuesto en

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3841. — Merlin, *Repert. verb. revoc. de legat.*, § 2, n.º 6. — Aubry y Rau, § 725, letra B. — Toullier, tom. 5, n.º 654. — Vazeille, sobre el art. 1033. — Troplong, n.º 2104. Cuando la carga al legatario es la causa final, el legado es meramente accesorio: la carga es lo principal. En el caso de un legado hecho al albacea que debe velar sobre el cumplimiento de las disposiciones testamentarias, la carga es lo principal, el legado lo accesorio. Pero si el testador lega mil pesos á Juan con el cargo de pagar cien que le debe á Pedro, y antes de morir él mismo paga la deuda, el legado no quedará revocado. La carga no era lo principal, ni el motivo único del legado, pues que era mínima respecto al importe de la cantidad legada.

legado fuere con cargos debe regirse igualmente por las donaciones con cargo, teniendo presente el art. 3805.

5ª Cuando hubiere motivo para revocar los legados, corresponden las donaciones de la misma naturaleza; mientras el presente se refiere á la revocación del legado, que podríamos llamar ya ejecutado, para diferenciarlo del que está en vías de ejecución, y á que se refiere el art. 3841. Por no haber hecho esta distinción, se ha encontrado incongruencia entre ambos. El presente artículo habla de las causas porque se revocan los legados ejecutados, entregando al legatario las cosas legadas, y da los medios de hacer volver esas cosas al habor testamentario; mientras el anterior se aplica únicamente á los legados que han quedado revocados antes de la entrega de la cosa. Así, en el ejemplo citado anteriormente, del legado de cincuenta mil pesos para hacer construir una capilla en el Cementerio del Norte, si el testador ó cualquiera de sus herederos hubiera construido la capilla, se aplicará el art. 3841, declarándose revocado el legado, porque su construcción ha sido la causa porque se dejó esa cantidad. Si suponemos que la capilla no se hubiera construido, el legado se ejecutará entregando la cantidad al legatario, quien puede ser compelido por los herederos para que la ejecute, so pena de revocación por inejecución, en ese caso se regirá por lo dispuesto para las donaciones de la misma especie, declarándose revocado el legado. Como se ve, son disposiciones que rigen casos diversos; una tiene por objeto dejar sin efecto el legado que aún no se ha ejecutado; la otra, reclamar la cosa ó cantidad entregada por no haber cumplido con la carga impuesta; en aquélla falta la causa final de la disposición, y se considera revocado el legado; en ésta, la revocación viene como una pena por la falta de ejecución de la carga impuesta.

No se debe confundir, pues, como lo hacen algunos, la revocación por inejecución de los cargos impuestos, con la misma revocación producida por causas de ingratitud, aunque ambas estén destinadas á producir el mismo efecto; porque unas se refieren á ofensas personales y pueden impedir la entrega del legado, mientras las otras sólo se aplican á los casos en que el legado ha sido entregado, salvo los casos en que se hubiere puesto como condición suspensiva.

Y aquí conviene hacer notar, que el presente artículo ha sido tomado de Aubry y Rau, § 727, texto entre las notas 3 y 4, y que estos mismos autores hacen en seguida la misma distinción del art. 3841, entre la revocación del legado por una causa imponible, la de inejecución por falta de cumplimiento de los cargos, y la que tiene lugar por causa de ingratitud. — Véanse arts. 2667, 3774, 3802 y 3841.

ponderará á los herederos el deducir la acción correspondiente, rigiéndose por el **art. 3843**, que dice: *la revocación por causa de ingratitud no puede tener lugar sino en los casos siguientes:*

(**Art. 3843.**) Lo primero que ocurre preguntar al estudiar el presente artículo, es si su disposición se aplica igualmente á los testamentos, porque hablándose en los anteriores artículos únicamente de la revocación de los legados, podría limitarse á ellos. En segundo lugar, debemos examinar las razones que haya tenido el legislador para decidirse por las causas de *ingratitud*, en vez de seguir á las de indignidad determinadas en los arts. 3291 á 3296.

En la primera cuestión diremos, que la disposición está calculada para producir, no la revocación del testamento mismo, porque no se trata de interpretar la voluntad del testador para saber si alguno de los actos comprendidos en el artículo importarian una revocación, sino de interpretar esa voluntad para decidir, si el testador habría conservado el nombramiento de legatario si hubiera conocido esas causas. Las revocaciones á que se refiere este artículo, como las anteriores, no comprenden el testamento mismo, que quedará irrevocable, y sólo se limita á autorizar á los herederos para demandar la revocación de la institución de uno ó varios legatarios. El testamento quedaría, pues, subsistente, y aunque se hubiera declarado revocado con relación á uno ó varios legatarios, se cumplirá respecto á los demás, subsistiendo la institución de los otros. Las causas de ingratitud son personales á los legatarios y no tocan al testamento mismo.

En la segunda cuestión, el texto del artículo habla de la revocación por causa de *ingratitud*, siguiendo al pie de la letra á Aubry y Rau, § 727, texto entre las notas 4 á 6; mientras que Demolombe, XXII, 271, dice: «la revocación de los legados por causa de *indignidad* puede ser demandada en los tres casos á saber», trayendo los mismos indicados por nuestro artículo; aunque este autor agrega en el n° 278, lo siguiente: «hemos expresado ya la opinión, de que las causas de indignidad, en materia de sucesión *ab intestato*, tales como son determinadas por el art. 727, son distintas de las causas de revocación en materia de legados, tales como son determinadas en los arts. 1046 y 1047. Y creemos deber mantener nuestra doctrina á pesar de una decisión contraria que ha dictado la Corte de Lyon».

Por nuestro derecho no puede haber discusión. El artículo se decide claramente por clasificar esas causas entre las de ingratitud, que son diferentes á las de indignidad, de que hablan los arts. 3291 á 3296. Y esta cuestión, decidida en esta forma, tiene su grande importancia, como

1° *Si el legatario ha intentado la muerte del testador* (art. 3843, n° 1), debiendo probar los herederos el hecho, si no hubiera sido

lo hacen notar Aubry y Rau en la extensa nota 7. Uno de los efectos principales de esta diferencia sería el siguiente: si fuera la acción de indignidad, la que debiera corresponder, el heredero ó legatario indigno deberían devolver la herencia ó legado con todos sus frutos; mientras que si únicamente se concede una acción de revocación por causa de ingratitud, estarían obligados sólo desde la demanda.

¿Por qué se ha separado el artículo de los arts. 3291 á 3296 que hablan de las causas de indignidad? Porque se trata de actos de beneficencia, hechos generalmente á personas extrañas, que no tienen derecho alguno, y á las que no podría exigírseles con justa razón, que conservasen el respeto y cariño que se deben guardar entre los parientes; por eso me inclino á creer que habría sido más conveniente seguir la teoría del Código Francés, que declara indignos de suceder á los herederos *ab intestato*; porque además se trata de actos posteriores en que no ha existido juicio ni condona; finalmente, porque hay mayor exactitud y justicia en hacer revocar el legado, declarando que no merece recibirlo por ingrato el que hubiere incurrido en alguna de las causas enunciadas, y no que es indigno.

Se nota cierta incongruencia con el art. 3298, que se aplica también á los legados.

(Art. 3843, n° 1.) En esta primera causa se nota la diferencia con las de indignidad, de que se ha separado con razón el Código. Mientras el art. 3291 exige la *condenación en juicio* por delito ó tentativa de homicidio contra la persona de cuya sucesión se trate, el presente inciso sólo exige, que el legatario *haya intentado* la muerte del testador, es decir, que el juicio debe venir posteriormente, y por esa razón no se le pudo declarar indigno, desde que no había sido condenado, y *si ingrato*, porque el acto ha sido cometido después del legado, pues si lo hubiera sido antes, se reputaría con razón perdonado. Otra diferencia fundamental, que se nota á primera vista, es que según este inciso, el atentado debe ser contra la persona del testador, mientras en las causas de indignidad, se extiende al cónyuge ó á los descendientes del testador.

Debemos notar que, en las causas de indignidad se comprende al cómplice del autor directo del hecho, y se pregunta si en las de ingratitud se debe igualmente reputar comprendido, ó si es necesario que sea autor directo del hecho. De los términos generales del inciso, se dos-

juzgado; si la causa se hubiera resuelto contra el legatario, bastará alegarla para que se revoque.

2° *Si ha ejercido sevicia, ó cometido delito ó injurias graves contra el testador después de otorgado el testamento* (art. 3843, n° 2); porque si hubiere sido antes, el testamento posterior sería el verdadero perdón de las ofensas recibidas.

prende claramente, que se revoca el legado por haber intentado la muerte del testador, y como está en ese caso el cómplice del autor principal, debe ser declarado en la misma categoría del que intentó la muerte.

Siendo, en general, los legados, actos de beneficencia, el legislador argentino ha tenido razón para separar las causas de indignidad de las de ingratitud, y no confundir ésta, que debe ser personal al benefactor y al beneficiado; porque en aquel caso, se trata de incapacidades para suceder, y en éste, de revocación del legado.

¿Es necesario que la tentativa de que habla el inciso sea juzgada como delito, para que cause la revocación del legado? El legatario que en un momento de ira saca su revólver y tira contra el testador, sin que salga el tiro por la mala calidad de la cápsula, ó porque no la tuviere, y que no da lugar á un juicio de tentativa, porque concluyó allí el ataque, ¿podría ser acusado por los herederos para hacer revocar el legado? ¿Debería probarse esta tentativa ante el Juez de Crimen, ó bastaría alegarla ante el Juez Civil? Por mi parte, creo que no es necesario causa criminal, ni intervención del Juez de Crimen, ni menos condena, bastará probarse el hecho de haber intentado contra la vida del testador; pero, ¿no habría razón para suponer que el testador ha perdonado la ofensa, desde que no ha revocado el legado? ¿No sucede lo mismo en las causas de indignidad? No, seguramente! El acto del perdón necesita que sea posterior á la ofensa, de otro modo no hay razón para suponerlo, porque nada ha ejecutado que pueda hacerlo sospechar; no hacer otro testamento, ó no revocar el legado, no importa perdonar, es dejar á sus herederos el derecho de alegar esa causa. — Véase lo que decimos en el Comentario á los arts. 1858, n° 1, y art. 1859.

(Art. 3843, n° 2.) Esto inciso apoya la teoría sostenida en el anterior, de que el silencio del testador después de haber sido víctima de un atentado contra su vida, no autoriza á suponer el perdón, igualmente, hace notar la diferencia entre la casual de indignidad con la de ingratitud.

3º *Si ha hecho una injuria grave á su memoria* (art. 3843, nº 3); dejando á la apreciación de los jueces el calificar la injuria.

Cometer delitos ó injurias graves contra el testador, ¿importa, como lo sostiene Laurent, XIV, 256, que también comprende á los bienes? No lo creo; pues las causas que autorizan á privar de un derecho, deben tomarse restrictivamente, y cuando el legislador habla de ofensas personales hechas al testador, no podemos extenderlas, sin cometer una arbitrariedad, á otras personas por más íntimamente ligadas que se encuentren á ellas, y así como rechazaríamos que se comprendiesen en esas ofensas al cónyuge ó los descendientes del testador, debemos declarar inaceptable la extensión de aplicar á los bienes lo establecido para las personas.

Los actos de sevicia comprenden los malos tratamientos materiales, como lo dijimos en el art. 67, nº 4, de la ley de matrimonio civil, y se aplicará á los casos en que los testadores fueran menores bajo la patria potestad ó tutela, siempre que tuvieran diez y ocho años cumplidos, ó cuando fueran incapaces bajo curatela, que hubieran perdido su capacidad después de haber otorgado testamento; porque en otra condición no se comprende la sevicia.

La expresión de cometer delitos contra el testador, por su generalidad, parece que hace sobreabundante é inútil la casual del inciso 1º, de haber intentado la muerte del testador; pero pueden llegar casos en que no se juzgara como tal. Los actos de sevicia, ó los delitos ejecutados contra el testador, deben ser después del testamento, porque los ejecutados antes no pueden ser considerados como causa de ingratitud, pues, en ese caso el legatario no tenía que agradecer, ni estaba ligado por el beneficio, aunque los herederos podrían traer esos hechos como causa de indignidad para privar al coheredero que recibe la herencia; pero no al legatario.

Aubry y Rau, § 727, nota 5, que han inspirado este artículo, al hablar de las casuales que estudiamos, dicen: «el hecho, por el legatario instituido en un primer testamento, de haber destruido un testamento posterior, no constituye un delito de naturaleza á producir la revocación por causa de ingratitud de las disposiciones hechas en su favor», conclusión que podemos aceptar por nuestro derecho, haciendo las distinciones del comentario al art. 3296 al que nos referimos, y el art. 1858, nº 2.

(Art. 3843, nº 3.) La injuria grave á la memoria del testador, cuando se tratase de un pariente que lleva su apellido, no debería con-

§ 1042.— DE LA CONFIRMACIÓN DE LOS TESTAMENTOS

La confirmación, como se explicó en el título respectivo del Código, es un acto por el cual se valida uno nulo; pero es neces-

siderarse como un delito cometido por el legatario, aunque hiciera descender ese apellido en la consideración pública; según el legislador, es necesario que el ultraje á la memoria del testador sea ejecutado con relación al testador mismo, y cometido por el legatario con la intención de injuriar su memoria, porque sin esa intención no hay ultraje. Así, pues, por grave que fuera el delito cometido, aunque el legatario viniera á perdonar la estimación pública, no sería causa de revocación del legado; la injuria debe ser dirigida contra la memoria del testador.

Pero hay una cuestión grave por el alcance que la ley da en un caso, y las consecuencias que debe producir en otro. La mujer viuda que se casa antes de los 300 días de su viudedad, ó antes del alumbramiento, cuando hubiere quedado en cinta, perderá los legados y cualquier otro beneficio que el marido le hubiere hecho en su testamento, dice el art. 94 de la ley de matrimonio civil, y se pregunta, si el legado queda revocado *ipso jure* ó de pleno derecho, como dicen los autores franceses. El artículo dice, perderá los legados, etc., dando á entender que es una pena impuesta á la mujer, y que los legados quedarán revocados por la ejecución del acto. Así es que sobre esto no ocurre duda; pero se pregunta, ¿y si la viuda en lugar de casarse dentro de esos términos para escapar á la prohibición, hiciera vida marital con el que después contrajere matrimonio? ¿No podría ser privada del legado, cómo lo era cuando se casó? ¿No hay acaso mayor ultraje á la memoria y respeto de su marido, el de llevar una vida licenciosa, que el de casarse dentro de los plazos prohibidos? Pero el inciso que estudiamos dice claramente: «si ha hecho una injuria grave á su memoria», y en nuestras actuales costumbres, con las nociones de honor y dignidad del matrimonio, no se puede dudar que es una de las más graves ofensas que puedan hacerse á la memoria del marido, el llevar una conducta deshonesta, y si se ha penado eso hecho, cuando ha sido consagrado por la ley y por la iglesia, ¿cómo no castigaría la vida desarreglada de la viuda, que vive con otro manchando la memoria de su marido? No me explico porque algunos autores argentinos han trepidado en aceptar esta tesis, que está conforme con nuestras costumbres y modo de ser social, y tiene en su apoyo la sanción de todos los argentinos. Se ha dicho, «las disposi-

rio repetir el mismo acto, ya sea cuando la incapacidad que lo anulaba hubiera cesado, ya llenando las formalidades que falta-

ciones penales son de interpretación restrictiva, y esta tesis sería insostenible, y es forzoso decir, que la injuria aparezca así de mejor condición que la castidad», conclusión á la que jamás se debería llegar, y no hay razón para limitar tan arbitrariamente el radio á que debe extenderse la expresión de una injuria grave á su memoria. Si bien es cierto que los autores franceses se han inclinado ante las razones de la Corte de Nîmes, aceptándolas como valederas, para salvar á la viuda de su inconducta ó vida deshonestas, ha sido en consideración de que el Código Francés guarda silencio á este respecto; pero el nuestro, siguiendo á la legislación romana, ha condenado semejante conducta, como contraria á la honestidad y buenas costumbres, privando á la viuda de los legados dejados en el testamento de su marido, por sólo el hecho de contraer segundas nupcias dentro de los 300 días de la muerte de éste, y con mayor razón deberá privársele cuando dentro de ese tiempo llevara una vida deshonestas; y aunque sería dudoso el extender esa conducta más allá de ese tiempo, por lo menos estaría conforme con la idea que tiene nuestra sociedad sobre el honor, el admitir que fuera privada la viuda de los legados, en el caso de llevar una vida deshonestas, por ser injuriosa y deprimiento para el nombre del fallecido.

Los fundamentos de la sentencia de Nîmes son más bien filosóficos y no se ajustan á las ideas del honor que la sociedad argentina tiene del matrimonio, porque ésta hace perder la consideración al marido, cuyo nombre se considera mancillado, por las faltas de la mujer; la sociedad no reputa personal el honor en el matrimonio, y la mujer que lleva el nombre del marido lo mancha ó injuria al entrar en una vida licenciosa, y sin embargo, esa misma sociedad no considera deshonrado al marido cuando la mujer comete cualquier otro delito; es que reputa la honra, en el caso de inconducta de la mujer, como solidaria con la de su marido. Troplong, III, 2000, se ocupa especialmente de esta cuestión, y aunque también parece inclinarse ante la sentencia de la Corte de Nîmes, no desconoce las razones que la harían inaceptable bajo otra legislación; así dice: «hay algunas veces dificultades en la cuestión de saber lo que es necesario entender por una injuria grave hecha á la memoria del testador. Por ejemplo, la inconducta de la mujer en el año de duelo, ¿morecería esta calificación? Se puede decir por la afirmativa, que las leyes romanas hacían perder á las viudas que se volvían á casar ó que llevaban una conducta impúdica en el año de duelo, las ventajas que habían recibido de su marido. Nuestra antigua jurisprudencia no impuso,

ban para darle valor, y estos principios tienen una aplicación más estricta tratándose de los testamentos en que *el testador no*

es verdad, esta pena á la precipitación de las segundas nupcias; pero ella mantuvo el rigor de las leyes romanas contra las viudas que se conducen impúdicamente en el año de duelo. El Código ha guardado silencio á este respecto; pero el art. 1047, ¿no conduce implícitamente al resultado consagrado por la antigua jurisprudencia? ¿Qué injuria más grave, en efecto, para la memoria del marido, que la conducta desarreglada y escandalosa de su mujer? Pero es necesario responder, que el art. 1047 no es aplicable en este caso; en efecto, ha sido el pensamiento de los redactores del Código el suprimir los escándalos, no manteniendo las penas del antiguo derecho.....» Y por mi parte agregaría; que siendo expresa la disposición de nuestro Código, cuando priva á la mujer viuda de los legados hechos por su marido, por el acto de casarse dentro de los diez meses de su viudedad, ha mantenido las penas del derecho romano, y si la castiga, por decirlo así, por casarse y legitimar su unión, ¿cómo la dejaría gozando del legado y de su impudicia, sólo por no habérselo casado? Se concedería, en cierto modo, un premio ó una prima á la deshonestidad, dejando impune el libertinaje y castigando á la que consagra esa unión por medio del matrimonio.

La prescripción de la acción se regirá por el art. 4034, que señala el término de un año, á contar desde el día en que se hizo la injuria, ó desde que llegó á conocimiento de los herederos.

¿Se aplicarán por analogía los arts. 1859 á 1861, como algunos lo pretenden? Creo que sería un grave error tomar en absoluto la proposición; porque las disposiciones sobre donaciones no se aplican, sino en los casos de los arts. 3774 y 3842, cuando se trata de los legados con cargos ó de su revocación. ¿Cómo incorporar por propia autoridad disposiciones completamente diversas? Es cierto que el art. 1859 se adapta al inciso 1º que hemos estudiado, y lo explica en su sentido lógico; pero no así el art. 1860, que está fuera de las causas de ingratitud para los legados; así como el art. 1861, que puede servir de antecedente á los jueces, para resolver las cuestiones de responsabilidad.

Cuando se declarase la revocación del legado, ¿hasta dónde debe extenderse? ¿Comprenderá las enajenaciones á título gratuito, como algunos lo sostienen? En el art. 1866 sostuve, que siendo el donatario dueño y propietario de la cosa donada; no habiendo adquirido persona alguna, derechos sobre esa cosa, su enajenación á cualquier título debería respetarse, pues no se encuentra en el caso del deudor que enajena por título gratuito, una cosa, quedándose insolvente; aquí se trata de

puede confirmar sin reproducir las disposiciones contenidas en un testamento nulo por sus formas, aunque el acto esté revestido de

una persona solvente, sobre la que el heredero podía ejercer derechos de revocación del legado por actos propios que en nada tocan al tercer adquirente. Pagará en todo caso con sus bienes el importe de la cosa legada, como si la hubiera consumido.

La demanda de revocación puede ser deducida por toda persona que estuviera encargada de pagar el legado, y á quien aprovechara la revocación; decidiéndose por la opinión más común entre los juriconsultos franceses; porque no existiendo una prohibición expresa, se debe conceder la acción á todo el que deba sacar provecho de la revocación. Si admitiéramos la teoría contraria, que la acuerda únicamente á los herederos, como lo hacen Aubry y Rau, en la larga nota 8 al § 727, tendríamos, que, como dice Demolombe, XXII, 292: «resultaría que la acción sería acordada á los que no pudieran recoger el beneficio pecuniario, y sería rehusada á los que debieran recogerlo: es decir, que los que tuvieran la calidad no tendrían interés, y los que tuvieran interés no tendrían la calidad!» Sobre todo, cuando la ley guarda silencio, el magistrado debe decidirse por conceder al reclamante el derecho para defender su propio interés, y con mayor razón, si ese interés se encuentra apoyado por la moral ó las buenas costumbres.

Es cuestión muy controvertida la de averiguar, si el heredero puede después del año concedido por el art. 4034 para deducir la acción de revocación, oponerla por vía de excepción.

Ante todo es necesario hacer la distinción siguiente: cuando el testamento se ha ejecutado en todas sus partes entregando á los legatarios las cosas legadas, es por demás evidente que los herederos ó interesados en la revocación del legado, tienen que obrar por medio de una acción; no hay en ese caso excepción que deducir; pasado el año han adquirido las cosas legadas y nadie se las puede reclamar.

Cuando las cosas legadas no han sido entregadas, viene el caso de la excepción, porque el legatario no las ha adquirido, y entonces se pregunta, si el heredero ó interesado en la revocación del legado, podría negarse á entregarlas deduciendo la excepción *que temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt excipiendum*. Aubry y Rau, Duranton, Saintespés-Lescot y otros sostienen la negativa, mientras Vazeille, Demolombe y Taulier se deciden por la afirmativa. Por mi parte haría la siguiente distinción: cuando se tratare de un legado de cosa cierta y determinada en que el legatario adquiriere la propiedad de la cosa desde la muerte del testador, art. 3766, y se le concede la acción de reivindicación con-

todas las formalidades requeridas para la validez de los testamentos (art. 3829); así es que no tendría valor el acto por el cual se

tra terceros, art. 3775, como á un verdadero propietario, en esos casos el heredero debe deducir su acción dentro del año, para privarle de la propiedad que la ley le reconoce; si nadie le reclama, el derecho se ha perdido; si por el contrario, el legado es de cantidad ó de cosas fungibles determinadas por su especie y cantidad, el testador no puede ir á accionar contra un individuo que no reclama el legado, y tal vez se ha hecho justicia á sí mismo, renunciando á pedirlo; en estos casos, creo que se puede deducir la excepción, según el principio *que temporaria sunt ad agendum*, etc. Por otra parte, ¿cómo obligar á los herederos á que busquen y demanden á los legatarios, á quienes, tal vez, no conocen, ni sepan donde viven? ¿Porque ir contra personas que nada reclaman? Se comprende esta demanda contra el legatario que adquiere la propiedad de la cosa legada, desde la muerte del testador, ó contra el que tiene la posesión y la propiedad, pero no contra el que debe reclamarla.—DEMOLOMBE, XXII, 292 y 293, combate victoriosamente la teoría contraria. Están de acuerdo con la perpetuidad de la excepción, TAILLIER, IV, 185. VAZEILLE, al art. 1038, n° 8. — Véanse arts. 3841 y 4034.

(**Art. 3829.**) El presente artículo viene á apoyar la teoría sostenida en el anterior, de que se confirman los actos nulos, sea por vicio de forma ó por incapacidad del agente, únicamente cuando haya desaparecido la causa que los anulaba.

Un testamento nulo es un acto que no ha existido; la ley no lo reconoce, por consiguiente si se quiere hacerlo valer, es necesario que el testador reproduzca las disposiciones que contenía; en una palabra, que haga un nuevo testamento; en ese caso, el testamento nulo no se valida en realidad, porque es el nuevo el que da valor á las disposiciones en él contenidas. La expresión de que el testador puede confirmar las disposiciones contenidas en un testamento nulo, de que usa el artículo, carece de exactitud, porque no se da valor al acto nulo, desde que el nuevo testamento y sus disposiciones son las únicas que prevalecen. Así, un testamento por acto público al que le faltare alguna de las formalidades esenciales, no podría confirmarse en el sentido del art. 1061; porque no bastaría expresar la sustancia del acto, indicando el vicio de que adolecía y la intención de repararlo; sería necesario rehacerlo por completo; es decir, otorgar un nuevo testamento.

Un testamento ológrafo que no tuviera fecha, siendo escrito y fir-

dijera, confirmo en todas sus partes el testamento que hice en tal fecha, por ante tal escribano, y al que le faltaba un testigo.

Cuando el testador hubiera hecho varios testamentos, de los que algunos fueran nulos, por carecer de las formalidades esenciales, se debe estar á lo dispuesto en el **art. 3830**, 1ª parte, que dice: *si el testamento posterior es declarado nulo por vicio de forma, el anterior subsiste*; porque no existiendo testamento posterior, el anterior quedaría en toda su fuerza. *Pero si las nuevas disposiciones contenidas en el testamento posterior fallasen por razón de incapacidad de los herederos ó legatarios, ó llegasen á caducar por cualquiera causa, valdria siempre la revocación del primer testamento causada por la existencia del segundo* (**art. 3830**, últ. parte), porque en ese caso se aplicaría la regla de que el tes-

mado por el testador, no podría confirmarse por otro posterior que dijera: confirmo y ratifico el testamento otorgado anteriormente, que se encuentra sin fecha, en tal cajón de mi escritorio, mandando se cumpla lo en él ordenado: aunque esto se dijera en una escritura pública con todas las formalidades exigidas para los testamentos, no alcanzaría á darle valor; porque el testamento ológrafo sin fecha no es testamento, y no se puede hacer valer lo que no existe. En realidad no hay confirmación como lo hemos demostrado.

Y lo que se dice del testamento nulo por su forma, lo aplicaremos con mayor razón al que lo fuera por incapacidad del testador. Supongamos que el testador hace su testamento teniendo 17 años, cuando necesita haber cumplido 18; que cuando tiene 20 ratifica y confirma el que hizo anteriormente, diciendo expresamente en forma testamentaria, que es su voluntad ratificarlo y confirmarlo; no habría tal testamento, porque no se puede confirmar lo inexistente. El legislador ha querido rodear de tales formalidades la manifestación de las últimas voluntades, que ha exigido, no una confirmación general, como en los demás actos ordinarios, sino la expresión de que su voluntad persiste en cada una de las disposiciones contenidas en el acto nulo.

El artículo es una repetición de la primera parte del art. 3629, y nos referimos á lo que dijimos en el comentario á dicho artículo.—Comp. GÓYENA, art. 719. —Véanse arts. 1003, 1061, 3629 y 3632.

(**Art. 3830.**) Un testamento nulo, sea por vicio de forma, como dico el artículo, sea por incapacidad del agente, como si por ejemplo, fuera menor de 18 años ó estuviera declarado incapaz, no es tal testamento, y

tamento posterior anula el anterior. En la hipótesis, el testamento no es nulo, sólo es inaplicable en sus disposiciones.

por consiguiente, no puede producir ninguno de los efectos propios, entre los que se encuentra la revocación del otorgado anteriormente. Si suponemos que el testamento posterior se ha limitado á declarar revocado el anterior, esa revocación no se producirá; si por el contrario ha sido un verdadero testamento en que se hubiera hecho distribución ó disposición de los bienes, el artículo hace esta distinción: si el testamento quedara sin efecto, por la incapacidad de los herederos ó legatarios que no pudieran recibir los bienes dejados, valdría como testamento para el fin de revocar el anterior; en caso contrario, no produciría efecto alguno.

Si suponemos un testamento por acto público otorgado ante el escribano y dos testigos, ó que lo hubiera sido ante tres, pero uno fuera pariente dentro del 4º grado del escribano, ó si no se expresara que había sido leído al testador y testigos, como en todos estos casos, el testamento sería nulo, no habría podido revocar el testamento anterior, aunque habría sido más jurídico tal vez aceptar la revocación, porque es evidente que el testador ha querido revocar el anterior; ha existido un cambio de voluntad, como decía Tronchet, que á pesar de la nulidad del testamento, queda manifiesto; sin embargo, nuestro artículo ha decidido la cuestión en sentido contrario, declarando que el testamento nulo no ha producido efecto, doctrina aconsejada por los más sabios jurisconsultos.

¿Qué se resolverá cuando el segundo testamento viene á caducar por alguna de las causas autorizadas por la ley? Las leyes romanas resolvían el caso, declarando que el primer testamento quedaba revocado, doctrina adoptada por la legislación francesa, y que nosotros debemos incorporar á nuestro derecho, porque es una consecuencia de los principios anteriormente explicados.

Se habla de un testamento posterior que revoca al anterior, aunque caducare el nombramiento de herederos ó legatarios hecho en el último, y viniera en cierto modo á producir únicamente el efecto de la revocación; para que ésto tenga lugar es necesario que se cumplan las condiciones siguientes:

1ª Que haya dos testamentos cuyas disposiciones sean diferentes, otorgados en diversos tiempos, y que se produzcan dos ejemplares;

2ª Que el segundo testamento, si no contiene disposiciones de última voluntad, por lo menos manifieste la intención de revocar el primero;

3ª Que se pueda conocer cual es el testamento posterior, por la di-

Pero cuando se han otorgado dos testamentos, sin confirmar el primero, el testador puede dar validez al primero sobre el segundo que lo revocaba valiéndose de la retractación en la forma establecida en el **art. 3831**, que dice: *la retractación hecha en*

herencia de fechas, porque si tuvieran la misma, sin que ninguno de ellos se refiriese al otro, se destruirían mutuamente;

4^a Que el testamento posterior sea válido y esté concluido; porque si hubiera manifestado su deseo de revocar el primer testamento, y lo hubiese puesto en práctica, pero muriese antes de concluirlo, no lo revocaría, porque no habría segundo testamento.

Nuestro artículo ha venido á decidir una de las cuestiones que agitaron á los juriconsultos romanos, y posteriormente á los franceses, anteriores al Código Napoleón; aquéllos declaraban que la herencia dejada á los parientes por un testamento primero, revocado por uno nulo, correspondía al Fisco; mientras éstos, más justos, resolvían la cuestión declarando revocado el testamento por el segundo nulo, y atribuían la herencia á los herederos *ab intestato*; pero la legislación posterior rochazó semejante doctrina, y nuestro artículo dice: el testamento nulo por vicio de forma, no revoca el anterior, como no lo revocaría si fuera nulo por incapacidad del testador; pero si quedara sin efecto por la institución de heredero, la revocación se efectuará. Supongamos que el menor de 22 años, y mayor de 18, había hecho testamento en favor de extraños, y otorga un segundo instituyendo heredero á su tutor; como esta institución es nula, en la antigua legislación francesa se decidía que no revocaba el testamento primero; pero al presente sucede lo contrario, y entran á recibir la herencia los herederos *ab intestato*, porque en realidad no hay testamento. Y la razón es obvia; el segundo testamento, que es válido y completo, manifiesta claramente el cambio de voluntad del testador; es evidente que ha querido dejar sin efecto el anterior, desde que ha no expresado su deseo de confirmarlo; y si se ha revocado por el segundo, que no ha producido efecto por indignidad ó incapacidad del heredero ó legatario, ha fallecido intestado, ó más bien dicho ha querido que sus parientes más próximos lo hereden. — Véanse arts. 1973 y 3825.

(**Art. 3831.**) El artículo comprende el caso de dos testamentos, y como se ha dicho que el posterior revoca al anterior, según la doctrina

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3830. — Cód. de Vaud, art. 693. — Aubry y Rau, § 725, y nota 5. — Merlin, *Repert. verb. revoc.*, Sección 2, § 3, art. 2, n.º 6. — En contra, Toullier, tom. 5, n.º 620. — Troplong, *Testament*, n.º 2070, discute ambas opiniones.

forma testamentaria por el autor del testamento posterior, hace revivir sin necesidad de declaración expresa sus primeras disposiciones

del Código Civil, el primer testamento ha quedado sin valor por la existencia del segundo, sin cláusula expresa de que su intención es de tenerlo como firme y valedero. Viene la retractación en forma testamentaria del segundo testamento, ¿qué es lo que queda en realidad? ¿Nada! ¿Cómo puede interpretarse que la voluntad del testador ha sido validar el primer testamento, cuando lo natural es suponer que ha querido quedar sin testamento? Ricard se decidía por esta opinión, que tenía su fundamento en las leyes romanas. D'Agnesseau la apoyaba de un modo decisivo en la *Plaidoyer*, 46, al decir: «si un testador después de haber revocado un primer testamento por un segundo, revoca en seguida pura y simplemente el segundo, sin agregar que quiere hacer revivir el primero, nadie se atrevería á sostener que el primer testamento debe ser ojeutado. En efecto, él no lleva más la imagen de la última voluntad del testador. Él es abrogado por un segundo, y este segundo por un tercero. ¿Qué se debe concluir, sino que el testador ha querido igualmente destruir todas las producciones de su voluntad, y que renunciando á todos sus testamentos, ha querido someter la disposición de sus bienes á la sola previsión de la ley?» Transcribimos este pasaje, para destruir la afirmación hecha por algunos de que D'Agnesseau, entre los antiguos, se había pronunciado por la opinión contraria.

Nuestro artículo supone tres casos: 1º, un testamento revocado por un acto expreso, sin contener nuevas disposiciones, y retractada esa revocación; 2º, un testamento revocado por otro testamento conteniendo nuevas disposiciones, y retractado el segundo; 3º, un testamento revocado por otro testamento conteniendo nuevas disposiciones, retractado por una tercera disposición, expresando que hacía revivir el primero.

En cuanto á la primera cuestión, debemos establecer que, nuestro artículo no está redactado con claridad, pues la expresión de: «la retractación hecha en forma testamentaria hace revivir sin necesidad de declaración expresa sus primeras disposiciones», no indica la existencia de una revocación anterior, como necesariamente debe suceder, pues Aubry y Rau, § 725, texto á la nota 11, dicen: «la revocación, total ó parcial, de un testamento, es susceptible de ser retractada por una declaración hecha en una de las formas indicadas. Cuando la revocación, así retractada, está contenida en un acto notariado, ó en un acto en forma testamentaria que no encierra nuevas disposiciones, la retractación hace revivir de pleno derecho, é independiente de toda declaración á esto respecto, las primeras disposiciones del testador. Si, al contrario,

nes. Pero si la retractación contuviese nuevas disposiciones, no hace entonces revivir las que contenía el primer testamento, si no hubiese expresado que tal era su intención.

la revocación estuviera contenida en un segundo testamento que encerrase nuevas disposiciones, la retractación de ese testamento no hace revivir las disposiciones del primero, sino cuando el testador ha expresado que tal era su intención». De modo, pues, que el primer caso es el siguiente: el testador revoca su testamento por un acto en forma testamentaria, como si dijera, por ejemplo: revoco y anulo el testamento hecho en tal fecha, y un tiempo después dijera, revoco y anulo la revocación que hice en tal fecha. ¿Qué queda en ese caso? Es claro que el testamento primitivo, porque habiéndose retractado la revocación que lo anulaba ó dejaba sin efecto, su deseo es que se respete esa voluntad manifestada en el único testamento en que disponía de sus bienes. Es en este sentido y con la distinción que acabamos de ver, que Aubry y Rau apoyan las conclusiones del texto con las palabras siguientes, en la nota 11: «esta distinción, con cuya ayuda creemos resolver la cuestión, á saber, si el acto que retracta la revocación de un testamento, hace revivir de pleno derecho á este último, se justifica fácilmente. En efecto, si admitimos por una parte, que el acto ante notario en que se ha hecho la revocación de un testamento lo hace revivir de pleno derecho, es porque esa retractación no podía haber tenido otro objeto que dar vida al testamento revocado, é indica por sí mismo de una manera cierta, la voluntad del testador á este respecto. Y si pensamos, por otro lado, que la retractación de un testamento que había revocado á uno precedente, no hace revivir á este último, sino mientras el testador haya declarado que tal era su voluntad, es porque se cree posible que el testador haya entendido únicamente anular las disposiciones contenidas en el segundo testamento, sin querer que el primero reciba su ejecución, y que en caso de duda, según el espíritu de nuestro derecho, se pronunciase, en semejante caso, más bien en favor de los herederos *ab-intestato*, que de los legatarios».

Así, pues, en la primera cuestión, para que la retractación produzca su efecto, es necesario que la revocación del testamento haya sido pura y exclusivamente una disposición que tuviera por objeto dejarlo sin valor. Esa revocación, ¿se puede considerar como un testamento? No, seguramente!; porque se limita á dejar sin efecto un testamento, á declararlo sin valor, pero sin disponer de sus bienes en forma alguna, y aunque se exige para tal acto la forma testamentaria, en su esencia no es un testamento, y porque así lo considera nuestro artículo es que hace

La retractación de que nos habla el artículo no es la de un testamento anterior que ha revocado el posterior, sino la retrac-

ta la diferencia fundamental que hemos notado, siguiendo á Aubry y Rau. La retractación, que hace revivir el testamento, debe ser, pues, la que se refiere á la revocación; porque demuestra á la evidencia, que el testador al arrepentirse de ella, ha querido dar valor al testamento revocado. Ya hemos dicho que tratándose de la revocación de los testamentos y legados, se busca interpretar la voluntad del testador, y es en este sentido que se toma la retractación del acto en que se revoca el testamento, como un deseo manifiesto de dar valor al primero.

En cuanto á la segunda cuestión; si tomamos los hechos tales como se producen y tratamos de inquirir cual ha sido el propósito y la intención del testador, llegaremos á este resultado: que habiendo dispuesto de sus bienes en el primer testamento, ha cambiado de voluntad al disponer en el segundo de esos mismos bienes, quedando por ese hecho revocado el primero; si anula y deja sin efecto ese segundo testamento sin expresar nada respecto del primero, ¿cuál ha sido el pensamiento del testador? ¿Ha querido hacer revivir el primer testamento? No lo creo; y el legislador ha supuesto que su voluntad era quedar sin disposición testamentaria; porque no se encontraba en el caso de la revocación pura y simple, desde que el cambio operado por el segundo testamento disponiendo de sus bienes en otra forma, no sólo había dejado sin efecto el testamento anterior, sino manifestado claramente que aquellas disposiciones se habían cambiado por completo; así, pues, revocado el segundo no se podía suponer la intención de hacer revivir el primero, sino más bien el de que ambos quedasen sin efecto, ateniéndose á lo que dispusieran las leyes con relación á las sucesiones. Cuando el testador ha hecho un segundo testamento disponiendo de sus bienes, si por una retractación pura y simple deja sin efecto ese testamento, la ley supone que ha quedado intestado, y las disposiciones anteriores no tienen valor alguno. Cuando se tratare de una simple revocación del único testamento, la situación cambia por completo, porque en ese caso al retractar la revocación, manifiesta la intención de validarlo. En efecto, ¿para qué retractaría la revocación? Si su intención fuera dejarlo sin efecto, no había necesidad de producirla; luego se debe presumir, con razón, que al retirar la causa que lo dejaba sin valor, ha querido hacer revivir, y así se ha declarado.

La tercera hipótesis, viene á resolver una de las cuestiones suscitadas en la antigua legislación, á saber: cuando se hubieran otorgado dos testamentos por el mismo testador, revocando el posterior al anterior;

tación de una revocación que había dejado sin efecto el primer testamento.

si por la retractación del segundo se podía hacer revivir al primero, sin transcribir sus disposiciones, manifestando expresamente esta voluntad, y el artículo la decide en favor de la mejor y más sana doctrina, haciendo prevalecer esa voluntad. No se trata de un testamento nulo que sea necesario confirmar para darle valor, como en el caso del art. 3829; es la misma hipótesis del art. 3828 en que el testador tiene facultad para declarar en su segundo testamento que no anula el primero, y que es su voluntad darlo todo su valor.

Varias hipótesis se desprenden del último caso, y pueden condensarse en las siguientes: 1º, que la retractación contenga nuevas disposiciones, sirviendo como un tercer testamento, que hiciera revivir el primero; 2º, que un tercer testamento al disponer de los bienes, contuviera la cláusula expresa de que deja en toda su fuerza al segundo; 3º, que la retractación contenida en el tercer testamento nada dijera.

El primero y segundo caso se pueden reducir á uno sólo; porque una retractación que contenga la confirmación del primero ó segundo testamento disponiendo de sus bienes es en verdad un tercer testamento, que puede hacer revivir el que quiera, y aún los dos anteriores, pues nada se opone á su voluntad en este caso. En el último caso, la retractación contenida en el tercer testamento no haría revivir el primero, porque no ha expresado su voluntad, y no se puede deducir el deseo de hacerlo revivir sino cuando esa tercera manifestación fuera sencillamente una retractación de la revocación anterior. Esto es lo que expresa Duvergier en la nota (n), sobre Toullier, V, 635, cuando dice: «la revocación pura y simple del segundo testamento, no hace revivir necesariamente el primero. Es necesario que la intención del testador resulte á este respecto de las cláusulas del tercer testamento».—Comp. Pujol, al art. 1035. COLMET DE SANTERRE, IV, 184, *bis*, VI. SAINTESPÉS-LESCOT, V, 1603. DEMOLOMBE, XXII, 162.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3831.—Código de Austria, art. 723. — Aubry y Rau, § 725 y notas 6 y 7. — Toullier, tom. 5, n° 635. — En contra, Merlin, *Repert. verb. revoc.*, § 4, n° 6. — Duranton, tom. 9, n° 441. — Cód. de Chile, art. 1214. — Troplong, desde el n° 205 trata extensamente esta materia.

TÍTULO XX

DE LOS ALBACEAS

§ 1043. — QUIÉNES PUEDEN SER NOMBRADOS ALBACEAS Y EN QUÉ FORMA

Por la legislación anterior á la vigencia del Código Civil, el albacea, como ejecutor de la voluntad del fallecido, era un resorte necesario, y cuando no era nombrado en el testamento, el juez se encargaba de hacerlo con el nombre de albacea dativo; pero al presente se ha suprimido felizmente, y sólo queda facultado el testador ó los herederos para nombrarlo.

El albacea es un ejecutor de las voluntades del testador, y aunque no se puede representar á una persona que ha fallecido: sin embargo, el legislador ha permitido al testador el que pueda designar á una ó varias, á fin de que vigilen el cumplimiento de sus disposiciones, y el **art. 3844**, dice: *el testador puede nom-*

(**Art. 3844.**) Nuestro Código ha sido evidentemente influenciado por el francés, y las leyes españolas que daban tanta importancia á la institución de albaceas ó ejecutores testamentarios, y de tal modo habian entrado en nuestras costumbres, que las leyes de procedimientos determinaban que los jueces nombrasen albaceas, dativos, cuando no existian testamentarios, perjudicando notablemente á los herederos por la intrusión de personas extrañas, que en vez de cuidar el fiel y exacto cumplimiento de la voluntad del testador, ponian toda clase de dificultades para hacer honorarios.

¿Cuál era el objeto del nombramiento de este apoderado del testador, que debía dar cuenta á los herederos? ¿Cómo es que pueden subsistir dos representantes del testador, diciendo unos sí, y los otros no? ¿Por

brar una ó más personas encargadas del cumplimiento de su testamento: pero esta facultad tiene sus limitaciones, que se armonizan

que dar preferencia á la opinión de los unos sobre los otros? Si el albacea es apoderado y representante del testador, no lo es menos el heredero, que continúa la persona del difunto, de tal modo que adquiere, en la posesión, hasta sus calidades y sus vicios; por eso la cosa poseída de mala fe por el testador, pasa á su heredero en esas condiciones, por más que tenga buena fe personal.

¿Cuál era el objeto de esta representación tan singular de los intereses de una persona fallecida? El temor que pudiera abrigar el testador, de que sus herederos ó legatarios no pusieran el cuidado debido en cumplir sus voluntades; era para vigilar y cuidar el cumplimiento de, lo ordenado en su testamento, y no como algunos lo han creído, para no molestar á los herederos, ni para evitar semilleros de pleitos, cuando precisamente son ellos los que los promueven para hacer honorarios. Entre nosotros es una institución que debe desaparecer por los males que trae consigo, pues si el testador ha creído mejorar la condición de sus herederos, se ha equivocado por completo, lo que ha hecho es crear nuevos herederos, porque con el pretexto de cumplir mejor las disposiciones, se opondrán á cualquier forma sencilla que dé por resultado el concluir con las dificultades. Generalmente se nombran personas honorables, conocidas ó intimamente ligadas con el testador, que si intervinieran personalmente, ofrecerían toda clase de seguridades por su honradez; pero como tienen derecho para confiar á otro su mandato, lo hacen apoderando á procuradores que en seguida buscan abogados, y en esta forma se encuentra lo principal del perjuicio y de las dilaciones que sufren los herederos. No sería tan perjudicial este albaceazgo, si se obligase á las mismas personas nombradas á intervenir personalmente: porque entonces su honorabilidad salvaría cualquier inconveniente.

¿A quién representan estos albaceas? El Dr. Volez-Sarsfield, en la nota se decide por la mejor doctrina, sosteniendo que representan al testador; pero no contesta la objeción que siempre se ha hecho á tal teoría, preguntando, ¿por qué si representa al testador, está obligado á dar cuentas á los herederos? Él ha creído contestarla, diciendo: porque los herederos representan á su autor; sin fijarse en que si realmente los herederos son la persona del difunto á quien representa el albacea, éste los representa igualmente. La verdad es que la representación del albacea, es una representación *sui generis*, porque comienza por representar á una persona que no existe, y después de haber ejercido derechos contrarios á los sostenidos por los herederos, concluye por ser su repre-

con la naturaleza del juicio testamentario, en que únicamente deben intervenir personas capaces de comparecer ante los tribunales, y en este sentido dice el **art. 3846: el testador no puede**

sentante, desde que les da cuenta de su gestión, como si fuera su apoderado, y lo es en realidad, puesto que si es representante del testador, debe serlo de los herederos que continúan la persona de éste, prolongando su existencia en el tiempo.

Si la institución de albacea debe seguir existiendo, en fuerza de la costumbre, que prolonga su influencia más allá de las verdaderas necesidades de una nación, debería quedar reducida á la defensa de la validez del testamento, y á los casos en que no hubiera herederos, sino legatarios, pues entonces vendría á llenar una función explicable, aunque no necesaria; porque cada uno tendría derecho para reclamar su legado, y el curador de la herencia vacante en su caso, tratará de que se cumpla la voluntad manifestada en el testamento.

Contra la teoría de que deben desaparecer los albaceas, se nos puede traer la grande autoridad del Código Civil Alemán, vigente desde 1901, que los consagra igualmente; pero cuando se trata de instituciones que han dado malos resultados en una serie de años de continuada práctica, quiere decir que nuestra sociabilidad ó nuestro modo de ser las rechaza, y como las leyes de una nación deben buscar traducir las necesidades sentidas en la vida nacional, mejorando las condiciones de sus habitantes y velando por el exacto cumplimiento de los derechos que confiere, resulta de ahí que no se puede traer como un antecedente, en ciertos casos, las instituciones de otra nación; es así como se comprende que nosotros hayamos abolido la adopción, la prodigalidad, etc., que se conservan aún en el nuevo Código Civil Alemán.—Comp. Código Francés, art. 1025. DEMOLOMBE, XXII, 5. y sig. MERLIN, *Rep. V.º Ejecutor Testamentario* n.º 2.—Véanse arts. 1870, n.º 7, 1890, 3870 y 3871.

(**Art. 3846.**) El art. 1028, Cód. Francés, dice: «el quo no puedo

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3844.—L. 1. Tit. 10, Part. 6.ª. — Téngase presente que en el art. 1870, n.º 7, está resuelto que las disposiciones de ese Título son aplicables á los albaceas testamentarios ó dativos.

Zacharie y otros jurisconsultos enseñan que el albacea es mandatario de los herederos, y nosotros con otros escritores juzgamos que lo es del testador y no de los herederos. Si al concluir sus funciones está obligado á dar cuenta á los herederos, es porque éstos representan á su autor. Del carácter que damos al albacea resulta, que una demanda, por deudá de la sucesión, debe entablarse contra los herederos y no contra el albacea que no es representante de ellos. Resulta también que el albacea no puede por sí reconocer deudas contra la sucesión, lo que podría hacer si fuese mandatario de los herederos.

nombrar por albacea sino á personas capaces de obligarse al tiempo de ejercer el albaceazgo, aunque sean incapaces al tiempo del nom-

obligarse, no puede ser ejecutor testamentario»; lo que importa una derogación muy notable á las reglas del mandato ordinario, donde como hemos visto, se puede nombrar mandatarios incapaces, con excepción de los casos en que las leyes exijan la mayoría de edad ó ciertas condiciones para desempeñar el acto.

La derogación de las disposiciones sobre el mandato, está demostrando lo dudoso de la tesis sostenida por el Dr. Velez-Sarsfield, en la nota al art. 3845, de que el albacea es mandatario del testador; porque si su nombramiento puede perjudicar á los herederos, y éstos rechazarlo por falta de capacidad, quiere decir entonces que obra también en su nombre, ó que su nombramiento no es extraño á sus intereses. Pero nuestro artículo, aunque inspirado por el Cód. Napoleón, ha sido mejor redactado y es más completo, en cuanto resuelve las cuestiones que pudieran suscitarse por la incapacidad del albacea en el instante de su nombramiento, pues dice claramente, que podrá nombrarse á un mandatario incapaz, con tal que no lo sea *al tiempo de ejercer el albaceazgo*. ¿Cómo se entenderá esta expresión, y qué alcance debe dársele? La capacidad para ejercer el mandato, ¿deberá tenerla en el momento de fallar el testador? Troplong, III, 2008, tratando el mismo punto, dice: «es necesario que la persona nombrada ejecutor testamentario sea capaz de obligarse; pero esta capacidad no se exige, sino en el momento de la ejecución, y la elección del testador puede recaer sobre una persona que era menor en el momento de la confección del testamento, con tal que sea mayor al tiempo en que será llamada á aceptar el mandato»; pero la cuestión sólo es resuelta en parte, porque siempre quedará en pie la pregunta: ¿Es llamado el albacea á aceptar el mandato á la muerte del testador? Si al fallecimiento del testador, el albacea no había cumplido los 22 años, pero los tuviera á la apertura judicial de la sucesión, de modo que pudiera entrar á desempeñar el puesto, ¿se lo admitirá como albacea? Mi opinión es afirmativa, por las razones siguientes: 1ª, la ley ha permitido al testador que nombre albaceas incapaces al otorgar el testamento, con tal que sean capaces al ejercer el albaceazgo; 2ª, que no perjudicando, á los herederos, el nombramiento del incapaz mientras no sea llamado á cumplir el testamento, no tienen acción alguna para anularlo; 3ª, que mientras la testamentaria no se ha iniciado, y el albacea no sea llamado á ejercer el albaceazgo, no es permitido averiguar si es capaz ó incapaz de obligarse; 4ª, que sin perjuicio no hay acción, y los herederos no lo reciben, mientras no entrare á ejercer el cargo.

bramiente; porque la incapacidad no puede influir sino para la ejecución. Quiere decir, entonces, que la primer condición para ser

¿Puede el menor emancipado desempeñar el albaceazgo? Entre nosotros, el Dr. Segovia se decide por la afirmativa, y el Dr. Llerena sostiene la negativa, que me parece más probable. Si se tratase de actos de mera administración, si no fuera necesario comparecer en juicio, si no tuviera que hacer pagos que pasaran de 500 pesos, podría desempeñar el albaceazgo; ¿pero, cómo lo desempeñaría, cuando su principal misión es de estar en juicio, y sólo puede comparecer acompañado de un tutor *ad hoc*? Es cierto que el menor emancipado tiene la libre administración de sus bienes; pero es tan limitada, que se puede decir que no ha entrado en el pleno goce de sus derechos civiles, porque los actos prohibidos en el art. 135, abrazan los más importantes de su actividad. Se arguye diciendo, que el art. 135 no prohíbe ser albacea, sin fijarse que esos actos no le son prohibidos al menor emancipado, sino que necesita para ejecutarlos expresa autorización del Juez, y sobre todo que no debemos ir á buscar en aquel artículo la prohibición, sino preguntarnos, ¿es capaz el menor emancipado de obligarse en cualquier extensión para desempeñar el mandato? La respuesta no puede ser dudosa, desde que tenemos por delante las limitaciones del mismo artículo en que quiere fundarse la opinión contraria. El mismo autor, que en su obra posterior persiste en su primera opinión, reconoce que la doctrina contraria es corriente en derecho francés, ¿y porque no lo sería en el nuestro, cuando este artículo es una traducción completa del art. 1028, Cód. Napoleón?

Se arguye que el art. 135 prohíbe estar en juicio en negocio propio, y no en el ajeno, y que la procuración se gobierna por la ley de procedimientos, todo lo que es cierto y favorece la tesis contraria; pues todas las leyes de procedimientos exigen la capacidad para estar en juicio; es decir, la mayor edad; porque los menores emancipados no pueden obligarse por sí ni por sus poderdantes, en pleito civil ó comercial. También es cierto, que el art. 133 habilita á los emancipados para todos *los actos de la vida civil*; habilitación que viene á ser ilusoria, porque en los artículos subsiguientes se la limita de tal modo, que se reduce á lo más elemental; pero pongamos un ejemplo, para demostrar lo insostenible de la teoría contraria. El testador ha dejado una gran fortuna, teniendo deudas por doscientos mil pesos, y habiendo legado por valor de trescientos mil; el albacea tiene derecho para tener en su poder esas cantidades, según el art. 3852. Se comprende el peligro que correría ese dinero, si aún nos suponemos que el albacea emancipado tuviera 15 ó

nombrado albacea es la capacidad de obligarse; y es por esta razón que *la mujer casada* (mayor de edad) *puede ser albacea con*

16 años. ¡Darle medio millón de pesos á quien no puede comprometerse ni pagar deudas que pasen de quinientos! ¡Poner en manos de niños sumas de tanta importancia! No! la emancipación no es una ley de capacidad, es una ley de necesidad social, en que el matrimonio impone como una consecuencia lógica, la administración de los bienes en cierta medida, para que la sociedad conyugal y la familia, que viene en seguida, puedan subsistir; por eso es que no se somete al menor á una potestad extraña, que sería incompatible con la marital, que lo declara jefe y padre de una familia. Es la necesidad social que lo libera de la potestad en que vivía; no es que haya adquirido capacidad por el acto realizado. Si malgasta esa fortuna, si la dilapida, los herederos sólo tendrían derecho para cobrar de los bienes propios del menor emancipado aquello que hubiera aprovechado, aumentando su peculio. No sólo sería una injusticia, sino un verdadero daño que se haría al mismo menor; afortunadamente eso no sucederá, porque, como hemos dicho, todas las leyes de procedimiento exigen la mayor edad para estar en juicio, y no tendrá lugar el hecho de un albacea menor de edad, procediendo en juicio.

¿Puede ser albacea el fallido declarado tal? El fallido sólo es incapaz de contratar sobre los bienes que corresponden á la masa del concurso; pero habría un gran peligro en autorizarlo á ejercer el albaceazgo, mientras se encuentren bajo el peso de la declaración de quiebra y embargasen su persona; pero una vez que hubiere hecho concordato con sus acreedores, ó que en caso de cesión de bienes, éstos hubieren aceptado la cesión, podrá desempeñar el cargo. Los religiosos profesos, que sólo son capaces de tratar para sus conventos, y no pueden obligarse ni obligar á otros, no podrán ser albaceas, desde que entran en la categoría de los incapaces para contratar.

Pothier, en el antiguo derecho francés, sostenía que el menor emancipado podía ser albacea, «cuando el objeto de la ejecución fuera de poca consideración, y las obligaciones que pudieran resultar, fueran proporcionadas á las rentas, de las que el emancipado pudiese disponer», á fin de compensar los perjuicios que causare; pero en el derecho nuevo, todos los autores han rechazado, aún en ese caso, la hipótesis de admitir como albacea al menor emancipado. Aubry y Rau, § 711, texto á la nota 3, dicen: «el testador no puede nombrar por ejecutores testamentarios, sino á personas moral y legalmente capaces de obligarse. No puede, pues, elegir á un menor, *aunque sea emancipado*».

Del estudio que acabamos de hacer nacen las cuestiones siguientes:

licencia de su marido ó del juez (art. 3847, 1ª parte), cuando aquél estuviera impedido por cualquier causa de prestar su consentimiento; pero los jueces no pueden autorizarla para ejercer el albaceazgo contra la voluntad del marido (art. 3847, últ. parte);

si el testador ha nombrado por albacea á un menor de edad y lo ha hecho un legado, no pudiendo desempeñar el cargo por ser incapaz, ¿sería válido el legado? En general se debe juzgar por la afirmativa, si el legado no ha sido subordinado al caso de que fuera aceptado el cargo, ó cuando del testamento resultare que el legado importase el pago del servicio, lo que se juzgará según los términos empleados en él, ó si la intención fuera manifiesta de que el nombramiento era para que lo aceptase cuando fuera mayor de edad; en estos casos el legado caducaría. Lo mismo sucederá cuando se nombrare albacea á una mujer casada, y su marido no quisiera autorizarla para desempeñar el cargo, el legado sería válido, si no resultase que el testador hubiera querido pagar el servicio.

(Art. 3847.) Nuestro artículo se ha separado evidentemente del art. 1029 del Cód. Francés, en cuanto á su segunda parte, porque allí se autoriza á la mujer separada de bienes para que pueda aceptar el albaceazgo contra la voluntad de su marido, si es autorizada por el juez; mientras el nuestro no hace distinción alguna, y contiene la prohibición de no poder ejercer el albaceazgo contra la voluntad del marido.

La mujer divorciada, ¿puede aceptar el albaceazgo sin consentimiento del marido y aún contra su voluntad? Así lo cree el Dr. Segovia, que mantiene esta opinión en su *Cód. Civ. Anot.*, contra la del Dr. Llerena que sostiene lo contrario. Mientras nuestra legislación civil no restablezca por completo la libertad de la mujer mayor de edad divorciada, mientras no la coloque en el pleno goce de sus derechos civiles, y pueda enajenar sus bienes raíces, no será capaz de celebrar ciertos contratos que los comprometerían. He manifestado mi opinión contraria

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3846. — L. 8. Tit. 5. Lib. 3. Fuero Real. Hemos establecido en el art. 1897 de este Código, que el mandato puede ser válidamente conferido á una persona incapaz de obligarse; y aunque el ejecutor testamentario sea un mandatario, la ley debe exigir que el testador elija personas capaces de obligarse. En el mandato ordinario él es sólo quien sufre por la incapacidad de su mandatario: tiene siempre el recurso de revocar el mandato cuando le parezca, mientras que cuando el ejecutor testamentario es incapaz, son los herederos ó legatarios á los cuales la incapacidad del legatario puede perjudicar sin que ellos hayan participado en su nombramiento, y sin que tengan el poder de revocarlo.

porque se trata de seguir un juicio que puede comprometer intereses de la comunidad.

á este sistema que limita sin razón las facultades de la mujer divorciada; si no fuera que la ley exige á la mujer el consentimiento de su marido para ejecutar ciertos actos, mi opinión sería favorable á la tesis del Dr. Segovia; pero ante la disposición terminante del artículo, que habla de la mujer casada, sin hacer distinción de la divorciada; ante la prohibición de no contrariar la voluntad del marido; en una palabra, de no poder autorizarla contra esa voluntad, no podemos menos de inclinarnos. No obsta el art. 73 de la ley de matrimonio civil, que es el mismo art. 210 del Código derogado, con la diferencia de que ha sido autorizada para estar en juicio, pero no para enajenar los inmuebles.

El legislador argentino ha querido favorecer la unión de los matrimonios, y tal vez con ese objeto ha conservado esa especie de dependencia entre marido y mujer, con relación á los inmuebles, exigiendo la autorización para enajenarlos; pero debía conservar la mujer divorciada completa independencia para enajenar todos sus bienes, ya que no ha sonado todavía la hora en la República Argentina de la completa libertad de ambos cónyuges, para formarse un nuevo hogar y crearse una nueva familia.

Cuando el marido estuviera ausente y no fuera posible obtener su consentimiento, el juez puede acordarlo á la mujer mayor de edad.

En cuanto á la mujer separada de bienes, sea á consecuencia de mala administración del marido, ó por divorcio, tampoco podrá aceptar el albaceazgo sin consentimiento de éste; separándose nuestro artículo en esta parte expresamente del art. 1029, Cód. Francés, que faculta á los jueces para autorizarla, contra la voluntad del marido.

Cuando es curadora del marido en los casos del art. 1284, no creo que pueda aceptar el albaceazgo, porque no es un acto de administración, que son los únicos que puede ejecutar; tendrá que pedir autorización judicial como en los casos de ausencia ó de imposibilidad de darla. La curaduría sólo la autoriza para los actos de administración, mientras el ejercicio del albaceazgo puede traerle compromisos graves que la obliguen á enajenar sus bienes raíces.

La mujer soltera mayor de edad, que ejerciendo el albaceazgo se casare, continuando en el puesto sin haber obtenido permiso ó autorización de su marido, habrá ejecutado actos anulables que éste puede confirmar autorizándolos; porque el acto del matrimonio la ha hecho perder su capacidad, colocándola bajo la potestad marital. Él puede au-

Las leyes de procedimientos, que las provincias tienen exclusivo derecho para dictar, pueden privar á las mujeres de esta representación.

La capacidad para ejercer el albaceazgo no tiene relación alguna con la incapacidad para recibir por testamento, por esa razón *el incapaz de recibir un legado hecho en el testamento, puede ser ejecutor testamentario: pueden serlo también los herederos y le-*

torizar los actos ejecutados después de su matrimonio, así como darlo su consentimiento para continuar, y también confirmar los actos anteriores y retirar la autorización.

¿Por qué el artículo ha prohibido á los jueces autorizar á la mujer casada, contra la voluntad del marido, para que ejerza el albaceazgo? Supóngase que el testador ha legado una buena cantidad de dinero para pagar el desempeño del cargo, ¿por qué un capricho del marido privaría á la mujer de un legado de importancia? Ya he manifestado mi opinión, en diferentes partes de esta obra, en favor de la completa autoridad del marido, quitando á los jueces la facultad de intervenir en la vida doméstica. El hogar debe estar amurallado; los jueces no deben intervenir sino para hacer cesar ciertos estados que la civilización no tolera, porque amenazan sus conquistas; pero la justicia no se mezclará para dirimir las conveniencias ó inconveniencias de ciertos actos que el marido prohíba á su mujer, cuyas acciones dirige y salvaguarda. Así es que la disposición, en su carácter absoluto, está justificada.

La mujer divorciada por su culpa, que no tiene la administración de sus bienes, y que no puede demandar la separación, art. 1306, no puede desempeñar el albaceazgo sin permiso del marido; porque, como dice Troplong, III, 2014, «no ofrece á los herederos un recurso suficiente sobre los bienes pertenecientes á la mujer de los que el marido tiene la administración».—Véanse arts. 55, 188 y 1737, y arts. 59, 60 y 65, Ley Matr. Civ.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3847.—En cuanto á la primera parte, Cód. Francés, arts. 1028 y 1029. — De Luisiana, 1656 y 1657. Por el Cód. de Holanda, art. 1053, no puede serlo la mujer casada, y por el de Prusia, ni la mujer casada ni la soltera. Regularmente se enseña que la mujer, en el caso del artículo, obliga sólo sus propios bienes, porque la sociedad conyugal no puede tener ganancia alguna desde que el albaceazgo es gratuito: pero por las disposiciones de este Título, el albacea tiene derecho al pago de su trabajo, sin que el mandato pierda su calidad esencial, y desde entonces, la sociedad conyugal es responsable de los actos de la mujer albacea. — Véase Marcadé, sobre el art. 1029. — Duranton, tom. 9, n.º 314. — Troplong, n.º 2015.

gatarios, los testigos del testamento y el escribano ante quien se hace (art. 3848); aunque siempre habría un peligro en la última dis-

(Art. 3848.) El Dr. Velez-Sarsfield, al tomar este artículo de la jurisprudencia francesa, se ha olvidado tal vez, el interés que trae consigo el honorario del albacea, y que puede ser motivo, entre nosotros, de falta de cumplimiento á los deberes impuestos á los que intervienen, sobre todo, cuando son testigos ó es el escribano el nombrado. En derecho francés el cargo es gratuito, y no puede ofrecer dificultades el confiarlo á las personas que intervienen; no sucede así por nuestro derecho, donde es remunerado, y el honorario suele ser de importancia, cuando se trata de bienes valiosos á dividir. La institución del albaceazgo, debe desaparecer gradualmente de nuestras costumbres, por los graves daños que causa, pues no sólo recarga con honorarios á la testamentaria, sino que dificulta su pronta liquidación. Estaba perfectamente en aquellas épocas en que se consideraba como una garantía, de que la voluntad del testador se ejecutaría por su mandatario, quien velaba fielmente por su cumplimiento, y donde no lo llevaba interés alguno, pues su mandato era gratuito. Estudiemos el artículo.

El incapaz de recibir un legado puede ser albacea, dice el artículo; pero esto se comprendería cuando el mandato fuera esencialmente gratuito, como en derecho francés; pero no entre nosotros, en que es remunerado, y bien remunerado! ¿Cómo salvar esta contradicción palpitante, cuando el testador ha querido pagar de antemano el servicio que encarga, haciendo un legado al incapaz de recibirlo, manifestando que lo deja en compensación del mandato? Como lo suponemos incapaz de recibir el legado, por ser, por ejemplo, el albacea legatario padre del escribano que autoriza el testamento, el legado sería nulo; pero como el albaceazgo es remunerado, el juez lo señalará como honorario una cantidad igual ó mayor que la legada. ¡Y esto se considera justo y razonable! Sin embargo, la nota del Dr. Velez-Sarsfield, tomada de Zachariæ, § 591, nota 17, resuelve el caso al parecer, negando al albacea todo honorario; pero debemos tener presente que esto ocurre en el derecho francés, no en el argentino; y la prueba evidente es que el albacea recibe siempre honorario por su trabajo, según nuestro Código; no hay disposición alguna que lo haga perder su honorario. No sería posible establecer que el escribano que autorizó el testamento y fué nombrado albacea cobre su honorario, como lo autoriza el art. 3872, y lo pierda sólo por el hecho de haberle dejado un legado que no pudo recibir. ¿Dónde encontraríamos una disposición tan arbitraria? No nos responderá: la nota así lo enseña; pero la nota se refiere al derecho francés, donde el albaceazgo es gra-

posición, porque el albaceazgo, tal como se considera en la práctica, es un puesto lucrativo de que debía ser excluido el funcionario ante quien se otorga el testamento.

tuito, y si el albacea no puede recibir compensación sino por el testamento, es claro que siendo incapaz de recibir el legado, no podrá hacerlo por otra causa. Por nuestro derecho sucede lo contrario. Esta es la gran dificultad de tomar disposiciones de diversos Códigos, sin el tiempo necesario para estudiar las diferencias entre las legislaciones que so toman por modelo.

El artículo siguiente, trae el caso que examinamos, cuando el testador ha hecho un legado al albacea en mira de la ejecución de su testamento, en que no puede pretender el legado, sin aceptar el albaceazgo. ¿Y cómo lo pretendería si fuera incapaz de recibirlo? ¿Y de qué lo serviría la exclusión por incapaz, si en seguida el juez le señalaría como honorario el importe del legado que no puede recibir? Se dirá, tal vez, si es incapaz de recibir un beneficio gratuitamente, no lo es para desempeñar un mandato y cobrar honorarios, por un trabajo que debe pagarse; que semejante trabajo no es un beneficio; pero á esto contestamos con nuestras costumbres judiciales, en que un albaceazgo está considerado como un negocio proficuo, porque no hay relación entre la función y el honorario. Las leyes deben satisfacer las necesidades de la vida nacional, tomando á la sociedad en el momento en que se dictan, conociendo sus costumbres y tratando de moderarlas, cuando ellas se han convertido en daño de la misma comunidad que se trata de proteger.

Se comprende que los legatarios puedan ser albaceas, porque ellos son generalmente extraños, amigos íntimos del testador. Pero, ¿qué utilidad puede haber en nombrar albacea á uno de los herederos? Todos los herederos están empeñados en que se cumpla la voluntad del testador; el nombramiento de uno de ellos para el cargo de albacea no tendría objeto, sólo aumentaría los gastos de la liquidación. Ahora bien, supongamos que uno de los herederos ha sido nombrado albacea, que ha entrado á ejercer el cargo. ¿Puede después atacar el testamento? Zacharia, en la nota 17, al § 491, dice: «sin embargo el heredero ó el legatario que quisiera conservar el derecho de atacar el testamento, debería rehusar la misión de ser ejecutor testamentario, so pena de perder el derecho de atacar el testamento, que habría aprobado por la aceptación del cargo», citando á Toullier y Troplong; pero estos autores no sostienen semejante conclusión, que es demasiado absoluta; así, dice el primero, III, 579: «cualquiera persona puede ser ojecutor testamentario, aún uno de los herederos ó legatarios; pero el heredero que quisiera atacar el testa-

Siendo el albacea el ejecutor que nombra el testador para que haga cumplir sus voluntades, manifestadas en su testamento, de-

mento debería rehusar la ejecución testamentaria, ó no aceptarla sino *con reservas expresas, si quisiera atacar algunas de sus disposiciones*; palabras que repite Tropolung y Demolombe. Así, pues, el heredero albacea, al aceptar el mandato, podrá declarar que se reserva sus derechos para atacar tal ó cual disposición del testamento; pero si hubiere guardado silencio, se reputará que lo ha aceptado.

Hablamos de los testigos del testamento que hubieren sido nombrados albaceas. Si suponemos que uno de ellos recibe un legado en el testamento, y que inutilizándose no queda suficiente número para atestiguar, el testamento será nulo, como lo dijimos en los arts. 3664 y 3706; no habrá caso. Si, por el contrario, hubiere testigos suficientes, el testamento valdrá; pero el legado dejado al testigo no tendrá valor, y sería el caso de preguntar nuevamente: ¿El albacea no podrá cobrar el legado, ni el honorario por el mandato que ha desempeñado? El legado es nulo evidentemente, pues existe la disposición expresa del art. 3664; pero, ¿dónde está la que le prive del honorario? Se arguiría siempre con la nota de Zachariae, tomada por el Dr. Velez-Sarsfield; volveríamos á contestar que esa nota es exacta y explica perfectamente la situación del albacea en derecho francés, porque la función es gratuita, y no pudiendo recibir el legado por ser incapaz, no tendría derecho á remuneración alguna; pero en nuestro derecho sería inexplicable, y bastaría suponer que el testador no ha señalado honorario alguno al testigo para darle derecho á cobrarlo; quiero decir, entonces, que el testador por mejorar la condición del ejecutor, lo habría privado de honorario. Volvemos á repetir lo que hemos dicho en diversas partes de esta obra; que la nota del Dr. Velez-Sarsfield, dadas las circunstancias en que fué sancionado el Código Civil, tiene un gran valor para explicar las disposiciones que contiene; es el comentario más autorizado; pero cuando es contraria á las disposiciones del mismo Código, ya porque haya sido mal traducida de los autores de donde fué tomada; ya porque sin el tiempo suficiente para una revisión prolija, lo fué de un autor que sostenía una teoría contraria, ya en fin, como en el caso presente que no haya tenido tiempo para compulsar la diversa doctrina; en esos casos se debe rechazar, como errónea teniendo el cuidado de traer en apoyo de la teoría contraria todos los elementos necesarios para demostrar el error.

La disposición de este artículo debe desaparecer, porque ella sólo se explica en la función gratuita del albaceazgo, no en la remunerada. La autorización al testador para nombrar albacea al escribano, no sería, tal

bía sólo serle permitido practicarle en esa forma, por eso dice el **art. 3845**: *el nombramiento de un ejecutor testamentario debe ha-*

vez, peligrosa en derecho francés, aún en el caso de dejarle un legado en remuneración del servicio; porque no pudiendo recibirlo, tendría que ejecutar gratuitamente el testamento; pero en nuestra legislación hay una grave incongruencia, pues no se le permite recibir el legado; pero se le concede derecho para cobrar honorarios; desde que por nuestro Código toda función debe ser remunerada, salvo los raros casos en que se supone gratuita.—Comp. TROPLONG, III, 2011. DEMOLOMBE, XXII, 9. BAYLE-MOILLARD, sobre Grenier, III, 333.—Véanse arts. 3664, 3706 y 3736.

(**Art. 3845.**) Nuestro artículo se ha decidido por la teoría que exige la forma testamentaria para el nombramiento de albacea, contra la opinión de Furgole y otros que sostenían podía hacerse por un acto público ó privado que bastase para demostrar el mandato; pero si bien es cierto que habría peligro en admitir el mandato por un acto privado, tratándose de actos que deben ejecutarse después de la muerte del testador, no lo es cuando el mandato fuera conferido por escritura pública. Estoy conforme con las sensatas observaciones que hace el Dr. Llerena sobre este punto, y creo que habría convenido autorizar el nombramiento de albacea en una escritura pública. Si el testador puede nombrar albacea en un testamento ológrafo, que tiene el valor de un acto público, art. 3650, ¿por qué impedirle que lo haga en una escritura pública, como se otorgan los demás poderes, aún los que deben tener efecto después del fallecimiento del mandante? Es que el Dr. Velez-Sarsfield ha seguido al pie de la letra á Aubry y Rau, § 711, texto á la nota 2, do donde ha tomado el artículo.

Aceptando, pues, como verdad el principio sentado por el artículo, debemos decir, que el nombramiento de ejecutor testamentario puede hacerse por testamento por acto público, cerrado ó ológrafo, y que no será necesario, como lo enseña Demolombe, XXII, 21, que el testamento contenga otras disposiciones testamentarias; bastará que indique el nombramiento de albacea; así podrá decir en un documento escrito, fechado y firmado por la mano misma del testador: ordeno que para

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3848.—Pothier, *Donat. Testament.* cap. 5, art. 1.—Toullier, tom. 5, n.º 579 y 580.—Troplong, *Testament.* n.ºs 2010 y 2011.—Aubry y Rau, § 711.—En otros términos, las incapacidades relativas á recibir por testamento, no importan incapacidades para ser ejecutor testamentario. Sin embargo, el albacea que no pudiese recibir nada como legatario, por ejemplo el confesor, nada tampoco podría recibir á título de ejecutor testamentario.—Zachariae, § 491, notas 14 y 17 de Massé.

cerse bajo las formas prescriptas para los testamentos; pero no es preciso que se haga en el testamento mismo, cuya ejecución tiene por objeto asegurar; pero, ¿sería válido el nombramiento de albacea, cuando no hubiera testamento que ejecutar? Del contexto de todos estos artículos se deduce, que siendo el albacea un apoderado del testador, para velar por la ejecución del testamento, cuando éste no existe, le faltaría la misión que por la ley y la voluntad del testador debe cumplir. Creo, pues, que un instrumento revestido de las formas testamentarias donde se limitase á nombrar albacea, sin existir testamento, no debe tener efecto.

§ 1044. — FACULTADES DE LOS ALBACEAS

La misión del albacea es velar porque se cumplan las disposiciones que el testador ha determinado en su testamento, y el

cumplir mi voluntad expresada en el testamento de tal fecha, sea mi ejecutor testamentario D. Fulano de Tal. Y aunque esta disposición pudiera decirse que es un testamento, y revoca el anterior á que se refiere sin confirmarlo, no sería exacto, porque el nombramiento de albacea no es un testamento desde que no dispone de sus bienes; por eso dice el artículo que debe hacerse en forma testamentaria; pero si además del nombramiento de albacea contuviera alguna otra disposición, haciendo alguna manda ó legado, quedaría revocado el testamento anterior sino lo confirmase expresamente.

De los principios expuestos, se desprenden las siguientes consecuencias: 1ª, que un acto por escritura pública nombrando ejecutor testamentario, no sería válido si no tuviera la forma testamentaria; 2ª, que un acto escrito por un tercero, fechado y firmado por el testador, nombrando albacea, no tendría valor, porque no tiene la forma del testamento ológrafo; 3ª, que si el nombramiento de albacea hubiera sido hecho en un acto válido, bajo la forma testamentaria, no podría ser revocado por un acto escrito por un tercero, aunque estuviera fechado, firmado y aprobado por el testador; 4ª, que tampoco podrá ser revocado el nombramiento de ejecutor testamentario por una escritura pública ordinaria en lo que se separa de la legislación francesa, porque nuestro art. 3827 se diferencia esencialmente del art. 1035, Cód. de Napoleón. — Comp. DEMOLOMBE, XXII, 21. BAYLE-MONILLARD, sobre GRENIER, III, 329, nota a. — Véanse arts. 1890 y 1983.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3845.—Zacharia, § 491.—Aubry y Rau, § 711.—Marcadé, sobre el art. 1025.—Coin-Delisle sobre el mismo art. n.º 45.

legislador ha debido autorizarlo expresamente para ese fin, dándole facultad para que intervenga en todo lo relativo al cumplimiento del testamento, determinando de un modo preciso las que el testador puede conferirle, saliendo de esos términos vagos y generales que arrojan al juez y al intérprete en la incertidumbre y la duda, al decirle: *las facultades del albacea serán las que designe el testador con arreglo á las leyes* (art. 3851, 1ª parte), sin determinarlas de un modo claro y preciso. Con esta expresión vaga y general, el juez tendrá que investigar en todas las instituciones análogas, las facultades que el testador puede conferir, sin salir de la órbita determinada por las leyes; esta es una dificultad que ha debido salvarse; pero agrega el artículo: *y si no las hubiere designado, el ejecutor testamentario tendrá todos los poderes que según las circunstancias, sean necesarias para la ejecución de la voluntad del testador* (art. 3851, últ. parte),

(Art. 3851.) El albacea, como se ha dicho, es mandatario del testador, y aunque hemos objetado lo absoluto de esta teoría, adoptada por el Código Civil, debemos conformarnos con ella, por más discutible que nos parezca; como tal mandatario está sometido á la voluntad de su mandante, que si bien da la ley, se puede decir, para que se ejecuten sus voluntades, á la vez recibe restricciones creadas por el legislador en defensa de los derechos que corresponden á los herederos, que son los verdaderos dueños de los bienes quedados por muerte del testador.

Así, el albacea tendrá las facultades conferidas por el testador, si no contraría las leyes que garanten á los herederos sus derechos: por consiguiente no podrá conceder la posesión de la herencia cuando existen herederos forzosos, y menos aún, si son descendientes ó ascendientes que entran en posesión *ministerio legis*, por el hecho de fallecer el testador cuando estuvieren en la Provincia donde el causante ha muerto; no podrá tampoco autorizarlo para que reconozca y pague las deudas de la sucesión, sin conocimiento de los herederos, que son los verdaderos dueños de los bienes: pero puede facultarlo para que venda los bienes necesarios á fin de ejecutar el testamento, en cuyo caso deberán intervenir los herederos. Cuando no hubiere herederos, puede autorizar al albacea para que pida la posesión de la herencia y ejecute lo ordenado en el testamento, procediendo á la entrega de los legados y pago de todas las deudas; pero el testador no podrá facultarlo para que dirima como árbitro las cuestiones que se suscitaren entre los herederos, ni autorizarlo para que proceda á la partición de la herencia.

que al fin es otra generalidad que nos lanza en la duda y, tal vez, en lo arbitrario; habría sido más claro el decir, tendrá todas

Anbry y Rau, § 711, texto á la nota 13, de donde probablemente ha sido tomado el artículo, dicen, explicando el alcance que debe dársele: «pero fuera del objeto que acaba de indicarse, el testador no puede unir al mandato del ejecutor testamentario otros poderes, ni poderes más extensos que los que son una consecuencia legítima, ó que la ley autoriza expresamente á conferir á este mandatario».

¿Tendrá el albacea la administración de los bienes de la sucesión? Debemos distinguir: si no hay herederos, y el testamento se reduce á mandas y legados, como la posesión de la herencia corresponde al albacea, es claro entonces que debe tener facultades para administrarla, pues la posesión se le ha acordado; si, por el contrario, existen herederos que deben pedirla, á ellos corresponderá la administración; pero como el albacea tiene derecho para conservar en su poder los bienes bastantes á fin de pagar las deudas y legados con intervención de los herederos, el testador puede conferirle la administración de esos bienes.

Anbry y Rau, § 711, texto en las notas 13 á 15, enseñan: «que nada impediría al testador, que no deja herederos forzosos, el facultar á su ejecutor testamentario, á falta de dinero ó de muebles suficientes para el pago de los legados, á fin de que venda los inmuebles, aún particularmente, y de recibir el precio, aunque los herederos ó los legatarios universales sean menores ó interdictos, ó que siendo mayores, hayan aceptado la sucesión bajo beneficio de inventario», principios que no pueden aceptarse por nuestra legislación, que no permite la enajenación en particular de los inmuebles en que los incapaces tengan alguna participación, sino con determinadas formalidades. — Véanse arts. 1452, 1691, 1872, 3844, 3854, 3856, 3859 á 3863 y 3865.

El albacea no puede retener los frutos y rentas, alegando que hay deudas que pagar, porque éstas deben ser abonadas con los bienes de la sucesión. Los herederos no están obligados por el reconocimiento que el albacea hiciera de una deuda no comprobada, porque no tiene facultades para ello; pero en cambio puede pedir la suspensión de un juicio que se hubiere promovido, como si el testador falleciere después de reconocer la deuda, porque cumple así su mandato de pedir el cumplimiento de la voluntad del testador.

Nota del Dr. Vélez-Sarsfield al art. 3854. — Véase L. 3, Tit. 10, Part. 6ª y L. 10, Tit. 21, Lib. 10, Nov. Rec. — El mandato hecho al albacea, restringe los derechos de administración y libre disposición que pertenecen á los herederos en su calidad de propietarios, y por tanto no puede extenderse más allá de las

las facultades necesarias para ejecutar lo ordenado en el testamento.

Para hacer cumplir lo que el testador hubiere ordenado, habría sido necesario investir al albacea de la posesión de la herencia, desde que obra en nombre del testador; pero el legislador tendría que hacer una excepción al principio de que los herederos suceden á su causante sin intervalo de tiempo y representan su persona, así es que para conciliar ambas disposiciones ha dicho en el **art. 3852**:

(**Art. 3852.**) La verdadera teoría en derecho civil, es que habiendo herederos, sean de la clase que fueren, á ellos corresponde la posesión de la herencia, porque son los verdaderos dueños de los bienes dejados por el testador. El albacea sólo puede tomar los necesarios para la ejecución del mandato conferido; no posee para sí, porque no es dueño de ellos, lo hace á nombre del testador y para los herederos que deben tomar los bienes que quedaren, una vez pagadas las deudas y legados, con su intervención.

El artículo habla únicamente de los herederos forzosos y de los instituidos, sin referirse á los demás que pueden entrar á heredar, estando en grado sucesible; porque tratándose de los albaceas que son nombrados en testamento, supone necesariamente que el causante ha muerto testado, pues de otro modo no existiría el albacea. El artículo está libre del reproche que le hacen algunos autores argentinos, porque el Código usa indistintamente de las palabras: herederos *forzosos*, herederos *legítimos* ó herederos *instituidos*; forzosos y legítimos, son expresio-

disposiciones de la ley y de los límites indispensables á su objeto. Decimos con arreglo á las leyes, pues que el testador no podría, por ejemplo, darle facultad para que distribuyese sus bienes á su arbitrio, porque tal disposición sería á favor de personas inciertas. Véase Aubry y Rau. § 711. — Merlin, *Verb. Héritier*, Secc. 7, n° 2. — Grenier, *Testament*, tom. 1, n° 331.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3851.—El albacea de la testamentaria en cumplimiento de la voluntad del testador, debe regirse por las disposiciones relativas al mandatario, y no puede hacer otros pagos que los ordinarios de administración, ni reconocer obligaciones contra la testamentaria.—Jur. Civ., V. 485, Ser. 1°.

La intervención del albacea en la testamentaria se rige por las disposiciones del mandato, y en consecuencia, tienen personería para intervenir en todo incidente, que modificando el capital testamentario, pueda alterar la voluntad del testador.—Jur. Civ., X. 347, Ser. 2°.

El albacea no puede oponerse al nombramiento de un heredero reconocido aunque no declarado, como administrador de la herencia. — Jur. Civ., I, 361, Ser. 4°.

habiendo herederos forzosos, ó herederos instituidos en el testamento, la posesión de la herencia corresponde á los herederos, pero debe

nes equivalentes en este caso, porque si no son forzosos, son instituidos en el testamento en que se ha nombrado albacea; es cierto que pueden ser nombrados los herederos en grado sucesible, pero entonces tienen su título del testamento mismo, y se consideran instituidos. La expresión de herederos *legítimos*, que se usa en el art. 3854, comprende un caso excepcional, como se dirá al estudiarlo. Ahora bien, el artículo parte del hecho cierto de que existe un testamento, donde se ha nombrado ejecutor testamentario, en esa hipótesis, sólo hay dos clases de herederos: los *forzosos*, que tienen su derecho de la ley, y de cuya legítima no pueden ser privados sin justa causa de desheredación ó de indignidad, ó herederos *instituidos*, sean completamente extraños, ó en grado sucesible, que hubieran podido ser herederos *ab intestato*, sin la disposición testamentaria; en estos casos se pregunta, ¿á quién corresponde la posesión de la herencia? La respuesta es bien sencilla, corresponderá á los herederos, porque ellos suceden al difunto y representan su persona; el albacea sólo tiene un mandato del testador, y es el de velar por el exacto cumplimiento de las disposiciones contenidas en el testamento; si debe quedarse con algunos bienes para pagar las deudas y legados, esa posesión no la toma á nombre del testador, sino de los herederos que en otro caso, ó cuando fuera incapaz de aceptar el albaceazgo, habrían tomado dichos bienes. Y como esa posesión puede perjudicar los derechos de los herederos, no podrá tomarla en caso se opusieran, necesitando de una decisión judicial que resuelva la cuestión.

No creo, pues, como lo sostiene el Dr. Llerena, que «el albacea, por inacción de los herederos, pueda pedir la posesión de la herencia, á objeto de la administración, aún fuera del caso previsto en el art. 3854»; porque eso sería conferirle un derecho que en parte alguna del Código se acuerda á los ejecutores testamentarios. Sería una especie de curatela acordada á los albaceas para cuidar de los bienes que corresponden á los herederos forzosos ó instituidos. ¿Á qué título? ¿Para ejecutar el testamento? No, seguramente! Si los herederos, dueños de los bienes, no han pedido la posesión de la herencia que les corresponde por la ley, el albacea, que no es su apoderado ni representante, no puede pretender sustituirlos; su misión es sólo cumplir ó pedir el cumplimiento de las disposiciones testamentarias, no cuidar de los bienes que corresponden á los herederos. Y tan absoluto es el derecho de los herederos forzosos ó instituidos, que ni el testador puede conferir al albacea la

quedar en poder del albacea tanta parte de ella, cuanta fuese necesaria para pagar las deudas y legados, si los herederos no opusiesen, respecto de los legados, que en ellos van á ser perjudicados en sus

posesión de la herencia que corresponde á los herederos, porque es un derecho acordado por la ley misma, de que no pueden ser privados. Ni menos aún conceder al albacea la administración de la herencia, que sólo puede tener, cuando no hubiera herederos, porque en ese caso á quien debe poseerla, á fin de conservarla, y no pudiendo obtenerla los acreedores ni los legatarios, el albacea, como mandatario del testador, debía estar facultado para conservarla.

Los herederos forzosos, ¿son los únicos que pueden oponerse al pago de los legados, como parece desprenderse de las últimas palabras del artículo? No lo creo, aunque sea el caso más común, cuando los legados afectasen ó disminuyesen las legítimas, en quo tienen perfecto derecho para pedir su reducción; pero los herederos instituidos podrán oponerse igualmente al pago de los legados, cuando tuvieran justa causa, como por ejemplo, si el legatario fuera incapaz ó indigno de recibirlo, en que podrían alegar la incapacidad.

La redacción del artículo, en su última parte, no es satisfactoria, porque dice impropriamente: «pero deben quedar en poder del albacea tanta parte de ella (la herencia), cuanta fuese necesaria para pagar las deudas y legados, *si los herederos no opusiesen respecto de los legados, que en (con) ellos van á ser perjudicados en sus legítimas*», cuando debió expresar esta idea: que el albacea no puede pagar las deudas de la sucesión, sino con el asentimiento de los herederos, ni menos los legados, cuando los herederos alegaren que van á ser perjudicados en sus legítimas, ó que no debieran pagarse por ser incapaces los legatarios, derecho que no sólo tienen los herederos forzosos, sino también los instituidos. Así, debemos entender el artículo, como si dijera: «pero deben quedar en poder del albacea tanta parte de ella, cuanta fuese necesaria para pagar las deudas y legados, si los herederos no se opusiesen *al pago de ellas, ó respecto de los legados que, con ellas van á ser perjudicados en sus legítimas, los forzosos, ó alegasen incapacidad de los legatarios para recibirlos, correspondiendo también este derecho á los herederos instituidos*». Las palabras en letra cursiva son las que creemos deberán agregarse cuando se reforme el Código, para dejar bien claro el pensamiento del legislador.

Es necesario tener presente que la legislación francesa se diferencia en parte de la nuestra, y debemos seguir su doctrina con mucho cuidado. — Comp. AUBRY y RAU, § 711, n.º 4. DEMOLOMBE, XXII, 51. COLMET

legítimas. Esta posesión concedida al albacea en nada impide la intervención que los herederos pueden y deben tomar en el examen de las deudas de la sucesión para que se declaren de legítimo abono con su conocimiento y aceptación. Y como la posesión de los bienes que se confiere al albacea puede ocasionar perjuicios á los herederos y legatarios, en el caso de justo temor sobre la seguridad de los bienes de que fuese tenedor el albacea, podrán pedirle las seguridades necesarias (art. 3853), determinando el

DE SANTERRE, IV, 171, *bis*, V. VAZEILLE, al art. 1026, n° 2. — Véanse arts. 3410, 3412, 3853, 3854 y 3859.

(Art. 3853.) Como los albaceas tienen derecho para tomar los bienes necesarios al pago de las deudas y legados que deben hacer con intervención de los herederos, éstos, á su vez, tendrán un derecho para asegurarse de que esos pagos serán hechos á su debido tiempo, por eso la ley los faculta para pedir garantías suficientes, pero debe ser en caso de justo temor por la pérdida de esos bienes; si el albacea se negare á darlas, el solicitante deberá demostrar sumariamente el peligro, y el juez ordenará que se den; como no se determina qué clase de seguridades, podrán ser fianzas, hipotecas, depósitos, etc.

El artículo dice que los herederos y legatarios pueden pedirlos, y se pregunta, si ese derecho es concurrente, y basta que lo demanden los herederos, y en qué casos podrán deducirlo los legatarios. Cuando los herederos han solicitado las garantías conformándose con ellas, ¿podrán los legatarios pedir otras? Debemos distinguir: si los legados fuesen de cantidad, ó de cosas fungibles en que los herederos son los únicos deudores, los legatarios no tendrán derecho para demandar nuevas garantías de los albaceas; pero en cambio, para conservar sus derechos y no verse burlados por la insolvencia de los herederos, podrán embargar bienes suficientes de la herencia, cuando hubiere peligro. Si los legados fueran de cosa cierta y determinada, en que los legatarios adquieren la propiedad desde la muerte del testador, y pueden reivindicarlos de terceros poseedores, entonces podrán exigir, directamente del albacea que los posea, la entrega de ellos ó hacerlos embargar en caso de peligro;

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3852.—El albacea sólo puede retener en su poder bienes suficientes para pagar las deudas y legados que no tuviesen oposición, y carece de personería para solicitar la formación del concurso forzoso.—Jur. Civ., I, 376, Ser. 1°.

La intervención del albacea testamentario cesa, cumplidas que sean todas las diligencias impuestas en el testamento.—Jur. Civ., II, 497, Ser. 1°.

jeuz las que deba dar, según la importancia de los bienes que se le entregasen.

Como el albacea tiene la misión de velar por el cumplimiento de las disposiciones del testador, de quien se puede considerar como

pero si las cosas legadas debieran entregarse dentro de algún tiempo fijado por el testador, y las poseyera el albacea, el legatario tendrá derecho para exigir seguridades, en caso de justo temor.

El Cód. de Chile, art. 1297, de donde fué tomado el nuestro, confiere el mismo derecho, á los fideicomisarios; por nuestra legislación no se reconoce el fideicomiso, pues se ha suprimido, con razón; pero ese artículo es más claro que el nuestro, cuando dice: «en el caso de justo temor sobre la seguridad de los bienes de que fuese tenedor el albacea, y á que respectivamente tuvieran derecho actual ó eventual, podrán pedir que se le exijan las debidas seguridades», expresando así, que ese derecho lo ejercerán respectivamente, según los casos, y por separado.

¿Puede el testador libertar á los albaceas de estas obligaciones? Entre coartar la libertad que la ley concede al testador para disponer de sus bienes, cuando no tiene herederos forzosos, ó de disponer de la porción de que es dueño, cuando los tuviere, sería preferible ceder ante la voluntad de éste, que debe ser la ley, y no limitarla sin razón, desde que es dueño de hacer la liberalidad en la forma que crea más conveniente. Si el testador prefirió exonerar al albacea de la obligación de dar fianza, debiera cumplirse su voluntad, que habría sido, indudablemente, el dejar á la honradez y conciencia del ejecutor nombrado el exacto cumplimiento de lo ordenado en el testamento. Por mi parte me inclino á creer, que no estando prohibida semejante cláusula, el testador puede imponerla respecto de los legatarios ó herederos instituidos, que tienen su derecho de la voluntad del testador; pero no así con relación á los herederos forzosos en lo que se relaciona con sus legítimas, que pueden hacer respetar, aún contra la voluntad manifiesta del causante.

Los herederos ó legatarios, en su caso, pueden oponerse á la entrega de las cosas cuya posesión solicite el albacea, demostrando la justa causa que tienen para exigir las seguridades que piden, y los jueces deben resolver el incidente teniendo en cuenta que el albacea es el representante del testador, quien ha depositado en él su confianza, y debe respetarse su voluntad, en cuanto sea compatible con los derechos de los herederos ó legatarios; en caso de duda, se resolverá en favor del albacea.—Véanse arts. 3385, 3852 y 3864.

Nota del Dr. Velaz-Sarsfield al art. 3853.—Cód. de Chile, art. 1297.

apoderado, cuando las disposiciones del testador tuviesen sólo por objeto hacer legados, no habiendo herederos legítimos ó herederos instituidos, la posesión de la herencia corresponde al albacea (art. 3854), porque entonces desaparece el inconveniente que existía cuando deja herederos que lo representen.

(Art. 3854.) Este es un caso *sui generis* de posesión, que el albacea tiene derecho para ejercer; porque si bien es indudable que su derecho viene del testamento y de la voluntad del testador, como la propiedad de la universalidad jurídica ha dejado de pertenecerle por la muerte, el albacea no puede poseer para el testador; ni menos para los acreedores ó legatarios, porque éstos sólo tienen derecho sobre los bienes legados, y aquellos sobre los que fueran necesarios para el pago de las acreencias, pero ni unos ni otros pueden pretender la universalidad jurídica que se llama herencia. ¿Para quién posee entonces el albacea? Es evidente que viniéndole su derecho del testamento, única fuente de la posesión que puede demandar, ésta la tendría para aquel ó aquellos que deben recoger la herencia, porque él sólo es un mandatario accidental. No posee para los legatarios, porque la herencia no puede ser poseída por ellos, sólo tienen derecho para demandar la posesión de las cosas legadas. Si no existen herederos en grado sucesible, es el Fisco quien deberá suceder, y el albacea poseerá para él.

En cuanto á la crítica, que hacen los Drs. Segovia y Llerena, diciendo: 1º, que las palabras, *herederos forzosos* del art. 3852, se han usado impropriamente, en vez de *herederos legítimos*; 2º, que el presente artículo ha podido suprimirse usando en aquel de la expresión heredero legítimo; la creo por mi parte injustificada. En efecto, como lo dijimos en aquel artículo, no pueden existir sino dos hipótesis: 1ª, que haya testamento y herederos forzosos; 2ª, que existiendo testamento haya herederos instituidos, sean parientes en grado sucesible ó extraños; esas son las hipótesis comprendidas en el art. 3852. Pero el artículo que estudiamos supone el caso, por demás raro, en que existiendo testamento donde se hicieron legados y se nombrare albacea, no se instituyera herederos, y resultara que existen *ab intestato*, entonces no habría, en realidad, ni herederos forzosos ni instituidos y correspondería la posesión de la herencia á los herederos legítimos ó *ab intestato*, y el albacea no podría pretender esa posesión, porque no es el caso del art. 3852; por esa razón viene el presente, que dice: no habiendo herederos legítimos ó herederos instituidos, la posesión de la herencia corresponde al albacea, ó en forma más clara, la posesión corresponde á los herederos for-

El cargo de albacea es exclusivamente personal, desde que el testador ha elegido una persona determinada para ejecutar sus

zozos y á los instituidos, ó á los *ab intestato*, cuando no existieran aquellos, y sólo á falta de todos, corresponderá al albacea.

¿Es cierto, como lo afirman dichos autores, que el presente artículo ha podido suprimirse con cambiar la palabra forzosos, del art. 3852, por la de *legítimo*? Me parece un error; porque si se suprimiera el presente, el albacea no tendría derecho para demandar la posesión de la herencia en caso alguno, porque el art. 3852, sólo se la concede en aquella parte que fuera necesaria para la ejecución del testamento, y de ninguna manera para que pida la posesión de toda la herencia.

La redacción del artículo, así como su existencia separada, se explica pues, perfectamente, porque aún en el caso de haberse dicho en el art. 3852, que la posesión de la herencia corresponde á los herederos forzosos, á los instituidos ó á los legítimos, en su caso, no se habría autorizado al albacea para pedirla. Se tome, pues, las palabras *herederos legítimos*, en su sentido extenso, comprendiendo á los forzosos y á los *ab intestato*, ó se la tome en este último, siempre resultará evidente que el albacea sólo puede pedir la posesión de la herencia cuando no existieran herederos forzosos, instituidos ó *ab intestato*; apoyando indirectamente la teoría sostenida en el art. 3588, de que el Fisco no es heredero en la verdadera acepción de esta palabra, y por esa razón no le concede la posesión de la herencia.

Pero viene la cuestión de averiguar, qué clase de posesión es la de la del albacea, ¿es á caso la mera tenencia de la cosa? ¿Es un mero depositario, como lo afirma la nota del Dr. Volez-Sarsfield? Para decidir esta cuestión, veamos lo que dice Troplong, III, 1938, que ha inspirado la nota: «no se debe creer, dice, que esta posesión, dada al ejecutor testamentario, sea contraria á la máxima: *le mort saisit le vif*. En efecto, como lo enseña Ricard, la posesión del ejecutor no le hace verdaderamente poseedor, ni le confiere ningún derecho real *in re, ni ad rem*. No es sino un depositario, que posee á nombre del heredero, el que únicamente tiene la posesión *en toda la latitud* que el derecho da á esta palabra. Es también la explicación de Dumoulin. Ved por qué, según el mismo autor, el ejecutor testamentario no puede intentar la *complainte* contra el heredero que lo turbase en el goce de los muebles durante el año de la ejecución. Porque aunque pueda intentar esa acción contra el tercero, no es una razón para que la tenga contra el heredero». Como se ve por esta transcripción, la posesión del albacea, si bien no puede conferir acciones posesorias contra el heredero, según la opinión de este autor, no por

voluntades; y aunque *el albacea no puede delegar el mandato que ha recibido, ni por su muerte pasa á sus herederos; pero no*

eso le niega las mismas acciones contra los terceros, y por mi parte, afirmaría que puede deducir todas las que corresponden á los verdaderos poseedores, desde que el artículo no limita los derechos posesorios. ¿Por qué sería considerado como depositario? Éste no tiene la administración de las cosas entregadas, sólo puede tomar aquellas medidas de absoluta necesidad para su conservación. Tampoco se puede admitir, como lo sostienen algunos, que sólo tenga la mera tenencia en el sentido del art. 2463; porque el simple tenedor solo está obligado á conservar las cosas de que se le ha encargado; no es un administrador con derecho á enajenarlas y pagar las deudas y legados, como es el albacea. Es cierto que el art. 2462, n° 2, declara mero tenedor al que poseyera en nombre de otro, sin derecho á tener la cosa, como el depositario, comodatarie ó mandatario; pero el albacea, si bien es mandatario del testador, y posee la cosa para quien deba suceder á su mandante, y está en el caso de ese artículo, sin embargo, tiene facultades especiales, pues la ley le concede, sin más limitación que la impuesta por el presente título, la posesión de toda la universalidad jurídica, con derecho para vender bienes, pagar deudas, entregar los legados y cumplir lo que en el testamento se ordenare. Es cierto que no es dueño de la herencia por ningún título, que la posee para el que deba suceder al testador; pero es una posesión especial, que en nada se asemeja á la del depositario, ó á la de aquel á quien la justicia le ha entregado una cosa secuestrada ó embargada.

El albacea, como poseedor de la herencia en el caso del artículo, ¿podrá entablar acciones reivindicatorias, interrumpir prescripciones, etc.? La acción reivindicatoria sólo se concede al que es propietario y ha perdido la posesión; en este sentido el albacea que sólo es poseedor no podría reivindicar las cosas que otros poseen, á menos que fuera en el caso excepcional de tener que interrumpir una prescripción, que estuviera para vencer, y entonces dará cuenta á quien deba suceder al causante, á fin de que la continúe; pero en cambio puede ejercer todas las acciones posesorias á que tiene derecho el poseedor.

Este es otro de los casos en que la nota del Dr. Velez-Sarsfield no está de perfecto acuerdo con la disposición del artículo que debía explicar; porque la posesión de la herencia concedida al albacea confiere la administración de los bienes y la facultad de enajenar y pagar las deudas y legados cuando no hubiere herederos; es el representante del difunto, que por cierto no lo ha nombrado depositario, ni ha sido esa su

está obligado á obrar personalmente: puede hacerlo por mandatarios que obren bajo sus órdenes, respondiendo de los actos de éstos. Puede hacer el nombramiento de los mandatarios aun cuando el testador hubiese nombrado otro albacea subsidiario (art. 3855);

intención. — Véanse arts. 3410, 3412, 3710, 3718, 3767, 3779, 3851 y 3852.

(**Art. 3855.**) Cuando el artículo dice, que «el albacea no puede delegar el mandato recibido», no expresa claramente la idea que el legislador ha querido hacer predominar en esta materia, porque en seguida le permite nombrar mandatarios que obren bajo su responsabilidad personal; luego lo que se le prohíbe delegar no es el mandato de ejecutar tal ó cual cosa, sino el albaceazgo mismo; lo que no puede, como decía Ricard, es hacerse *substituir*, por otro que se ponga en su lugar, en una palabra, nombrar otro albacea; idea que expresa mejor el Cód. de Chile, art. 1280, al decir, el albaceazgo *es indelegable*; permitiendo en seguida constituir mandatarios que obren bajo sus órdenes ejecutando las funciones que le están encomendadas. El art. 1032, Cód. Francés, no expresa con claridad esa misma idea, al decir: «los poderes del ejecutor testamentario no pasarán á sus herederos», y ha sido necesario deducir la consecuencia de que es un mandato esencialmente personal; pero como en esta corriente de ideas podía llegarse hasta negarle la facultad de nombrar mandatarios, los autores se han detenido ante una deducción que importaría imponer al albacea la obligación personal de ejecutar por sí mismo el mandato; por eso dice, con razón, Demolombe, XXII, 41: «no es necesario, sin embargo, concluir que el ejecutor testamentario esté obligado á obrar personalmente, sin poder hacerse ayudar por un mandatario, lo que sería una exageración! Puede, pues, en efecto, hacer cumplir por un mandatario, los deberes que le son impuestos por el testamento; no hay en eso sino una simple delegación de la acción, que implica siempre la vigilancia y la dirección del ejecutor mismo, y que no debilita su misma responsabilidad. Es esto lo que ha decidido la Corte, en un caso, tanto más notable cuanto que el testador había nombrado un

Nota del Dr. Velez-Sarsfield, al art. 3854.—En el caso de este artículo y del anterior, los bienes que quedan en poder del albacea son en calidad de depósito ó secuestro, para satisfacer con ellos los derechos constituidos por el testamento.—Véase L. 4, Tit. 10, Part. 6ª.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3854.—El albacea no puede prescribir á su favor, mientras no justifique haber cambiado la posesión para sí: la ley supone que ha continuado poseyendo para el causante ó sus herederos.—Jur. Civ., I, 3ª J, Ser. 3ª.

porque por la aceptación del cargo ha tomado sobre sí todas las responsabilidades de aquellos á quienes designase para ejecutar el mandato que les hubiera conferido.

ejecutor *subsidiario* en defecto del primero». Resulta de esta teoría, que el albacea no puede nombrar otro albacea que lo sustituya, *delegando* el albaceazgo ó el mandato conferido; es decir, no puede eximirse de la responsabilidad que la ley le impone, al nombrar un mandatario de su elección. ¿Puede el testador facultar al albacea para sustituir el mandato sin responsabilidad personal alguna? Así lo sostiene el Dr. Llerena, al decir: «pero si el testador le ha dado facultad (para nombrar mandatarios), puede delegar el mandato sin responsabilidad de los actos de ese segundo mandatario. Éste se considera como nombrado por el mismo testador». Por mi parte reputo equivocada semejante opinión, en cuanto se refiero á la delegación del albaceazgo, porque la ley prohíbe expresamente tal sustitución; y con relación á las responsabilidades del albacea por lo ejecutado por los mandatarios con quienes se hace sustituir, tampoco se puede admitir que la simple autorización del testador para nombrar mandatarios que obren en su nombre, lo exima de la responsabilidad que la misma ley le impone, y el único caso en que tal teoría podría admitirse, es cuando el mismo testador hubiera nombrado la persona que deba sustituirlo, porque entonces sí, que se reputaría designado directamente por él, y sería injusto y antijurídico hacer responsable al albacea por la ejecución confiada á una persona designada por el albacea mismo.

Dobemos hacer notar, que las facultades conferidas por la ley á los albaceas se deben buscar en este título, y sólo subsidiariamente y en lo que no lo contraríen, en el mandato. Así, no se puede oponer lo dispuesto en el art. 1924 del mandato, en que se exige de responsabilidad al mandante, cuando se le ha facultado para sustituir el mandato, sin designar la persona en quien deba hacerse la sustitución, si ésta no es notoriamente incapaz ó insolvente; porque el presente artículo dice expresamente que, tal sustitución no puede tener lugar, desde que el mandatario debe obrar bajo las órdenes y responsabilidad del albacea; de otro modo resultaría esta proposición insostenible: que el albacea, permaneciendo en su carácter de tal, no respondería de un mandatario que él mismo hubiera nombrado, sólo porque el testador lo hubiera autorizado á hacerlo. ¿Cómo! Él es el albacea, representante del testador; él ha nombrado una persona de su elección para que ejecute tal ó cual acto, ¿y no respondería sino en los casos extremos de notoria incapacidad ó insolvencia? Por otra parte, el artículo autoriza al alba-

El testador puede dar al albacea la facultad de vender sus bienes muebles é inmuebles; pero el albacea no podrá usar de este po-

cea para delegar tales ó cuales actos, eximiéndolo de la ejecución personal, y no necesita de facultad expresa, ni ésta lo eximirá de la responsabilidad personal.

En lo que respecta á la jurisprudencia, no es tampoco exacto que los autores franceses sostengan que el albacea pueda sustituir el albaceazgo, como lo enseñan algunos, porque la decisión de la Corte de Colmar, 8 Noviembre 1829, se refería al nombramiento de un mandatario y no á la sustitución del albaceazgo. La doctrina que se deduce de esa decisión, así como de la resolución de la Corte de Casación francesa, la han condensado Aubry y Rau, § 711, texto en la nota 12, al decir: «el ejecutor testamentario no está obligado á obrar personalmente. Puede llenar todos los deberes que le fueren impuestos, por medio de un apoderado. Esta facultad le corresponde, aunque el mismo testador hubiera nombrado un ejecutor testamentario subsidiario en defecto del primero»; pero en caso alguno puede eximirse de la responsabilidad legal, por la ejecución del mandato, desde que el mismo hubiera designado el mandatario; el único caso sería, cuando el testador, en su testamento, le hubiera nombrado sustituto, á quien le hubiese encargado la ejecución, porque entonces el albacea habría dejado de serlo, para ser sustituido por el subsidiario.

Nuestro artículo ha venido á decidir la controversia suscitada entre los autores franceses, sobre las facultades del albacea, siguiendo la jurisprudencia establecida por la Corte de Casación, de que á pesar de existir albacea subsidiario, el albacea podía nombrar mandatarios para ejecutar los actos encomendados.

La doctrina que se desprende de los principios enseñados por el Código Civil, es que el albacea no puede delegar su mandato; que, sin sin embargo, no está obligado á ejecutarlo personalmente; que aún en el caso de existir un albacea subsidiario, podría nombrar mandatarios; que la responsabilidad del albacea, respecto del mandatario nombrado por él, no cesará aún en el caso en que el testador le hubiese facultado para nombrar mandatario.

En cuanto á la cuestión de averiguar á cargo de quien deben ser los gastos ú honorarios ocasionados por el mandatario nombrado por albacea, es una de las más graves y difíciles, sobre todo en lo que respecta á los procedimientos judiciales. Partimos del principio sentado por nuestro Código, de que el servicio del albaceazgo debe ser remunerado; ahora bien, cuando el albacea desempeña personalmente el mandato,

der sino cuando sea indispensable para la ejecución del testamento, y de acuerdo con los herederos ó autorizado por juez competente

no hay dificultad sino para determinar el *quantum* de la remuneración, que debe estar en armonía con el servicio hecho, y con la importancia de los bienes que administra; pero si el albacea nombra un apoderado para que lo represente en el juicio testamentario, quien á su vez nombra un abogado para que lo dirija en el juicio, se trata de saber, en este caso, si la testamentaria deberá pagar honorarios al procurador, al abogado y al albacea, multiplicando los mandatarios en perjuicio de los herederos ó de la masa de bienes, ejerciendo el privilegio que tienen los gastos judiciales con relación á los legatarios ó demás beneficiados en el testamento.

Si se tratase de la ejecución de un acto cualquiera en que bastare la intervención de la persona para desempeñarlo, la resolución no ofrecería dificultad, porque el mandatario nombrado tendría derecho para cobrar el servicio del mandante originario, y el juez tomaría en cuenta la ejecución de ese acto para no estimar el servicio cuando regulase el honorario del albacea; pero en los procedimientos judiciales es diferente; el albacea que no es abogado, no está obligado á ejercerlo personalmente y sin dirección de letrado, siendo, pues, necesaria la intervención de éste, la testamentaria deberá abonar ese honorario; pero si el mismo albacea fuera abogado, no podría demandar dos honorarios á la vez, el de albacea y el de letrado, porque se debe suponer que el testador lo ha nombrado por su profesión para que dirija la testamentaria. En lo relativo al procurador, la testamentaria debe abonar el honorario; pero en ese caso la comisión que el juez señalara al albacea, sería por los demás servicios que hubiera prestado en la ejecución del testamento; si no existieran, si todos quedaran reducidos á lo que se hubiere hecho en el expediente, no habría razón para abonar dos veces el mismo servicio. ¿Qué se ha pagado al procurador ó representante del albacea? El honorario devengado en la testamentaria, y si no existen otros servicios, ¿qué se pagaría al albacea? Sería indudablemente el mismo servicio. Pero si hubiere tenido la administración de los bienes ó ejecutado actos fuera de la gestión judicial, es justo que esos servicios se paguen, teniendo en cuenta lo mandado abonar al procurador y abogado. Es necesario que los jueces no multipliquen el pago de estos servicios, tratando de cortar de raíz esos negocios que deprimen la administración de justicia, haciéndola degenerar en algo que da vergüenza en nombrar. El honorario del albacea, del procurador y del abogado, jamás debe pasar de la justa comisión señalada por el art. 3872, que da los medios para determinarla.

(art. 3856), y esta autorización debe ser necesaria cuando hubiere menores de edad y tendrá intervención el Ministerio de

—Comp. DEMOLOMBE, XXII, 32, 85 y 88. LAURENT, XIV, 331 y 382.

—Véanse arts. 379, 1924, 1925 y 3865.

(Art. 3856.) Recuérdese que el albacea sólo tiene la posesión de aquellos bienes que sean necesarios para el pago de las deudas y legados, y aún en este caso no puede hacerlo sin el consentimiento de los herederos; de modo que no necesita estar facultado por el testador para hacer esos pagos, si los herederos consienten en que los realice. Cuando no haya herederos, en que el albacea tiene la posesión de toda la herencia, no podrá hacer esos pagos, sin que sean declarados de legítimo abono por la justicia, y se manden abonar con intervención del representante del Fisco, que es quien debe recoger la herencia, una vez pagados los legados y deudas.

Estudiemos el artículo bajo las dos fases principales: 1ª, que el testador haya autorizado al albacea para vender bienes muebles ó inmuebles existiendo herederos; 2ª, que le haya conferido esa facultad no habiendo herederos.

En el primer caso, el albacea no puede, por propia autoridad y sin formalidad alguna, proceder á la venta de los muebles, porque debe pedir á la justicia la posesión de los que fueran necesarios para el pago de las deudas y legados de cantidad, con intervención de los herederos, quienes pueden oponerse, ya sea negando ciertas deudas, ya rehusándose á la entrega de los legados por incapacidad de los legatarios ó por cualquier otra causa, pudiendo atacar el testamento, á pesar de la aceptación de la herencia, si se han reservado expresamente ese derecho. Como el primer deber de los herederos y del albacea es pedir la facción del inventario, que generalmente va unida con la de tasación, resultará que los bienes entregados al albacea habrán sido estimados, en cuyo caso se pregunta, si éste tiene derecho para venderlos particularmente, ó si debe enajenarlos en remate público; aunque salvaría mejor su responsabilidad, haciendo la venta en remate, mi opinión es que puede enajenarlos particularmente, siempre que su precio fuere el de tasación. Los herederos pueden oponerse á la venta privada, y exigir el remate. En lo que respecta á los inmuebles, el albacea no podrá enajenarlos, porque, en general, habiendo herederos, no tendrá la posesión.

Nota del Dr. Velaz-Sarsfield al art. 3855.—Cód. Francés, art. 1032.—Cód. de Chile, 1280. — Aubry y Rau, § 711. — Troplong, *Testament*, n° 2035. — Toullier, tom. 5 n° 596. — Vazeille, sobre el art. 1025 n° 5.

Menores, que podrá exigir la venta en remate público previa tasación y demás formalidades legales; aunque el tutor se hu-

que corresponderá á éstos, y si la tuviera, no deben venderse particularmente, sino cuando se demostrase que no se ha podido obtener en remate mejor precio del ofrecido.

En el segundo caso, cuando la posesión de la herencia corresponde al albacea, por no existir herederos, como procederá siempre con intervención del representante del fisco, presunto heredero del testador, que no los ha dejado, el albacea no realizará la venta de los muebles sino con autorización judicial é intervención fiscal. El representante del fisco puede ejercer todos los derechos que correspondían á los herederos, oponiéndose al pago de las deudas que no resulten debidamente justificadas y declaradas de legítimo abono; negar su consentimiento para el pago ó entrega de los legados, por incapacidad de los legatarios.

Así, pues, la facultad concedida por el testador al albacea en el 2º caso para vender los bienes muebles é inmuebles, viene á ser innecesaria desde que la tendría siempre para ejecutar el mandato conferido, si no tiene dinero para abonar las deudas de la sucesión, tendrá obligación de vender bienes á fin de saldarlas, evitando ejecuciones dispendiosas, que recargarían á la testamentaria; pero como en general debe proceder con audiencia de los herederos, si los hubiere, ó del fiscal en caso contrario, la autorización sería dada judicialmente; la facultad conferida en el testamento no le liberta de las formalidades con que debe proceder á estas enajenaciones.

Es cierto que los acreedores de la sucesión no demandan el pago de las deudas á los albaceas, en la primera hipótesis que hemos estudiado, como lo dice el Dr. Velez-Sarsfield, en la nota al art. 3844, lo que á primera vista parece no estar en armonía con el art. 3852, que lo faculta para pagar las deudas y legados con consentimiento de los herederos, ni menos con el art. 3854, en que no habiendo herederos, el albacea tiene la posesión de la herencia y debe pagar esas deudas; pero de todo esto no se deduce que sea necesario facultar expresamente al albacea, en el 2º caso, para esos pagos, como lo sostienen algunos; porque si no tuviera tales facultades, la misión del ejecutor testamentario sería negativa; no podría obrar ejecutando el mandato. Así, creo que en la 2ª hipótesis, cuando no hay herederos, el albacea podría proceder á la venta de los muebles ó inmuebles para pagar las deudas y legados; aunque no estuviera facultado expresamente; porque si no pudiera hacerlo, su misión sería incompleta y estéril. En efecto, él tiene derecho para pedir

biera conformado, y únicamente cuando no se pudieran vender los bienes se dará autorización para hacerlo en privado.

la posesión de la herencia, y pagar las deudas y legados, según el art. 3854, y por consiguiente puede en esos casos pedir autorización judicial para vender bienes suficientes con estos objetos, dando la intervención debida al Fiscal. Por eso dice, con razón, Demolombe, XXII, 68: «notemos, que el ejecutor, no debe hacer entrega, ni pago alguno, sino después de haber obtenido, sea el consentimiento del heredero ó del legatario universal, sea un juicio dado en su contra y pasado en autoridad de cosa juzgada». Obligarlo á pagar las deudas sin darle los elementos necesarios para hacerlo, sería un contrasentido.

Pero viene la cuestión de saber, si la demanda interpuesta por el legatario para la entrega de la cosa legada, hecha contra el albacea únicamente, ó sólo contra el heredero sin dar intervención al ejecutor testamentario, haría correr en provecho del demandante los intereses ó frutos de la cosa legada desde la interposición de la demanda. Esta cuestión ha sido debatida en derecho francés, y Pothier la resuelve en equidad, no con arreglo á los principios del derecho; así, sostiene que la demanda contra el ejecutor testamentario hace correr los intereses ó frutos contra el heredero, salvo el derecho de éste para no tomar en cuenta al albacea esos intereses, con los que deberá cargar por la mora en que ha incurrido. Demolombe sostiene que la demanda para crear el derecho á los intereses ó frutos, debe deducirse contra el heredero y el albacea al mismo tiempo. Según los principios enseñados por nuestro Código, se debe distinguir: tratándose de un legado de cosa cierta y determinada, cuya propiedad adquiere el legatario desde la muerte del testador, si el albacea tiene la posesión de la cosa, contra él debe dirigirse la demanda, como si fuera un tercero extraño, con citación del heredero, y si éste usando de su derecho se opusiera á la entrega, siguiendo un pleito en que fuera vencido, es claro que los intereses y frutos los debería, salvo su derecho para reclamar estos últimos, del albacea que los hubiera percibido. Si por el contrario, el heredero no se opusiera á la entrega, y el albacea fuera condenado como poseedor de la cosa, á él únicamente corresponderá abonar los intereses de la mora ó los frutos que la cosa haya producido. Cuando el legado fuera de cantidad, y el albacea hubiera sido provisto de los fondos necesarios para el pago, como el deudor es el heredero, contra él debe deducirse la demanda, quien no podrá excusarse con la entrega y deberá abonar el legado con sus intereses desde la demanda, sin perjuicio de deducir su acción contra el albacea por la indemnización.

Como el albacea es el ejecutor de la voluntad del difunto, debe tener derecho para exigir su cumplimiento á cualquiera á quien

¿Qué sucedería, cuando el mismo albacea fuera el legatario? Deberá, como cualquier otro, pedir la posesión del legado, ó el pago de la cantidad contra el heredero, que es el verdadero deudor.

En cuanto á la cuestión á saber, si el ejecutor testamentario puede exigir, contra los herederos, la venta de los bienes muebles ó inmuebles necesarios para el pago de las deudas y legados, ha sido muy controvertida en derecho francés. Pothier negaba resueltamente esa facultad para hacer vender los inmuebles, concediéndola sólo para los muebles, opinión que han seguido Delvincourt, Duranton, Coin-Delisle y otros; por el contrario, Toullier, Vazeille, Troplong y Demolombe, sostienen la facultad del albacea para hacer vender aún esos inmuebles, á fin de cumplirlo ordenado en el testamento. Por nuestro derecho esa facultad no puede ser contestada, porque el albacea, aún en el caso de existir herederos, tiene derecho á tener «tanta parte de la herencia, cuanta sea necesaria para pagar las deudas y legados»; es decir, que tiene la obligación y el derecho á la vez, de hacer que se cumpla la voluntad del testador, y por consiguiente puede exigir se le entreguen bienes suficientes con ese objeto. Sin esta facultad no se comprendería la misión del albacea. Demolombe defiende esta opinión con muy buenas razones; es cierto, que á primera vista parece más justa la opinión contraria, porque el legatario debe reclamar su legado del heredero y no del albacea, lo que hace decir á Coin-Delisle, que el mandato del albacea es de vigilancia, que no es agente de los legatarios, á lo que contesta Demolombe, que tal sistema es inadmisibles bajo el punto de vista del derecho y del hecho: de derecho, porque el albacea tiene precisamente el poder de obrar en el interés de los legatarios, porque su mandato es de velar por la ejecución del testamento. De hecho, porque ese poder de iniciativa, de parte del ejecutor, es con frecuencia el medio indispensable para obtener la ejecución del testamento! ¿Quién pediría, pues, exclama, esa ejecución contra el heredero, cuando se trata de disposiciones hechas por el testador en su propio interés, que no han creado derecho ni acción en provecho de un tercero, como la carga impuesta al heredero de hacer construir un mausoleo al difunto? Y aún relativamente á los legados, ¿es que esta iniciativa no puede ser también muy útil ó, más bien aún, indispensable? Nuestro art. 3852 es decisivo, porque faculta al albacea para intervenir aún en el pago de las deudas; pero en mi opinión esa facultad debe limitarse á los casos en que no hubiera herederos, pues habría cierto peligro en extenderla á todos. — Comp. TOULLIER, V, 593. VAZEILLE, al art. 1031,

se hubiera impuesto un cargo, por eso dice el **art. 3861**: *el albacea puede demandar á los herederos y legatarios por la ejecución de*

nº 12. DEMOLOMBE, XXII, 74 y 75. LAURENT, XIV, 367.— Véanse arts. 1492, 3393 y 3851.

(**Art. 3861.**) Se ha dicho, por el Dr. Velez-Sersfield, que el albacea era el representante del testador y no de los herederos, y aunque hemos rechazado esta doctrina por demasiado absoluta, sin embargo debemos conformarnos con ella, porque es la proclamada por el Código. Como una consecuencia de ese principio, el albacea puede ir contra los mismos herederos para obligarlos á cumplir las cargas impuestas por el testador, decidiendo así una de las cuestiones suscitadas en derecho francés, en que algunos autores le negaban esa facultad, porque la misión del albacea, se decía, debía limitarse á intervenir en el cumplimiento del testamento; pero los otros agregaban, que el derecho de intervenir reconocido por el Código, atestiguaba de un modo evidente el derecho de perseguir por la vía judicial la ejecución de ese mismo testamento. Y no podría ser de otro modo, porque siempre habría peligro de que el heredero se entendiese con el legatario para burlar las cargas impuestas.

Pero hay una cuestión más grave que nace de la redacción del artículo, que sólo concede al albacea el derecho de demandar las cargas impuestas en el interés del testador, y se pregunta: ¿Es limitativo el artículo á los casos en que la carga fuera impuesta en el propio interés del difunto? Para darnos cuenta exacta del alcance que debe darse al artículo, ocurramos á la fuente de donde ha sido tomado, que es Aubry y Rau, § 711, letra c. quienes dicen: «el albacea puede perseguir, contra los herederos ó los legatarios, la ejecución de las cargas que el testador les ha impuesto *en su propio interés*: por ejemplo, la carga de erigirle un monumento, ó de hacerle decir misas por el reposo de su alma», citando en apoyo de esta opinión á Demolombe, XXII, 80, quien no limita la acción del albacea, sino por el contrario la generaliza en estos términos: «aún más, pensamos que el ejecutor testamentario podría tomar él mismo la ofensiva, y deducir una acción judicial, *afin de obtenir la ejecución de las voluntades del testador*, sea contra los herederos,

Nota del Dr. Velez-Sersfield al art. 3856.—Duranton, tom. 9, nº 411.—Vazeille sobre el art. 1031.—Toullier, tom. 5, nº 563.—Zacharia, § 491, y nota 30.—Troplong, desde el nº 202º trata largamente la materia de este artículo.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3856.—Los albaceas no pueden usar de la facultad de vender bienes de la sucesión sino de acuerdo con los herederos ó autorizados por el Juez competente.—Jur. Civ., I, 440, Ser. 2º.

las cargas que el testador les hubiere impuesto en su propio interés; porque si fuera en el de terceros, sólo éstos podrían exigirlo como únicos interesados.

sea contra los legatarios, sea contra unos y otros juntos.» De paso haremos notar, que en esta última parte, la redacción de Demolombe es más completa que la primera parte de nuestro artículo, pues éste dice: puede demandar *á los herederos y legatarios*, cuando debió expresar que era á unos ú otros, ó á ambos.

Conocido el origen de la disposición, examinaremos la cuestión, sobre si el albacea puede demandar la ejecución de las cargas, únicamente cuando sean en beneficio del testador, y no en los demás casos. Supongamos el ejemplo de un legado para un establecimiento de caridad, ó que se dona un terreno para una plaza pública; que los herederos no han dado cuenta á quien pudiera interesarle, ó que éste nada hubiera hecho; el albacea, ¿no tendría derecho para demandar á los herederos el cumplimiento del legado? Supongamos más aún, lo que ordinariamente sucede en Francia, que se impone al heredero la obligación de cuidar ó de alimentar uno ó varios animales queridos por el testador, ¿quien pediría en este caso el cumplimiento de las cláusulas? Si nos atenemos á las palabras del artículo, como las cargas impuestas no son en el interés propio del testador, el albacea no podría demandar su cumplimiento; pero como creemos que se deben tomar en un sentido más extenso, según lo entiende Demolombe, y nuestro Código mismo lo establece en diversos lugares, el albacea no cumpliría con su mandato, si no pidiera el cumplimiento del testamento, porque ha sido nombrado con ese objeto. Todos las cargas impuestas en el testamento, se puede decir que son en beneficio del testador, porque satisfacen, ó una aspiración de su alma, ó un deseo que ha querido se llene después de su muerte, y si admitimos que el albacea pueda exigir al heredero el cumplimiento de hacer decir un número de misas en sufragio del alma del testador, cuando así lo hubiera ordenado, ¿por qué no lo podría en cualquier otro caso? ¿Se puede sostener que las misas son en beneficio del testador? Bajo el punto de vista religioso, no se pondría en duda ese beneficio; pero la religión es un sentimiento, aunque muy noble y elevado, si bien no admite comparación para el creyente con los demás sentimientos; sin embargo, no deja de serlo, pues es necesario á la existencia de una sociedad civilizada, y por consiguiente, todas las demás aspiraciones de ese espíritu, ya son que se elevan hacia el infinito, que otros llaman lo desconocido, ya sea que permanezcan en la tierra á la que ha vivido ligado por tanto tiempo, se deben llenar, cumpliendo las últi-

Si la misión principal del albacea es hacer cumplir lo que el testador haya ordenado, es por demás evidente que, *tiene derecho de intervenir en las contestaciones relativas á la validez del testamento* (art. 3862, 1ª parte), cualquiera que lo atacara; pero esa

más voluntades del que ha querido vivir en el recuerdo de los que han quedado, ó del sentimiento público, ó de seres á quienes ha profesado cariño. Así, pues, la expresión del *propio interés*, debe tomarse en un sentido extenso.

El artículo habría sido mejor redactado, si hubiera dicho: «el albacea puede demandar á los herederos ó á los legatarios, ó á ambos, por la ejecución de las cargas que el testador les hubiera impuesto, pidiendo la ejecución del testamento».

Y para concluir, confirmando la interpretación que damos á los términos del artículo, podemos citar las palabras de Troplong, que ha tenido presente el redactor de nuestro Código, y que dice: «el derecho de velar en la ejecución del testamento, da al ejecutor testamentario el poder de hacer citar al heredero para satisfacer las disposiciones que le son impuestas por el testamento, y que él olvida». — Comp. DELVIN-COURT, al art. 1027. — Véanse arts. 1829, 3844 y 3851.

(Art. 3862.) Se dijo en el art. 3852, que el albacea podía tener en su poder tanta parte de la herencia, cuanta fuese necesaria para el pago de las deudas y legados; pero se reconoció igualmente, que no podía hacer el pago de esas deudas, sino cuando fueran declaradas de legítimo abono, con intervención de los herederos, ó mandadas pagar por sentencia firme, ó si fueran pagadas con consentimiento de los herederos que tuvieran la posesión de la herencia. Se debe, pues, entender que cuando en aquel artículo se confiere al albacea la facultad de tener en su poder los bienes necesarios para pagar las deudas del testador, no es porque pueda intervenir en las contestaciones y demandas de los acreedores de la sucesión, sino porque siendo el pago de las deudas una parte del cumplimiento de las voluntades del testador, y afectando muchas veces el buen nombre ó la honra de aquél, el albacea debe cuidar que se paguen una vez reconocidas judicialmente.

En la nota, el Dr. Volez Sarsfield admite, que aún estando el albacea facultado para pagar las deudas, no puede reconocer un crédito contra la sucesión, cuando hay herederos legítimos ó instituidos en el testamento, y por mi parte, agregaría: aunque no los hubiera, pues

Nota del Dr. Volez-Sarsfield al art. 3861.—Troplong, n.º 2025.—Aubry y Rau, 711.—Por ejemplo, lo que sea relativo á su sepulcro.

obligación no lo libertaría de las consecuencias de la gestión, cuando sostuviera la validez por ignorancia ó mala fe, en que sería responsable personalmente. El albacea debe igualmente intervenir en las cuestiones que se suscitaren *sobre la ejecución de las disposiciones que contenga* (art. 3862, 2ª parte) el testamento,

cuando el albacea tiene la posesión de la herencia, por no existir herederos, tampoco podría reconocerlas, desde que está el fisco interesado en contralorar, cuidando se paguen las que son verdaderas, como único interesado en que no se disminuyan los bienes dejados por el testador.

El testador, al nombrar un albacea para que velo por el cumplimiento de su testamento, ha querido, no sólo que se entreguen los legados que representan su munificencia, sino principalmente el pago de sus deudas, que comprometen su buen nombre y reputación de honorabilidad, y por eso, el legislador ha buscado un medio para que esa voluntad se cumpla, facultando al albacea para tener en su poder la cantidad suficiente á ese objeto, y autorizando al heredero á fin de asegurarse que esa cantidad se empleará como el testador lo hubiere ordenado, y por esa razón la autoriza para pedir las seguridades necesarias en caso de justo temor, art. 3853. Así, pues, la tenencia de los bienes que el albacea puede reclamar, á fin de pagar las deudas y legados, no lo autorizan á pagar unas, ni entregar los otros mientras el juez, por sentencia firme, no haya ordenado el pago de las primeras con intervención de los herederos, ó se haga la entrega de los legados, con consentimiento de éstos.

Manifestamos nuestra opinión, de que el albacea no podía ser demandado por el pago de las deudas y legados, y que la posesión de parte de la herencia que se le concedía era con el objeto de asegurar el cumplimiento de la voluntad del testador, por eso no estamos conformes con la opinión de Troplong, III, 2605, cuando dice: «se sigue de ahí, que los acreedores de la sucesión, que quisieran intentar su acción prudentemente, no deberían limitarse á demandar al ejecutor testamentario, para obtener el pago de sus acreencias, sería necesario que hicieran citar también al heredero. Sin esto, la sentencia dada contra el ejecutor testamentario únicamente, no tendría, contra el heredero, la autoridad de la cosa juzgada, porque el ejecutor testamentario no tiene mandato para representar al heredero, sino en las cosas que se derivan del testamento, y que están confiadas á sus cuidados, y hemos dicho que el pago de las deudas no entra por sí mismo en esta clase». Según el sistema adoptado por nuestro Código, el albacea, sólo representa al testador

y aunque no se suscitaren controversias, está obligado á hacer cumplir lo ordenado en él, *mas no puede intervenir en los pleitos* -
cuyas voluntades está encargado de hacer cumplir, y no á los herederos; y aunque no aceptamos esta doctrina en derecho puro, el Código la consagra, así como la no intervención en los juicios relativos al pago de los deudas y entrega de los legados, cuyas demandas deben dirigirse contra los herederos.

Nuestro artículo es tomado de Aubry y Rau, § 711, texto, letra *c*, quienes dicen: «*tienen derecho de intervenir en las contestaciones relativas á la validez del testamento, ó á la ejecución de las disposiciones que él contenga, importando poco, que esas disposiciones tengan por objeto legados de bienes muebles ó de inmuebles.* Pero no podría intervenir en un pleito entre los herederos ó legatarios universales y un acreedor de la sucesión ó un tercero», habiendo suprimido únicamente la parte que va en letra bastardilla, que resolvía una de las cuestiones suscitadas en derecho francés, y que no tiene importancia en nuestro derecho. La dificultad está en dar el verdadero alcance á la expresión «ó sobre la ejecución de las disposiciones que contenga», que tomadas al pie de la letra nos llevaría á darle intervención en las contestaciones que tuvieran lugar entre los herederos y legatarios, desde que la entrega de los legados interesa y toca íntimamente al cumplimiento de la voluntad del testador, mientras el pensamiento del legislador ha sido dejar esas contestaciones para que se ventilen entre los interesados directamente; por eso me parece que interpreta mejor esta idea Demolombe, al decir, que el ejecutor testamentario no podrá intervenir sino en las contestaciones que sean relativas á la validez del testamento ó á alguna de sus disposiciones; pero sería muy peligroso adoptar la teoría del mismo autor, al sostener, que es un derecho y un deber del ejecutor testamentario, el de intervenir, si se apercibiera que los herederos se entienden fraudulentamente con los terceros para disimular en perjuicio de los legatarios, el activo real de la sucesión, sea por pleitos que quisieran hacer fraudulentamente en su contra, sea por contratos»; porque si bien es un deber del albacea el vigilar y hacer cumplir el testamento, habría un verdadero peligro en darle intervención en los pleitos entre acreedores, herederos y legatarios, bajo el pretexto de temor de un perjuicio que no es probable, porque los herederos serán siempre responsables de las deudas de la sucesión, con su propio peculio; por eso estoy conforme con la opinión de Toullier, quien sostiene la teoría de que no pudiendo el albacea intervenir en los pleitos entre los legatarios de la sucesión y los herederos, cuando notase colusión entre éstos y los acreedores consintiendo en condenación.

que promuevan los acreedores de la sucesión, ú otros terceros, en los cuales sólo son parte los herederos y legatarios (art. 3862, últ. parte), teniendo presente lo dicho en el art. 3852, sobre el

nes que disminuyeran el haber hereditario, perjudicando á los legatarios, deberán prevenir á éstos, quienes tendrán derecho para hacerlos declarar como fraudulentos en la parte que les fuera perjudicial á cada reclamante, porque su derecho no va más allá del perjuicio que recibieran.

En cuanto á las transacciones ó arreglos que pudieran tener lugar entre los herederos y los terceros deudores de la sucesión ó detentadores de bienes de ésta, el albacea no puede intervenir, porque su papel se limita á vigilar el cumplimiento del testamento, así, dico con razón Demolombe, XXII, 79: «el albacea no tiene papel que desempeñar en las transacciones ó arreglos que podrían tener entre ellos sobre esta especie de interés»; porque en nada atañe el cumplimiento del testamento las reivindicaciones que pudiera hacer el heredero, ó las acreencias que la sucesión tuviera derecho para cobrar. La misión del albacea se limita, pues, á sostener la validez del testamento y hacer cumplir sus disposiciones; pero esta obligación no se desempeña ciega y mecánicamente, porque si el albacea ve que la cláusula es nula, no debe sostener su validez, ó si el legatario es incapaz de recibir, no puede sostener lo contrario.

¿Estará obligado el albacea á tomar intervención en las denuncias sobre ocultación de bienes hechas por terceros ó por los mismos herederos? La afirmativa es sostenida por el Dr. Llerena, con cuya opinión no estoy conforme, porque eso sería facultar al albacea para promover pleitos sobre reivindicación contra terceros cuando se tratase de inmuebles, ó entablar acusaciones sobre defraudación, si fueran bienes muebles ó valores; esas acciones sólo deben corresponder á los herederos. ¿Á qué título el albacea comprometería á la testamentaria en gestiones de dudoso resultado, cargándola con las costas en caso de error ó mala fe?

Menos estoy conforme con dicho autor, cuando sostiene que el albacea debe intervenir en la determinación de la porción disponible de los herederos forzosos, y sólo podría admitirse en el único caso, en que no pudieran pagarse los legados, por pretender los herederos que perjudican sus legítimas; porque entonces tiene la obligación de vigilar el cumplimiento de las disposiciones testamentarias, y empeñarse en que se lleven adelante en cuanto fuese posible.

Cuando en el testamento no hubiere institución de herederos, ni existieran herederos *ab intestato*, en que el art. 3854, concede al albacea la posesión de la herencia, las demandas de los acreedores ó legatarios po-

derecho que tiene el albacea para retener lo suficiente, á fin de pagar las deudas y legados, y que abonaría cuando no hubiere opo-

drán hacerse contra el albacea; pero la decisión que recayere en esos juicios no tendrá el efecto de la cosa juzgada, sin la intervención del Fiscal, quien podrá pedir el nombramiento de curador para la herencia vacante, y con éste se seguirán todas esas demandas. Se pregunta, si nombrado el curador de la herencia vacante, el albacea está obligado á intervenir en las contestaciones sobre el pago de los legados ó de las acreencias cobradas á la sucesión. Mi opinión es, que ejerciendo el curador activa y pasivamente los derechos hereditarios, y siendo sus facultades y deberes las que corresponden á los herederos beneficiarios, el albacea no tendría papel que desempeñar en estos pleitos, desde que para los efectos legales la sucesión está representada debidamente, arts. 3539 y 3541.

De lo expuesto resulta, que el albacea no debe intervenir, en caso alguno, en los pleitos que promuevan los acreedores de la sucesión, ni en los que ésta tenga derecho á entablar, porque esa misión corresponde á los herederos; que aún en caso de confabulación entre los herederos y acreedores para disminuir la herencia, el albacea no puede ni debe comprometer á la testamentaria en pleito de ninguna clase, á menos que se atacare al testamento ó alguna de sus disposiciones. —Comp. DEMOLOMBE, XXII, 79. LAURENT, XIV, 359 á 372.—Véanse arts. 3383, 3401 y 3851.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3862.—Duranton, tom. 9, n° 415.—Toullier, tom. 5, n° 591.—Aubry y Rau, § 711.—Troplong, n° 2005.—Zachariae, § 491, nota 27.—Aunque el albacea tuviese facultad para pagar las deudas, no puede reconocer un crédito contra la sucesión, cuando hay herederos legítimos ó instituidos en el testamento; porque no tiene mandato para representar á los herederos sino en las cosas que se derivan del testamento, ó que están confiadas á su cuidado.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3862.—Los albaceas dativos no pueden en ningún caso ejercer acciones reivindicatorias.—Jur. Civ., I, 628, Ser. 2°.

Reclamada la nulidad del testamento, los legatarios son parte directa siempre que lo solicite el que deduce la acción.—Jur. Civ., VI, 307, Ser. 1°.

En la nulidad de un testamento, son parte legítima en las demandas no sólo los herederos instituidos sino también los legatarios, y no importa un prejuzgamiento la intervención ordenada de oficio por el Juzgado.—Jur. Civ., VI, 315, Ser. 1°.

El albacea carece de personería para entablar demandas contra terceros á nombre de la testamentaria, cualquier que haya sido el origen de la acción.—Jur. Civ., II, 312, Ser. 3°.

El albacea carece de personería para representar á los herederos en las ejecuciones seguidas contra la testamentaria: el mandamiento de pago debe

sición; por eso dice el **art. 3859**: *el albacea debe pagar las mandas con conocimiento de los herederos; y si éstos se opusieren al*

(**Art. 3859.**) El artículo 3852, confería al albacea el derecho de pedir la posesión de bienes bastantes para pagar las deudas y legados, si los herederos no se opusieran al pago de éstos, alegando que serían perjudicados en sus legítimas, á lo que agregamos nosotros, ó que los legatarios fueran incapaces de recibir el legado, porque en ese caso tienen igualmente derecho para oponerse al pago. Pero esa disposición contenía otra facultad: la de pagar las deudas del testador, y de la que nada decía el mencionado artículo. El caso en que el albacea pueda intervenir en el pago de las deudas, es cuando el testador lo hubiera autorizado expresamente para hacerlo, y aún así, no podría verificarlo sin la intervención y consentimiento de los herederos mayores, cuando se tratase de acreencias que necesitan de sentencia del juez de la sucesión; pero una vez que haya sido reconocida y declarada de legítimo abono, el albacea puede pagarla con conocimiento de los herederos. En las deudas es más especial la posición del albacea, porque el art. 3862, le niega intervención en los pleitos que promuevan los acreedores de la sucesión; pero aunque no pueda ni deba intervenir en semejantes controversias, tiene á su vez la obligación de pagar las que se hubieran declarado de legítimo abono, con intervención de los herederos.

El presente artículo corrige en parte la imperfecta redacción del 3852,

librarse contra éstos, y la omisión de este trámite hace procedente la nulidad del juicio.—Jur. Civ., VI, 207, Ser. 4°.

La conformidad con los honorarios, prestada por el albacea, hace procedente la inhabilidad del título, si la ejecución se dirige contra la testamentaria.—Jur. Civ., VII, 100, Ser. 4°.

El albacea tiene personería para discutir la nulidad del testamento.—Jur. Civ., XII, 37, Ser. 4°.

El albacea carece de personería para entablar demandas á nombre de la sucesión, y debe ser condenado personalmente al pago de las costas de las que promueva.—Jur. Civ., VII, 177, Ser. 3°.

El albacea, en cumplimiento de la voluntad del testador, debe regirse por las disposiciones relativas al mandato, y no puede hacer otros pagos que los ordinarios de administración, ni reconocer obligaciones contra la testamentaria.—Jur. Civ., V, 485, Ser. 1°.

La intervención de los albaceas en la testamentaria se rige por las disposiciones del mandato, y en consecuencia, tienen personería para intervenir en todo incidente que, modificando el capital testamentario, pueda alterar la voluntad del testador.—Jur. Civ., X, 347, Ser. 2°.

La sentencia que condena á la testamentaria al pago de una deuda, no causa agravio al albacea, aun cuando haya sido demandado personalmente.—Jur. Civ., IX, 329, Ser. 6°.

pago, debe suspenderlo hasta la resolución de la cuestión entre los herederos y legatarios, de modo que la autorización conferida por

que sólo concede derecho á los herederos para oponerse al pago de los legados, que el albacea pudiera hacer, únicamente cuando perjudicaren sus legítimas, mientras éste los autoriza para oponerse en todos los casos. Si el albacea está obligado á suspender el pago de los legados en caso de oposición, una vez que se haya resuelto la controversia por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada ó consentida, deberá entregarlos, cumpliendo así con los deberes de su cargo.

Téngase en cuenta que si el art. 3852, habla de legados y el presente de mandas, es porque en el lenguaje del derecho hispano-americano ambos términos son sinónimos.

Zachariae, § 491, nota 29, dice respecto á la entrega de los legados, lo siguiente: «el ejecutor testamentario no debe pagar legado alguno sin el consentimiento previo del heredero. Obrando sólo se expondría á la obligación de indemnizar á los herederos del pago del legado que ellos hubieran hecho anular ó reducir», y por mi parte agregaría que, los herederos tendrían dos acciones, una contra el legatario para la devolución de la cosa legada ó su importe, y otra contra el albacea que contrariando su mandato ha procedido á la entrega. «En cuanto á la demanda, agrega, de la entrega del legado en los casos en que es necesaria, ella debe ser siempre dirigida contra los que tienen la posesión; es decir, contra los herederos, no solamente cuando se trate de legado de inmuebles de los que no tiene el albacea la posesión, sino aún para los otros legados», á lo que agregaría, por mi parte, que aún en las cosas muebles de que tenga posesión el albacea, no le podrían ser reclamadas directamente, porque nuestro derecho da una intervención directa á los herederos, pues el legado representa una acreencia creada únicamente por la munificencia del testador. Los legatarios son acreedores posteriores, y su derecho queda irrevocablemente confirmado con la muerte del testador, por eso los acreedores anteriores deben ser pagados con preferencia á los legatarios. Concluimos, pues, que los legados ni las deudas de la sucesión se pueden demandar al albacea, sino cuando no existan herederos, á quienes corresponde la posesión ó cuando poseyera la cosa legada; en el primer caso debe intervenir el Fiscal. — Comp. TOULIER, V, 590. GRENIER, 338. POTHIER, Cap. 5, Sec. 1^a, art. 3, § 2. LAURENT, XIV, 372 á 374. — Véanse arts. 3383, 3397, 3851 y 3852.

Nota del Dr. Fdez-Sarsfield al art. 3859.—Duranton, tom. 9, n^o 413. — Zachariae, § 491, y nota 29.

el art. 3852, de pagar las deudas y legados, se limita á los casos en que no hubiera oposición por los herederos. Así, pues, el albacea debe hacer saber á éstos cuando haya de pagar deudas de la sucesión, si las desconocen y se oponen, sólo ellos seguirán el pleito, como lo indica el art. 3862.

§ 1045. — OBLIGACIONES DEL ALBACEA

Hemos dicho que el albacea es un apoderado del testador para hacer cumplir lo ordenado en su testamento, y sin perjuicio de los derechos concurrentes que tengan los herederos, *el albacea debe hacer asegurar los bienes dejados por el testador, y proceder al inventario de ellos con citación de los herederos, legatarios y otros interesados. Habiendo herederos ausentes, menores, ó que deban estar bajo de una curatela, el inventario debe ser judicial (art. 3857)*; pero cualquiera de los herederos puede pedir estas

(**Art. 3857.**) El presente artículo demuestra claramente, que la misión del albacea es concurrente, en ciertos casos, con la de los herederos, y cuando éstos, siendo mayores, olvidasen sus propios intereses y dejaren los bienes abandonados, él debe tomar las medidas necesarias para asegurarlos; así pues, cuando los herederos hubieren procedido á llenar este deber, el albacea estará exento de responsabilidad.

Nuestro artículo ha sido tomado, en parte, del art. 1031, Cód. Francés; pero al redactarlo el Dr. Velez Sarsfield, ha dicho: «el albacea debe asegurar los bienes dejados por el testador», mientras su modelo dice: «los ejecutores testamentarios harán colocar los sellos». ¿Qué extensión debe darse á la facultad y al deber de asegurar los bienes? ¿Es necesario pedir el secuestro como algunos lo aconsejan? Por mi parte creo que hay diversos modos de conseguir el objeto de asegurar los bienes, y uno de ellos puede ser el ponerlos en secuestro; pero no reducirlo á ese sólo, como un deber que el albacea esté obligado á llenar. Se aseguran los bienes abandonados, entregándolos á personas respetables para que los conserven mientras se ocurre á la justicia; también se aseguran poniéndose los sellos á la casa donde se encuentran dichos bienes, y finalmente, nuestro artículo mismo indica un medio, que no es el secuestro, ni el inventario judicial: el inventario privado con citación de los herederos, legatarios y otros interesados. Y se deduce la facultad de hacer in-

medidas, y en el caso de existir incapaces se hará con la intervención del Ministerio de Menores, que debe ser citado para presen-

ventario privado, que tendría el albacea, de los términos del mismo artículo que ordena el inventario judicial, cuando haya ausentes ó incapaces, pues si sólo en ese caso debe ser practicada judicialmente la operación, quiere decir, que en los demás puede ser privada, siempre que se haga la citación de los herederos y demás interesados.

Como una medida previa para asegurar los bienes, la colocación de los sellos en la casa del testador, es la que llena mejor el objeto; pero entre nosotros no se acostumbra, sobre todo cuando hay herederos, aunque éstos sean de los que deban pedir la posesión de la herencia, como por ejemplo, la viuda. El albacea podrá, no obstante, pedir que se pongan los sellos, sobre todo si hubiere papeles de importancia ó valores en metálico ó piedras preciosas, fáciles de desaparecer. La colocación de los sellos salvará muchos inconvenientes, evitando, sobre todo, el espectáculo algo desagradable de un inventario tan inmediato. Entre nosotros, donde todavía el interés de los herederos no ha sido llevado á un alto grado, no se acostumbra á poner los sellos, ni menos á hacer inventarios inmediatamente después de la muerte del testador. Zacharia, § 491, nota 21, dice á este respecto: «porque no es en el interés de los herederos que el ejecutor testamentario está encargado de hacer poner los sellos, es en el interés del testamento, cuya ejecución se trata de asegurar; él puede, pues, requerir la colocación de los sellos, aunque haya herederos, en cuyo interés, la ley prescriba la diligencia de la autoridad pública».

Las medidas de seguridad que el albacea está obligado á tomar, aún contra la voluntad de los herederos, no pueden ir más allá de los fines que el legislador ha tenido en mira salvaguardar; así, pues, no creo que «si los bienes consistieran en algún establecimiento industrial ó comercial, cuya paralización traiga perjuicio, el albacea debe considerarse autorizado para hacerlo continuar, mientras los herederos dispongan otra cosa»; porque eso sería concederles facultades que ninguna ley les ha conferido. Por otra parte, se darían al albacea atribuciones que ni los herederos tendrían en ciertos casos, porque si fueren menores, los tutores deben ser autorizados por el juez para continuar ó hacer cesar el establecimiento que hubiere dejado el testador. ¿Qué garantía tendrían los herederos, si el albacea tuviera derecho para ponerse al frente del establecimiento? El albacea, finalmente, no tiene la posesión de la herencia, sino cuando no existen herederos, y en ese caso, al pedirla, deberá ser autorizado previamente para continuar con el establecimiento,

ciarlo, y puede hacer las observaciones que juzgue convenientes en defensa de los incapaces, á quienes representa en cierto modo.

demonstrando las ventajas que reportarían á la sucesión; pero, ordinariamente se mandará cesar, porque es la medida más segura para conservar los bienes, y con más razón, si fuera un establecimiento comercial, que consistiera en la compra y venta de mercaderías. ¿Cómo podría el albacea considerarse autorizado para continuar con el negocio, sin hacer previamente un inventario de todos los objetos, y de sus precios?

Cuando hubiere herederos ausentes, menores ó interdictos, el inventario debe ser judicial, dice el artículo, ¿y si fueran todos mayores, y estuvieran presentes, pero entre los legatarios hubiera incapaces? Es evidente que si el albacea estuviera en el caso del art. 3854, en que puede pedir la posesión de la herencia, la incapacidad de los legatarios ó de alguno de ellos, lo pondría en el caso de hacer inventario judicial; pero la dificultad viene cuando todos los herederos fueran mayores, á quienes correspondería la posesión de la herencia, y existieran legatarios incapaces. ¿Debería ser el inventario judicial? El artículo sólo impone esa obligación, cuando hubiere herederos incapaces, y no es de buena interpretación el comprender casos no enumerados en la ley; por consiguiente, creo que no es necesario el inventario judicial. Nuestro artículo ha salvado las dificultades que ocurren en la jurisprudencia francesa sobre la obligación de hacer colocar los sellos, cuando hubiere herederos menores, interdictos ó ausentes; pero ha dejado subsistente la duda en la expresión de proceder al inventario *de los bienes de la sucesión*; porque Troplong, opina que no solamente comprende los muebles, sino también los inmuebles; mientras Demolombe cree que sólo debe limitarse la obligación á los muebles. Por mi parte, creo que no haciendo distinción nuestro artículo sobre la clase de bienes que deben asegurarse, se comprenderán en el inventario, tanto los unos como los otros.

¿Qué sucedería cuando todos los herederos fuesen mayores de edad y se opusieran á la facción del inventario pedido por el albacea? Como hemos dicho anteriormente, los deberes impuestos por la ley al albacea son concurrentes con los de los herederos, y está obligado á cumplirlos aún á pesar de la oposición; por eso el juez deberá ordenarlo, si así lo solicitare, porque es una medida conservatoria que asegura los bienes, y beneficia á todos; además, el albacea está obligado á hacer cumplir la voluntad del testador, esa es su única misión, y para eso ha sido nombrado; la oposición de los herederos no puede impedir el cumplimiento de este deber.

En nuestros procedimientos judiciales se observa, casi siempre, que

La medida del inventario para asegurar los bienes de la sucesión es de orden público, y por eso *el testador no puede dispen-*

los herederos dejan al albacea que inicie la testamentaria, respetando así la voluntad del testador, y librándose del inconveniente que existiría en comenzar el juicio testamentario, casi inmediatamente después del fallecimiento. El albacea es, pues, quien pide la facción de inventarios y concurren los herederos; y como los gastos judiciales que él hace son pagados por la masa, de ahí resulta que los herederos se limitan á vigilar lo que judicialmente hace el albacea. El albacea no puede ser demandado por los acreedores, pero como él tiene los fondos necesarios para el pago de las deudas ó legados, estará obligado á pagarlas, una vez que se hayan declarado de legítimo abono, si es que estuviere en posesión de bienes con ese objeto.

El inventario debe ser judicial, cuando hubiere incapaces, dice el artículo; es decir, debe ser hecho ante un escribano y dos testigos, con citación de los legatarios y acreedores que se hubieran presentado, art. 3370; pero debemos hacer notar que penetrando el Código Civil en la parte de forma, en el procedimiento reservado á las provincias, debemos sugetarnos á lo que en cada una de ellas se establezca. Así, cuando dichas leyes ordenasen, como sucede en la Capital Federal, que las secretarías de los juzgados puedan ser desempeñadas por abogados ó escribanos, resultaría que el abogado secretario podría hacer el inventario, acompañado de dos testigos; resultaría igualmente, que armonizando el artículo que examinamos con el art. 3370, el inventario se debería hacer, no sólo con citación de los legatarios y acreedores, sino también con la de los herederos, que tienen un interés mayor en contralorar la operación, porque ellos son los dueños de lo que dejare el testador. Finalmente, debemos sentar como un principio de derecho procesal, que si los menores fueran representados por sus tutores, ó si los incapaces tuvieran curadores nombrados, deberán ser citados sus respectivos representantes, á fin de que concurren los que quieran, á tomar parte en la operación.

El art. 1284, Cód. de Chile, expresa con más claridad las ideas que acabamos de exponer, al decir: «toca al albacea velar sobre la seguridad de los bienes; hacer que se guarde bajo llave y sello el dinero, muebles y papeles, mientras no haya inventario solemne, y cuidar que se proceda á este inventario, con citación de los herederos y demás interesados en la sucesión; salvo que siendo todos los herederos capaces de administrar sus bienes determinen unánimemente que no se haga inventario solemne». Esta última parte habría sido conveniente establecerla, porque

sar al albacea, de hacer el inventario de los bienes de la sucesión (art. 3858), aunque todos los herederos fueran mayores; pero

se puede prescindir de la obligación de hacer inventario, en esos casos, si no hubiere legatarios ni acreedores á quienes garantizar el pago. — Comp. AUBRY y RAU, § 711, texto á la nota 18. DEMOLOMBE, XXII, 59, 104, 109 y 114. LAURENT, XIV, 356 y sig. ZACHARIE, § 491, nota 21. — Véanse arts. 417, 418, 422, 3370, 3405 y 3858.

(**Art. 3858.**) Nuestro Código, sin tener en cuenta las diferencias que él mismo ha establecido con relación á la legislación francesa, que le ha servido de modelo, en que se concede al albacea la posesión del mobiliario, ha seguido la doctrina enseñada por los juriconsultos de aquella nación, pues como dice Demolombe, XXII, 62: «el legislador, en efecto, supone en este artículo, que el ejecutor tiene la posesión del mobiliario; y es sobre todo por esto, que á ejemplo del derecho consuetudinario, exige que el ejecutor que va á estar obligado hacia los herederos, lo haga constar por inventario, antes de mezclarse, si no es como dice Pothier, por cosas urgentes, como las exequias del difunto»; pero por nuestro derecho, en que sólo por excepción, cuando no hay herederos, se le concede la posesión de la herencia, porque en el caso contrario, que es el ordinario, le corresponde á los herederos, no hay razón para una prohibición tan absoluta. Es cierto que el albacea tiene derecho á tener en su poder tanta parte de la herencia, cuanta sea necesaria para el pago de las deudas y legados; pero con imponerle la obligación de recibir esos bienes por inventario, se habría asegurado los objetos que se propone la ley. La regla que sienta nuestro artículo es demasiado absoluta y puede perjudicar á los herederos en vez de beneficiarlos; así, por ejemplo, se ha debido permitir al testador que exima al albacea de hacer el inventario cuando todos los herederos estuvieran presentes y fueran mayores de edad, en que si ellos mismos consideran innecesaria tal precaución para asegurar los bienes, debe dejarse á su criterio las medidas conser-

Nota del Dr. Vélez-Sarsfield al art. 3857.—L. 10, Tit. 21, Lib. 10, Nov. Rec.—Cód. Francés, art. 1031. — Troplong, sobre el art., n° 2022. — Zacharie, § 491, nota 21.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3857.—Véase fallo al art. 3851.—Jur. Civ., X, 347, Ser. 2°.

Carece de valor legal con respecto á los legatarios, la tasación de los bienes testamentarios verificada sin su intervención; y en consecuencia el mayor ó menor valor fijado, no enerva su derecho á exigir el pago íntegro del legado.—Jur. Civ., X, 390, Ser. 4°.

cundo no hubiere albacea y los herederos fueren de los que no necesitan pedir la posesión de la herencia, porque la ley se

vatorias, pues los legatarios y demás acreedores de la sucesión tienen en su mano el pedir aquellas medidas.

Téngase presente que nuestro artículo ha venido á resolver la antigua controversia, suscitada en derecho francés, en que autoridades como Merlin, Toallier, Troplong, Marcadé y otros, sostenían, con muy buenas razones, que el testador podía eximir al albacea de la obligación de hacer inventario, y si bien no aceptamos la teoría absoluta de esos autores, que enseñan, que en todos los casos podía dispensarse de esa obligación, por lo menos creemos que hubiera sido preferible restringirla á los casos en que los herederos fueran mayores de edad y estuvieran presentes, obligándolo únicamente á recibir él mismo por inventario los bienes que se le entregaran para llenar las funciones que le han sido encomendadas.

En derecho francés se discutía la cuestión, á saber: ¿A quién corresponde la elección del notario que debe proceder al inventario? Cuestión que no puede suscitarse entre nosotros, y que tampoco podía ser resuelta por el Código Civil, porque corresponde á las leyes de procedimientos: ellas determinarán los funcionarios que deben hacer el inventario, pues corresponde al procedimiento del juicio testamentario. Así, por ejemplo, en la Capital Federal, quienes deben hacer los inventarios son los Secretarios de los Juzgados, aunque no sean escribanos, si bien los jueces han tomado la costumbre de comisionar á los escribanos para verificarlos, aumentando así, extraordinariamente los gastos de la testamentaria, que se convierte en una especie de negocio. Esos nombramientos de oficio son la carcoma que ha desmoralizado y desacreditado la administración de justicia.

Nuestro artículo es tan absoluto en su mandato, que no exceptúa caso alguno, y por consiguiente, el albacea deberá pedir inventario aún en los casos en que el testador, usando de los facultades que la ley le confiere, hubiera hecho división por testamento; porque se trata de una medida tendente á asegurar los bienes, y aunque todos estén presentes y fueren mayores de edad, pesará sobre el albacea la obligación de pedir el inventario, porque la ley no distingue, y aunque hemos criticado lo absoluto de la disposición, es necesario obedecerla.

La dispensa de hacer inventario que el testador haya puesto en favor del albacea, se tendrá por no escrita y se procederá como si no existiera. — Comp. DEMOLOMBE. XXII, 63. COLMET DE SANTERRE, IV, 176 bis. — Véanse arts. 385 y 3857.

las confiere, no están obligados á hacerlo, cargando sobre ellos la responsabilidad que su omisión voluntaria y pactada les trajera consigo.

Si hubiese legados para objetos de beneficencia pública, ó destinados á obras de piedad religiosa (el albacea) debe ponerlo en conocimiento de las autoridades que presiden á esas obras, ó que están encargadas de los objetos de beneficencia pública (art. 3860). para

(Art. 3860.) Nuestro artículo, tomando por modelo el art. 1291, Cód. de Chilo, ha suprimido parte de la disposición, obscureciendo en cierto modo el pensamiento del legislador. En efecto, aquél Código divide en dos grandes grupos los legados que el testador hubiere hecho; 1º, en legados de beneficencia pública, como los que se hacen á los hospitales ó que están destinadas al desahogo de la población, como los dejados para paseos públicos, monumentos, etc.; 2º en legados destinados á obras de piedad, como los hechos á los conventos, iglesias, etc. Cuando se tratase de los primeros, dice el Cód. Chileno, se dará cuenta al ministerio público con inserción de las respectivas cláusulas testamentarias, denunciándole la negligencia de los herederos ó legatarios obligados; mientras nuestro artículo obliga al albacea á poner en conocimiento de «los que están encargados de los objetos de beneficencia pública», que en la expresión general y ambigua queda la duda sobre quienes sean esas autoridades á las que se debe comunicar; porque hay de especial en esta materia, que sólo pueden ser aceptadas estas donaciones, por los que tengan la representación legal. Se debe, pues, hacer esta distinción: las que tienen reconocido el carácter de persona jurídica, aceptarán el legado por medio de sus representantes legales; las que sólo fueren oficinas dependientes de los poderes públicos, sólo podrán ser aceptados por los poderes bajo cuya autoridad obran, y en ese caso el poder legislativo será el que autorice la aceptación del legado, porque no pudiendo adquirir ni enajenar sin esa autorización, están obligados á recabarla.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3858.—Regularmente se enseña que el albacea puede ser dispensado de hacer el inventario de los bienes de la sucesión; pero esto no importa privar que se haga inventario, sino exonerar al albacea de una formalidad que puede ser llenada por todos los que tengan algún interés en la sucesión.—Marcadé, sobre el art. 1031.—Troplong, *Testament*, n° 2023.—Pero es muy fácil que entonces queden los bienes sin ser inventariados, lo que puede traer cuestiones con los herederos y legatarios ó entre estos mismos; ó pueden ser perjudicados los acreedores de la herencia. Creemos, pues, más conveniente que el albacea, en todo caso, esté obligado á formar inventario de los bienes.

que tomen las medidas que crean convenientes, y si los herederos no se opusieran procederá á entregarlos á los representantes de esas sociedades.

El albacea está obligado á dar cuenta á los herederos de su administración, aunque el testador lo hubiere eximido de hacerlo (art. 3868); pero si los herederos son mayores de edad, pueden

En cuanto á las obras pías, como los legados dejados para sufragios, fiestas eclesiásticas, erección de altares, etc., el Cód. Chileno concede intervención al ordinario eclesiástico; nuestro artículo nada dice, y el albacea se encontrará con el término vago é indeterminado de las «autoridades que presiden esas obras», sin saber á quién ocurrir haciendo la denuncia, cuando hubiera sido más propio designar á la más alta autoridad eclesiástica, á fin de que ella á su vez dé intervención ó designe quien deba recibir el legado. Debe tenerse presente lo quedijimos en el comentario al art. 3772.

(Art. 3868.) Ha sido una cuestión muy controvertida en derecho francés la de saber si el testador podía dispensar al albacea de rendir cuenta de su administración, y el artículo la decide en favor de la mejor y más sana doctrina, aunque no guarde congruencia con los principios sostenidos anteriormente, de que el albacea es únicamente apoderado y representante del testador. Lo más curioso es que la obligación de rendir cuentas á los herederos que no le han confiado gestión alguna, según esa doctrina, es considerándolos como á representantes del testador, y en esta misma calidad debían tener derecho para revocar el nombramiento, como lo habría hecho el testador, cuya persona continúan. Pero en estos nombramientos hay anomalías y vacíos, que sólo se justifican por las ficciones que le sirven de fundamento. ¿Un nombramiento para representar á un muerto! ¿No es singular semejante representación de una voluntad que no existe, y que se prolonga sobre bienes que no le pertenecen?

Las palabras de la nota, tomadas de Zachariæ, y no de Massé y Verger, como algunos lo sostienen, explican el fundamento de esta doctrina, porque si el testador quiere y es su intención legarle su porción disponible, está en su mano y puede hacerlo, ejerciendo un derecho perfecto: pero debe declararlo expresamente, pues, la dispensa de rendir cuenta, importaría un legado disfrazado y la ley quiere que el testador tenga el valor de sus preferencias, declarándolas claramente.

¿Cómo responde el albacea de su administración? ¿Únicamente por

aprobarlas sin que las haya rendido, renunciando á deducir cualquier acción proveniente de las cuentas.

su dolo ó también de las faltas? Como en derecho francés el desempeño del albacea es gratuito, de ahí resulta que todos los autores aconsejan, que sólo debe ser condenado á pagar aquellos gastos en que la testamentaria fuera condenada, cuando constase que los hubiere hecho con un espíritu de hacer daño; pero en nuestro derecho, se debe aplicar la regla del art. 512; sin embargo, si la gestión hubiere sido sosteniendo la validez del testamento ó de alguna de sus cláusulas, y no fuera condenado en costas, como litigante de mala fe, la testamentaria deberá abonarlas, desde que ha tenido alguna razón para sostener la validez.

¿Ante qué autoridad deben darse las cuentas? ¿Será ante el juez de la sucesión, ó ante el del domicilio del albacea? La regla general de que el actor está obligado á seguir el fuero del reo, debe ceder en este caso, porque se trata de un incidente ó consecuencia del juicio testamentario; es ante el juez de la sucesión donde se encuentran todos los antecedentes de la gestión, que las cuentas deben darse; sin embargo, como corresponde á las leyes de procedimientos, cada provincia puede disponer sobre este punto de jurisdicción. Cuando hubiere herederos instituidos ó *ab intestato*, á ellos deberá cuenta de la administración; pero si no existieren sino legatarios, como éstos no representan al difunto, ni tienen más derecho que á sus legados, no pueden exigirlos, y las darán al curador de la herencia vacante, si se hubiere nombrado con la intervención del fiscal, como representante del Estado general ó particular, según sea quien deba recoger la herencia vacante. Si no hubiere curador, tendrá derecho para exigir la rendición de cuentas el fiscal, como representante del que debe recibir los bienes. Los albaceas responderán á los legatarios por los perjuicios que su gestión les hubiere causado.

Y cuando alguno de los herederos hubiere ejecutado el testamento, por no existir albacea nombrado, ¿deberá cuenta á sus coherederos de la gestión desempeñada? Si ha pedido y obtenido la posesión de los bienes necesarios para el pago de las deudas y legados, deberá dar cuenta, porque ha administrado y tenido en su poder bienes que pertenecen á la masa común.

Téngase presente que en nuestra legislación no existen legatarios *universales*, como en la legislación francesa, que están llamados á recoger toda la herencia, y esto es lo que han confundido con frecuencia algunos autores, y el Código mismo, en el artículo anterior, toma al legatario universal, confundiéndolo con el legatario particular. Nuestro

El albacea es responsable de su administración á los herederos y legatarios, si por falta de cumplimiento de sus obligaciones hu-

Código Civil sólo reconoce el legatario á título universal, que se llama legatario de parte alicuota ó legatario de todos los bienes con asignación de partes, y legatario á título particular. Cuando los legados absorbieran la universalidad de los bienes y tuvieran los legatarios el derecho de acrecer, so considerarán herederos, art. 3718, porque recogen toda la herencia, lo que sucedería en los legados de la universalidad de los bienes, indicándoles una parte determinada, y dándoles el derecho de acrecer; como están destinados á recoger toda la herencia cualquiera de ellos, á pesar de las partes designadas, serían verdaderos herederos.

Las obligaciones del albacea se reducen á ejecutar las voluntades del testador, manifestadas en el testamento; esas mismas voluntades cuando se refieren al pago de las deudas y entrega de los legados, no puede ejecutarlas sin previo consentimiento de los herederos y en caso de juicio, cuando la decisión tuviera la autoridad de la cosa juzgada. —Comp. GORENA, art. 737. CÓD. DE CHILE, art. 1309.—Véanse arts. 1909, 3382, 3864 y 3869.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3868.—Damos la resolución del artículo contra Pothier, Toulier y Aubry y Rau, porque tal dispensa autorizaría al albacea, habiendo herederos legítimos, á tomarse el sobrante de las legítimas, y cuando sólo haya herederos voluntarios, á darles lo que quisiera, contra el espíritu del testador. El ejecutor testamentario es un mandatario, y la rendición de cuentas es una de las obligaciones esenciales que se derivan del mandato. Si fuese exonerado de dar cuentas, vendría á ser un verdadero propietario, y no puede presumirse que el que nombra un albacea, haya tenido la intención de instituir un verdadero legatario si él quisiera hacerse tal. El testador ha podido sin duda legar al albacea, cuando no hubiese herederos legítimos ó herederos instituidos, todo lo que no se emplease en pago de deudas ó de las cargas hereditarias: mas de que hubiese podido hacerlo, no se sigue que el mandatario pueda apropiarse las cosas que le han confiado bajo una calidad que excluye todo derecho de propiedad sobre esas mismas cosas. —Tropolong, n° 2028.—Marcadé, sobre el art. 1031.—Zacharie, § 491, nota 9.—Coin-Deleisle, sobre el mismo artículo, n° 3.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3868.—El albacea testamentario sólo está obligado á rendir cuenta de los bienes que hubiese administrado.—Jur. Civ., II, 283, Ser. 1°.

El albacea está obligado á rendir cuenta de su administración, y debe ser condenado en las costas del juicio, si por su actitud en él hace necesario un pronunciamiento del juzgado obligándolo á rendirlas.—Jur. Civ., III, 200, Ser. 3°.

hiese comprometido sus intereses (art. 3869); pero debe tenerse presente que es el representante del difunto, y que éste ha puesto su confianza en él.

(Art. 3869.) La obligación de indemnizar los perjuicios causados, que incumbe á todo el que los hubiere ocasionado, y con más razón al albacea, cuando por su impericia ó negligencia los herederos ó legatarios resultaren perjudicados, no debe confundirse con los derechos que unos ú otros pudieran ejercer con relación al nombramiento de albacea, ó para pedir su destitución. Sólo los herederos pueden nombrar albacea, según el art. 3867, y aunque allí se habla de legatarios, se refiere á los legatarios universales; mientras que con relación á los perjuicios puede demandarlos todo el que los hubiere sufrido. Esta responsabilidad, dice Demolombe, del ejecutor testamentario, existe hacia cualquiera que tenga interés en la exacta y fiel ejecución del testamento, y cuyos derechos hubieran sido comprometidos por el albacea; no solamente es responsable hacia los herederos y legatarios universales, sino también hacia los legatarios á título particular.

Para aplicar la responsabilidad debemos separarnos de la legislación francesa, porque en ella la función del albacea es gratuita por su naturaleza, y remunerada excepcionalmente, mientras en la nuestra es siempre remunerada; así, pues, como mandatario remunerado tiene todas las obligaciones impuestas por este título, y subsidiariamente por el del mandato en cuanto lo sea aplicable, teniendo presente que los arts. 1978 á 1980 sólo pueden serlo por excepción. En cuanto á la responsabilidad del albacea por la administración de los bienes que se le hubieron entregado, ó por la gestión de los negocios en que tuviere derecho de intervenir, debe responder como un mandatario ordinario, sin diferencia alguna; mientras la mayor parte de los autores franceses aconsejan que se haga diferencias, porque el mandato es gratuito. El albaceazgo entre nosotros se ha convertido, no en un servicio que se presta al amigo que desaparece, sino en un negocio lucrativo donde se reciben buenos honorarios, desnaturalizando así la especialidad de esta gestión que debe ser desinteresada, ya que se ha querido permitir al testador que nombre una persona que vigile el cumplimiento de sus últimas voluntades.

Quando el albacea hubiera recibido del testador mayores facultades que las permitidas por la ley, como es un mandato excepcional, en que la voluntad del testador no puede extenderse más allá de lo expresamente acordado, es claro que no habiendo podido ser investido, debe responder del perjuicio causado por el exceso del mandato, porque el

§ 1046. — DEL DERECHO DE LOS HEREDEROS

Se dijo que sólo correspondía á los herederos la posesión de la herencia, porque son los que suceden inmediatamente al difunto, y en vez de ser esta la regla que debería regir, correspondiendo á los albaceas la excepción para darles esa posesión, siempre que no perjudicara á los herederos, el **art. 3863**, dice: *el nombra-*

acto se declararía nulo. El albacea sabe que no ha podido ser investido de esos poderes, desde que está obligado á conocer la ley: así, pues, cuando hubiera vendido bienes raíces en virtud de la autorización conferida en el testamento, los herederos que deberían recoger la herencia, pueden anular la venta, y el perjudicado con la nulidad, deduciría su acción contra el albacea. Pero si los herederos consienten y aprueban, la enajenación quedará ratificada y el acto será inatacable.

No estamos, pues, conformes con la teoría sostenida por Zachariae, de que el albacea no puede ser condenado al pago de los gastos, cuando se ha limitado á reclamar en justicia la ejecución literal del testamento; porque si el testador le hubiera acordado mayores facultades que las permitidas por la ley, el ejecutor sería responsable. Es que este autor es de los que sostienen la doctrina rechazada por nuestro Código, de que el testador puede facultar al albacea para sustituirse con otro albacea, y aún libertarlo de la obligación de rendir cuentas, ambos principios rechazados por nuestras leyes. En esta parte debemos seguir con suma cautela las opiniones de los comentadores franceses, porque se han dividido, sosteniendo unos la afirmativa en favor de los poderes que el testador puede conferir, y negándolo los demás.

Se debe sostener, en principio general, que el albacea, como mandatario, está sujeto á todas las obligaciones y responsabilidades que la ley impone á éstos, salvo aquellas excepciones que por el presente título se hicieran; teniendo en cuenta siempre, que es un mandato *sui generis*, destinado á tener efecto, después de la muerte, y que el mandatario debe ser responsable, no ante el mandante, que ya no existe, sino ante sus representantes. — Comp. DURANTON, IX, 392. VAZELLE, al art. 1025, n° 1. — Véanse arts. 1904, 3384, 3385, 3402, 3864 y 3868.

(**Art. 3863.**) Se dijo que nuestro Código Civil había aceptado la doctrina sostenida por muchos jurisconsultos franceses que hacen del al-

Nota del Dr. F'elez-Sarsfield al art. 3869.— Véase L. 6, Tit. 10, Part. 6ª.—Zachariae, § 491, nota 3.

miento de un albacea, deja á los herederos y legatarios todos los derechos cuyo ejercicio no se atribuye especialmente á aquel, como si los poderes conferidos al albacea no fueran la excepción.

bacea un mandatario único del testador, cuando la opinión de otros, es que sin perder ese carácter, lo reconocían como mandatario de los herederos, desde que podían pedir su destitución y estaba obligado á rendirles cuenta de su administración; pero en realidad los poderes del albacea se fundan en una ficción, que en el derecho moderno está destinada á desaparecer, como toda disposición que no tenga por base la verdad. En efecto, ¿qué clase de mandatario es el albacea, que no tiene mandante á quien rendir cuenta de su administración, y que está destinado á ejercerlo cuando desaparece el mandante? Mas aún; ¿cómo puede ejercerse un mandato sobre cosas de que no es dueño el mandante, en el mismo momento en que pierde la propiedad de esas cosas? Por eso se ha dicho que es un derecho excepcional el conferido al testador para nombrar albacea, y por esa misma razón las facultades conferidas deben ser limitadas á aquello que es de absoluta necesidad para la ejecución de este mandato *sui generis*. Así debe entenderse, que las facultades conferidas al albacea se juzgarán restrictivamente, y en caso de duda se decidirá en contra, porque son de derecho excepcional.

Por lo demás, nuestro artículo ha sido tomado de Aubry y Rau, § 711, texto á la nota 11, con esta diferencia: que dichos autores hablan de los herederos y legatarios *universales*, que en derecho francés se equiparan á los herederos, y no de los legatarios á título universal ó á título particular que no tienen la administración, ni pueden ejercer más derechos que los necesarios para defender sus legados.

Hemos dicho que los albaceas tienen derechos concurrentes con los herederos, y en esos casos unos ú otros pueden pedir indistintamente las mismas medidas conservatorias; por ejemplo, el albacea tiene facultad y está á su vez obligado á pedir que los bienes se pongan en seguridad, y ese derecho pueden ejercerlo los herederos, de modo que si éstos lo hubiesen demandado, el albacea no está obligado á pedirlo. La teoría más segura es la que reconoce al albacea los derechos expresamente concedidos, limitándolos por los que pueden ejercer los herederos como dueños de la herencia, cuya administración y posesión sólo tiene este límite: el de dar al albacea la posesión de los bienes que fueron necesarios para el pago de las deudas y legados. Habría sido más propio decir, el albacea puede ejercer únicamente los derechos expresamente concedidos, limitando así los que los herederos pueden ejercer como dueños.

Este artículo fué corregido en su última parte, pues decía: «deja á

Aunque la voluntad del testador merezca un gran respeto y deba ser obedecida, como puede equivocarse en la elección que ha hecho para ejecutar sus disposiciones, de ahí la necesidad de que *los herederos puedan pedir la destitución del albacea, por su incapacidad para el cumplimiento del testamento, ó por mala conducta en sus funciones, ó por haber quebrado en sus negocios (art. 3864)*; porque cualquiera de estas causas, si hubieran sido conocidas del testador, habrían influido para revocar el mandato.

los herederos y legatarios todos los derechos cuyo ejercicio es *incompatible* con el cumplimiento de su mandato», y como lo observamos en la nota 429 de la *Instiluta*, hay derechos concurrentes, y por lo tanto la expresión no era exacta, en la forma negativa en que estaba redactada. — Véanse arts. 3851, 3852 y 3856.

(**Art. 3864.**) El presente artículo confirma la crítica que hicimos á la teoría enseñada por el Dr. Velez-Sarsfield, de que el albacea es mandatario del testador y no de los herederos. Si el albacea fuera representante únicamente del testador, los herederos no podrían pedir su remoción; pero se dice que lo hacen en su carácter de representantes del difunto, y á esto se podría contestar que, á ese mismo título vendría á representar á los herederos que han sucedido y se encuentran en el mismo lugar que el testador, con tanta más razón, cuanto que los poderes del albacea comienzan á tener efecto desde que aquél ha desaparecido y no es dueño de los bienes sobre que ejercerá el mandato.

Estudiemos soparadamente las causas por las que los herederos pueden pedir la destitución del albacea:

1ª Por su incapacidad para el cumplimiento del testamento. Esta causal no sólo comprende la incapacidad proveniente de la falta de idoneidad para desempeñar el puesto, como algunos lo han creído, sino la incapacidad misma en su sentido estricto, por ser menor de edad, interdicción, etc.; porque el artículo siguiente se refiere únicamente á la incapacidad que sobreviene después de otorgar el testamento, y no á la anterior, ó que existía en el momento de otorgarlo. En cuanto á la primera, puede tener lugar por falta de las condiciones intelectuales, en los casos en que sin estar declarado interdicto, no fuera capaz de hacer cumplir el

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3863.— Véase Zachariae, § 491.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.— *Aplicación del art. 3863.*— Véase fallo al art. 3851.—Jur. Civ., X, 347, Ser. 2ª.

Si existe heredero instituido y no existen legados, el albacea carece de derecho para intervenir en la testamentaria.—Jur. Civ., C, 281.

En la legislación anterior al Código, el albacea debía tener una acción necesaria en la testamentaria; así, cuando no lo nom-

testamento, y la demostración tendrá que hacerse, no por las pruebas de un reconocimiento pericial, pues no es el caso, sino por los actos mismos producidos que demuestren la impericia y los perjuicios causados. ¿Podrá ser removido el albacea, cuando se encontrare gravemente enfermo ó cuando por imposibilidad física, como ausencia, enfermedad crónica, etc., no pudiera atender al cumplimiento de las obligaciones que se le imponen? Se puede contestar con el art. 3855, que el albacea no está obligado á obrar personalmente, y está facultado para proceder por medio de mandatarios que obren bajo sus órdenes; pero deducir de esta facultad, que estando ausente, establecido en otra jurisdicción de aquella en que se ha abierto la sucesión, puede obrar por mandatarios, sería desnaturalizar el nombramiento, convirtiéndolo en una especie de delegación prohibida por la primera parte del artículo. Creo más justo, considerar cada caso como una cuestión de hecho, y dejar á la resolución de los tribunales el apreciar, cuando importaría una delegación de las prohibidas, y cuando sería un simple mandatario.

2ª Por mala conducta en el ejercicio de sus funciones. Esta causal comprende, no los errores que haya podido cometer el albacea en el ejercicio de su cargo, porque eso serviría para determinar la capacidad, en cuanto á la inteligencia, sino á la conducta dolosa ó fraudulenta del albacea; es en este sentido, que dicen Aubry y Rau, § 711, texto á la nota 10, si su gestión demostrase su incapacidad ó *infidelidad*, palabra más extensa por su significado general y amplio, que la de mala conducta de que se sirve el artículo. También será una cuestión de hecho, y bastará que el albacea favorezca á unos en perjuicio de otros, aunque no tenga un interés pecuniario, para que pueda ser removido.

3ª Por haber quobrado en sus negocios, es la tercera causal por la que se puede pedir la destitución del albacea, y se pregunta, si habiendo tenido presente el Dr. Velez-Sarsfield el texto de Aubry y Rau, de donde tomó el artículo, ha suprimido deliberadamente la palabra *insolencia*, y si procedería la destitución cuando el albacea hubiera hecho cesión de bienes. Respecto de la insolencia, me parece que nada autorizaría á alegarla á los herederos, cuando tratasen ú ofraciesen probarla; mas, reconocida y probada por el acto de la cesión de bienes, estaría en el mismo caso que los fallidos; pero como el artículo no la compren le expresamente, y se trata de una causal de destitución, no me parece de buena interpretación el extenderla sin una decisión previa de los tribunales, estudiando el caso. Soy, pues, de opinión, que tratá-

braba el testador, el juez confiaba ese puesto á una persona de su elección; pero al presente, *cuando el testador no ha nombrado al-*

dose de la quiebra, es una causal para la destitución, sin que pueda continuar en el puesto, ofreciendo fianzas, como lo sostienen algunos, porque no es cuestión de seguridades que puedan pedir las, según el art. 3853, sino de competencia para manejar los negocios; quien no ha sabido manejar los suyos propios, mal puede ser conservado para dirigir los ajenos; sobre todo, no se interpreta una disposición dejándola sin efecto. El artículo dice, es una causa de destitución el haber quebrado en sus negocios, y sostener que no puede ser separado cuando ofreciese fianzas es ir contra la letra y el espíritu de la disposición. Y por la misma razón, admitimos que la insolvencia ó la cesión de bienes del albacea no sería causa de destitución, si los acreedores no embargasen su persona y diere fianza para asegurar los bienes que se le confían; pero, sería mejor dejar á los tribunales la facultad de determinar los casos en que podría ser removido.

En cuanto á las responsabilidades del albacea, y la órbita dentro de la que debe obrar, no estoy conforme con los que aún creen se debe aplicar la regla del *buen padre de familia*, que nuestro Código ha suprimido, con razón. La única norma de su conducta es la señalada por el art. 512, en que la culpa consiste en la omisión de las diligencias que exigiere la obligación, y que correspondiesen á las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar; quedando así en cada caso reducida á una cuestión de hecho que los tribunales resolverán. La conducta de un buen padre de familia de la antigua legislación no tiene base en la actual, en que no se puede medir por una regla uniforme todos los actos; cada uno debe ser sometido á un examen que buscará la culpa en las circunstancias que han precedido ó acompañado el acto; que tendrá en cuenta la competencia especial de la persona y demás circunstancias que se juzguen necesarias para el desempeño del acto.

Cuando los herederos hubieran pedido la destitución del albacea, siguiendo un juicio contradictorio, si fueran desechadas sus pretensiones, la sucesión pagará los gastos hechos por el demandado, aunque no fuese condenado expresamente; pero esto corresponde más bien á las leyes do procedimiento, y se debe juzgar por lo que ellas prescriban.

En cuanto á la dimisión del albacea, este artículo no la comprende y se regirá por las leyes del mandato, que se deben aplicar subsidiariamente.— Véanse arts. 3865 y 3867.

hace a, ó cuando el nombrado cesa en sus funciones por cualquiera causa que sea, los herederos y legatarios pueden ponerse de acuerdo para nombrar un ejecutor testamentario; pero si no lo hicieron, los acreedores de la sucesión u otros interesados, no pueden pedir el nombramiento de albacea. La ejecución de las disposiciones del testador corresponde á los herederos (art. 3867), sin que ninguno

(Art. 3867.) La primera parte de este artículo es contraria á las doctrinas enseñadas en el Código, y por todos los autores que le han servido de guía en esta materia al Dr. Velez-Sarsfield. Si el albacea es mandatario del testador, si no lo es de los herederos; si no hay necesidad de que exista ejecutor testamentario, ¿cómo es que los herederos pueden nombrar albacea? En efecto, cuando el testador no ha nombrado albacea, es porque ha confiado á sus herederos la ejecución del testamento, y no hay razón alguna para nombrar otro en su defecto, y si lo hicieron, sería mandatario exclusivo de los herederos, que responderían á los legatarios de la ejecución. Creo completamente anormal esa doctrina, y se debe limitar la facultad en cuanto sea posible, de modo que si alguno de los herederos se opusiera al nombramiento, no debería hacerse, como lo demostraré más adelante. Veamos lo que dicen los autores citados por el mismo codificador, de donde ha tomado el artículo. Dice Zachariae, § 711, texto en las notas 38 y 39: «por lo demás, cuando el mandato del ejecutor testamentario expira, por una razón cualquiera, antes del fin de su gestión, ó cuando su mandato le es retirado por causa de mala gestión, no se puede nombrar en su lugar otro ejecutor testamentario; únicamente las partes interesadas pueden, para salvaguardar sus intereses, tomar las medidas conservatorias autorizadas por el derecho común. Porque es evidente, que habiendo cesado en su mandato, los herederos pueden nombrar por sí y bajo su responsabilidad, no un ejecutor testamentario, sino un apoderado que los represente». Troplong plantea la cuestión en estos términos: «¿pero cuando

tom. 1, n.º 383.—Aubry y Rau, § 711. —Toullier, tom. 5, n.º 569 y siguientes. —Zachariae, § 491.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap. —Aplicación del art. 3864.—El albacea contra quien se compruebe distracción ó mal manejo de fondos, debe ser destituido, pasando los antecedentes al Juez del Crimen. — Jur. Civil, VII, i.º, Ser. 1.º.

El albacea no está obligado á contestar la demanda que, fundada en su incompetencia y mala conducta, se haya entablado pidiendo su remoción, mientras no se precisen los cargos, circunstanciándolos determinadamente. — Jur. Civ., IV, 5, Ser. 1.º.

de ellos se pueda atribuir exclusivamente el derecho de representar á la testamentaria, porque cada uno tiene derechos análogos.

el ejecutor testamentario que ha comenzado su gestión, muriese antes de haberla terminado, se debe nombrar otro en su lugar por la autoridad de la justicia? Creo con Furgole, que se debe tener por regla, que la muerte hace cesar la comisión; que los herederos del ejecutor testamentario no pueden pedir que continúe la gestión por ellos, porque *industria persour electa est*, y que no se debe nombrar á persona alguna en lugar del fallecido; pero lo que queda que hacer, debe ser ejecutado por el heredero del testador, lo mismo que si no hubiera existido ejecutor testamentario: porque las cosas vuelven al mismo estado, por la muerte, como si el testador no hubiera nombrado albacea». Y el Cód. de Chile, art. 1271, que el Dr. Velez-Sarsfield ha tenido presente, dice: «no habiendo el testador nombrado albacea, ó faltando el nombrado, el encargo de hacer ejecutar las disposiciones del testador, perteneció á los herederos»; porque nadie puede sustituir esa voluntad de nombrar á una persona determinada, cuando ha dejado la ejecución á los herederos. Son de la misma opinión Aubry y Rau, Demolombe, Toullier y demás autores. Esto demuestra el error de doctrina que sanciona el artículo, y estas observaciones servirán para cuando se corrija el Código Civil, depurándolo de las incongruencias que contiene. Estudiemos ahora la disposición tal como está concebida.

Dos hipótesis presenta la primera parte del artículo: 1ª, cuando el testador no hubiere nombrado albacea; 2ª, cuando el nombrado cesara en sus funciones por cualquier causa. En cualquiera de estos dos casos dice el artículo, que los herederos y *legatarios* pueden ponerse de acuerdo para nombrar un ejecutor testamentario. Y aquí conviene hacer esta distinción, que juzgo necesaria; cuando hubiere herederos instituidos, los legatarios no pueden intervenir en la ejecución del testamento, sino exigiendo sus legados, lo demás no les atañe, no son representantes del testador, apenas son acreedores de última hora, que no deben ser pagados sino cuando las deudas de la sucesión fueran cubiertas, y sólo en los casos en que esos legados no perjudicasen las legítimas de los herederos forzosos. Así, pues, los legatarios no podrían concurrir á nombrar albacea, aún cuando no hubiera herederos y el nombrado tuviera la posesión de la herencia, como lo demostraremos más adelante.

Estudiemos la primera hipótesis. El testador ha dejado herederos forzosos ó instituidos sin nombrar ejecutor testamentario, en ese caso, dice el artículo, que pueden convenirse para nombrar un ejecutor testa-

§ 1047. — CUANDO SON VARIOS ALBACEAS

El testador puede nombrar uno ó varios albaceas para que ejecuten su testamento, ya sea separadamente y en el orden que

mentario; pero si no lo hicieren, la ejecución corresponde á los herederos. La expresión de *si no lo hicieren* es ambigua, porque comprende estos dos casos: 1º, el mismo nombramiento, cuando unos estuviesen conformes en nombrar albacea y los otros se opusieren; 2º, cuando estuviesen de acuerdo con el nombramiento; pero hubiere disconformidad con la persona nombrada para desempeñar el cargo. Mi opinión es que cuando uno de los herederos se opusiera al nombramiento de albacea, es decir, que no reputara necesario hacerlo, no debe llevarse á cabo, porque si el testador mismo no lo ha nombrado, es de suponerse que ha querido que ejecutasen su testamento los herederos mismos; y además, porque el albacea no es necesario para la ejecución del testamento, y su nombramiento por los herederos está fuera de los principios consagrados, desde que el albacea es mandatario del testador. El Dr. Llerena, propone la solución de nombrar albacea al heredero que se opusiere al nombramiento, ofreciéndose él mismo á ejecutar el testamento, si los demás no quisieran ó no pudieran obrar conjuntamente, con cuya opinión estaría conforme si no fuera la forma imperativa. El hecho de no existir albacea designado en el testamento, debe ser considerado como que el testador no ha querido tener ejecutor testamentario, encargando de esta función á los mismos herederos, y como no se puede nombrar un apoderado común para cumplir un deber impuesto, sino con el consentimiento unánime de todos, resultará de ahí, que el albacea no podrá ser nombrado. Ahora, bien, respecto del caso en que todos se convinieran en la necesidad de nombrar albacea, discrepando en la persona, creo que la mayoría debe decidir la diferencia.

Respecto á la segunda hipótesis, de cuando el albacea nombrado en el testamento hubiera cesado en sus funciones, por muerte, renuncia ó remoción, se podría decir, que el testador ha manifestado su voluntad de tener un ejecutor testamentario, y los herederos que persisten en nombrar uno nuevo contra los que se oponen, interpretan mejor la voluntad de su causante; pero á esto se contestaría victoriosamente, que esa voluntad se ha expresado en favor de una persona determinada, cuyas calidades y condiciones se han elegido de antemano, y que no se interpretaría bien esos deseos, ya sea nombrando otra, ó sustituyéndola,

indicase, ya conjuntamente respondiendo solidariamente; en estos y otros casos se seguirán las reglas siguientes:

tal vez, por una persona desconocida, á quien el testador no habría confiado el mandato de representarlo. Si el albacea designado no puede ejecutar el testamento, ¿cómo interpretar la voluntad del testador nombrando otra? ¿No sería más propio suponer, que no ejerciendo el mandato la persona designada, ha querido que fueran ejecutores testamentarios sus mismos herederos? Por mi parte, persisto en la opinión manifestada en la primera hipótesis, y creo que si alguno de los herederos se opusiera al nombramiento, éste no debe realizarse, porque tiene lugar el caso del artículo, si no se convinieren en nombrar albacea, la ejecución la harán los herederos. ¿Por qué introducir una persona extraña?

Ya hemos dicho que los legatarios sólo son acreedores de la herencia, y acreedores de un rango inferior á los ordinarios, porque no pueden ser pagados en caso no alcanzaren bienes de la sucesión, sino después de cubiertas todas las deudas; si, pues, deben ser considerados como acreedores; ¿cómo es que el artículo dice, que los herederos *y legatarios* pueden ponerse de acuerdo para nombrar albacea? ¿En qué casos pueden hacer este nombramiento? Es indudable que ha habido un error de copia al haber agregado la palabra legatarios, autorizándolos para hacer este artículo, con tanta más razón, cuanto que á renglón seguido, dice el mismo artículo, que si los herederos no se convinieran en nombrar albacea, no podrán solicitar ese nombramiento los acreedores de la sucesión ú otros interesados. Si los acreedores que tienen un derecho preferente para ser pagados antes que los legatarios, no pueden solicitar el nombramiento de ejecutor testamentario, ¿con qué derecho lo harían los legatarios, que son acreedores de última hora? En parte alguna del Código se les concede tal facultad, desde que el derecho de los legatarios se limita á reclamar sus legados; si hay herederos forzosos ó instituidos, á éstos se demandará la entrega; si no existen, pelirán el nombramiento de un curador á la herencia vacante, como cualquier otro interesado, y á ese le reclamarán lo que se les hubiere dejado en el testamento. Á mi juicio, la palabra *legatarios* ha sido mal copiada de los autores franceses, que hablan de los herederos y legatarios universales, que son en realidad herederos, según la legislación francesa, y no debe tomarse como disposición legal. Pero esto es sumamente grave; el comentador, al explicar la ley, y el juez al aplicarla, se convertirían en legisladores, corrigiéndola. Sin embargo, la doctrina da medios seguros para llegar al conocimiento de la verdad, valiéndose de procedimientos determinados, á fin

1ª Cuando son varios los albaceas nombrados bajo cualquiera denominación que lo sean, el albaceazgo será ejercido por cada uno de los nombrados en el orden en que estuviesen designados

de reconstruir con seguridad el pensamiento del legislador. En el tomo primero de esta obra, hemos estudiado esos medios de interpretación, y nos referimos á lo que allí se expone.

Cuando no se hubiere nombrado albaceas, ó los nombrados cesaren en sus funciones, el artículo dice, que la ejecución corresponde á los herederos, ¿cómo pueden hacer esa ejecución para que los gastos del que la pide correspondan á la masa común? Es una cuestión muy grave que interesa la legislación de forma, con cuya ayuda se debe decidir. En general se ha aceptado por nuestros tribunales en la capital federal, que los gastos del albacea, en el procedimiento judicial, deben ser abonados por la masa; pero cuando no hubiera albacea, ¿qué gastos deberán ser comunes á la sucesión? Es evidente que los de inventario, tasación y partición, porque sin ellos no es posible el cumplimiento del testamento, y cuando hubiere albacea, se reputa que todas las peticiones son en beneficio de la masa, á menos de que fueren rechazadas como inútiles ó perjudiciales. Así es que cuando no hay albacea encargado de hacer cumplir el testamento, cada uno de los herederos tiene el deber de solicitar las medidas conducentes á ese fin. ¿cuáles son los gastos que se consideran comunes á cargo de la masa? Todos aquellos que tengan por objeto hacer cumplir el testamento y que fueren en interés de todos. Los jueces deberán, pues, estudiar cada una de las peticiones presentadas, y si alguno de los herederos las resistiera oponiéndose, no debe considerarse como gasto común, aunque la decisión fuera favorable al que hizo la solicitud; otra cosa sería cuando hubiera albacea que representa al testador, porque á pesar de la oposición de los herederos, si fueren vencidos, como representa en cierto modo á la sucesión, deben ser á cargo de ella todos los gastos.

¿Cómo se cumplirá el mandato de ejecutar el testamento? ¿Deben unirse y hacerlo conjuntamente como lo creen algunos? La acción conjunta puede existir cuando los herederos estuvieron de acuerdo; pero no están obligados á unirse, porque ley alguna les impone esta formalidad; cada uno puede obrar separadamente, y se juzgará que lo ha ejecutado en beneficio común, cuando su petición ha sido aceptada por todos, porque los beneficiarios; pero si hubiere albacea, cada heredero obrará en su propio interés, aunque su petición sea aceptada por el juez y despachada favorablemente.

Si los herederos hubieren nombrado administrador, no tomará parte

(**art. 3870.** 1ª parte), porque la ley supone que la voluntad del testador es que sea ejecutado por uno sólo.

2ª La disposición del artículo anterior quedará modificada.

en el juicio testamentario, porque la administración no comprende el derecho de estar en juicio, á menos de facultad expresa.

Los legatarios, generalmente, no tienen representación alguna del testador, á menos que el legado sea por remuneración del servicio que se le encarga; fuera de ese caso, jamás intervienen en el juicio testamentario, si no es para demandar la entrega de su legado; pero nuestro artículo ha confundido, lo mismo que algunos autores, la intervención que en la legislación francesa se da á los legatarios universales: es lo que sostiene Demolombe, XXII, 108, cuando dice: «en efecto, no hay sino el testador que puede nombrar ejecutor testamentario, y este nombramiento, que no es de la esencia del testamento, es exclusivamente personal. Cuando el ejecutor testamentario no acepta, ó si después de haber aceptado, muere, renuncia ó es destituido, es á los herederos y á los legatarios (universales) que vuelve según el derecho común, la misión de ejecutar el testamento. Y esto prueba que es, tal vez, un acto de previsión el nombrar varios ejecutores testamentarios, ó al menos de nombrar por una especie de sustitución vulgar, un segundo en defecto del primero, ó un tercero en defecto del segundo». No se habla, pues, del legatario particular que jamás puede intervenir en el nombramiento de albacea, sino del legatario universal.—Comp. GRENIER, III, 334. COIN-DELISLE. Obser., n° 4. SAINTESPÉS-LESCOT, V, 1546 y 1547 y los autores citados en la nota.—Véanse arts. 486, 3379, 3383, 3539, 3540 y 3864.

(**Art. 3870.**) Como el presente artículo ha sido mal interpretado, creemos necesario iluminarlo con los antecedentes que han precedido á su redacción. El Dr. Velez-Sarsfield al redactarlo, ha tenido presente, sin duda, la disposición del art. 1283, Cód. Chileno, que dice: «habiendo dos ó más albaceas con atribuciones comunes, todos ellos obrarán de consuno, de la misma manera que se previene para los tutores en el art. 413. El juez dirimirá las discordias que puedan ocurrir entre ellos. El testador podrá autorizarlos para obrar separadamente: pero por esta sola autorización no se entenderá que los exonera de su responsabilidad solidaria», porque en el art. 1281 había establecido, que siendo muchos albaceas, todos son solidariamente responsables, á menos que el testador los haya dispensado de la solidaridad. Mientras que el art. 1033,

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3867. — Troplong, n° 203. — Aubry y Rau, § 711.—Zachariæ, § 491.—Cód. de Chile, art. 1271.

cundo *el testador hubiese dispuesto expresamente que se ejerciera de común acuerdo entre los nombrados. En este último caso, todos son solidarios (art. 3870, 2ª parte),* y cualquiera puede ejecutar

Cód. Francés, que también ha servido en parte de modelo, dice: si hay varios albaceas testamentarios que hayan aceptado, uno sólo podrá obrar en defecto de los otros, y serán solidariamente responsables de la cuenta de los muebles que les hayan sido confiados, á menos que el testador no haya dividido sus funciones, y que cada uno de ellos se haya limitado á las que le han sido atribuidas.

Como puede observarse por el estudio comparativo de estas dos disposiciones, nuestro artículo ha aceptado el principio del Código Francés, de que cuando sean varios los albaceas, uno sólo deberá obrar; pero en lugar de decir, como ese Código, que uno sólo obrará *en defecto* de los otros, ha expresado más claramente la idea, de que el cargo se ejercerá en cierto orden determinado de antemano, y ha sustituido esa expresión por esta otra: «será ejercido por cada uno de los nombrados *en el orden* en que estuvieren designados», de modo que si el primero no ejerciera el mandato, lo desempeñaría el segundo, ó en defecto de éste, sería el tercero, y así sucesivamente; pero la responsabilidad no es solidaria, y con razón, desde que cada uno debe obrar separadamente, y en defecto uno de otro; separándose del Código Chileno, que impone como regla la solidaridad, art. 1281, y como excepción, la división de la responsabilidad, lo que no es justo; porque no basta el nombramiento de varios albaceas para que sean solidarios. Nuestro Código, mejor inspirado, hace responsable á cada uno de los albaceas por el desempeño de las funciones, cuando las ejercieran sucesivamente por cualquier causa que fuera; sólo impone la solidaridad, cuando el testador expresamente hubiera dispuesto que ejercieran las funciones de común acuerdo, porque está claramente manifiesta la voluntad de que todos concurren á la ejecución, y por consiguiente sean responsables, cada uno de ellos por el todo, salvo su derecho para repetir del culpable lo que hubieran pagado por los perjuicios.

De este estudio comparativo, resulta, que nuestro artículo ha tomado de los Códigos citados los principios que consagra, reformándolos en parte y adelantando la doctrina en armonía con las necesidades de la época en que nos desenvolvemos. Así, pues, la solidaridad que el legislador impone á los albaceas, se puede decir, que es interpretando la voluntad del testador, y dándose cuenta de la posición de cada uno de ellos, que estando obligados á obrar de común acuerdo, deben responder por la gestión de su albacea. Este artículo habla de la solidaridad, que

el acto cumpliendo lo ordenado en el testamento, y todos responden solidariamente.

3ª Cuando entre los albaceas solidarios hubiera alguna diferencia sobre el modo de proceder, dice el **art. 3870**, últ. parte:

podemos llamar tácita, porque el testador no la impone expresamente, nace de la ley; mientras el artículo siguiente, se refiere á la solidaridad impuesta por el testador; pero no hay inconveniente en que se comprendan ambos casos; porque si bien en el primero están obligados á obrar de común acuerdo y el juez debe dirimir las controversias, siendo entonces difícil de explicar, como es que uno de ellos pueda obrar *á falta de los otros*, eso en nada altera la diferencia de la posición de los albaceas. Así, cuando el testador ha nombrado varios albaceas solidarios, sin imponerles la obligación de ponerse de común acuerdo, cada uno de ellos puede obrar independientemente, y los demás responderán de esa gestión, porque han aceptado la solidaridad establecida; es el mismo caso del art. 1921, cuando los mandatarios han aceptado la solidaridad, y responden cada uno de todas las consecuencias de la inexecución del mandato, y de las faltas cometidas en la ejecución por sus comandatarios. ¿Por qué no responderían, si han aceptado el mandato solidariamente, obligándose por lo que hicieran ó dejaran de hacer sus coalbaceas? Pero muy bien se pueden encontrar casos en que el testador, habiendo impuesto la obligación de obrar de común acuerdo, resultara que éste no hubiere podido tener lugar, y sin embargo cada uno respondería solidariamente por lo ejecutado por uno de ellos; por ejemplo, en los casos de ausencia de los demás albaceas, si uno de ellos obrara, los ausentes serán responsables solidariamente de esa gestión; pero del mismo modo, cuando se han convenido en que todos obraran unos en defecto de otros, en que lo ejecutado por cualquiera de ellos obligara á los demás; ó en caso de divergencia sobre la manera de ejercer el mandato, si el juez decidiera la controversia, cualquiera de los albaceas, que hubiere ejecutado el acto, cumpliendo la decisión judicial, obligaría á los demás; finalmente, cuando todos estuvieren de acuerdo en ejecutar de tal modo el mandato, encargando á uno el hacerlo, si éste no lo realizare por cualquier causa, y uno de los otros lo ejecutare, todos responderán solidariamente.

Así, pues, se explica perfectamente la expresión de que usa el artículo, cuando supone que el testador hubiera impuesto expresamente que se ejerciera el *mandato de común acuerdo*, con la del artículo siguiente, cuando son solidarios en que uno de ellos *puede obrar á falta de los otros*; porque no sólo legisla casos diversos, como es aquél en que el testador ha impuesto expresamente la solidaridad, sino también, cuando esta

que *las discordias que puedan nacer serán dirimidas por el juez de la sucesión*; lo que debe tener lugar en juicio sumario ó mera-

nace de la ley, como en la hipótesis que estudiamos, en que sin haberla impuesto expresamente, la ley crea la solidaridad por el hecho de ordenar el testador que todos procedan de común acuerdo; en ese caso pueden proceder los unos á falta de los otros, por la inacción, ausencia, enfermedad, etc.; pues habiendo convenido el modo de proceder, cualquiera de ellos que ejecutaro lo pactado obligaría á los demás, sin que por esto haya dejado de existir el acuerdo exigido por el artículo; por ejemplo, todos los albaceas han convenido en pedir tal medida, cualquiera de ellos que lo hiciera obraría con arreglo al acuerdo y obligaría á los otros, ó si estando disconformes el juez hubiera decidido se ejecutare tal medida resistida por unos, obligaría solidariamente á los demás el albacea que la ejecutare, *á falta de los que debían llevarla á cabo*. Esta conclusión es contraria á la opinión del Dr. Llerena cuando sostiene que, «el artículo que estudiamos se refiere al caso en que, queriendo todos los albaceas dar cumplimiento á su cometido, no se ponen de acuerdo en los medios de ejecución ó en la oportunidad de hacerlo; en tal caso el juez decide, facultad que las leyes de Partida y Goyena conceden á la mayoría».

Pero el art. 3871 legisla el caso en que, sin haber desacuerdo respecto á la forma de ejecutar la voluntad del testador, hay inercia por parte de los otros albaceas; no es el caso en que se opongan á la ejecución del testamento. Y las razones de esta divergencia las hemos dado anteriormente, y la condensaremos en esta forma: 1^a, el artículo que estudiamos comprende el único caso de solidaridad legal; 2^a, el art. 3871 habla de la solidaridad establecida por el testador, sin necesidad de que los albaceas obren de común acuerdo; 3^a, que aún en el caso de no encontrarse de acuerdo los albaceas, en que el juez de la sucesión dirime la controversia, la ejecución de uno de los nombrados obligará solidariamente á los demás, si lo ha ejecutado de acuerdo con la sentencia, á falta de los otros; 4^a, que cuando hubiere acuerdo, y los demás no ejecutaren lo convenido, uno de ellos puede hacerlo, obligando solidariamente á los otros; 5^a, que el testador puede imponer expresamente la solidaridad á todos los albaceas sin obligarlos á proceder de común acuerdo, y este es el caso típico legislado por el art. 3871, en que cualquiera de ellos puede proceder en defecto de los otros; 6^a, que no hay incongruencia entre estos dos artículos, que si bien legislan casos diversos, pueden ser regidos por una misma regla, que abraza la solidaridad en todos los casos; 7^a, que cuando hay solidaridad entre los albaceas, cada uno

mente informativo; pero esto corresponde á las leyes de procedimientos.

debe estar autorizado para ejecutar el acto, á fin de salvar su responsabilidad, y por eso admitimos que cualquiera de ellos pueda obrar en el sentido convenido por todos, cuando hubiere acuerdo, ó ejecutando la decisión judicial, cuando estuvieren disconformes, ó cuando la solidaridad les fuera impuesta por el testador; porque esta facultad es acordada por la ley misma, cuando se trata del cumplimiento de obligaciones solidarias, en que cada uno se encuentra investido de un poder expreso de los demás para cumplirla, libertándose de los perjuicios que su inejecución pudiera causarle.

En cuanto á la ejecución de alguno de los albaceas solidarios para que obligue á los demás, será necesario que obren dentro de las facultades conferidas por la ley, pues los ejecutores serán responsables personalmente de su exceso, como en el caso del art. 1921.

Se sabe que la solidaridad responsabiliza á todos los obligados por la falta de cumplimiento de cualquiera de ellos, pues la ley parte del principio que cada uno se ha dado poder para ejecutar la obligación en su totalidad, salvo el derecho para reclamar de sus coobligados la parte que les correspondiera según el contrato, ó á falta de éste, por partes iguales; que esa misma facultad tienen los acreedores solidarios para demandar el cumplimiento total de la obligación, con la particularidad que en uno y otro caso pueden obrar los unos independiente de los otros, aunque ignoren sus colegas; por consiguiente no se debe extrañar, si es injusto, como lo supone el Dr. Segovia, «que de los actos de uno sólo, que acaso son ignorados de sus colegas, respondan solidariamente los otros»; porque ese es precisamente el natural efecto de la solidaridad; para eso, la ley les ha dado un remedio legítimo, el de reclamar contra sus coalbaceas culpables, los perjuicios que hubieren pagado, por el mal desempeño.

Nuestro artículo no legisla el caso en que el testador haya nombrado á varios albaceas, señalando á cada uno las funciones que deberá desempeñar; en esta hipótesis se reputará que hay un albacea para cada función, y cada uno será responsable únicamente de la que se le encomendó. Hay varios casos resueltos por nuestros tribunales, de acuerdo con la doctrina francesa. — Comp. GOYENA, art. 736. LAURENT, XIV, 379. — Véanse arts. 699, 753, 1661, 1902, 1921, 1945, 2067, 2281, 3844 y 3871.

Faltos de la Cím. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3870.—Cuando son varios albaceas, los honorarios del apoderado, deben ser á cargo de la sucesión.—Jur. Civ., I, 389, Ser. 2º.

4ª *Si hay varios albaceas solidarios, uno sólo podrá obrar á falta de los otros* (**art. 3871**), respondiendo los demás por lo que hubiera ejecutado.

(**Art. 3871.**) Como lo sostuve en el artículo anterior, el presente legisla el caso en que el testador ha nombrado varios albaceas solidarios, sin imponerles la obligación de obrar todos de acuerdo; entonces, como cada uno se ha responsabilizado por lo que cualquiera de ellos hiciera en cumplimiento del mandato, resulta claramente la facultad de obrar los unos en defecto de los otros, siendo responsables solidarios. Proponemos una hipótesis y apliquemos los dos artículos. Supongamos que el testador ha dicho: nombro por ejecutores de mi última voluntad á A, B y C, quienes serán solidarios; es el caso del presente artículo; A, deberá desempeñar el mandato porque es el primero nombrado, con arreglo á lo dispuesto en el art. 3870; pero si por negligencia, ausencia, enfermedad, etc., no lo desempeñare, B, en defecto de A, lo ejecutará, aplicado así lo dispuesto en este artículo; uno sólo podrá obrar á falta de los otros. Pero si suponemos que el testador hubiera dicho: nombro por mis albaceas á A, B y C, que *obrarán de común acuerdo*, sería el caso del art. 3870, y si estando conformes en la forma y oportunidad de proceder, se hubiera encargado á A, primer nombrado para ejecutar lo convenido, y no lo hiciera, cualquiera de los otros, que son solidariamente responsables, podría ejecutarlo, rigiendo en este caso la disposición de este artículo; si no hubieran estado conformes, y el juez hubiese decidido la controversia, encargándose de cumplirla á uno de ellos, que no lo hiciera, los otros podrían ejecutarlo. Y aquí viene de nuevo la cuestión de examinar la justicia de una disposición que responsabiliza á los demás albaceas por una gestión en que no han tenido parte alguna; pero como han aceptado el mandato en esas condiciones, sabiendo la responsabilidad que pesaba sobre ellos, no se trata de averiguar si es justo ó no hacerlos responsables, sino de cumplir con la obligación en los términos en que ha sido aceptada; tanto valdría el querer aplicar el mismo razonamiento á la fianza solidaria, en que el fiador se quejaría de la falta de justicia que lo obliga á cumplir la obligación como si fuera el deudor principal. Se trata, pues, de aceptar la obligación en los términos convenidos, en que cada uno se ha responsabilizado de antemano por sus coalbaceas.

Y en el presente artículo se puede estudiar la siguiente hipótesis: si uno de los albaceas ha cumplido el mandato, cuando todos fueran solidarios, ¿á quién corresponde el legado que el testador dejó para compensar el servicio? Como en realidad ha existido un solo mandatario, él

§ 1048. — HONORARIOS DEL ALBACEA

El albaceazgo no es un cargo gratuito, y por esa razón: hemos sostenido que no había conveniencia en que pudiera ser albacea el escribano que otorga el testamento.

El albacea tiene derecho á una comisión que se gradúa según su trabajo y la importancia de los bienes de la sucesión (art. 3872),

únicamente debe recibir el legado, así como habría sido pagado de sus servicios, estimándolos el juez, sino hubiera sido compensado con el legado. Se ha impuesto, por el art. 3870, que el albaceazgo no pueda ser ejercido sino por uno de los nombrados, en el orden de su nombramiento, luego el legado deberá ser recogido por el que ha sido ejecutor del testamento.

Este artículo se puede explicar con el anterior, á cuyo comentario nos referimos.

Cuando el testador ha nombrado varios albaceas solidarios, sin imponerles la obligación de que ejercerán las funciones de común acuerdo, ¿cómo deberán proceder? ¿Cualquiera de ellos podrá ejecutar el mandato? El art. 3870, nos dice, sin hacer distinción: el albaceazgo será ejercido por uno sólo en el orden de su nombramiento; pero si los que debían ejecutarlo, no lo hicieron, entonces los otros podrán obrar, salvando su responsabilidad y adquiriendo derechos para cobrar la remuneración con que deben ser pagados. ¿Cómo se concilia entonces la obligación de ejecutar uno sólo el albaceazgo, con la de obrar todos de común acuerdo, de que habla el art. 3870? Entendiendo el artículo de este modo: cuando son varios los albaceas nombrados, cada uno lo ejecutará en el orden de su nombramiento, con excepción del caso en que el testador hubiera ordenado que todos procedieran de común acuerdo, en que se cumpliría su mandato. Así, pues, hay una diferencia notable entre la solidaridad impuesta por el testador á cada uno de los albaceas, y la que nace de la ley: los primeros deben obrar en el orden en que estuvieren nombrados, los unos en defecto de los otros; y los segundos deben ejecutar el mandato en común, ó según lo decidiera el juez, en caso de divergencia.—Comp. POTHIER, Cap. V, Sec. 1, art. 11, § 4. TROPLONG, III, 2043. COLMET DE SANTERRE, IV, 178, *bis*. SAINTESPÉS-LESCOT, V, 1586.

(Art 3872.) Cuando estudiamos el mandato, manifestamos nuestra opinión respecto á la remuneración, que debía ser la regla, según los

comisión que el juez estimará en cada caso, teniendo presente que si el albacea, haciendo uso de sus facultades, ha nombrado apode-

tiempos modernos, en que el interés es la base de la mayor parte de las acciones humanas; no obstante, nuestro Código, art. 1871, presume gratuito el mandato cuando no se hubiere convenido retribución, y sólo exceptúa los casos en que los trabajos sean de la profesión lucrativa del mandatario, cuando la regla del interés debía dominar toda la institución, á menos de suponerse en ciertos y determinados casos, que es un mandato de amistad y de confianza, donde el interés no aparece como móvil de la acción, sobre todo en las disposiciones de última voluntad, en que el testador elige, por regla general, al amigo ó pariente en quien deposita su confianza para que ejecute ciertos actos. Y así como hemos creído que en el mandato ordinario la retribución debía ser la regla, en el albaceazgo, que no es un negocio, donde los vínculos estrechos del parentesco ó de la amistad son las principales causas del nombramiento, debía, por el contrario, ser gratuito. De esta función remunerada ha resultado que el albaceazgo se ha convertido en la actualidad en uno de los negocios más lucrativos, y que más daño causan en las liquidaciones testamentarias, por los crecidos gastos de los abogados, que patrocinan á los albaceas. Habría convenido por lo menos señalar por toda comisión una cuota fija, como lo hace el Código de Luisiana, á fin de cortar los abusos á que se prestan las regulaciones hechas por los jueces, que son completamente extraños á esta gestión, y proceden, las más de las veces, por sugerencias y empeños de los interesados, sin tener en cuenta el trabajo realizado. Estas consideraciones se pueden tener presente, cuando se trate de reformar el Código Civil.

Estudiemos el artículo. Varias hipótesis se pueden presentar: 1ª, que el testador haya dejado un legado en mira de la ejecución del testamento; 2ª, que haya dejado un legado sin expresar que es una compensación del servicio impuesto; 3ª, que el mismo testador haya señalado la comisión que deba percibir el albacea; 4ª, que el testador haya señalado la comisión y el albacea haya fallecido ejecutando sólo en parte el mandato; 5ª, que el testador nada haya dicho sobre la comisión que se debe pagar al albacea.

En el primer caso, podemos traer el ejemplo de Duranton, en que el testador dijera: «lego á A, una suma de. . . . : ó le ruego que acepte una suma de. . . . , ó un diamante por el trabajo y cuidados que le dará la ejecución de mis voluntades»; y hemos dicho que el legado caducaría, si el albacea no aceptara el mandato conferido, agregando que en esos casos el albacea puede rechazar el legado, y cobrar la comisión que le

rados que lo representen, los honorarios de éstos deben ser á su cargo, á menos que el tribunal los estimara separadamente para que la testamentaria los abonara de la masa común.

corresponde por la ejecución. En este caso, el legado tiene una causa, no es una imposición del testador, y el derecho de cobrar la retribución sería evidente, cuando el albacea fuera incapaz de recibir el legado, como en el caso de ser nombrado el escribano que ha autorizado el testamento. Como es un mandato remunerado por su naturaleza, el albacea que no puede recibir el legado, tendría derecho para cobrar su comisión.

En el segundo caso, como el legado no tiene por objeto remunerar los servicios que se han impuesto al albacea, éste podrá recogerlo aún renunciando al mandato conferido, y si lo aceptaren, por la misma razón tendrá derecho para cobrar la comisión, que le correspondiese según los trabajos realizados en la ejecución del mandato.

En el tercer caso, cuando el mismo testador hubiere señalado la comisión, como si dijera: «nombro por mi albacea á B, y le señalo por su comisión el tres por ciento de mis bienes, ó la cantidad de diez mil pesos; como esto no es un legado, sino el pago de un servicio, se puede considerar como un contrato que viene á tener su efecto por la aceptación del albacea, cuya voluntad se encuentra, por decirlo así, con la manifestada por el testador, y no creo que el ejecutor testamentario tendría derecho para separar el nombramiento de la remuneración acordada, renunciando á ésta para cobrar la comisión. [Aceptado el mandato, queda acordada la comisión impuesta; el albacea no podría pretender más, ni los herederos disminuirla, so pretexto de que la ejecución del mandato no tiene importancia. Es un contrato concluido que no está en la mano de los herederos alterar, ni en la del albacea el rehusar la comisión señalada, para acogerse á una regulación hecha por el juez.] El Código Chileno, art. 1302, dice en apoyo de esta doctrina: «la remuneración del albacea será la que le haya señalado el testador»; y ésta debía ser la regla, de modo que la regulación del juez deberá venir cuando no hubiere comisión determinada, como lo dice el mismo Código.

No participo de la opinión de los que consideran dudosa la cuestión, á saber: si el albacea podría optar por la estimación de su trabajo, renunciando al legado que se le hubiere dejado; porque con la distinción que acabamos de hacer, no ofrece dificultad alguna. En efecto, si el testador ha dicho que deja ese legado al albacea por toda remuneración de su trabajo, es claro que al aceptar el mandato, ha renunciado

La regulación de honorarios del albacea no tendrá lugar, *si el testador ha hecho un legado al albacea en mira de la ejecución de*

á cualquier otra; si, por el contrario, hubiere dicho, ruego á mi albacea que acepte ese legado como una compensación del servicio, no habría inconveniente en que renunciase al legado, y exigiera la comisión que el juez le regulase. Será, pues, una cuestión de hecho que los tribunales decidirán, y dependerá de los términos usados por el testador, en que imponga su voluntad. El art. 454 apoya esta conclusión, pues autoriza al tutor á renunciar al legado, y percibir la décima que la ley le señala por la comisión de la tutela.

Cuando el testador hubiera señalado una comisión al albacea, y ejerciendo su mandato, falleciere antes de concluirlo, no tendrá derecho á toda la comisión, y se regulará con arreglo á la parte que hubiere desempeñado; los jueces determinarán lo que deba percibir, teniendo en cuenta lo ejecutado y lo que faltare, y con más razón se observará esta regla, cuando hubiere varios albaceas nombrados, en que entrasen sucesivamente á desempeñar el cargo; porque entre todos dividirán la compensación señalada por el testador, ó la que designare el juez, en su defecto. Así, se ha decidido por nuestros tribunales, en un caso en que el testador había señalado el diez por ciento de comisión que se debía pagar al albacea, y habiendo éste fallecido, sus herederos se presentaron cobrando la comisión íntegra, fundados en el art. 535, que establece que las condiciones deben cumplirse de un modo indivisible; pero no es el caso de aplicación de ese artículo, porque no se trata de una condición que se pretenda dividir, sino del cumplimiento ó ejecución de un mandato, que no se ha ejecutado, sino en parte, y cuya retribución debe pagarse con arreglo al servicio, art. 1958. Esto mismo se resolvería cuando el testador hubiera dejado un legado como retribución del servicio, lo recogerían los albaceas que sucesivamente hubieran desempeñado el puesto, y en la proporción de lo que cada uno hubiere ejecutado.

Finalmente, cuando el testador nada hubiera dicho sobre la comisión que deba pagarse, habiendo varios albaceas, los jueces deberán estimarla teniendo en cuenta la importancia de los bienes dejados y el trabajo realizado, así como la parte que corresponda á cada heredero, de modo que jamás pueda recibir el albacea una porción igual ó mayor que éstos, porque sería contrario á la voluntad del testador, que no ha querido nombrarlo heredero, sino executor testamentario.

El albacea tiene facultades limitadas por la ley, y se reducen á hacer cumplir el testamento, asegurar los bienes dejados, pagar las deudas

su testamento, el albacea no puede pretender el legado sin aceptar las funciones de ejecutor testamentario (art. 3849), y únicamente

reconocidas por los herederos ó por sentencia firme, entregar los legados con conocimiento de los herederos, dividir la herencia y defender la validez del testamento cuando fuere atacado, siempre que hubiere derecho, pues no debe hacerlo cuando la nulidad fuera evidente; así es que sus funciones son ordinarias y no vemos cuando puedan considerarse extraordinarias para que se paguen esos trabajos fuera de la comisión, como algunos lo sostienen. La función del albacea es siempre ordinaria, aunque unas veces tenga mayor trabajo que otras.

Cuando el albacea fuera abogado ó interviniera en esta calidad en los diversos pleitos donde tiene el deber de tomar parte, no podrá cobrar su honorario, y la comisión del albaceazgo; pero si el testador le ha señalado una suma determinada por toda remuneración, entonces sólo podrá cobrar esa suma, porque al aceptar el cargo lo ha hecho bajo la base de la compensación fijada de antemano, debiendo suponerse que el testador lo ha elegido, no sólo por amistad y confianza, sino por la profesión y capacidad especial para entender en los asuntos judiciales. El Cód. de Chile, art. 1302, de donde ha sido tomado nuestro artículo, dice: «si el testador no hubiere señalado remuneración, tocará al juez regularla, tomando en consideración el caudal y lo más ó menos laborioso del cargo».—Véanse arts. 1952, 1958, 3544, 3841, 3849 y 3870.

(Art. 3849.) El artículo ha suscitado dudas á consecuencia de la nota explicativa con quo el Dr. Velez-Sarsfield lo acompaña, y es nece-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3872.—Cód. de Luisiana, art. 1673.—Cód. de Chile, 1302.—En la nota al art. 1871 de este Cóligo, establecemos que el mandato no es gratuito por su esencia, sino por su naturaleza, y que un salario ó honorario no altera su carácter.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3872.—La comisión del albacea debe regularse teniendo en cuenta su trabajo y la importancia de los bienes de la sucesión.—Jur. Civ., XV, 127, Ser. 4^a.

El albacea tiene personería para discutir la validez ó nulidad del testamento.—Jur. Civ., XII, 37, Ser. 4^a.

El albacea tiene derecho á cobrar el saldo que á su favor arrojen las cuentas judicialmente aprobadas, sin nueva justificación.—Jur. Civ., IV, 385, Ser. 1^a.

El albacea de la testamentaria no puede compensar sus deudas á la testamentaria con la comisión que le correspondiera en pago de diligencias no terminadas.—Jur. Civ., II, 497, Ser. 1^a.

El albacea tiene derecho á cobrar los gastos y honorarios devengados en cumplimiento de su cargo, aun cuando el testamento que lo instituyó hubiese sido revocado, mientras no tenga conocimiento de la revocación.—Jur. Civ., III, 58, Ser. 1^a.

en caso de rechazarlo, si ejecuta la función podrá demandar sus honorarios. Pero este caso tiene una excepción que el Código ha

sario ir á buscar la interpretación en los autores que le han servido de modelo. En su primera parte, supone que el legado haya sido hecho en mira de la ejecución del testamento, lo que se desprenderá de los términos empleados en el mismo, ó de la voluntad manifestada de cualquier otra manera; mientras esa voluntad aparezca en cualquier forma, no habrá dificultad, el ejecutor testamentario, en esa hipótesis, no puede pretender el legado si no acepta el albaceazgo; pero las dificultades nacen si suponemos los casos siguientes: 1º, que el testamento no contenga indicación alguna, sobre si el testador ha tenido la intención de imponerle la aceptación y ejecución del mandato; 2º, que el testamento contenga esa intención, pero que el albacea sea incapaz de aceptar el mandato al tiempo en que debe ejecutarlo; 3º, que el testamento no contenga la condición de aceptar el albaceazgo, para recoger el legado, y el ejecutor testamentario se negara aceptar el cargo; 4º, que la intención del testador sea manifiesta de remunerar la ejecución con el legado, y que el albacea sea incapaz de recoger el legado, y acepte el albaceazgo.

El primer caso, podemos estudiarlo en el siguiente ejemplo: el testador, por una cláusula separada en que hace legados á varias personas, lega á Alberto tal suma de dinero ó tal cosa; al concluir su testamento, nombra á Alborto ejecutor testamentario, sin expresar que el legado se deba entender que es dejado en compensación del servicio, y se hacen estas dos preguntas: ¿se considera siempre ese legado hecho condicionalmente y sujeto á la aceptación y ejecución del mandato? El albacea tiene derecho para cobrar su comisión con arreglo al art. 3872? En el primer caso, dice el Dr. Velez-Sarsfield, siguiendo la nota de Massé y Verger sobre Zacharia, *«se presume siempre, que el legado hecho al albacea nombrado, lleva implícita la condición de la aceptación del cargo»*; mientras Aubry y Rau, § 711, nota 1), dicen: «en cuanto á la cuestión de saber, si tal disposición ha sido hecha ó no en vista y razón de este cargo, queda abandonada á la apreciación de los tribunales», opinión que sigue el Dr. Segovia, mientras el Dr. Llerena adopta la contraria, sostenida por Massé y Verger. Por mi parte, debo decir, que por más respetable que sea la opinión seguida por el Dr. Velez-Sarsfield, cuyas notas deben considerarse como el comentario más autorizado del Código Civil, no es posible seguirla en este caso, sin darle la fuerza de ley; porque crea una presunción legal, y transfiere la prueba al beneficiado. Es un principio de derecho que no hay presunción sin ley

impuesto, deseando que la voluntad del testador fuera observada en todo lo que no contrarie el orden público y las buenas cos-

que la autoriza expresamente; una opinión, por grande que sea la autoridad del que la sostenga, no puede crear un medio de prueba, más aún, una presunción que no reconozca otra fuente que la ley misma. El Dr. Velez-Sarsfield no puede crear presunciones, y por nuestro derecho, esta opinión está en cierto modo desautorizada por el artículo siguiente, que enseña el principio contrario, pues declara válido el legado hecho á un individuo que no puede ser ejecutor testamentario; si la presunción existiera, el legado no tendría valor, desde que habría sido hecho con la condición de aceptar el cargo. Téngase presente que no se trata en este caso de interpretar la disposición, sino de crear una presunción, y el codificador no puede sustituir al legislador; por el contrario, es *razonable* no seguirla, porque la nota, en este caso, no es una interpretación del texto del artículo, sino la creación de uno nuevo, que nadie, razonablemente, debe aceptar. Así, se debe seguir en estos casos la opinión de Aubry y Rau, dejando á los jueces la facultad de inquirir cual ha sido la intención del testador; si no hubiere medio alguno para suponer que ha querido imponer una condición, debe reputarse que el legado es puro y simple, juzgándose en favor del testador, que ha manifestado la intención de beneficiar al legatario.

No habría cuestión posible cuando el testador hubiera hecho un legado remuneratorio, expresando el servicio que desea premiar, aunque éste no diera acción para demandarlo judicialmente, porque entonces el legado no sería hecho en mira de pagar la ejecución del mandato; pero se resolvería lo contrario, si comprendiese ambos servicios, pues al relusar el albaceazgo, no podría demandar parte del legado por el servicio hecho, si resultara que era impuesto como una condición de ejecución.

En cuanto á la segunda hipótesis del mismo caso que estudiamos, sobre si el legado dejado sin expresión de causa, deberá ser entregado al legatario y abonársele la comisión por el albaceazgo, debemos distinguir: si el legado es remuneratorio, no hay duda, pues reconoce una causa diferente, y la ejecución del mandato debe pagarse; pero cuando nada se dijera, la cuestión es muy seria. ¿Cuál ha sido la intención del testador? ¿Ha querido pagar el servicio encomendado? Hemos resuelto esta cuestión dejándola á la interpretación de los tribunales; si ellos deciden que la intención del testador ha sido pagar el servicio, no habrá cuestión sobre la comisión; pero el albacea puede renunciar el legado en este caso, y cobrar el servicio hecho. Si, por el

tumbres, y ha mantenido la validez del legado cuando el albacea no pueda ejecutarlo, así ha dicho: *es válido el legado hecho á un*

contrario, los tribunales decidieran que el legado es independiente del servicio exigido, podrá cobrar la comisión del albaceazgo.

En la 2ª hipótesis, cuando el testador ha manifestado que deja el legado en compensación y pago de la ejecución del mandato conferido, pero resulta que el albacea es incapaz de ejecutarlo, ¿quedará revocado el legado? Esta cuestión se liga íntimamente con lo dispuesto en el art. 3832, sobre la causa que no tiene efecto; pero está resuelta por el art. 3850, que lo declara válido á pesar de que el albacea no pueda serlo, resolviendo así la cuestión en favor de la intención de beneficiar que se supone ha tenido el testador; por eso hemos dicho, en los casos de duda debe reputarse que el legado es un acto de beneficencia y se considerará puro y simple, cumpliendo la voluntad presunta del testador.

En el tercer caso, cuando el testador ha manifestado claramente la intención de pagar el servicio con el legado dejado, si el legatario no quiere aceptar el albaceazgo, no tiene derecho para recoger el legado; porque en este caso es una especie de carga impuesta, y no puede reclamarse sin cumplir la carga; no se encuentra en la hipótesis del art. 3850, en que el legatario recoge el legado, porque la condición impuesta no se ha cumplido por imposibilidad proveniente de la ley, y se supone, con razón, que el testador ha querido mantener el acto de beneficencia, en este caso especial.

En el 4º caso, cuando el legatario fuera el escribano que autorizó el testamento, ó alguno de sus parientes dentro del 4º grado, en que no pueden recibirlo, pero sí desempeñar el cargo de albacea, éste no está obligado á ejecutarlo gratuitamente, como sucede en derecho francés, y puede pedir se le señale la comisión á que tiene derecho por el art. 3872, diferencia que hicimos notar al estudiar el art. 3848.

Finalmente, la doctrina sostenida por Aubry y Rau, § 711, texto á la nota 9, es la siguiente: *ala aceptación de un legado hecho al ejecutor testamentario en esta calidad, y para remunerar los cuidados que tendrá en la ejecución del testamento, lleva por su parte la aceptación de la carga de ejecutor testamentario*; sin embargo, como la ley no crea esta presunción, no podemos tomarla sino como un antecedente para juzgar si ha aceptado ó no el albaceazgo.

El presente artículo, ¿es una consecuencia del art. 3832, como lo creen algunos, siguiendo la nota del Dr. Velez-Sarsfield, ó es una aplicación del art. 3774, que someto el legado con cargas á las disposiciones sobre las donaciones con cargas? Me decido por la primera opinión,

individuo que no puede ser ejecutor testamentario, aunque el mandato no tenga efecto (art. 3850), prevaleciendo la voluntad de beneficiar aunque el cargo no pueda ejecutarse.

porque el legado es dejado con una causa que no tiene efecto, y si esto no fuera bastante, tenemos el ejemplo citado en la nota del albacea á quien se deja un legado por el mandato que se le encomienda; si el albacea no acepta el cargo, el legado que tenía una causa, deja de existir con la causa que le dió nacimiento. El art. 3774, sólo se aplicará supletoriamente, cuando no hubiere disposición expresa en el título de los legados, como se dijo en el art. 3841. Duranton, IX, 391. dice: si lego á M, una suma de..... ó si le ruego de aceptar una suma de..... ó un diamante por el trabajo y cuidados que lo dará la ejecución de mis voluntades, el legado caducaría, si el legatario rehusara aceptar la ejecución, como que es hecho bajo una condición ó carga que no se habría cumplido. Sin embargo, si el legado fuera hecho á uno que no pudiera ser albacea, como á un menor, sería válido, porque la condición se reputaría como no escrita. — Comp. AUBRY y RAU, § 711, nota 9. DEMOLOMBE, XXII, 15. RICARD, *Donaciones*, parte III, Cap. I, Sec. III. n° 236. — Véanse arts. 3774, 3832, 3841 y 3850.

(Art. 3850.) El presente artículo justifica plenamente la crítica que hicimos al art. 3608, en que confundiendo los principios que rigen los contratos con los que deben gobernar las disposiciones de última voluntad, se declaraba nula la disposición testamentaria que contuviera una carga, legal ó físicamente imposible; aquí se reacciona contra semejante doctrina para aceptarla en parte. Tal es el poder de la verdad, que se abre paso en cualquier momento para brillar en toda su intensidad! Se comprende, en efecto, que en los contratos, en que la causa es el interés que cada uno de los contratantes debe tener para moverse á realizar tal ó cual acto, se anule la estipulación, cuando esa causa productora de la obligación deja de existir legalmente; pero no así en las disposiciones de última voluntad, pues la causa que mueve al agente es la intención de beneficiar, y por esa razón cuando sea legalmente imposible el cumplirla, se debe creer que el testador ha querido que subsista el beneficio. Pero, ¿cómo suponer una voluntad contraria, cuando el beneficiado no era capaz legalmente de cumplir la condición ó carga impuesta? ¿Se habría querido burlar del legatario, ó simplemente

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3849.—Zacharie, § 491, nota 6. — Siempre se presume que el legado al albacea nombrado, lleva implícita la condición de la aceptación del cargo.

Examinadas las cuentas (presentadas por el albacea) *por los respectivos interesados, y deducidas las expensas legítimas, el albacea pagará ó cobrará el saldo que en su contra ó á su favor resultare, según lo dispuesto respecto de los tutores en iguales casos (art. 3874),* teniendo en cuenta que el albacea es el

hacer un legado puro y simple? La voluntad de beneficiar, que existe en toda disposición testamentaria, se debe siempre suponer, mientras el testador no haya manifestado lo contrario. Así, por ejemplo, si el testador dijera: *diago tal legado á Fulano, con la carga de desempeñar el albaceazgo, y si no pudiera ó no quisiera ejecutarlo, quedará sin efecto*; ante esta manifestación evidente de su voluntad, la ley no podría prevalecer; el legado dejaría de existir y no podría ser recogido por el legatario incapaz. La disposición del artículo sólo comprende los casos en que el legado se haya dejado para desempeñar el albaceazgo, y el nombrado no pudiera ser ejecutor testamentario.

Algunos han creído encontrar cierta incongruencia entre esta disposición y la del art. 3832 que declara nula la disposición fundada en una falsa causa ó en una causa que no tiene efecto; y se tocan realmente, pero en este caso no hay causa que no tenga efecto, porque la carga impuesta viene á ser legalmente imposible, y la disposición debe permanecer inalterable, desde que el deseo de beneficiar no ha desaparecido.

Por otra parte, el art. 3849 da en cierto modo la razón del presente, desde que después de establecer que el legado no tendrá efecto, cuando ha sido hecho en mira de la ejecución de su testamento, si el albacea no acepta el mandato, para decir en seguida que valdrá cuando el albacea no pueda ser ejecutor testamentario, indicando, con razón, que no puede ser privado del beneficio por una imposibilidad legal que no está en su mano hacer desaparecer. — Véanse arts. 3808, 3832 y 3849.

(**Art. 3874.**) El albacea debe rendir cuenta de su gestión á los herederos, si los hubiere instituidos ó forzosos, ó al Fisco, cuando no existieran, porque es el que debe recoger la herencia. Esto prueba que el albacea es también representante de los herederos, desde que á ellos debe cuenta del mandato que ha desempeñado, sin que pueda decirse, que las reciben en lugar del testador á quien representan; porque se podría contestar con el mismo razonamiento, que el albacea es represen-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3850. — Duranton, tom. 9, n° 391. — Vazeille, sobre el art. 1030, n° 2. — Coin-Delisle, idem, n° 13.

representante del difunto y desempeña una función de confianza, y que no se encuentra en las mismas condiciones de los mandatarios ordinarios, que ejercen una profesión.

tante de los herederos, pues ellos están en el lugar del mandante, cuyos derechos heredan.

Rendidas las cuentas, los intereses de los saldos que la sucesión adeudare al albacea, comenzarán á correr desde la aprobación de ellas, porque recién nace su derecho; pero si hubiera pagado deudas exigibles de la sucesión, subrogándose en los derechos del acreedor, se lo deberán los intereses que ésta hubiera pagado. Los saldos en contra del albacea, devengarán también intereses desde la aprobación de las cuentas, á menos que se demostrase haber empleado en su propio interés tales ó cuales sumas de dinero, en cuyo caso deberá pagarlos desde que fueron empleadas.

Los gastos de la rendición de cuentas, ¿deberán ser anticipados por el albacea, como sucede en la tutela, según el art. 462? No lo creo, porque si bien el albacea está sometido á lo dispuesto para los tutores respecto á la rendición de cuentas, es únicamente en lo que se refiere al cobro ó pago de los saldos, no en lo demás. No hay ley alguna que le obligue á adelantar de su propio peculio los gastos de rendición de cuentas.

Las cuentas deben rendirse ante el juez de la sucesión, aunque se tratare de asuntos seguidos ante otra jurisdicción.

Se ha resuelto por nuestros tribunales el caso siguiente: para pagar los saldos que se debían al albacea, se le adjudicó la cantidad debida: en una propiedad de la testamentaria, que había sido adjudicada á su vez á uno de los herederos; pasando el tiempo, los herederos del albacea pretendieron condominio con el heredero, y el Tribunal resolvió declarando prescrita la deuda, lo que importaba declarar la no existencia del condominio. Una resolución semejante se dictó después, en el mismo sentido, y aunque estoy de acuerdo con ambas, debo observar, que estando impedido el albacea para adquirir un inmueble de la testamentaria en que interviene, aunque sea en remate público, según el art. 1361, inciso 3, no pudo en caso alguno estar en condominio, siendo mero acreedor de la testamentaria, y por consiguiente su crédito está sujeto á la prescripción ordinaria, y mi conclusión va más allá de una de las resoluciones, pues reputo que aun cuando el partidor hubiera adjudicado expresamente al albacea la propiedad en condominio con el heredero, no existiría tal condominio, sino una acreencia que pesaría sobre el heredero el pagarla, aunque la propiedad hubiera disminuido de valor; es una

El albacea en su carácter de mandatario no debe pagar gasto alguno, relativo á la sucesión, de su propio peculio, y por eso es que el **art. 3873** dice: *los gastos hechos por el albacea relativos*

deuda personal aceptada por el heredero; se ha operado la delegación con consentimiento del acreedor que ha aceptado el deudor delegado, y éste que se ha comprometido á pagarla.

Y aquí volvemos á notar el error en que incurren algunos autores argentinos, al creer que hay jurisprudencia cuando existe una ó dos resoluciones judiciales. La jurisprudencia, que tiene casi la fuerza de la misma ley, se forma por la decisión uniforme de los tribunales, interpretando en idéntico sentido una disposición dudosa; pero es necesario que esos tribunales sean varios, y hayan tenido el tiempo suficiente para cambiar en su personal. Así, pues, dos, ni diez decisiones dadas por el mismo tribunal, tienen la fuerza que en derecho impone lo que se llama jurisprudencia de los tribunales.

¿Por qué se ha preferido someter la rendición de cuentas del albaceazgo, á lo dispuesto para los tutores en el mismo caso, rechazando las disposiciones del mandato? Porque es una misión de confianza y de amistad, y por eso mismo ha debido de considerarse gratuito, dejando al testador la facultad de remunerarlo, cuando lo crea conveniente.

Nuestro artículo ha sido tomado al pie de la letra del Cód. CHILENO, art. 1302. — Véanse arts. 462, 464, 622, 3386 y 3873.

(**Art. 3873.**) Nuestro artículo ha sido tomado del francés, art. 1034, sin recordar, tal vez, que, según dicho Código, el cargo de albacea es gratuito, y que si el ejecutor testamentario no tiene derecho para cobrar salario ni indemnización, por lo menos no debía recibir perjuicios al desempeñar el cargo. El Código francés enumera cuales son los gastos que se deben pagar, al decir: «los gastos hechos por el ejecutor testamentario, para la colocación de los sellos, el inventario, la cuenta y los gastos relativos á stas funciones, serán á cargo de la sucesión»; mientras

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3874.—El albacea testamentario está obligado á devolver con intereses á los herederos, todas aquellas sumas que hubiese retenido en su poder, y cuya inversión no justifique.—Jur. Civ., II, 530, Ser. 1^a.

Véase fallo al art. 3873.—Jur. Civ., II, 320, Ser. 2^a.

El albacea debe depositar el saldo que reconozca adeudar en la rendición de cuentas, sea ó no ésta aprobada.—Jur. Civ., III, 7, Ser. 4^a.

El albacea es personalmente responsable de los honorarios del contador que presenta á su nombre la rendición de cuentas, sin perjuicio del derecho de repetición contra la testamentaria.—Jur. Civ., VII, 546, Ser. 2^a.

á sus funciones son á cargo de la sucesión; porque ésta debe soportar cualquier erogación que hubiera tenido que hacer en su

nuestro artículo ha suprimido esa enumeración, y nos habla únicamente de los gastos hechos por el albacea, relativos á sus funciones, y de aquí nacen cuestiones de grande importancia, que es necesario estudiar. ¿Cuáles son los gastos que la masa debe pagar? Esta cuestión, que es de difícil solución cuando hubiere herederos forzosos, cuya legítima se debe conservar, no ofrece dudas, en caso contrario, cuando sólo existen instituidos, cuyo título les venga del testamento. Es necesario tener presente el art. 3795, sobre el pago de los legados que deben tomarse de la porción disponible, donde se dispone que se deben sacar de la masa hereditaria las *cargas comunes*. ¿Cuáles son esas cargas comunes? Como lo expresamos al estudiar ese artículo, ellas comprenden los gastos de inventario, tasación, partición, y cualquier otro que sea hecho en beneficio de la masa, como la reivindicación de las cosas poseídas por terceros, cuando no existieran herederos, y el albacea estuviese en posesión de la herencia. Esas cargas, que por el artículo reformado se debían sacar de la porción disponible del testador, por el nuevo fueron colocadas en su verdadero lugar, afectando la masa hereditaria que era la beneficiada. Así, pues, los herederos forzosos, cuyas legítimas viene á disminuir, desde que los gastos se detraen de la masa común, tienen perfecto derecho para oponerse al pago de otros gastos que no correspondan á esos juicios: pero como el albacea está obligado á intervenir en las contestaciones relativas á la validez del testamento, ó sobre la ejecución de las disposiciones que contenga, esos gastos serán á cargo de la sucesión, cuando no sea condenado en las costas del juicio, pues en caso lo fuere, él debe responder por su temeridad. Los gastos relativos á sus funciones, de que habla el artículo, poniéndolos á cargo de la sucesión, son los necesarios para liquidarla y entregar los bienes á los herederos; estos gastos disminuyen la herencia, á semejanza de las deudas que la gravasen, con esta diferencia: que los gastos de inventario y los hechos para asegurar los bienes, tienen privilegio sobre las acreencias, porque benefician á todos los interesados en la sucesión, no así los demás.

Serán, pues, á cargo de la sucesión, los gastos necesarios hechos por el albacea en cumplimiento de su mandato. ¿Comprenderán los honorarios de los mandatarios encargados por el albacea, y los de los abogados que lo hayan patrocinado en el juicio testamentario? En cuanto á los honorarios de abogado, los tribunales han decidido que deben pagarse de la masa; pero me parece que los herederos tendrían perfecto derecho para rechazarlos, si examinados resultasen que no han sido necesarios, ó que

beneficio y en desempeño de la función encomendada, y como mandatario, si hubiera adelantado fondos, deberá ser indemnizado

por el contrario han sido inconducentes á los fines que se persiguen. No basta que los gastos hayan sido hechos por el albacea para que sean á cargo de la masa, es necesario que hayan beneficiado á la testamentaria; si la han perjudicado, rechazándose las gestiones inconvenientes que hubiere hecho, deben ser á su cargo, y con mayor razón, cuando en el incidente promovido hubiera sido condenado en las costas. En cuanto á los procuratorios son á cargo del albacea.

Los gastos hechos por el albacea, fuera de los judiciales, que sean en beneficio de la testamentaria, deben ser reembolsados por la masa, mas no se le pagarán intereses sino desde la presentación de las cuentas; pero si para evitar ejecuciones ó gastos de justicia, hubiese pagado de su propio peculio cantidades mandadas abonar, y que devengaban intereses, subrogándose en los derechos de los acreedores, podrá cobrarlos, pues ha beneficiado á la masa, evitándole una ejecución.

Cuando se hubiera fijado en el testamento la remuneración que deba pagarse al albacea, y éste la hubiese aceptado entrando á desempeñar el cargo, se entenderá que no tiene más derecho por sus servicios; pero los gastos necesarios que hiciere de su peculio, en beneficio de la testamentaria, le serán abonados, porque no están comprendidos en el desempeño de su cargo, ni el testador ha podido fijarlos de antemano, pues ignora los que se harán. Así, el transporte de los objetos á un lugar seguro, el pago del depósito, los gastos de remate de los que la justicia hubiera mandado vender, y que el albacea abonare de su peculio, serán pagados por la sucesión, sin comprenderlos en los honorarios del albaceazgo, que se refieren únicamente al trabajo que debe hacer para ejecutar el testamento.

Véase como explica Demolombe, XXII, 116, las palabras á cargo de la sucesión: «estas últimas palabras no son de una exactitud rigurosa para todos los casos. Ellas se aplicarán, es verdad sin dificultad, cuando el testador no haya dejado herederos de reserva (forzosos); pero cuando los hubiere dejado, deberá hacerse esta distinción: los gastos, que hubieran sido útiles á la sucesión, á la reserva como á la porción disponible, quedarán, en efecto, según el art. 1034, á cargo de la sucesión; tales como gastos de sellos, de inventario, de los funerales del difunto. (Estos últimos son á cargo de la porción disponible, según el art. 3795 de nuestro Código). Pero será necesario dejar únicamente á cargo de la porción disponible, aquellos gastos que no hubieran tenido por objeto sino procurar la ejecución de las disposiciones imputables *sobre esta porción*; por-

zado por la sucesión, á quien representa, una vez que se hubieran aprobado las cuentas.

que la reserva (legítima forzosa), no puede ser disminuida, de ninguna manera, por las disposiciones á título gratuito; pues aquellos gastos no son sino accesorios de esas disposiciones en cuyo interés se hacen, tales como los gastos de un proceso sostenido en defensa de la validez de una de esas disposiciones», cuya conclusión no es aceptable por nuestro derecho, porque el artículo que estudiamos no contiene enumeración alguna, abrazando en su generalidad todos los gastos hechos por el albacea en el desempeño de su mandato, y la intervención necesaria que le impone el art. 3862, en todas las contestaciones relativas á la validez del testamento, ó sobre la ejecución de sus disposiciones, obligan á la sucesión á soportar esas cargas, siempre que no hubiera temeridad por parte del albacea.

El Dr. Segovia, siguiendo á Demolombe, sostiene que «los gastos judiciales originados por la ejecución de las disposiciones relativas á la porción disponible, deben deducirse de ésta, pues la legítima debe permanecer intacta»; pero esta opinión no tiene fundamento legal, ante la expresión general del artículo, que declara á cargo de la sucesión los gastos del albacea, relativos á sus funciones. ¿No son acaso relativos á sus funciones, los gastos del albacea para la entrega de los legados, los que hiciera para defender el testamento, así como para la ejecución del mismo? Esos gastos necesarios, están en la categoría de las deudas de la sucesión, y disminuyen su haber; los herederos forzosos deben soportarlos, porque son gastos comunes á cargo de la masa, como lo determina el art. 3795. No es exacto que apoye la teoría contraria el art. 3598, porque ese artículo habla de las cargas que el testador no puede imponer á las legítimas forzosas, y por el presente no se impone carga alguna al mandar ejecutar sus voluntades; si fuera cierto que corresponden á la porción disponible, resultaría que de ésta se pagarían los honorarios del albacea; tampoco la apoya el art. 3601, porque no se trata de una disposición testamentaria que mengüe la legítima, sino de gastos necesarios para la ejecución del mismo testamento. No hay legítima forzosa, mientras no se hayan pagado las deudas de la sucesión y satisfecho los gastos que tienen privilegio sobre esas deudas. Si los gastos de justicia tienen prelación sobre las deudas que disminuyen la masa hereditaria, ¿cómo es que lo sacarían de la porción disponible del testador, que sólo comprenden los legados y los gastos funerarios? ¿Qué, acaso el albaceazgo se consideraría como un legado? Si el testador tiene el derecho de hacerse representar, si su retribución debe ser á cargo de

§ 1049. — CONCLUSIÓN DEL ALBACEAZGO

El albaceazgo acaba:

1º *Por la ejecución completa del testamento (art. 3865, 1ª parte);* de modo que si quedare alguna disposición en suspenso para ejecutarla más tarde, el albacea continuaría.

2º *Por la incapacidad sobreviniente (art. 3865, 2ª parte);* porque siendo esencialmente personal, como se dijo en el art. 3855, y no pudiendo ejercerlo el mismo mandatario, tiene forzosamente que concluir.

3º *Por la muerte del albacea (art. 3865, 3ª parte);* porque es un mandato personal que no pasa á los herederos.

4º *Por la destitución ordenada por el juez (art. 3865, 4ª parte),* decretada en juicio contradictorio á solicitud de los herederos.

5º *Por dimisión voluntaria (art. 3865, últ. parte),* sin que la testamentaria, ¿por qué se haría una división de los gastos, buscando los que son á cargo de la porción disponible? Hemos sostenido que la porción disponible del testador, es la legítima de éste y que debe ser tan sagrada como la de los herederos forzosos; por consiguiente, no hay razón para disminuirla con gastos que ley alguna impone. — Comp. Cód. FRANCÉS, art. 1034. GÓYENA, art. 741. — Véanse arts. 462 á 466, 3386, 3544, 3598, 3601, 3795 y 3874.

(Art. 3865.) Estudiemos separadamente cada una de las causas por las que se concluye el albaceazgo.

1ª Por la ejecución completa del testamento, es la primera causa; y se pregunta que extensión se debe dar á esta frase. ¿Se entenderá que el albacea concluye su mandato, cuando nadie ha objetado el testamento y se han pagado las deudas y legados? ¿O es necesario que la testamentaria se haya concluido por la división? Para resolver este punto, que tiene gran interés en la práctica, debemos hacer una distinción: si

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3873.—Los honorarios del contador público, nombrado por el albacea de una testamentaria para la formación de la cuenta que debe rendir, son á cargo de la sucesión.—Jur. Civ., I, 18ª, Ser. 1ª.

Los gastos que haga el albacea, y cuya verdad no desconozcan los herederos, deben ser aprobados y pagados, salvo el derecho de la testamentaria para repetir contra el acreedor.—Jur. Civ., II, 320, Ser. 2ª.

tenga necesidad de alegar causa, como sucede en los puestos que importan una carga pública, por ejemplo, en la tutela.

el testamento sólo contiene legados y existieran herederos forzosos, creo que la misión del albacea habría concluido con el pago de las mandas y deudas de la sucesión; porque no tiene mandato para intervenir en las cuestiones suscitadas entre los herederos por colación de donaciones hechas en vida por el testador; pero si hubiere herederos instituidos, creo que la misión del albacea no habrá concluido hasta la división; porque sus funciones no terminan sino con la ejecución completa del testamento. y ésta no habría tenido lugar mientras los bienes no se hayan dividido. Pero lo más jurídico será reducir cada caso á una cuestión de hecho, en que los tribunales decidan si el albacea ha cumplido su mandato, ó si falta aún algo en que deba intervenir.

2ª Concluye el albaceazgo, por la incapacidad sobreviniente; es decir, supone el caso de estar el albacea en el desempeño de su mandato y perdiere su capacidad, como por ejemplo, la mujer que ejerciendo el cargo, se casase, y su esposo no le autorizare para continuar, hipótesis que se puede equiparar á la del art. 3847, cuando se nombra albacea á la mujer casada, y el marido no la autoriza. Cesará el mandato por incapacidad, cuando estando en el ejercicio de su cargo fuera declarado demente; pero sería dudoso que antes de la sentencia de interdicción, se le privase del cargo; aunque los tribunales pueden suspenderlo en sus funciones durante el juicio de demencia, ó cuando ésta fuera notoria. ¿Se reputará incapacidad sobreviniente la prisión del albacea acusado por delito? No lo creo; la acusación, y aún la detención por sospechas, no le priva de la administración de sus bienes, sólo la condenación á prisión ó destierro, podría dar causa á la destitución. Comprende igualmente todos los casos en que el albacea ha perdido su capacidad después de otorgado el testamento.

3ª Por la muerte del albacea; porque no pudiéndose delegar el albaceazgo, debe necesariamente concluir con la persona; pero cuando el nombramiento no fuere al individuo, sino al que desempeña una función determinada, entonces lo reemplazará el que ocupare el puesto: así, por ejemplo, se ha nombrado albacea al cura de la parroquia de la Concepción, y desempeñará el cargo el que fuere nombrado en reemplazo del fallecido, porque la intención del testador ha sido que lo desempeñe, no una persona determinada, sino la que fuere cura de la parroquia. En estos casos el albaceazgo no termina con la muerte.

4ª Por la destitución ordenada por el juez, en juicio contradictorio y después que la sentencia haya adquirido la fuerza de la cosa juzgada,

El albaceazgo no termina cuando hubiera sido confiado, no á una persona determinada sino al que desempeña el puesto, por eso dice el **art. 3866**: *cuando un funcioario ha sido en esta ca-*

ó haya sido consentida, porque una sentencia reclamada no puede privarle de sus funciones. La destitución, hemos dicho en el artículo anterior, que sólo puede ser pronunciada por incapacidad ó falta de idoneidad para desempeñar el puesto, por mala conducta en el desempeño de su mandato, ó cuando hubiere quebrado, aunque los acreedores no embargasen su persona; pero si se le hubiera rehabilitado, ¿volvería á desempeñar el albaceazgo de que hubiere sido privado? La cuestión es muy dudosa y me decidiría por la negativa, porque tratando de interpretar la voluntad del testador, llegaríamos á este resultado: que probablemente no habría sido nombrado para administrar negocios ajenos, quien no ha sido capaz de dirigir los propios; pero esta suposición desaparecería, si conociendo la quiebra, el testador lo nombró: más en ese caso regiría la disposición del art. 3864, que pone en la mano de los herederos el derecho para hacerlo destituir, y con razón, á mi juicio, porque el testador no debe nombrar personas inhábiles ó poco idóneas para administrar.

5ª Por la dimisión voluntaria del albacea, teniendo en cuenta que no serían aplicables á este mandato *sui generis* la disposición del art. 1978 sobre el mandato, cuando no hubieran entrado á desempeñar el cargo; porque no se puede dar aviso al mandante fallecido, y como el Código, ha adoptado la teoría de que el albacea es mandatario del testador y no de los herederos, no tendría obligación de hacerles saber su dimisión; tampoco puede hacérsele cargos por haberla hecho en tiempo indebido, que es el otro caso del artículo, pues siendo sus funciones de vigilancia y no de administración, la renuncia no puede causar perjuicios. No lo sería aplicable el art. 1979, porque el mandante no existe ni puede tomar disposición alguna; pero si estuviere en posesión de los bienes necesarios para el pago de las deudas y legados, debería dar cuenta á los herederos y entregarles los bienes, á fin de que ellos mismos ejecuten el testamento. Por la antigua legislación se nombraban albaceas dativos, cuando el testador no los había nombrado, ó los jueces los designaban de oficio, cuando los nombrados en el testamento renunciaban ó eran destituidos; al presente las leyes de procedimiento han suprimido esos nombramientos en la Capital Federal y Provincia de Buenos Aires.— Véanse arts. 3846, 3855, 3864 y 3866.

(**Art. 3866.**) Es un principio general, que los poderes del ejecutor testamentario no pasan á sus herederos, y que la gestión concluye con

lidad nombrado ejecutor testamentario, sus poderes pasan á la persona que le sucede en la función; porque el testador no ha elegido

la muerte de la persona nombrada, y el presente artículo es una confirmación de ese principio, porque continúa aún después de muerta la persona del que lo desempeñaba, pues no ha sido elegida una persona determinada, sino la que ocupara tal ó cual puesto, de modo que continuaría existiendo, porque el reemplazante en la función sería el que lo desempeñara. En este caso no es la persona física la nombrada. Así, dice Pothier, cuando el testador ha encargado á una persona moral y ha querido atribuir la ejecución de su testamento más bien á la calidad de la persona que á la persona misma, como si hubiera encargado al presidente del Colegio de abogados, al decano de los notarios ó al cura de la parroquia; en estos casos, el que desempeñara la función ó tuviera la calidad indicada, sucedería en la ejecución del testamento. ¿Cómo saber, si el testador ha elegido la calidad de la persona, y no á la persona misma que desempeña la función? Esa voluntad sería evidente, cuando no se ha nombrado la persona, como si hubiera dicho: nombro por mi ejecutor testamentario, al cura de mi parroquia, porque en ese caso sólo está indicada la función; pero la dificultad se presentaría cuando resultara que el cura de la parroquia designada fuera hermano del testador. por esa razón dice el mismo Pothier, con esa sagacidad y buen sentido que son su característica, al menos que la persona que tenía esta calidad á la confección del testamento, estuviera estrechamente ligada al testador por los lazos de la sangre, de afinidad ó de una amistad particular; todas estas circunstancias deben ser pesadas por los jueces; pero si aún persistiera la duda, ¿cómo se debería decidir? Por mi parte haría esta distinción: si hay herederos *ab intestato ó instituidos*, que tengan la posesión de la herencia, se debe decidir que el nombramiento de albacea ha sido á la persona y no á la calidad, encargando á los herederos de hacer la ejecución completa del testamento, por la muerte de la persona; en caso contrario, se debe suponer que el testador no ha querido que sus voluntades queden sin ejecutor, y por consiguiente se atribuirá el nombramiento á la calidad ó función que desempeña, más que á la misma persona. En todo caso, son cuestiones de hecho que están libradas al juicio prudente de los magistrados, quienes deben investigar cual ha sido la voluntad del testador, porque esa es la ley á que se debe obedecer, siempre que no contraríen las buenas costumbres ó las leyes de orden público que los particulares no pueden alterar.

¿Y si la función hubiera sido suprimida ó la persona jurídica hubiera desaparecido? Dos hipótesis se pueden presentar en este caso: 1ª, que

una persona de su elección ó de su amistad; ha confiado en la que desempeña el puesto.

el puesto ó cargo haya sido suprimido; 2^a, que haya desaparecido en su independencia, por haber sido anexados á otra función. Supongamos que ha sido nombrado albacea el cura de la parroquia del testador, ó el gerente del Banco Nacional; que la parroquia ó el banco se han suprimido, si el albacea estaba en ejercicio, cesaría en sus funciones, porque la persona no sería cura de la parroquia, ni el gerente del banco. El nombramiento lo tenían por la función que desempeñaban, habiendo desaparecido, debon cesar. En la segunda hipótesis, cuando el curato hubiera sido anexado á otra parroquia, ó el banco se hubiese refundido en una institución análoga, y continuara bajo esa forma, desempeñando las funciones que antes tenía, como en realidad no han desaparecido las instituciones, creemos que el albaceazgo debería continuar en las personas que desempeñen esas funciones, cesando en su cargo las que hubieran quedado suprimidas por la refundición. Y para fundar esta opinión, bastará observar, que los puestos á los que estaba anexo el nombramiento de albacea, no han desaparecido, y sí continúan bajo otro nombre; este cambio no debe influir para declarar concluido el mandato.

Concluiremos con las palabras de Troplong, citado por el Dr. Velez Sarsfield, que aclaran esta materia: «sin embargo, dice, si en la elección del ejecutor testamentario, el difunto hubiera considerado la calidad de la persona más bien que al individuo; por ejemplo, si hubiera nombrado al decano de los escribanos de tal ciudad, los poderes pasarían á la persona que reemplazara al individuo fallecido; porque la elección ha sido determinada únicamente por la calidad que no muere, y que pasa de individuo á individuo». — Comp. POTHIER, Cap. 5, Sec. 1^a art. 4. DALLAZ, Rep. 4127. DELVINCOURT, al art. 1032. — Véanse arts. 3801 y 3865.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3866.—Toullier, tom. 5, n^o 584. Marcadé sobre el art. 1032.—Troplong, n^o 2037.

SECCIÓN SEGUNDA

CONCURRENCIA DE LOS DERECHOS REALES Y PERSONALES CONTRA LOS BIENES DEL DEUDOR COMÚN

TÍTULO PRIMERO

DE LA PREFERENCIA DE LOS CRÉDITOS

§ 1050. — GENERALIDADES

Toda obligación personal lleva consigo el derecho del acreedor para demandar el pago de lo que se le debe por esa obligación, ejecutando los bienes de su deudor; en este sentido se puede decir, que éstos le responden como si fueran una prenda sobre la que ejerce su acción.

Cuando las obligaciones son varias y concurren en un mismo momento á ejecutarse, contra un deudor que no puede pagarlas íntegramente, se reparten entre ellas por contribución á prorrata de sus créditos, á menos que hubiere causas legítimas de preferencia creadas por la ley.

Esas causas de preferencia son de dos clases, según nuestro Código Civil; unas puramente personales, porque sólo tienen efecto respecto de las personas; de éstas unas son generales, cuando obligan todos los bienes del deudor, ó especiales cuando se ejecutan sobre determinados bienes; las otras son reales porque pueden ser ejercidas contra un tercer poseedor, cualquiera que él sea. Nosotros trataremos únicamente de las primeras.

El derecho dado por la ley á un acreedor para ser pagado con

preferencia á otro, se llama en este Código privilegio (art. 3875). La causa de preferencia la acuerda exclusivamente el legislador, de

(Art. 3875.) El privilegio no es un derecho *real*, como algunos autores lo consideran, aunque tenga muchas analogías con ese derecho, es una preferencia que la ley concede, por consideraciones de estricta justicia, unas veces, como sucede con la acreencia del que ha gastado una suma de dinero en la conservación de una cosa, que de otro modo habría perecido, para pagarse con preferencia con el valor de la cosa conservada; otras veces se establece por necesidades superiores de orden público; pero siempre conserva su carácter de personal, con esta diferencia: que no está en la mano del acreedor ni del deudor el crearlo, viene expresamente de la ley que lo reconoce y consagra; por esa razón no hay privilegio sin una ley que lo haya reconocido; la voluntad del deudor y acreedor no puede darle nacimiento.

Es cierto que el Dr. Velez Sarsfield dice en la nota al art. 3928, tomada al pie de la letra de Martou, II, 574, que es necesario reconocer al copartícipe un *derecho real* sobre los bienes que ha renunciado condicionalmente; pero estas ideas son las de dicho autor, que sostiene la *realidad* del privilegio; es decir, que concede un derecho *real*, pero no son las consagradas por nuestro Código, que en parte alguna ha proclamado ese principio. Y tan es cierto lo que acabo de afirmar, que cuando el art. 3924 acuerda al vendedor el privilegio, sobre el inmueble vendido y entregado, por el precio no pagado, lo hace á condición de que *el inmueble se halle en poder del deudor*: quiere decir, entonces, que cuando ese inmueble hubiera salido de manos del adquirente por un título legítimo, el acreedor privilegiado no puede ir á perseguirlo. ¿Qué clase de derecho real es éste, que termina con la enajenación de la cosa? ¿Por qué no la sigue en poder de cualquier adquirente, desde que el derecho va escrito en la cosa? Sucede lo mismo con los créditos de los arquitectos, albañiles y los obreros empleados por el propietario en edificar, reconstruir ó reparar una casa: una vez que ésta ha salido de poder del deudor, sólo pueden ejercer su privilegio sobre el precio que le sea debido; la casa ha pasado sin gravamen al nuevo adquirente.

El mismo Martou, que sostiene la teoría de que «el privilegio adhiere á la cosa y confiere sobre ella un derecho real, superior á cualquier otro derecho de la misma naturaleza nacido de convenciones privadas», reconoce más adelante, que una de las condiciones esenciales para que el privilegio pueda ejercerse, es que «los acreedores tengan su título de un deudor único, porque no puede existir cuestión de privilegios sino entre acreedores que ejercen derechos diversos sobre los bie-

donde nace esta otra consecuencia: *que el privilegio no puede resultar, sino de una disposición de la ley. El deudor no puede crear*

nes de un mismo deudor; que entonces únicamente se comprende la concurrencia». Y para explicar como el privilegio del vendedor cede á la hipoteca establecida por él mismo ó por uno precedente, dice que, «si bien hay conflicto entre diversas personas en razón de la identidad del objeto gravado con derechos reales, no lo hay porque falta la identidad del deudor, y no se produce un verdadero concurso». Así, pues, el privilegio se ejerce en caso de concurso de un deudor común, para cobrar sobre una misma cosa las acreencias de varios, cuando no alcanzare á cubrir la totalidad de su crédito con los demás bienes. No hay concurso por esa razón entre el comprador de un inmueble cuyo precio se debe y el acreedor del precio debido al primer vendedor, porque no tienen el mismo deudor; por ejemplo, A, vende una cosa á B, debiéndole el precio, mientras la cosa permanece en poder del comprador, el vendedor tiene privilegio sobre la cosa vendida, de modo que los acreedores del comprador concursado no pueden pretender el pago de sus acreencias sobre esa casa, sino después de haber pagado el precio, pues como dice el Dr. Velez-Sarsfield en la nota 3924, el vendedor ha puesto el inmueble en el patrimonio del comprador antes de recibir su valor, y si fuese preferido por otro acreedor, éste se enriquecería á su costa; pero cuando ese inmueble ha pasado á poder de un tercero, que á su vez ha pagado el precio, sería injusto hacer pesar un gravamen que la cosa no reconocía; si este privilegio fuera un derecho real, habría ido escrito en la cosa, y el nuevo adquirente al recibirla se hubiera obligado con ella á responder por el gravamen. Así, pues, cuando A, vendió el inmueble á B, sin recibir el precio, conservaba su privilegio, una vez que ha enajenado la cosa á C, ha desaparecido, porque no puede cobrarlo del nuevo adquirente, que no es su deudor.

¿Á qué queda reducido entonces, el privilegio? Al derecho de ser pagado con preferencia á otro acreedor del mismo deudor, sobre la misma cosa; así es que el privilegio sólo tiene efecto entre los acreedores de un deudor común, para determinar su rango respectivo. El privilegio viene exclusivamente de la ley, ni el juez, ni las partes tienen derecho para darlo; así, pues, cuando la ley guarda silencio, la voluntad de las partes ó la autoridad de los jueces es impotente para crear un privilegio. Este principio se tendrá siempre presente, cuando se trate de determinar el rango que deben ocupar los acreedores en concurrencia con otros, para cobrar su acreencia de un mismo deudor.

Otro principio que jamás debe olvidarse, es que para ejercer el

privilegio á favor de ninguno de los acreedores (art. 3876); porque son leyes de orden público que están por encima de la volun-

privilegio, es necesario que haya concurrencia de acreedores, para cobrar sus créditos de un solo deudor, sobre una misma cosa; porque si falta cualquiera de esas condiciones, no se podrá alegar privilegio.

La contienda entre el que pretende ser preferido en el pago de su acreencia sobre los demás deudores que concurren á cobrar, tiene lugar entre los que niegan el privilegio y los que lo alegan; el deudor, nada tiene que hacer, pues todos son sus acreedores, á quienes está obligado á pagar; así, pues, no debe intervenir en el juicio, porque no tiene interés.

Los privilegios que nuestro Código acuerda, no son personales; tienen únicamente por causa la naturaleza de la deuda; así, acuerda privilegio á los gastos de justicia, á los créditos fiscales por impuestos públicos, á los gastos funerarios, los de última enfermedad, y otros semejantes. Ha desaparecido el privilegio personal acordado á los menores, incapaces y al fisco, para aplicarlo á las causas que han dado origen al crédito.

Rechazada la teoría de que los privilegios confieran derechos reales, porque no pasan con la cosa á los terceros adquirentes, quedan reducidos á una justa preferencia que la ley concede al acreedor, por la clase de la acreencia, como sucede con los gastos de conservación, en que sería injusto que los demás acreedores se aprovecharan de esos gastos, cobrando su acreencia, no de su deudor, sino del tercero que ha empleado su dinero en conservarla. — Comp. TROPONG, *Priv. é hip.*, I, 17 y sig. BATTUR, *Priv. é hip.*, I, 5 á 11. MARTOU, *Priv. é hip.*, II, 292 á 299.

(Art. 3876.) El privilegio sólo puede ser creado por la ley; ni la voluntad de las partes, ni la autoridad de los jueces puede darle nacimiento; su existencia se explica únicamente por la ley que lo reconoce y consagra; de donde se deduce, dice Zachariæ, nota 6, al § 786, «que los privilegios son de derecho estricto, y no pueden ser extendidos por los jueces ni por las partes», y que la ley no los concede á personas determinadas, ni á una clase de individuos, sino por la calidad de la acreencia misma.

La primera observación que domina toda la materia de privilegios, dice Duranton, XIX, 20, es que toda preferencia reclamada por un acreedor, tiene necesidad de estar fundada sobre un texto expreso de la

tad individual; pero no se debe entender por esto que la ley crea el privilegio sin la intervención del deudor; no seguramente. Lo

ley: todo privilegio es de derecho estricto, y no se extiende por consiguiente de un caso á otro; la vía de analogía no es admitida en esta materia, porque insensiblemente conduciría á crear una multitud de preferencias, y por consiguiente de abusos. No pertenece sino al legislador, y no al juez, el establecer las causas de preferencia, si lo cree razonable, porque sólo á él corresponde el salir del derecho común». Así, pues, todo el que reclamare la preferencia de su crédito, en caso de concurso del deudor, debe fundarlo en una ley expresa, que se le conceda según la causa de que proceda. En esto consiste una de las diferencias entre el privilegio y la hipoteca, en que ésta puede tener por origen la voluntad de las partes. El privilegio existe, como dice Zachariæ, en virtud de la ley, y no puede existir, sino en virtud de la ley.

Así, como el privilegio sólo puede tener por fuente la ley que lo consagre y reconozca, siendo las partes impotentes para crearlo, del mismo modo las partes no pueden, en caso alguno, cambiar el orden determinado por la ley, y de tal modo es absoluta esta regla, como todas las que interesan al orden público, que aún en el caso de que los mismos acreedores privilegiados hubieran convenido en alterar ese orden, pueden reclamar el señalado por la ley, sin que les perjudique su renuncia.

En materia de privilegios, se debe tener presente que una de las prerrogativas que generalmente los acompañan, es de tener su preferencia, no por razón de la fecha en que la acreencia ha nacido, sino por la causa que le ha dado origen; de donde se sigue, que el privilegio existe sin estipulación previa, y sin averiguar el tiempo en que la acreencia ha tenido nacimiento.

Ya lo hemos dicho en el artículo anterior, el privilegio no confiere un derecho real, porque no sigue á la cosa que hubiere pasado á un tercer poseedor, es únicamente una causa de preferencia sobre una cosa ó cosas determinadas, mientras permanecen en poder del deudor, y sólo tiene lugar en caso de concurso, con el objeto de ser pagado primero, aunque su acreencia fuere posterior en fecha á las demás, porque se funda en una causa que el legislador ha tenido en vista para darle esa preferencia.

El privilegio necesita de una ley expresa que lo consagre; «cuando la ley guarda silencio, dice Battur, la voluntad de los contratantes es impotente para establecerlo; de modo que siempre y en todo momento que

que la ley exige son actos especiales ejecutados por el deudor ó por el acreedor para colocarse en las condiciones en que la ley acuerda el privilegio. Así, por ejemplo, el deudor que entrega al acreedor una cosa mueble en prenda, se pone en las condiciones de la ley y crea en favor del acreedor un privilegio. Cuando el acreedor hace los gastos funerarios del deudor, ejecuta un acto que lo coloca entre los acreedores privilegiados.

Los privilegios se transmiten como accesorios de los créditos á los cesionarios y sucesores de los acreedores, quienes pueden ejercerlos como los mismos cedentes (art. 3877), á menos que éstos

se alegare un privilegio, debe traerse la ley que lo consagre. El legislador al crear los privilegios, ha tenido el cuidado de subordinar la existencia, el orden, la extensión y la acción á condiciones y formalidades características; es á su cumplimiento, que él confiere la adquisición y el goce de los privilegios». Así es que para gozarlos y conservarlos es necesario llenar las formalidades exigidas por la ley.—Comp. TROPLONG, I, 29. BATTUR, I, 299 y 300. DURANTON, XIX, 20. ZACHARIE, § 786, nota 7. — Véanse arts. 19 y 21.

(**Art. 3877.**) No se debe confundir la naturaleza del privilegio que crea un derecho personal de preferencia, con la intransmisibilidad de él á los demás sucesores del acreedor privilegiado. Si el privilegio no va anexo á la cosa, ni la sigue como un derecho escrito, porque no tiene los caracteres de un derecho real; sin embargo, no es á la calidad de la persona, sino á la causa que la ley ha concedido la preferencia, y por consiguiente, puede y debe pasar á los que sustituyen al acreedor, porque es la acreencia misma que pasa con todos sus accesorios y garantías, sin que esté en la mano y poder del acreedor el privarle de un derecho acordado por la ley á la causa que motiva la acreencia.

Si el caso es de subrogación, como el subrogado entra en el lugar del acreedor, adquiere sus derechos con todas las garantías; pero siempre debe tenerse presente, que el subrogado sólo puede cobrar lo que hubiese pagado, de modo que si ha existido remisión de una parte de la deuda, sólo tendrá derecho para cobrar lo que hubiere desembolsado, porque no ha hecho un negocio propio, sino el de su coobligado, como lo dijimos en el art. 771. Por el contrario, cuando es cesionario del acreedor, adquiere los derechos del cedente en toda su plenitud; ha hecho un nego-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3876.—Martou, *Privil.*, n° 29.—Battur, *Privil.*, n° 11.

no hubieran limitado la cesión entregando la cosa que constituía el privilegio, como por ejemplo, si el privilegio consistía en la

cio propio reemplazando al acreedor cedente, y como no es un derecho inherente á su persona, sino de la acreencia, resultaría que no tendría poder para quitarlo, aunque así lo hubiera estipulado; porque los privilegios vienen de la ley que los concede á la causa de que provienen. De modo que cuando el cedente sólo hubiera cedido una parte de sus derechos, con la expresa condición de que conservaría privilegio por su parte no cedida contra el mismo cesionario, ese convenio no podría prevalecer contra la ley de orden público, que acuerda privilegio al crédito; por ejemplo, una acreencia por gastos funerarios, cedida en parte á un tercero, conservaría el privilegio reconocido por la ley, aún cuando el cedente no se lo hubiera traspasado, ó expresamente se lo hubiese quitado, porque no está en la mano de los individuos el acordar ó negar un privilegio que la ley no concede ó autoriza.

Los privilegios no se unen exclusivamente á la persona, porque nuestro Código Civil ha suprimido los que la antigua legislación creaba en beneficio de los incapaces: como dice el Cód. de Chile, art. 2470: «estas causas de preferencia son *inherentes á los créditos* para cuya seguridad se han establecido, y pasan con ellos á todas las personas que los adquieran por cesión, subrogación ó de otra manera», y es en este sentido que se debe entender nuestro artículo, porque la palabra *sucesores*, comprende por su generalidad á todas las personas que por cualquier título fueren dueños de la acreencia privilegiada.

No estoy conforme con Herveu, 1.º *Privilegio*, § 14, cuando sostiene, «que si una parte del crédito ha sido cedida, el cesionario, á menos de una *concurción en contrario*, viene en concurrencia con el cedente»; porque no es dueño del privilegio que va unido á la causa de la acreencia, y no puede disponer de él por una convención; así como la voluntad de las partes fué impotente para crearlo, tampoco han podido extinguirlo; porque las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público, art. 21.

Algunos autores argentinos critican la falta de inscripción de los privilegios reconocidos por el Código Civil; y aunque tal vez hubiera sido conveniente, se habría alterado el sistema, porque los derechos que concede el privilegio no son reales, ni siguen á la cosa en poder de cualquier poseedor, de ahí que no han debido inscribirse. Si el Código hubiera ordenado la inscripción, como sucede en derecho francés, habría creado un verdadero derecho real, desnaturalizando el carácter del privilegio entre nosotros, que es el de una simple preferencia sobre la cosa,

prenda que hubiera sido devuelta al deudor; pero no en los demás casos en que la calidad de la acreencia no ha podido cambiarse.

mientras permanece en poder del deudor, desapareciendo una vez que ha salido de su propiedad. Debe, pues, tenerse bien presente esta diferencia, y el carácter que tiene una acreencia registrada, respecto del inmueble á que va anexo el privilegio, que lo transforma de derecho de preferencia, fundado en la causa que ha dado origen á la acreencia, en un derecho real que sigue á la cosa en cualquiera parte donde se encuentre. — Comp. Cód. FRANCÉS, art. 2112. LAURENT, XXIX, 314. PONT, I, 236.—Véanse arts. 771 y 1458.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3877. — Aubry y Rau, § 258. — Martou, *Privil.*, nos 680 y siguientes.—Art. 40 de la ley de Bélgica, sobre privilegios é hipotecas, de 16 de Diciembre de 1851.

CAPÍTULO PRIMERO

DIVISIÓN DE LOS PRIVILEGIOS

§ 1051. — DE LOS PRIVILEGIOS EN GENERAL

Los privilegios se dividen en generales y especiales. Generales son los que comprenden todos los bienes sean muebles ó inmuebles, con esta particularidad, que sólo se conceden privilegios generales sobre los inmuebles á los gastos de justicia y á los créditos del Fisco y de las Municipalidades por impuestos públicos.

Los privilegios especiales son los que afectan especialmente á ciertos y determinados bienes, sea por la calidad del crédito mismo, como sucede con la acreencia del locador que tiene privilegio sobre los muebles introducidos en la casa arrendada, sea porque la cosa haya sido afectada especialmente por el acreedor, como en caso de la prenda.

Además de estas divisiones que comprenden todos los bienes, *los privilegios son sobre los muebles y los inmuebles, ó sobre los muebles, ó sólo sobre los inmuebles (art. 3878, 1ª parte)*, atendiendo únicamente á los bienes afectados especial ó generalmente.

(**Art. 3878.**) La materia de privilegios tan orizada de dificultades, no ha sido legislada hasta ahora de un modo satisfactorio.

Tres teorías se han disputado, entre los autores, la supremacía de sus conclusiones. Una sostiene que los privilegios generales deben primar sobre todos los demás, estableciendo una preferencia indiscutible: otra atribuye á los privilegios especiales, una superioridad por razón de la causa á que deben su origen, sobre los privilegios generales, y por fin, una tercera que es la adoptada por nuestro Código, combina los

Los privilegios sobre los muebles son generales ó particulares (art. 3878, 2ª parte); los primeros se ejercen sobre todos los

privilegios generales con los especiales, y los coloca según la apreciación de sus causas respectivas. En la nota *a*, del Dr. Velez-Sarsfield, tomada al pie de la letra de Martou, II, 518, nos dice que ha adoptado esta teoría, combinando uno y otro sistema, para dar lugar á las causas que han producido la acreencia.

Nuestro Código ha dividido los privilegios en cuatro grandes grupos: 1º, privilegios generales sobre los muebles é inmuebles del deudor, concediéndolo á los créditos por gastos de justicia, á los de administración durante el concurso, y á los del fisco y Municipalidades por impuestos; 2º, privilegios generales sobre los bienes y muebles del deudor, y los acuerda á los créditos por gastos funerarios del deudor, gastos de última enfermedad durante seis meses, salarios de gente de servicio por seis meses, y trabajadores á jornal por tres meses, á los gastos de alimentos del deudor y su familia por los últimos seis meses, y finalmente, á los créditos del fisco y Municipalidad, por impuestos públicos; 3º, de los créditos con privilegio sobre los inmuebles, como son el del vendedor por el precio no pagado, el del que ha dado el dinero para la adquisición del inmueble, el de los coherederos ó coparticipes, el de los arquitectos, empresarios, albañiles y otros obreros empleados por el propietario, y el de los que han suministrado materiales para la construcción del edificio; 4º, los créditos que tengan privilegios especiales, cuya preferencia se determinará según cada caso, teniendo presente la disposición que les sea peculiar.

Pues bien, teniendo en cuenta lo dicho por Martou, á quien ha copiado el Dr. Velez-Sarsfield en la nota *a*, Cap. III, de este título, no se puede decidir *prima facie*, que por ser un privilegio general ó especial, deba colocarse en primera ó segunda clase, pues el carácter de generalidad ó de especialidad no es la consecuencia del grado de favor de que el privilegio goce, sino el resultado de la naturaleza del crédito, por cuya razón se ha establecido el privilegio. Sentamos como un principio general, sujeto á las excepciones del caso, en la nota 438 de *La Instituta*, que «los privilegios especiales, tanto sobre muebles, como sobre inmuebles, tienen en principio, prelación á los generales, á menos de ser *exceptuados expresamente*. Los privilegios generales se conceden con el objeto de garantizar al deudor la no concurrencia y prorratio con los acreedores quirografarios; pero de ninguna manera, para defenderlo contra los privilegios especiales», y nos fundamos para sostener esta teoría en los arts. 3898 y 3899, que dicen: «si los muebles *no afectados á privilegios*

muebles en virtud de la calidad del crédito, sin que intervenga la voluntad del deudor, como sucede con los gastos funerarios;

especiales, son suficientes para pagar las deudas que tienen privilegio general sobre los muebles, éstos se pagarán en el orden en que están colocados en el art. 3880»; demostrándose así, que los muebles afectados á privilegios especiales se deben respetar, y no entran en concurso con los que tienen privilegios generales; y para completar esta interpretación, no dejando la menor duda en el espíritu, viene el art. 3899, que dice: «cuando una parte de los muebles esté afectada á privilegios especiales, y lo restante del valor de ellos no baste para el pago de los créditos privilegiados sobre la generalidad de los muebles, ó si hay concurrencia entre los privilegios especiales, se estará á las disposiciones de los artículos siguientes», que constituyen las excepciones á que nos hemos referido al sentar aquel principio general. Según estos artículos, los privilegios generales no entrarán en concurrencia con los especiales: 1º, cuando los bienes muebles del deudor no son afectados á privilegios especiales suficientes para pagar las deudas con privilegio general; 2º, cuando los muebles estuvieren afectados á privilegios especiales, y lo restante del valor de ellos alcanzare para el pago de las deudas con privilegio general; 3º, cuando no alcanzare el sobrante de los bienes afectados á privilegios especiales, vienen las excepciones expresamente establecidas.

Aplicando estas excepciones, tenemos, que los gastos de justicias con privilegio general, son preferidos á todos los créditos, en el interés de los cuales se han causado, art. 3900; debiendo fijarnos que esta expresión se debe limitar únicamente á los créditos en cuyo interés fueron causados, y no como se sostiene generalmente, que deben pagarse con prelación á todos los créditos, cualesquiera que ellos sean. Este artículo establece un privilegio en favor de los gastos de justicia hechos en el crédito ó créditos cobrados, y con razón, porque sin esos gastos el crédito no habría podido cobrarse, es decir, no existiría en los bienes del deudor; poro no se extiende sobre los demás bienes. Aquí, el privilegio en lugar de ser general, como en el caso del art. 3879, es especial sobre el crédito cobrado. Pongamos un ejemplo: se trata de cobrar gastos de conservación, que tienen privilegio especial, y se originan gastos judiciales para su cobro; es claro que los gastos de justicia hechos para cobrar ese crédito, deben ser pagados primero que el crédito mismo, porque sin esos gastos no se habría cobrado, y en realidad sólo existiría en el papel.

Así, pues, incurre en un error el Dr. Llerena, cuando pretende corregir nuestra doctrina, y sostiene «que no se puede decir, que los pri-

los segundos son creados por el deudor mismo, como en el caso de la prenda, ó por la calidad de la acreencia, como el acreedor por gastos necesarios de conservación de la cosa.

privilegios generales sean de peor condición que los especiales. En este mismo artículo que estudiamos, dice, tenemos ya que el Código se separa de esa regla. Los privilegios sobre inmuebles, continúa, son *todos particulares*, con excepción de los que se designan en el artículo siguiente, y sólo se ejercen sobre los inmuebles determinados, á no ser que los privilegios generales sobre los muebles no alcancen á cubrir los créditos privilegiados». Lo que este artículo indica es que no existen privilegios generales sobre inmuebles, doctrina que nadie ha podido poner en duda; se exceptúan del principio general de que el privilegio sobre los inmuebles es siempre especial, los casos en que los privilegios sobre los muebles no alcanzan á cubrir los créditos, pero se entiende que se refiere á los del art. 3879, cuando se concede privilegio general sobre muebles é inmuebles. Los privilegios generales son de peor condición que los especiales, porque así lo dicen los arts. 3898 y 3899, pues deben ejercerse sobre los bienes no sujetos á privilegios especiales, y únicamente cuando no alcanzaren para el pago de los créditos con privilegio general, se estará á la disposición de los artículos siguientes, que tratan de los privilegios especiales, con algunas excepciones, como por ejemplo, la de los gastos funerarios que tienen privilegio general, que son preferidos á los gastos del conservador, art. 3901; esos mismos gastos funerarios y los de última enfermedad, que tienen privilegio general, tienen también prelación sobre el privilegio especial del locador. Otra de las excepciones al principio sentado, es la del art. 3908, en que el privilegio especial del vendedor que no ha recibido el precio del objeto, cede al privilegio general que tienen los gastos de justicia y los funerarios; así como el privilegio especial por los gastos de transporte del acarreador, art. 3910, y el del acreedor pignoraticio, art. 3913, ceden á los gastos funerarios que tienen privilegio general, y finalmente, el privilegio especial del posadero, que cede ante el general de los gastos de justicia hechos para cobrar el mismo crédito, art. 3914, y se cierran aquí las excepciones sobre los muebles, levantándose como una muralla la regla que sostenemos como general, de que los privilegios especiales priman sobre los generales, cuando dice el art. 3915: «si los muebles del deudor, en razón de los privilegios especiales que los afectan, no bastaren para el pago de las deudas que son privilegiadas sobre la generalidad de los muebles, lo que faltare se tomará de los bienes inmuebles del deudor»; estableciendo así el principio que hemos sostenido, y mantenemos al presente, de que los privilegios especiales tanto

Los privilegios sobre los inmuebles son todos particulares, con excepción de los que se designan en el artículo siguiente, y sólo se ejercen sobre inmuebles determinados, á no ser que los privilegios generales sobre los muebles no alcancen á cubrir los créditos privilegiados (art. 3878, últ. parte), en que se extenderán subsidia-

sobre los muebles como sobre los inmuebles tienen, en principio, prelación á los generales, á menos de ser exceptuados expresamente; y para concluir con una discusión que hemos prolongado atendiendo á la importancia de la regla establecida diremos, con el art. 3919, que la confirma en todas sus partes, que: «cuando los créditos privilegiados sobre los muebles é inmuebles no pudiesen ser pagados en su totalidad, porque los inmuebles sean de poco valor, ó están afectados á privilegios especiales que deban ser preferidos, etc.», indicando de ese modo, que la regla de que el privilegio especial prima sobre el general, fuera de los casos de excepción, se levanta como soberana.

Ahora pasemos á otro orden de consideraciones.

Los privilegios sobre los muebles é inmuebles, el Código los concede únicamente en tres casos: 1º, por gastos de justicia; 2º, por gastos de administración durante el concurso; 3º, por los créditos del Fisco y Municipalidad, provenientes de impuestos públicos. Debe, no obstante, observarse, que los gastos de justicia que tienen privilegio general sobre los bienes muebles é inmuebles, son en los casos de sucesión ó de concurso, y sólo comprende á los que se hicieron para liquidar la primera, ó como lo dice el Dr. Velez-Sarsfield, en su interesante nota explicativa, (tomada de Martou, nos 315, 316, 332 y 341, así como de Troplong y Aubry y Rau), son los gastos de inventario, tasación y partición que benefician á todos, herederos y acreedores, y sin los que nadie hubiera sido pagado, ó en los casos de concurso, en que es necesario guardar los bienes, administrarlos, verificar los créditos y ejecutar todas aquellas diligencias indispensables para poder disponer de ellos, como hacerlos tasar, rematar, etc., á fin de reducir su valor á dinero contante para poder abonar los créditos. Así es que en realidad estos privilegios generales sobre los muebles é inmuebles que se conceden á los gastos de justicia y de administración del concurso, vienen á quedar muy limitados, porque sólo abrazan los casos de concurso y los de testamentaria, que es también un concurso, y aún así mismo deben tener la calidad de ser hechos en interés común de los acreedores, como lo dice el artículo y lo explica claramente en la nota el Dr. Velez-Sarsfield, cuando dice: «el privilegio tendrá este carácter de generalidad, toda vez que los gastos hayan sido hechos en interés

riamente sobre la generalidad de los inmuebles, y sólo en casos expresamente determinados por el Código primarán sobre los pri-

común de los acreedores... No es, pues, en un sentido absoluto que debe admitirse la idea de que los gastos de justicia constituyen un privilegio general, como ordinariamente lo han entendido nuestros tribunales, interpretando erróneamente, en mi opinión, el art. 3879. El único privilegio general que comprende todos los créditos, son los que por impuestos se deban al Fisco ó Municipalidad; pero también respecto de estos créditos se puede observar la incongruencia del codificador, que al comprenderlos entre los que gozan de privilegio general sobre los bienes muebles, en vez de colocarlos en el primer rango, les señala el 5º, haciéndoles ceder el paso, en caso de concurso, á los gastos funerarios, los de última enfermedad, los salarios de la gente de servicio y dependientes, y los de alimentos del deudor; pareciendo indicar esta colocación tan subalterna, la verdad de la teoría sostenida en la *Instituta*, y en esta obra, de que los privilegios generales ceden á los especiales, salvo los casos expresamente determinados, pues si los créditos que gozan de privilegio general sobre muebles é inmuebles ceden á los que lo tienen únicamente sobre todos los muebles. quiere decir, entonces, que éstos deben ceder á los que gozan de privilegio especial sobre determinados muebles.

De lo expuesto resultan estos principios: 1º, que el privilegio sobre inmuebles es siempre particular, con excepción de los casos del art. 3879; 2º, que los privilegios generales sobre muebles é inmuebles sólo tienen lugar por los gastos de justicia en los casos de concurso, porque en los demás tienen privilegio especial sobre los créditos en el interés de los que se han causado; 3º, que los créditos por impuestos fiscales ó municipales con privilegio general sobre muebles é inmuebles, ceden respecto á los que tienen privilegio general sobre los muebles, cuando entran en concurso con ellos; 4º, que los créditos con privilegio general sobre muebles é inmuebles ceden á los que gozan de privilegio especial, con excepción de los casos enumerados en los arts. 3901, 3904, 3908, 3910, 3913, 3914 y 3918; 5º, que respecto á los privilegios especiales, no se puede determinar de un modo preciso el lugar que deben ocupar, porque su colocación dependerá de los que concurren con él; 6º, que el Código ha adoptado el sistema de combinar los privilegios especiales con los generales, y dar preferencia según el origen ó causa de la acreencia; pero que se puede sentar como principio general, sujeto á las excepciones indicadas en este nº 4, que los privilegios generales ceden á los especiales; 7º, que habiendo adoptado el sistema de acordar el privilegio por la naturaleza de la acreencia, no es posible clasificar cada crédito,

privilegios especiales, como en el caso del art. 3916, en que los gastos funerarios y los de justicia necesarios para la venta de la cosa,

dándole una colocación invariable, como lo hace el Código de Chile; pues si bien es cierto que así se facilita la colocación y el orden, se falta á la justicia y la equidad, pues es necesario poner en concurso un crédito en presencia del otro para que se pueda juzgar cuál debe ser preferido según la causa de que provenga; 8º, que no estamos conformes con el Dr. Llerena, que saliendo de su habitual admiración, hasta por los errores que contiene el Código, tacha de mala la colocación y de poca claridad en los sesenta y tres artículos que reglamentan los privilegios; porque si bien reconocemos la gran dificultad que contiene el método de clasificación adoptado por el Código, se puede salvar cualquier dificultad en cada caso ocurrente, con un estudio detenido de todos y cada uno de los artículos, como nos proponemos hacerlo al estudiar los privilegios especiales, que son los únicos que ofrecen esta dificultad; 9º, que tampoco estamos conformes con dicho autor, cuando afirma, que «no se puede dar una regla para determinar el modo de resolver el conflicto en caso de concurrencia entre acreedores con privilegio general, y los con privilegio especial»; porque la hemos dado en el nº 4º de este resumen, y la dimos en general en la *Instituta* al decir: que en principio, los privilegios especiales tienen prelación sobre los generales, *á menos de ser exceptuados expresamente*, y acabamos de indicar cuales son esas excepciones en que ciertos privilegios generales tienen prelación sobre los especiales; 10º, que el mismo autor incurre en el error, á nuestro juicio, de afirmar: «que por nuestro derecho más bien se puede decir, que los privilegios generales en su mayoría prevalecen sobre los demás créditos privilegiados, aunque sean especiales», pues hemos demostrado que con excepción de los rarísimos casos de los arts. 3901, 3904, 3908, 3910, 3913, 3914 y 3918, en que los privilegios generales gozan de prelación sobre ciertos créditos únicamente, en lo demás ceden á los especiales; 11º, que menos estoy conforme con dicho autor cuando sienta esta proposición, errónea á todas luces, de que: «concurriendo los acreedores con privilegio general sobre los muebles y los inmuebles, con los privilegios especiales sobre los inmuebles, *el prorrateo se hace proporcional*», error que ha notado también el Dr. Segovia. La proposición va contra el texto expreso del art. 3919, que dice: «cuando los créditos privilegiados sobre los muebles é inmuebles no pudiesen ser pagados en su totalidad, porque los inmuebles... están afectos á privilegios especiales que deben ser preferidos... el déficit que exista no es soportado concurrentemente en-

tienen privilegio sobre el especial de los obreros y de los que han suministrado los materiales para la construcción ó refacción de la casa.

tre ellos, sino que estos acreedores deben ser pagados en el orden que están colocados en el art. 3880», indicando así claramente el caso de concurso de los privilegios generales con los especiales, que les son preferidos sobre los inmuebles; y si esto no bastara, se puede traer como concurrente, para demostrar que los privilegios generales no priman sobre los especiales, el caso del art. 3899, en que tratándose sobre los créditos que tienen privilegios generales sobre los muebles, los declara en segunda línea, siendo preferidos los especiales, salvo las excepciones que hemos indicado; eso es lo que importa la expresión de: «cuando una parte de los muebles esté afectada á privilegios especiales, y lo restante del valor de ellos no baste para el pago de los créditos privilegiados sobre la generalidad de los muebles... se estará á la disposición de los artículos siguientes»; de modo que en concurrencia de créditos con privilegio general sobre muebles, y con privilegio especial, se debe preferir á éstos, salvo las excepciones que hemos expresado; 12º, que reputo un error del expresado autor este principio: «que los créditos privilegiados sobre la generalidad de los muebles é inmuebles *se pagan con preferencia á todo acreedor con el producto de los muebles*; si éstos no alcanzan, se cubren con el valor de los inmuebles, sin sufrir concurrencia de los acreedores que tengan privilegio especial sobre esos inmuebles, siempre que la deuda haya sido causada por esos inmuebles afectos á privilegios especiales», porque convierte la excepción en una regla. En efecto, el art. 3916, da prelación á los gastos funerarios, y á los de justicia causados para la venta del inmueble, sobre el privilegio especial del vendedor por el precio no pagado, y de los obreros y los que suministraron el material; pero ese mismo artículo acuerda prelación á estos privilegios especiales sobre los demás, de modo que sólo exceptúa dos créditos: los gastos funerarios que únicamente tienen privilegio general sobre los muebles, y á los de justicia que tienen privilegio general sobre muebles é inmuebles. Y la prueba del error en que incurre al sentar el principio general es que los créditos del Fisco y Municipalidad, por impuestos, que tienen privilegio general sobre muebles é inmuebles, no son preferidos al privilegio de los obreros que han construido la casa; mas aún, los gastos funerarios concurren con la hipoteca, sin preferirla, como se deduce del mismo artículo, que los coloca en la misma línea, como era justo que sucediera.

En cuanto á la última parte del artículo, que el Dr. Segovia encuen-

§ 1052.— DE LOS PRIVILEGIOS GENERALES SOBRE TODOS LOS BIENES

Dijimos que los privilegios generales sólo tenían lugar sobre los muebles y únicamente en el caso excepcional en que los acreedores no alcanzaren á pagarse con los muebles se ejercerían so-

tra «que no es susceptible de explicación razonable», no participo de su opinión, por las razones siguientes: 1ª, que el artículo ha sido tomado de Aubry y Rau, § 259, *bis*, quienes dicen: «con excepción de los privilegios generales enumerados en el art. 2101, que, en defecto ó en caso de insuficiencia de los muebles, se extienden subsidiariamente á la generalidad de los inmuebles, los otros privilegios sobre inmuebles son todos particulares, y no se ejercen sino sobre ciertos inmuebles determinados»; y como se ve, la traducción, sólo ha hecho una trasposición de períodos, colocando el primero al final, suprimiendo una frase que le quita la claridad que tiene en la redacción de dichos autores. De modo que desde el período que comprende la excepción de los privilegios generales sobre los inmuebles de que se habla en el artículo siguiente, ha debido expresarse que sólo en ese caso, y cuando el privilegio general sobre los muebles no alcanzare á cubrir esos créditos en que se extiende subsidiariamente á los inmuebles, el privilegio concedido sobre estos no es sobre inmuebles determinados; 2º, que si bien nuestro artículo no es claro por la falta del período, «en que subsidiariamente se extienden á la generalidad de los inmuebles», que se ha suprimido en la traducción, se comprende que eso ha querido decir, porque de otro no se entendería la excepción, si suprimiéramos la última parte aislada; 3º, que el legislador ha querido expresar esta idea, y lo ha hecho claramente: que los privilegios sobre inmuebles no son generales, sino particulares, con excepción del artículo siguiente, y la redacción ha debido hacerse en esta forma: «los privilegios sobre inmuebles son todos particulares, y sólo se ejercen sobre inmuebles determinados, con excepción de los que se designan en el artículo siguiente, pero *cundo* los privilegios generales sobre los muebles no alcanzan á cubrir los créditos privilegiados, que *se extienden subsidiariamente sobre la generalidad de los inmuebles*». Se dirá, tal vez, que esta redacción corrige el texto de la ley, operación que sólo corresponde al legislador; pero no es exacto, no hacemos sino restablecerla, pues, de otro modo, no tendría explicación la existencia de esa frase, que sirve para aclarar el pensamiento; 4º, que el error de redacción es evidente, porque á la excepción contenida en el artículo, para explicar que los privilegios sobre los inmuebles son siem-

bre los inmuebles. En esta categoría se encuentran los del **art. 3879**, que dice: *tienen privilegio sobre la generalidad de los*

pre particulares, sigue otra excepción, y es el período criticado; 5º, que finalmente, entre mutilar la ley, diciendo, tal período no tiene explicación razonable, y tratar de darla, haciéndola inteligible, es preferible el segundo procedimiento, y por esa razón concluimos, que esa última parte debe entenderse del modo que la traen Aubry y Rau, diciendo: «los privilegios sobre los inmuebles son todos particulares, y sólo se ejercen sobre inmuebles determinados, con excepción de los que se designan en el artículo siguiente, en que, cuando los privilegios generales sobre los muebles no alcancen á cubrir los créditos privilegiados, se extienden subsidiariamente sobre la generalidad de los inmuebles». Es así como queda completa la frase y claro el pensamiento del legislador.

La materia de los privilegios ha sido siempre una de las más escasas y difíciles; pero el Dr. Velez-Sarsfield ha tomado, con provecho, de los autores franceses, todos aquellos principios que la aclaraban, y salvado la mayor parte de las dificultades; trataremos, al estudiar sucesivamente cada uno de esos artículos, de buscar reglas generales que se puedan aplicar con seguridad, estudiando cada uno de los privilegios especiales, y comparándolos unos con otros, para determinar el lugar que deben ocupar. — Comp. Cód. FRANCÉS, art. 2099. BATTUR, I. G. LAURENT, XXIX, 314. AUBRY y RAU, § 259, *bis*. — Véanse arts. 3879, 3881, 3883 y 3923.

(**Art. 3879.**) Es necesario hacer notar que el Código ha limitado á un círculo muy estrecho el radio de los privilegios generales sobre los bienes muebles é inmuebles del deudor; porque estos privilegios tienen de característico, que cuando los créditos no alcanzaren á cubrirse con los muebles, sea porque fueren insuficientes por sí mismos, sea porque

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3878.—El privilegio no grava los muebles con tanta energía como los inmuebles. Si se trata de estos últimos, el carácter eminente de la carga que los grava, es de seguirlos por cualesquiera transmisiones que pasen. La duración de la posesión por el deudor, es al contrario, la medida general de la eficacia del privilegio sobre los muebles. El principio de que, en cuanto á muebles, la posesión vale por título, impide que el acreedor privilegiado los persiga en las manos de un tercer tenedor, con solo las excepciones expresas en las leyes.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—*Aplicación del art. 3878.*—Los privilegios generales, aun cuando importen una hipoteca tácita sobre los bienes del deudor, no pueden ser tomados en consideración sin que preceda la declaración de su quiebra ó insolvencia.—Jur. Civ., IX, 248, Ser. 1º.

bienes del deudor, sean muebles ó inmuebles; pero se ejercerán subsidiariamente y sin preferencia sobre los privilegios especiales, á

estuvieren afectados á privilegios especiales que les fueran preferidos, recaen sobre los inmuebles, haciendo una excepción á la regla, de que los privilegios sobre los inmuebles son todos particulares y se ejercen sobre cosas determinadas, facultando á los acreedores que gozan de privilegios generales sobre todos los bienes, para que los ejerzan sobre inmuebles indeterminados. Y esta regla, que pudo no tener excepción tratándose de acreedores quirografarios, es algo violenta y arbitraria cuando se aplica á créditos con privilegio especial sobre inmuebles determinados, y concurren con ellos, en que jamás debían ser preferidos. Afortunadamente esos privilegios se reducen á los gastos de justicia y de administración del concurso, como vamos á verlo en el número siguiente; aunque el Código, confundiendo estas ideas, ha colocado á uno de los créditos con privilegio general sobre los muebles, el de los gastos funerarios, como si tuviera privilegio sobre muebles é inmuebles, pues en el art. 3916, los hace concurrir en el mismo rango que la hipoteca especial sobre el inmueble, así como los gastos de justicia hechos para la venta, excluyendo al vendedor por el precio no pagado, á los obreros que han construido la casa y á los que suministraron los materiales; de modo que todos estos acreedores están obligados á costear los gastos funerarios del difunto con su propio dinero. Se comprende el móvil humanitario y generoso de esta preferencia, para asegurar por todos los medios posibles que esos gastos serán siempre pagados cuando el difunto ha dejado algunos bienes; pero en ese caso debió colocarlo entre los créditos que tienen privilegios generales sobre los muebles é inmuebles.

Y aquí conviene examinar la cuestión, á saber: si concurren al mismo tiempo créditos con privilegio general sobre todos los bienes, y créditos con privilegio general únicamente sobre los muebles, ¿qué colocación deben tener? ¿Tendrán preferencia los primeros sobre los segundos? La cuestión no se puede resolver en absoluto; porque nuestro Código coloca muchas veces en el mismo rango á los gastos de justicia y los funerarios, como sucede en el art. 3916, concediéndoles prelación á estos últimos sobre los créditos fiscales y municipales por impuestos. Pero si pudiéramos establecer un principio general, diríamos: que los privilegios especiales debían primar y tener prelación sobre los demás, salvo las excepciones establecidas por la misma ley; porque la especialidad es una excepción. Diríamos, además, que el privilegio general sobre los muebles debería primar sobre los otros privilegios, sobre la generalidad de los muebles é inmuebles, con la excepciones que la misma ley esta-

no ser en los casos determinados por el Código mismo, en que los hace concurrir con ellos.

Los créditos que tienen privilegio general son: *los gastos de justicia hechos en el interés común de los acreedores, y los que cause la administración durante el concurso* (**art. 3879**, n° 1), y se lia

bleco. Finalmente, que los privilegios generales sobre muebles é inmuebles sólo deberían tener preferencia cuando concurren con los créditos comunes, con excepción de los gastos de justicia; pero ninguna de estas reglas se puede establecer, pues en cada caso es necesario estudiar la colocación que debe darse al crédito; sobre todo teniendo presente que los gastos de justicia tienen privilegio sobre todos los créditos en favor de los que se han causado.

(**Art. 3879**, n° 1.) La nota del Dr. Velez-Sarsfield, tomada en su mayor parte de Martou, con un párrafo de Troplong y otro de Aubry y Rau, ilustran la materia; pero no lo bastante para resolver las cuestiones que de ordinario só presentan en nuestros tribunales, y que hasta el presente ha dividido la opinión, según fueren los jueces que entiendan en el asunto y la Cámara que lo decida en última instancia; sobre todo en la debatida cuestión de explicar lo que se debe entender por gastos de justicia, hechos en el interés común de los acreedores.

Si el Dr. Velez-Sarsfield, al traducir de diversos autores la larga nota con que acompaña á este artículo, formando una especie de mosaico, no hubiera suprimido partes importantes de lo expresado por Martou, intercalándolas por pedazos de Aubry y Rau, así como de Troplong, habría dado más unidad á la exposición de Martou, y la claridad se hubiera impuesto con mayor fuerza. Tentado he estado de hacer la traducción completa, intercalando en la nota los pasajes suprimidos, á fin de que la exposición presente más cohesión y unidad; pero como habría alterado el texto de la edición oficial, me limitaré á estudiar las diversas cuestiones, valiéndome de mis propios elementos de criterio y de la opinión de los autores que han tratado la cuestión.

En primer lugar debemos estudiar esta cuestión de gravísima importancia: ¿cuál es la colocación que tienen los créditos con privilegio general sobre muebles é inmuebles, cuando concurren con los que gozan de privilegio general sobre los muebles ó con los que tienen privilegio especial? Indicamos esa cuestión al estudiar el presente artículo y dijimos, que no podía resolverse de una manera absoluta; que según el sistema adoptado por nuestro Código, cada caso debe estudiarse especialmente, sin que sea posible establecer una regla general á que se sometan

interpretado por nuestros tribunales con tal latitud estos gastos de justicia, que se han extendido á todos los que se hacen en la

todas estas cuestiones de prelación. Así, por ejemplo, los gastos de justicia con privilegio general sobre muebles é inmuebles, están colocados en una misma línea con los gastos funerarios, que sólo tienen privilegio general sobre los muebles y la hipoteca, cuando concurren con el privilegio especial del vendedor por el precio no pagado, ó con los individuos que han trabajado en la obra, ó los que han suministrado los materiales, art. 3916; en este caso, un crédito con privilegio general sobre muebles é inmuebles, otro sobre la generalidad de los muebles y un tercero con privilegio especial, vienen á ser colocados en la misma línea; mientras que en el art. 3918 se dispone, que á excepción de los privilegios especiales que existen sobre los inmuebles en favor del vendedor, del hipotecario, de los obreros y de los que han suministrado los materiales, los acreedores privilegiados sobre la generalidad de los muebles y de los inmuebles deben ser pagados, en caso de insuficiencia de los muebles, sobre el producto de los inmuebles, con preferencia á todos los otros acreedores del deudor; estableciendo así de un modo categórico, que esos privilegios especiales tienen prelación sobre los generales, doctrina que confirma el art. 3919 al suponer el caso en que los créditos con privilegio general sobre muebles é inmuebles no pudieran ser pagados, porque los inmuebles estuvieran afectados á privilegios especiales que deban ser preferidos, el déficit no debe ser soportado concurrentemente entre ellos, sino serán pagados en el orden indicado en el art. 3880; esto con relación á los inmuebles en que la regla de prelación falla; en cuanto á los créditos con privilegio general sobre los muebles, tenemos los arts. 3898 y 3899 en que claramente se establece que los privilegios especiales priman sobre los generales, y que cuando no alcancen á cubrir unos y otros, se debe proceder como se dispone en los arts. 3900 y siguientes. Por esa razón hemos dicho, que no se puede establecer una regla uniforme.

Es necesario precisar claramente lo que se entiende por *gastos de justicia*; porque muchas de las decisiones judiciales los han extendido á gestiones que no tienen relación alguna con lo que deben comprender esos gastos.

Se entenderán por gastos de justicia, aquellos que son de absoluta necesidad, y sin los cuales la cosa no habría podido reducirse á dinero con tanto para pagar los créditos, ó aquellos que han sido indispensables para poner las cosas bajo la mano de la justicia, pues como dice Troplong, I, 33: «los gastos de justicia son menos un privilegio que una deduc-

prosecución del juicio en interés mismo del acreedor ó del heredero, siempre que refleje sobre los demás. Así, una diligencia ju-

ción necesaria, un descuento sobre el precio»; así continúa dicho autor en el n° 59: «hay gastos que se han hecho en beneficio de todos los acreedores, sea preparando los medios de liquidar en dinero susceptible de distribución, la cosa gravada, sea conservando la prenda común amenazada de pérdida ó deterioro... Así, los gastos de justicia que hubieran dado por resultado la posesión de la prenda y su conversión en dinero, y que han sido hechos en el interés de todos los acreedores, tendrán privilegio sobre todos los demás». Y para precisar con más claridad estas ideas, agrega en el n° 131: «el privilegio de los gastos de justicia, tomando su fuente en la gestión de negocios, en provecho de los acreedores, debe necesariamente variar en extensión según que haya conservado ó liquidado una masa de bienes más ó menos considerable. *No es general*, en un sentido absoluto, como los privilegios, cuyo detalle veremos en los números siguientes. *No es general*, sino en tanto que él ha protegido la generalidad de los muebles y de los inmuebles que componen el patrimonio del deudor. Si él no ha protegido sino una fracción de ese patrimonio, no se extiende sino á esa fracción. En una palabra, el privilegio de los gastos de justicia está dotado de una especie de elasticidad, que hace que, según los casos, se restrinja ó se desenvuelva, se especialice ó tome un carácter general. Por ejemplo, cuando se pide la colocación de los sellos sobre los bienes de una sucesión, y se hace el inventario de los bienes que la componen, los gastos de justicia, por los sellos y por el inventario, tienen un privilegio que se extiende sobre los muebles y los inmuebles. En efecto, los gastos de sellos han sorvido é impedido el extravío ó pérdida de los objetos muebles y de los títulos de propiedad que aseguran la posesión de los inmuebles. Los gastos de inventario han demostrado las fuerzas de la sucesión y certificado la existencia de los títulos; han impedido que no se aprovechase del intervalo operado por la muerte para entregarse á dilapidaciones ó á usurpaciones. Estos gastos deben extenderse, pues, sobre los muebles y los inmuebles... Pero si los gastos de justicia no han procurado sino una ventaja especial, *su privilegio es especial como su causa*. Así, los gastos de venta y de posesión de un mueble, no tienen privilegio sino sobre ese mueble; los gastos de posesión y venta de un inmueble no tienen privilegio sino sobre ese inmueble. No se concibe como ese privilegio podría extenderse sobre otros muebles ú otros inmuebles». Me permito hacer estas transcripciones contra mi costumbre, porque deseo acumular todos los elementos necesarios de convicción para demostrar que los gastos de justicia de que

dicial que debía ser necesariamente solicitada por cualquiera de los herederos, y que es pedida por uno de ellos en su propio be-

habla el artículo, son únicamente los que aseguran los bienes, así como los necesarios para su venta ó división en las testamentarias.

De lo expuesto resulta evidentemente que el privilegio general sobre muebles é inmuebles concedido á los gastos de justicia, sólo debe limitarse á aquellos casos en que esos gastos se hicieran en beneficio de la masa general de bienes, como en los citados de colocación de sellos, inventario, tasación ó partición; que en los demás casos pierden necesariamente esa generalidad para convertirse en especiales, siguiendo á los muebles ó inmuebles en beneficio de los que se han causado. Por ejemplo, los gastos de justicia tienen privilegio especial, no aventajado por crédito alguno, cuando se hacen en beneficio del crédito que se cobra, porque sin esos gastos no habría podido ser cobrado. Los gastos del que ha conservado la cosa y sin los que ésta hubiera perecido, que tienen privilegio especial, son preferidos por los de justicia, hechos para cobrar ese crédito; porque á su vez el crédito privilegiado no habría sido reconocido y pagado definitivamente sin los gastos de justicia; eso es lo que consagra el art. 3900, cuando dice: los gastos de justicia son preferidos *á todos los créditos*, en el interés de los cuales se han causado.

Pero nuestro interés está en determinar de un modo que no deje dudas ni vacilaciones sobre el alcance que debe darse á la expresión, *gastos de justicia*: por eso vamos á las fuentes mismas en que el Dr. Velez-Sarsfield tomó la doctrina y las palabras de la nota con que ilustra la materia. Para darnos cuenta del estado de la cuestión, cuando nuestro Código ha venido á legislar, ocurramos á Marton, II, 518, quien nos dice: «los redactores del Cód. Napoleón habían clasificado en el art. 2101 los privilegios generales sobre los muebles. En cuanto á los privilegios especiales sobre inmuebles, se habían limitado á decir, en el art. 2102, que el privilegio del locador cedía, en las cosechas del año y sobre el precio de los utensilios, á los acreedores por semillas, para gastos de recolección y para utensilios, y que no era preferido al vendedor no pagado de los objetos que guarnecen la casa ó la chacra alquilada, sino cuando hubiera ignorado, en el momento de su introducción, que no pertenecían al locatario. En fin, el Código guardaba completo silencio sobre la preminencia respectiva de los privilegios generales y de los privilegios especiales. Esta insuficiencia de la legislación había suscitado controversias innumerables. Era, sobre todo, respecto á la cuestión de saber quien debía primar entre los privilegios especiales y los generales cuando concurren juntos, que los autores y las sentencias se habían

neficio, se hace abonar el gasto por los demás como si fuera común. En el comentario se demuestra el error de semejante teoría, que deberá corregirse en el porvenir.

dividido profundamente». Y nuestro Código, tomando un sistema que combinaba los privilegios generales con los especiales, según la naturaleza y origen de la deuda, ha hecho imposible una regla general y uniforme. Por esa razón no podemos resolver la cuestión sino en cada caso; así, por ejemplo, los gastos de justicia que tienen privilegio general sobre los muebles é inmuebles, que están en la misma categoría que los créditos del Fisco y Municipalidad, por impuestos, son preferidos á estos últimos cuando concurren con los hipotecarios; más aún, los gastos funerarios tienen preferencia sobre los impuestos fiscales, no obstante de tener estos últimos privilegios generales sobre muebles é inmuebles, y los otros sólo sobre los muebles.

Pero vengamos á los gastos de justicia. Se han aceptado en nuestros tribunales teorías tan raras á este respecto, que las reputamos el resultado de esa precipitación y falta de estudio, con que se ven obligados á proceder algunos jueces poco laboriosos, que confían á sus secretarios la decisión de las más importantes cuestiones, quitándoles de ese modo el valor de que debían estar acompañadas. Se han llegado á considerar como gastos de justicia, que debe pagar la masa de bienes, hasta los escritos presentados por una de las partes, porque los demás estaban conformes! Confunden las ideas de un modo deplorable!

Veamos lo que dice Martou, de donde ha sido tomada la nota del Dr. Veloz Sarsfield: «de los cinco privilegios que el Código Napoleón concedía sobre la generalidad de los muebles y de los inmuebles á la vez, la ley de 1851 sólo ha conservado los gastos de justicia, que la crítica había respetado y con razón. En cuanto á los otros, ha parecido que era favorecerlos en una medida suficiente, el colocarlos antes que los acreedores quirografarios. . . La atribución de un privilegio á los gastos de justicia, encuentra su fundamento en el interés mismo de la masa acreedora. Es por ellos que la prenda común se conserva y es puesta en estado de utilizarla. Las personas que los han desembolsado, ¿qué han hecho, sino adelantar el monto de la deuda de los acreedores? Estos se enriquecerían á costa de aquellos si vinieran en concurrencia con ellos». Y aquí sigue el primer párrafo de la nota contenida en el Código. Viene en seguida el párrafo siguiente, tomado de Troplong, n° 131, y de Pont, n° 69, § 2°, para seguir con el n° 316, de Martou, que comienza así: «por gastos de justicia, en el sentido de nuestro artículo, es necesario entender, los gastos ocasionados por los actos que tengan por objeto poner la prenda de todos

En cuanto á los gastos de administración, se comprenden únicamente los que se refieren á ésta, sin entrar los gastos judi-

ba, o la mano de la justicia, con el fin, desde luego, de asegurar la conservación, después de conducir á su conversión en dinero, y en fin, á la repartición de los dineros entre los que tengan derecho. Tales son los hechos para la colocación de los sellos, guarda, inventario, posesión y venta de los objetos afectados á las deudas, orden y distribución por contribución. En una palabra, el privilegio es establecido para todos los gastos que los acreedores, á efecto de gozar de sus derechos, no habrían podido dispensarse de pagar, si otros no hubiesen hecho la anticipación». Las palabras en letra itálica, son las que ha suprimido la traducción de la nota del Dr. Velez-Sarsfield, pasando por alto el párrafo que daba mayor claridad á mi juicio, para seguir traduciendo más adelante, mutilando así el pensamiento del autor. Vamos á transcribirlo, porque de él se deducirá con claridad lo que necesariamente deben comprender los gastos de justicia. Dice: «de este carácter de indispensable, distintivo de los gastos á los que la ley acuerda privilegio, es necesario concluir, que el privilegio no puede ser reconocido á los gastos que aunque hechos en justicia, no tienen por objeto directo la conservación y liquidación de la prenda de los acreedores. Una sentencia de la Corte de Douai, 16 de Julio de 1847, ha obedecido al justo rigor de los principios sobre la materia, rehusando colocar en un rango privilegiado á los gastos y costos del proceso que el deudor mismo había sostenido, teniendo por objeto aumentar su patrimonio, ó de conservarlo intacto. Si los acreedores que gozan privilegio sobre los bienes del deudor (dice la sentencia), tienen interés en las consecuencias de estos procesos, porque su prenda puede encontrarse aumentada ó disminuida, este interés lejano no es el que la ley ha considerado, cuando ha protegido la acreencia de los gastos de justicia, por el privilegio tan favorable del art. 2101. La aplicación de este artículo á los gastos de los procesos ordinarios, sostenidos por el deudor, tendría por efecto crear, en provecho de los abogados y otros oficiales ministeriales, un privilegio oculto, cuyo ejercicio, largo tiempo deferido, podría ser gravemente perjudicial á los terceros acreedores ú otros que en el intervalo habrían tratado con el deudor». De donde se deduce que los gastos de justicia que gozan del privilegio, son aquellos indispensables, de absoluta necesidad, sin los que los acreedores ó coherederos no habrían podido prescindir para conservar los bienes ó distribuirlos. Que sería un grave error hacer pesar sobre la masa común los gastos hechos por uno de los herederos, haciendo peticiones que beneficien á los demás coherederos, porque entonces se le concedería, además de un beneficio, la

ciales. ¿Cuáles son los gastos de administración que tienen privilegio general sobre los muebles y los inmuebles? Con excepción

dirección de la testamentaria en que interviniesen; si ha hecho solicitudes con las que están conformes los demás ó que los benefician, esto no le puede crear un título para exigir que los otros contribuyan á pagar los gastos hechos; esos no son gastos de justicia, ni se puede considerar como gestión de negocios, cuando los interesados están presentes; la gestión se extiende á los ausentes ó á los que no toman intervención alguna, limitando su acción á notificarse, y aún en ese caso, sería muy discutible que fuera de los gastos de inventario, tasación, partición, venta de los bienes, guarda y posesión de ellos, puedan obligar á pagarse los gastos hechos por uno de los coherederos, y de que beneficiaran los demás. Es necesario, pues, decir que los gastos de justicia que tienen privilegio general sobre muebles é inmuebles, son aquellos *indispensables* para la seguridad, conservación y distribución de los mismos.

Pero ya lo hemos dicho, los gastos de justicia, por ser tales, no gozan de esos privilegios generales, sino cuando tienen por objeto conservar ó liquidar todos los bienes de la sucesión ó del concurso; en los demás casos, no son privilegiados, sino respecto de los acreedores, en cuyo interés han sido hechos. Así, dice Martou: «resulta de este principio que, el privilegio no tiene acción contra la generalidad de los acreedores, sino cuando todos han aprovechado de los gastos; si éstos se han convertido en provecho de algunos acreedores, es sólo respecto de ellos que existe. Así, en tesis general (agrega), afectando la universalidad de los muebles é inmuebles, el privilegio de los gastos de justicia, no alcanza, en las diversas hipótesis, sino á esta cantidad de muebles ó inmuebles, á este mueble ó inmueble determinado, que ha causado los gastos. Su naturaleza es mixta. Se extiende ó se limita, conserva su carácter de generalidad ó se especializa, según la importancia de los bienes conservados ó liquidados».

Cuando un heredero ha hecho gastos para liquidar la testamentaria en que interviene, presentando escritos que hayan aprovechado á los demás, esta circunstancia por sí sola no será suficiente para crearle un derecho contra sus coherederos, porque esos gastos han tenido por objeto su propio beneficio; no han sido de tal naturaleza, que sin ellos no hubieran podido distribuirse los bienes; en una palabra, su propio interés en armonía con el de los demás no le puede crear un derecho. El privilegio se concede únicamente para esos gastos *indispensables*, como el de inventario, tasación, división y conservación de los bienes. Cada heredero representado obra por su propio interés y carga con los gastos

de los judiciales, que están comprendidos en el inciso primero, se tomarán como gastos de administración los que se ocasiona-

que hiciera, sin tener en cuenta si sus peticiones favorecen á los demás, porque esta circunstancia no le puede crear un derecho. La teoría de la *gestión de negocios*, en que se apoyan algunos jueces para hacer pagar á la testamentaria los gastos hechos por los herederos, no puede aplicarse en este caso, porque no hay gestión, cuando uno hace su propio negocio, pues la característica de la gestión de negocios es hacer el ajeno. Así, pues, los gastos de justicia que tienen privilegio sobre los muebles é inmuebles, son aquellos de indispensable necesidad para la conservación, distribución y venta de los bienes de la sucesión.

En cuanto á los gastos que cause la administración del concurso, sólo comprenden los que se refieren á la administración que se le ha encargado; todos los que excedieran de las facultades conferidas por la ley, no se reputarán á cargo de la masa. Es entendido que el honorario del administrador gozará del privilegio concedido á los demás créditos, porque son gastos indispensables.

Finalmente, debemos hacer notar la incongruencia cometida por nuestro Código, que separándose del Cód. Civ. Chileno, ha concedido privilegio general sobre muebles é inmuebles á los créditos del Fisco y Municipalidad, por impuestos públicos, y no obstante coloca á los gastos funerarios, que sólo gozan de privilegio general sobre los muebles, en preferente lugar á los créditos fiscales, para después darles una colocación inferior en el artículo siguiente. El Cód. de Chile, art. 2472, coloca en este orden los créditos privilegiados: 1º, los gastos de justicia en el interés general de los acreedores; 2º, las expensas funerarias necesarias del deudor difunto; 3º, los gastos de la enfermedad de que haya fallecido el deudor, siguiendo con otros créditos semejantes á los del artículo siguiente.

Aquí conviene tratar esta cuestión. ¿El acreedor con privilegio general sobre los muebles é inmuebles, puede ejecutar los inmuebles dejando los muebles, ó es de absoluta necesidad que ejecute primero los muebles? Si no hubiere acreedores con privilegio sobre los inmuebles, la cuestión no ofrece dudas, en la Capital Federal, porque su Cód. de Proc., art. 477, faculta al acreedor para determinar el orden de los bienes que quiere embargar y ejecutar; pero la dificultad se presentará cuando los inmuebles estuvieren afectados á privilegios especiales; en ese caso soy de opinión que el acreedor puede ejecutar los inmuebles desde que su privilegio no daña á los que tuvieren privilegio especial. El art. 3918, dice: «los acreedores privilegiados sobre la generalidad de los muebles

ren para la conservación de los bienes, manutención de los animales, gastos de las personas encargadas de cuidarlos, y todo lo

y de los inmuebles deben ser pagados, *en caso de insuficiencia de los muebles*, sobre el producto de los inmuebles, con preferencia á todos los acreedores del deudor; al hacer esta declaración no ha querido establecer un orden para la escusión, lo que por otra parte no podía hacer, desde que corresponde á la ley procesal, sino únicamente determinar el orden y colocación de los privilegios, pues bien claro lo dice: á excepción de los privilegios especiales que existen sobre los inmuebles en favor del vendedor, del hipotecario, de los obreros y de los que han suministrado los materiales, serán pagados los que tienen privilegio general; así, pues, primero deben pagarse los acreedores privilegiados sobre esos inmuebles, y después los que gozan de privilegio general, sin que por eso estén obligados á agotar los muebles. No obstante esta conclusión, debemos admitir que los acreedores privilegiados sobre los inmuebles, que fueran preferidos por los acreedores con privilegio general sobre los muebles é inmuebles, puedan oponerse á que sean pagados en su perjuicio, sin antes haber escutado los muebles, porque no tienen derecho para abandonar en ese caso su privilegio sobre los primeros, para exigir el pago en los segundos, con perjuicio de los que tienen privilegios especiales. Fuera de este caso excepcional, los acreedores con privilegio general sobre muebles é inmuebles, pueden ir sobre estos últimos sin escutir los primeros, si no hubiere otros acreedores á quienes perjudicasen.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3879, n° 1.—Ley de Bélgica de 16 de Diciembre de 1851, art. 17.—Martou, *Privil.*, nos 313 y siguientes. Zachariæ, § 730, nota 1.—Aubry y Rau, § 230, n° 1.—Pont., *Privil.*, nos 66 y 68. Dando privilegio á los gastos de justicia, se evita á cada acreedor la lentitud y dificultad de una repartición, á prorrata, á que todos son obligados en proporción á la importancia de las sumas que deben corresponderles en el activo del deudor. Este privilegio no es en realidad sino un pago anticipado y necesario, hecho del conjunto de los valores destinados á los acreedores. Con este carácter aparece en el Derecho Romano.—Voet, *Ad Pandectas*, Lib. 35, Tit. 2, n° 16.

El artículo dice, que los gastos de justicia tienen privilegio sobre la generalidad de los bienes del deudor. El privilegio tendrá este carácter de generalidad, toda vez que los gastos hayan sido hechos en interés común de los acreedores; pero, si han tenido por objeto sólo una fracción del patrimonio del deudor, el privilegio no deberá extenderse más allá de esa fracción. No es, pues, en un sentido absoluto que debe admitirse la idea de que los gastos de justicia constituyen un privilegio general. El privilegio será general, si los gastos han procurado una ventaja general; en el caso inverso, y si la ventaja alcanzada es parcial, el privilegio será sólo parcial. Si los gastos han sido hechos en el interés individual del acreedor que los ha pagado, ó si hubiesen

que pueda corresponder á una administración en su más lata acepción.

sólo aprovechado á alguno de los acreedores y no á todos, la causa de preferencia faltaría, ó no existiría sino respecto á los acreedores á quienes esos gastos hubiesen aprovechado, y el crédito para ellos no sería privilegiado, ó sólo lo sería limitativamente.

Por gastos de justicia se entienden los gastos ocasionados por los actos que tengan por objeto poner los bienes del deudor y sus derechos bajo la mano de la justicia. El privilegio es establecido para todos los gastos que los acreedores, á efecto de gozar de sus derechos, no habrían podido dispensarse de pagar, si otros no hubiesen hecho la anticipación, ó los trabajos indispensables á ese fin. Así, son gastos de justicia, los de inventario, conservación, liquidación y realización de los bienes del deudor; los de los pleitos seguidos por los administradores para repeler las pretensiones de terceros, ó para demandar las condenaciones de los deudores, y los que cause la administración durante el concurso.

Se consideran también como gastos de justicia, todos los que se hagan en interés común de los acreedores, para los fines designados, aunque sean relativos á hechos ú operaciones extrajudiciales.

Un ejemplo de los gastos hechos judicialmente, pero que no son privilegiados, es el de los de un acreedor en su interés particular, para adquirir un título, ó para hacer ejecutivo su crédito. Persil, sobre el art. 2101.—Duranton, tom. 19, n° 40.—Los gastos á cargo de la parte vencida en el juicio, si no es el administrador, no conciernen más que al acreedor que ha litigado. Sin embargo, Duranton, tom. 19, n° 42, y Persil, sobre el art. 2101, n° 1, ensañan que estos gastos deben colocarse en el mismo grado que el crédito; de modo que siendo éste privilegiado, ellos debían serlo también. Esta opinión no ataca en verdad nuestra proposición, porque no es como un derecho absoluto, como un crédito independiente, colocado en el grado superior de la prioridad de los gastos de justicia propiamente dichos, que esos gastos gozarían de un privilegio, sino como un accesorio ligado á la suerte del principal, y ocupando una clase variable según la naturaleza distinta y los efectos desemejantes de los diversos créditos privilegiados. Los intereses opuestos de los acreedores llamados á dividir las sumas realizadas, pueden hacer nacer pretensiones mal fundadas ó exageradas: uno reclama lo que no le es debido; otro, más de lo que se le debe, y otro, una causa de preferencia que no le corresponde. La fiscalización que los diversos pretendientes ejercen mutuamente, da lugar á dificultades que crean una categoría distinta de gastos.

Pongamos algunas hipótesis. El acreedor cuyo crédito se ha contestado, ó que se ha querido hacer descender á una clase inferior, gana la causa, y pretende el pago de los gastos hechos en el pleito, ya sobre la graduación de su adversario, ó cobrándolos directamente de la masa de los bienes. Algunos escritores, como lo hemos dicho, consideran estos gastos como accesorios del crédito, y les dan el mismo privilegio que al principal. Pero siendo los privilegios de derecho estricto, no son susceptibles de extenderse. ¿No se infringirá esta regla fundamental en la materia, extendiendo el privilegio á créditos que nacen ulteriormente, y que no tienen con él sino una correlación accidental? Todos los créditos causan pleitos si hay quienes los provoquen. ¿Cómo admi-

Tienen también privilegio general sobre los bienes muebles é inmuebles del deudor, *los créditos del Fisco y de las Municipa-*

lidades, tir jurídicamente, que los terceros acreedores que tienen que sufrir la preferencia del crédito primitivo, deban además sufrir los créditos posteriores, á los cuales en las condiciones normales no debían esperar, y que pueden aumentar considerablemente el crédito privilegiado?

Otro caso: el debate se empeña entre los acreedores ordinarios; cada uno obra en su interés individual; ninguno litiga por la causa común. El uno al otro se dirán: por los gastos que habeis hecho, ninguna ventaja me resulta, pues que yo he hecho por mi parte lo que correspondía á mi interés.

Mas el que ha contestado el crédito, no queda limitado al recurso contra su adversario, si el resultado de la contestación aprovecha á los otros acreedores.

Distingamos las hipótesis.

El privilegio de un acreedor, es disputado por un privilegio de una clase menos elevada, ó por un acreedor quirografario. El que ha contestado el pretendido crédito privilegiado y ha obtenido su reducción, ó que lo ha hecho descender de un grado, á término de relegarlo á la masa de los acreedores comunes, ha hecho gastos que pueden llamarse de justicia, puesto que los acreedores aprovechan el resultado adquirido.

Supongamos que el crédito de un acreedor ordinario es contestado por otro acreedor ordinario. Mientras menos créditos haya y sea menor la cantidad de cada crédito, mayor será la parte con que se contribuirá á los créditos quirografarios. El que ha contestado el crédito vencido, colocará con razón sus gastos en una clase privilegiada sobre la masa partible, después que los privilegios estén satisfechos.

Otro ramo de los gastos de justicia es el que se refiere á los actos, procedimientos, cuentas, liquidación, partición, ó licitación en una sucesión, sociedad ó comunidad cualquiera. Entonces, es preciso aplicar las disposiciones para la conservación, liquidación y distribución de los bienes del deudor común. Su carácter privilegiado no sufre alteración alguna por la circunstancia de haber sido hechos con ocasión de una indivisión: todos los que han aprovechado como partícipes ó acreedores no pueden oponerse á su pago con preferencia.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3879.—El acreedor á quien se le adjudica el bien afectado á la ejecución, está obligado á responder por todos los gastos que su acción haya ocasionado. — Jur. Civ., IV, 517, Ser. 1^o.

Los honorarios del abogado del síndico, sólo reconocen privilegio en los acreedores de dominio.—Jur. Com., III, 597, Ser. 1^o.

Los honorarios devengados por el abogado y procurador del ejecutado, no se encuentran comprendidos entre los gastos de justicia á que la ley reconoce privilegio sobre la generalidad de los bienes del deudor. — Jur. Civ., VI, 51, Ser. 1^o.

Los gastos de justicia del concurso especial formado al bien hipotecado, tienen privilegio sobre el crédito hipotecario.—Jur. Com., III, 388, Ser. 3^o.

El privilegio especial tiene preferencia sobre el privilegio general.—Jur. Com., III, 493, Ser. 1^o.

lidades, por impuestos públicos, directos ó indirectos (art. 3879, n° 2), con la particularidad que estos créditos que aparecen en

(**Art. 3879**, n° 2.) Habíamos observado en la *Instituta*, que el Dr. Velez-Sarsfield, separándose de sus modelos habituales en esta materia, que son: el Código Napoleón, Goyena y el Cód. de Chile, ha introducido, en esta parte, una variante que no se explica á primera vista, ni cuyo alcance es fácil comprender. En efecto, ha colocado los créditos del Fisco y de las Municipalidades, por impuestos públicos, en la misma categoría que los gastos de justicia y de administración del concurso.

El Código Napoleón divide en esta forma los privilegios: 1º, privilegios generales sobre los muebles; 2º, privilegios especiales sobre ciertos muebles; 3º, privilegios sobre los inmuebles; 4º, privilegios que se extienden sobre los muebles é inmuebles. Entre los primeros comprende los gastos de justicia, los funerarios, los de última enfermedad, los salarios de las gentes de servicio, los alimentos al deudor y su familia. Y el art. 2194, extiende el privilegio concedido sobre la generalidad de los inmuebles por los créditos precitados, á los inmuebles, al efecto de que sean pagados con éstos, cuando no alcanzaren los muebles.

Goyena y la Comisión de Códigos, que formó el Proyecto del Código Civil Español, reformaron en parte el método del Cod. Napoleón, porque sólo acordaron privilegio general sobre los muebles del deudor, y sobre los inmuebles *no hipotecados* á los créditos por:

1º Gastos de justicia hechos en el interés común de los acreedores;

2º Gastos de administración durante el concurso, comprendiendo el honorario del administrador por el mismo tiempo (art. 1924), sin decir una palabra sobre los créditos del Fisco. Por el art. 1925, del Proyecto del Cód. Español, sólo acordaba privilegio general sobre los muebles del deudor, á los créditos enumerados en nuestro art. 3880.

Como se ve, en este sistema sólo se concede privilegio general sobre muebles é inmuebles á los gastos de justicia y de administración del concurso. Vino posteriormente el Cód. de Chile, y borró, por decirlo así, estas distinciones, declarando por el art. 2470, que las causas de preferencia son únicamente, el privilegio y la hipoteca, dividiendo en seguida los privilegios en tres grandes categorías, comprendiendo en la 1ª, las que trae nuestro art. 3880, viniendo á colocarse los créditos fiscales por impuestos en la 6ª clase; en la 2ª clase, vienen los créditos especiales, del posadero, acarreador y acreedor prendario; en la 3ª las hipotecas, y finalmente en la 4ª, los del Fisco, contra los recaudadores y administradores de bienes fiscales, los de establecimientos nacionales, mujeres casadas, hijos de familia, etc.

este inciso con un privilegio tan grande, vienen á estar colocados en quinto lugar, concurriendo con otros que tienen sólo

Como se habrá notado en todos estos Códigos y proyectos no se acuerdan privilegios generales sobre los muebles é inmuebles por los créditos fiscales, por impuestos, y no los necesitan según nuestra legislación actual, desde que los impuestos directos sobre los inmuebles gravan la cosa y van con ella al nuevo adquirente como si fuera una hipoteca tácita, y para mayor seguridad se obliga á los escribanos en la Capital Federal á que no otorguen escritura de traspaso, sino están pagos los derechos fiscales que gravan la propiedad. Nuestro Código no ha tenido necesidad de crear un privilegio general sobre muebles é inmuebles, para garantir los créditos fiscales. Pero lo ha hecho, y la cuestión se presenta clara y terminante, en esta forma: los créditos del Fisco y de las Municipalidades, por impuestos públicos, tienen privilegio general sobre los bienes muebles é inmuebles del deudor, mientras en el artículo siguiente se les concede sólo sobre los muebles, y en ese caso se encuentran colocados en la 5ª categoría, cuando concurran con los otros. ¿Cómo salvar esa dificultad? El Dr. Llerena, contestando á esta cuestión que proponíamos en *La Instituta*, nos dice que el n° 5, del art. 3880, está demás; es decir, es inútil; pero contestamos, que ese no es un modo regular de interpretar, pues se suprime una disposición, en vez de explicarla. Entre dos disposiciones que se contradicen, es claro que si no hay medio de explicar la subsistencia de ambas, una de ellas está demás; pero viene esta otra dificultad, ¿cuál es la que debe suprimirse? ¿Por qué dicho autor prefiere la disposición de este inciso á la del art. 3880? No lo dice; se contenta con declarar parásita á la segunda; y mi opinión, fundada en las razones que paso á exponer, es que no hay disposición parásita, y que ambas pueden subsistir, como lo explicamos en el comentario al art. 3880 n° 5. En efecto; si los créditos Fiscales y Municipales, por impuestos públicos, estuvieran en la categoría de los gastos de justicia, en el interés común de los acreedores, y los de administración del concurso que priman aún sobre los privilegios especiales, tendrían ese lugar cuando concurriesen á la distribución del precio de los muebles, y no es así. Examinemos. Supóngase que el deudor sólo tiene los muebles que ha comprado y cuyo precio debe; posee otros fabricados por individuos cuyo trabajo no ha sido abonado; se deben los gastos funerarios, los salarios de la gente de servicio, alimentos suministrados al deudor é impuestos Fiscales. Cobra judicialmente el vendedor, alegando su privilegio, y hace rematar los muebles que él ha vendido; cobra igualmente el que fabricó otros muebles y hace vender los que responden á su trabajo impago, concurre además el de los

privilegio general sobre los muebles, cuando debían ser preferido según la colocación actual.

gastos funerarios, el de los salarios, el de los alimentos y el Fisco á cobrar sus impuestos impagos. ¿Cómo se debe distribuir la cantidad obtenida? Primero deben pagarse los gastos de justicia, por la ejecución y venta de las cosas, porque sin ellos no habría crédito reconocido ni dinero á distribuir; estos gastos priman sobre el privilegio especial del vendedor y de los trabajadores, así lo dice expresamente el art. 3916; 2º, los gastos funerarios que priman sobre los de los obreros; 3º, el crédito del vendedor sobre el precio del objeto vendido y no pagado, el del obrero sobre el precio del objeto trabajado; 4º, los salarios de la gente de servicio; 5º, los alimentos suministrados al deudor y su familia durante los últimos seis meses; 6º, los créditos por impuestos fiscales. Esta distribución está determinada expresamente por el art. 3919, al ordenar que, cuando los créditos privilegiados sobre los muebles é inmuebles no pudiesen ser pagados en su totalidad... el déficit que exista no es soportado concurrentemente entre ellos, sino que estos acreedores deben ser pagados en el orden en que están colocados en el art. 3880, y la pérdida recaerá *sobre los créditos de clase inferior*. Si los créditos concurrentes se hallan comprendidos en el mismo número, serán pagados á prorrata»; quiere decir, entonces, que los créditos del Fisco, en la especie propuesta, vienen á ocupar el 6º lugar, tratándose de los muebles; pero el privilegio general sobre los muebles é inmuebles, concedido por este artículo, no es inútil, aunque no concurre con los gastos de justicia; porque se ejerce sobre los inmuebles y tiene privilegio sobre los del art. 3880. Por eso dijimos en *La Instituta*, que sólo podía explicarse esta colocación para indicar, que cuando esos créditos no pudieran ser pagados con los muebles, debería ocurrirse á los inmuebles ejerciendo el privilegio del art. 3918, en que tenía prelación sobre los que sólo gozan de privilegio general sobre los muebles.

En el sistema de nuestro Código los créditos del Fisco y de las Municipalidades, por impuestos públicos, ocupan el 6º lugar en el art. 3880, y cuando concurren con los demás indicados en dicho artículo les son preferidos; pero si no alcanzaren á pagarse, tienen privilegio general sobre los inmuebles. Si los gastos funerarios, los de última enfermedad, los de salarios de las gentes de servicio, y los de alimentos, cuando concurren sobre los muebles con los créditos Fiscales, son preferidos y deben ser pagados primero, quiere decir, entonces, que el privilegio general sobre muebles é inmuebles, en este caso, sólo se ejerce sobre los inmuebles, teniendo prelación sobre los que acaban de ven-

§ 1053. — DE LOS PRIVILEGIOS GENERALES SOBRE LOS MUEBLES

Se dijo que no había privilegios generales sobre los inmuebles, y que por una excepción se les concedía á los créditos enumerados

cerlo, prelación acordada por el art. 3918. Así, pues, el privilegio se ejerce sobre los inmuebles, sin perjudicar los créditos que tengan privilegios especiales; luego el privilegio de este artículo queda reducido á ojererse contra los que gozan de privilegio general sobre los muebles. En efecto, si suponemos por un momento que existiendo todos los créditos enumerados en el art. 3880, no han podido ser pagados en su totalidad sobre los muebles, y con arreglo al art. 3915 se ejercen sobre los inmuebles, veamos lo que sucederá cuando ocurre el caso del art. 3916. Únicamente hay una casa cuyo precio no se ha pagado, pero como ha sido reparada en parte, y aumentado las construcciones, cuyos materiales y trabajos de obreros están impagos, si suponemos que esa finca ha sido hipotecada, veamos lo que sucedería: los créditos con privilegio sobre los muebles no han sido pagados por insuficiencia de éstos, y vienen á ejercer su privilegio sobre el único inmueble en esas condiciones, en ese caso dice el artículo: primero deberán ser pagados el acreedor hipotecario, los gastos funerarios y los de justicia para la venta de la cosa; en segundo lugar, serán pagados el vendedor por el precio, los obreros que han trabajado en la casa y los que suministraron los materiales. ¿Quiénes vienen en seguida y cómo se distribuyen los bienes que quedaren? Aquí se resuelve la dificultad, porque el art. 3918 dice claramente, á excepción del privilegio especial del vendedor, del hipotecario, de los obreros, y de los que han suministrado los materiales, deberán ser pagados primero, con preferencia á todos los otros acreedores, los que tengan privilegio sobre la generalidad de los muebles é inmuebles; es decir, los créditos Fiscales, que son los únicos, pues suponemos pagos los gastos de justicia; conclusión que no es muy exacta, porque son preferidos los gastos funerarios y los para la venta de la cosa, según el art. 3916; pero cuando los inmuebles son insuficientes y sólo quedan los muebles, entonces ocupan la categoría señalada en el art. 3919, en que hácese concurrir al Fisco y la Municipalidad por sus impuestos en la 6ª categoría, si colocamos primero á los gastos de justicia; pero si en los muebles los créditos Fiscales están en la 6ª categoría, en cambio, cuando se ejercen sobre los inmuebles, tienen prelación á casi todos los que gozan de privilegio general sobre los muebles. Y no hay peligro alguno en llegar á esta conclusión, según el Código Civil, porque las leyes especiales sobre organización de justicia y sobre impuestos en la Capital Federal, gravan con un derecho

en el art. 3879, cuando no alcanzaren á cubrirse con los muebles, pero en ese caso debían venir como subsidiarios sin perjudicar á los especiales, á menos de una disposición expresa; ahora se trata de *los créditos privilegiados sobre la generalidad de los muebles, que son los siguientes (art. 3880)*; entendiéndose que este privilegio

real los bienes inmuebles de tal modo, que no se permite trasmisión alguna sin que primero se hayan pagado los impuestos de contribución territorial, obras de salubridad y demás que pesan sobre la propiedad; así es que el Fisco se encuentra á cubierto contra cualquier crédito, tratándose de inmuebles, viniendo á tener en realidad privilegio sobre todos los créditos, aún sobre los de justicia, funerarios é hipotecarios, porque no se hará la trasmisión sin que antes se hayan pagado los impuestos Fiscales, quedando así reformada en esta parte la legislación sustantiva en la Capital Federal, porque son leyes del Congreso que han alterado el orden de los privilegios; pero no sucederá lo mismo en las Provincias, que no pueden corregir ni alterar el Código Civil, sino en lo que corresponde á los juicios y modos de proceder, no en lo demás.

En cuanto á la cuestión de saber lo que se entiende por impuestos públicos, y si se hace diferencia entre aquellos que son verdaderos *servicios*, que los vecinos pagan, como el uso de las aguas corrientes y cloacas, ó *impuestos* sin compensación inmediata como el de contribución territorial, no es de este lugar el tratarlo, corresponde más bien al derecho administrativo. Para el Código Civil, basta que sea un impuesto público, para que tenga la colocación señalada en él. Lo que sí, es necesario hacer la diferencia capital entre los deudores al Fisco ó la Municipalidad, por dineros administrados ó por cualquier otra deuda, que no tienen privilegio alguno, con las provenientes de impuestos. En mi opinión, ha debido seguirse al proyecto de Goyena, acordando privilegio en la 8ª clase á las cantidades que los empleados públicos deban al Fisco ó Municipalidad, por razón de su oficio, tomados de los bienes que administran. El Cód. Chileno, art. 2481, ha seguido este ejemplo, y colocado en el 4º grado de prelación, á los créditos del Fisco contra los recaudadores y administradores de bienes Fiscales. Convendría agregar en el art. 3880, un inciso en que se comprendiesen esos créditos; sin embargo, debemos, en cuanto sea posible, aspirar á suprimirlos, porque los privilegios del Fisco no se comprenden en una administración bien organizada. — Véanse arts. 3880, nº 5, 3898, 3899, 3901, 3915, 3916, 3918 y 3919.

(**Art. 3880.**) Vuelve á plantearse la cuestión sobre el orden en que deben colocarse los privilegios generales sobre los muebles con

general no perjudicará á los privilegios especialmente determinados, á menos de una disposición expresa, como sucede con los

rolación á los privilegios especiales. Aquí falla la regla establecida por el Dr. Llerena, en el art. 3878, y que criticamos con razón, cuando decía: «podemos entonces sentar el principio siguiente: los créditos privilegiados sobre la generalidad de los muebles y los inmuebles, se pagan con preferencia á todo acreedor con el producto de los muebles; si esto no alcanza se cubren con el valor de los inmuebles, sin sufrir la concurrencia de los acreedores que tengan privilegio especial sobre esos inmuebles», todo lo que es erróneo, como él mismo autor lo confirma en este artículo, al decir: «los créditos privilegiados sobre la generalidad de los muebles, están hasta cierto punto en las mismas condiciones, con respecto á los muebles afectados á privilegios especiales, que los créditos privilegiados sobre la generalidad de los muebles y los inmuebles, con respecto á los inmuebles afectados á determinados privilegios». ¿Cuál de las dos opiniones es la verdadera? Indudablemente que esta última, porque como hemos visto en los números anteriores, los privilegios generales sobre los muebles é inmuebles, no priman sobre los especiales, sino en muy determinados casos; porque los gastos de justicia sólo tienen el primer lugar, en los casos de inventario, tasación ó partición, ó cuando han adquirido la especialidad, por decirlo así, desde que son hechos para cobrar el crédito especial, que no habría sido reconocido ni pagado, sino mediante esos gastos; los únicos créditos que escapan á esta causa, y que se funda en un sentimiento de caridad, ó más bien de humanidad, es el de los gastos funerarios y los de última enfermedad, que sólo tienen privilegio general sobre los muebles.

Se puede sentar como un principio general sujeto á las excepciones que más adelante estudiaremos, el siguiente: los créditos con privilegio general sobre los muebles, se conceden con el objeto de que sean preferidos á los demás créditos quirografarios; pero cuando se encuentran en presencia de créditos con privilegio especial, deben ceder á éstos, salvo raras excepciones. Este principio se funda en el art. 3898, que exceptúa los muebles afectados á privilegios especiales, y ordena que se paguen los que tienen privilegio general sobre los muebles, en el orden establecido en el art. 3880, y sobre todo, lo dispuesto por el art. 3899, donde se manda, que cuando concurren los créditos con privilegio general con los que tienen privilegio especial, éstos deben pagarse primero, con excepción de los del art. 3901, en que el privilegio especial del conservador cede á los gastos funerarios que tienen privilegio general sobre los muebles, y á los causados por la venta de la cosa conservada, que

gastos funerarios, que tienen privilegio general, y que, sin embargo, son preferidos á los gastos de conservación de la cosa, que gozan de privilegio especial, según el art. 3901. Pero no sucede lo mismo con los otros créditos que tienen privilegio general, y á los

tienen privilegio especial; los del art. 3904, en que los gastos funerarios y los de última enfermedad, con privilegio general, son preferidos al privilegio especial del locador, así como lo que se dispone en los arts. 3908, 3910, 3913, 3914 y 3918, que son las únicas excepciones á la regla general propuesta.

Pero en seguida el mismo autor, seducido por un falso miraje y volviendo á las ideas sostenidas en el art. 3878, nos dice: «pero éstos (habla de los acreedores con privilegio general sobre los inmuebles) están en mejores condiciones que aquéllos; los primeros, especialmente los gastos de justicia, tienen un privilegio exclusivo sobre los muebles del deudor, y después subsidiariamente sobre los inmuebles, *aunque esos inmuebles estén afectados á privilegios especiales*», lo que tampoco es cierto, sino en muy determinados casos; como por ejemplo, cuando se tratara de los gastos de conservación, guarda, inventario, tasación, y partición, ó cuando el privilegio se hiciera especial por haber hecho esos gastos en el mismo inmueble; pero es completamente erróneo con respecto á los impuestos Fiscales y á los demás casos no enumerados en este párrafo. Con excepción de los gastos de justicia, en los casos especiales de que he hablado, ningún crédito con privilegio general sobre los muebles y los inmuebles tiene prelación á los que gozaren de privilegios especiales sobre ciertos muebles; pero sí la tienen sobre los créditos con privilegio general, en los casos del art. 3915, cuando concurren sobre los inmuebles.

El mismo autor sienta como un principio general, que «cuando los muebles no alcanzaren á pagar los créditos privilegiados, lo que falte se pagará de los inmuebles, sin perjudicar los créditos privilegiados sobre los inmuebles é hipotecarios», con lo que estoy conforme sólo en parte; porque ese principio es inexacto tratándose de los gastos funerarios, y los de justicia necesarios para la venta del inmueble, que son preferidos á los privilegios especiales del vendedor, por el precio no pagado, al de los obreros que hubieren trabajado en construir ó refaccionar la casa, y al de los que suministraron los materiales para la construcción. Es que en esta materia de privilegios, no se pueden sentar principios generales, porque habiendo el Código adoptado un sistema que combina los privilegios generales con los especiales, es necesario estudiar su colocación en cada caso.

que no se les ha señalado un lugar preferente á ciertos créditos con privilegio especial.

Tienen privilegio general sobre todos los muebles del deudor, *los gastos funerarios, hechos según la condición y fortuna del deudor* (**art. 3880**, n° 1, 1ª parte); porque como lo explicamos en el comentario, el privilegio está limitado por estas dos condiciones que se deben tener en cuenta: la posición social del deudor, que impone á la familia ó á los herederos ciertos deberes para conservar el respeto y consideración que se debe á esa posición; pero como puede no estar en armonía la alta posición con los bienes, es necesario tener en cuenta la fortuna que ha dejado.

¿Cuáles son los gastos funerarios? El **art. 3880**, n° 1, 2ª parte, dice: *estos, comprenden los gastos necesarios para la muerte*

(**Art. 3880**, n° 1.) Nuestro Código, separándose con razón del Cód. Napoleón, art. 2101, que acuerda privilegio sobre los muebles á los gastos funerarios, sin indicar límite, lo que era un verdadero peligro para los acreedores del difunto, ha dado un medio para que los jueces puedan resolver las cuestiones que se suscitaren sobre la importancia de esos gastos.

El proyecto de Goyena y otros, había comprendido igualmente la dificultad, y proponía limitar los gastos funerarios, con la expresión: *según el uso de la tierra*, lo que fué aceptado por el Cód. Civil Español, art. 1924; mientras el Cód. de Luisiana, art. 3159, más positivo, prohibía á los jueces autorizar gastos que pasaren de 200 pesos fuertes; disposición que me parece más completa, porque limita la autoridad de los jueces, que no deben verse obligados á estudiar hechos fuera de la causa, ni exponerse á incurrir en errores perjudiciales. El privilegio se funda al presente en la piedad y la humanidad, no en la higiene, como en los tiempos de los romanos, pues en nuestra actual civilización, las Municipalidades ó corporaciones semejantes, están obligadas á proceder al entierro de los cadáveres dentro de los plazos ordenados por la ley, cargando con los gastos, sin derecho para reclamarlos, porque son deberes de higiene que la sociedad exige se cumplan sin demora. Pero limitemos á la expresión de nuestro artículo, que establece como puntos infranqueables, dentro de los cuales debe decidir el juez, la siguiente regla: los gastos deben ser hechos *según la condición y fortuna del deudor*: de modo que si el difunto deja un pasivo más grande que su activo ó están balanceados, los gastos deben ser aquellos más indispensables; pero aquí ocurre una nueva dificultad, que puede traer perjuicios á los

y entierro del deudor y sufragios de costumbre; los gastos funerarios de los hijos que vivían con él y los del luto de la viuda é hijos,

acreedores; por ejemplo, cuando el difunto manejare un gran caudal, ocupando en la sociedad una posición distinguida, y se le hicieran funerales suntuosos, con arreglo á su clase, y una vez tomada razón de sus bienes, resultare quo no tiene con que pagar á sus acreedores; éstos podrían oponerse al pago de esos gastos, alegando quo son excesivos, porque el deudor no deja fortuna, sino dudas; pero como se ha procedido de buena fe, creyéndolo con fortuna, los gastos funerarios deberán pagarse con la prelación acordada, y en este caso vendría á justificarse la sabia disposición del Código de Luisiana, que sólo autoriza gastos que no excedan de 200 pesos.

Téngase presente que dos son los elementos que deben tenerse en cuenta para determinar la legitimidad de los gastos funerarios: la condición de la persona del fallecido, y su fortuna. De modo que si ha tenido una posición humilde, aunque se le hubiera considerado con fortuna, no estarían autorizados los herederos á hacer grandes gastos. Esto revela igualmente lo incompleto de nuestra regla, porque expone á un engaño, de que serían víctimas los que se prestan á hacerlos, validos del privilegio que se les acuerda. Habría sido más conveniente limitarlos á una cantidad, á fin de que se sepa que por el exceso deben pedir las garantías necesarias, de este modo, no se expondría á los acreedores á entrar en pleitos dispendiosos.

¿Puede cualquiera de los herederos hacer gastos excesivos en las exequias, lutos, etc., que ostén en relación con la posesión del difunto, disminuyendo así la porción disponible y perjudicando á los legatarios? Esta es una cuestión que no corresponde á los privilegios, porque no es á ese título que se presenta, sino como limitación del derecho de los herederos para disminuir un haber que no les pertenece sino en parte, pagadas las deudas, y en ese sentido creo que, si los gastos funerarios por ser excesivos, absorbieran la mayor parte ó la totalidad de la porción disponible, dejando sin efecto los legados, los legatarios perjudicados tendrían derecho para reclamar, demostrando que los herederos los habían hecho fuera de la posición social del fallecido, y sin atender á su fortuna.

En cuanto á lo que se debe comprender por gastos funerarios, nuestro Código, separándose de la legislación que los limitaba á los hechos para el entierro y sin los que la persona no habría podido ser enterrada, como por ejemplo, el gasto para llevar el muerto, el de la sepultura en que deben depositarse los despojos, los de transporte, cuando la

cuando no tengan bienes propios para hacerlo; de modo que si el padre por ostentación ó deseo de aparecer, ó por cualquier otra

persona muere lejos del lugar donde debe ser enterrado (l. 14, tít. 7, lib. 11, Dig.), los ha extendido, también á los sufragios de costumbre; es decir, misas y funerales, que en los tiempos de lujo y ostentación que atravesamos, pueden importar muchos miles de pesos; por esa razón debemos tomar como regla ordinaria lo que se acostumbra en casos semejantes, y los jueces tienen derecho para limitar esos gastos, no concediendo el privilegio sino dentro de las condiciones determinadas por el artículo.

En el mismo caso están los gastos funerarios de los hijos que vivan con el doulor, y en esta parte ha hecho nuestro Código una reforma importante, suprimiendo del Cód. Chileno, art. 2472, que no los concede, y reformando el proyecto de Goyena, art. 1925, que únicamente los acuerda «á los de su mujer ó hijos constituidos bajo su patria potestad». ¿Por qué nuestro Código ha suprimido los gastos funerarios referentes al entierro de la mujer, que está en las condiciones de los hijos, y respecto de la que el marido tiene aún, se puede decir, más obligaciones? Indudablemente ha sido un olvido, y una reforma prudente debe comprenderlos, cuando se corrija el Código. ¿Por qué ha extendido, por el contrario, el privilegio á los hijos que vivan con el doulor, sin distinción alguna? Porque ha supuesto con razón que son pobres, y por eso ha agregado: «cuando no tengan bienes propios»; lo que es justo y satisface el sentimiento de la piedad; en ese caso el padre debe estar autorizado para hacer esos gastos, aún en perjuicio de sus acreedores. Además, la circunstancia de estar bajo la patria potestad, no es suficiente causa para conceder el privilegio por los gastos de entierro de los hijos, porque si tienen bienes propios deben hacerse de los del menor; mientras el hecho de ser el hijo mayor de edad no lo eximirá de ese deber, si fuera indigente, en cuyo caso el padre debería ser autorizado á hacerlos, concediendo el privilegio que nuestro artículo acuerda á esos gastos.

Y la prueba de que el artículo ha olvidado á la mujer, respecto de los gastos funerarios, la tenemos en esta última parte, en que concede privilegio á los gastos del luto para la viuda ó hijos, que sólo se refiere á la decencia, mientras que con mayor razón, debieron tener privilegio los gastos necesarios para la muerte y entierro de esa misma mujer.

Marton. II, 360, estudia la cuestión á saber; en caso de la muerte del fallido, ¿se acordará igualmente el privilegio á los gastos funera-

causa hiciere los gastos de su propio peculio, los acreedores en su caso podrán oponerse.

rios? Y se decide por la afirmativa, siguiendo la opinión de Renouard, que dice: «en rigor de derecho, se puede decir que el acontecimiento de la quiebra ha detenido irrevocablemente el estado de las acreencias existentes; que los bienes cuya administración se ha quitado al fallido, no pueden ser empleados sino en la liquidación y en el pago de las deudas anteriores á la declaración de la quiebra. No podemos, sin embargo, resolernos á ir hasta las más rigurosas consecuencias de principios verdaderos, ante cuyos extremos lógicos, la ley misma se ha detenido. Así como por motivos de humanidad se acuerdan socorros al fallido vivo, del mismo modo por piedad, por respeto por la dignidad humana y por la decencia pública, es necesario asegurar al fallido muerto, modestos funerales. Esta deuda última es sagrada, aunque nacida después de la quiebra». Así, pues, no es exacto lo afirmado por el Dr. Llerena, de que Martou combate la opinión de Renouard, por el contrario, se apoya en ella, y cita sus palabras.— Véanse arts. 3901, 3904, 3908, 3910, 3913, 3914 y 3916.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3880, n.º 1.—L. 12, Tit. 13, Part. 1.ª.—L. 45, Tit. 7, Lib. 11, Dig. *De relig. et sumpt.*—Marcadé, desde el n.º 365.—Troplong, *Privit.*, n.º 180.—Zachariae, § 790.—Aubry y Rau, § 220 y nota 11.—Duranton, tom. 13, n.º 50.—Pont, *Privit.*, n.º 71.—En Roma, los gastos funerarios eran preferidos á todos los créditos, aunque éstos estuviesen garantizados con acciones sobre los bienes.—*Quidquid in funus erogatur, dice la ley, inter alienum primo loco deducitur.* Pero no todo lo que se gastaba en el entierro, ó por ocasión de entierro, era privilegiado. Varios textos de Derecho Romano niegan el privilegio á todos los gastos de lujo, aún cuando el difunto los hubiese ordenado. L. 12, § 5.—L. 14, §§ 3 á 6.—L. 32, Dig. *De relig. et sumpt. fun.* Conviene, pues, hacer una reserva á la regla general, tanto más cuanto que en definitiva se trata menos del interés de los herederos que del de los acreedores de la sucesión. Esta reserva está indicada por la *Ley Romana sumptus funeris arbitratur pro facultatibus et dignitate defuncti*: Así, los gastos funerarios comprenden todos los gastos necesarios ocasionados por la muerte y el entierro, salvo, en caso de exageración, la facultad del juez para limitar el privilegio y no concederlo sino por los gastos que correspondan la condición y fortuna del difunto.—Cód. de Luisiana, art. 3190.

Según varios jurisconsultos, el luto de la viuda y familia debe ser garantizado con el privilegio de los gastos funerarios.—Duranton, tom. 13, n.º 365.—Perris, *Quest.*, Lib. 1, cap. 2, § 2. Pero la opinión contraria es sostenida por autoridades también muy respetables. Martou, n.º 357.—Troplong, n.º 136.—Merlin, *Verb. Deuil*, § 2, n.º 8.—Nosotros seguimos á Pont, porque tales gastos tienen su causa en las necesidades consiguientes á la muerte de un padre o familia, y el luto es una de esas necesidades que imponen las costumbres

El legislador, teniendo en cuenta que la civilización impone deberes de humanidad, ha querido garantizar ciertos gastos, á

Cargamos con los gastos del luto á los acreedores, cuando la viuda é hijos no tengan bienes propios con que costearlos.

Si un tercero ha hecho los gastos funerarios, Persil enseña que goza del privilegio, si ha tenido cuidado de hacerse subrogar por los herederos ó albaceas; pero que si no ha tomado esta precaución, será un acreedor ordinario que tendrá, sólo contra la sucesión, la acción *negotiorum gestorum*. Martou combate esta opinión, distinguiendo dos hipótesis que demandan soluciones diferentes.

Si el tercero ha ordenado los funerales en su propio nombre, él es, respecto de la sucesión, el acreedor directo de las sumas que ha gastado, y no tiene necesidad de subrogación alguna, pues es quien ha hecho realmente los gastos funerarios, y los que han suministrado los objetos necesarios á los funerales, no tienen relación alguna de derecho con la sucesión; ellos eran mandatarios de terceros, y deben ser pagados por el mandante. Esta es también la opinión de Voet, Lib. 11, Tit. 7, n.º 7 y 8.

Hagamos la segunda hipótesis. El tercero paga con su dinero los créditos de los gastos funerarios, ordenados por el representante de la sucesión. Como la ley no atribuye el privilegio á una categoría determinada de personas, cualquiera que hubiera ordenado y pagado los gastos funerarios, goza de derecho de preferencia. Mas en el caso de la hipótesis, el que los ha pagado, es un simple prestador de fondos; no es acreedor por gastos funerarios, pues que este crédito está extinguido por el pago: sus derechos no se diferencian de los de cualquier otro prestador: si él quiere ejercer el privilegio debe hacerse subrogar. Véase Mourlón, tom. 1, desde la pág. 203.

N.º 2.—Martou, *Privil.*, desde el n.º 362.—Pont. *Privil.*, n.º 75.—Persil, sobre el art. 2001, § 3.—Aubry y Rau, § 240, n.º 3.—Zachariæ, § 710. Por gastos de la última enfermedad se entiende todo lo que es debido por el tratamiento de la enfermedad, y principalmente los honorarios de los médicos ó cirujanos, el valor de los remedios y el salario de los asistentes.

En algunos Códigos se determina por *última enfermedad* aquella de que el deudor ha muerto. Troplong dice lo mismo fundándose en que, si el enfermo ha sanado, el médico ó cirujano tiene sólo una acción personal contra el deudor. Pero nuestro artículo comprende también la última enfermedad de que hubiese curado el deudor. Que se diga que la deuda del médico que ha perdido su enfermo, no es menos favorable que la del que lo ha curado, se concibe; pero preferir el primero al segundo, rehusar á éste una recompensa que se concede á aquel es faltar á la lógica y á la justicia.—Véase Mourlón, n.º 73.—Según Duranton, no se deben declarar privilegiados los gastos de la última enfermedad, sino aquellos que son hechos según la epidemia y fortuna del deudor, como está prescrito respecto á los gastos funerarios. Puede haber lujo en estos últimos gastos; pero basta decir que regularmente no hay ostentación de remedios.

Los gastos de la última enfermedad son sin duda privilegiados, cuando la quiebra ha sido declarada después de la muerte del deudor; pero si la quiebra ha precedido á la enfermedad, muera ó sane el enfermo, los gastos posteriores á la quiebra no son privilegiados; porque las deudas que el fallido ha

fin de que el deudor no se vea privado de una asistencia necesaria, y por esa razón ha concedido privilegio general sobre los muebles á los *gastos de última enfermedad durante seis meses* (art. 3880, n° 2), comprendiéndose en ellos los gastos de médico, botica, en-

(Art. 3880, n° 2.) La expresión del inciso es incompleta, porque trae la duda al espíritu, sobre si los gastos de última enfermedad sólo comprenden los que se refieren al deudor, ó también á los de su familia, en la misma extensión acordada en el número anterior.

La primera dificultad con que se encuentra el que estudia este artículo, es esta regla que se levanta con toda la autoridad de un principio reconocido: los privilegios son de derecho estricto; no se pueden extender más allá de lo expresamente determinado por la ley. ¿Cómo entonces comprender en los gastos de última enfermedad, los que corresponden á la familia del deudor? Y si los comprendiéramos, deberíamos hacerlo en los mismos límites concedidos por ese número; es decir, que fueran hechos en estas condiciones: 1ª, según la posición social del deudor; 2ª, según la fortuna que dejare; 3ª, que cuando se tratase de las enfermedades de los hijos que vivieran con él, sólo se comprenderían cuando no tuvieran bienes propios para hacerlo.

Pero estudiamos la cuestión en sí misma para descender á los detalles. Lo primero que debemos investigar es la fuente del artículo ¿Lo ha tomado del Cód. Napoleón? Éste dice, en el art. 2101, refiriéndose únicamente al deudor: «3° cualquier gasto de la última enfermedad». Y Martou, II, 365, explicando la extensión que se debe dar á esta expresión dice: «las razones que me determinaron en el n° 358, á no extender el privilegio de los gastos funerarios á los gastos hechos por las exequias de los miembros de la familia de la que es jefe el deudor, me conducen también á restringir el privilegio de los gastos de enfermedad á los concernientes á la sola persona del deudor». Quiere decir, que, si el Código Francés hubiera admitido los gastos funerarios de los hijos del deudor, este autor habría aceptado el comprender en el mismo caso los gastos de última enfermedad; pero como nuestro Código expresamente

contraído cuando ya está desapoderado de sus bienes, no pueden tener esos bienes por garantía.

N° 3.—Aubry y Rau, § citado, n° 4.—Zachariæ, § citado, nota 8.—Pont, n° 79.—Martou, n° 371.

N° 4.—Zachariæ, § citado.—Martou, n° 376.—Troplong y otros jurisconsultos entienden por *alimentos*, lo que los Romanos llamaban *cibaria*, los comestibles. Nosotros entendemos todo lo que es necesario al consumo diario de una casa ó de la persona, como el vestido, el alumbrado, etc.

fermeros, alimentación, y todo lo que tenga por objeto restablecerlo; pero únicamente gozan de este privilegio los gastos de última enfermedad.

les concede el privilegio, deberían gozar del mismo, según el razonamiento de Martou.

¿Lo ha tomado acaso del Cód. Chileno? Este Código, en el art. 2472, n° 3, dice: «los gastos de la enfermedad de que haya fallecido el deudor», sin determinar el tiempo, y concretándose únicamente a la enfermedad de éste. No creo que le haya servido de modelo.

Finalmente Goyona, art. 1925, es más completo y claro al decir: «los gastos de la última enfermedad de las mismas personas, causados en el último año, *contado desde el día de la muerte*», refiriéndose al n° 1, que es el mismo que trae nuestro Código con las diferencias que hemos notado. Si el inciso anterior comprende, en los gastos que gozan de privilegio, los que hubiere hecho para el entierro de los hijos que viven con el deudor, parece razonable y justo suponer, que cuando habla de la última enfermedad, se debe comprender también los que en las mismas condiciones correspondan a sus hijos. En Goyona y el Cód. Español no ofrece dudas, porque se refiere expresamente a las mismas personas; pero, ¿cómo violar la regla de que los privilegios no deben extenderse, sino por el contrario restringirse? Si adoptásemos la afirmativa, que apoyan los Dres. Segovia y Llerena, correríamos el riesgo de vernos obligados a admitir que, el privilegio concedido por el n° 3, a los salarios de los domésticos y de los dependientes del deudor, lo tendríamos que extender a los mismos que tuvieran a su servicio los hijos que vivan con el deudor. Me parece que la interpretación lógica que se desprende de la redacción del artículo es la que sólo reduce el privilegio a los gastos de la última enfermedad del deudor, y me fundo en las razones siguientes: 1ª, el período que preside a este inciso, como a los demás que le siguen, es la primera parte del n° 1º que dice: «los gastos funerarios hechos según la condición y fortuna del deudor»; este período domina y encabeza el siguiente: «los gastos de la última enfermedad del deudor son los que deben tener el privilegio»; 2ª, que nada influye que esos gastos funerarios se extiendan a los hijos que vivieran con él, porque se trata de enterrar a los muertos, mientras por el presente no debe comprender los de asistencia médica; 3ª, que si bien parece justo y equitativo que se comprendan esos gastos, tratándose de los hijos menores bajo su potestad, no sucede lo mismo con los mayores que por cualquier circunstancia vivieran con el deudor; 4ª, que finalmente, los privilegios son de derecho estricto y no se deben extender

Y tratándose de gente de humilde condición, que no se atreven á pedir á sus patrones el sueldo de que gozan, les ha garan-

sino á lo expresamente determinado. Pero en caso de adoptarse la doctrina contraria, deberán siempre sugetarse esos gastos á las mismas condiciones que para los gastos funerarios; es decir, que sean hechos según la condición de la persona, la fortuna del deudor y, finalmente, que los hijos no tuvieran bienes.

¿Qué se debe entender por gastos de la última enfermedad? La cuestión ha pasado intacta á nuestra legislación, sin que el Dr. Velez-Sarsfield la haya resuelto. El miembro informante, Lelièvre, decía al Tribunal francés: «las palabras última enfermedad, no significan solamente la enfermedad de la que el deudor ha muerto, sino igualmente aquella que sin remontar á más de un año, ha precedido á la quiebra ó á la cesión de bienes». La misma nota del Dr. Velez-Sarsfield nos da la resolución, que bien pudo registrarse en el texto de la ley, cuando dice: por última enfermedad debe comprender, también, aquella de que se ha curado el deudor, siempre que se encuentre dentro de los seis meses.

Los gastos de última enfermedad comprenden únicamente los remedios recetados, los honorarios de los médicos, enfermeros, etc.; pero no deben gozar de ese privilegio los ordinarios de alimentación del enfermo y su familia, porque para esos el artículo les señala el 4.^o lugar, donde deben colocarse. ¿Acaso esos son gastos de última enfermedad? Se hacen ordinariamente estando sano, y están garantidos por otro privilegio; no hay, pues, que confundir la alimentación necesaria á la existencia, con los remedios. ¿Serán gastos de última enfermedad los hechos en viajes, hóteles, etc., cuando se ha ordenado por los médicos el cambio de clima, baños, etc.? Creo que sí; porque se trata de curar una enfermedad y no de alimentar y mantener al enfermo; si los baños de mar ó la montaña deben dar ese resultado, esos gastos serán privilegiados.

Pero no hay regla alguna para limitar estos gastos. ¿Los acreedores tendrían que soportar que se haga con su dinero una asistencia lujosa? Martou sostiene que no hay medio alguno, diciendo, que se puede hablar de ostentación de funerales; pero que no puede haber cuestión sobre *ostentación de remedios*; olvidando que el privilegio no sólo se concede á los remedios, que no son los más caros, sino al honorario de los médicos. ¿No habría ostentación en reunir á los médicos más notables en consultas diarias, consumiendo millares de pesos que corresponden á sus acreedores? Un enfermo que gasta de ese modo cincuenta ó cien mil pasos en los seis meses, ¿no hace una verdadera ostentación? Por mi parte, creo que no hay razón alguna para no sugetarse á esa regla

tido igualmente esos salarios por un tiempo corto, teniendo presente que son pequeñas cantidades, por esa razón se concede

protectora de todos los derechos, que obliga al deudor á no hacer gastos que sobrepasen á su condición y fortuna, y opino que no deben declararse privilegiados los que estén fuera de esa regla. ¿Habría justicia en dejar al arbitrio del deudor el disminuir á su voluntad su patrimonio, pues en realidad pertenece á sus acreedores, desde que todo lo debe?

Téngase presente que la quiebra ó cesión de bienes del deudor lo ha desapoderado de sus bienes, que no le pertenecen, ni los administra, y así como las demás deudas que contrajere después no obligan á la masa, tampoco obligarán las contraídas en la última enfermedad. Los médicos que lo han asistido, así como los que suministraron todos los remedios, saben que han tratado con un hombre que no posee bienes, y únicamente tienen derecho á lo que quedare de la masa, ó adquiriese por su trabajo ó de cualquier otro modo.

Creo, pues, que Martou no plantea bien la cuestión é incurre en error al sostener que no hay ostentación de remedios, como lo repite el Dr. Llerena, siguiendo esta opinión. No hay ostentación de remedios, pero puede haberla, y grande, con relación á la reunión de médicos, traslación de un lugar á otro, estadía en hoteles de lujo, etc.; por ejemplo, el enfermo á quien se le ordena ir á la montaña para curarse y toma un tren expreso, alojándose en un departamento de un hotel de primera clase, ¿no hace acaso gastos de ostentación para obtener su objeto? Los acreedores no deben reconocer privilegios á esos gastos, que deben sugetarse á las condiciones requeridas para los funerarios; es decir, ser hechos según la condición de la persona del deudor y su fortuna.

Los seis meses señalados para el privilegio de los gastos de última enfermedad, deben contarse á partir desde el fallecimiento para atrás; así, cuando el individuo se hubiera encontrado enfermo durante un año, los gastos sólo tendrían privilegio por los últimos seis meses. Si el individuo hubiera sanado de esa enfermedad y falleciere por cualquier accidente dentro de los seis meses, ¿se considerarían como gastos de última enfermedad? Así lo cree el Dr. Velez-Sarsfield en la nota, siguiendo la opinión de Mourlon, III, 1264, quien citando á Brodeau, dice: «ninguna acreencia es más privilegiada que la de los médicos, y si ella es tan privilegiada es porque con frecuencia ellos conservan la vida á los enfermos. ¿Alguno sostendrá, en presencia de esta declaración hecha por Brodeau, que según la opinión de este autor, el médico que ha consornado la vida á su enfermo no tiene privilegio? Parece que en su especie, la curación del enfermo es una razón de más para favo-

privilegio general sobre los muebles por *los salarios de la gente de servicio y de los dependientes, por seis meses, y el de los trabajadores á jornal por tres meses* (art. 3880, n.º 3).

recer al médico, quien conservándole la vida, ha hecho el bien y ha contribuido á la seguridad de los otros acreedores». En efecto, no habría lógica en conceder el privilegio al que tiene la poca suerte de que se le muera el enfermo, y negárselo al que lo ha salvado, estando dentro del término. Pero la cuestión se puede presentar bajo otro punto de vista. ¿Tienen privilegio los gastos de la última enfermedad de que el deudor se ha curado, falleciendo después de un accidente casual? ¿Son esos los gastos de la última enfermedad á que se refiere la ley? Mi opinión es por la afirmativa, siempre que esos gastos se encuentren comprendidos dentro de los seis meses; porque si bien no se puede negar que el pensamiento del legislador ha sido el de favorecer la asistencia del enfermo, garantiendo al médico, boticario, enfermeros, etc., que serán pagados con preferencia en caso de fallecimiento del enfermo, tampoco se puede aceptar que ese privilegio se pierda por el hecho de sanar el enfermo. Sería acordar una prima por la muerte del enfermo, en vez de ofrecerla por la curación. — Véanse arts. 3904 y 3913.

(Art. 3880, n.º 3.) Cuando se trató de discutir en Francia la nueva ley de privilegios, al referirse á la disposición que vino á ser después el art. 2101, del Cód. Francés, la comisión del Gobierno decía: «si la humanidad y el orden público exigen que los muertos sean enterrados, que los enfermos no sean abandonados, y que no se rehusé alimentos á un desgraciado, no se ven motivos suficientes para conceder privilegios á un sirviente más que á un obrero, que con frecuencia tiene una numerosa familia que mantener», pero no se suprimió el privilegio, y comprendiendo la razón que existía para no excluir á los obreros, se les concedió también. No es por humanidad, en este caso, que se concede el privilegio, sino en razón de su condición humilde, por la dependencia en que viven, pues por respeto y temor á sus patrones, no se atreven á ser exigentes, y cuando llegan á cobrar, se contentan con una promesa que muchas veces se cumple tarde, ó no se realiza. Es para defenderlos de esta confianza, que deben tener en quien los mantiene y les da casa, que se les concede el privilegio. Y sería injusto privarlos de esta preferencia, cuando se trata de cantidades relativamente pequeñas, por haber tenido demasiado respeto por sus patrones.

¿Pero qué se debe entender por gentes de servicio? ¿Son únicamente los criados ó sirvientes que se tienen á sueldo en la casa? Aubry y Rau,

El legislador se ha mostrado benigno con el deudor desgraciado, á fin de no dejarlo privado de aquellos elementos indispen-

§ 260, n° 4, comprenden á los que alquilan á una persona su trabajo ó industria por un tiempo determinado, y mediante un salario fijado de antemano, sea para servir á una familia ó una explotación rural; es decir, sirvientes propiamente dichos, como porteros, mucamos, cocineros, pastores, etc.». Es, pues, por la condición humilde, y por la dependencia y sujeción en que se encuentra el sirviente, que se le concede el privilegio. Así, pues, los profesores de cualquier clase que sean, aunque den lecciones todos los días, y sus salarios estén convenidos por mes, las institutrices y demás gentes, que no pueden llamarse sirvientes, no gozarán del privilegio.

Notamos una pequeña incongruencia entre esta disposición, que sólo concede el privilegio por los últimos seis meses, cuando debió acordarlo por el año en que se prescribe ese servicio, según el art. 4035, n° 5, como lo ordenan los Códigos que han seguido al francés.

Por esa razón, no se justifica que se hayan concedido privilegios á los dependientes, que no son ni sirvientes ni obreros, y que si bien se encuentran en cierta dependencia, no están en las circunstancias indicadas, ni debían ser comprendidos en el privilegio. Sólo la humildad de la condición en que se encuentra colocado el sirviente, sus limitados alcances, la vergüenza y el temor de disgustar al patrón ó señora, influye para que no puedan ser exigentes.

Nuestro Código abandona en este caso á Goyena y al Cód. Francés, que le han servido de modelo, para tomar la disposición del Cód. Chileno, art. 2472, n° 4°, que equipara el salario de los dependientes al de los domésticos, sin tener en cuenta las diferencias fundamentales que apuntamos.

En cuanto á los obreros ó trabajadores á jornal, debemos distinguir: si trabajan por mes, yendo á su casa, aunque en realidad no están en la categoría exacta de los sirvientes ordinarios, se les debe considerar como tales, para el efecto de hacellos gozar del privilegio por seis meses, porque son trabajadores que locan sus servicios como los domésticos, y la razón para concederles privilegio no es por la dependencia, sino porque su trabajo aumenta, se puede decir, el valor de los bienes del deudor, sobre los que deben cobrarse los acreedores, y sería por demás injusto é inhumano que éstos se enriquecieran con el trabajo de un obrero humilde; cuando por el contrario trabajasen á jornal, entonces sólo gozarán del privilegio por los últimos tres meses, y por lo demás entrarán con los acreedores comunes, lo que no debía suceder, porque esos pobres

sables para la vida cotidiana, por esa razón ha concedido privilegio general sobre los muebles á los acreedores por *los alimentos suministrados al deudor y su familia durante los últimos seis meses* (**art. 3880**, n° 4, 1ª parte); pero es entendido que deben ser con arreglo á su clase y condición social, rechazándose todo gasto excesivo, porque si por humanidad para que no le falte alimentos, se conceden privilegios á los que los suministran, no se debe autorizar el abuso, y es deber impedir la confabulación para perjudicar á la masa de acreedores que deben pagar esos gastos de su propio peculio.

Pero como dice el artículo durante los últimos seis meses, ¿desde qué tiempo debe comenzarse á contar ese plazo? Nos responde el **art. 3880**, n° 4, últ. parte: *las épocas designadas en los*

trabajadores han aumentado el caudal que sirve de garantía á los demás.

¿Qué se entiende por dependientes en el sentido del artículo? Son los que se encuentran colocados en las casas de negocios, como tenedores de libros, ó únicamente los empleados en tiendas, almacenes, bazares, etc.? La Academia de la lengua castellana sólo trae la acepción en el sentido del que sirve á uno ó está subordinado á su autoridad: pero los autores reputados, de la lengua, dan esta acepción especialmente á los que están empleados en un comercio, tienda, etc., ganando un sueldo mensual ó anual. Así es que la palabra dependiente debe tomarse en el sentido de empleado en el establecimiento.

(**Art. 3880**, n° 4.) Los alimentos comprenden, según el art. 267, la satisfacción de las necesidades en manutención, vestido, habitación, asistencia y gastos por enfermedades, confundiéndose en parte este inciso con el n° 2, sobre los gastos de la última enfermedad. ¿Cómo colocar los gastos de enfermedad que tienen prioridad sobre los servicios prestados por los domésticos, con el presente en que los mismos créditos tienen una graduación inferior? Esta incongruencia viene de la diferencia con la legislación francesa, donde sólo se comprende en el privilegio *los suministros para la subsistencia*, y no se cuenta el vestido, la habitación, ni los otros objetos que no importan un elemento necesario para ésta. Así, dice Pont, X, *Priv. é hip.*, II, 92: «la ley habla de subsistencia, y por esto será necesario entender todo lo necesario para el consumo diario de la casa de familia en mercaderías, sean alimenticias ó no... Pero los suministros hechos para el alumbrado, calefacción, cocción de los alimentos, para el lavado y planchado, se consideran como

números anteriores son las que preceden á la muerte, ó embargo de los bienes muebles del deudor, entendiéndose que el embargo debe ser de todos los bienes muebles que posea.

suministros para la subsistencia, al mismo título que los suministros para los alimentos de los que son accesorios naturales». Aunque por nuestro derecho la palabra alimentos tiene una extensión que no se le da en derecho francés; sin embargo, no debe comprender los gastos de escritorio, como papel, plumas, y objetos semejantes, ni tampoco las pensiones que se pagasen por los hijos colocados en colegios, ni el honorario de los profesores, sean de música, pintura, lenguas, etc.

Los autores hacen distinción entre los alimentos suministrados por los individuos que hacen el negocio de vender á sus clientes esos objetos, y los que no ejercen el comercio. El privilegio acordado es únicamente para los que venden dichos objetos, haciendo de esta venta su negocio, á fin de que estando asegurados con este privilegio sobre los demás acreedores, no tengan dificultad para fiarlos; no gozarán de él aquellos que por amistad ó parentesco proporcionaren esas cosas. Pero se presenta la cuestión siguiente: los suministros para la subsistencia de un hotel, ¿tienen el privilegio concedido por este artículo? Me decido por la negativa; porque el privilegio se acuerda á los gastos de alimento para la familia, y los individuos alojados no se pueden considerar en esas condiciones. Para estar dentro de la verdadera doctrina, habría necesidad de reconocer los gastos correspondientes á la alimentación de la familia, á los que se acordaría el privilegio.

Pero, ¿qué se resolvería con relación á aquellos suministros de lujo que se hubieran hecho al deudor y su familia? ¿Tendrían privilegio las modistas y sastres, por suministros de vestidos de lujo? Me parece que los alimentos tienen un límite infranqueable, los vestidos necesarios según la condición del deudor y su familia; si éste ha llevado un gran tren hasta el momento de su muerte, los que han suministrado de buena fe todos esos vestidos, tendrían derecho para hacer que el importe se comprenda en el privilegio; pero únicamente los vestidos, no las joyas ni demás objetos.

El privilegio por los alimentos sólo comprende los dados en los últimos seis meses, de modo que si el acreedor hubiera demandado un año antes por una cantidad de ellos, y se reconocieran y aceptaran por el deudor en los últimos seis meses, no gozarán del privilegio, porque no corresponden á los seis últimos meses. Del mismo modo, si el acreedor recibiera un pagaré de su deudor por los suministros de los últimos seis meses, no gozaría del privilegio, porque habría convertido su crédito

El Estado Nacional ó Provincial era considerado en la antigua legislación como menor de edad y se le concedía los mismos

por la novación en una acreencia ordinaria, que sólo se prescribe por diez años entre presentes y veinte entre ausentes, mientras los créditos por suministros se prescriben por un año.

El inciso contiene una limitación saludable al privilegio concedido por *alimentos*, cuya extensión acabamos de estudiar, al exigir que sean para el *deudor y su familia*. ¿Qué extensión debe darse á la palabra familia? La familia del deudor se compone de la mujer é hijos que vivan con él, aplicando aquí lo dicho en el n° 1, con relación á los gastos funerarios. No importa que los hijos fueran mayores de edad, y sean á su vez jefes de familia, siempre que estuvieren en casa de su padre, quien corriese con toda la subsistencia. Según Marcadé, II, 92: «la familia comprende ciertamente, no sólo los hijos, aún mayores, si habitan con él y si no han separado sus intereses de los de su padre, sino también á los ascendientes, y á todos los parientes consanguíneos ó afines que el deudor tenga con él en su casa, y que constituyen la familia de la que es jefe, y también los sirvientes que él mantiene ordinariamente», con cuya opinión no estoy conforme, por la extensión que da á la palabra familia. Por mi parte, admitiría como familia á las personas á quienes el deudor está obligado por la ley á dar alimentos y que vivan en su casa; pero dejaría todas las demás que se encuentran viviendo ordinariamente, sin que el deudor tenga el deber de alimentarlas. ¿Con qué derecho puede perjudicar á sus acreedores alojando en su casa á cuanta persona se le ocurra? ¿Por qué estarían obligados los acreedores por los alimentos suministrados á personas extrañas? Si cuando se trató de los gastos funerarios sólo se dió privilegio á los que correspondían al deudor y á sus hijos, olvidando á la mujer, ¿por qué comprenderíamos aquí bajo el nombre de familia, á todos los que vivieran en su casa?

El tiempo de los seis meses últimos, se cuenta desde el fallecimiento del deudor, retrocediendo hasta el último día del plazo. El inciso pone también como punto de partida desde el día del embargo de los bienes: porque supone que ejecutado el deudor y embargados los bienes se opera el concurso de las acreencias, y es la primera vez que trae este caso, indicando así que el privilegio por los alimentos, como el de los gastos de última enfermedad, el de salarios, etc., cuando concurren con los demás acreedores, conservan su privilegio, aunque no haya fallecido el deudor. El privilegio concedido á todos estos créditos tiene lugar en los casos de concurso.

En caso de cesión de bienes del deudor no comerciante, ¿desde cuándo

privilegios que á éstos; pero se suprimieron los que correspondían á los incapaces, y sin embargo, se conservaron los fiscales, por eso es que tienen privilegio general sobre los muebles del deudor *los créditos á favor del Fisco, y de las Municipalidades, por impuestos públicos (art. 3880, n° 5)*, no así los que tuviera provenientes de contrato ó de indemnizaciones que se debieran.

comienzan á contarse los seis meses para los privilegios? Valette, así como Pont, sostienen, que desde la presentación hecha por el acreedor, conforme al art. 660, Cód. de Proc. Francés, que forma el punto de partida para contar remontando hacia atrás, el año ó los seis meses; es decir, desde el momento en que el acreedor privilegiado ha hecho su oposición al embargo pedido por el acreedor quirografario sin privilegio; Aubry y Rau, § 260, nota 32, sostienen que la época de la distribución no se puede fijar invariablemente. Es una cuestión de procedimiento; nosotros no podemos resolverla, porque eso corresponde á las Provincias; pero según el Cód. de Proc. de la Capital Federal, no hay oposición como en derecho francés; el que embarga bienes para el pago de su crédito, no puede ser detenido en su procedimiento sino obteniendo la declaración de quiebra del deudor comerciante, la moratoria ó concursando civilmente al no comerciante. De modo que el plazo de los seis meses so contaría desde el momento en que fué concursado. — Véanse arts. 267, 371 y 372.

(Art. 3880, n° 5.) El Dr. Segovia, así como el Dr. Llerena, sostienen que el presente inciso es completamente inútil, dice el primero, y el segundo lo llama parásito. Disiento de estas opiniones, y he fundado la mía en el art. 3879, n° 2, sosteniendo que ninguna de las dos disposiciones debe suprimirse, porque responden á situaciones diferentes. Como ambos autores no dan razón alguna para fundar una opinión que tiende á suprimir una disposición del Código, debemos insistir en la gravedad que envuelve semejante modo de interpretar la ley.

Lo primero que hacen notar es la incongruencia entre una y otra disposición señalando al mismo crédito una colocación diferente, en caso de concurso. Si el Fisco tiene privilegio general sobre muebles ó inmuebles por el artículo anterior, y es colocado en el segundo rango con los gastos de justicia, ¿cómo es, dicen, que viene á descender el mismo crédito á la quinta categoría? Si los créditos con privilegio general sobre los muebles, que no pudieran pagarse en su totalidad con éstos, deben ser cobrados de los inmuebles con preferencia á todos los acreedores no privilegiados, ¿para qué sirve entonces la declaración general del art. 3879,

§ 1054. — DEL PRIVILEGIO GENERAL Y MODO DE CONCURRENCIA

Los créditos que tienen privilegio general sobre los muebles sólo puede ejercerlo sobre todos los muebles del deudor, pero

nº 2? Quedaría como una declaración inútil, si es que el presente artículo no viniera á determinarle una colocación precisa, cuando concurra con los créditos privilegiados. Si este inciso se suprimiera, convendría preguntar á los que lo tachan de inútil ó de parásito, ¿qué colocación se daría á los créditos del Fisco por impuestos públicos, cuando concurran con los acreedores enumerados en los cuatro incisos anteriores? No les sería preferido á los gastos funerarios, porque estos van á la par y están en el mismo orden que los gastos de justicia; pero serían preferidos á los gastos de última enfermedad, al de los salarios, alimentos, etc., precisamente todo lo contrario de lo que expresamente establece este inciso, que les señala el 5º grado. Sería además necesario suprimir el art. 3919, que determina el orden en que deben ser pagados los que tienen privilegio sobre los muebles, cuando su valor no alcance para cubrir los créditos; en una palabra, alteraríamos por su base los privilegios. Mi opinión es que ninguno de estos artículos está de más, y que la disposición del art. 3918 explica la existencia del art. 3879, nº 2; porque los créditos por impuestos Fiscales, teniendo privilegio general sobre los muebles é inmuebles, deben ser pagados sobre el producto de los inmuebles con preferencia á todos los otros acreedores del deudor, ateniéndose á lo ordenado en el art. 3919, cuando concurra con los acreedores que tienen privilegio general sobre los muebles, en que no se prorratea con esos créditos, sino que toma la colocación que este artículo le señala.

Así, pues, es imposible suprimir este inciso, porque él determina una colocación que desaparecería, si no existiera. Que el mismo crédito tenga un privilegio general y especial, no tiene nada de extraño. Así, por ejemplo, los gastos de justicia tienen privilegio general sobre los muebles y los inmuebles cuando se trata de gastos que benefician á la masa, y deben ser pagados con preferencia á cualquier otro crédito, y sin embargo, esos mismos gastos de justicia tienen privilegio especial sobre el inmueble por los gastos necesarios para la venta.

Sobre todo, hemos dicho que el Código ha sido reformado en esta parte en la Capital Federal por las leyes de impuestos, pues no se puede hacer trasmisión de la propiedad raíz, sin antes pagar todos los que corresponden al Fisco, de modo que vienen á primar sobre todos los

cuando no alcanzaren á pagarse con los muebles, ¿no podrán ocurrir á ejercer su privilegio sobre los inmuebles? Sí, pero únicamente *cuando el valor de los inmuebles no hubiese sido absorbido por los acreedores privilegiados ó hipotecarios*, en ese caso, *la porción del precio que quede debida, es afectada con preferencia al pago de los créditos designados en el artículo anterior (art. 3881)*, de modo que el privilegio se ejerce subsidiaria-

créditos; pero no sucede así en las Provincias, donde el Fisco ocuparía el 5º lugar, en la distribución de los bienes.

Nuestro Código ha olvidado conceder privilegio al Fisco por los créditos de que deban responder los empleados del Gobierno, por razón de la administración que se le haya confiado en virtud del oficio que desempeñan, como lo hace (Guyana, art. 1926. El Cód. Chileno, art. 2472, divide los créditos del Fisco en provenientes de impuestos públicos, que tienen el 6º lugar de la primera categoría; mientras coloca en primer lugar de la cuarta categoría, art. 2480, á los créditos del Fisco contra los recaudadores ó administradores de los bienes Fiscales. Lo mismo debía concederse privilegio sobre los créditos ordinarios á los provenientes de los recaudadores de los establecimientos públicos de beneficencia, caridad y de educación común; porque no es justo que se perjudiquen los pobres á quienes están destinados. Hay un interés público en que esos créditos sean cobrados con preferencia á los de los particulares, y cuando se corrija el Cóligo deben tenerse presente estas observaciones.

No hay distinción entre los créditos Fiscales y Municipales, por impuestos públicos, ni entre los que importan servicios, como el barrido, limpieza, cloacas, etc., con los impuestos directos de contribución territorial y otros semejantes, porque el artículo no distingue.

Cuando el Fisco y la Municipalidad concurren por sus impuestos, si los bienes no alcanzaren para pagar las deudas, tomarán á prorrata lo que existiera, según el art. 3882.

(**Art. 3881.**) Aquí vuelve á plantearse la cuestión, á saber: ¿qué colocación debo darse á los créditos con privilegio especial, cuando concurren con los que tienen privilegio general sobre los muebles y los inmuebles, y con los créditos que sólo tienen privilegio sobre los muebles?

Y repetimos lo que hemos dicho al estudiar esta cuestión, que no es posible sonar reglas generales invariables, en presencia del sistema, que podemos llamar mixto, aceptado por nuestro Código, en que se combinan los privilegios especiales con los generales, según sea la natura-

mente, salvo aquellos casos en que la misma ley coloca los créditos con privilegio general sobre los muebles en la misma línea

leza de la causa que haya producido la acreencia. Así, por ejemplo, el privilegio general concedido á las costas de justicia, que tienen preferencia sobre cualquier otro, cederá á un privilegio especial, cuando esas costas sólo fueren hechas para la venta de un objeto determinado, on que pierde su generalidad y se especializa, tomando el primer lugar, únicamente con relación al objeto sobre el cual se han causado; mientras se le dará el primer lugar sobre todos los créditos, cuando fueren gastos de inventario, tasación ó partición de los bienes dejados en una sucesión.

El presente artículo no viene á alterar estos principios; consagra únicamente este otro: que cuando los créditos con privilegio general sobre los muebles no pudieran ser cubiertos por éstos, pasan como privilegiados sobre los inmuebles: pero no como suponen algunos, que no dañan á los créditos que tienen privilegio sobre la generalidad de los muebles y los inmuebles, de que habla el art. 3880; porque eso sería ir contra la verdad, desde que los créditos por impuestos Fiscales, que tienen privilegio general sobre los muebles y los inmuebles, son vencidos por los gastos funerarios, que sólo lo tienen sobre los muebles. El verdadero principio es que los créditos con privilegio general sobre los muebles, se ejercen sobre los inmuebles, cuando no pudieran ser pagados con los muebles, en el orden en que los coloque el Código en cada caso especial; así, por ejemplo, el privilegio especial del conservador sobre un bien inmueble cede su paso á los gastos funerarios, art. 3901; el privilegio especial del vendedor sobre el precio no pagado, el de los obreros que hubieren trabajado en la casa vendida, cadén igualmente á los gastos funerarios, art. 3916; el privilegio especial del acarreador y del prendario, cedon también al de los gastos funerarios, arts. 3910 y 3913. En este sentido se debe entender el art. 3915, salvando los casos en que el privilegio general fuera preferido al especial.

Es necesario tener en cuenta estos principios, sin pretender formar reglas generales invariables que no son posibles, dado el sistema de nuestro Código; por haberlos olvidado, tal vez, es que algunos sostienen, que cuando los créditos con privilegio general sobre los muebles no alcanzan á cubrirse, lo restante se cobrará de los inmuebles que no estén afectados á privilegios especiales ó generales del art. 3879, mientras que según los casos entran, y son preferidos sobre esos inmuebles, como sucede en el caso del art. 3916.

Se podría intentar formular una regla general, como lo hemos he-

que los privilegiados sobre los inmuebles. Así, por ejemplo, el vendedor del inmueble que tiene privilegio especial por el precio no pagado, cuando el inmueble se encuentra en poder del deudor,

cho, sometiéndola á las excepciones de los diversos artículos, para llegar así á principios que nos sirvieran de guía en tan difícil materia.

El art. 3915 es un complemento del presente, y so le debe considerar como formando partes de un mismo todo.

Debe procederse con gran cautela al explicar esta parte de nuestra ley civil, cuando se ocurre para aclararla á los autores franceses, porque nuestro Código á cada momento introduce variantes adoptando unas opiniones y rechazando otras. Por ejemplo, Martou, que ha servido de guía en la mayor parte de este título, es abandonado en muchos lugares, y por eso mismo conviene analizar sus opiniones antes de seguir las sin discernimiento; sobre todo en la parte en que nuestro Código se ha separado del Cód. Francés. Así, cuando dice en el n° 374: «de los cinco privilegios que el Cód. Napoleón extendía sobre la generalidad de los muebles y de los inmuebles á la vez, la ley de 1851 no ha conservado sino el de los gastos de justicia, el único que la crítica había respetado, y con razón. En cuanto á los otros, ha parecido que era favorecerlos en una medida suficiente el colocarlos antes de las acreencias quirografarias, no solamente sobre los muebles sino sobre lo que quedare de los dineros producidos por los inmuebles, después del pago de las acreencias privilegiadas é hipotecarias»; por nuestro derecho no sucede semejante cosa; algunos de los créditos del art. 3880 conservan su privilegio, aún al pasar á ejercerse sobre los inmuebles, y tienen prelación sobre los mismos que tenían privilegios especiales. No es extraño, pues, que el mismo autor sostenga como un principio que no puede combatirse bajo la legislación francesa, de que los acreedores con privilegio general sobre los muebles, que no alcancen á ser pagados, al pasar á cobrarse de los inmuebles sólo conservan el privilegio contra los quirografarios, mientras por nuestra legislación sucede lo contrario, en algunos casos.

Volvemos á repetir, en la Capital Federal los créditos por impuestos Fiscales, tienen preferencia sobre todos sin excepción, tratándose de inmuebles, porque no se admite traspaso de ninguna especie, sin que antes se hayan abonado los que se adendaren; así, según este sistema, son preferidos á los gastos de justicia, desde que antes de traspasar el inmueble al comprador, deben abonarse los impuestos Fiscales: pero en las Provincias, conservan el rango señalado por el Código.—Comp. Cód. Francés, 2101, últ. parte. BATTUR, *Priv. é hip.*, n° 37. — Véanse arts. 3915 3918 á 3920.

dor, es preferido por los gastos funerarios, según el art. 3916.

El modo como se deben colocar los créditos que tienen privilegio general, cuando concurren todos, lo determina el **art. 3882**,

(**Art. 3882.**) Es necesario concordar y armonizar la última parte de este artículo con el art. 3919. Comparémoslos. El art. 3919, dice: «si los créditos concurrentes se hallan comprendidos en un mismo número serán pagados á prorrata»; exigiendo la concurrencia sólo en el mismo número; por ejemplo, los salarios de los domésticos, el sueldo de los dependientes, y lo debido á los jornaleros, si concurren al mismo tiempo, serán prorrateados según su importancia; pero el artículo que estudiamos, dice: «los créditos de un mismo número concurren á prorrata, si fuesen de igual condición»; aquí ya no es bastante encontrarse comprendidos en un mismo número para prorratearse con los demás, es necesario que sean de igual condición. Y para marcar más decididamente esta nueva cláusula, el Dr. Velez-Sarsfield, en la nota, explicando el artículo, nos dice: «si las condiciones de los créditos difieren; si no son de la misma calidad, si la una es más favorable que la otra, no puede decirse que la circunstancia de hallarse en el mismo número, hace que los créditos sean de la misma condición. Siendo imposible que la ley designe las condiciones todas de los créditos que se hallen en el mismo número, el orden de ellos para el pago queda librado á los jueces»; pero, por más grande que sea la autoridad del codificador, no podemos admitir esta interpretación que deroga una disposición expresa del mismo Código. ¿Cómo podría el juez pagar íntegramente á los sirvientes, dejando impagos á los dependientes, porque los créditos no son de igual condición? Esto sería derogar el art. 3919; pero también tomándolos á todos como de la misma condición sería dejar sin cumplimiento el presente artículo. En esta alternativa, y para dar cumplimiento á ambas disposiciones, diríamos: el presente artículo establece que no habrá preferencia entre los créditos de la misma condición ó causa, cuando ellos se presenten en concurso; por ejemplo, los gastos de botica, de médicos, de enfermeros, que son de la misma condición se pagarán á prorrata, cumpliéndose lo ordenado en este artículo; pero cuando los del mismo número que reconocen causas diversas, como el de los sirvientes, obreros y dependientes, en ese caso los del mismo número se pagarán también á prorrata, sin que los jueces tengan facultad para preferir á unos y dejar impagos á los otros, aplicándose el art. 3919.

La igual condición no se refiere á la fecha en que el crédito fué contraído, sino á la causa que le ha dado vida y lo hizo aparecer; así el médico que lo atendió á los cinco meses, y el que lo siguió visi-

al decir: *los créditos privilegiados sobre los bienes muebles se ejercen según el número que indica su clasificación. Los de un mismo*

tando después y el que lo sucedió, así como el farmacéutico que proporcionó los remedios durante el cuarto mes de la enfermedad y el que continuó proporcionándolos hasta el fallecimiento, no tienen prelación alguna por el tiempo en que fueron suministrados, y todos concurren á prorrata, porque esos créditos son de la misma condición.

El Dr. Velez-Sarsfield, aceptando estos principios en la nota, parece separarse de ellos, aunque en realidad no sucede así; porque sostiene que en los privilegios, la clasificación se hace en el mayor número de casos teniendo en consideración la fecha, y dice: «la prioridad de tiempo da ya la prioridad, ó impone la inferioridad del origen», refiriéndose á privilegios especiales de naturaleza determinada, como el del vendedor por el precio de la cosa que ha pasado á diversos propietarios, sin pagarla, que el 1º tendría privilegio sobre los demás, mientras sucedería lo contrario en el caso de los diversos conservadores de una cosa, pues, el último debe ser preferido. Pero tratándose de los privilegios concedidos por el art. 3880, no puede suceder semejante cosa, y no hay fecha que acuerde privilegio mayor al más antiguo sobre el más moderno ni viceversa; porque todos deben clasificarse según el orden determinado y los de la misma rama ó número entran en igualdad de condiciones. No hay, pues, caso en que los jueces puedan juzgar á su arbitrio cuáles son las condiciones que deben ser preferidos los que se encuentran en el mismo número. La regla es, pues, que los créditos señalados en el art. 3880 se deben pagar según el orden determinado; los del mismo número se abonarán á prorrata si son de la misma condición; si concuerran diversos créditos del mismo número, también serán abonados á prorrata.

El Cód. Chileno, art. 2473, que sin duda ha servido de modelo á nuestro artículo, dice con mayor claridad: «los créditos enumerados en el artículo precedente afectan todos los bienes del deudor; y no habiendo lo necesario para cubrirlos íntegramente, preferirán unos á otros en el orden de su numeración *cualquiera que sea su fecha*, y los comprendidos en cada número concurrirán á prorrata», y esta es la inteligencia que debe darse á nuestro artículo. — Véanse arts. 3880, 3898, 3899, 3903, 3919 y 3920.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3882.—En general, los privilegios que la ley abraza en el mismo número son de la misma condición, aunque nacidos en épocas diferentes; y así deben concurrir juntos, no obstante la diferencia de sus fechas. Esto tiene lugar, por ejemplo, en los gastos mortuorios, en los de

número concurren á prorrata, si fuesen de igual condición; sin que por eso se exija, para concurrir á prorrata, que sean de la misma condición; así, por ejemplo, pueden concurrir varios domésticos por sus salarios, varios dependientes por los suyos, y no habría razón para acordar privilegio á los unos sobre los otros; se encuentran en el mismo número y gozan de igual privilegio. Lo único que podría exigirse es que se clasifiquen según la condición, concurriendo á prorrata por grupos, lo que daría el mismo resultado.

la última enfermedad. etc. Mas respecto á los privilegios, fundados sobre consideraciones de otra naturaleza, se puede decir en general que es la regla inversa la que los rige.—En el mayor número de casos, la clasificación se hace teniendo en consideración su fecha. La prioridad del tiempo da ya la prioridad, ó impone la inferioridad del orden. Así, cuando un bien ha sido vendido sucesivamente por muchas personas y que ninguna de ellas ha sido pagada, la anterioridad en la fecha, da la prioridad en el orden, el primer vendedor es preferido al segundo y éste al tercero. Pero si al contrario, muchos obreros hubiesen hecho en diversas épocas reparaciones sobre el mismo objeto, la prioridad del tiempo causa la inferioridad en el orden para el pago. El acreedor más reciente es preferido al acreedor más antiguo. La diferencia de fechas en este caso, es esencial: imprime á los acreedores más recientes un carácter particular que los hace más privilegiados que los que preceden en tiempo. La equidad exige que los acreedores que, por su trabajo ó por sus gastos, han conservado la garantía ó prenda de los créditos de los otros, sean pagados antes que ellos. Cuando los obreros han sido en diferentes tiempos llamados á reparar la misma cosa, hay entre ellos la diferencia decisiva, que los obreros llamados últimamente han conservado por su trabajo el privilegio de los obreros que les han precedido, mientras que ellos no obtienen ningún provecho de los trabajos anteriores. Esta diferencia constituye por su naturaleza una causa legítima de preferencia. Si las condiciones de los créditos difieren; si no son de la misma calidad; si la una es más favorable que la otra, no puede decirse que la circunstancia de hallarse en el mismo número, hace que los créditos sean de la misma condición. Siendo imposible que la ley designe las condiciones todas de los créditos que se hallan en el mismo número, el orden de ellas para el pago queda librado á los jueces.—Véase Moulton, *Examen crítico* desde el n.º 32.

CAPÍTULO II

DE LOS PRIVILEGIOS SOBRE CIERTOS MUEBLES

§ 1055. — DEL PRIVILEGIO DEL LOCADOR

El legislador ha debido garantizar al locador, que pone la casa á disposición del locatario, para que mediante un arrendamiento use de ella, porque no tiene medios de hacerse pagar el arriendo, y sólo cuenta con los muebles que se introduzcan, y por esa razón ha dicho: *gozan de privilegio los créditos por alquileres ó arrendamientos de fincas urbanas ó rurales, sean los acreedores los propietarios de ellas, ó sean los usufructuarios ó locatarios principales, á saber: por dos años vencidos, si se trata de una casa; por tres años vencidos, si se trata de una hacienda de campo (art. 3883, 1ª parte).*

(**Art. 3883.**) Aquí debemos recordar lo que dijimos con relación á los predios rústicos y urbanos, que lo eran no por la situación que ocuparen, como generalmente se cree, sino por la calidad de ellos. Un terreno vacío, aunque esté situado en una ciudad ó villa, es un predio rústico, mientras que una casa aunque esté en la campaña, es un predio urbano. Así, pues, cuando el artículo habla de fincas urbanas ó rurales, se refiere á las casas, ó terrenos sin ellas; pero debemos hacer una distinción que viene de nuestro modo de ser. En la República Argentina se edifican casas en las campañas, que sirven de núcleo ó centro de un establecimiento ganadero ó agrícola, son los que constituyen nuestras estancias y chacras, que no dejan de ser fundos rurales por los edificios que contienen, pues éstos son un accesorio del establecimiento, que sirve para la explotación. Pero así mismo, si se trata del alquiler de la casa únicamente, como sucede en las campañas en que se arriendan casas para establecer almacenes y tiendas, sin comprender terreno para

En cuanto á las cosas que comprende el privilegio del locador, se regirán por las reglas siguientes:

1ª *Las cosas sobre que se ejerce este privilegio son todos los muebles que se encuentren en la casa (art. 3883, 2ª parte), con*

la ganadería ó la labranza, en ese caso se debe considerar como un fundo urbano y está sujeto á las disposiciones que rigen á éstos.

Hechas estas diferencias, comparemos las disposiciones del art. 1558 y las del presente, que algunos han encontrado incongruentes. Por el art. 1558, se concede el derecho de *retención* de los frutos que la cosa arrendada produjere, dando á entender así que se trata de un fundo rural que produce frutos; ese mismo derecho se concede sobre todos los objetos con que se halle *ameublée*, aplicándose á la finca urbana. Ese derecho de retención lo usará separadamente sobre los frutos ó sobre los muebles, según sea el predio rústico ó urbano; pero cuando fuere rústico y tuviere casas, se ejercerá sobre unas y otras cosas sin distinción. Los muebles con que está guarnecida ó provista se juzgará que pertenecen al locatario *mientras no se pruebe lo contrario*; esto por lo que se relaciona con el derecho de *retención*. Comparemos el *privilegio* concedido por este artículo: gozan de privilegio los arrendamientos por dos años vencidos, si son de fincas urbanas; por tres si son predios rústicos ó campos. Cuando se ejerce el privilegio por alquileres de las fincas urbanas, es sobre todas las cosas introducidas, aunque no pertenezcan al locatario, si lo fueren para ser vendidas, como los efectos que se mandan en comisión á un almacén ó tienda ó negocio; pero no responden al privilegio las cosas introducidas con conocimiento del locador de que no pertenecen al locatario ó si fueran robadas ó perdidas; no hay más diferencia que en los términos de que se vale el legislador; en aquél caso se reputan que le pertenece, mientras no se pruebe lo contrario; en éste es necesario que el locador tenga conocimiento; pero aunque fueran completamente diferentes, tratándose de cosas diversas jamás habría incongruencia, porque el derecho de retención es completamente diferente del privilegio: éste no es en realidad un privilegio sobre los demás créditos, ni puede impedir á los acreedores que ejecuten la cosa y la embarguen; si bien podrá resistirse á la entrega antes de ser pagado de su crédito; es una posesión ficta, porque en realidad el locatario tiene las cosas en su poder; pero la ley declara que en este caso posee las cosas introducidas para su locador. No hay, pues, ni puede haber incongruencia entre disposiciones diversas.

Si se tratase de un predio rural, el privilegio que tienen los alquile-

excepción de aquellos objetos que se hubieren depositado con conocimiento del locador.

2ª Todos los muebles *que sirven para la explotación de la hacienda rural, aunque no pertenezcan al locatario, introducidos allí de una manera permanente ó para ser vendidos ó consumidos (art. 3883, 3ª parte)*; porque unos y otros se reputan como pertenecientes al inquilino.

res se extiende á los tres últimos años vencidos, de modo que en caso de concurso podría ejercerlo sin discusión de ninguna especie contra los quirografarios, sobre todas las cosas que sirven para la explotación de la hacienda rural, aunque no pertenezcan al locatario, si han sido introducidas de una manera permanente. Si fuera una propiedad urbana, el privilegio se ejercerá sobre los muebles introducidos cuando el locador ignorase que no pertenecen al locatario, de modo que éste deberá probar que instruyó al locador, sobre la propiedad de las cosas introducidas.

Cuando la cosa fuera sublocada, el privilegio lo ejercerá el locatario principal sobre las cosas introducidas en ella, y á su vez el propietario puede ejercerlo sobre las mismas cosas por el precio debido por el locatario; pero si éste hubiera recibido el precio de la sublocación, ¿podría resistirse al embargo que hiciera el propietario? Así lo creo, con arreglo á lo dispuesto en el art. 1601, n.º 2, en que el sublocatario sólo responde por lo que debiese al locador originario.

Es una condición necesaria para ejercer el privilegio que los muebles se encuentren en la casa; porque si han sido sustraídos, trasladándolos á otra parte, sólo se conserva durante un mes. Si los muebles hubiesen sido vendidos y sustraídos de la casa por el comprador, ¿conservaría el propietario su privilegio durante un mes? ¿A qué quedaría reducido el principio de que en las cosas muebles la posesión vale por título? Quiero decir, entonces, que no se pueden comprar las cosas que están en la casa, sin estar sujeto á la reivindicación, cuando han sido sustraídas y el mismo vendedor puede demandarlas; pero ante el peligro de poner en la mano del locatario la facultad de hacer ilusorio el privilegio, dejando burlado al locador que no tiene garantía alguna, y el de hacer pesar sobre el comprador de buena fe la deuda privilegiada, el legislador ha adoptado por favorecer al primero; porque el segundo debe saber, al comprar los muebles, que pueden ser robados ó sustraídos de la casa donde el inquilino debe los alquileres, le es fácil hacerse demostrar por el vendedor que son suyos los muebles que vende.

3ª *El dinero, los títulos de crédito que se encuentren en la casa, y las cosas muebles que sólo accidentalmente están allí, de donde*

Y aquí conviene ir fijando en cada artículo el lugar que ocupa la acreencia privilegiada para facilitar de ese modo la colocación que cada uno debe tener. Así, por ejemplo, el crédito del locador es preferido: 1º, por los gastos de la venta de los muebles afectos al privilegio; 2º, por los gastos de justicia hechos en ejecución del crédito mismo; 3º, por los gastos funerarios; 4º, por los gastos de conservación de las cosas afectas al privilegio; 5º, por los gastos de última enfermedad del deudor; 6º, por los créditos del prendario sobre los frutos de la cosecha del año; 7º, por el depositante si el locador sabía que las cosas depositadas no pertenecían al locatario; 8º, por el privilegio del acarreador sobre las cosas introducidas en la casa; 9º, los créditos por semillas, sobre el precio de la cosecha. De modo que según esta clasificación el locador estaría en el décimo grado; pero no es posible dar una colocación determinada á cada crédito; porque raras veces concurren todos juntos. Pongamos un ejemplo para demostrar lo difícil que es hacer esta clasificación. El locador cobra dos mil pesos por alquileres vencidos, ejecutando los muebles que el deudor fallecido tenía en su casa, y concurren con él, los acreedores que han hecho los gastos funerarios, los que suministraron los alimentos al deudor, los que hicieron gastos de conservación en alguna de las cosas vendidas y los obreros que trabajaron algunas de esas cosas. ¿Cómo deberá dividirse el producto de la venta de esos muebles? Ocupan el primer lugar los gastos hechos para la venta de las cosas, art. 3901; el 2º, los gastos funerarios; 3º, los gastos de conservación; 4º, los de última enfermedad; 5º, los obreros en el valor de las cosas que trabajaron, no en las demás; 6º, los gastos de justicia; es decir, los de la ejecución con relación al crédito cobrado; pero no á los otros, y recién vendría en el 7º lugar el del locador; pero si concurriera el acarreador, el que dió las semillas para la última cosecha con relación al valor de ésta, tendría otro lugar: así, como los gastos de justicia que sólo ocupan el primer lugar, cuando tienen por objeto conservar las cosas en beneficio de todos los acreedores, como son los gastos de inventario, colocación de sellos, etc. Debe tenerse presente, que el privilegio de que gozan los gastos de justicia, cuando son hechos en beneficio de la masa, tienen la preferencia sólo á ese título; si únicamente beneficiaran al crédito cobrado, lo tendrán con relación á éste, no respecto de los demás; así, pues, el término general de gastos de justicia, sólo comprende á los que se han hecho en beneficio de todos.

Para concluir diremos, que el locador tiene el derecho de retención

deben ser suculdas, no están afectadas al privilegio del locador, cuando él ha sido instruido de su destino, ó cuando éste le ha sido conocido por la profesión del locatario, por la naturaleza de la cosa ó por cualquier otra circunstancia, como también los muebles que el locador sabía que no pertenecían al locatario, y las cosas robadas ó perdidas, que no son comprendidas en este privilegio (art. 3883, últ. parte, porque estas últimas pertenecen á sus

sobre las cosas introducidas en la casa arrendada, y como este no es un privilegio verdadero, tiene además el derecho para hacerse pagar con preferencia á los acreedores quirografarios, y aún con relación á otros acreedores privilegiados.

Se exceptúa el dinero y los títulos de crédito; pero las demás cosas que se encuentran en la casa quedan sujetas al privilegio del locador, con la excepción indicada en el artículo, separándose en esta parte de la doctrina francesa, que no las comprende, porque el art. 2102 habla sólo de todo lo que guarnece la casa, reconociendo, como lo hace la nota del codificador, que el dinero y las alhajas no están en estas condiciones; no tienen, como dicen Aubry y Rau, § 261, nota 8, «una relación necesaria con la habitación del locatario en esta casa, pues que no sirven ni al ejercicio de su profesión, ni á los usos domésticos, ni á la explotación de los locales alquilados»; y nuestro artículo los exceptúa, comprendiendo sólo los muebles, puestos accidentalmente, en la categoría de las cosas que amueblan la casa, salvo el caso en que el locador hubiere sido instruido de su destino. Como doctrina no es sostenible, porque el privilegio se funda en que el propietario ó locador ha debido contar con la garantía de los muebles que adornan la casa, y que estando á la vista se pueden seguir con relativa facilidad á donde quiera que se trasporten; no sucede así con los muebles introducidos accidentalmente. En contra de la última parte del artículo, TROPLONG, VALETTE, MARTOU, AUBRY y RAU y PONT.—Véanse arts. 1558, 1578, 1586, 1590, 1601, n° 2, 3878, 3884 y 3905.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3883. — Aunque no se pueden adquirir derechos sino sobre los bienes de las personas con quienes se contrata, sin embargo, todos los bienes introducidos en la casa alquilada, están comprendidos en el privilegio del locador, pertenezcan ó no al locatario, con tal que el locador, en el último caso, ignore que pertenecen á un tercero. Por lo tanto, la reivindicación de los objetos que el locatario tiene á título de locación ó de prenda, no puede dañar al propietario de la casa donde ellas se encuentran. Él tiene sobre esas cosas una clase de posesión de garantía, que le permite oponer la regla de que respecto de los muebles la posesión vale por título. El pro-

propietarios, que tienen derecho para reclamarlas de cualquier poseedor.

pietario de ellas, que las ha entregado, ó que las ha prestado al locatario, ha confiado en su buena fe, que se las devolvería ó pagaría su valor, si directa ó indirectamente disponía de ellas, ó las sujetaba á derechos preferentes. El locador que las ha visto en su casa, ha debido creer que pertenecían á su locatario, y ha contado con ellas como con una garantía del contrato. Es preciso decir del propietario locador, que cuenta adquirir un derecho de prenda sobre los muebles introducidos en su casa, lo que se dice del comprador que trata de adquirir la propiedad; su posesión de la cosa, unida á su buena fe, da al poseedor, por una especie de prescripción instantánea, el derecho, cualquiera que sea, que ha creído adquirir.

El Código Francés disponía que las cosas sobre que se ejercía el privilegio del locador, eran los muebles que *adornaban la casa*, y esto ha traído mil cuestiones entre los juriscultos sobre la clasificación de los muebles que adornan una casa. Nosotros, después de la ilustrada discusión sobre la materia en que entra Mourlon desde el n.º 83, decimos en el artículo *que se encuentran en la casa*, lo cual es conforme á las Leyes Romanas y á la Ley de Partida. Las excepciones que ponemos se justifican por sí mismas. Así, cuando plantas de árboles han sido accidentalmente puestas en una casa alquilada, cuando el equipaje de un viajero se ha puesto en una posada, ó cuando los relojes se han confiado á un relojero para componerlos, el locador sabe, ó debe saber que tales objetos no están en su casa sino de paso, para ser pronto sacados de allí; él no ha debido contar con ellos: se comprende entonces que escapan á su privilegio; mas cuando la profesión de su locatario ó la naturaleza misma de las cosas introducidas en su casa no indican que ellas no están sino accidentalmente; cuando su destino ordinario y habitual debe más bien hacerle creer que han sido llevadas para permanecer allí; como cuando los instrumentos del cultivo de una hacienda se introducen en ella, el locador puede entonces contar con esas cosas para su seguridad. Si no se le instruye por una declaración formal, ¿cómo podría saber que sólo estaban en su casa accidentalmente y de paso? ¿qué signo le habría revelado su destino? El hombre más cuidadoso de su derecho habría tenido la misma creencia que él. En este punto no hay que juzgar sino una mera cuestión de buena fe: que los muebles estén en la casa para permanecer en ella, ó que no estén sino de paso, ¿qué importa si el locador ha creído y ha podido creer legítimamente que eran introducidos para permanecer allí?

La excepción no puede aplicarse á las mercaderías. Aunque no estén para permanecer en los almacenes ó tiendas, están obligadas al pago de los alquileres, como que el alquiler ha tenido por fin conservarlas allí para venderlas, y regularmente para reponerlas con otros efectos.

La excepción comprende el dinero, cuyo destino es gastarlo fuera de la casa; los títulos de crédito, porque ellos no son parte de las cosas que estén en la casa, sino simples instrumentos que sirven para probar la existencia de los créditos; y los muebles que el locador sabía que no pertenecían al locatario.

La razón del privilegio no existe cuando el locador hubiese sabido que las cosas introducidas en la casa pertenecían á otro. En tal caso, habría podido exigir otras garantías. El conocimiento que se debe dar al locador de los de-

En cuanto á la extensión y garantía que se debe dar al privilegio del locador, habría sido conveniente que la ley hubiera sido más precisa, pues es vago y demasiado general el **art. 3884**,

(**Art. 3884.**) Este artículo concede un gran privilegio que puede perjudicar á los demás acreedores, haciéndolo inútil; por esa razón es necesario restringirlo á lo expresamente estipulado. Supóngase que en el contrato de arrendamiento se ha convenido que el locador suministrará el carbón necesario para la usina arrendada, al precio establecido de antemano, y en ejecución de ese contrato lo ha hecho, durante un

recho de los terceros en las cosas introducidas en la casa, debe ser en el momento de la introducción de las cosas en la casa alquilada. Un conocimiento adquirido posteriormente, le sería ineficaz, pues él ha podido considerar como garantía de los alquileres las cosas introducidas por el locatario. — Martou, desde el n° 412. — Hay, sin embargo, ciertos casos en que la naturaleza de los muebles, unida al destino de los lugares á que han sido conducidos, basta para que el locador sepa que no son del locatario, como por ejemplo, los muebles que, según el uso de las casas de educación ó colegios, llevan los pensionistas.

Martou, desde el n° 407, combate la generalidad de la doctrina que forma nuestro artículo; pero lo hace fundado únicamente en el texto del Código Francés, que limita la garantía del locador á los muebles que *adornan la casa*.

La excepción que ponemos comprende las cosas robadas ó perdidas. El que preste cosas muebles á un locatario, ó que por otra causa las coloca en casa de él, consiente tácitamente en que quedan afectadas al locador; pero cuando se trata de un mueble robado ó perdido, no puede decirse que su dueño lo ha afectado á la seguridad del crédito del locador, pues ignora en que casa se encuentra, ó si el que lo ha robado ó hallado, ocupa ó no una casa alquilada. En tal caso, el derecho de prenda del locador no puede ser más protegido que el derecho de propiedad. Y, pues, que el comprador de un mueble robado ó perdido no puede conservar el derecho de propiedad que ha creído adquirir, es evidente que el locador no podrá, con más razón, estar autorizado á conservar la prenda de su crédito, sobre el cual había contado. — Véase Pothier, *Louage*, n° 243. — Persil, sobre el art. 2102. — Duranton, tom. 13, n° 81.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3883.—Los bienes que guarnecen la finca arrendada, garanten el pago de los alquileres.—Jur. Com., V, 28, Ser. 1°.

Los acreedores con privilegio general—honorarios de abogado y síndico—sólo tienen prelación sobre los de privilegio especial—alquileres—en la parte necesaria para la venta de los bienes afectados.—Jur. Com., X, 214, Ser. 4°.

El alquilar de la casa, después de la declaración de quiebra, debe ser pagado inmediatamente de realizados los bienes como gasto necesario del concurso.—Jur. Com., IV, 132, Ser. 3°.

No procede el embargo preventivo por alquileres, si los bienes no se encuentran en el predio ni subsiste la locación.—Jur. Civ., XII, 22, Ser. 4°.

El acreedor por alquileres tiene privilegio sobre el producido de los muebles embargados por un acreedor común.—Jur. Com., V, 318, Ser. 3°.

al decir: *el privilegio del locador garantiza, no sólo los alquileres que se deban, sino también todas las otras obligaciones del loca-*

tiempo más ó menos largo, hasta que viene á ocurrir el concurso. Debe los alquileres, suministros de carbón y otros útiles según el contrato, y en ese caso, el privilegio del locador se ejercerá por el importe de los últimos dos años del arrendamiento de la fábrica, más el importe de lo suministrado; así lo han decidido las Cortes francesas en diversos casos, sin tener un texto tan claro como el nuestro; pero ocurre preguntar: ¿los suministros en cumplimiento del contrato, no tienen término? ¿Se cobrarán, por ejemplo, dos años de arrendamientos y tres de suministros? El artículo dice, que no sólo garantiza los alquileres *que se deban*, sino también las otras obligaciones del locatario que se derivan del *contrato de arrendamiento*; luego se pone en los mismos términos que los alquileres, y no es justo que el privilegio se extienda á mayor plazo que el arrendamiento, y entre extender un privilegio por un tiempo indeterminado y concretarlo al mismo plazo que al arrendamiento, me decido por esta última opinión, porque los privilegios son de derecho estricto. Creo, pues, que los suministros hechos en virtud del contrato de arrendamiento, ó lo que se debió hacer en la casa, no deben pasar del término de dos años.

Téngase presente que los acreedores del concursado suceden en todos los derechos y obligaciones de éste, á menos de ser inherentes á su persona, así es que el contrato de locación continuará con el concurso, y si éste lo rescindiera estaría obligado á pagar los daños y perjuicios, como si fuera el mismo locatario.

Aubry y Rau, § 261, texto en la nota 25, de donde probablemente fué tomado nuestro artículo, dicen: «el privilegio del locador tiene por objeto garantizar la ejecución completa del contrato de arrendamiento. Se aplica no solamente á los alquileres, sino á las otras obligaciones del locatario, *tales como las reparaciones locativas, las indemnizaciones por deterioros sobrevenidos por su falta, las contribuciones que el locador haya pagado, y los adelantos que le hayan sido hechos en virtud de las cláusulas del contrato de arrendamiento*». La parte que va en letra *itálica*, se ha suprimido en nuestro artículo y ocurre la duda, sobre si el privilegio alcanzará á esas reparaciones. Me decido por la afirmativa, porque esas reparaciones deben gozar de privilegio en todos los casos, desde que el contrato ó la ley lo obligasen á hacerlas, y con mayor razón la indemnización de los perjuicios causados.

Nuestro Código nada dice sobre la cuestión suscitada en derecho francés, relativa á los contratos de arrendamiento bajo documento privado, sin fecha cierta, en que el art. 2102, Cód. Francés, sólo les acuerda el

tario, que se derivan del contrato de arrendamiento, extendiendo así de un modo general este privilegio á todo lo que se derive del arrendamiento.

Se ha dicho que el privilegio del locador garantiza dos años de alquileres vencidos, si fuera una casa la arrendada, y de tres si fuera hacienda de campo; pero el legislador, olvidando esta diferencia, legisla únicamente el caso en que los muebles fueran sacados de la casa alquilada, sin decir una palabra sobre si el privilegio se conserva igualmente cuando se tratara de una hacienda de campo; así, dice el **art. 3885**: *si los muebles gravados con el*

privilegio por un año, á partir de la expiración del año corriente. Cuando el contrato de arrendamiento fuera un documento simple sin fecha cierta, ¿cómo debe juzgarse por nuestro derecho? Nuestro Código no contiene disposición especial á esto respecto, y tendremos que someternos forzosamente á lo dispuesto por el art. 1035 respecto á la fecha cierta, y desde ese instante podrá proteger al locador para en adelante; porque si admitiéramos todos los contratos privados, colocaríamos al arbitrio del deudor el que pudiera acordar privilegios en perjuicio de los demás acreedores. El contrato debe ser extendido en forma auténtica, ó si fuere privado, sólo desde que hubiere tomado fecha cierta. — Véanse arts. 1558, 1582, 1586, 1590 y 3883.

(**Art. 3885.**) El presente artículo parece acordar un privilegio de tal naturaleza, que traería una verdadera perturbación en la legislación, derogando, por decirlo así, principios universalmente reconocidos, autorizando el engaño y poniendo á los terceros á merced del locatario. El legislador argentino, por favorecer al locador, lo que es fácil según las costumbres francesas, vendría á perjudicar á los terceros adquirentes de

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3884. — Sobre todo lo comprendido en los dos artículos anteriores, L. 9, Tit. 17, Lib. 3, Fuero Real. — L. 5, Tit. 8, Part. 5ª. — L. 6, Tit. 11, Lib. 10, Nov. Rec. — Cód. Francés, art. 2102. — Art. 20 de la Ley de Bélgica, de 16 de Diciembre de 1851. — L.L. 2 y 4, Tit. 2, Lib. 20, Dig. — Martou, *Privil.*, desde el n° 385. — Mourlon, *Examen critico*, desde el n° 83. — Zachariæ, § 791, nota 9. — Pont, *Privil.*, desde el n° 104. — Aubry y Rau, § 241. — Troplong, *Privil.*, n° 152.

Señalamos dos y tres años para el ejercicio del privilegio, porque el locador que sufre dos ó tres años de atraso en los alquileres ó arrendamiento, es culpable de una negligencia que no sería justo que sufriesen los otros acreedores.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 3884. — Véase fallo al art. 3883. — Jur. Com., X, 214, Ser. 4ª.

privilegio hubiesen sido sustraídos de la casa alquilada, el propietario de ella (ó el sublocador) puede, durante un mes, hacerlos em-

buena fe que hayan comprado los muebles enajenados. Semojante privilegio no debe tener la extensión que le acuerda el art. 2102, Cód. Francés, que en nuestro modo de ser es imposible ejercerlo, sin herir intereses que merecen mucho respeto. Explicamos esta diferencia.

En Francia existen generalmente en todas las casas que se alquilan, el conserje que es el representante del propietario; así, cuando los muebles se han sacado de la casa, se presume, con razón, que no habiéndose opuesto á nombre del propietario, es porque éste ha consentido tácitamente en renunciar al privilegio sobre los objetos extraídos; pero ese consentimiento no se puede suponer en caso de sustracción, eludiendo la vigilancia del conserje, y entonces hay un delito que no puede servir de base para autorizar la enajenación, aunque el adquirente tenga buena fe, como sucede en los casos en que se venden las cosas robadas ó perdidas. Hay, pues, en la expresión del Cod. Francés, *dépôt sans son consentement*, una especie de sustracción, y así lo ha entendido el Dr. Volez-Sarfield al traducirlo cuando dice en el artículo: «hubieron sido *sustraídos* de la casa alquilada». Pero esta sustracción que se explica, según las costumbres francesas, no tiene su razón de ser entre nosotros, en que los propietarios no mantienen en las casas alquiladas porteros ni conserjes, donde el inquilino es completamente dueño de la casa alquilada, pudiendo sacar los muebles que quiera sin que lo sepa el propietario, en cuyo caso hace uso de un derecho perfecto, sin que cometa el delito de sustracción. Un inquilino que encarga á un rematador la venta de tales ó cuales muebles en su casa de remate y éste los manda buscar públicamente, vendiéndolos en almoneda al mejor postor, no se ha hecho, indudablemente, cómplice de una sustracción, y el que los ha comprado no está sujeto á la reivindicación hasta dentro de un mes, como parece desprenderse del texto del artículo, ni está el comprador en el caso del que adquiere cosas robadas ó perdidas, en que no pueden perder la cosa sin que le abonen el precio pagado. Así, pues, el que compra una cosa robada en una casa de remate estaría seguro de no ser perjudicado, porque no soportaría la reivindicación sino bajo la condición expresa de que se le devolverá el precio pagado; pero el que compra una cosa que ha sido sacada de una casa alquilada, por el mismo propietario, y vendida en remate, estaría en mejor condición; porque el privilegio concedido por el artículo es para las cosas sustraídas, y el que vende las cosas propias no comete sustracción. Creo, pues, que sólo debe admitirse el privilegio, cuando se ha

bargar para hacer efectivo el privilegio, aunque el poseedor de ellos sea de buena fe; prolongando, por decirlo así, el privilegio, sin

tomado la cosa, sustrayéndola de la casa alquilada, porque entonces no sólo se comete un delito, sino que se priva al locador de los muebles que están afectados al privilegio.

En cuanto al consentimiento que el locador debe prestar para que se saquen los muebles, habría convenido dar una regla general; por ejemplo, el aviso dado al locador de que se van á sacar tales ó cuales muebles y el silencio que éste guardase; pero como lo dice la nota, tomada de Martou, eso dependerá de las circunstancias especiales de cada caso.

Cuando la casa se alquila para un negocio de compra y venta de objetos, como son, por ejemplo las casas de remate, se sobreentendiendo el consentimiento del locador, para vender todas las cosas que se encuentren en la casa.

Afortunadamente, entre nosotros, este privilegio no tiene lugar casi nunca por la naturaleza de los objetos muebles, en que el locador no puede saber que cosas introdujo en la casa, ni cuando ha sacado, ni adonde las ha llevado, ni si fueron vendidas. El modo como tiene lugar la locación de casas entre nosotros, se separa tanto de las costumbres europeas, que es un error muy grande aplicar á este respecto en nuestro país la legislación de aquellas naciones. Allí el locatario está bajo el poder del locador, no puede sacar muebles sin que inmediatamente lo sepa el propietario y lo impida, si hay atraso de alquileres; no puede el locatario abandonar la casa sin que antes haya abonado el más pequeño defecto que hubiere hecho en ella; un clavo puesto en las paredes ó en el piso, debe ser pagado, por el deterioro que causa, una mancha en la pared, y cualquier desperfecto por pequeño que fuera debe ser tasado y pagado; el inquilino está obligado á avisar al propietario tres meses antes, su deseo de abandonar la casa, sino tiene contrato, obligándose á señalar una hora del día para que pueda ser vista por los que deseen alquilarla; en una palabra, el propietario tiene todos los medios para asegurar el pago de los alquileres y de los perjuicios ocasionados; mientras entre nosotros sucede todo lo contrario, por el dominio casi absoluto con que investimos al inquilino, que se apodera de la casa y hace de ella lo que quiere, sin que tengamos medios para conocer las transformaciones interiores ni los perjuicios que origina, y un buen día, cuando menos lo pensamos, nos encontramos con las llaves y una casa destruída, llena de inmundicias que debemos hacer sacar. Así es como por la forma en que se hace el arrendamiento entre nosotros, quedan como letra

tener en cuenta el perjuicio del nuevo locador, que debe defenderse exigiendo á su nuevo inquilino la exhibición del último recibo, para conocer así su verdadera garantía.

muerta estos privilegios que en las legislaciones europeas prestan una verdadera garantía al propietario, que rarísima vez puede ser perjudicado.

Estudiaremos este artículo con arreglo á las teorías europeas, que no tienen aplicación en nuestro modo de ser americano.

Comenzamos, pues, por admitir que el caso de *sustracción* de que nos habla el artículo, y que sólo puede tener lugar en el sistema de locación, tal como se entiende y practica en Europa, entre nosotros importa el sacar los muebles, enajenándolos simuladamente á terceros; con el objeto de privar al locador de su privilegio por los alquileres vencidos, cuando los muebles que quedaren en la casa no alcanzaren para pagar el alquiler; por consiguiente no tendrá acción alguna cuando los existentes fueran bastantes para el pago del crédito, aunque hay decisiones contrarias de Cortes Francesas, y Moulon las defiende, con buenas razones al parecer; pero no debemos admitirla.

El derecho de pedir el embargo sólo puede extenderse, según el artículo, á los *muebles* gravados; por consiguiente no se comprende el dinero y los títulos de crédito, de que habló en el art. 3883, y los muebles colocados accidentalmente que estaban exentos del privilegio, cuando el locador fué instruido de su destino.

Martou, II, 437, hablando de los embargos judiciales, propone esta hipótesis: «si se han sacado los muebles en virtud de un embargo judicial practicado por uno de los acreedores del locatario, no se puede ejercer la reivindicación... El sólo recurso que la ley deja al locador, es el de hacer oposición al precio de los muebles para hacerse colocar según su rango. Al decidir lo contrario la Corte de Poitiers, por su sentencia de 17 de Febrero de 1834, ha violado el texto formal del art. 609 del Cód. de Procedimientos»; porque en efecto, la justicia no ataca en este caso el privilegio del locador, y sólo lo obliga á pedir una colocación actual haciéndolo valer.

Si entre nosotros este privilegio pudiera tener lugar, como sucede en Francia, la prolongación del plazo habría ocasionado gravísimos perjuicios, trayendo la inseguridad en las adquisiciones de bienes muebles; porque el Cód. Francés sólo lo limita á 15 días, mientras el nuestro lo ha llevado al doble; pero ya lo hemos dicho, quedará como letra muerta, por la imposibilidad en que se encuentra el locador para saber que muebles introdujo su locatario, y cuales son los que ha

§ 1056. — DEL PRIVILEGIO DEL POSADERO, ACARREADOR, GASTOS
DE SEMILLAS Y COSECHA

Los que tienen casas de posada, donde se alojan los viajeros, sean fondas, hoteles, casas de pensión y alojamiento, deben estar resguardados por el crédito que se ven obligados á hacer á los pasajeros, por eso el legislador les ha concedido un privilegio que los garante y facilita su admisión; así, dice el **art. 3886**: *el po-*

sustraído una vez que han estado en la casa.— Véanse arts. 3883, 3884 y 3890.

Dobe entenderse la expresión *el propietario de ella*, como comprendiendo al sublocador, porque no es necesario ser propietario de la casa para gozar del privilegio.

(**Art. 3886.**) En el presente artículo se nota la diferencia entre el posadero y el locador, pues sólo tiene privilegio sobre las cosas introducidas en la posada, *mientras permanezcan en ella*, porque si las ha sacado de allí, se presume, con razón, que el posadero ha consentido en renunciar á su privilegio sobre esas cosas.

Es justo y razonable que se acuerde al posadero un privilegio mayor que al locador, por las obligaciones que la ley le impone, considerándolo como depositario de las cosas introducidas en la posada, y por la natu-

Nota del Dr. Vélez-Sarsfield al art. 3883.— Véase L. 5, Tit. 8, Part. 5ª.— Martou, desde el n° 432. — Aubry y Rau, § 211. — Zachariae, § 791. — Pont. *Privil.*, n° 130 y siguientes. El consentimiento del locador para que los muebles saquen de la casa, puede ser expreso ó tácito, y en ambos casos no puede reclamarlos. La cuestión de saber si hay consentimiento tácito, depende del examen de las circunstancias. Los Tribunales apreciarán si los hechos alegados importan un consentimiento tácito.

Obsérvese que hay una clase de mudanza de los muebles á otra casa ó lugar, que, desde el origen del alquiler, supone necesariamente el consentimiento tácito del locador, y son los que éste ha podido prever por razón de los lugares alquilados ó de la profesión del locatario. Cuando un propietario alquila una tienda á un negociante, ó arrienda á un agricultor una heredad rural, la enajenación ó mudanza á otro lugar de los efectos, son operaciones legítimas, porque son inevitables y de la esencia de las cosas. No puede decirse así, si el transporte de los efectos fuese extraño al ejercicio regular de la profesión del locatario y al movimiento normal de sus negocios. La presunción del consentimiento falta entonces.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.— Aplicación del art. 3883.— Véase fallo al art. 3883. — Jur. Civ., XII, 22, Ser. 4ª.

posadero goza del privilegio del locador, bajo las mismas condiciones y excepciones, sobre los efectos introducidos en la posada, mientras

ralza de los suministros que proporciona. Además de esto, los posaderos están en cierto modo obligados á recibir á los pasajeros, casi sin garantías de ninguna clase, y para la seguridad de sus créditos, que provienen de la habitación y alimentos, debían ser preferidos á cualquier otro acreedor, sin distinción de ninguna especie; sin embargo, si para cobrar ese crédito y hacerlo reconocer y pagar, ha tenido necesidad de hacer gastos de justicia, éstos deben ser naturalmente preferidos al crédito que se cobra, porque sin ellos no habría podido obtener su pago, y por una razón de humanidad y de respeto por los muertos, si el viajero ha fallecido en la posada, los gastos de entierro deben tener preferencia sobre el crédito del posadero, y así lo reconoce el artículo, al conceder el privilegio en las mismas condiciones que al locador; pero como se supone que el crédito del posadero comprende los alimentos suministrados, de ahí que no sea preferido por los gastos de última enfermedad, como lo establece el art. 3904; sin embargo, haremos notar al estudiar el art. 3914, que los gastos de la venta de las cosas introducidas en la posada deben ser preferidos, porque sin esa venta no habría podido ser pagado.

La disposición comprende las joyas, dinero y objetos de valor introducido en la posada, pues no deben estar exceptuados del privilegio, aunque el viajero hubiera prevenido que no le pertenecían, porque todos los objetos que el pasajero lleva consigo deberán responderle por los gastos. Así, pues, las joyas que lleva un dependiente de una casa de comercio, que se presenta en ese carácter, están sujetas al privilegio, aunque hubiere sido instruido el posadero de su destino y objeto; porque no se trata de la locación, ni del caso del art. 3883, sino de las cosas introducidas en la posada, que responden al privilegio.

El privilegio de los posaderos es por el precio del alojamiento y *suministros habituales* á los pasajeros. ¿Esto importa decir, que no tendrá privilegio por los banquetes que diere el viajero, ni por los departamentos de lujo que usare? No lo creo; la expresión de suministros habituales se refiere á lo que el posadero está acostumbrado á dar en su posada, y comprende todo lo que pertenece á su profesión.

El privilegio es por el alojamiento y suministros; es decir, la comida y demás servicios habituales; el dinero prestado, y cualquier otra cosa vendida al pasajero, como ropa, joyas, etc., no gozan de privilegio, y entran en la categoría de las deudas ordinarias. Si el hotel tuviera carruajes y caballos para la comodidad de los viajeros, como sucede en los

permanezcan en ella, y hasta la concurrencia de lo que se le deba por alojamiento y suministros habituales de los posaderos a los via-

que están situados en parajes lejanos, el alquiler de ellos se comprende igualmente en los suministros ordinarios. El gasto que hiciera el viajero, por excesivo que fuera, como si tomase vinos de gran precio, ó diese comidas de lujo, todo eso está comprendido en el privilegio del posadero.

¿Qué se entiende por posadero, y qué por viajero? Según la definición de Morlin, posadero es el que tiene una posada ó hotel y que hace la profesión de recibir, alojar y dar comida á los viajeros; y el diccionario de la lengua castellana entiende por posadero al que tiene casa de posadas, y hospeda en ella á los que se lo pagan». El art. 2230, llama posaderos á aquellos cuya profesión consiste en dar alojamiento á los viajeros; así es que no se considerarán en ese carácter á las personas que ocasionalmente, con motivo de fiestas, exposiciones, etc., alojase en su casa á los viajeros, ni á las familias que acostumbrasen á tener estudiantes ó dependientes, dándoles casa y comida por una pensión.

La palabra viajero comprende únicamente á las personas que vienen de una localidad á otra y no tienen domicilio en el lugar; los que teniendo familia y casa en la misma localidad, van á vivir en un hotel, sea por tener enfermos contagiosos en su casa, ó por cualquier otro motivo, si no se consideran en ese carácter para acogerse á las disposiciones del depósito necesario de que se habla en los arts. 2230 y sig., ¿por qué se considerarían como pasajeros para conceder al posadero el privilegio sobre las cosas introducidas en la posada? No debe ser así, porque el posadero conoce á la persona, sabe que tiene casa y familia en la localidad; si lo recibe y le hace crédito, no es por los objetos que pueda introducir, sino por el conocimiento que tiene de su responsabilidad.

El privilegio se extiende á todos los efectos introducidos en la posada, sean carros, carruajes, cabalgaduras, mercaderías, etc., que estuvieren en las dependencias de la posada; pero deben exceptuarse las ropas de vestir del viajero, que llevaré sobre su persona; pero no las joyas ó las alhajas.

Por una nueva aplicación de la regla, «que tratándose de muebles la posesión vale por título, dice Martou, los objetos introducidos en la posada, están afectados al privilegio, aunque no pertenezcan al viajero, porque sea mero detentador á título precario, siempre que el posadero no haya tenido conocimiento de los títulos del verdadero propietario»; así es que todos los objetos introducidos están afectados al privilegio.

El Dr. Llerena. sostiene que los posaderos gozan del privilegio de la

jeros. El privilegio no comprende los préstamos de dinero, ni se da por obligaciones que no sean las comunes de los viajeros; porque la

reivindicación que el art. 3845 concede al locador, para reclamar las cosas sustraídas durante un mes, fundándose en las palabras del artículo, que acuerda al posadero el privilegio del locador *bajo las mismas condiciones*; pero no me parece aceptable semejante teoría, porque esa frase está sujeta á la que le sigue y de la que no se puede prescindir, *mientras las cosas permanecían en la posada*; es, pues, condición *sine qua non* para usar del privilegio, que las cosas se encuentren en la posada; si han salido de ella, deja de existir, y no puede perseguirlas en poder de terceros; porque se supone con razón que las ha dejado salir, renunciando al privilegio. Por otra parte, las cosas que un viajero introduce generalmente en la posada, son de tal especie que escapan á una inspección, por su tamaño; y cuando por una casualidad se tratara de mercaderías ó carruajes, el acto de sacarlos de la posada sin oposición del posadero, indica su consentimiento. El privilegio no puede ejercerse sino sobre los efectos que permanezcan en la posada.

El Cód. Chileno, art. 2474, de donde fué tomado el nuestro, da mayor luz sobre esta cuestión; porque al conceder el privilegio al posadero y al acarreador, lo hace con la expresa condición de que las cosas hayan de permanecer en la posada ó en poder del acarreador, equiparándolas al privilegio del prendario, que sólo se ejerce mientras tiene la cosa en su poder.

Tampoco es exacto, como lo sostiene dicho autor, que el crédito del posadero esté en mejores condiciones que el del locador; lo que contradice la tesis sostenida por él, de que este crédito está en las mismas condiciones, cuando se trata de acordarle la reivindicación; porque si bien el art. 3914 dico, que el crédito del posadero sólo es preferido por los gastos de justicia y los funerarios, no se puede dejar en blanco al crédito por los gastos de la venta de la cosa que tiene privilegio sobre el crédito del posadero, y si no comprende los gastos de última enfermedad, es porque, si existen, el posadero mismo habría consentido se hicieran, sabiendo que tenían privilegio; de otro modo se faltaría á los deberes de humanidad, porque hay mayor razón para garantizar esos gastos que los de entierro y lutos. Sobre todo, hay que armonizar el art. 3904 con el 3914, que no pueden contradecirse.

Y para concluir, transcribiremos las palabras de Martou, II, 505, citado por el Dr. Velez-Sarsfield: «siendo fundado el privilegio del posadero sobre una prenda tácita, el posadero no puede ejercerlo sino mientras los objetos queden depositados en la posada. Si los deja llevar

garantía sólo debe alcanzar á lo que es habitual y ordinario, comida y alojamiento; cualquier otro crédito que el posadero hiciera al viajero no debe tener privilegio, porque está fuera de la órbita á que el legislador ha extendido su acción, para facilitar el crédito. Téngase presente que el privilegio del posadero se pierde cuando los objetos han salido de la posada.

Los transportes que facilitan el intercambio y son el auxiliar más poderoso del comercio, han debido llamar igualmente la atención del legislador para garantizarlos, y por eso dice el **art. 3887**:

por el viajero, pierde su privilegio; sólo es medido por la duración de su posesión».

Así, pues, el crédito del posadero cede á los gastos de justicia hechos para el reconocimiento del crédito, á los de la venta de las cosas, á los funerarios y á los de última enfermedad, si el viajero ha sido atendido en la posada, no así cuando fué sacado y llevado á otra parte. Cuando estudiamos el art. 3914, demostraremos la verdad de esta tesis.— Véanse arts. 1558, 1578, 2229, 2230, 3885, 3902, 3904 y 3914.

(**Art. 3887**.) Nuestro artículo sólo comprende á los acarreadores que no ejecuten un acto de comercio, porque los demás están sujetos á las leyes comerciales. El privilegio del acarreador se ejerce sobre los objetos transportados sean ó no de propiedad del que los hizo trasladar de una parte á otra, y aunque estuvieren depositados ó sujetos al privilegio del locador durante el mes de haberlos extraído de la casa; pero no gozan de eso privilegio, cuando han salido de poder del propietario para pasar á manos de terceros de buena fe, y en esta parte el privilegio del acarreador es inferior al del locador que persigue las cosas sustraídas á su privilegio aún en poder de terceros adquirentes, lo que hemos considerado como impracticable, tratándose de cosas muebles en que la posesión vale por título. El Dr. Illerona sostiene lo contrario; pero me parece un error, porque el privilegio concedido al locador, que hemos dicho es excesivo, cuando va á reclamar las cosas sustraídas adquiridas por terceros de buena fe, se funda en el texto expreso del art. 3885, y no se puede aplicar por analogía á este caso, en que las más de las veces sería imposible ejercerlo, porque si las mercaderías vienen embaladas, como generalmente sucede, será imposible conocer cuales son las que condujo, una vez que hayan pasado á terceros. Además de

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3886.—Martou, *Privil.*, desde el n° 48.—Persil, sobre el art. 2102, § 5. — Pont., *Privil.*, n° 163 y siguientes.—Tropiong, *Privil.*, n° 204.

goza de igual privilegio (al del posadero), el acarreador sobre los efectos trasportados que tenga en su poder ó en el de sus agentes, y

esto, el origen de la disposición es el art 20 de la ley de 16 de Diciembre de 1851, que dice: «los del acarreador y gastos accesorios sobre la cosa trasportada, mientras el acarreador esté en posesión de ella, y durante las veinte y cuatro horas que siguieran á la entrega al propietario ó destinatario, *con tal que ellos la conserven en su poder*. Lo que nuestro artículo ha alterado, como lo dice el Dr. Velez-Sarsfield, es el tiempo porque dura el privilegio, extendiéndolo á 15 días en lugar de las 24 horas; pero en ambas disposiciones, las cosas deben encontrarse en poder del propietario ó de sus agentes. Y Martou, n° 512, comentando esa disposición, dice: «en fin, aún durante esas 24 horas, es necesario, para que el privilegio pueda ejercerse, que las cosas no se encuentren fuera de la posesión de aquel á quien el acarreador las ha entregado. Esta última restricción es dictada por la máxima de que en las cosas muebles la posesión vale por título. La cosa trasportada *no puede en caso alguno ser reclamada de manos de un tercer adquirente*», y esta es la interpretación razonable de nuestro artículo, que concede el privilegio mientras las cosas estuvieron en poder del acarreador ó de sus agentes, y durante los 15 días que sigan á la entrega al propietario, habiendo suprimido la palabra *ó destinatario*, como lo dice la ley francesa; pues sucede con frecuencia que los efectos trasportados no son entregados al propietario, sino al que van consignados, que ordinariamente no es el dueño, sino un agente ó comisionista. Mientras los objetos permanezcan en poder del acarreador ó de sus agentes, el privilegio puede ejercerse sin término alguno; pero cuando salen, sólo puede hacerse valer *mientras permanezcan en poder del propietario*.

El Cód. de Chile, art. 2474, reduce el privilegio á muy estrechos límites, exigiendo que el acarreador tenga en su poder los objetos, y más aún, que las cosas trasportadas sean de propiedad del deudor; lo que parece razonable, porque si bien es cierto que en las cosas muebles la posesión vale por título, también lo es que el ladrón no puede comprometer las cosas robadas, creando por su acción un privilegio, lo que sucedería, si para ocultar la sustracción hubiera hecho llevar las cosas á otro lugar, en que el acarreador tendría privilegio por el porte de ellas, por eso dice, que el privilegio se ejercerá durante los 15 días que sigan á la entrega *que hubiese hecho al propietario*: pero esto sólo deberá tener lugar, cuando se trate de cosas robadas, no así en los demás en que basará con la entrega al destinatario, que se presume propietario.

Los gastos accesorios se limitan á aquellos que ha sido necesario

durante los quince días que sigan á la entrega que hubiese hecho al propietario, por el importe del transporte y gastos accesorios; pero

hacer para que el transporte tenga lugar, como los de embalaje de los efectos que los acarreadores se encargan de hacer; también son accesorios los derechos que el acarreador tuviera que pagar en las aduanas ó en las ciudades por los efectos transportados; pero no se comprenderán los impuestos de piso ú otros semejantes, que no se cobran á los efectos, sino á los carros ó carretas que sirven para hacer el transporte.

Se incurrió generalmente en error al querer fijar de un modo preciso el orden de un privilegio, cuando es necesario considerarlo con los que concurren á distribuirse los bienes del deudor. Así, por ejemplo: ¿Qué rango podría señalarse al crédito del acarreador? En primer lugar, los gastos de justicia hechos para el cobro de su crédito, le son preferidos según el art. 3900, porque sin ellos no habría sido reconocido y pagado; en segundo lugar, vienen los gastos ocasionados para la venta de las cosas, que pueden no ser judiciales; en tercer lugar, los gastos funerarios, también le son preferidos, art. 3910; en cuarto lugar, los gastos hechos por el conservador en la cosa transportada, que son preferidos á todos los créditos, art. 3901; finalmente, los de última enfermedad, que tienen preferencia sobre el del locador, art. 3904. Es cierto que el art. 3910 dice, que el crédito del acarreador no cede sino á los gastos funerarios y á los de la venta de las cosas transportadas; pero debe tomarse esa expresión como indicadora de que cuando concurre con ellos tiene preferencia; porque de otro modo sería necesario decidir, que tampoco cede á los gastos de justicia hechos para cobrar el crédito, lo que no sería cierto, pues se derogaría el art. 3900. La nota misma del Dr. Velez Sarsfield, para explicar por qué tiene una colocación preferente á los créditos del locador, se pone en el caso del privilegio del nuevo locador, sin por eso privar al antiguo de donde se han sustraído los muebles y que puede reclamarlos durante un mes. El acarreador ha transportado en ese caso objetos que estaban afectados á un privilegio especial, y el hecho de llevarlos á otro lugar, no puede crearle un privilegio superior al que estaban sujetos cuando los transportó. Finalmente, el conservador que tenía un privilegio en la cosa conservada, que no habría, tal vez, existido sin ese gasto, ó que por lo menos ha tomado mayor valor, ¿por qué sería preferido por el que la transportó, cuando sólo cede á los gastos funerarios y á los de la venta de la cosa? Todo esto hace pensar, que el art. 3910 no establece una regla absoluta sino para el caso en que concurra el crédito del acarreador con los gastos funerarios y los de la venta de la cosa transportada. Y confirma esta tesis el art. 3902, en que el crédito del

el privilegio no se puede ejercer sobre las cosas trasportadas que han salido de poder del que las hizo conducir; así, pues, sólo podrá

conservador es preferido, y también el art. 3907, en que el vendedor es preferido por el precio no pagado, al acarreador, al locador y al posadero, cuando éstos sabían que la cosa no había sido pagada. Así, pues, el acarreador que conduce mercaderías, que sabe no han sido pagadas, no goza de preferencia sobre el que las vendió. Queda, pues, demostrada la dificultad que existe para indicar un rango único á los créditos privilegiados; en cada caso especial y según sea la naturaleza de los que concurren á dividirse, será el lugar que cada uno ocupe. No se puede establecer una regla inalterable para muchos de ellos, y es necesario que cada artículo sea correlacionado con los que parecen dar un privilegio exclusivo. Así, veamos cuales son los créditos preferidos al del acarreador, no obstante que el art. 3910, parece limitar á dos, habiendo incurrido en este error el Dr. Llerena al señalar el tercer lugar; 1º, los gastos de justicia, art. 3900; 2º, los funerarios; 3º, los de la venta de la cosa; 4º, los del conservador cuando han precedido al transporte, si tenía conocimiento de ese crédito, art. 3902; 5º, el del vendedor por el precio no pagado, si tenía conocimiento de este hecho; 6º, los de última enfermedad, que tienen preferencia sobre el crédito del locatario, art. 3904.

El artículo fué corregido por el Congreso, donde decía *acarreador*, se puso *acarreador*, como lo exigía el sentido de la disposición.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3887. — Ley de Bélgica de 1851. art. 20, n° 7. — Aubry y Rau, § 261. — Duranton, tom. 19, n° 134. — Persil, sobre el art. 2102. — Martou, n° 509. — Pont, *Privit.*, n° 168. — Las consideraciones que legitiman este privilegio, reposan sobre los servicios que el acarreador hace á la sociedad facilitando las relaciones de negocios: sobre la necesidad en que lo pone su ejercicio de estar á la disposición de personas cuya solvencia no puede apreciar, y en fin, sobre él pesa el grave cargo de la conservación de las cosas confiadas á su cuidado.

La ley y los autores franceses citados, sólo dan veinticuatro horas al acarreador para reclamar su privilegio, después de entregar los efectos conducidos. Mourlon, desde el n° 45, ha criticado esa resolución con los mejores fundamentos, y siguiendo su opinión extendemos el término á quince días.

El privilegio sobre la cosa conducida no se extiende á las sumas debidas por transportes precedentes. Es necesario considerar los viajes del mismo acarreador como hechos por acarreadores diferentes. El privilegio no puede extenderse de un transporte á otro, cuando las cosas conducidas han sido el objeto de contratos distintos; pero otra cosa será, cuando se trate en globo de cosas determinadas que sean el objeto de un solo contrato, y formen bajo un solo precio, una sola operación: entonces es indiferente que el transporte se efectúe ó no por viajes repetidos. El modo de la ejecución de una operación

alegarlo cuando las cosas están en poder del que encargó el transporte, sea dueño, agente ó comisionista.

La agricultura, que es una de nuestras principales riquezas, ha debido merecer la protección del legislador en su base fundamental, la semilla y la recolección, como quien dice el principio y el fin de esta dignísima labor; así ha dicho el **art. 3888**: *son*

(**Art. 3888.**) Las sumas debidas por semillas y por gastos de cosecha tienen privilegio sobre el precio de ella, siendo preferidos á los gastos de conservación y á los del locador; pero no á los gastos de justicia, como lo creen algunos, porque no habiéndose podido cobrar el crédito sin esos gastos, debe aplicarse el art. 3900, en que los gastos de justicia tienen preferencia sobre el crédito, en interés del cual se han causado. Y esta colocación es la única que puede llamarse invariable, porque supone necesariamente gastos hechos para el reconocimiento y pago del crédito, que no habría existido legalmente si no se hubieran hecho.

No encuentra una especie de incongruencia entre la nota y el texto de la ley, pues ésta dice: «las sumas debidas por los gastos de la cosecha», sin determinar tiempo. lo que induciría á creer que cuando hay dos ó tres cosechas en el año, ó una cada dos ó tres años, se debe atender al tiempo de la cosecha para conceder el privilegio; pero la nota dice: «por los trabajos de la cosecha del año»; expresión que se repite en el art. 3900, cuando concurre el locador con el prendario, en que éste es privilegiado sobre los frutos de la cosecha del año; pero que no dice una palabra en los arts. 3911 y 3912, cuando vuelve á hablar de los gastos de semillas y de la cosecha. Ateniéndose, pues, á lo indeterminado del tiempo, y ciñéndonos á la expresión usada en todos esos artículos, así como interpretando el espíritu que ha presidido al conceder este privilegio, debemos decir: que se ejercerá sobre el precio de la cosecha ó recolección hecha, y si fueren dos en el año, sobre cada una de ellas especialmente, de modo que cada una soporte sus gastos, por decirlo así, como si fueran separadas; del mismo modo, cuando la recolección no se hiciera sino cada dos ó tres años, comprenderá el privilegio los gastos hechos en ese tiempo.

indivisible no altera su carácter de indivisibilidad. El acarreador puede, pues, reclamar sobre los objetos del último viaje, todo lo que sea debido por el todo de los transportes. Pero la unidad de la operación para legitimar la extensión del privilegio á gastos de conducciones anteriores, no resultaría de la simple consideración que los transportes sucesivos hubiesen tenido lugar bajo condiciones idénticas.

privilegiadas las sumas debidas por las semillas y por los gastos de la cosecha, sobre el precio de esa cosecha, sin que exprese el

En los gastos de semillas y cosecha no se comprenden, como dicen Aubry y Rau, § 261, «los abonos empleados por el labrador, ni menos el precio de los toneles ó envases necesarios para guardar lo recogido», porque no son gastos de semillas ni de recolección; y por el contrario están comprendidos en los gastos de la cosecha, los de los jornaleros, criados y sirvientes que hayan sido empleados en la recolección, sin que pueda alegarse, para negarles el privilegio, la circunstancia de que no hayan reclamado sus jornales á medida que los ejecutaban.

Nuestro artículo, separándose de la ley francesa que dice: «las sumas debidas por las semillas ó por los gastos de la cosecha del año, y *las que son debidas por los utensilios*», habiendo suprimido la última parte, nuestro Código no ha concedido privilegio; así es que se equivocan los que sostienen que «por gastos de cosecha se comprenden los salarios de la gente ocupada, y el valor de los utensilios comprados con ese objeto»; porque aún en la legislación francesa no tienen privilegio sobre la cosecha, como lo sostienen Aubry y Rau, § 261, nota 46, al decir: «el privilegio concedido á las sumas debidas por utensilios, se da únicamente sobre esos utensilios, y no puede ser ejercido sobre la cosecha del año, bajo el pretexto de que la compra ó la reparación de los instrumentos entra en los gastos de recolección». Así, pues, el precio de las máquinas para segar y recoger, como para trillar, no tienen privilegio sobre la cosecha, y sólo se ejercerá sobre las mismas máquinas, y si no fuera bastante, sobre el precio que importara la cosecha en esa forma, porque el privilegio se concede precisamente á esos gastos, que deben pagarse con preferencia, pues no habría existido cosecha sin ellos, como no existe crédito reconocido sin los gastos de justicia, necesarios á ese objeto. Por eso es que tendrán privilegio sobre la cosecha recogida, los dueños de las máquinas de segar y de trillar, por los gastos de recolección.

En cuanto á los envases, sean toneles para vinos, bolsas para los cereales, etc., sólo tendrán privilegio sobre los mismos objetos; pero por lo restante no podrán ejercerlo sobre la cosecha, porque no son de aquellos sin los que ésta no habría tenido lugar. Martou, II, 440, citado por el Dr. Velez Sarsfield, viene en apoyo de la teoría que sostengo, cuando dice: «el nº 2 de nuestro art. 20 declara privilegiadas las sumas debidas por las semillas ó por los gastos de la cosecha del año, sobre el precio de esa cosecha, y los debidos por utensilios que sirven para la explotación, sobre el precio de esos utensilios. La atribución del privilegio so-

rango y colocación que debe tener ese privilegio, como lo ha hecho con los otros, dejando para un capítulo especial el determinar el orden y prelación con que deben concurrir.

bre la cosecha al vendedor de las semillas, y á todos los que han sido empleados en la producción y percepción de los frutos, es la justa indemnización de la ventaja que ellos procuran á la masa de acreedores, enriqueciendo el patrimonio del deudor con todo el valor de la cosecha que no existiría sin ellos». Pero, según esta teoría, sería necesario acordar privilegio igualmente á los gastos de la siembra, que vendrían á quedar comprendidos en los de la cosecha. Y por mi parte creo que así dobo suceder; porque si el precio de la semilla no pagada, tiene privilegio para cobrarse de la cosecha, ¿por qué no lo tendrían los jornaleros que han arado la tierra y la han sembrado, preparando así la cosecha que de otro modo no habría existido? Pero se dirá, eso sería crear un privilegio que la ley no ha reconocido, porque sólo habla de la cosecha y no de la siembra; pero así como no hay cosecha sin semillas, tampoco existiría sin que éstas fueran depositadas en la tierra preparada para recibirlas y producir los frutos. La razón y la equidad están del lado de esta teoría, que por otra parte es apoyada por todos los jurisconsultos franceses, que en esta materia han servido de guía al Dr. Velez-Sarsfield. Así, dice Pont, I, 134: «sobre esto tenemos que notar en cuanto al primero de estos privilegios (de las sumas debidas por las semillas y gastos de cosecha), por una parte, que pertenece solamente á aquellos que, tales como los criados, obreros, jornaleros, han tomado parte directa en la siembra de las tierras ó en el levantamiento de las cosechas..... sin que pueda oponérseles, que han descuidado de reclamar su jornal á medida que lo hacían». Así es que debe comprenderse en este privilegio los gastos hechos para la siembra. Son de esta opinión Martou, Aubry y Rau, Duranton, Valette, y lo han decidido varias Cortes Francesas.

El privilegio se ejerce sobre el precio de la cosecha; no grava las anteriores ni las posteriores, y cuando hubiero varias en el mismo año, cada una cargará con los gastos hechos para producirla. No se debe hacer diferencia alguna entre si el deudor es propietario ó locador, porque en todo caso este privilegio prima sobre el de éste, tratándose del precio de la cosecha. — Véanse arts. 3909, 3911 y 3912.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3888. — Martou, n° 440. Porque no hay frutos sino deducidos los gastos. El privilegio comprende sólo las semillas vendidas, y los trabajos de la cosecha del año, y no la de los años anteriores.

§ 1057. — DEL PRIVILEGIO DE LA PRENDA, DEL OBRERO Y GASTOS
DE CONSERVACIÓN

El contrato de prenda, tan común en la vida ordinaria de nuestras sociedades, es el único medio de usar del crédito que tiene generalmente el pobre, ó el que no estando en el comercio, necesita proporcionarse dinero; el deudor entrega al acreedor una cosa mueble en garantía del dinero que recibe ó de la obligación que ha contraído, y *esa prenda da al acreedor el derecho de hacerse pagar con preferencia á los otros acreedores, salvo las excepciones que en este Título se establecen. El privilegio no subsiste, cuando la prenda ha salido del poder del acreedor (art. 3889),*

(Art. 3889.) Aquí se presenta la cuestión á saber, en qué se diferencia el privilegio que se concede á la prenda, y el derecho de *retención* que también tiene el prendario, y con el que se le ha confundido algunas veces.

El derecho de retención no es en realidad un privilegio, por más que sea una causa de preferencia para el pago del crédito, cuando el acreedor tiene la cosa en su poder, de modo que si ésta fuera vendida saliendo de poder del acreedor, éste habría perdido su preferencia; su derecho se limita á retener la cosa y á oponerse á que se le prive de esa posesión hasta no ser pagado de su crédito; es meramente pasivo, desde el momento que él consienta en desprenderse de ella, su derecho desaparece: así, pues, no puede hacer vender la cosa para pagarse el crédito, porque como no tiene privilegio sobre el precio, deberá concurrir con los demás acreedores comunes; mientras el privilegio del acreedor prendario se extiende al precio de la cosa que él mismo puede hacer vender y ser pagado con la preferencia determinada por la ley. Esta diferencia esencial, que el mismo Dr. Velez Sarsfield establece en la nota al art. 3939, hace rechazar el derecho de retención que algunos autores han pretendido comprender en este artículo. Si bien la prenda da el derecho de retener la cosa; es decir, de reclamarla de cualquiera que la tomara, ese derecho no lo ejerce el acreedor prendario, porque teniendo privilegio sobre el precio, lo natural es que la haga vender para pagarse su crédito, renunciando al derecho de retención. El que sólo tiene el derecho de retención no puede hacer vender la cosa sin perderlo; es una especie de privilegio pasivo que consiste en negarse á entregar la cosa antes que la paguen el crédito. Por eso dice el art. 3220: «el derecho del acree-

reputándose que lo está si de común acuerdo se ha depositado en poder de un tercero, porque éste la posee á nombre del

deudor sobre la prenda por la segunda deuda (que no tiene prenda) está limitado al derecho de retención; pero no tiene por ella los privilegios del acreedor pignoraticio», que lo ejerce sobre el precio. Hecha, pues, esta diferencia esencial, estudiemos el artículo.

El privilegio que concede la prenda no se desvanece con la venta de la cosa, como sucede con el de retención; porque el acreedor prendario lo ejerce sobre el precio con preferencia á cualquier acreedor que no le sea preferido expresamente. ¿Cuáles son los que tienen preferencia sobre el acreedor prendario? En primer lugar, siempre se deben colocar los gastos de justicia hechos en beneficio del mismo crédito, porque sin ellos no habría podido cobrarse; 2º, los gastos hechos para la venta de la cosa dada en prenda; porque sin reducir la cosa á dinero contante no se habría sabido cual era el precio; 3º, los gastos funerarios; 4º, los gastos de conservación si el acreedor prendario conocía que estaban impagos; 5º, los gastos de última enfermedad; 6º, el acreedor pignoraticio.

Hemos establecido cuales son los créditos que son preferidos á los del prendario; pero si concurren todos juntos, ¿cuál será el orden de preferencia? Es una cuestión muy difícil, porque el Código no ha señalado un orden invariable de preferencia. Así, el art. 3913, coloca como preferentes al crédito del prendario, al acreedor por gastos funerarios, por los de última enfermedad del deudor, y los gastos de la venta de la cosa tomada en prenda. ¿Pero cuál será el orden de preferencia? Sería fácil decidir la cuestión entre los gastos funerarios que ocupan el primer lugar, según el art. 3880, y los de última enfermedad del deudor, que están en el segundo; ¿pero respecto de los gastos de la venta de la cosa dada en prenda? En mi opinión deben ocupar el primer lugar, porque sin ellos no habrían podido pagarse los acreedores, de modo que deben ser preferidos; pero aún queda esta dificultad, ¿y los gastos judiciales del concurso sin los que estos créditos no habrían podido ser pagados, y que tienen privilegio sobre los mismos créditos? No puede ofrecer dudas tratándose de cada uno de esos créditos; porque el art. 3900, es bien expreso; los gastos de justicia tienen preferencia sobre *todas los créditos*, en el interés de los cuales se han causado; así, por ejemplo, el crédito por gastos funerarios cede su lugar á los gastos de justicia hechos en favor de ese crédito. Si esos gastos de justicia se cobran antes que el crédito mismo, quiere decir, entonces, que cada uno de ellos debe comenzar por pagar los gastos judiciales, y después recién cobrar su crédito; y así debe suceder para cada uno de ellos. En mi opinión los gastos de

acreedor. El acreedor prendario debía ser garantido contra cualquier acreedor, porque ha prestado su dinero fundado en la pose-

justicia con privilegio general, á que se refiere el art. 3879, se deben pagar primero en todos los casos; en seguida cada uno de los créditos con los gastos de justicia hechos en el interés de ellos; pero, ¿cuál es la colocación que debemos dar á los créditos por gastos funerarios, gastos de última enfermedad, y gastos de venta de la cosa? ¿Están en la misma línea y deben prorratearse? Ya he dicho que los gastos funerarios son preferidos á los de última enfermedad, y ahora agrego, que los gastos hechos en la venta de la cosa dada en prenda, son preferidos á los funerarios y de última enfermedad.

Supongamos un concurso, entonces serán preferidos: 1º, los gastos de justicia relativos al inventario y seguridad de las cosas; 2º, los gastos para la venta; 3º, los funerarios; 4º, los de conservación, si el acreedor conocía el crédito del conservador, arts. 3901 y 3902; 5º, los de la última enfermedad del deudor; 6º, el acreedor prendario.

El derecho de prenda tiene de común con el que confiere el derecho de retención, en que no se puede ejercer sino teniendo la cosa en su poder; si la ha entregado voluntariamente, cesa el privilegio; pero si cualquiera ha tomado la cosa, puede reclamar su posesión. Y se diferencia de la retención en que la cosa debe estar necesariamente en poder del acreedor, mientras la prenda puede estar en poder de un tercero nombrado por las partes. La posesión de la cosa dada en prenda es una condición *sine qua non*; por eso dice, con razón, Martou, II, 450: «me parece que paro apreciar la naturaleza del privilegio del acreedor prendario, se separa equivocadamente de la calidad intrínseca de la acreencia, la circunstancia de la posesión de la prenda. Es á esta misma circunstancia que imprime á la acreencia la calidad favorable que el legislador se detiene para acordar el privilegio, y bajo este punto de vista no se aleja del principio general del art. 12». La posesión es, pues, el elemento esencial para mantener el privilegio del acreedor prendario, y esa posesión, perdida por voluntad propia del acreedor, hace desaparecer el privilegio; pero puede ejecutar la prenda y hacerla vender ejerciendo el privilegio sobre el precio. — Véanse arts. 3206, 3208, 3220, 3883, 3890, 3907, 3909, 3913 y 3945.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3889. — L. 41 y siguientes, Tit. 13. Part. 5ª. — Cód. Francés, arts. 2073 y siguientes. — Pont, n° 137. — Martou, n° 449. — Véanse los arts. 3204 al 3238 de este Código.

La posesión, fundamento del privilegio del pignoraticio, no debe tener nada de incierto ni de equivoco. Si los terceros han podido ser inducidos en error

sión de la cosa, y no debía existir acreedor privilegiado que pudiera primar en el orden y preferencia; sin embargo, el Código lo hace ceder ante el acreedor por gastos funerarios, los de última enfermedad y los gastos para la venta de la cosa.

El acreedor prendario, si bien tiene la cosa mueble dada en prenda, para el propietario, ejerce los derechos de éste cuando fuere desposeído, porque puede reclamarla de cualquiera que la posea; así, dice el **art. 3890**: *si el acreedor ha sido desposeído*

(**Art. 3890**.) Este artículo tiene por fundamento el art. 2279, Cód. Francés, que acuerda la acción reivindicatoria durante tres años, al que ha perdido ó le ha sido robada una cosa mueble, haciendo una excepción á la regla de que en las cosas muebles la posesión vale por título. La reivindicación en este caso se ejerce por el acreedor prendario en representación del verdadero dueño y en los mismos términos y limitaciones que la podría deducir el propietario. Y así como el dueño de la cosa robada ó perdida no podría reivindicarla de manos de terceros poseedores de buena fe, que la hubieran adquirido en remate público ó en casas donde acostumbran vender cosas semejantes, sino pagando el precio, ese mismo derecho tendrá el acreedor pignoraticio.

La acción concedida al acreedor prendario, no debía ser la reivindicatoria que sólo se acuerda al propietario, sino la negatoria, porque se impide el ejercicio de un derecho, y porque cuando se deduce contra el propietario mismo no sería posible concederla, pues esta acción es para reclamar la propiedad, cuando debía ser una mera acción posesoria, como parece indicarlo el art. 3227, cuando dice, que si el acreedor pierde *la tenencia* de la cosa, puede recobrarla en cualquier poder en que se halle sin exceptuar al deudor; es, pues, la tenencia la que se reclama, no

sobre la disposición del deudor, si ellos han podido creer que el mueble empeñado estaba en su poder libre de toda obligación, el derecho de preferencia cesaría de pertenecer al acreedor.

Sobre la naturaleza del derecho de prenda, ha nacido una difícil cuestión entre los juriconsultos. Unos enseñan que cuando la Ley, ó nuestro art. 3218, dispone que si existiese por parte del deudor que ha dado la prenda, otra deuda al mismo acreedor contraída posteriormente, que viniese á ser exigible antes del pago de la primera, el acreedor no está obligado á volver la prenda antes de ser pagado de una y otra deuda: ella se refiere sólo al deudor que pagando la primera deuda, quisiese que se le devolviese el objeto dado en prenda, y no á terceros. Mourlon, n° 227, sostiene de una manera general que en tal caso, si hay un derecho, será sobre la prenda por la segunda deuda, lo mismo que por la primera con el cual puede resistirse la acción de terceros. Martou, desde el n° 453, expone los fundamentos de una y otra opinión.

de la prenda contra su voluntad, puede reivindicarla durante tres años; pero si ha entregado la cosa voluntariamente, no podrá intentar la reivindicación.

Los que trabajan ó reparan una cosa mueble, mientras la tienen en su poder es justo que sean preferidos por el fruto de su trabajo, y por esa razón dice el **art. 3891**: *el crédito del obrero*

la propiedad; mientras que la acción reivindicatoria nace del dominio que cada uno tiene en las cosas particulares, por la que el propietario que ha perdido la posesión la reclama y reivindica, art. 2758.

El término de tres años, me parece demasiado tratándose de cosas muebles que pasan de mano en mano con gran facilidad, é introduce cierta incertidumbre en la adquisición de estas cosas, y si no fuera por la rapidez con que se realizan las transacciones, haciendo casi imposible la reivindicación, habría sido conveniente reducirlo á un año, que es el término concedido á las acciones posesorias, con las que debió estar en armonía.

En el Cód. Francés se comprende este término, porque se trata de cosas perdidas ó robadas que se reivindican por el dueño, mientras en nuestro derecho se concede la acción al acreedor pignoraticio desposeído, sea violentamente ó de cualquier modo. Martou, II, 452, citado por el Dr. Velez-Sarfield dice: «que el derecho de reivindicación con que el art. 2279 arma al propietario en caso de pérdida ó de robo, puede ser invocado por el acreedor pignoraticio», indicando así que no puede deducirse contra el propietario mismo sino una acción posesoria, que duraría tres años, y á la que no se le podría oponer la posesión anual. — Véanse, arts. 3206, 3208, 3227, 3765, 3772, 3885, 3889, 3944 y 3955.

(**Art. 3891.**) Se ha creído encontrar cierta confusión entre lo dispuesto por este artículo y el siguiente, cuando en realidad son posiciones completamente diversas, y aunque algunas veces las reparaciones pueden resultar que son verdaderos gastos de conservación, en ese caso tampoco puede haber confusión. En efecto; el presente artículo habla del crédito del obrero y del artesano, lo que por sí mismo establece una diferencia capital con el del conservador; porque no necesita ser obrero, basta haber suministrado el dinero para pagar esos gastos indispensables, sin los que la cosa habría perecido. La otra diferencia capital entre estas dos acreencias, es la siguiente: que los gastos de reparación ó

Nota del Dr. Velez-Sarfield al art. 3890. — Cód. Francés, art. 2279. — Martou, n° 452. — Mourlon, *Examen crítico*, n° 112. — Persil, *Privil.*, sobre el art. 2102. — Duranton, tom. 19, n° 105.

ó artesano tiene privilegio por el precio de la obra de mano, sobre la cosa mueble que ha reparado ó fabricado, mientras la cosa per-

de fabricación para dar derecho al privilegio, por su importe, bastará con haberlos hecho en la cosa que tiene en su poder; mientras que el crédito del conservador se ejerce únicamente en los casos en que la cosa hubiera perecido sin esos gastos.

Así, pues, el crédito de los obreros ó fabricantes que tienen la cosa en su poder, gozan del privilegio, sin consideración á las necesidades de la conservación, aunque por excepción pueden llegar á ser considerados también como gastos de conservación, en cuyo caso no entrarían como obreros sino como conservadores, y por consiguiente no tendrían necesidad de tener la cosa en su poder.

Nuestro Código ha decidido la cuestión suscitada entre los juriscónsultos franceses, sosteniendo Martou, II, 459, que bajo el Cód. Francés no se puede extender un privilegio por analogía, porque es olvidar que la ley no puede suplirse en materia de privilegios; pues es constante en la doctrina que quien lo reclama necesita demostrar el texto expreso que se lo acuerda; mientras Grouier, Battur y Zachariae, fundándose en varias decisiones de las Cortes Francesas, sostienen que se debe extender el privilegio á los obreros ó fabricantes de un objeto cualquiera, mientras lo tenga en su poder; y el artículo consagra este principio que está de acuerdo con la justicia y la equidad; de modo que por nuestro derecho no se puede alegar, con Martou, de que no hay ley que lo acuerde, y el único argumento fundamental que este autor hacía, desaparece ante la disposición expresa de este artículo.

De lo expuesto resulta que, el privilegio del obrero que ha reparado una cosa, por el importe de su trabajo, se ejerce cualquiera que fuese su resultado, sea que haya adquirido mayor valor ó no, sea que haya sido una reforma ó adorno sin importancia para la misma cosa; pero en ese caso es necesario que la tenga en su poder, pues á esa sola circunstancia se debe la preferencia que la ley acuerda á su crédito. Cuando por excepción los trabajos que hubiere realizado para repararla, fueran de aquellos sin los que la cosa habría dejado de existir, en ese caso aunque no la tenga en su poder entrará como conservador á hacer valer su preferencia. En cuanto al que ha fabricado una cosa, dándole existencia propia, como el carpintero que convierte la madera que se le da en un ropero ú otro mueble, aunque sin ese trabajo el mueble no habría existido, no puede tomar el rango del conservador, porque su objeto no ha sido conservar la cosa sino transformarla, y en ese caso si no la tiene en su poder, se regirá por el art. 3892, últ. parte.

manezca en su poder, y debería tener el mismo derecho que el prendario para reivindicarla si fuera desposeído contra su voluntad,

No estoy conforme con los que no encuentran diferencia entre *conservar* y *reparar*; porque la palabra conservación, tal como la trae el art. 3892, sólo comprende los gastos que hubieran impedido que la cosa pereciese; es decir, que sin ellos, ésta no habría existido; mientras las reparaciones pueden mejorar la cosa ó hacerla de más valor, sin que sean necesarias á su existencia; por ejemplo, el obrero que lustra un mueble ó lo compone, no hace un gasto de conservación, porque ese mueble puede existir sin esas reparaciones; mientras el que mantiene un caballo, hace un gasto de conservación, porque sin él, el animal no habría podido existir.

Estoy conforme con el Dr. Llerena cuando sostiene que, el obrero y el fabricante tienen el derecho de retención sobre los objetos reparados ó fabricados; pero disiento completamente de su opinión cuando dice: que el derecho de retención los pone en las mismas condiciones que los otros créditos privilegiados; porque la retención sólo da derecho para mantener la cosa en su poder hasta que le hayan pagado el crédito, sin que él mismo pueda pedir la venta; mientras el privilegio persigue el precio, lo que no puede hacer el que únicamente tiene el derecho de retención. Tampoco estoy conforme con dicho autor, cuando sostiene que, el obrero ó fabricante puede reivindicar la cosa sustraída como lo haría el locador sobre los objetos sujetos á su privilegio; porque éste puede, por excepción, seguir las cosas hasta un mes de haberlas sacado de la casa, mientras el obrero únicamente podría accionar reclamando la posesión de la cosa en los casos del art. 3944.

Nuestro artículo ha sido tomado del Cód. de Luisiana, art. 3184, n° 2, como lo expresa el mismo Dr. Velez-Sarsfield, con la diferencia de que le señala el segundo rango.

Si concurro el obrero por la cosa reparada y el acreedor prendario, ¿cuál de ellos debe ser preferido? Se supone naturalmente, que el tenedor de la prenda la ha entregado al primero para hacer las refacciones, y en ese caso tiene derecho para retenerla hasta ser pagado de su crédito; pero si el tercero que la tenía por voluntad de deudor y acreedor la hubiera entregado para hacer las refacciones, como éste no ha tenido derecho para constituir una nueva prenda en perjuicio del acreedor, le responderá á éste por el perjuicio; pero el obrero no perderá su derecho de retención.—Véanse arts. 1429, 1636, 3892, 3916 á 3918 y 3931.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3891. — Cód. de Luisiana, art. 3184, n° 2.

§ 1058. — DEL PRIVILEGIO DEL VENDEADOR Y DEL DEPOSITANTE

En las cosas muebles vendidas al contado ó á plazo, siendo evidente que el vendedor ha puesto en el patrimonio del comprador la cosa entregada, si ocurriese el caso de concurso, habría

somete á cierta condición el art. 3902; 5º, el locador, acreedor pignoraticio y posadero, cuando no tenían conocimiento del crédito del conservador; 6º, el crédito del conservador. No ocupa, pues, el 4º lugar como lo sostienen algunos.

Es difícil dar una colocación uniforme á los diversos créditos; así, haríamos notar, que los gastos del acarreador, según el art. 3910, no cedan sino á los funerarios y los de venta de la cosa, y sin embargo ceden á los de conservación cuando tenía conocimiento de ellos; del mismo modo, el crédito del pignoraticio, que el art. 3902 está colocado en la misma línea que el del locador, del posadero y del acarreador, sólo cede á los gastos funerarios, *los de última enfermedad*, y los gastos de la venta de la cosa; entrando así, como un nuevo elemento de perturbación los gastos de última enfermedad, que no estaban comprendidos antes; del mismo modo, esos gastos son preferidos al locador según el art. 3904. De donde se deduce que es necesario tomar cada caso especial para determinar el lugar que debe ocupar cada crédito.

Finalmente, debemos hacer notar que la expresión de los gastos de mejoras de que se sirve el artículo, debe tomarse en el sentido de mejoramiento, como lo dice Martou, II, 459 y 460: *frais d'amélioration*; es decir, todos aquellos gastos que aumentasen el valor ó utilidad de la cosa, y que no tienen el privilegio de retención sino cuando provienen de los obreros que conservan la cosa en su poder. — Véanse arts. 2278, 2440, 3466, 3900, 3902, 3904 y 3910.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3892. — Martou, n.º 455 y siguientes. — Aubry y Rau, § 231, n.º 4. — Pont, *Privil.*, n.º 140 y siguientes. — Troplong, n.º 176. — Persil, sobre el art. 2102. — Véase Zachariae, § 791. Este privilegio era admitido por las Leyes Romanas, LL. 5 y 6, Lib. 20, Tit. 4, Dig., por la razón de que el conservador había salvado la cosa común á todos. *Salvum fecit totius pignoris causam*. El privilegio no reposa sobre un derecho de prenda, y es independiente de la detención de la cosa por el acreedor. Basta que el mueble conservado esté en poder del deudor; pero si sale del poder de éste por una enajenación que hiciere, el privilegio se pierde, porque la posesión equivale al título, y por privilegio no se puede ir contra el tercer poseedor. El privilegio existe en el caso de una conservación parcial de la cosa, como en el de una conservación total.

injusticia en que los demás acreedores tomasen parte del valor que representa á costa del vendedor, por esa razón el **art. 3893**,

(**Art. 3893.**) El privilegio concedido al vendedor sobre el precio no pagado de la cosa comprada, tiene su fundamento en la legislación romana que acordaba la reivindicación únicamente cuando la venta era al contado, porque si era á plazos, se presumía, con razón, á mi juicio, que el vendedor había confiado en el crédito del comprador, en cuyo caso tenía sólo una acción personal; pero el Cód. Francés, siguiendo una costumbre de París, que sustituyó la reivindicación por el privilegio, no hizo distinción alguna, y lo concedió, aunque la cosa no estuviera en poder del comprador, siempre que los sucesivos adquirentes lo debieran. El Dr. Velez-Sarsfield, no debió implantar una disposición fundada en una costumbre extranjera, con tanta más razón, cuanto que nosotros no teníamos nada semejante: más prudente habría sido seguir al derecho romano, como lo hizo con relación á los inmuebles, concediendo la reivindicación en la venta al contado, mientras la cosa permanezca en poder del comprador, art. 3923; y no entrar en un camino que va hasta garantizar la imprudencia del vendedor, concediéndole un privilegio injusto con relación á los demás acreedores que se encuentran en el mismo rango. ¿Acaso no está en la misma situación el que ha prestado una suma de dinero, con la que el deudor ha comprado cosas que lo han enriquecido? Qué, ¿no se halla en el mismo caso el prestamista, cuando su dinero se encuentra en la caja del deudor ó en un banco á su orden? El vendedor que ha dado plazo para el pago del precio, se en-

— — —
 Varios jurisconsultos, entre ellos Zachariae, § 261, n.º 3. — Batur, *Privil.*, n.º 499, y principalmente Troplong y Grenier, sostienen que el privilegio dado al que ha conservado la cosa, debería extenderse al que la hubiese mejorado, en cuanto la mejora hubiera aumentado el valor de ella. — Mourlon, desde el n.º 14, combate extensamente la doctrina de Troplong. Es verdad que bajo cierto punto de vista hay más mérito en mejorar una cosa que en conservarla, pues que el mejorante aumenta con un valor nuevo el patrimonio del deudor, mientras que el conservador no hace sino mantener lo que encuentra. Pero obsérvese que el privilegio del conservador se establece sin dificultad, sobre el valor íntegro de la cosa, sin que sea necesario una estimación previa. Lo contrario sucedería respecto á los gastos de mejora, que sería necesario separarlos del valor de la cosa. Sería preciso prescribir formalidades costosas, complicadas y muchas veces impracticables, para calcular el valor primitivo, y separarlo con precisión del valor adquirido. Al mejorante le bastará el derecho de retención, si la cosa está en su poder.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3892.— El depositario sólo tiene privilegio especial sobre el objeto depositado por todos los gastos que le hayan sobrevenido por ese motivo. — Jur. Com., III, 418, Ser. 1.º.

dice: el vendedor de cosas muebles no pagadas, goza de privilegio por el precio sobre el valor de la cosa vendida, que se halla en po-

encuentra en el mismo caso del que ha prestado su dinero, no debía tener privilegio sobre los demás acreedores que han contribuido á aumentar el patrimonio del deudor, y han ido enriqueciéndolo sucesivamente. ¿Por qué hacer diferencia entre el que prestó una suma de dinero confiando en la honorabilidad del deudor, y el que teniendo esa misma confianza le vendió una cosa? Se dirá, tal vez, es que la cosa existe en poder del deudor y los demás se enriquecerían á su costa; pero en ese caso debería concederse el mismo privilegio al prestamista, si demostrase que el dinero prestado se ha convertido en tal cosa comprada, ó que el tomador prestó ese mismo dinero á más alto interés, ó que lo depositó en un banco. No; lo único razonable y justo es la acción de reivindicación, cuando la cosa está en poder del deudor, y ha sido vendida al contado, en que el vendedor debe tener el derecho de volver á tomar su cosa sino se la pagan, porque no ha confiado en el comprador.

Con estas ideas no podemos admitir que este privilegio, que reputamos mal fundado, se haya de extender á ningún otro contrato análogo. En primer lugar, partimos del principio reconocido de que la aplicación de los privilegios es de derecho estricto; el que reclama un privilegio debe mostrar la ley que lo concede; en segundo lugar, los privilegios tienen su origen y fundamento en disposiciones expresas, porque esa es la única razón de ser de su existencia. Así, cuando el legislador dice: concede privilegio al vendedor por precio de la cosa vendida, cuando no ha sido pagado, siempre que exista en poder del comprador; el permutante no puede pretender el mismo privilegio alegando que se encuentra en las mismas condiciones, porque la cosa permutada se hallare en el patrimonio del deudor. En primer lugar, no habría precio sobre que ejercer el privilegio, sería necesario conceder la acción reivindicatoria para reclamar la cosa entregada; ya no sería privilegio, tendríamos que crear una nueva acción. Esta consideración bastaría para no otorgar el privilegio por analogía, pues no existe en el cambio.

Estamos, pues, en completo desacuerdo con el Dr. Llerena, que sin fundarse en ley alguna, dice que la cuestión debe resolverse por el derecho común, como si los privilegios no fueran de derecho excepcional, y por eso se llaman privilegios. Así, pues, cuando dice: «si el vendedor que ha puesto la cosa en el patrimonio del deudor fuera preferido por otro deudor, dice el codificador en la nota 3924, éste se enriquecería á costa de aquél. Esto mismo sucedería tratándose de un copermutante á quien no se le hubiere entregado la cosa que debía darse en cambio de

der del deudor, haya sido la venta al contado ó á plazo. Si la cosa ha sido revendida y se debiese el precio, el privilegio se ejerce sobre

la suya. La cosa debida es el *precio de la recibida*..... sería injusto también, que el precio de la cosa entregada por el permutante que no ha recibido lo que por ella se le debía, fuese á poder de los otros acreedores». Ya he respondido á esta objeción; ¿pero sobre qué se ejercería el privilegio? El autor no lo dice, ni podrá precisarlo; porque la cosa que debe recibirse en permuta y que no ha sido entregada sería el precio, según él; pero no hay precio sin dinero, la cosa permutada no es precio. ¿Qué se debería entonces? La cosa misma, según dicho autor; luego concederíamos una acción reivindicatoria sobre una cosa que no ha recibido el permutante acreedor, y que no ha salido de poder del permutante deudor; acción de reivindicación inexplicable, y que fallaría cuando hubiera sido vendida á un tercero de buena fe.

No es posible admitir semejante teoría sin crear una disposición especial para la permuta, por eso dice, con razón, Martou: «la condición legal del privilegio es que los objetos vendidos estén en poder del deudor. Esta es una nueva aplicación de la regla que en los muebles la posesión es el título. De donde se debe concluir, que si la cosa comprada ha sido revendida y entregada á un tercero, el privilegio se pierde para el vendedor originario. Pero notamos que la sola reventa sin la entrega, que no hace cesar la posesión del comprador primitivo, no lo libertaría de la cosa. Perdida por la reventa seguida de la tradición, el privilegio no se ejercería sobre el precio». Es con relación á esta última parte que nuestro Código ha adoptado, sin bastante fundamento, la teoría contraria defendida por Mourlon, que extiende el privilegio al precio debido.

Y por las mismas razones que rechazamos el privilegio en el caso de la permuta, lo negamos en el de la cesión de un crédito; pero aún á este caso podríamos agregar fundamentos que le son peculiares. En efecto, un crédito no es una cosa mueble en el sentido del derecho, ni aún admitiendo la terminología antigua, que le llamaba cosa *incorporal*. podríamos conceder un privilegio acordado únicamente al *vendedor* de cosas muebles por *el precio* no pagado. ¿Por qué acordarlo al cesionario que no es un comprador, como tampoco lo es el permutante? El cesionario ocupa, es cierto, el lugar del cedente; pero también lo ocupa el subrogado y el permutante, y ninguno tiene privilegio. Sobre todo, el Código lo acuerda únicamente al vendedor, sobre *el precio* de la cosa mueble vendida, y en la cesión no hay cosa mueble, ni venta, ni el cedente tiene privilegio, ni hay razón para acordárselo.

Nuestro Código, como hemos dicho, ha adoptado la opinión de la cos-

el precio; porque se considera existente en su valor; pero como una vez recibido el dinero, se ha confundido con el patrimonio

tumbre francesa que se incorporó al Cód. Napoleón, acordando privilegio al precio de la venta hecha á plazos, que no tenía razón de ser entre nosotros; pero ha ido aún más allá autorizando al vendedor para reclamar el precio que debiera el nuevo comprador, cuando la cosa hubiera sido revendida, separándose en esta parte de la común opinión de los autores franceses que niegan ese derecho, para seguir un especioso razonamiento de Mourlon, en su *Essai sur le Comment. de Troplong*, n.º 119. En el porvenir, cuando se revise el Código, debe corregirse esa doctrina, pues el privilegio en esas condiciones es odioso, cuando se haya concedido término para el pago, en que el vendedor ha confiado en la garantía personal del deudor. ¿Por qué la ley vendría en ayuda del que comete una imprudencia? Lo natural sería colocar su acreencia en las condiciones ordinarias, sin privilegio alguno.

Pasando á otro orden de ideas. El privilegio es únicamente sobre el precio de la cosa vendida; así es que los daños, perjuicios ó intereses ontrarán como créditos ordinarios. Pero, ¿y los gastos de justicia hechos en beneficio del crédito, que son privilegiados sobre el crédito mismo? El Dr. Llerena sostiene que no están comprendidos; pero si se aceptara esa teoría resultaría que el vendedor tendría que pagarlos de su propio crédito, para entrar por ellos como crédito ordinario; porque siendo preferidos los gastos de justicia á todo crédito en el interés del cual se hubieren ocasionado, vendrían á serlo del vendedor mismo; de modo que si para cobrar 1.000 pesos, se hicieron gastos de justicia por 200, éstos serán preferidos al precio no pagado, y según la teoría que combato, el acreedor pagaría los 200 para entrar como acreedor quirografario por ese valor. Esto no es admisible; porque si ese crédito es más privilegiado que el precio no pagado, no podemos hacerlo descender al de un acreedor ordinario. Presentará inconvenientes y aun se prestará á algunos abusos la teoría que sostengo; pero es la única legal.

Reputo igualmente errónea, la teoría enseñada por algunos autores argentinos, de que, cuando el vendedor ha recibido como pago obligaciones ó documentos suscritos por el acreedor, el privilegio no desaparece, cuando lo contrario es la regla general de derecho reconocida por nuestro art. 813, y sólo se exceptúa el caso único en que la causa de la deuda fuese la misma en una y otra obligación; de modo que si fueran *billetes* (usando la misma palabra del artículo, que está mal aplicada) á la orden, que han sido ondosados sin expresar la causa de deber, habría novación. Véase lo que decimos en el comentario al art. 813, tomo II, pág. 650.

del deudor, ya no es posible determinarlo en su individualidad, de ahí la razón porque el privilegio cesa cuando el precio se ha pagado.

El privilegio del vendedor subsiste aunque la cosa, estando en

Se pregunta si el privilegio del vendedor podrá ejercerse cuando la cosa se haya transformado, ó si de mueble se ha convertido en inmueble, por el destino que se le hubiere dado. En mi opinión, cuando la cosa se transforma, el privilegio desaparece, porque no se la puede reconocer en su individualidad primitiva; así, por ejemplo, el que ha vendido lana á una fábrica de paños, no puede ejercer el privilegio sobre los géneros hechos con ella; el carpintero que ha construido muebles con la madera comprada al corralón, no tiene que sufrir el privilegio de éste por el precio no pagado. Del mismo modo, cuando la puerta ó reja vendida ha sido colocada en una casa, inmovilizándose por su destino, el privilegio del vendedor de la cosa mueble ha desaparecido, aunque puede reaparecer bajo otra forma, según los casos, como, por ejemplo, suministrando los materiales de construcción.

Si hacemos concurrir á todos los que pueden ejercer un privilegio sobre la cosa mueble vendida, mientras se conserva en poder del comprador, tendremos el orden siguiente en que se ejercerían: 1º, los gastos de justicia, cuando vienen como privilegio general, en los casos de concurso, tratándose de inventario, sellos, seguridad, etc., de todas las cosas, art. 3873, n° 1; 2º, los gastos funerarios que son preferidos á los del conservador, art. 3901; 3º, los gastos para la venta de la cosa conservada, art. 3901; 4º, los gastos del conservador, cuando el locador, el pignoraticio, el posadero y el acarreador, conocían la existencia de este crédito, art. 3902; 5º, el del acarreador, art. 3910; 6º, el acreedor pignoraticio que cede también á los gastos de última enfermedad, art. 3913; 7º, el del locador; 8º, el del vendedor por el precio no pagado.

Pero debemos advertir, que el orden establecido no es invariable; porque si entrase el depositario, el crédito por semillas, etc., tendría que dárseles una colocación según el caso. No es posible, pues, dado el sistema adoptado por el Código, erigir una regla invariable.—Véanse arts. 1429, 3894, 3895, 3911, 3912 y 3924.

Nota del Dr. Velez-Sarfield al art. 3893.—Mourlon, *Examen critico*, n° 119. —Aubry y Rau, § 261, n° 5. —Duranton, tom. 1º, n° 124. —Pont, n° 147. —Martou combate la resolución de la última parte del artículo, desde el n° 475; pero nos han parecido superiores las consideraciones de Mourlon, en el lugar citado, para resolver que el privilegio se ejerce sobre el precio, cuando la cosa ha sido revendida.

poder del comprador, hubiese sufrido cambio, siempre que la identidad de ella pueda establecerse (art. 3896); porque si es posible

(Art. 3896.) Nuestro artículo viene á decidir una de las interesantes controversias suscitadas en derecho francés, sosteniendo unos que el privilegio del vendedor por el precio de la cosa, desaparecía por completo cuando ésta se hubiera transformado definitivamente, de modo que no pudiera volver la materia á su primitiva especie, doctrina sostenida por Troplong, Duranton y Grenier; mientras los otros enseñan que, el privilegio se conserva mientras la cosa puede ser reconocida, cualquiera que fuera la transformación que hubiera sufrido, doctrina sostenida por Valette, Mourlon y Martou, y adoptada por nuestro Código.

La dificultad estaría en resolver la cuestión, á saber, si el privilegio del vendedor por el precio del mueble no pagado, se puede ejercer cuando la cosa se ha convertido en inmueble por su destino ó por accesión. La madera que se ha convertido en piso de la casa, ó la ventana ó la puerta que han sido puestas formando parte integrante del edificio, podrían perfectamente identificarse, y en ese caso, según los términos literales del artículo, el vendedor tendría derecho para cobrar el precio no pagado. Por derecho francés no ofrece dudas, porque el art. 20 de la ley belga, que es el art. 2102, del Cód. Napoleón, dice expresamente: «el privilegio establecido por los n.ºs 4 y 5, cesará de tener efecto, si esos objetos muebles se han convertido en inmuebles por destino ó por incorporación, salvo si se tratase de máquinas y aparatos empleados en establecimientos industriales»; pero entre nosotros no existe una disposición semejante. El Dr. Segovia, siguiendo la ley belga, sostiene que el privilegio cesa cuando el mueble se ha convertido en inmueble por accesión; pero que continúa cuando sólo es inmueble por su destino. El Dr. Jlerona, sostiene á su vez, que no existiendo disposición alguna como la francesa, no debe limitarse el derecho acordado al comprador en el presente artículo.

Se trata del privilegio que puede ejercer el vendedor por el precio no pagado, y no de la reivindicación, aunque en la última parte del artículo anterior se hablo de ella; así es que no sería aplicable el art. 2762, que no permite reivindicar las cosas accesorias de un inmueble; porque en este caso no se van á sacar destruyendo el inmueble y se ejerce el privilegio sobre el precio. Supongamos que el locatario ha comprado puertas, ventanas y maderas que las ha puesto en la casa arrendada cumpliendo con su contrato, que no ha pagado su precio al vendedor; que es ejecutado por los alquileres, y el vendedor reclama en concurrencia con el ejecutante el precio no pagado de los muebles con-

determinarla en su individualidad, los acreedores anteriores á la adquisición se enriquecerían á costa del vendedor; pero la hipótesis del artículo supone que el precio no ha sido pagado.

vertidos en inmuebles por accesión. ¿Tiene ó no privilegio por el precio cuando la identidad puede establecerse fácilmente? En el caso que el locatario haya inmovilizado esas cosas en cumplimiento de su contrato, estaría en el mismo caso del empresario que toma materiales para hacer una construcción; los que suministran esos materiales sólo tienen derecho á reclamar la parte de precio que el propietario debiera al empresario; entonces no hay derechos que ejercer, y el propietario ha adquirido las cosas con arreglo á su contrato, sin cuidarse si el locatario las ha pagado ó no. Si por el contrario, el locatario hubiera inmovilizado las cosas para su propia comodidad, el locador debería pagarlas al vendedor á quien se le debe el precio de ellas por lo que valieren una vez extraídas, si no prefiere entregarlas al locatario exigiéndole restablezca la casa en el estado en que la recibió.

La cuestión no es de importancia, por el poco valor de las cosas que se introducirán para inmovilizarlas, pues ningún locatario hará reformas valiosas en una casa que no es suya.

En principio, creo que por nuestro derecho, no se puede aplicar lo dispuesto en el Código Napoleón; por consiguiente la autoridad de Aubry y Rau y demás autores franceses no tiene aplicación entre nosotros.

Siempre que las cosas introducidas en la casa arrendada puedan distinguirse en su individualidad, si su precio se debiera, el vendedor podrá ejercer su privilegio; pero cuando se inmovilizaren por accesión, se debe tener presente lo que dejamos expuesto; si sólo fueren por su destino, el privilegio del vendedor no ha podido cesar.

Y para darnos cuenta de la diferencia existente entre nuestra legislación y la francesa, con relación á este punto, transcribiremos lo que dice Martou, II, 480: «era una cuestión muy controvertida, antes de la ley nueva, la de saber, si el privilegio del vendedor continuaba subsistiendo sobre los muebles que el comprador, deudor del precio, había convertido en inmuebles por su destino ó por incorporación. La Corte de Casación de Bélgica decidió que la inmovilización no quitaba el privilegio mientras los muebles pudieran ser considerados como existentes en su individualidad. La jurisprudencia de la Corte de Casación Francesa parecía inclinarse, en principio, por la pérdida del privilegio. Nuestro nuevo texto resuelve la dificultad al disponer que el privilegio cese de tener efecto si los objetos muebles se han convertido en inmue-

El privilegio del vendedor cesa ó se modifica, con arreglo á las siguientes reglas:

1ª *El privilegio del vendédor no puede ser ejercido cuando la cosa vendida y no pagada ha sido dada en prenda, ignorando el acreedor los derechos del vendedor (art. 3894, 1ª parte);* porque el acreedor prendario no debe ser perjudicado, aunque haya sido dada en garantía de una deuda anterior; para él rige la regla de que en las cosas muebles la posesión vale por título, y por esa misma razón *el privilegio del vendedor no se extingue* (subsiste) *cuando el acreedor pignoraticio sabia que la cosa recibida en prenda no estaba pagada (art. 3894, últ. parte),* pues importaría

bles por destino ó por incorporación. El proyecto de ley no hablaba sino del caso de inmovilización por incorporación. Sobre la proposición de la Comisión de la Cámara de Representantes, la cesación del privilegio fué extendida al caso de inmovilización por el simple destino»; así es que no se puede traer en apoyo de la teoría que hace cesar el privilegio, la opinión de los autores franceses, porque allí es la ley la que lo declara perdido. Entre nosotros nada se ha decidido, y mi opinión es de que no se puede ejercer en los términos y condiciones en que se hace valer para los demás muebles introducidos en la casa arrendada. — Véanse arts. 2762, 3442 y 3893.

(Art. 3894.) Hemos observado en los artículos anteriores, que el vendedor, que confiando en la garantía personal de su deudor, le entrega la cosa vendida dándole plazo para el pago, no tiene por qué ser favorecido con un privilegio sobre el precio, pues está en las mismas condi-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3896. — Los muebles están sujetos á transformaciones que modifican su naturaleza. ¿Qué influencia tienen esas transformaciones sobre la suerte del privilegio del vendedor? Troplong, *Privil.*, n.º 109 á 116, adopta la teoría de Cuyas. Si la cosa ha cesado de ser lo que era para transformarse en una especie diferente, el privilegio se ha perdido, á no ser que el cambio no sea definitivo, y que la materia pueda volver á la especie primitiva. Si la cosa no ha recibido sino mejoras ó disminuciones que no impiden que conserve su primitiva especie, el privilegio continúa.

Algunos encuentran muy rigurosa la resolución de Cuyas. Mourlon, *Examen crítico*, desde el n.º 64, sostiene extensamente que el privilegio del vendedor debe conservarse, siempre que los cambios hechos en la cosa no impidan comprobar su identidad: que el privilegio no se pierde sino cuando la cosa está completa y absolutamente destruida, cuando no existe ninguna parte visible de ella, ni se la puede reconocer, como se resuelve en el artículo. Martou, desde el n.º 479, ha tratado de las diversas opiniones sobre la materia.

una confabulación para perjudicar al vendedor. En los casos de buena fe del acreedor prendario *el privilegio de éste* (el vendedor) *subsiste sólo en el valor restante de la cosa, pagado que sea el acreedor pignoraticio* (art. 3894, 2ª parte).

ciones de cualquier otro acreedor; pero el Código ha adoptado la doctrina contraria, y tenemos que estudiarlo bajo ese aspecto.

Se trata de la concurrencia de dos privilegios, cuando el comprador que debe el precio de la cosa, la ha dado en prenda por una acreencia sea anterior ó posterior á la adquisición de ella. El privilegio del vendedor no se ha extinguido, porque el objeto vendido no ha salido legalmente de la posesión del comprador, desde que el acreedor pignoraticio continúa poseyéndolo á nombre del propietario, teniendo derecho á ser pagado primero; de modo que, vendida judicialmente la cosa dada en prenda, primero serán pagados los gastos hechos para la venta, el acreedor prendario en seguida, y por lo restante ejercerá su privilegio el vendedor. Y la razón que explica esta preferencia se funda en la regla general, de que en las cosas muebles la posesión vale por título, y el acreedor que ha aceptado la prenda, ha debido suponer que la cosa dada era del deudor, pues no ha tenido razón para creer lo contrario, y es por eso que cuando tiene conocimiento de que no se ha pagado el precio, su privilegio no debe prevalecer sobre el del vendedor, pues sabiendo que el objeto estaba sometido á un privilegio anterior, lo ha aceptado como garantía. No es necesario que se deba todo el precio para conservar el privilegio, basta que adeude cualquier parte de él; así es que, cuando el acreedor pignoraticio sabía que la cosa dada en prenda no estaba pagada en todo ó en parte, su privilegio cede al del vendedor; en este sentido debe entenderse la expresión algo impropia de *no se extingue*; porque de no extinguirse, no nace necesariamente la consecuencia de la preferencia sobre el crédito del vendedor. La ha tomado el Dr. Velez-Sarsfield de Martou, II, 478, como lo indica en la nota, con la diferencia, que este autor trata de demostrar que el privilegio del vendedor no desaparece porque la cosa haya pasado á poder del acreedor prendario; así, dice: «el privilegio no se extingue por haber sido dada en prenda la cosa vendida. El acreedor pignoraticio no es sino un detentador precario, posee la cosa *non tanquam suam, sed tanquam alienam*. El comprador no la detenta por sí mismo, es verdad, pero la detenta por el hecho del pignoraticio. Su posesión civil basta para la conservación del privilegio del vendedor. Digamos sin embargo, desde luego, salvo á volver sobre el art. 23, que si el acreedor prendario no ha sabido al recibir la prenda que se debía el precio, su privilegio primará sobre el del vendedor».

2ª *Tampoco puede ejercerse el privilegio del vendedor, cuando las cosas vendidas y no pagadas han sido puestas en una casa alquilada, hasta quedar pagado el locador de lo que se le debe por*

Para que el privilegio del acreedor prendario pueda hacerse valer, es necesario que la prenda haya sido constituida en instrumento público ó privado con *fecha cierta* para los terceros, no así para el vendedor, á quien lo bastará el documento simple con la fecha de la presentación en juicio. Para los terceros, el instrumento de la constitución de la prenda debe mencionar el importe del crédito, y la designación detallada de la especie y naturaleza del objeto dado en garantía, su calidad, peso, medida y demás indicaciones necesarias para determinarlo en su individualidad, de modo que no pueda ser confundido con otros, art. 3217.

El privilegio del acreedor por el precio no pagado, es con relación al pignoraticio; pero respecto á los demás créditos privilegiados, ya hemos señalado en el artículo anterior el lugar que á cada uno corresponde.

Como la regla es, de que en las cosas muebles la posesión vale por título, resulta la presunción de que la cosa dada en prenda era del deudor que la entregó, sin estar sometida á privilegio alguno; así es que el vendedor cuyo precio no ha sido pagado en parte ó en su totalidad, debe demostrar que el prendario tenía conocimiento de que la cosa estaba sometida al privilegio del vendedor, y como se trata de hechos y no de contratos, se podrá demostrar por cualquier género de prueba.

Aubry y Rau, § 261, texto á la nota 63, establecen principios que me parecen deben seguirse en la aplicación de este artículo, cuando dicen: «respecto de los acreedores del primer comprador, el privilegio subsiste á pesar de la reventa, aún seguida de la tradición, de tal modo, que el vendedor no pagado es admitido á hacer valer, sobre el precio de la segunda venta, mientras ese precio no haya sido pagado al primer comprador, ó *cedido por él, ó judicialmente atribuido á otros acreedores*. Sucede lo mismo en caso de una reventa puramente voluntaria hecha en remate público». Mientras el precio de la primera venta se deba, el acreedor pignoraticio, que conocía este hecho, cede ante el privilegio del vendedor, y lo puede ejercer el cesionario; es decir, aquel á quien se ha cedido el crédito ó al que por una sentencia le hubiera sido atribuido. La interesante nota 63, de los autores citados, estudia el caso del artículo anterior, al exigir que la cosa no haya salido de poder del comprador, que en parte es aplicable al presente, porque el acreedor pignoraticio la posee á nombre de éste. — Véanse arts. 2412, 2781, 3213, 3893, y 3907.

alquileres, desde que se introdujeron las cosas vendidas y no pagadas, á no ser que el vendedor pruebe que el locador sabia que no estaban pagadas (art. 3895, 1ª parte), porque entonces se en-

Deben cambiarse las palabras *no se extingue*, por las de *subsiste*, pues eso es lo que ha querido expresar.

(Art. 3895.) Este es uno de los muchos casos donde se demuestra cuan difícil es, aún para los hombres mejor preparados, el tomar con tino las disposiciones de otros Códigos, para incorporarlas al que se proyecta. Es por esta razón que debemos ser respetuosos con el hombre célebre que tomó sobre sus hombros la inmensa responsabilidad de proyectar el Código Civil.

Comenzaremos por donde deberíamos terminar; porque la cuestión que se nos presenta es muy grave. En efecto, se pregunta, si por este artículo el vendedor de una cosa mueble tiene el derecho de reivindicarla por la falta de pago del precio, como sucede con los inmuebles. En parte alguna del Código se concede semejante derecho, y en este artículo sólo por incidencia se dice, que el privilegio del locador, por los alquileres vencidos *anteriores* á la introducción de las cosas, cede al del vendedor, si éste intontare la reivindicación en el término de un mes desde la venta.

Es necesario que notemos el origen de esta disposición, que aparece aislada y traída por incidencia. Ha sido tomada del art. 20 de la ley que reformó el art. 2102 del Cód. Napoleón, que dice: «si la venta ha sido sin término (al contado) el vendedor puede aún reivindicar los objetos vendidos, mientras estén en posesión del comprador, é impedir la reventa, con tal que la reivindicación sea hecha dentro de los ocho días de la entrega y que se encuentren en el mismo estado en que se entregaron». Esta reivindicación se explica por las condiciones en que se hace la venta; 1º, al contado; 2º, que las cosas se encuentren intactas; 3º, que se reclamen dentro de los ocho días. No se comprendería semejante privilegio en nuestra legislación civil, que sólo autoriza á pedir el cumplimiento del contrato, sin poder disolverlo, sino cuando expresamente se hubiera hecho bajo el pacto comisorio. Reivindicar la cosa vendida, importa disolver el contrato por falta de cumplimiento de una de las partes, facultad que nuestro Cód. Civil niega en el art. 1204, cuando no exista pacto expreso. Autorizar al vendedor de una cosa para reivindicarla porque no se le ha pagado el precio, es conceder más que

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3894. — Martou, n° 478. — Mourlon, n° 118. — Aubry y Rau, § 261. — Pont, n° 151 y siguientes.

contraría en el mismo caso del acreedor prendario, que conociendo el privilegio que pesaba sobre la cosa, lo ha admitido en

un privilegio, es declarar que el contrato puede resolverse por el vendedor. ¿Y dónde se encuentra legisla la semejante facultad? En parte alguna del Código; y lo que se explica perfectamente en la legislación francesa, donde el pacto comisorio está sobreentendido en todos los contratos, no tiene razón de ser entre nosotros, donde rige precisamente la regla contraria. El Dr. Segovia, apercibido de esta dificultad, dice: «no teniendo el derecho de resolver la venta de la cosa, cuya *propiedad ha perdido definitivamente*, este derecho excepcional, que se llama impropriamente *reivindicación*, no tiene otro objeto que restituir al vendedor ó cedente la tenencia de la cosa, para reintegrarle en la posesión que tenía antes de la entrega, recobrando así su derecho de *retención perdido*»; pero le observaré que, si admite que el vendedor ha perdido definitivamente la propiedad de la cosa vendida, no puede ejercer la reivindicación concedida sólo al propietario que ha perdido la posesión; si no es propietario no puede reivindicarla. Si la reivindicación tiene por objeto obtener el derecho de retención, como dicho autor lo sostiene al final, sería negar que la propiedad de la cosa ha pasado al comprador por la venta y la entrega, de la cosa, y admitir que aún queda al vendedor el derecho de retención, lo que es completamente contrario á los principios consagrados por el Código. Por mi parte, creo que el derecho de reivindicación de que nos habla el artículo, no es con el objeto de retener la cosa hasta el pago del precio, sino el de disolver el contrato; aunque, como veremos más adelante, no debe admitirse semejante conclusión.

El Dr. Llerena reconoce, á su vez, que se pueden hacer á nuestro artículo las mismas objeciones que hacen Troplong y Duranton á la ley francesa, alegando diversos fundamentos, pues, por nuestro derecho es necesario la tradición de la cosa para que la propiedad pase al comprador; pero como en la hipótesis la cosa vendida ha sido entregada, en ambos casos se reconoce que el comprador es propietario, y para justificar en cierto modo el derecho de reivindicación, que se convierte en derecho de retención, nos dice: «el art. 1418, nuestro, da derecho al vendedor al contado para retener la cosa en su poder mientras no se le pague el precio; y el art. 1419 da igual derecho al que ha vendido al fiado. Ahora bien: las palabras que estudiamos sólo dan al vendedor un derecho para retener lo vendido para ser pagado», llegando á la misma conclusión que el Dr. Segovia, siguiendo ambos á Martou, que la da en el n° 489, cuando dice: «el objeto y resultado de la reivindicación son los mismos que los del antiguo derecho, y se puede decir hoy con Du-

su casa. Pero el crédito del locador por alquileres vencidos anteriores á la introducción en la casa de las cosas vendidas y no paga-

mentin, que el vendedor no persigue y no recobra la cosa sino para tener la posesión hasta ser pagado del precio»; pero esta explicación que puede ser aceptada en la jurisprudencia francesa, porque el derecho existe expresamente consagrado, no puede serlo entre nosotros, pues nuestro Código no lo acuerda en parte alguna.

Observaré al Dr. Llerena que los arts. 1418 y 1419 hablan precisamente del caso en que la propiedad del objeto vendido no ha pasado al comprador, porque la tradición no ha tenido lugar, y entonces no es el derecho de retención el que ejerce, sino el del propietario que no entrega su cosa mientras no se le pague el precio; si la propiedad no pasa al comprador hasta la entrega, quiere decir que continúa perteneciendo al vendedor; no es, pues, el caso de aplicar por analogía estos artículos.

Y ya que ambos autores cambian la palabra *reivindicación* por la de *retención*, me permitiré proponer la expresión siguiente, que me parece más razonable; el artículo quedaría redactado así: «pero el crédito del locador por los alquileres vencidos anteriores á la introducción en la casa de las cosas vendidas y no pagadas, code al privilegio del vendedor, si éste intentase ejercerlo, en el término de un mes desde la venta», suprimiendo la expresión de: la *reivindicación de ellas*, que carece de sentido según el sistema del Código. Sobre todo, se trata de privilegios; es decir, de ser pagado primero que el locador, y para ese objeto no hay necesidad de reivindicar la cosa, basta con acordarle la preferencia, que en la primera parte se le ha concedido; con esta redacción se lleva el objeto. Así, cuando la cosa vendida, cuyo precio no se ha pagado, está en poder del deudor, el vendedor ejerce el privilegio sobre el precio, según el art. 3893, y no necesita de la reivindicación. ¿Por qué la necesitaría al presente, cuando basta concederle el privilegio para que su crédito sea preferido al del locador? Según la inteligencia que proponemos se dé al artículo, el vendedor no necesita reivindicar la cosa, ni retenerla, como lo propone Martou, le bastará deducir su privilegio dentro del mes de la venta, para que sea preferido al locador. De este modo, no hay necesidad de explicar lo inexplicable; porque una reivindicación ejercida contra el propietario por el que no lo es, no tiene explicación posible.

Ahora vengamos á la explicación del artículo, que ha sido vivamente controvertida entre los autores argentinos.

El artículo dice: «el privilegio del vendedor por el precio no paga-

das, cede al privilegio del vendedor, si éste intentase la reivindicación de ellas, en el término de un mes desde la venta que hizo (art. 3895, últ. parte). Este artículo, como lo observamos en el

do, cede al del locador por los alquileres que se debieren, *desde que las cosas fueron introducidas en la casa*, si el locador ignoraba que no estaban pagadas; y en la nota, el Dr. Velez-Sarsfield, explicando el alcance de esta disposición, supone el caso de una casa alquilada por tres años, cuyo inquilino debiera un año de alquileres cuando se introdujeron los muebles no pagados; si el vendedor los reclamare dentro del mes, el locador sólo se habría perjudicado en ese mes, y agrega: «su condición quedará, después de sacados los muebles, tal como era antes de la introducción de ellos en la casa: él sólo había dejado de mejorarla y de aumentar su garantía»; en realidad no habría perdido sino el mes que han estado las cosas en la casa, y dentro de cuyo plazo el vendedor debía ejercer el privilegio. Entendido de este modo el artículo, veamos cuales son las consecuencias. El año de alquileres que debía el comprador de los muebles no pagados al locador, no tiene privilegio alguno durante ese mes, que se supone están los muebles en la casa; pero si el vendedor no reclamase durante el plazo, los muebles entrarán a responder, no sólo por los alquileres debidos del año, sino por los posteriores. Y como esta parte ha dado lugar a tantas dudas, la aclararemos con un ejemplo: el inquilino debía mil pesos de alquileres vencidos el 4 de Abril de 1902, cuando introdujo muebles comprados al contado por valor de dos mil pesos, sin haberlos pagado: el vendedor, en uso de su privilegio, exige antes del mes el pago, y hace vender en remate esos muebles que producen mil quinientos pesos; ese dinero corresponderá exclusivamente al vendedor, porque eso es lo que importa la expresión del artículo cuando dice: «pero el crédito del locador por alquileres vencidos, *anteriores* a la introducción de las cosas vendidas y no pagadas, cede al privilegio del vendedor ejercido dentro del mes». Pero si suponemos que el vendedor no ha usado de su privilegio, entonces los muebles no pagados responden a los alquileres *anteriores* vencidos, y en el caso supuesto de haberse vendido por los mil quinientos pesos, mil recibirá el locador por los alquileres vencidos, y los quinientos restantes el vendedor.

Así, pues, cuando el Dr. Segovín, al hablar de la parte del artículo que dice: «hasta quedar pagado el locador de lo que se le debe por alquileres, *desde que se introdujeron las cosas vendidas y no pagadas*», agrega: «esta frase de equívoco sentido parece significar que los alquileres anteriores a la introducción de la cosa vendida no tienen privilegio sobre ésta»; me parece que sufre una equivocación; porque el artículo no le priva de

comentario, debe estudiarse á la luz de los principios que exponemos. El vendedor puede, según este artículo, reivindicar la

ese privilegio, únicamente da preferencia al vendedor sobre el locador cuando reclamare la cosa dentro del mes; por esa razón comienza el artículo por decir: «tampoco puede ejercerse el privilegio del vendedor..... sino cuando el locador sabía que las cosas estaban pagadas»; pero tiene aún otra excepción, y es cuando lo ejerciera dentro del mes, aunque el locador ignorase que las cosas estaban pagadas; en ambos casos el privilegio del vendedor prima sobre el crédito del locador; y cuando éste ignoraba que las cosas introducidas no estaban pagadas para ese caso viene la conjunción adversativa *pero*, con que comienza el último párrafo, porque es una excepción de este principio general: el privilegio del vendedor por el precio no pagado cede al del locador; pero si aquél lo ejerciera dentro del mes, será preferido (al locador) por los alquileres vencidos *anteriores*; porque no se trata de los *posteriores*, desde que se supone al vendedor ejerciendo el derecho dentro del mes.

El Dr. Velez-Sarsfield, para demostrar que no se perjudica al locador con la preferencia concedida al vendedor, dice: «téngase presente que limitamos la reivindicación á sólo un mes, tiempo que no puede causar un mal grave al locador, *la pérdida de un mes de alquileres, y tiene todavia la garantía de los muebles introducidos en la casa al tiempo del arrendamiento*»; expresando así de un modo claro estas dos ideas: 1ª, que no hay alquileres *posteriores*, porque el del mes que se sigue á la introducción de las cosas en la casa, lo declara perdido, cuando el primer crédito absorba todos los bienes introducidos; 2ª, que si quedare algo restante subsiste el privilegio del locador por los alquileres vencidos, pues eso importa decir, «que tengo todavía, el locador, la garantía de los muebles introducidos en la casa al tiempo del arrendamiento».

Sintetizando los principios consignados, diremos: 1º, que el locador tiene privilegio por los alquileres vencidos *anteriores* á la introducción de los muebles en la casa; 2º, que ese privilegio cede al del vendedor de los muebles introducidos en la casa, cuyo precio se debiera, cuando el locador sabía que no estaban pagados, ó si el vendedor en cualquier caso ejerciera su privilegio dentro del mes de la introducción de los muebles; 3º, que los alquileres *vencidos anteriores* á la introducción de las cosas tienen privilegio, una vez pagado el vendedor del precio debido; 4º, que si el vendedor no ejerciera el privilegio dentro del mes, el locador tiene preferencia por los alquileres vencidos, á menos de haber sabido que los muebles no estaban pagados; 5º, que cuando el vendedor no ejerce su privilegio dentro del mes, y el locador ignoraba que el

cosa mueble cuyo precio no se le ha pagado, facultad no concedida en parte alguna, y es necesario limitarla á los objetos indicados en el comentario.

precio no había sido pagado, éste tiene preferencia por los alquileres anteriores y por los posteriores.

No es tampoco exacto lo afirmado por el Dr. Segovia, de que el resultado de la tesis contraria será que el locador *percibirá su mes de alquiler* y el vendedor se quedará mirando; porque el mismo Dr. Velez-Sarsfield, en la parte de la nota que hemos transcrito, dice expresamente que ese mes de alquiler será el único que perderá el locador, teniendo por lo demás (una vez pagado el vendedor), la garantía de los muebles introducidos en la casa; si todo lo absorbe el vendedor no se habrá perjudicado sino en ese mes; si por el contrario queda algo, lo tomará por los alquileres vencidos anteriores y también por los posteriores. La tesis que él sostiene dará este resultado: que el locador sólo tendrá privilegio por los alquileres *posteriores* á la introducción de las cosas y no gozará de preferencia por los vencidos anteriormente, lo que sería contrario al art. 2883, incº 2, como el mismo lo nota. El vendedor no puede ser burlado en su preferencia, cuando ha deducido su acción dentro del mes, porque el locador le cede su paso, no puede en caso alguno quedarse mirando, siempre que pueda usar de su privilegio.

No estoy conforme con el Dr. Llerena, cuando cree que los alquileres *anteriores á la introducción de la casa rendida* no tienen privilegio sobre lo que quedare, una vez pagado el vendedor; porque el art. 3883, es terminante, cuando dice: «las cosas sobre que se ejerce este privilegio (el del locador) son todos los muebles que se encuentran en la casa», y la única excepción es la consignada en el presente artículo, cuando se introdujeren muebles cuyo precio no hubiere sido pagado, si el locador conocía esta circunstancia, ó si el vendedor los reclamare dentro del mes; pero aún en estos casos, si una vez pagado el precio quedare algo, el locador ejercerá su privilegio sobre lo que restare. Téngase presente que se habla del caso en que se encuentren en presencia el vendedor por el precio, y el locador, para saber cuando uno es privilegiado sobre el otro.

Es cierto, como lo sostiene el mismo autor, que los muebles introducidos en la casa, cuyo precio no estuviere pagado, quedan afectados al privilegio de los alquileres que se devenguen después de la introducción; pero debe exceptuarse el caso en que el vendedor ejerciera su privilegio dentro del mes, porque entonces ni los alquileres devengados después, priman sobre el precio debido; lo mismo ocurre cuando el locador sabía que los muebles no estaban pagados. El principio que se desprende de

Cuando la cosa ha sido depositada, pueden ocurrir dos casos: uno en que el mismo depositario disponga de ella; otro en que

las disposiciones comparadas de los arts. 3883 y el que estudiamos, es el siguiente: todos los muebles introducidos en la casa responden al privilegio del locador; con la única excepción del caso en que se introdujeran muebles cuyo precio se debiera y los reclamare el vendedor dentro del mes, ó si el locador sabía que no estaban pagos, en esas hipótesis el privilegio del locador cede al del vendedor, aunque se deban alquileres *posteriores* á la introducción.

¿Qué importancia tiene entonces la expresión: «desde que se introdujeron las cosas vendidas?» Que cuando el locador ignoraba que se debía el precio y el vendedor no usara de su privilegio dentro del mes, los alquileres *posteriores* á la introducción tienen privilegio sobre el crédito del vendedor, en seguida ejercerá éste su privilegio sobre el precio, y una vez pagado, el locador tendrá privilegio, por los alquileres anteriores de dos años, sobre lo que quedare.

Cuando el Dr. Llerena sostiene que la palabra *anteriores* está bien y no debe ser *posteriores*, como lo propone el Dr. Segovia, dice lo siguiente: «el privilegio del vendedor *cede* al privilegio del locador, por los alquileres *posteriores* á la introducción en la casa arrendada de los muebles que se le deben; pero con respecto á los *anteriores*, el privilegio del locador *cede* al del vendedor», y tiene completa razón, llegando á la misma conclusión que hemos indicado. Así, supongamos que se debía al locador seis meses de alquileres, cuando se introdujeron los muebles, sólo pagados en la mitad; que han pasado dos meses, y el vendedor ejerce su privilegio, entonces el locador tiene privilegio sobre el vendedor por esos dos meses, y éste tiene á su vez preferencia sobre el locador por los seis meses debidos; pero una vez pagado el vendedor, de la mitad del precio, el locador conserva su privilegio por los alquileres vencidos. Así, pues, la expresión de que el crédito del locador por alquileres *vencidos anteriores* á la introducción en la casa, *cede* al privilegio del vendedor, es exacta y está bien; porque si dijera por los alquileres *posteriores*, no le cedería, y por el contrario sería preferido, como lo hemos demostrado.

Al final, el mismo autor dice: «pasado el mes sin reclamar (el vendedor) su pago y embargo de lo vendido, esos muebles quedan afectados al pago de todos los alquileres», lo que sólo es cierto en parte, porque la preferencia la conserva para los alquileres vencidos *posteriores*; tampoco admito: «que si el vendedor entabla su reclamo *antes* del mes, únicamente se consideraran afectados al pago de los alquileres vencidos

su heredero la enajenare, y el legislador ha debido conceder al depositante un privilegio para demandar el precio, armoni-

después de la introducción, hasta el día del reclamo»; porque precisamente es lo contrario, como lo enseña el Dr. Velez-Sarsfield en la nota, el locador pierde ese mes de alquiler, si los bienes no dan sobrante una vez pagado el vendedor.

Según la inteligencia que debe darse al artículo, el privilegio del locador por los alquileres vencidos *después* de la introducción de las cosas, cede al del vendedor por el precio, cuando éste lo reclamó dentro del mes; si lo reclamó después de ese plazo, el vendedor sólo tiene privilegio sobre los alquileres *vencidos anteriores* á la introducción de las cosas; porque el locador es privilegiado por los alquileres vencidos posteriormente al reclamo. Indudablemente, como lo notan algunos, la frase se presta al equívoco, porque el locador es preferido al vendedor por los alquileres vencidos *posteriores* á la introducción de las cosas, cuando éste no reclamó dentro del mes, pero cede al vendedor por los alquileres *vencidos anteriormente*. De esta doble situación ha nacido la discusión. Si el Código se revisara, propondría la redacción siguiente: «pero el crédito del locador, cede al privilegio del vendedor por el precio de las cosas introducidas en la casa y no pagadas, si éste lo dedujera en el término de un mes desde la venta que hizo»; pues el vendedor que ejerce el privilegio dentro del término es preferido al locador, no sólo por los alquileres vencidos anteriores á la introducción de las cosas, sino aún por los posteriores. ¿Para qué hacer entonces esa diferencia?

Pero este artículo suscita otra dificultad. El vendedor que ha dado plazo para el pago, ¿goza del privilegio sobre el precio, cuando el plazo se ha vencido? La ley no distingue, y aunque habría muy buenas razones para limitar el privilegio á las cosas vendidas al contado, sin embargo, debemos admitirlo aún en las enajenadas á plazo, siempre que éste se encuentre vencido y sea exigible. — Véanse arts. 1558, 3823 y 3908.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3895. — Pongamos el caso del arrendamiento de una casa por tres años; y el inquilino, debiendo ya un año de alquileres, introduce en la casa un costoso amueblamiento que aún no ha pagado. El vendedor de los muebles no pudiendo cobrar del inquilino el valor de ellos, quiere reivindicarlos, y el dueño de la casa le opone su privilegio para ser pagado con el precio de todos los muebles que existen en la casa alquilada. ¿Qué decidir? Si no se hace lugar á la pretensión del locador, su condición quedará después de sacados los muebles tal como era antes de la introducción de ellos en la casa: él sólo había dejado de mejorarla y de aumentar su garantía. Mourlon. n.º 138.

zando con la regla de que en las cosas muebles la posesión vale por título, y ha dicho en el **art. 3897**: *si el depositario ha abusado*

(**Art. 3897.**) El artículo comprende dos hipótesis: 1ª, cuando la cosa depositada ha sido enajenada creyéndola propia, como puede suceder en caso de una sucesión; 2ª, cuando el mismo depositario, abusando del depósito, *enajenare* la cosa que se le confió. En ambas hipótesis puede alegar el privilegio del vendedor por el precio no pagado, como en el caso del art. 3895, si la cosa hubiera sido vendida. El artículo usa impropriamente de la palabra *enajenar*, en vez de *vender*; pero el último período aclara el pensamiento del legislador, dando á entender que la enajenación de que habla es la venta. Así, pues, no existiría el privilegio cuando se hubiere enajenado por donación, por permuta ó de cualquier otro modo en que no haya precio.

Si hubiere donado la cosa á un adquirente de buena fe, el deponente sólo puede reivindicarla en los casos de la acción pauliana, cuando el donante es insolvente; pero si el depositario la enajenó á un adquirente de mala fe, el depositante tiene dos acciones: la reivindicatoria, si la cosa estuviera en poder del adquirente, ó el precio debido si la cosa se hubiera vendido, art. 2767.

Supongamos la solución inversa. La fortuna del vendedor pasa entonces al patrimonio del locador, se arruina al uno para enriquecer al otro, tan sólo porque los muebles vendidos han tocado el suelo de la casa alquilada. El locador no puede decir que le ha dado crédito al locatario, en consideración de los muebles que actualmente se encuentran en su casa, puesto que á la época del alquiler estos muebles no se llevaron allí. No se le engaña, por lo tanto, en sus legítimas esperanzas, permitiendo al vendedor que los reivindique. Si los muebles sobre que quiere asentar su privilegio se encuentran en su casa, es sólo por un accidente.

Pothier opina por la reivindicación del vendedor en el caso que tratamos. « Si una persona, dice, vende muebles á un locatario, á pagarlos al contado, y deja llevarlos á la casa que el locatario ocupa. ¿podrá impedir que los reivindique por falta de pago? Yo creo que no, porque el vendedor, vendiendo al contado, no ha querido deshacerse de ellos sino cuando se le pagasen, y no puede decirse que ha consentido en quedar obligado á los alquileres ».

Se nos puede argüir con la resolución que antes hemos dado, por la cual preferimos el pignoraticio al vendedor no pagado de la cosa dada en prenda: lo mismo debería resolverse sobre la prenda tácita que recibe el locador de los muebles que se introducen en la casa. Pero téngase presente que limitamos la reivindicación á sólo un mes, tiempo que no puede causar un mal grave al locador, la pérdida de un mes de alquileres, y que tiene todavía la garantía de los muebles introducidos en la casa al tiempo del arrendamiento. Si prefiriésemos el vendedor al pignoraticio, éste perdería todo el capital dado con garantía de la prenda: la deuda toda constituida á su favor desde el principio del contrato.

del depósito, enajenando la cosa que ha sido confiada á su cuidado; ó si su heredero la vende, ignorando que la cosa se hallaba depositada, el depositante tiene privilegio sobre el precio que se debiese, y podrá ejercerlo para hacérselo pagar, y cuando el heredero la hubiera consumido ó donado creyéndola de su causante, tendría obligación de pagar su valor.

Debe tenerse presente que, cuando la cosa depositada ha sido vendida por el depositario, el deponente que no pudiendo reivindicarla ejerce su privilegio por el precio debido, se coloca en el mismo rango que el vendedor por el precio no pagado, y ocupa el 8º lugar, como se dijo en el art. 3893, mientras que, cuando concurre como depositante, para reclamar la cosa existente en poder del depositario, sólo es preferido: 1º, por el locatario, cuando ignoraba que la cosa estuviera depositada; 2º, por los gastos de justicia necesarios al inventario, art. 3906; 3º, por los gastos de conservación, art. 3906.

No hay, pues, contradicción, en que el depositante se encuentre en el 8º lugar cuando concurre como el vendedor á ejercer su privilegio sobre el precio debido, y ocupe el 4º rango, cuando reclama su cosa de poder del depositario que la tiene en su poder.

Cuando concurre el posadero, por su privilegio, con el depositario, aquél no ocupa el lugar del locatario, como lo sostienen algunos colocándolos á ambos en la misma línea, porque el privilegio del posadero sólo cede á los gastos de justicia y á los funerarios, art. 3914; pero como en el art. 3902, los gastos de conservación son privilegiados á los del posadero, resultará la colocación siguiente: 1º, los gastos de justicia; 2º, los funerarios; 3º, los de conservación; 4º, los del posadero; 5º, el depositante. Así se comprende como el deponente ocupa el 4º rango cuando la cosa existe en poder del depositario estando en la casa alquilada; ocupa el 5º lugar, cuando concurre con el posadero; y tiene el 8º rango, cuando concurre por el precio debido como si fuera el vendedor cuyo privilegio ejerce.

Nuestro artículo ha sido tomado al pie de la letra del Cód. de Luisiana, art. 3190, como lo indica el Dr. Velez-Sarsfield en la nota. — Véanse arts. 2212, 2766, 2767, 2777, 2780, 3765, 3893, 3905, 3906 y 3914.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3897. — Cód. de Luisiana, art. 3190.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—*Aplicación del art. 3897.* — El depositario sólo tiene privilegio especial sobre el objeto depositado por todos los gastos que le hayan sobrevenido por ese motivo.—Jur. Com., III, 418, Ser. 1º.

CAPÍTULO III

DEL ORDEN DE LOS PRIVILEGIOS SOBRE LOS BIENES MUEBLES (1)

§ 1059. — GENERALIDADES

Se ha dicho que los créditos con privilegio general sobre muebles é inmuebles, salvo determinadas excepciones, sólo gravaban á los muebles que no estaban afectados á privilegios especiales, y que si por causa de esa circunstancia no podían ser pagados, la ley les concedía privilegio sobre los inmuebles, haciendo una

(1) Los juriscultos se han dividido sobre la cuestión de si los privilegios especiales debían ser preferidos á los privilegios generales, ó si éstos á aquellos. Algunos opinan que el favor acordado á los privilegios generales de afectar la totalidad de los muebles é inmuebles, y aún sólo la totalidad de los muebles, los colocaría necesariamente en primera línea. Parece que debía favorecerse en primer lugar, á los que habían asegurado al deudor insolvente sus alimentos, los cuidados en su enfermedad y una sepultura decente. Debe suponerse que no habría acreedor que se negara á que su deudor fuese auxiliado en su miseria, curado estando enfermo, y enterrado cuando muriese. Tales gastos, pues, se juzgan hechos con el consentimiento de todos, y tienen por causa servicios de primer orden que no pueden olvidarse, por deudas contraídas en las transacciones de la vida común.—Troplong, *Privil.*, no 73. Grenier, no 298.

Otros autores hacen prevalecer el privilegio especial sobre el privilegio general porque el primero crea, por razón de la causa á que debe su origen, una clase de derecho á la cosa misma, derecho en perjuicio del cual los privilegios generales no pueden apropiarse esa parte del patrimonio del deudor, porque el acreedor de privilegio especial no ha consentido en ser tal acreedor, sino bajo la condición de una obligación particular. Los privilegios generales no pueden tomar el conjunto de los bienes, sino en el estado en que cada uno se encuentre: es decir, respetando las obligaciones especiales de que han sido el objeto individual.—Persil, sobre el art. 2101. Duranton, *Privil.*, no 203. Mourlon, no 198.

Un tercer sistema combina los privilegios generales con los privilegios especiales, según la apreciación de sus causas respectivas. Pretender que cada privilegio pueda hallarse en la primera ó segunda clase, según sea general ó especial, es atacar el principio dominante en la materia, pues que el carácter de generalidad ó especialidad, no es la consecuencia del grado de favor de que el privilegio goce á los ojos de la ley, sino sólo el resultado de la naturaleza misma del crédito, por cuya razón el privilegio se ha establecido.—Aubry, § 289, y nota 2^a.—Véase Martou, no 510.

Nosotros seguiremos este último sistema, al reglar el orden en que los diversos créditos deben ser pagados. — *Nota del Dr. Velez-Sarsfield.*

excepción al principio general de que los privilegios sobre inmuebles deben ser todos particulares. Siguiendo estos principios, dice el **art. 3898**: *si los muebles no afectados á privilegios especiales*

(**Art. 3898.**) El presente artículo ha sido tomado al pie de la letra del art. 3221, Cód. de Luisiana, que no habiendo determinado el orden en que debían concurrir los acreedores con privilegio general sobre los muebles, hace la designación del rango que cada uno debe ocupar. Es un artículo de referencia, que siempre son necesarios en un Código tan extenso, cuando se vuelve á tratar de las materias legisladas en otra parte. Por esa razón no lo creo inútil, y aunque opino como algunos, que su supresión no habría traído trastorno, observaré, á mi vez, que el art. 3919 no legisla el caso, como se afirma, porque ese artículo habla de los acreedores que tienen privilegio general sobre los muebles ó inmuebles, y el presente sólo á los que lo tienen sobre los muebles. Es cierto que en la última parte se refiere al orden establecido en el art. 3880; pero debe ser un error. La edición declarada auténtica, se refiere también al art. 6, que es el art. 3880; pero como dicho artículo viene hablando de los créditos con privilegio general sobre muebles ó inmuebles, determinando el orden en que deben concurrir los acreedores cuando no alcanzaren los bienes para pagar los créditos, es evidente que ha debido referirse al art. 3879, que habla de aquellos créditos, y no de los que sólo tienen privilegio general sobre los muebles.

El presente artículo no es inútil, como se piensa, porque establece este principio que algunos autores argentinos han contradicho: que los privilegios generales sobre los muebles no priman sobre los especiales sino en muy determinados casos expresamente legislados; por eso ordena que mientras existan bienes no afectados á privilegios especiales, se deben cobrar sobre ellos los créditos con privilegio general, en el orden determinado en el art. 3880, concurriendo á prorrata los del mismo número.

Y aquí debemos observar, respecto á los privilegios especiales sobre los muebles, que vamos á estudiar en este capítulo, como el Código no determina claramente el orden en que cada acreedor debe concurrir, tomaremos el que señala la designación en cada uno de los casos; por ejemplo, el art. 3904, que hablando de los créditos que son preferidos al locador, dice: «los gastos de la venta de los muebles, los funerarios y los de última enfermedad. ¿Pero en qué orden deben concurrir? El Código no lo dice, y el art. 3919, hablando de los créditos del art. 3880, establece: «si los créditos concurrentes se hallan comprendidos en el mismo número, serán pagados á prorrata»; así, los salarios de la gente de ser-

son suficientes para pagar las deudas que tienen un privilegio general sobre los muebles, éstos se pagarán en el orden en que están colocados en el art. 3880, debiéndose tener presente que hay créditos con privilegio general sobre los muebles, como por ejemplo, los gastos funerarios que son preferidos á algunos especiales, resultando en esos casos que tienen una colocación preferente á los créditos con privilegio general sobre muebles é inmuebles.

En principio, los privilegios especiales tienen preferencia sobre los generales, porque aquellos afectan á muebles determinados, como por ejemplo, la prenda en poder del deudor, que no debe ser preferida por los salarios de la gente de servicio, ó por los alimentos del deudor, aunque en otros lo es por los gastos funerarios; pero salvas las excepciones expresamente determinadas, deben conservar su rango, y eso es lo que establece el **art. 3899**, al decir: *cuando una parte de los muebles esté afectada*

vicio, de los dependientes y de los obreros que se encuentran en el n° 3, entrarán á prorrata; pero este sistema no es admisible en el caso que estudiamos, porque unos deben ser preferidos á los otros, aunque de este sistema resulten algunas incongruencias, como sucederá en el caso del art. 3901, en que los gastos del conservador ceden á los funerarios que ocupan el primer lugar y á los de venta de la cosa conservada; mientras que cuando concurren con el locador, el privilegio de éste cede: 1º, á los gastos de la venta; 2º, á los funerarios; 3º, á los de última enfermedad. Estas incongruencias se notarán, porque el Dr. Velez-Sarsfield, queriendo seguir el sistema que combina los privilegios especiales con los generales, se ha perdido, por decirlo así, en la clasificación.

Por mi parte continúo creyendo que en principio general, y salvo las excepciones que el mismo Código contiene, los créditos con privilegio general ceden á los que tiene privilegio especial, y el artículo que estudiamos nos da la prueba, enseñando ese principio.— Véanse arts. 3899 y 3919.

(**Art. 3899.**) El artículo legisla tres hipótesis: 1ª, concurrencia entre acreedores con privilegio general sobre los muebles, y acreedores con privilegio especial; 2ª, cuando los acreedores con privilegio especial no absorbian todo el valor de los muebles, y hubiera acreedores con privilegio general sobre éstos; 3ª, cuando los privilegios especiales absorbian todos los muebles y no concurrían con los generales.

En el primer caso, los acreedores con privilegio especial deben ser

tada á privilegios especiales, y lo restante del valor de ellos no baste para el pago de los créditos privilegiados sobre la generalidad de los muebles, ó si hay concurrencia entre los privilegios especiales, se estará á las disposiciones de los artículos siguientes, que determinan el orden en que deben colocarse según la especialidad de cada uno; porque ya queda dicho: los privilegios generales sobre los muebles no pueden primar sobre los especiales, salvo las excepciones establecidas.

§ 1060.— PRIVILEGIO DE LOS GASTOS DE JUSTICIA

Los gastos de justicia se pueden considerar bajo dos aspectos: 1º, cuando benefician á la masa general de bienes, en que tienen

pagados primero, porque así lo dice el artículo, salvo las excepciones contenidas en los artículos siguientes, como por ejemplo; los gastos de justicia que gozan de privilegio general sobre muebles é inmuebles y son preferidos á los especiales, cuando se trata de la seguridad de todos los bienes, ó como sucede con los gastos funerarios que tienen privilegio general sobre los muebles y son preferidos á los gastos de conservación y al locador, que tienen privilegio especial. Así es que en principio, el privilegio especial prima sobre el general, salvo las excepciones.

En el segundo caso, no bastará el hecho de que los privilegios especiales no absorberían todos los bienes para que deban pagarse primero, y los créditos con privilegio general vengan después á exigir una colocación en el orden señalado en el art. 3880. Cuando los créditos con privilegio general concurren con los especiales, podrán exigir que antes de ser pagados éstos se designe la colocación que unos y otros deben tener, sin esperar al resultado final.

En el tercer caso, cuando concurren los acreedores con privilegios especiales entre sí, se formará una especie de concurso, y cada uno de ellos podrá solicitar se le coloque en el rango señalado en los artículos siguientes. Así, por ejemplo, cuando concurren con el locador, los acreedores por gastos funerarios, por los gastos de la venta de las cosas, por los de última enfermedad, y por los de conservación de la cosa, el orden de su colocación será el siguiente: 1º, gastos de la venta, porque sin éstos la cosa no habría sido reducida á dinero; 2º, los gastos funerarios; 3º, los gastos de conservación; 4º, los de última enfermedad; 5º, el crédito del locador.

El sistema adoptado por nuestro Código, aumenta las dificultades, y

privilegio sobre la generalidad de los muebles y de los inmuebles de que se compone la herencia ó el concurso; como son respecto de la primera, los gastos de inventario, tasación y partición, y con relación á los segundos los gastos hechos en el interés común de los acreedores, y los que cause la administración durante el concurso; 2º, los gastos de justicia relativos á créditos determinados, y sin los que no habrían podido ser cobrados, es de éstos que habla el **art. 3900**, cuando dice: *los gastos de justicia son*

en cada caso habrá necesidad de hacer un estudio especial. — Véanse arts. 3881, 3882 y 3900.

(**Art. 3900.**) Es necesario no confundir, como se hace con frecuencia, los gastos de justicia que tienen privilegio general sobre los muebles y los inmuebles de que nos habla el art. 3879, n° 1, con los gastos de justicia que gozan de privilegio especial, y que son preferidos sobre los créditos en el interés de los que se han causado. Por no haber hecho estas distinciones es que se ha incurrido en los errores que hacemos notar.

Los gastos de justicia que tienen privilegio general son, los que se hacen en interés de todos los bienes de la sucesión ó del concurso, y que tienen por objeto conservarlos para todos, sean acreedores ó herederos, mientras que sólo gozan de privilegio especial, y están en segunda categoría con relación á los primeros, los hechos en interés del crédito especial que se cobrará. Podemos, pues, decir: hay gastos de justicia que priman sobre todos los créditos por privilegiados que sean, y los hay que sólo gozan de preferencia sobre el crédito especial que cobran, á éstos se refiere el artículo que estudiamos.

Es necesario resolver esta cuestión: los gastos de justicia hechos en el interés del crédito privilegiado que se cobra, que priman sobre el crédito cobrado, ¿tienen privilegio sobre los otros créditos? Pero entonces sería acordar una facultad omnímoda á cada acreedor privilegiado, burlando así el privilegio de los demás. Supongamos que se cobra un crédito por gastos funerarios por valor de dos mil pesos, y se hacen gastos judiciales por tres mil; si los cinco mil gozan del mismo privilegio, el locador con quien concurre aquél se quedará mirando, cuando ese crédito absorbiera todo el haber que ha dejado el difunto, y en ese caso los propósitos de humanidad que ha tenido el legislador, vendrían á dar origen á una explotación. Por el contrario, si no se acordara privilegio á los gastos de justicia y tuviera que pagarlos el acreedor, éste quedaría despojado. Entre estas dos tendencias, una que debe garantizar su privilegio

preferidos á todos los créditos en el interés de los cuales se han causado; perdiendo entonces su carácter de generalidad acordada por el art. 3879, n° 1, para especializarse con el crédito en que se han hecho. Así, por ejemplo, los gastos de conservación que tienen privilegio especial sobre las cosas conservadas, serán preferidos por los gastos de justicia que se han hecho para cobrar ese crédito, porque sin esos gastos no se habrían pagado.

Los gastos de justicia gozan también de privilegio especial y no son preferidos por crédito alguno, cuando se refieren á la venta de la cosa, como lo establecen los arts. 3901, 3910, 3913 y 3916,

á los demás acreedores que vienen en seguida del que tiene preferencia, y la otra que garante al acreedor por los gastos para el cobro de su crédito, puede venir una tercera que concilie todos los intereses legítimos, y es la siguiente: que se reconozca privilegio á los gastos de justicia necesarios é indispensables para el cobro del crédito, pero no para los demás. Así, por ejemplo, cuando el crédito por los gastos funerarios no ha sido reconocido, los gastos judiciales hechos por el acreedor para hacerse reconocer el crédito, serán de su cuenta; pero si estaban reconocidos ó no se hiciera observación y se siguiera un juicio ejecutivo, esos gastos, que son de absoluta necesidad, gozarán del privilegio del crédito que se cobra. Si los demás acreedores privilegiados, velando por su propio interés, quisieran impedir esos gastos, pueden abonar el crédito, subrogándose en los derechos del acreedor que les es privilegiado.

Debemos observar, que los gastos judiciales con privilegio especial serán preferidos por los de la venta de la cosa, si ésta se hiciera particularmente, porque en los demás casos quedarán comprendidos en los gastos judiciales, como una consecuencia de la ejecución. Este principio se encuentra consagrado en la última parte del art. 3937, donde los gastos judiciales de la ejecución de hipoteca tienen privilegio sobre ésta.— Véanse arts. 3879, n° 1, 3886, 3904, 3906, 3908, 3916 y 3937.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3900.—El Depositario de las existencias de un concurso, tiene privilegio sobre los fondos realizados por su venta.—Jur. Com., II, 317, Ser. 2°.

Los gastos y honorarios, devengados por el mandatario antes de ser ejecutado el mandante, tienen privilegio en cuanto hayan favorecido al último, aumentando los bienes afectados por la ejecución de terceros que hubiese debido verificarlos en beneficio propio.—Jur. Civ., V, 187, Ser. 2°.

Los gastos de justicia causados por la ejecución á que se ve obligado un acreedor que admite en pago el producido de un bien determinado, no son á cargo de la masa común.—Jur. Com., II, 62, Ser. 2°.

y se fundan en la necesidad imperiosa de vender las cosas para pagar los créditos privilegiados.

§ 1061. — DEL PRIVILEGIO ESPECIAL POR LOS GASTOS DE CONSERVACIÓN

El Código, al conceder privilegio á los créditos por gastos de conservación, ha limitado á un círculo estrecho esos créditos, á fin de cortar los abusos y no dar origen á pleitos, y sólo considera como tales á los de absoluta necesidad, y sin los que la cosa hubiera perecido en todo ó en parte, como lo dice el art. 3892. Es con este criterio que debemos juzgar los gastos de conservación que tienen privilegio, no concediéndolo á los de simples mejoras; así, pues, de estos gastos habla el **art. 3901**, 1ª parte, cuando dice: *los gastos hechos para la conservación de la cosa son preferidos á todos los créditos, en el interés de los cuales han sido también hechos*, comprendiendo únicamente á los especiales hechos para conservar cosas determinadas; porque los gastos que pudieran reputarse como de conservación general, como son los de inventario, sellos, etc., para seguridad de los bienes, quedan comprendidos en los de justicia.

Los gastos de conservación *son preferidos á los gastos de la última enfermedad, á los sueldos ó salarios de la gente de servicio, á los alimentos del deudor y su familia y á las deudas al Fisco y Municipalidades; pero el privilegio del conservador es preferido por los gastos funerarios, y por los causados para la venta de la cosa conservada* (**art. 3901**, 2ª parte), demostrando de este modo que

(**Art. 3901.**) Los gastos de conservación que tienen privilegio sobre la cosa conservada, y á que se refiere el art. 3892, son, según los términos del artículo, «aquellos sin los que la cosa hubiera perecido en todo ó en parte», porque los gastos de mejoras que hubieren aumentado la utilidad ó el valor de la cosa, no tienen privilegio alguno. Es necesario hacer esta diferencia, porque algunas resoluciones de los tribunales han extendido el privilegio á las mejoras. Se entiende que el privilegio queda restringido únicamente á la cosa conservada, y se ejerce sobre el valor de ella. Pero hay que hacer otra distinción fundamental. Cuando la cosa estaba afectada á privilegios especiales, y ha estado á punto de

el privilegio especial del conservador tiene prelación sobre los créditos con privilegio general, con la única excepción de los gastos funerarios, como lo hemos sostenido contra la opinión de autores argentinos.

perocer, no es dudoso, como dico Martou, que el conservador no haya trabajado en su interés, sin él la cosa afectada á su acreencia hubiese perecido; en una palabra, no habría podido ejercer su privilegio; pero cuando los créditos privilegiados son posteriores á los gastos de conservación, como los acreedores han tomado la cosa tal como se encontraba, sin averiguar si álguien la había conservado, ni les interesa saber si debe ó no gastos, por este motivo no tiene privilegio. Y esta cuestión, que es de importancia, en vez de resolverla en la nota debió hacerlo en la ley misma, diciendo: «los gastos hechos para la conservación de la cosa son preferidos á todos los créditos anteriores á la conservación, etc.»; porque los acreedores posteriores nada tienen que ver con el conservador.

Cuando los gastos de conservación se hubieren hecho antes de contraerse los créditos privilegiados, si bien no pueden primar sobre los créditos que han venido á afectar la cosa posteriormente, no por eso dejan de conservar su privilegio para los demás. Pongamos un ejemplo: concurren el locador, el acreedor por gastos funerarios, el por los gastos de la venta y el conservador; si las cosas conservadas lo han sido después de haber sido introducidas en la casa, el orden será: 1º, los gastos de venta; 2º, los funerarios; 3º, los de conservación; 4º, el locador. Si por el contrario, los gastos de conservación se hicieron antes de entrar las cosas en la casa del locador y éste lo ignoraba, el orden será: 1º, los gastos de venta; 2º, los funerarios; 3º, el locador; 4º, el conservador. Por eso hemos dicho que, no era posible determinar de un modo fijo el orden en que pueden concurrir. Y este orden se alterará, si hacemos concurrir al acarreador y al acreedor pignoraticio, cuando ignoraban que la cosa estaba afecta al privilegio.

Si los gastos de conservación se hicieron cuando la cosa estaba empeñada, ó después de haber sido llevada á la casa, como la prenda no hubiera existido sin la conservación de la cosa, ni el locador hubiese podido ejercer su privilegio, porque habría perecido sin esos gastos, resultaría que en todos esos casos el conservador es privilegiado sobre dichos créditos.

Debemos observar finalmente, que los gastos funerarios de que habla el artículo son aquellos que se refieren á los estrictamente necesarios, como el de sepultura y conducción del cadáver, sin que puedan tener ese

Cuando el privilegio del conservador, que es especial, se encuentra en presencia de otros privilegios también especiales, se debe atender al tiempo en que se hicieron los gastos, porque cuando éstos se efectuaron estando las cosas afectadas al privilegio especial, como las han conservado, y sin esos gastos las cosas habrían perecido, deben tener preferencia sobre dichos créditos; pero *si los gastos de conservación han precedido á la obligación de la cosa al crédito del locador, del pignoraticio, del posadero y del acarreador, estos últimos gozan de preferencia, si al momento de la constitución expresa ó tácita de la prenda en garantía, no tenían conocimiento del crédito del conservador de la cosa (art. 3902)*; así es

privilegio los gastos de lujo, con que todos á porfía quieren en la época actual enterrar á sus muertos. — Véanse arts. 2297, 2306, 3892, 3902, 3903, 3906 y 3914.

(Art. 3902.) El principio consagrado en el artículo anterior es que el crédito del conservador es preferido á cualquier otro, cuando los gastos se hubieren hecho después de estar afectada la cosa á otros privilegios; si se hubieran realizado antes, la preferencia sólo se conservará para ejercerla después de los privilegios especiales á que estuviere afectada. Así, cuando el objeto estaba en la casa del locador y hubiera sido conservado durante ese tiempo, el conservador tendrá preferencia sobre el locador; pero cuando la cosa se hubiera conservado antes de introducirla en la casa y someterla al privilegio del locador, éste será preferido. Este principio viene á tener una excepción en el presente artículo; porque esos gastos anteriores de conservación tienen preferen-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3901.—Martou, *Privil.*, n° 521.—El conservador de la cosa ha trabajado en el interés de todos los acreedores anteriores. Sin él, la cosa afectada hubiera perecido. No puede decirse lo mismo de los créditos posteriores. A la verdad, sin los gastos y trabajos del conservador de la cosa, los acreedores posteriores no habrían podido asentar en ella la garantía de sus créditos. Pero faltando la cosa conservada, ó no habrían tratado con el deudor, ó habrían establecido su garantía sobre otro objeto. Nada les importa que se hubiesen hecho ó no los gastos de conservación, pues la cosa no habría sido afecta al crédito de ellos.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—*Aplicación del art. 3901.*—El privilegio especial tiene preferencia sobre el privilegio general.—Jur. Com., III, 113, Ser. 1°.

El depositario sólo tiene privilegio especial, sobre el objeto depositado, por todos los gastos que le hayan sobrevenido con ese motivo.—Jur. Com., III, 418, Ser. 1°.

que para mantener su privilegio, el conservador debe hacer conocer al acarreador, locador, etc., que la cosa está afectada á su privilegio.

cia sobre el locador, acreedor prendario, posadero y acarreador, cuando éstos conocian el crédito del conservador. ¿Por qué esta excepción tan singular lanzando al acreedor prendario en un pleito con el conservador, sólo por el conocimiento imperfecto de su crédito? ¿Y cómo darle los medios de asegurarse que ese crédito es efectivo? Me parece que habría sido más justo imponer al conservador la obligación de ejercer su derecho embargando la cosa antes que ésta se hubiere empeñado ó fuera llevada á la casa alquilada. ¿Qué conocimiento puede exigirse al locador ó al acreedor prendario? ¿Bastará, por ejemplo, que el mismo conservador ú otro en su nombre haga saber al acreedor prendario que tienen privilegio sobre esa cosa? Lo más justo habría sido hacer notificar judicialmente su derecho para conservar su privilegio, aunque más jurídico es desconocerle la preferencia sobre el locador, desde que ha sido negligente en hacerse pagar los gastos de conservación. Si el dueño ha podido enajenar la cosa, y el adquiriente tomarla sin cuidarse si debe ó no gastos de conservación, ¿por qué el acreedor prendario estaría obligado á dar crédito á las palabras del conservador que afirma se le deben gastos de conservación sobre la cosa, sin deducir acción alguna?

El Dr. Velez-Sarsfield, siguiendo el procedimiento que adoptó al trabajar el proyecto, ha convertido en ley la opinión de Martou y de Aubry y Rau, que no dan razón alguna para explicarla; y tal vez será una fuente perenne de dificultades y pleitos. El no tener conocimiento del crédito del conservador, ¿quiere decir que nadie le haya hecho saber que la cosa estaba afectada á su privilegio? No lo creo; el conocimiento debe provenir de una notificación judicial, que será la más segura, ó de la notificación de! acreedor ante personas, que en caso necesario atestigüen haber sido avisado del privilegio que se atribuía; pero vuelvo á sostener que la inacción del conservador no merece protección en caso alguno, y debía ser responsable por no haber ejercido en tiempo su derecho, perdiendo el privilegio, para obligarlo de ese modo á que lo deduzca en tiempo.

Es por demás evidente, que el conservador debe probar que el acreedor pignoraticio ó locador, tenían conocimiento de su privilegio, porque el mismo ú otro en su nombre lo hizo saber, antes que la cosa estuviera sujeta al privilegio; pues el conocimiento posterior en nada le perjudicará.

El artículo habla del locador, acreedor prendario, posadero y acarreador; pero ocurre preguntar, ¿qué colocación se dará al locador, aca-

Tiene de particular el privilegio del conservador, que cuando se encuentra en presencia de otro análogo, proveniente de la conservación de la misma cosa, en vez de tener preferencia el acreedor más antiguo sobre el más moderno, como sucede en la generalidad de los casos, el privilegio del que recién ha conservado la cosa tiene prelación sobre el conservador anterior, y este principio lo consagra el **art. 3903**, cuando dice: *si muchas personas han conservado la misma cosa sucesivamente, el conservador más re-*

reador y conservador, cuando aquellos conocían el crédito de éste? Es evidente que según el artículo, el conservador tiene el primer lugar en este caso; pero, ¿cuál debe ser preferido entre el locador y acarreador? Por el orden en que los servicios se han prestado. Así, es preferido el acarreador, cuando se tratara de los muebles que se han llevado á la casa del locador, porque sin este trabajo no habría podido ejercer el privilegio; se encuentra en el mismo caso que el conservador con respecto á los demás, porque sin los gastos de conservación, la cosa habría perecido. — Véanse arts. 3213, 3886, 3892, 3901, 3903, 3907, 3908 y 3914.

(**Art. 3903.**) El artículo trata de los diversos créditos por la conservación de una cosa, determinando el orden en que cada uno debe entrar con su preferencia; por ejemplo, una cosa ha sido conservada sucesivamente por tres personas, los tres concurren á cobrar su crédito: si vendida el precio alcanzare para todos, no habría dificultad; pero sucede lo contrario; en ese caso, el último conservador debe ser preferido al que le precedió, porque sin esos gastos la cosa habría perecido; el mismo razonamiento se debe hacer para el segundo conservador respecto del primero; pero cuando todos han trabajado en la cosa uniendo sus esfuerzos con el fin de conservarla, esos trabajos representan un esfuerzo común, ó vienen á formar un todo en su conjunto, como si fuera una sola persona la que los hubiera hecho, en ese caso, deben ser pagados á prorrata de sus créditos, dividiéndose el valor de la cosa. Como dice Martou, 525: «ellos han contribuido cada uno por su parte, á poner en el patrimonio del deudor el valor de la cosa que es su prenda. No hay razón, entonces, para crear entre ellos gerarquías y preferencias. Los gastos hechos para la conservación de la cosa, son preferidos á los privilegios generales anteriores como á los privilegios especiales anteriores»; porque sin ellos la cosa no habría existido.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3902.—Martou, desde el n° 521.— Los privilegios generales posteriores no son preferidos á los gastos de conservación, como lo son los privilegios especiales posteriores.

ciente es preferido á los más antiguos; y así, los créditos de los que han conservado la cosa, cuando cada uno de ellos ha hecho una operación de conservación distinta, los últimos son preferidos á los primeros; pero si varias personas han trabajado ó hecho gastos en diferentes operaciones ligadas por la comunidad de su fin, sus créditos serán pagados por concurrencia entre ellos, porque todos han concurrido á conservar la cosa; así, el que ha cuidado un animal de mérito, tendrá por su trabajo un privilegio igual al que suministró los alimentos y al que proporcionó el local para cuidarlo, y todos concurrirán en igual rango.

§ 1062. — DEL PRIVILEGIO ESPECIAL DEL LOCADOR

Dijimos en el art. 3883, que el locador tenía privilegio sobre las cosas introducidas en la casa alquilada, ó en la hacienda de campo arrendada; en el primer caso, por dos años vencidos; en el segundo, por tres; ahora, saliendo de esa generalidad, venimos á estudiar el privilegio en presencia de otros privilegios, también especiales, y en esos casos se debe sujetar á las siguientes reglas:

1^a *Los gastos de la venta de los muebles afectos al privilegio del locador, los gastos funerarios y los de la última enfermedad, gozan de preferencia al privilegio del locador sobre el precio de los muebles que se hallan en la casa; mas el locador es preferido sobre el precio de dichos muebles á todas las otras deudas privilegiadas del deudor (art. 3904);* porque sin los gastos de la venta, el lo-

(Art. 3904.) El artículo determina el rango que debe ocupar el locador, cuando viene con otros. Supongamos la concurrencia del locador, del acreedor por gastos funerarios, del por gastos de última enfermedad, por los gastos de la venta, y el depositario por los objetos depositados, sabiendo el locador que esos objetos han sido introducidos, en ese caso, el orden en que ejercerán el privilegio, es el siguiente: 1º, el depositante, porque es dueño de la cosa, y no sería justo que se pagasen los créditos de otros con el producto de una cosa que no era del vendedor; 2º, los gastos hechos para la venta de la cosa, porque sin ellos no habrían podido pagarse los créditos; 3º, los gastos funerarios, por razones de humanidad y de higiene, pero limitándolos á los de conducción y entierro; 4º, los gastos de última enfermedad que hayan sido necesarios para atender al difunto; 5º, el locador.

cador no estaría en el caso de recibir el precio de sus alquileres, y con relación á los gastos funerarios y de última enfermedad, son privilegios que el legislador ha concedido por humanidad los unos, y los otros por higiene.

2ª Cuando la cosa ha sido conservada, y sin aviso del privilegio del conservador se ha introducido en la casa alquilada, el locador tendrá preferencia al conservador.

3ª *Si entre los muebles que se hallen en la casa ó en la heredad, se encuentran algunos objetos que han sido depositados por un tercero, el locador será preferido al depositante sobre las cosas depositadas si no existiesen otros muebles afectos á su privilegio, ó si ellos*

Quando el locador hubiere ignorado que las cosas introducidas en la casa pertenecían al depositario, entonces ocupará el 4º rango, y el depositario, el 5º. Si el locador concurriese con el prendario sobre los frutos de la cosecha, le cedería en rango á éste.

Podemos establecer la siguiente graduación, cuando concurriesen diversos acreedores con el locador: 1º, los gastos de la venta de la cosa, art. 3901; 2º, los funerarios, art. 3901; 3º, los gastos de conservación posteriores á los créditos que tuvieran privilegio sobre la cosa, art. 3901; 4º, los gastos de última enfermedad, art. 3904; 5º, el privilegio del depositario para recobrar su cosa, cuando se dió conocimiento al locador, art. 3905; 6º, los del acarreador por los gastos de transporte de la cosa introducida en el fundo ó casa arrendada, art. 3910; 7º, las sumas debidas por las semillas, art. 3911; 8º, el precio de la cosa vendida, que prima sobre los alquileres debidos antes de la introducción, art. 3895; 9º, el locador.

Por eso hemos dicho que es muy difícil establecer una regla invariable para determinar el rango que cada crédito debe ocupar; eso dependerá no sólo de la causa que ha originado el crédito, sino de las circunstancias especiales que hayan seguido á su constitución; así, por ejemplo, cuando el locador sabía que las cosas introducidas en la casa, debían al conservador, ó que estaban depositadas, estos créditos le son preferidos, y le ceden su paso en caso de ignorar el locador esa circunstancia.

El Dr. Velez-Sarsfield ha tomado en parte el artículo, del Código de Luisiana arts. 3223, 3224 y 3225, agregando los gastos funerarios que no comprende dicho Código; porque nuestro art. 3901, los coloca en una categoría superior á los de última enfermedad. — Véanse arts. 3880, 3883, 3885, 3905, 3909 á 3914.

no fuesen suficientes, á menos que se pruebe que el locador sabía que las cosas depositadas no pertenecían al locatario (art. 3905), por aviso previamente dado por el locatario mismo ó por el de-

(Art. 3905.) El presente artículo determina las condiciones en que el depositante pierde su privilegio; así, para que éste tenga lugar es necesario: 1º, que la cosa depositada haya sido introducida en la casa arrendada; 2º, que no existan otros muebles afectos al privilegio del locador, ó que los existentes no fueran suficientes para el pago de la locación; 3º, que el locador ignorase que las cosas estaban depositadas. El art. 3897, habla igualmente del privilegio del depositante, sobre el precio debido al depositario, cuando éste hubiese enajenado las cosas depositadas, y como se ha querido encontrar incongruencia entre ambas disposiciones, debemos explicarlas.

La primera condición es tan esencial, que sin ella no existe el privilegio del locador; así, es de absoluta necesidad que la cosa depositada se haya introducido en la casa arrendada, sin hacer diferencia entre los alquileres vencidos anteriores á la introducción y los que después se devengaren, como sucede con las cosas vendidas cuyo precio se debiera, en el caso del art. 3895. Introducida la cosa depositada, responde á los alquileres, si el depositante ó locatario no hicieran conocer el depósito al locador.

La segunda condición es una defensa que la ley acuerda al depositante que ha descuidado su derecho, para que se oponga á la venta de la cosa depositada, mientras haya otras libres ó sobre las que se pueda ejercer el privilegio del locador; es una especie de beneficio de excusión porque el depositante tiene derecho de exigir que se vendan primero los demás sujetos al privilegio del locador, y sólo cuando no fueran suficientes para el pago, se ejecuten las depositadas. Y este derecho puede ejercerlo sin distinción, sea que el locador conozca ó no que las cosas han sido depositadas.

En cuanto á la tercera condición, es de tal modo esencial que sin ella el privilegio desaparece; el locador debe ignorar que la cosa ha sido depositada, y aún esta misma ignorancia no influirá para conservar la preferencia, cuando el depósito hubiere sido judicialmente hecho; porque el legislador no sólo se funda en la ignorancia del locador para concederle el privilegio, sino en la presunción de que en las cosas muebles la posesión es un verdadero título, y esta presunción desaparece cuando la cosa está bajo la mano de la justicia, ó cuando ha sido robada ó perdida. Así, aquel á quien se le ha sustraído ó robado una cosa que se encuentra en una casa, aunque el locatario deba alquileres, y el

positante, porque el conocimiento debe tenerlo por los mismos interesados. Téngase presente que el privilegio no se puede ejer-

locador ignore las circunstancias de que la cosa es robada ó perdida, no podría retenerla alegando su privilegio.

Con relación al art. 3897 y el presente, legislan casos completamente diversos, que no tienen relación alguna entre sí. En efecto; el art. 3897, habla del depositario, que abusando del depósito ha enajenado la cosa puesta bajo su cuidado, ó cuando el heredero la vende ignorando que es ajena, en esos casos se concede al deponente un derecho privilegiado sobre el precio debido, á semejanza del que ejerce el vendedor cuando se le doble el precio. El presente, por el contrario, supone la cosa en poder del depositario, y coloca al depositante en presencia del locador que alega su privilegio, y no con los acreedores del depositario contra quienes podía hacer valer su privilegio por el precio no pagado, de la cosa vendida. ¿En dónde puede encontrarse la incongruencia? Pongamos un ejemplo: A, deposita una cosa mueble en poder de B, que la vende á C, que sin conocer esta circunstancia la compra debiéndole el precio. B, es concursado y presenta en su activo la acreencia de C, y dice el art. 3897: A, tiene privilegio sobre ese precio, lo que es justo, porque los acreedores del depositario no deben tomar lo que es ajeno. En el mismo caso A, deposita la cosa en poder de B, éste es ejecutado por el locador y pretendo hacer vender las cosas depositadas, y se dice, aquí no tiene el privilegio acordado por el art. 3897; pero se podría responder: no lo tiene porque no es el caso de venta, si el depositario hubiera enajenado y se le debiera el precio, ya no se encontraría en presencia del locador, que no tiene nada que ver con el precio, pues no le responde á los alquileres debidos.

No obstante esta observación, se exige se diga en virtud de qué texto tiene el depositante privilegio en nuestro caso, y se podría contestar victoriosamente, el texto se encuentra en el art. 3906, que dice: «á excepción del caso del artículo anterior, el privilegio del depositante no es preferido por ningún otro crédito»; es decir, cuando el deponente ha hecho saber al locador el depósito, su privilegio para reclamar la cosa no es preferido por ningún crédito, y con razón, pues reclama una cosa que es suya, y nadie debe aprovecharse de ella; por eso exceptúa el caso en que el locador ignorase el depósito.

Viene la cuestión de saber el modo como el depositante debe demostrar que el locador conocía el depósito. Es una cuestión de hecho que admite todo género de prueba; por esa razón hemos insinuado que la notificación judicial era la más segura, ó debía dársele conocimiento por

cer sino cuando no hubiere otros muebles, ó cuando los existentes no alcanzaren á cubrir el crédito.

4^a El privilegio del locador cede su paso al del prendario sobre los frutos de la cosecha del año, que debe ser pagado primero.

5^a El privilegio del locador tiene prelación sobre el del vendedor por el precio no pagado; así, dice el **art. 3908**: *el privile-*

ante testigos. El conocimiento del locador debe ser directo, sea por aviso del locatario ó del deponente; no podría reputarse tal, el adquirido por terceras personas que no tienen interés en el asunto, porque habría tenido razón para no dar crédito á esos dichos. Se le debe hacer saber al introducir los objetos depositados en la casa; porque un conocimiento posterior no tendría efecto alguno, desde que habría adquirido el privilegio, y no podría ser privado de él.

Si las cosas depositadas quedan sujetas al privilegio del locador por la introducción en la casa alquilada, con mayor razón lo estarán las que se encuentren en inferior condición, como serían las enviadas para ser vendidas en comisión, ó que por cualquier causa se hallaren en la casa. Así, dice Duranton, XIX, 86: hay más dificultad en cuanto á los objetos alquilados, prestados ó dados á título de depósito al locatario; Pothier decidía, que el privilegio del locador prima sobre el derecho del propietario: que, por ejemplo, si un tapicero ha alquilado muebles á un locatario, para amueblar una casa ó un departamento alquilado, esos muebles están afectos al privilegio del locador, y en consecuencia, que si este último los embarga, el tapicero no puede hacérselos entregar sino con cargo de pagar los alquileres. Y él no hacía á este respecto ninguna distinción entre los objetos llevados por el locatario á su entrada en el goce, y los llevados por él corriendo la locación; solamente en el caso de depósito ó de prenda, él distinguía, si eran cosas de las que se tienen ordinariamente encerradas, y que no amueblan una casa, y de las que sirven para amueblarla: en el primer caso, decía Pothier, los propietarios pueden reivindicar la cosa, no obstante el embargo del locador, porque éste no ha debido contar sobre tales objetos para el pago de sus alquileres». En nuestro derecho no se pueden admitir tales distinciones, porque el artículo habla de los muebles que se introduzcan en la casa; y el 3883 concede privilegio sobre los muebles que se encuentren en la casa y no que la adornen ó amueblen. El privilegio se ejerce sobre las cosas muebles de cualquier naturaleza. — Comp. LAURENT, XXIX, 417. — Véanse arts. 3213, 3215, 3883, 3897, 3902, 3906 y 3907.

(**Art. 3908.**) Es necesario tener presente lo dicho en los arts. 3894

gio del vendedor no se ejercita sino después de los gastos de justicia y de los funerarios; y cede también al del propietario de la casa ó

y 3895, para dar la colocación que corresponde al crédito del vendedor: porque según el artículo que estudiamos, parece desprenderse que sólo cede á los créditos por gastos de justicia, á los funerarios y al del locador que ignoraba se debía el precio de la cosa introducida en la casa alquilada, cuando en realidad hay otros que le son preferidos. En efecto, cuando la cosa cuyo precio se debiera, se hubiese dado en prenda, el acreedor pignoraticio tendría privilegio sobre el vendedor, y también sería preferido el acarreador por sus gastos y accesorios, ó el posadero en su caso, en las cosas introducidas en la posada.

Así, cuando concurren por ejemplo, acreedores por gastos de justicia, por gastos funerarios, los gastos de la venta, por los de última enfermedad, el acreedor pignoraticio, el locador, el acarreador, el conservador y el vendedor por el precio no pagado, se colocarían en el orden siguiente: 1º, los gastos de justicia hechos en el interés del crédito, art. 3900; 2º, los gastos de la venta de la cosa, art. 3901; 3º, los gastos funerarios, art. 3901; 4º, los de conservación posteriores á los privilegios establecidos, art. 3901; 5º, los gastos de última enfermedad, que son preferidos al locador, art. 3904; 6º, los del locador ó acarreador en su caso; 7º, los del acreedor pignoraticio, art. 3894, cuando ignoraba que la cosa no estaba pagada; 8º, los del vendedor. De modo que según sean los acreedores que concurren con el vendedor por el precio, será el lugar que ocupe en la distribución de éste; por eso hemos dicho que no se puede establecer un orden inalterable, como sucede en los demás Códigos, y nos da un ejemplo el art. 3880. Cuando el vendedor ha hecho saber al locador ó al pignoraticio que se le debía el precio, del 8º lugar que ocupaba, pasa al 6º, porque le ceden su paso el locador y el acreedor prendario.

Se debe corregir la palabra *ejercita*, del verbo ejercitar, que es dedicarse al ejercicio de un arte ú oficio ó profesión, ó hacer que uno aprenda una cosa mediante la enseñanza ó ejercicio; mientras que el verbo ejercer, significa practicar actos propios de un oficio, facultad, etc., así es, que las acciones judiciales se ejercen; mientras se *ejercitan* los militares ó los que tienen un oficio. Esta impropiedad se nota en muchas partes del Código y es un error muy común confundir los dos verbos. — Comp. Cód. DE Luisiana, art. 2320. — Véanse arts. 3880, 3883, 3885, 3894, 3900, 3904 y 3907.

Haremos notar que al indicar el orden en que deben concurrir á dividir el precio de la cosa sometida al privilegio, hemos colocado los

heredad, á no ser que cuando se trasportaron los muebles á los lugares alquilados, el locador sabía la existencia del crédito del vendedor.

§ 1063. — DEL PRIVILEGIO ESPECIAL DEL DEPOSITANTE, PRENDARIO, POSADERO, ACARREADOR Y POR GASTOS DE SEMILLAS

El depositante que no ha puesto en el patrimonio del depositario, sino la posesión material de la cosa, no debía ser preferido por ningún acreedor; pero como esto se prestaría fácilmente á fraudes de toda especie, ha sido necesario exigir de los interesados que pongan en conocimiento del locador el acto del depósito; así, dice el **art. 3906**: *á excepción del caso del artículo anterior,*

gastos de última enfermedad antes que el crédito del locador, haciendo descender en un grado al del vendedor, porque esos gastos tienen preferencia al locador; así es que, cuando éste no concurre, no pueden serle preferidos los de última enfermedad, porque no tienen un orden inalterable, lo que ofrece grandes dificultades.

(**Art. 3906.**) Debe tenerse presente que el depositante es dueño de la cosa depositada, y sólo por una excepción en favor del locador, se supone, que todas las cosas introducidas en su casa le responden por el arriendo, y se le concede ese privilegio; pero vendidas las cosas depositadas y pagado el locador de su crédito, el sobrante del precio le pertenece con preferencia á cualquier otro acreedor. Cuando el locador ha sido prevenido del depósito, el deponente puede reclamar su cosa, y en ese caso no ejerce verdaderamente un privilegio al reclamarla, sino la reivindicar. ¿Qué acreedor podría pretender preferencia sobre una cosa que no es de su deudor? Por eso el artículo es absoluto al decir: «el privilegio del depositante no es preferido por ningún otro crédito privilegiado»; aunque hace la excepción respecto de los gastos de conservación, pues sin ellos la cosa no existiría, y de los necesarios para el inventario, que no se deben confundir con los judiciales; y sin embargo esos gastos de conservación caen su paso á los funerarios y gastos de venta (art. 3901), en otros casos. Esto indica que cuando se tratase de cosas depositadas conociéndolo el locador, el deponente y el conservador priman sobre los demás acreedores. Así, pues, ni los gastos funera-

Nota del Dr. Fdez-Sarsfield al art. 3908.—Martou, lugar citado.

el privilegio del depositante no es preferido por ningún otro crédito privilegiado; pero está obligado á contribuir á los gastos necesarios

rios, que tienen privilegio sobre los de conservación, gozan de preferencia sobre el deponente, porque es una cosa ajena, y no es justo pagar esos gastos con los bienes de otro.

En materia de privilegios hemos dicho que no se crean por analogía, pues deben fundarse en una disposición expresa, y por esa razón no estoy conforme con los que sostienen que, el posadero debe gozar del mismo privilegio que el locador contra el deponente en el caso del art. 3905, y además porque el art. 3914 dice claramente, que el privilegio del posadero cede únicamente á los gastos de justicia y á los funerarios, mientras el locador en el mismo caso cede, también, á los gastos de la venta y á los de última enfermedad del deudor, art. 3904. No es posible colocar por analogía al posadero y al prendario en el mismo grado; es necesario que en cada caso especial se estudie el orden de preferencia de cada uno. Así, cuando estudiemos el art. 3914, demostraremos que el privilegio del posadero se extiende á los objetos depositados introducidos, por el pasajero, en la posada, sea que los llevara consigo ó los recibiera en ella, sin hacer distinción alguna.

Si suponemos el caso de concurrir el locador, el conservador, el acreedor por gastos funerarios, por gastos de última enfermedad, y el depositante, el orden de ejercer el privilegio sería el siguiente: 1º, los gastos de conservación de la cosa depositada, sin los cuales ésta habría perecido; 2º, el depositante que hizo saber el depósito al locador; 3º, los gastos funerarios. Si hubiere otros bienes sobre los que se ejerciera el privilegio, sería este el orden: 1º, los gastos de la venta de la cosa; 2º, los gastos funerarios, art. 3901; 3º, los gastos del conservador; 4º, los de última enfermedad; 5º, los del locador. Ha bastado que desaparezca el depositante para que el conservador sea preferido por los gastos de la venta y los funerarios, y la razón de este cambio se explica: se trataba de una cosa ajena que no pertenecía al locador á quien se había dado conocimiento del depósito, cosa que debía entregarse á su dueño, y sobre la que ninguno de los acreedores del deudor tendría derecho para alegar privilegio, el único que puede hacerlo es el conservador, porque sin esos gastos la cosa habría perecido.

El art. 3228, Cód. de Luisiana, de donde ha sido tomado el nuestro, dice: «no es preferido por ningún otro crédito privilegiado, *ni aún por los gastos funerarios*; pero el depositante está obligado á contribuir á los gastos de sellos é inventarios». Como se ve, se ha suprimido el período ni aún por los gastos funerarios, porque quedaban comprendidos, y se ha

al inventario y conservación de la cosa depositada, porque estos gastos tienen privilegio general sobre los muebles y los inmuebles, y gozan de preferencia aún sobre los privilegios especiales de mayor importancia.

El acreedor pignoraticio, el posadero y el acarreador son preferidos al vendedor del objeto mueble que le sirve de garantía, á no ser que al recibirlo supieran que el precio no estaba aún pagado (art. 3907); porque en caso contrario han aceptado la cosa con

agregado, con justísima razón, los *gastos de conservación*, porque sin ellos el depositante no habría tenido la cosa, pues hubiera perecido.—Véanse arts. 3892, 3897, 3900, 3901 y 3905.

(Art. 3907.) Este artículo es una prueba de que no se puede crear privilegios por analogía, como algunos lo pretenden; porque los arts. 3886 y 3887, conceden al posadero y al acarreador el mismo privilegio que al locador, y sin embargo, cuando se presentan en concurrencia con los gastos funerarios y los de última enfermedad, el locador les cede el paso, mientras el acarreador sólo cede á los gastos de la venta y á los funerarios, art. 3910, y el posadero á los gastos de justicia y á los funerarios, art. 3914.

Debe tenerse presente que el acreedor pignoraticio conserva su privilegio mientras la cosa estuviere en su poder, por esa razón el art. 3890, confiere al acreedor prendario la facultad de reivindicarla durante tres años.

Cuando concurren sobre el mismo objeto á ejercer su privilegio, el prendario, el acarreador y el posadero, que parece se encuentran en la misma línea, no se debe dar preferencia al que tenga la cosa en su poder, como algunos lo sostienen, y parece á primera vista que así debiera suceder; porque la sola posesión no da el derecho de preferencia; así, por ejemplo, el posadero cederá su paso al prendario si éste reivindicase la prenda por habérsela robado, ó si el acarreador reclamare su crédito dentro de los quince días que siguen al transporte, art. 3887.

Confirmando la tesis que sostengo, dice Martou, II, 528: «otros autores son de opinión que el vendedor de los muebles no puede encontrarse en concurrencia con el acreedor prendario, con el posadero ó con el acarreador. De que los efectos muebles, dice Troplong, n.º 49, deban encontrarse en la posesión del adquirente para que el vendedor no pierda su privilegio, se sigue de ahí que no pueden encontrarse al mismo tiempo bajo la mano de un acreedor prendario; por consiguiente, no hay rango que disputar entre el vendedor y el prendario. No participo de esta

el privilegio que la gravaba, y sólo tendrían derecho para tomar el valor que de ella quedare, una vez pagado el vendedor.

El privilegio del prendario tiene prelación al del locador, sobre los frutos de la cosecha; así, dice el **art. 3909**: *el pri-*

opinión, dice Martou, por las razones dadas en el n° 478. El comprador continúa poseyendo como propietario, á pesar de la constitución de la prenda, porque la posesión del prendario no excluye la suya, pues ella tiene lugar á título diferente; es decir, *jure pignoris*. El vendedor puede, pues, ser puesto en presencia de un acreedor prendario del comprador». Nuestro Código ha resuelto esta última cuestión, porque el acreedor prendario no puede encontrarse con el vendedor de la cosa, por el precio no pagado, pues si sabe que no lo estaba, el vendedor le es preferido, y se reputa como si la cosa no hubiera salido de poder del comprador; si por el contrario ignoraba esa circunstancia, el vendedor cede su paso al prendario, al posadero y al acarreador. Así es que según nuestro Código, no hay cuestión sobre si se pueden encontrar el prendario y el vendedor, sino simplemente esta otra dificultad: cuando se encuentran en presencia uno y otro, ¿qué rango deben ocupar? Y está determinado, habiendo seguido al pie de la letra el art. 23 de la ley Belga, según lo expresa el mismo Dr. Velez-Sarsfield.

¿Cómo debe probarse el conocimiento de que la cosa no estaba pagada? Se trata de un hecho que puede demostrarse como los demás.— Véanse arts. 3213, 3886, 3887, 3889, 3894, 3902, 3905 y 3908.

(**Art. 3909.**) En el presente artículo, el locador concurre con el acreedor prendario sobre los frutos de la cosecha y se le da la preferencia: mientras en el art. 3885, se autoriza al locador para ejercer su privilegio sobre las cosas introducidas en la casa ó en el fundo arrendado y que hubiesen sido *sustraidas*, facultándolo para ejercerlo dentro de un mes de la sustracción; lo que importa decir, que en el caso del artículo, el locador ha consentido voluntariamente que el locatario sacara las cosas para empeñarlas. Así, la expresión de: si el acreedor prendario es de buena fe, importa decir, si éste ignoraba que las cosas empeñadas estaban sujetas al privilegio del locador, aunque en realidad este conocimiento ó ignorancia en nada altere la naturaleza del privilegio en los casos en que el locador no pudiera usar de él.

El acreedor pignoraticio será, pues, preferido en los frutos de la cosecha, en los casos siguientes: 1°, cuando el locador ha consentido en

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3907.—Ley Belga de 1851, art. 23.—Martou, n° 528.

privilegio del locador concurriendo con el prendario sobre los frutos de la cosecha del año, cede á éste si es de buena fe; garantiendo

que se saquen de la casa las cosas sujetas á su privilegio; 2º, cuando ha pasado el mes en que el locador puede usar de su privilegio. En estos casos el acreedor prendario tiene privilegio sobre el locador, aunque conociera que la cosa estaba afectada al privilegio, porque entonces no existiría á su respecto, desde que ha consentido en que se saque la cosa, ó cuando su privilegio se hubiere extinguido. Pero el Dr. Velez-Sarsfield, va más allá de esta proposición al parecer, cuando al transcribir en la nota las palabras de Martou, n° 532, las concluye con esta afirmación: «en el caso del artículo debe aplicarse la regla de que la posesión vale por título»; lo que indica admitir, que aún en el caso de haberse sustraído las cosas, ó pendiente el privilegio del locador, no podría ejercerlo contra el prendario, si éste ignorase todas esas circunstancias; y así debiera ser, porque el principio de que en las cosas muebles la posesión es un título, no debe tener excepción sino para las cosas robadas ó perdidas. En estos casos, bastará pues, la buena fe del acreedor pignoraticio.

Por mi parte creo que la doctrina de este artículo es la siguiente: el acreedor prendario es preferido al locatario sobre los frutos de la cosecha, cuando ignoraba que las cosas dadas en prenda estaban sujetas al privilegio del locador; sin embargo, esa preferencia deberá continuar, cuando sabiendo que esas cosas estaban sujetas al privilegio, el locador consintió al locatario que las sacara de la casa ó fundo arrendado, ó cuando se hubiere vencido el término de un mes sin deducir el privilegio.

Ahora si hacemos concurrir á los acreedores por los gastos de justicia, por los de venta de la cosa, al de los funerarios, al acreedor por los de última enfermedad y al conservador, concurrirían en el orden siguiente: 1º, los gastos de justicia; 2º, los de venta de la cosa; 3º, los funerarios; 4º, los del conservador, cuando el locador sabía que se hicieron después de tener el privilegio; 5º, los de última enfermedad; 6º, el acreedor prendario, que ignoraba que la cosa estaba sometida al privilegio del locador; 7º, el locador.

¿En qué debe consistir la buena fe del acreedor pignoraticio? La buena fe, cuando se trata de la prescripción, art. 4006, es la creencia sin duda alguna del poseedor, de ser el exclusivo señor de la cosa; y cuando se habla de la adquisición de un bien cualquiera, se llama adquirente de buena fe al que cree verdadero dueño al enajenante ó al que constituye algún derecho real. Así, el acreedor prendario será de buena fe, cuando

así con los frutos sacados del fundo, aunque sin consentimiento del locador, con tal que el acreedor prendario tenga buena fe.

El privilegio del acreedor pignoraticio sobre la prenda que tiene en su poder, cede al privilegio de los gastos funerarios y á los de la última enfermedad del deudor, debiéndose también satisfacer con preferencia, los gastos por la venta de la cosa tenida en prenda (art. 3913), sin que se justifique la preferencia que se acuerda

no sólo creyera dueño de la cosa al que se la da en prenda, sino que aún ignorase el privilegio del locador sobre ella; pero el error de derecho, ni la creencia de que las demás cosas eran bastantes para pagar al locador, no sería suficiente para tomar un rango superior al locador; porque esa no es la buena fe exigida por la ley. El error no debe excusar al acreedor prendario; pero la ignorancia de que la cosa estuviera sujeta á privilegio le conservaría la preferencia; porque una cosa es tener la falsa creencia de que las cosas introducidas en la casa no están sometidas al privilegio del locador, y otra ignorar que han sido sacadas de una casa alquilada. En el art. 923, hemos explicado estas diferencias.

El artículo ha sido tomado de Martou, en la última parte del n° 532. — Véase el comentario á los arts. 3883 y 3885. — Comp. arts. 1558, 3889, 3894, 3904, 3911 y 3912.

(Art. 3913.) El Dr. Velez-Sarsfield, siguiendo la opinión de Troplong, dice hablando del derecho de retención, «que debe tratarse de pesar la causa del privilegio, si ella es preferida á la causa del acreedor prendario, como no puede negarse á los gastos de justicia, de última enfermedad, salarios de la gente de servicio, etc., este derecho de *retención* no puede serles opuesto»; confundiendo, en mi opinión, el privilegio con la retención, ha consagrado en este artículo una doctrina que ningún autor ha defendido, y que es en realidad injusta por las perturbaciones que trae consigo.

La ley Belga, en su art. 25, dice: «el privilegio de los gastos funerarios es preferido sobre todos los otros privilegios, con excepción de los

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3909.—Martou, n° 532.—Parece á primera vista que el privilegio del locador sobre los muebles que se hallan en la casa, no puede concurrir con el del pignoraticio, pero sí, cuando se trata de los frutos de la cosecha. Basta para la existencia del privilegio, que estos frutos estén en la posesión del locatario, y ellos no cesan de estarlo por haber sido dados en prenda, porque la posesión *juri pignoris* del pignoraticio no es incompatible con la posesión *juri domini* del locatario. En el caso del artículo debe aplicarse la regla de que la posesión vale por título.

á los gastos funerarios y de última enfermedad, á los que debe concurrir el acreedor prendario, que tiene una garantía real y

gastos de justicia, del privilegio por los gastos hechos posteriormente para la conservación de la cosa, del privilegio del posadero, del acarreador y del acreedor prendario, siempre que éstos no sean preferidos por el vendedor del objeto dado en prenda», porque no hay razón alguna para que el acreedor á quien su deudor le ha constituido una prenda, venga á contribuir al entierro de éste y á los gastos de última enfermedad, que según el artículo le son preferidos. ¿Por qué contribuiría con el valor de la cosa dada en prenda á pagar deudas posteriores que no existían cuando ésta se constituyó? Así, dice Martou, II, 542: «En principio, los gastos funerarios son preferidos por los privilegios del acreedor pignoraticio, del posadero y del acarreador. El legislador ha creído que era justo conservar intacta la garantía del acreedor pignoraticio, que se ha asegurado conformándose á la ley, una prenda para responder del pago de la deuda contraída con él».

Troplong no sostiene en la nota al artículo, que ha sido tomada del n.º 256, como lo indica el Dr. Velez-Sarsfield, que los gastos funerarios, los de última enfermedad, etc., sean preferidos al acreedor pignoraticio, sino que el derecho de retención creado en favor de éste contra el deudor, no pueda serles opuesto á esos acreedores privilegiados.

Y la razón y la justicia se oponen al principio sostenido por el artículo; porque coloca al acreedor pignoraticio, que no ha prestado su dinero sino por la seguridad de la prenda, en inferior condición que el acarreador en el mismo caso, que sólo es preferido por los gastos funerarios y los de la venta de la cosa, mientras él es pagado después de los gastos de última enfermedad. No hay justicia en hacerlo concurrir después de los gastos funerarios y los de última enfermedad, porque si éstos fueron acordados para asegurar la asistencia del enfermo y su entierro, debe ser sobre las cosas que están en poder del deudor, no así de los que han salido de él.

Considero, pues, equivocada la doctrina, y cuando se revise el Código debe cambiarse el orden de preferencia.

Y al estudiar el presente artículo, viene igualmente al espíritu esta pregunta, ¿cuál es el lugar que deben ocupar cuando concurren todos estos acreedores? ¿Se prorratean considerándose de la misma clase? Esto es lo que decidió el artículo anterior. Por mi parte creo que los gastos hechos para la venta de la cosa deben ser preferidos, porque sin ellos no habría como pagarse á los demás acreedores, después deben venir los gastos funerarios que ocupan el primer lugar, según el art. 3880, y son

efectiva, y que no debería ser obligado á pagar con su propio peculio esos gastos.

Cuando una persona ha puesto en poder de otro una cosa mueble para que la transporte de un lugar á otro, le ha garantido con el valor de esa cosa los gastos de transporte, y por eso el legislador le ha concedido una preferencia sobre los demás créditos, es fundado en esta consideración que dice el **art. 3910**: *el privilegio del*

preferidos á los de última enfermedad, y después estos últimos. El art. 3901, concede también preferencia á los gastos funerarios sobre los de última enfermedad; y finalmente, los gastos de conservación son también preferidos á los de última enfermedad; de modo que serán pagados en el orden siguiente: 1º, los gastos de justicia causados en el interés del crédito, art. 3900; 2º, los gastos para la venta de la cosa, art. 3901; 3º, los de conservación de la cosa, art. 3901; 4º, el vendedor por el precio no pagado, cuando el acreedor pignoraticio sabía que no estaba pagado el precio, art. 3894; 5º, los gastos de última enfermedad; 6º, el acreedor pignoraticio.

Nuestro Código deja mucho que desear en esta parte de los privilegios, porque ha debido adoptar un sistema uniforme, á pesar de los inconvenientes que trae consigo; ó por lo menos indicar en cada artículo el orden en que debían concurrir. Así, por ejemplo, el locador, acreedor pignoraticio, posadero y acarreador que están en la misma línea, cuando se trata del conservador, art. 3902, ocupan después diversas posiciones; pues en el art. 3910 el acarreador sólo es preferido por los gastos de la venta y los funerarios, mientras el locador es preferido por estos mismos, agregándose el acreedor por los gastos de última enfermedad (art. 3904), y el posadero sólo es preferido por los gastos de justicia, que recién aparecen, y por los funerarios. Presenta una gran confusión que será necesario hacer desaparecer.— Véanse arts. 3880, 3889, 3890, 3894, 3900, 3901, 3902, 3904, 3906 á 3909.

(**Art. 3910.**) Este artículo demuestra claramente que los privilegios no se pueden acordar por analogía. En efecto, cuando concurren

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3913.—Muchos escritores sostienen que por el derecho de retención que tiene el pignoraticio debe ser preferido sobre la prenda á todos los acreedores privilegiados. El derecho de retención es bueno sólo para oponerlo al deudor: es una excepción contra éste, á fin de ponerse á cubierto de su mala fe; pero cuando se trata de acreedores que tienen también un privilegio sobre el objeto dado en prenda, ellos sin duda no son de igual condición al deudor, pues no hay que temer su dolo ó mala fe.—Véase Troplong, *Privit.*, nº 256.

acarreador por los costos del transporte y gastos accesorios, no cede sino á los gastos funerarios, y á los que se hagan para la venta de

el locador, posadero y acarreador en oposición al conservador (art. 3902), los primeros se encuentran en el mismo rango, y sin embargo, cuando el locador concurre con el acreedor por los gastos de la venta de los muebles, por los funerarios y por los gastos de última enfermedad, son preferidos éstos; pero si vienen con el acarreador, son preferidos únicamente los dos primeros, quedando los gastos de última enfermedad en una condición inferior. Esto es lo que hace preguntar con razón al Dr. Segovia, ¿por qué la prenda tácita engendra un derecho más fuerte que la expresa? Y la explicación dada por el Dr. Ilerena, al decir; la razón es sencilla: «desde que sale la cosa de poder del acreedor pignoraticio por su propia voluntad, el privilegio desaparece», no satisface ni explica esta anomalía; porque no se trata de la extinción del derecho de prenda, sino del derecho que ambos crean. ¿Por qué el crédito del acarreador sólo es preferido por los gastos funerarios y por los que se hagan para la venta de la cosa, mientras el crédito del pignoraticio es preferido por los gastos de la venta, por los funerarios y por los de última enfermedad? Estos últimos no tienen preferencia sobre el crédito del acarreador, que está en las mismas condiciones que el locador, art. 3902. La misma observación se podría hacer respecto al crédito del posadero, que está en la misma línea que el locador y el pignoraticio, y no obstante es preferido por los gastos de justicia y los funerarios, olvidándose de los gastos de la venta de las cosas, ¿por qué estas diferencias? No hay una contestación satisfactoria, y depende de que el Dr. Velez-Sarsfiel ha establecido un nuevo sistema que combina los privilegios generales con los especiales, según la apreciación de las causas, y en la precipitación con que se elaboró el proyecto de Código Civil, no han podido tenerse presente tantos detalles.

Haremos notar igualmente que, el artículo no comprende, entre los créditos privilegiados que son preferidos al del acarreador, á los de justicia causados en el interés del crédito, art. 3900; que tampoco habla de los gastos de conservación, cuando el acarreador tenía conocimiento del crédito, art. 3902, que deben ser preferidos. Finalmente, habría una notable injusticia en no dar preferencia al consorciador que ha impedido que la cosa pereciese conservándola en beneficio del acarreador, y que sin esos gastos no habría podido ejercer su privilegio, y con arreglo al art. 3901, tendría preferencia sobre todos los créditos, con excepción de los gastos de la venta y de los funerarios. No podemos, pues, poner en colisión este artículo con los arts. 3900 y 3901, que dicen expresamente:

las cosas transportadas, sin que tampoco encontremos justificado el privilegio de los gastos funerarios, á los que deben concurrir todos los acreedores por privilegiados que fuesen, confundiendo las épocas; si por razones de piedad ó higiene se pudo acordar

los gastos de justicia son preferidos *á todos los créditos en el interés de los cuales se han causado*; y los gastos de conservación son preferidos *á todos los créditos en el interés de los que han sido hechos*. Así, pues, el artículo que estudiamos, armonizándolo con los anteriores, debemos entenderlo de este modo, dando la colocación siguiente al crédito del acarreador: 1º, gastos de justicia causados en el interés del crédito; 2º, gastos de la venta de la cosa; 3º, gastos funerarios; 4º, gastos de conservación, cuando el acarreador conocía el crédito del conservador, ó cuando fueron hechos después de haber adquirido privilegio el acarreador; 5º, el crédito del acarreador.

¿Qué se entiende por *gastos accesorios* de que habla el artículo? Son todos los gastos hechos por el acarreador con ocasión de la cosa, como por ejemplo, los derechos de aduana, los impuestos municipales con que sean gravadas las cosas conducidas, y cualquier otro necesario para la introducción y conservación de ellas. Se entiende que el privilegio del acarreador sólo se ejerce sobre la cosa ó cosas conducidas, y que se conserva hasta los 15 días que siguen á la entrega, art. 3887.

No creo, como algunos, que «el privilegio del acarreador sea preferido al del conservador *sólo* cuando no tenía conocimiento al recibir los objetos que se debían gastos de conservación»; porque el art. 3902, que así lo establece, habla de los gastos *que han precedido* á la obligación; lo que es una excepción al principio general de que esos gastos no gozan de privilegio sobre los créditos del locador, acarreador, etc., sino en ese caso; pero el conservador es preferido siempre á esos créditos, cuando son hechos *después* que el privilegio del locador, acarreador, etc., han sido establecidos. El principio de derecho es este: los gastos del conservador, hechos *después* que la cosa está sometida al privilegio del locador, acarreador, etc., son preferidos á éstos; pero los gastos hechos *antes* no gozan de preferencia sobre esos créditos sino cuando el locador, acarreador, etc., tenían conocimiento del crédito del conservador. — Comp. MARTOU, II, 509 y 510. — Véanse arts. 3213, 3880, inciso 1º, 3887, 3901 y 3902.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3910.—Si el acarreador no hubiese hecho los gastos del transporte, el locador, por ejemplo, de la casa en que se han puesto los muebles, no hubiera tenido derecho alguno sobre los muebles conducidos, y lo mismo podemos decir respecto del pignoraticio y del posadero.

privilegio en ciertos tiempos, para que los muertos no quedasen sin sepultura, en nuestra civilización actual es un deber que llena la comuna, enterrando gratis á los que no tienen como pagar.

La naturaleza del servicio que prestan los posaderos ó dueños de hóteles y fondas, sobre todo en estos tiempos de actividad, de movimiento y de negocios, la dificultad de tomar seguridad para el pago de los suministros ordinarios que hacen á los viajeros, ha puesto en el caso de concederles una preferencia que les era necesaria sobre los demás acreedores, es por esta razón que dice el **art. 3914**: *el privilegio del posadero sobre los objetos introducidos en la posada, cede á los gastos de justicia y á los gastos*

(**Art. 3914.**) Al estudiar el art. 3906, sostuvimos que el depositante no podría reclamar privilegio sobre el posadero en los términos en que lo hace respecto del locador, según el art. 3905; porque esa excepción en favor del deponente, está expresamente concedida, mientras el presente, el posadero sólo cede á los gastos de justicia y los funerarios. Ya hemos dicho que los privilegios no se pueden aplicar por analogía, que deben fundarse en una disposición expresa, y el mismo principio se aplicará tratándose de las excepciones que vienen á constituir una especie de privilegio. Si el legislador ha concedido al depositante el derecho de reclamar las cosas, cuando han sido introducidas en la casa arrendada, previniendo al locador que eran depositadas, no podemos acordar la misma excepción en los casos del posadero, porque el artículo nada dice, y «porque los privilegios no pueden resultar, sino de una disposición de la ley», art. 3876.

No se puede aplicar el art. 3897, como lo hacen algunos, porque ese artículo se refiere á la venta de la cosa depositada, ni menos el art. 3902, que habla de los gastos de conservación. Es cierto que el art. 3907, concede privilegio al vendedor por el precio no pagado, sobre el crédito del posadero, cuando conocía esa circunstancia; pero en parte alguna se habla del depositante, que tal vez, se encuentra en mejores condiciones cuando ha hecho saber que las cosas introducidas están depositadas; sin embargo, debemos recordar que los privilegios no se crean por razones más ó menos justas, sino en virtud de una disposición expresa, por eso, no admitimos excepción alguna. Si entrásemos en el camino de las analogías, deberíamos colocar en la misma línea al locador, acarreador, posadero y acreedor pignoraticio, cuando no lo están. Por más que haya razones fundamentales para comprender á una clase de acreedores en

funerarios; mas él es preferido sobre el precio de esos efectos, á todos los otros créditos privilegiados; y aquí se comprende mejor

los privilegios concedidos por la ley, en favor de otros, no se puede hacer; pues no hay autoridad que tome el lugar del legislador.

Por estas mismas razones estoy conforme con el Dr. Llerena, cuando sostiene que el privilegio del posadero cede al del acarreador, si fuere reclamado dentro de los 15 días fijados por el art. 3887; porque ejerciendo el privilegio durante ese tiempo, su preferencia se funda en una disposición expresa de la ley; y esta opinión viene á ser apoyada por el art. 3907, que acuerda privilegio al vendedor por el precio no pagado, sobre el crédito del posadero, que conocía esa circunstancia; y con mayor razón debe ceder al crédito del acarreador, cuando sin esos gastos no habría estado en situación de ejercer su privilegio; si el acarreador ha traído las cosas á la posada, quiere decir que éstas han entrado gravadas, con un privilegio.

Pero nos encontramos con otra dificultad que no deja de tener su gravedad. El artículo ha olvidado consignar en primer lugar los gastos hechos para la venta de la cosa, que gozan de preferencia aún con relación á los gastos funerarios, como sucede lo mismo con el acarreador, locador, conservador y acreedor pignoraticio, arts. 3901, 3904, 3910 y 3913, que ceden su paso al acreedor por los gastos de la venta. ¿Sería una excepción acaso el posadero? No lo creo, porque el crédito del posadero cede su paso á los gastos funerarios, y como éstos son preferidos por los gastos para la venta de la cosa, tendría que conservar esa preferencia.

Veamos cual sería la colocación del posadero, concurriendo el conservador, los gastos funerarios, los hechos para la venta, los judiciales, el vendedor de las cosas por el precio no pagado, y el acarreador. El orden en que se ejercerían los privilegios sería el siguiente: 1º, los gastos de justicia hechos en el interés del crédito, art. 3900; 2º, los gastos de la venta, art. 3901; 3º, los funerarios, art. 3901; 4º, los gastos de conservación, art. 3901; 5º, el precio de la venta, si el posadero conocía que era debido, art. 3909; 6º, el crédito del acarreador, art. 3910; 7º, el crédito del posadero. Este orden no cambiaría, si entrase en concurrencia el depositante, que hubiere hecho saber al posadero que la cosa introducida en la posada era depositada, porque este privilegio sólo puede ejercerse contra el locador art. 3905, y aunque hay muy buenas razones para que se le concediera, la ley ha guardado silencio, y no podemos coarlo por analogía sin sustituirnos al legislador. Y en esta parte estoy conforme con el Dr. Llerena, que sostiene la buena doctrina al

el privilegio de los gastos funerarios; sin embargo, habría sido preferible dejar á la comuna la obligación de enterrar á esos muertos, sin privar de su privilegio á los que los hubieren alimentado.

Como la agricultura debe ser protegida é impulsada, porque es una de las principales fuentes de la producción nacional, de ahí es que, *las sumas debidas por semillas ó por gastos de la cosecha son preferidas al crédito del locador ó arrendador de la heredad, sobre el precio de la cosecha* (**art. 3911**); pero estos créditos

conceder al posadero privilegio sobre el depositante, fundándose en el art. 3905, que al acordar preferencia sobre el locador, sin repetir la misma disposición para los demás casos, el legislador ha indicado con su silencio, que fuera de ese caso, no tiene privilegio el depositante, rigiendo para él la máxima de que la posesión vale ó importa un título.

La posesión precaria que tuviere el viajero en los objetos muebles introducidos en la posada, no perjudicará al posadero en su privilegio, á menos de disposición expresa en contrario, porque en las cosas muebles la posesión es el título.

El art. 3231, Cód. de Luisiana, de donde el nuestro se ha inspirado, está redactado con más claridad, cuando dice: «el privilegio de los posaderos ú hoteleros sobre los efectos de los viajeros *muertos en su posada*, no cede sino á los gastos funerarios y á los de justicia»; habiéndose suprimido las palabras en letra itálica, obscureciendo el pensamiento del legislador; porque en este caso los gastos funerarios sólo pueden tener privilegio cuando el viajero muere en la posada.—Véanse arts. 3213, 3880, 3886, 3900, 3902, 3906, 3907 y 3910.

(**Art. 3911.**) Debemos reconstruir el artículo para darnos cuenta de su alcance é interpretarlo con acierto. El art. 24 de la ley Belga, dice: «las sumas debidas por semillas ó por gastos de la cosecha *del año* son pagados sobre el precio de esta cosecha, y las debidas por utensilios para la explotación, sobre el precio de esos utensilios, con preferencia al locador en uno y otro caso». Nuestro artículo, al copiar la disposición transcrita, ha suprimido inconsultamente las palabras *del año*, aplicadas á la cosecha, dejando indeterminada la palabra cosecha. Ha suprimido, igualmente, el privilegio concedido á los utensilios que sirvieron para la explotación, sobre el precio de esos mismos utensilios, porque ha creído que era bastante con el privilegio del vendedor por el precio no pagado, cuando es inferior, y no llena las necesidades que se debió proponer el legislador, y es de garantizar al que proporcionó los utensilios su prefe-

deben pesar únicamente sobre la cosecha del año ó para la que hubieren servido; pero hay acreedores que si bien han hecho

rencia á cualquier otro sobre ese precio. Dos errores que será necesario corregir cuando el Código se revise.

La indeterminación de las palabras gastos de la cosecha ha hecho creer á algunos, que «en los contratos para plantación de viñedos á entregar cuando las plantas estén en estado de dar fruto, el acreedor del viñedo debe tener privilegio sobre el valor de la cosecha», lo que no es aceptable, en mi opinión, porque el artículo habla de *semillas* y gastos de la cosecha, de que se ha hablado en el art. 3909; es decir, á la del año; además se trata de los frutos que han producido esas semillas y de los gastos hechos para la recolección de esos frutos. Debemos, pues, restablecer el texto original al interpretar el artículo, y decir: los gastos de la cosecha *del año* son preferidos al crédito del locador.

Pero ¿qué se entiende por gastos de la cosecha del año? Todos los que son necesarios para la recolección, como los de segar el trigo ó lino, trillar, embolsar, etc., poniendo los frutos en estado de ser vendidos, sin distinguir la manera como se ha hecho, sea por jornales, máquinas, ó empresarios que se encarguen de la recolección.

¿Se comprenderán igualmente los gastos de la siembra, es decir, arar la tierra, sembrarla, etc., en los de recolección? A estar al texto material del artículo, no lo creo, porque las palabras *gastos de la cosecha* comprenden únicamente los de la recolección; pero penetrando en el espíritu de la ley, y atendiendo á la nota del Dr. Velez-Sarsfield, tomada de Martou, n° 536, y que no ha sido bien traducida, debemos comprenderlos; así, dice Martou: «la razón es porque, los que han suministrado las semillas y *concurrido á producir* ó á recoger la cosecha han procurado la ventaja del locador, y deben serle preferidos. Por los suministros ó sus trabajos, han puesto en el patrimonio del locatario los frutos sobre los que establece su privilegio, etc.» En efecto, ¿qué habrían producido las semillas si no hubieran sido sembradas? El legislador, al conceder privilegio al que las ha suministrado, no ha podido menos de acordarlo al que ha hecho los gastos para ponerlas en estado de dar frutos, y como no era bastante que éstos existieran ha extendido la preferencia á los gastos de la cosecha. Así, pues, todos los que han intervenido en el proceso para que los frutos se encuentren en estado de ser vendidos, tienen preferencia sobre el locador; porque sin esos trabajos no habría tenido sobre que ejercer su privilegio.

Pero no se debe extender con mano pródiga privilegios que la ley no concede; así no creo, como algunos, que «también deben consi-

gastos en diferentes operaciones, sin embargo, están ligados por la comunidad de su fin, y en esos casos previstos por el art. 3903 se encuentran *los acreedores por semillas y los acreedores por*

derarse con este privilegio los molineros que han convertido en harina la cosecha del trigo, por los gastos de la molienda»; porque no son gastos de la cosecha, é importaría seguir á los frutos en sus diversas transformaciones, hasta llegar á resultados sorprendentes; como, por ejemplo, acordar privilegio al que ha convertido el lino en aceite, ó el que ha transformado la caña en azúcar. No; los gastos de la cosecha sólo comprenden los necesarios para recoger los frutos, como los que se hacen para cortar el trigo ó recoger el maíz, entrando en estas operaciones los carros y animales empleados en recogerlos, los gastos para separar el grano hasta ponerlo en estado de ser vendido. Los individuos que han sido empleados para recoger la cosecha, sin distinguir entre los que trabajan por mes ó por día, y como son trabajos especiales, no importará que sean gentes de servicio, si se emplean como jornaleros en esos trabajos. — Véanse arts. 1558, 3888, 3904 y 3909.

¿Qué se resolvería si el acreedor prendario de buena fe concurría con el acreedor por los gastos de la cosecha? Mi opinión es que el prendario tendría privilegio, porque tiene la cosa en su poder, y como ha ignorado que esos frutos estaban gravados con un privilegio anterior, se defendería alegando la máxima de que en las cosas muebles la posesión vale por título. Si bien es cierto que los gastos son una carga de los frutos en que se invirtieron, esa no es una razón bastante para que el privilegio siga á los frutos cuando han salido de poder del dueño que los empeñó. Sobre todo, el art. 3909 se pone en el caso en que concurra el locador con el acreedor prendario que tiene los frutos de la cosecha, dando preferencia á éste siempre que ignore el privilegio del locador, por eso le exige buena fe; así es que no participo de la opinión del Dr. Segovia, quien sostiene, «que esas sumas (las debidas por semillas) serán preferidas con más razón al crédito del acreedor prendario»; lo que sólo sería cierto tratándose de otra prenda que no fueran los frutos; pero cuando éstos han salido de poder del propietario para ser empeñados, el acreedor prendario es privilegiado sobre los que suministraron las semillas é hicieron los gastos de la cosecha, si ha tenido buena fe. El Cóligo no trae una disposición especial haciéndolos concurrir al mismo tiempo; pero el art. 3913, dice expresamente que, el acreedor prendario sólo es preferido por los gastos para la venta de la cosa, por los funerarios y por los de última enfermedad, y debemos atenernos á su disposición, desde que nada hay en contrario.

gastos de cosecha, en que *concurren igualmente* (art. 3912); porque los unos han dado origen á la cosecha, y los otros han

(Art. 3912.) El artículo ha venido á decidir la cuestión suscitada en derecho francés, á saber, cuando los acreedores por las semillas concurren con los acreedores por los gastos de la cosecha, ¿quién debía ser preferido? Troplong acuerda preferencia á los acreedores por las semillas; pero Martou, cuya opinión ha seguido nuestro Código, dice con razón: «sin los trabajos de los jornaleros el vendedor de las semillas no habría tenido materia para ejercer su privilegio. Estimo, sin embargo, que todos deben ser pagados á prorrata sobre la cosecha, porque todos han concurrido á una obra común».

Se entiende que las sumas debidas por las semillas son las que se refieren á las empleadas en la siembra; porque si fueran dos ó más acreedores que las hubieran proporcionado, será preferido sobre los frutos aquel cuyas semillas se hubieran sembrado, si es que pudieran distinguirse en su individualidad, como si, por ejemplo, uno hubiera proporcionado semilla para sembrar lino y el otro trigo, y sólo se hubiese empleado el lino; en ese caso el acreedor por el trigo no tendría privilegio sobre los frutos recogidos, y lo ejercería sobre las semillas no pagadas que estuvieren en poder del deudor.

Los gastos de la cosecha comprenden todos los trabajos para la siembra y la recolección, sin los que no habría podido obtenerse los frutos *in natura*, pero no los que se hicieran para transformarlos; así, no serían gastos de la cosecha los del molinero que transforma el trigo en harina, ni los del ingenio que convierte la caña dulce ó la remolacha en azúcar, porque el privilegio es únicamente para la producción y recolección de los frutos.

Se ha dicho que este artículo era inútil, porque lo mismo se dispone en el art. 3920; pero no participo de esa opinión. Si los gastos de la cosecha y las sumas debidas por las semillas estuvieran en la misma categoría, como sucede, por ejemplo, con el art. 3880, en que se determina el orden en que los acreedores privilegiados deben concurrir, se comprendería la observación; pero en este caso no sucede lo mismo, y es necesario que el legislador, por una disposición expresa, los coloque en el mismo orden, como lo ha hecho.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3911.—Ley de Bélgica de 1851, art. 24.—Martou, n° 533.—Los que han costado las semillas, ó han hecho los trabajos para la cosecha, han puesto en el patrimonio del locatario los frutos sobre los cuales se establece el privilegio del locador. Es justo, pues, que éste no pretenda un derecho sino después de la extinción del crédito de los que han producido su garantía.

contribuido á recogerla, poniendo los frutos en aptitud de ser vendidos.

§ 1064. — COLOCACIÓN QUE DEBEN TOMAR LOS CRÉDITOS CON PRIVILEGIO GENRAL CON RELACIÓN Á LOS ESPECIALES

Dijimos en el art. 3879, que los créditos con privilegio general sobre los muebles y los inmuebles, cuando se encontraban con los que tienen privilegios generales sobre los muebles, ó con aquellos á quienes por la naturaleza de la acreencia el legislador había acordado privilegios especiales sobre una cosa determinada, no tenían prelación por ser privilegiados sobre la generalidad de muebles é inmuebles, y que por el contrario, los créditos con privilegio especial tenían preferencia, salvo las excepciones determinadas expresamente.

Debemos observar que en todos estos artículos no se determina el orden en que cada acreedor debe concurrir á cobrar su crédito; así, por ejemplo, el art. 3901 dice, los gastos del conservador son preferidos por los funerarios y por los causados en la venta de la cosa conservada, sin decir cual debe ser preferido, cuando ambos concurren, ni si están en la misma clase; lo mismo sucede con el art. 3904, que concede preferencia sobre el locador á los gastos de la venta, á los funerarios y los de última enfermedad. ¿Se prorratarán cuando concurren juntos, ó los unos deben ser preferidos á los otros? El Código ha debido decirlo, como lo hace en este artículo; y mi opinión, en los casos citados, es que no están en la misma categoría; porque en la hipótesis del art. 3901, deben pagarse primero los gastos hechos para la venta de la cosa conservada, después los funerarios, y finalmente los del conservador; así como en los casos del art. 3904 deben pagarse en esta forma: 1º, los gastos para la venta de la cosa; 2º, los funerarios; 3º, los de última enfermedad; 4º, el locador.

Así, pues, en vez de ser inútil este artículo, salva la dificultad que ocurre con los demás, por no haber dicho si concurren á prorrata ó cual es el orden en que deben pagarse esos créditos.—Véanse arts. 3880, 3888, 3901, 3904 y 3920.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3912.—Los unos y los otros han concurrido á una obra común: la producción de la cosecha, que se les asigna como una garantía también común.

Ahora vamos á ocuparnos del modo como se ejercen los privilegios generales sobre los muebles, y para esto tenemos que recordar la regla del art. 3890, que nos dice: cuando una parte de los muebles esté afectada á privilegios especiales, y *lo restante* del valor de ellos no baste para el pago de los créditos con privilegio general sobre los muebles, se debe proceder, en cada caso, con arreglo á los artículos que vienen en seguida; determinando especialmente el lugar que deben ocupar los créditos con privilegio general cuando concurren con los especiales, y después de haber establecido excepciones, en que algunos privilegios generales, como los gastos funerarios priman sobre los créditos con privilegio especial, concluye con esta regla: *si los muebles del deudor, en razón de los privilegios especiales que los afecten, no bastaren para el pago de las deudas que son privilegiadas sobre la generalidad de los muebles, lo que falte se tomará de los bienes inmuebles del deudor (art. 3915)*, estableciendo así de un modo cate-

(Art. 3915.) El presente artículo complementa y explica el art. 3899, demostrando la verdad de la teoría sostenida en diversos lugares de esta obra, que en principio general, los privilegios especiales no ceden su paso á los generales, sino en muy determinados casos. Así, el privilegio general sobre muebles é inmuebles, que tienen los gastos de justicia, toman el primer lugar, aún cuando concurren con los créditos con privilegio especial del locador ó del conservador; del mismo modo los gastos funerarios, que sólo tienen privilegio general sobre los muebles, son preferidos al privilegio especial del conservador y del locador, y cuando concurren con los créditos privilegiados sobre los inmuebles, como en el caso de los obreros que han trabajado en la casa ó con los que han suministrado los materiales, conservan su preferencia, según el art. 3916.

Pero es necesario tener presente la disposición del art. 3899, pues allí se ordena que, cuando no alcancen los muebles para pagar á los acreedores con privilegio general, se siga el orden determinado en los artículos siguientes; por eso en cada caso ocurrente debemos buscar el artículo respectivo donde se establezca la preferencia. Por ejemplo, si se tratase del privilegio del conservador y del locador, que son especiales, en concurrencia con los gastos funerarios y los de última enfermedad, que tienen privilegio general sobre los muebles únicamente, la colocación que se les daría sería la siguiente: 1º, los gastos funerarios, art. 3901; 2º, los del conservador, art. 3901; 3º, los de última enfermedad, art. 3904;

górico, que con excepción de aquellos créditos con privilegio general, á los que ha concedido prelación sobre los especiales, todos

4º, los del locador. De modo que tenemos á los gastos funerarios con privilegio general sobre los muebles, tomando el primer lugar y venciendo á los gastos de conservación que gozan de privilegio especial; más aún, si no fuera posible pagarse con los muebles, pasa á los inmuebles, siendo preferido á los acreedores por suministros de materiales, ú obreros que hayan trabajado en la casa, que tienen privilegio especial sobre el inmueble; pero en cambio el crédito por los gastos de última enfermedad, con privilegio general sobre los muebles, le cede su paso al crédito del conservador que tiene privilegio especial, y cuando no alcanzase á pagarse con los muebles y fuera sobre los inmuebles, cedería su paso á los obreros que han construido ó reparado la casa, á los que suministraron los materiales, y sobre todo al hipotecario, así como á los que tuvieran gravámenes especiales sobre el inmueble, y á los que tuvieran privilegio general sobre muebles é inmuebles, art. 3918. Quiere decir, entonces, que según sea el privilegio general se ejercerá sobre el inmueble, sea cediendo su paso á los que tengan privilegio especial, ó tomando el primer lugar, según el caso. Por eso hemos dicho que, no es posible dar una regla uniforme, ni determinar el lugar que cada uno debe ocupar. Así, por ejemplo, los impuestos fiscales que tienen privilegio general sobre muebles é inmuebles, y que según el Código deben ser pagados después de los gastos de justicia y de los créditos que tienen privilegios especiales, por la legislación posterior, en la Capital Federal, ocupan el primer lugar cuando se trata de inmuebles, porque no es permitido hacer transmisión alguna sin previo pago de la Contribución Territorial; así es que todos los demás créditos, sin excepción alguna, ceden su paso á este impuesto; pero en las Provincias que no pueden alterar el Código Civil, sólo serán preferidos á los que tienen privilegio general sobre los muebles cuando éstos vengan á ejercerlo sobre los inmuebles.

No sería, pues, exacta la regla que dijera: «los privilegios sobre la generalidad de los muebles y de los inmuebles se pagarán primero»; porque los créditos por impuestos municipales, que tienen privilegio general sobre los muebles é inmuebles, no tienen prelación á los privilegios especiales sobre inmuebles; y por el contrario, los que tienen privilegio general sobre los muebles, como por ejemplo, los gastos funerarios, serían preferidos al ejercerlo sobre el inmueble.

Es característico de los privilegios generales el que puedan pasar de los muebles á los inmuebles, cuando aquellos no fueran suficientes para su pago, mientras que si son privilegios especiales que no pudieran

los demás son desalojados, por decirlo así, por los créditos con privilegio especial, y deben concurrir á ejercer su privilegio sobre los inmuebles; notándose esta especie de anomalía, que teniendo únicamente privilegio sobre la generalidad de los muebles, les permite extender su privilegio también sobre los inmuebles, viniendo de este modo á hacer competencia á los créditos que tienen privilegio general sobre muebles é inmuebles; pero esta colocación está limitada por el **art. 3918**, que dice: *à excep-*

ser pagados, tendrían que ir con los acreedores quirografarios, sin privilegio alguno, porque no lo tienen sino sobre objetos determinados, y si éstos perecen ó son insuficientes, no tienen derecho para extenderlo á otros. Según estos principios, el locador ó acreedor prendario que tienen privilegio sobre el acreedor por los alimentos al deudor ó su familia, si no pudieran pagarse con los objetos que quedasen, pasarían á la categoría de acreedores quirografarios, mientras el otro que los era inferior, sería preferido en los demás bienes, porque pasaría con su privilegio de los muebles á los inmuebles.

El artículo ha sido tomado del Cód. de Luisiana, art. 3233, que me parece más claro, dice: «si los muebles del deudor no bastasen para pagar las deudas privilegiadas sobre la generalidad de los muebles, lo restante será tomado de los inmuebles y los esclavos de este deudor, como se establece más adelante», el Dr. Velez Sarsfield le ha agregado, «en razón de los privilegios especiales que los afecten», lo que da á entender que los privilegios especiales deben tener prelación sobre los generales, principio que sólo es cierto en parte; porque el privilegio general de los gastos funerarios tiene prelación sobre la mayor parte de los especiales. — Véanse arts. 3880, 3881 y 3919.

(**Art. 3918.**) En el art. 3916, se habla del privilegio del vendedor del inmueble, del que gozan los obreros que han construido ó reparado la casa, de los que suministraron los materiales y de los hipotecarios, todos estos tienen un privilegio especial sobre ese inmueble; pero también concede prelación á los gastos funerarios que sólo tienen privilegio general sobre los muebles, y á los gastos de justicia necesarios para la venta, que tienen privilegio general sobre los muebles y los inmuebles; así, cuando concurren todos los acreedores por estos créditos, tomarán la colocación siguiente: 1º, los gastos de justicia hechos para la venta del inmueble, á los que agregaremos los judiciales para el inventario y seguridad de los bienes; 2º, los hipotecarios; 3º, los funerarios; 4º, el vendedor por el precio no pagado, los obreros y los que suministraron

ción de los privilegios especiales que existen sobre los inmuebles en favor del vendedor, del hipotecario, de los obreros, y de los que han

los materiales. ¿Cuáles son los acreedores que tienen privilegio sobre los muebles é inmuebles? Los gastos de justicia ya quedan comprendidos, y los créditos fiscales por impuestos, que por el Código ocupan el último lugar, cuando concurren sobre los muebles con los que tienen privilegio general sobre muebles; pero como hemos dicho, según la legislación impositiva de la nación, tienen el primer lugar cuando se trata de la enajenación de inmuebles. Este artículo se debe tomar como explicativo del art. 3915, para el caso en que concurren créditos con privilegio general sobre los muebles que no habiendo podido pagarse con éstos vienen á hacer valer su privilegio á la par de los que tienen privilegio general sobre los muebles é inmuebles, es en este caso que deben ser pagados primero, primando sobre los otros. Es así que se debe entender este artículo, porque de otro modo no tendría sentido; además explica la existencia de la diversa colocación dada á los créditos fiscales en los arts. 3879, n° 2, y 3880, n° 5; porque cuando concurren con los créditos que tienen privilegio sobre los muebles ocupan el 5° rango, mientras que cuando concurre con ellos mismos, sobre los inmuebles, les son preferidos.

El artículo parece incompleto, pues no habla de los que han dado dinero para la adquisición del inmueble, que tienen privilegio sobre el bien adquirido, art. 3927, ni de los coherederos ó coparticipes, que también tienen privilegio en su caso, art. 3928, ni del donante por las cargas impuestas, art. 3930, ni menos de los arquitectos, empresarios y de los que han prestado dinero para pagar á los arquitectos, empresarios ú obreros, art. 3931. Todos éstos tienen privilegio especial sobre el inmueble en que se han hecho los trabajos ó impuesto las cargas; pero debe tenerse presente que todos esos créditos tienen privilegios especiales, y el presente artículo sólo se aplica á los créditos con privilegio general sobre muebles é inmuebles, para el caso en que concurren los créditos con privilegio general sobre los muebles por no haberse podido pagar en el caso del art. 3915.

No creo, como algunos, que este artículo «trae mucha confusión y es completamente inútil»; porque él explica la manera como deben concurrir los acreedores con privilegio general sobre los muebles, cuando vienen á ejercerlo sobre los inmuebles, con los créditos que tienen privilegio general sobre muebles é inmuebles, en que éstos tienen prelación.

Para aclarar este punto hagamos concurrir á la distribución del precio del inmueble á todos los que en un caso dado pudieran reclamar

suministrado los materiales, los acreedores privilegiados sobre la generalidad de los muebles y de los inmuebles deben ser pagados, en caso de insuficiencia de los muebles, sobre el producto de los inmuebles, con preferencia á todos los otros acreedores del deudor, de modo que en este caso los acreedores con privilegio general sobre los muebles toman el último lugar en esta clasificación; primero deben ser pagados los créditos con privilegio especial, salvo las excepciones; en segundo lugar, tratándose de inmuebles, deben ser pagados los créditos que tienen privilegio general sobre muebles é inmuebles, salvo también las excepciones fundadas en los artículos que les son relativos, y finalmente, serán pagados sobre esos inmuebles los créditos con privilegio general sobre los muebles; así, se puede decir que ejercen su privilegio sobre los acreedores quirografarios.

Cuando los créditos privilegiados sobre los muebles é inmuebles no pudiesen ser pagados en su totalidad, porque los inmuebles son de poco valor ó están afectos á privilegios especiales que deben ser preferidos, ó sea porque los muebles y los inmuebles no bastan para satisfacerlos, el déficit que exista no es soportado concurrentemente entre ellos, sino que estos acreedores deben ser pagados en el orden

un privilegio sobre el precio de la venta, y entrarían en este orden: 1º, los gastos de justicia para la venta, inventario y seguridad del inmueble, que tienen privilegio general; 2º, los hipotecarios; 3º, los gastos funerarios; 4º, el vendedor por el precio, los obreros y los que suministraron los materiales; 5º, el que dió el dinero para la adquisición del inmueble en el caso del art. 3927; 6º, el donante por las cargas pecuniarias impuestas á la donación; 7º, los arquitectos y empresarios y los que prestaron el dinero para pagarlos; 8º, el Fisco y la Municipalidad por impuestos públicos; 9º, los gastos de última enfermedad; 10º, los salarios de los domésticos, etc.; 11º, los alimentos del deudor y su familia. Este orden no puede ser invariable; porque según las circunstancias especiales y los créditos que concurren, se debe alterar. El Fisco, por sus impuestos, ocupa el primer lugar sobre los inmuebles, en la Capital Federal.

Las imperfecciones que notamos en este artículo, provienen de la fuente de donde fué tomado, que es el art. 3236, Cód. de Luisiana, que siguiendo otro sistema, ha podido determinar los que tenían privilegio especial sobre el inmueble. — Comp. Cód. DE CHILE, arts. 2472, 2473 y 2478. — Véanse arts. 3110, 3881, 3901, 3915, 3919, 3927 á 3931 y 3934.

en que están colocados en el art. 3880, y la pérdida recaerá sobre los créditos de clase inferior. Si los créditos concurrentes se hallan comprendidos en el mismo número, serán pagados á prorrata (art. 3919); lo que establece claramente el principio general

(Art. 3919.) El presente artículo es obscuro y se presta á diversas interpretaciones. Principiamos por decir, que como está redactado han creído que supone el caso en que los créditos con privilegio general sobre los muebles y los inmuebles no pudieran ser pagados, lo que no puede suceder con relación á los gastos de justicia que ocupan el primer lugar; sino pudieran pagarse, sería porque no habría bienes, y entonces no hay caso. El artículo habla de los créditos con privilegio sobre los muebles é inmuebles, no de los que tienen privilegio sobre la generalidad; separando los créditos que tienen privilegio sobre los muebles, de los que lo tienen sólo sobre los inmuebles, y estudiando cada situación, estaríamos en la verdad. Así, pues, cuando un crédito que tiene privilegio general sobre los muebles, no alcanzare á pagarse porque fueran absorbidos por los privilegios especiales que los gravasen, pasará, como se ha dicho en el art. 3915, á ejercerlo sobre los inmuebles; pero si éstos á su vez se encontrasen gravados, deben pagarse los créditos con privilegio especial, y después los que tienen privilegio general sobre los muebles y los inmuebles, y sólo en lo restante serán pagados los que tuvieren privilegio general sobre los muebles, como se dijo en los arts. 3915 y 3918. En este artículo se habla de los créditos que gozan de privilegio general sobre los muebles, pues los que tienen privilegio especial lo ejercen sobre los muebles gravados, y por lo que no alcanzan á pagarse entrarán con los acreedores quirografarios, según el art. 3920. Por eso, cuando el Congreso corrigió el Código, se refirió al art. 3880 y no al 3879, como cree el Dr. Segovia, debió hacerlo al decir: «he manifestado en el *Comentario* que la referencia debe ser al art. 3879, único que se ocupa del privilegio *general* sobre todos los bienes; y esta es la única manera de salir del *atolladero* en que se ven metidos los que no aceptan mi enmienda»; pero el distinguido autor no se apercibe que quien no admite la enmienda es el legislador, que ha dicho: «estos acreedores deben ser pagados en el orden en que están colocados en el art. 3880». Hemos dicho en el comentario al art. 3898, que la cita la creíamos equivocada; pero admite, en este caso, una explicación, así diremos: el artículo no habla de privilegios *generales* sobre los bienes muebles y los inmuebles, sino simplemente sobre los que tienen privilegio sobre los *muebles é inmuebles*; y aún suponiendo que el legislador hubiera usado de la locución «privilegios generales sobre muebles é inmuebles»,

que hemos indicado, de que los créditos con privilegio, salvo las excepciones que hace el mismo Código, ceden su paso á los con

habría sido de buena interpretación aplicar la expresión de privilegios generales á los muebles, dejando los inmuebles aparte; porque el comentador debe conciliar y explicar las disposiciones, siempre que haya lugar y medio para hacerlo.

Pero hay otra razón para explicar la pertinencia de la cita del art. 3880, porque si se aplicara al art. 3879, resultaría que el privilegio efectivo sobre la generalidad de los muebles y de los inmuebles por los gastos de justicia, y del Fisco por impuestos, no tendrían orden que guardar. Y, por el contrario, si se acepta que los créditos de que habla el artículo es de los que tienen privilegio general sobre los muebles, resulta que es una disposición análoga á la del art. 3915, dando la forma en que deben concurrir. Por ejemplo, supongamos que se presentan acreedores por gastos funerarios, de última enfermedad, por alimentos del deudor, gastos de conservación, locador, prendario, obreros que han trabajado en una casa, hipotecarios y acreedor por el precio del inmueble vendido y entregado, ¿cuál sería la colocación que les daríamos? Comenzaremos por separar primero, los acreedores especiales sobre los muebles, después reuniremos los acreedores con privilegio general sobre los muebles, y finalmente los acreedores sobre los inmuebles. Como acreedores especiales pagaremos en este orden: 1º, al conservador; 2º, al prendario; 3º, al locador; si no alcanzaren á pagarse irán por lo restante con los acreedores quirografarios; pero si los suponemos ejerciéndose sobre la generalidad de los muebles, entrarán en este orden, según el art. 3880: 1º, los gastos funerarios; 2º, los de última enfermedad; 3º, los de alimentos del deudor y su familia. Si suponemos que no ha podido ser pagado ninguno de estos créditos y concurren á hacerse pagar de los inmuebles que están gravados con los créditos que hemos notado, veamos como concurrirían: 1º, serían pagados los hipotecarios; 2º, los funerarios; 3º, el vendedor por el precio no pagado; 4º, los obreros que han trabajado en la casa; 5º, los fiscales y municipales por impuestos; 6º, los gastos de última enfermedad; 7º, los acreedores por alimentos. Debemos notar que los fiscales ocupan el primer lugar en la Capital Federal.

Así, es que primero deberán pagarse los que tienen privilegio especial sobre los muebles, con excepción de los gastos funerarios que tienen prelación sobre el conservador; después los que gozan de privilegio general sobre los muebles, en el orden del art. 3880. Agotados los muebles se va sobre los inmuebles, pero cuando éstos reconocen privi-

privilegio especial, y entre los créditos con privilegio general, son preferidos sobre los inmuebles los que gozan de privilegio sobre

legios especiales se pagan primero y después los con privilegio general sobre muebles é inmuebles, y finalmente vienen los que tienen privilegio general sobre los muebles.

El Dr. Llerena cree, también, que este artículo habla de los acreedores que tienen privilegio sobre la generalidad de los muebles é inmuebles; pero trata de explicarlo, en el sentido que lo hemos hecho, creyéndolo un error nacido de las fuentes de donde fué tomado; y lo interpreta correctamente, pero llega á ese resultado suponiendo, como lo creemos, un error en la redacción del artículo, que la interpretación vendría á salvar. Pero ya lo hemos dicho, la ley no habla de *privilegios generales sobre muebles é inmuebles*; es decir, sobre los concedidos por el art 3879, sino de *privilegios sobre los muebles é inmuebles*, y como hay créditos que tienen privilegio general sobre los muebles, á ellos se debe aplicar la primera parte; del mismo modo hay créditos privilegiados sobre inmuebles determinados, á ellos se aplicará la segunda parte.

La verdad es que el artículo es oscuro y se presta á la crítica. Cuando el Código se revise, yo propondría la siguiente redacción: «cuando los créditos privilegiados sobre la *generalidad* de los muebles, no pudiesen ser pagados en su totalidad, porque estén afectados á privilegios especiales que deben ser preferidos, ó sea porque los muebles y los inmuebles no basten para satisfacerlos, el déficit que exista no es soportado concurrentemente entre ellos, sino que estos acreedores deben ser pagados en el orden en que están colocados en el art. 3880, y la pérdida recaerá sobre los créditos de clase inferior. Si los créditos concurrentes se hallan comprendidos en un mismo número, serán pagados á prorrata». De este modo se explicaría la cita del art. 3880.

La redacción de Goyena satisface por su claridad cuando dice en el art. 1929: «cuando concurren sobre unos mismos bienes dos ó más créditos que gocen de privilegio especial sobre ellos, se pagarán según el orden de procedencia con que respectivamente están colocados en los arts. 1926 y 1927».

«Si los créditos concurrentes se hallan comprendidos en el mismo número serán pagados á prorrata».

«En cuanto no pudiesen ser satisfechos, serán comprendidos en el grado 5º ó 6º, según la forma en que se hiciera constar».

Nuestro artículo sólo contiene dos disposiciones de importancia, y es á las que únicamente deben aplicarse: 1º, la distribución cuando no al-

muebles é inmuebles, á los que únicamente tienen privilegio general sobre los muebles.

Con respecto á los créditos *privilegiados que están en la misma clase, serán pagados por concurrencia entre ellos como los simples quirografarios (art. 3920)*, con excepción de los créditos de los

cancen á pagarse los créditos privilegiados y el orden en que debe hacerse; 2º, que los créditos concurrentes que se hallaren en el mismo número deben pagarse á prorrata. — Comp. Cód. DE Luisiana, art. 323. GOYENA, art. 1929. Cód. DE Chile, art. 2473. Cód. FRANCÉS, arts. 2096 y 2105. TROPLONG, nº 251, *bis*.—Véanse arts. 3882, 3918 y 3920.

(Art. 3920.) En el art. 3882, armonizamos estas disposiciones que parecen diferentes. Así, aquel artículo exige *igual condición* en los créditos del mismo número, para que tengan derecho á prorratarse, mientras por el presente basta que estén en la *misma clase*, para que puedan exigir el prorrato. Por ejemplo, están en la misma clase, según el art. 3880, nº 3, los salarios de la gente de servicio y de los dependientes por seis meses, el de los trabajadores á jornal por tres meses, y cuando todos concurren y no hay fondos suficientes, se deben prorratarse; esta es la regla general; pero resulta que los trabajadores á jornal han conservado las cosas, que hubieran desaparecido sin ese trabajo, en ese caso tienen preferencia en las cosas conservadas, por la causa que ha originado su crédito. Esto parece alterar en cierto modo la regla que el artículo establece; pero no es así, porque el privilegio general que tenían se ha convertido en un privilegio especial, que los coloca en primera línea sobre los demás, excepto el crédito por los gastos funerarios, que es preferido.

La expresión de que se sirve el art. 3882, al exigir que los créditos sean de *igual condición*, se aplica á los de la misma clase, cuando tienen un origen diferente, siendo la misma causa; como, por ejemplo, en los gastos de última enfermedad, el honorario de los médicos, el de los enfermeros, el de los farmacéuticos, son de origen diferente, pero están comprendidos en la misma causa de deber, y se puede decir en este sentido que son de la misma condición. Por eso dice el Dr. Velez Sarsfield en la nota 3882, que, «en general los privilegios que la ley abraza en el mismo número son de la misma condición, aunque nacidos en épocas diferentes; y así deben concurrir juntos, no obstante la diferencia de fechas». Pero esta regla general tiene muchas y variadas excepciones, porque unas veces la prioridad en el tiempo impone la inferioridad en el orden ó viceversa; por ejemplo, cuando se trata de gastos de conser-

diversos conservadores de la misma cosa, en que serán preferidos los últimos á los primeros, en el orden inverso de lo que hubieren sido hechos.

vación, el último conservador tiene prioridad sobre los primeros, mientras si se trata del vendedor por el precio no pagado, el más antiguo tiene privilegio sobre los que le suceden. En cada caso, pues, se hará la excepción á la regla general de que los créditos de la misma condición concurren juntos sin atender á la diferencia de fecha. Pero, como lo hemos dicho anteriormente, la circunstancia de hallarse los créditos en el mismo número, si en general basta para que concurren á prorratarse, no es suficiente; porque si las condiciones de los créditos son diferentes, si no son de la misma calidad, si la causa de uno de ellos es más favorable á los otros, debe tener preferencia aunque se halle en el mismo número, como en el ejemplo que hemos citado anteriormente, del crédito del jornalero que tiene por causa la conservación de la cosa, que tendría privilegio sobre los demás comprendidos en el mismo número.

¿Qué se debe entender por acreedores privilegiados de la misma clase? Tarrille, en su informe al Tribunalado, decía: «no se puede considerar como que están en el mismo rango, ni los diversos acreedores que tienen privilegios generales sobre los inmuebles, ni los que tienen privilegios especiales sobre ciertos muebles, ni los que tienen privilegio sobre los inmuebles, pues la ley asigna nominativamente preferencias entre los diversos privilegios comprendidos en cada uno de estos tres géneros..... No se puede considerar como que están en el mismo rango propiamente, sino á los acreedores que están colocados nominativamente por la ley. Así, los panaderos y los carniceros designados en el art. 2101, n° 5; los diversos prestamistas de dinero, para pagar el precio de una adquisición de inmuebles, designados en el art. 2103, n° 2; los prestamistas de dinero para para pagar ó reembolsar, los obreros designados en el mismo artículo, n° 5, están colocados nominativamente en el mismo rango, y deben ser pagados á prorrata». El mismo rango ó clase de los créditos los hace concurrir á dividir el dinero en proporción de lo que cada uno cobrará; sin perjuicio de que cuando hubiere una causa de preferencia en favor de uno de ellos, sea pagado primero.

No estoy conforme con los que afirman: «que nuestro Código en vez de hacer una enumeración completa para los privilegios especiales..... se ha conformado con reglamentar la preferencia de unos sobre otros, para *dejar su colocación al juez y al intérprete*»; siguiendo al Dr. Velez-Sarsfield, en la nota al art. 3882; porque uno y otro aplicarán

Tratándose de los créditos con privilegio especial que no alcanzaren á cubrirse con el precio de las cosas que les estuvieren afectadas especialmente, entrarán por el sobrante entre los acreedores comunes, eso es lo que dispone el **art. 3921**, al decir: *los*

la ley, sin que los jueces puedan alterar el orden que en cada caso se encuentra determinado. Por lo demás, no era posible fijar invariablemente el orden de los privilegios especiales, comprendiéndolos en una regla inflexible, desde que se había adoptado un sistema, que podríamos llamar mixto, que consiste en combinar los privilegios generales con los especiales, estudiando las causas respectivas para darles en cada caso una colocación apropiada. Resulta de este sistema, que estudia las causas para señalar el rango de cada crédito, esta peculiaridad; los gastos de justicia que gozan de privilegio general sobre los muebles y sobre los inmuebles, son preferidos á los que tienen privilegios especiales; los gastos funerarios, que únicamente tienen privilegio general sobre los muebles, tienen privilegio sobre el conservador que goza de privilegio especial, y sobre el locador, acarreador, posadero y acreedor pignoraticio, que también gozan de privilegios especiales; y, finalmente, los gastos de última enfermedad que tienen prelación sobre el locador y el acreedor pignoraticio. ¿Por qué estas singularidades? Sin duda, porque el Dr. Velez-Sarsfield, dió demasiada importancia á estos gastos, y la tenían en aquellos tiempos en que los hospitales y establecimientos de caridad no se habían generalizado; y que al presente no tienen justificación razonable; pues las instituciones de beneficencia se encargan de todos estos gastos que pesan sobre la comunidad. — Comp. TROPLONG, I, 87. MARTOU, II, 304 y sig. LAURENT, XXI, 310 y 537. — Véanse arts. 3882 y 3919.

(**Art. 3921.**) El presente artículo no está redactado claramente, porque habla de los créditos privilegiados, sin decir cuales son los que comprende. Habiéndose dicho expresamente en los arts. 3881 y 3915, que cuando los créditos con privilegio general no alcanzaren á cubrirse, lo que faltare se tomará de los inmuebles, no quedan sino los que tienen privilegios especiales, que no pudiendo pagarse con el objeto sobre el que ejerce su privilegio, deben ir por lo restante entre los acreedores comunes. Así, el acreedor pignoraticio que no pudiera pagarse la totalidad de su crédito con la prenda, no puede pretender privilegio por lo que faltare para el completo pago de su crédito, é irá por esa parte con los

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3920.—Cód. Francés, art. 2097.—Martou, *Privit.*, n^{os} 304 y siguientes.

créditos privilegiados que no puedan cubrirse en su totalidad por los medios indicados en los artículos anteriores, pasarán por el déficit entre los créditos no privilegiados, lo que jamás sucederá con los créditos que tienen privilegio general sobre todos los muebles, ó los que gozaren de privilegio sobre los muebles y los inmuebles.

Finalmente, los créditos no privilegiados se cubrirán á prorrata sobre el sobrante de la masa concursada (art. 3922), des-

acreedores quirografarios. Lo mismo sucedería con los que tienen privilegio especial sobre un inmueble; el hipotecario, por ejemplo, que no pudiendo cubrir todo su crédito con el bien gravado, por lo restante irá con los demás acreedores comunes. El artículo ha podido ser redactado así: «los créditos con privilegio especial sobre los muebles ó inmuebles que no puedan cubrirse en su totalidad por los medios indicados, pasarán por el déficit entre los acreedores no privilegiados».

Los créditos privilegiados sobre la generalidad de los muebles é inmuebles, en cuyo caso se encuentran los gastos de justicia, y los por impuestos del Fisco y Municipalidades, concurrirán siempre con su privilegio, en el grado que según el caso les corresponda; pero jamás descienden para entrar á concurso con los que no tienen privilegio.

Nuestro artículo ha sido tomado al pie de la letra del Cód. Chileno, art. 2490, con la diferencia de que en el sistema Chileno no era necesario expresar á que créditos se refiere, porque cada uno tiene señalado su lugar, mientras en el nuestro, que ha adoptado un sistema mixto, el legislador va á investigar las causas que han creado el crédito para acordarle privilegio. — Véanse arts. 3878, 3919 y 3922.

(Art. 3922.) El presente artículo si no se aplicase á los déficits de los créditos privilegiados, no tendría explicación respecto al lugar que ocupa en el Código; porque hablar de la distribución y pago de los créditos no privilegiados, en el título de los privilegios, habría sido una falta de método, trayendo una materia completamente extraña al título; pero tratándose de los que tienen privilegio y no pueden ser pagados en su totalidad con el objeto sobre que ejercen la preferencia, se comprende que el legislador deba determinar como concurren por el déficit. Así, pues, el artículo sólo comprende á los que teniendo privilegios especiales sobre muebles ó inmuebles determinados, no han podido pagarse en su totalidad, en ese caso entran en la clase de los acreedores comunes y deben pagarse sus créditos en proporción de lo que cada uno represente; así, por ejemplo, A, entra con un déficit de 20, B, con uno de cuarenta y C,

pués de haberse pagado los créditos privilegiados; sin que tengan preferencia alguna por la fecha.

con uno de sesenta, formando un total de 120; cuando sólo hay 60 para pagar á todos, A, tomará 10, B, recibirá 20 y C, 30, agotando así toda la suma, y perdiendo cada uno la mitad; por eso se dice que serán pagados proporcionalmente.

El art. 2489, Cód. Chileno, de donde fué tomado el nuestro, es más claro al decir: «los créditos de la quinta clase se cubrirán á prorrata sobre el sobrante de la masa concursada, *sin consideración á su fecha*»; y así debemos entenderlo por nuestro derecho, porque las fechas no establecen preferencia alguna entre los créditos ordinarios que concurren, lo que no sucede muchas veces con los créditos privilegiados, en que según los casos es una causa de preferencia la prioridad en fecha, como ocurriría cuando se trata de tres vendedores á quienes no se les hubiera pagado el precio de la misma cosa, en que tiene preferencia el más antiguo; pero sucede lo contrario con el crédito del conservador, cuando varios han conservado la cosa en diferentes épocas, en que el último tiene preferencia sobre el primero.—Véanse arts. 3795 y 3901.

CAPÍTULO IV

DE LOS PRIVILEGIOS SOBRE INMUEBLES

§ 1065. — DEL PRIVILEGIO ESPECIAL DEL VENDEDOR

Hemos dicho en el art. 3893, que el vendedor de una cosa, haya ó no dado plazo para el pago, tenía privilegio sobre el precio, siempre que la cosa permaneciera en poder del deudor; ahora vamos á hablar de ese privilegio relativo á la venta de los inmuebles, y el Código establece como principio general que, *el vendedor de cosas inmuebles que no ha dado término para el pago, puede reivindicarlos (reivindicarlas) del comprador, ó de terceros poseedores (art. 3923)*, porque continúan siendo del vendedor; pero

(**Art. 3923.**) Dijimos en el art. 2609, que el presente era una excepción difícil de justificar ante los principios; porque el contrato de compra y venta, queda concluido con la entrega de la cosa y el otorgamiento del título translativo del dominio; que no teniendo el vendedor título alguno desde que se ha desprendido de él; que no poseyendo la cosa desde que la ha entregado al comprador, transfiriéndole los derechos que tenía sobre ella, no podía en verdad volverla á recobrar, no digo cuando aún estuviera en poder del adquirente, en que sólo tendría derecho al precio, ejecutando el contrato, sino lo que sería más grave aún, cuando hubiera pasado á poder de terceros de buena fe. ¿Por qué esta excepción? ¿Cómo justificarla? El derecho romano la justificaba ocurriendo á la equidad; pero en aquella legislación el contrato de compra y venta, no quedaba concluido sino con la entrega de la cosa y pago del precio, mientras en la nuestra, inmediatamente de convenir en el precio y en la cosa, queda concluido para producir las acciones propias de la compra y venta. Así, decía la *Instituta*, § 41, tit. 1, lib. 2: «respecto de las cosas vendidas y entregadas al comprador, no las ad-

cuando la tradición se hubiere hecho completándola por el título de transmisión, la cuestión varía por completo, y en ese caso los

quiere sino cuando ha pagado el precio, ó que de algún modo satisface al vendedor; por ejemplo, dándole otro deudor en su lugar ó una prenda. Aunque la ley de las doce tablas tenga una disposición precisa á este respecto, se puede decir que esta disposición está fundada sobre el derecho de gentes; es decir, sobre la equidad natural. Cuando el vendedor ha seguido la fe del comprador, contentándose con su promesa, se puede decir que la cosa se adquiere en el instante por el comprador». Hemos transcrito la ley, para que se comprenda que en nuestra actual legislación no se puede justificar esta excepción que altera los principios sobre que reposa el contrato de compra y venta, que se reputa concluido desde que la cosa ha pasado á poder del comprador, mediante el título translativo de dominio y la entrega de la cosa. ¿Con qué título el vendedor reivindicaría la cosa que ha pasado á un adquirente de buena fe? ¿Cómo podría asegurarse el nuevo comprador de que el precio no ha sido pagado? La verdad es que la hipótesis tendría efecto muy rara vez, pues se supone que el inmueble ha sido entregado al comprador y otorgado el título donde consta la transferencia del dominio, y allí se debe expresar que la venta ha sido al contado y que el vendedor no ha recibido el precio; y en ese caso raro, se justificaría la reivindicación contra terceros, porque el nuevo adquirente sabe por el título mismo que el precio no se ha pagado. Y decimos que esa es la única hipótesis, porque cuando se vende un inmueble entregándolo al comprador, pero sin otorgarle la escritura, la propiedad no se ha adquirido, ni puede enajenarla á un tercero, desde que no consta la mutación del dominio; no hay transmisión en la verdadera acepción de esta palabra. En ese caso la reivindicación es posible, porque el vendedor conserva el título, y aunque el comprador sea dueño de la cosa en virtud del contrato concluido, puede reclamarla el vendedor con el título que posee.

El artículo es una excepción á los principios siguientes: 1º, que la cosa vendida y entregada ha pasado al comprador, que ha adquirido el dominio por el título y la tradición; 2º, que sin pacto comisorio, el vendedor puede reivindicar la cosa vendida.

Estudemos los términos del artículo. Dice, cuando el vendedor no ha dado término para el pago, puede reivindicar la cosa vendida. Supongamos que el escribano ha otorgado la escritura de traspaso del inmueble; que en ella consta haberse hecho el pago del precio en su presencia, porque así lo dice la escritura; que leída á las partes y testigos se ha firmado; que concluido el acto el comprador dice que no ha lle-

compradores de buena fe que han adquirido el inmueble sin que constase en el instrumento de transmisión que debía el precio, no

vado el dinero por olvido ó que acaban de robárselo y pide un momento para buscarlo, sin volver más, y para completar esta hipótesis, debemos agregar que la casa vendida lo había sido entregada de antemano. ¿Qué se hace? ¿El vendedor puede reivindicar la cosa? Se trata de una estafa, de un delito que puede demostrarse, y en mi opinión el vendedor puede reivindicar su cosa, probando el engaño, haciéndolo constar en la misma escritura ó de alguna otra manera.

El artículo sólo autoriza la reivindicación; pero es evidente que puede renunciar á ella y ejecutar el contrato, demandando el precio, y esta facultad es tanto más importante, cuanto que lo autorizaría para hacer recaer sobre el comprador los peligros de la cosa, de modo que si la casa se incendiara, aunque sea por caso fortuito, el comprador soportaría ese perjuicio. Por eso dijimos en el art. 2609, que no creíamos sostenible la teoría que hace pesar sobre el vendedor los peligros de deterioro ó pérdida de la cosa, que son á cargo del comprador evidentemente, cuando el vendedor pide el cumplimiento del contrato; pero el Dr. Segovia, sugiere la idea de que «debieran ser á cargo del vendedor, como dueño, sobre todo si opta por la reivindicación, y del comprador, si aquel prefiere la ejecución del contrato». No estoy conforme con esa opinión, porque aún en el caso de la reivindicación, deben ser á cargo del comprador como poseedor en mora de entregar la cosa reclamada, y sólo cuando se demostrase que ésta se hubiera deteriorado ó perecido aún estando en poder del vendedor, podría salvarse de esa responsabilidad. Y la razón es por que debió entregar la cosa al serle reclamada, pues desde la demanda queda constituido en mora, y existe el cuasi contrato formado por la demanda. Si la cosa se deterioró antes de la demanda, como era del comprador, por no haberla aún reclamado el vendedor, el deterioro será á cargo de aquel, que continúa siendo dueño hasta la reivindicación. Si reivindica el inmueble y el comprador se resiste á entregarlo, queda constituido en mora y debe soportar los deterioros, en los términos del art. 513; si el vendedor ejecuta el contrato y pide el pago del precio, con mayor razón serán á cargo del comprador las pérdidas y deterioros, desde que es dueño del inmueble. En ambos casos son á cargo del comprador las pérdidas y deterioros. Pero viene una tercera hipótesis, y es cuando la cosa no le ha sido reclamada y se deteriora por caso fortuito, como si la casa vendida se ha incendiado sin culpa del comprador; si el vendedor quiere reivindicarla, lo que no es probable, tendría que tomar la cosa en el estado en que se

deberían ser perjudicados; pero cuando hubiere fiado de cualquier modo, la regla debe variar, porque no hay razón alguna

encontrara; pero es verosímil que en este caso se demande el precio.

El vendedor tiene, pues, las acciones siguientes: 1^a, si no ha entregado el inmueble, puede retenerlo hasta el pago del precio; 2^a, si hizo tradición del inmueble vendido al contado, puede reivindicarlo, y cobrar los daños y perjuicios; 3^a, puede demandar el precio teniendo privilegio en los casos de los arts. 3894, 3916 y 3917.

Si se demanda el precio ejecutando el contrato, ¿puede renunciarse á esta acción y deducir la reivindicación? Todos los autores franceses están contestes en afirmar que la demanda del pago del precio no importa la renuncia á la facultad de pedir la resolución del contrato; pero es necesario tener en cuenta que por el Cód. Francés, el pacto comisorio está sobreentendido en todos los contratos de compra y venta, mientras el principio opuesto es el enseñado por nuestro Código, pues sólo se puede demandar el cumplimiento del contrato, si no existe pacto comisorio. Cuando se pide el cumplimiento del contrato, parece que se renunciara á la reivindicación, que es una especie de disolución, y decimos una especie, porque el derecho de reivindicar la cosa vendida, cuyo precio no se ha pagado, no importa disolver el contrato, sino restituir las cosas al estado en que antes estaban; pero el comprador puede exigir la entrega de la cosa pagando el precio. Este es uno de los defectos de nuestra legislación civil, como lo demostramos en el art. 1204, pues obliga al vendedor del inmueble á pedir el cumplimiento del contrato, sin darle derecho para resolverlo. Creo que la acción de reivindicación no importa autorizarlo para disolver el contrato, aunque habría sido conveniente concederle esa facultad; pero nos encontramos con el principio inflexible del art. 1204, que no permite resolverlo si no hay pacto comisorio expreso. Según los principios consagrados por nuestro Código, no habiendo pacto expreso para disolver el contrato, si una de las partes no lo cumple, el vendedor, al deducir la reivindicación por falta de pago, no disuelve el contrato por su propia autoridad, ni el Código da semejante alcance á esa acción, tiene por objeto hacer obtener la posesión de la cosa, que ha salido de su poder por un engaño; pero está sujeto á soportar la acción que le demande el cumplimiento del contrato, entregándole el precio. El mismo reivindicante, una vez que ha obtenido la cosa, puede obligar al comprador á cumplir el contrato, ó en caso contrario, le pague los daños y perjuicios, en que se resuelve, cuando fuere necesario una violencia personal. Por esa razón no estoy conforme, sino en parte, con el Dr. Llerena, cuando dice: «entablada la

para reivindicar una cosa que se ha transmitido legítimamente, por esa razón dice el **art. 3924**: *el vendedor de un in-*

reivindicación, como consecuencia de la imposibilidad de cumplir el contrato, viene su resolución con indemnización de daños y perjuicios»; porque la reivindicación no sólo se deduce por la *imposibilidad* de cumplir el contrato, sino por la falta de pago del precio, en la venta al contado, cuando se ha entregado la cosa, y tiene por objeto, según la teoría que nace del mismo Código, el poner al vendedor en posesión de la cosa entregada antes del pago, no para disolver el contrato, sino para exigir su cumplimiento, porque en parte alguna se dice que el vendedor puede disolverlo cuando no se le pagare el precio, ni menos el comprador que lo ha pagado y no ha recibido la cosa; ambos están ligados al cumplimiento del contrato, cuando habría sido conveniente dejar á cada uno en libertad para disolverlo. Así, el comprador que ha pagado el precio, puede igualmente demandar la entrega de la cosa, y cuando hubiere sido enajenada, pedir la devolución con los daños y perjuicios. El mismo autor me da la razón al sostener más adelante: «que la demanda tiene por objeto poner al vendedor en posesión de su cosa para quedar como antes de la entrega y hacer renacer el derecho de retención»; luego, pues, la reivindicación no importa la disolución del contrato.—Comp. INSTITUTA, § 41, tit. 1, lib. 2. TROPLONG, I, 180. — Véanse arts. 2609, 2669, 2670, 2758, 2777 y 3878.

(**Art. 3924.**) El presente artículo ha dado lugar á interesantes discusiones en nuestros tribunales, con ocasión de la nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3878, á la que se da mayor alcance del que debe tener, y que dice: «el privilegio no grava los muebles con tanta energía como los inmuebles. Si se trata de estos últimos, el carácter eminente de la carga que los *grava, es de seguirlos por cualesquiera transmisiones que pasen*»: de donde se ha querido deducir, que según el sistema de nuestro Código, el privilegio es un derecho real que grava la cosa y pasa con ella á cualquier adquirente. Tal vez el Dr. Velez-Sarsfield pensó seguir al Cód. Napoleón imponiendo al privilegio la obligación de inscribirlo, para que gravase la cosa como la hipoteca, y fuera verdaderamente eficaz contra terceros; porque resulta una especie de anomalía en el sistema que ha adoptado, pues la hipoteca es preferida al vendedor por el precio no pagado, y también á los obreros que han trabajado en la casa, y al que suministró los materiales, que debían tener preferencia, si se hubiera dado el derecho de inscribir el privilegio, para que la acreencia se exteriorizara y pudiera perjudicar á terceros. Por otra parte, no se comprende un privilegio efectivo sobre inmuebles, sin la inscripción; tal

mueble no pagado, aunque hubiese hecho tradición de él, haya dado término para el pago ó fiádose de otra manera en el com-

como nuestro Código lo ha implantado, sin darles una garantía eficaz, para que puedan cobrar sus créditos con la preferencia que debieran tener, no responde á las exigencias de una sociedad civilizada; el arquitecto, el obrero, el vendedor por el precio, y todos los que han contribuido á crear, por decirlo así, el inmueble, debían tener un medio eficaz para cobrar su acreencia con privilegio á cualquier acreedor posterior; ésto se habría conseguido con el registro ó la inscripción. Cuando el Código se revise, será necesario variar este sistema; pero mientras subsista, el privilegio tendrá una vida precaria, no podrá ejercerse sino cuando concurren acreedores quirografarios, y mientras los bienes permanezcan en poder del deudor, sin poder aplicarse lo expresado en la nota. Y aquí volvemos á repetir lo que hemos dicho en diversos lugares de esta obra: la nota del Dr. Velez-Sarsfield es, sin duda, el comentario más autorizado para interpretar las disposiciones dudosas, y mientras se conforme con los principios por él establecidos; en caso contrario, no tienen valor alguno, y es vana la tarea de querer armonizar el mandato de la ley, con la opinión manifestada en la nota, como en este caso, por ejemplo, en que se pretende que el privilegio sobre inmuebles siga á la cosa, y pase con ella en las transmisiones sucesivas, á semejanza de la hipoteca, cuando en parte alguna del Código se establece tal principio; por el contrario, el artículo que examinamos nos da una medida del alcance del privilegio, cuando nos dice: el vendedor puede ejercer el privilegio por el precio, *mientras el inmueble se halle en poder del deudor*; y aún en ese caso no sería preferido al hipotecario, como lo veremos en seguida.

Tengamos bien presente que, según el sistema adoptado por el Código, el privilegio no es un derecho real que siga, como la hipoteca, á la cosa y se ejerza contra cualquier poseedor, porque el derecho no va escrito en ella, pues le falta la exteriorización que sólo le habría dado la inscripción en el registro.

El caso del artículo es el más general, cuando el vendedor ha dado plazo para el pago entregando la cosa al comprador, quien paga generalmente con papeles ó documentos endosables ú otros efectos de comercio, en que debemos hacer una distinción: si en la escritura de traspaso se dijera que el precio había sido pagado, no conservaría privilegio alguno porque habría cambiado ó novado la causa de deber. Ha tomado como dinero los pagarés ó efectos de comercio entregados, y entraría entre los acreedores ordinarios. Si, por el contrario, constara en el

prador, tiene privilegio por el precio que le es debido, y puede ejercerlo sobre el valor del inmueble, mientras se halle en poder del

mismo instrumento que se había pagado el precio con documentos entregados al vendedor, el privilegio subsistiría, mientras la cosa se halle en poder del deudor, pues si la enajenare de cualquier modo, habría cesado, y sólo se conservaría cuando el adquirente deba á su vez todo ó parte del precio.

Cuando el artículo exige que se halle la cosa vendida en poder del deudor, expresa la idea de que debe encontrarse en su patrimonio, sin que influya la tenencia material, pues cualquiera puede poseerla por el comprador, reputándose en ese caso como que no ha salido de su poder.

El privilegio se concede al vendedor por el precio, de modo que si fuera permutante no le alcanzaría, porque no hay verdadero precio, y sobre todo, porque su acción cambia de lugar, por decirlo así, desde que se reduce á exigir la entrega de la cosa, con la que permuta, y no el precio.

Aubry y Rau, § 263, texto, dicen: «si el precio se hubiera *estipulado pagadero en efectos de comercio*, el privilegio subsistiría para garantía de su pago, aunque al recibirlo, el vendedor en el acto de la venta hubiera dado recibo de pago»; y agregan en la nota 9: «en este caso, en efecto, el recibo se ha dado bajo la condición tácita del pago de los billetes, cuya aceptación no importa una novación. Resultando esta condición *del contrato mismo*, los terceros no tienen porque quejarse»; y creo que por nuestro derecho se deben aceptar estos principios, siempre que conste en la oseritura que se ha pagado el precio en esa forma.

Para que el privilegio por el precio pueda ejercerse, es necesario que el inmueble se encuentre en el patrimonio del deudor, pues eso importa el hallarse en posesión, como lo hemos dicho; de modo que si lo ha vendido y recibido el precio, quedando en el inmueble como inquilino, el vendedor no tendría privilegio.

Si el comprador ha hipotecado el inmueble, constando en el instrumento de la venta que no se había pagado el precio, ¿podría el vendedor alegar preferencia sobre la hipoteca? El Dr. Segovia, dice á este respecto; «la hipoteca que no da posesión al acreedor, no debe obstar al privilegio, siempre que el hipotecario haya sabido ó podido saber que el inmueble no estaba pagado». En efecto, la hipoteca no confiere posesión alguna, porque no se trata de la transmisión de la propiedad, sino de una garantía, y aunque la ley y la justicia exigen que el vendedor conserve el privilegio por el precio, no es necesario que el acreedor hipotecario ignore ó sepa que no ha sido pagado, para tener preferencia

deudor; pero los administradores de los bienes concursados están autorizados para retener el inmueble, pagando inmediatamente el

sobre el vendedor; porque el art. 3916, es bien terminante, cuando concede prelación al acreedor hipotecario sobre el vendedor; así, pues, si bien es cierto que éste no pierde su privilegio en el bien hipotecado, que permanezca en poder del deudor; es decir, que forma parte de su patrimonio, también lo es que le son preferidos el hipotecario, el acreedor por los gastos funerarios y el por los gastos de justicia, necesarios para la venta. El artículo es claro y terminante; no puede existir discusión posible.

Cuando se tratare de un concurso formado al deudor, como los administradores representan á la masa de acreedoras, podrán ejercer los derechos de su deudor, pidiendo la autorización judicial, y siempre que fuera conveniente á los intereses de la masa. Así, cuando el vendedor ejerciera su privilegio, ó dedujere la reivindicación, el Síndico, con autorización, podrá oponerse abonando inmediatamente el precio; porque como hemos dicho en el artículo anterior, la reivindicación no tiene por objeto dejar sin efecto el contrato, sino restituir la cosa al comprador, hasta que se le pague el precio.

Estudiemos algunos casos que pueden presentarse. Cuando el comprador paga, por ejemplo, el precio con un cheque ó vale á la vista, diciéndose así en la escritura, y el vendedor lo recibe dándose por pagado, conserva el derecho de reivindicar el inmueble; porque es evidente que no ha dado plazo para el pago, desde que la misma escritura expresa que la venta se hace al contado; pero es necesario que en el instrumento mismo consten estas circunstancias: que se ha pagado con un cheque ó vale y que la venta fué al contado; si por el contrario se han silenciado estos hechos, y constan de cualquier modo, que se ha dado término para el pago, la reivindicación desaparecería para ser sustituida por el privilegio por el precio, que sólo se conservaría mientras estuviere la cosa en poder del comprador.

Otro caso. La venta se ha hecho á plazos, y consta en la escritura misma que el precio debe pagarse en tal y cual plazo. El comprador vende la cosa al contado á un tercero, y se pregunta. ¿conserva el vendedor su privilegio sobre el precio? Falta la condición esencial para que el privilegio pueda ejercerse, la cosa no existe en poder del comprador. ¿Con qué derecho iría á demandar el precio al nuevo adquirente? En la legislación francesa, el privilegio sería evidente, porque habiéndose registrado el gravamen que pesa sobre la cosa, ésta no habría podido enajenarse sino con ese gravamen que iría escrito en ella, lo que tam-

precio de la venta y los intereses que se debiesen, de modo que si el inmueble ha salido de poder del comprador, este privilegio no se

bién habría sucedido, si el vendedor hubiese exigido hipoteca por el precio debido, como se hace ordinariamente entre nosotros. Sostener lo contrario, trayendo en apoyo de esta teoría la nota al art. 3878, donde se dice que el carácter del privilegio sobre los inmuebles es el de seguirlos por cualquier transmisión que pasen, es no darse cuenta del sistema que el mismo Código ha establecido, en que el privilegio no puede pasar a los terceros adquirentes, aunque éstos conozcan ó sepan que el precio es debido, y la única excepción es para los muebles tratándose del privilegio del locador, y del acarreador, que siguen á la cosa; pero que se pierden cuando ésta ha sido enajenada. No puedo sentar como un principio general, que el privilegio conferido por la ley sobre cualquier objeto, sea mueble ó inmueble, sólo puede ejercerse mientras las cosas pertenezcan al deudor, y se pierde una vez que han sido adquiridas por un tercero; con excepción del art. 3923, para los inmuebles.

El vendedor no puede alegar la circunstancia de que el precio se debía según constaba de la misma escritura, y que el nuevo adquirente conocía que no estaba pagado, porque esa circunstancia no obstaba á la adquisición, ni hay disposición alguna en el Código que conserve el privilegio, una vez que la cosa haya salido de poder del comprador; esto sin perjuicio de las acciones que pueda corresponderle en caso de fraude, dolo ó confabulación, que son completamente diversas. Es entendido que si el nuevo adquirente debiera todo ó parte del precio, el privilegio se ejercería por el primer vendedor, por la parte debida, porque el art. 3923 así lo concede expresamente. En materia de privilegios debemos ir con la ley en la mano, si nos es permitido la expresión, y sólo cuando exista una disposición expresa, la aplicaremos acordando el privilegio; pero ni la analogía, ni la semejanza autorizarán jamás á concederlo, pues el principio sentado por el art. 3876 se debe aplicar en toda su extirtección: «el privilegio no puede resultar *sino de una disposición de la ley*»; porque no sólo limita la voluntad de las partes que no pueden crear privilegios, sino que es una restricción para los jueces, que al aplicar la ley no pueden concederlos, cuando no estuvieran expresamente acordados.

Es por demás evidente que, el privilegio del vendedor por el precio no pagado, se ejercerá contra los herederos del comprador que se encuentran en posesión de la cosa vendida, pues representan la persona de su causante y son legalmente su misma persona.

Debemos tener presente que la legislación francesa no puede servirnos de guía en este punto, porque ella al reconocer el privilegio, exige

puede ejercer sino sobre el precio no pagado. La autorización que este artículo confiere á los administradores del concurso es sólo

y autoriza la inscripción que grava la cosa; por nuestro derecho nadie está autorizado para demandar esa inscripción; así es que el privilegio muere y se extingue una vez que la cosa ha salido de poder del comprador, á menos que éste debiera todo ó parte del precio, en el caso del art. 3923.

Haremos notar que el Código es incompleto en esta parte, porque no determina el orden en que deben ser pagados los créditos privilegiados sobre los inmuebles. En el art. 3917, se dijo que, cuando se trataba de un terreno vendido en que se hubiera construido un edificio, y concurrieran los obreros que lo trabajaron con el vendedor por el precio del terreno, los obreros debían ser pagados con privilegio sobre el edificio, y el crédito del vendedor lo debía ser sobre el terreno; pero si hacemos concurrir á esos obreros empleados para *reparar* ó hacer otras obras en el edificio existente y al vendedor de la cosa, ¿cómo es que deberán pagarse? Se trata de un edificio hecho en que sólo se repara, adorna ó mejora, caso del art. 3916, donde dice: que serán pagados con privilegio, el vendedor, los obreros y los que han suministrado los materiales, sin determinar el orden de preferencia. Por analogía con el privilegio del conservador, se podría dar el primer lugar á los obreros que han trabajado en la casa mejorándola ó transformándola después de la venta; pero no se equipara ese trabajo al del conservador, que se puede decir ha dado nueva existencia á la cosa, desde que sin él habría perecido; además, la colocación y rango que cada acreedor debe ocupar se determina por la ley, ni el juez ni el intérprete pueden crearle un orden que no está determinado; será necesario estudiar la causa que lo ha dado nacimiento. En efecto, si los trabajos fueran hechos para conservarla, deberían ser preferidos al vendedor por el precio, en caso contrario concurrirán con él en la misma línea.

Si el vendedor del inmueble debía trabajos de construcción al venderlo, y los obreros concurrieran con éste por el precio no pagado, serían preferidos al vendedor, porque á su respecto conservan el privilegio acordado por el art. 3931.

El vendedor, como acreedor de la sucesión por el precio no pagado del inmueble, tiene derecho para pedir la separación de patrimonios, á fin de ser pagado con los bienes de ésta.

En cuanto á la hipoteca, que no es una enajenación sino una simple garantía, tiene privilegio sobre el precio no pagado; así, cuando el adquirente deudor del precio ha hipotecado el inmueble, constando en la

facultativa, pero el vendedor puede obligarlos á que paguen el precio.

El privilegio comprende además del precio de la venta, los intereses vencidos de un año, todas las cargas y prestaciones impuestas al adquirente, á beneficio personal del vendedor ó de un tercero designado por él; pero no comprende los daños y perjuicios, aunque por cláusula especial del contrato hubiesen sido fijados (art. 3925),

escritura de venta que lo debía, aunque el bien no ha salido de poder del comprador, y el vendedor puede ejercer su privilegio; sin embargo, cuando concurre con el hipotecario, le cedo el paso, porque el art. 3916 así lo establece claramente, y también le son preferidos los gastos funerarios y los de justicia hechos para la venta. Y con razón, á mi juicio, desde que era propietario pudo enajenar la cosa recibiendo el precio, extinguiendo por decirlo así, el privilegio, y con mayor razón ha podido constituir un derecho real. — Véanse arts. 1195, 1196, 1432, 3266 á 3268, 3877, 3893, 3923 y 3926.

El artículo fué corregido por el Congreso, y en lugar de la preposición *sobre*, se cambió poniendo en su lugar *por*, en la expresión *por el precio*.

(**Art. 3925.**) El privilegio acordado por el artículo anterior es por el precio no pagado, mientras el inmueble permanezca en poder del deudor, y el presente artículo, estableciendo la extensión del privilegio dice, que comprende además del precio, los intereses vencidos de un año, etc.; pero, ¿qué se debe entender por precio? Mr. Fullien temiendo que la palabra precio no fuera intrepitada de una manera restringida, proponía se declarase, que el privilegio era conferido no sólo al precio, sino al pago de las cargas que hacen parte de él, y aún á las que se estipulasen en favor de un tercero; porque decía: «puedo hacer una venta con cargo, por ejemplo, para el adquirente de libertarme, á mí, vendedor, respecto de un tercero, de una suma determinada. Puedo vender un inmueble con cargo para el adquirente de pagarme directamente una

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3924.— Ley de Bélgica de 1851, art. 27. — Martou, nos 545 y siguientes. — Aubry y Rau, § 233. — Zachariæ, § 793. — Duranton, tom. 19. n.º 159. — Pont, desde el n.º 185. — El vendedor ha puesto el inmueble en el patrimonio del comprador antes de recibir su valor. Si fuese preferido sobre el precio por otro acreedor, éste se enriquecería á su costa.

Poco importa que sea al vendedor mismo ó á un tercero á quien el comprador esté obligado respecto á las prestaciones estipuladas. El tercero no puede, para obtener el pago, ejercer el privilegio en su nombre personal; pero no se le priva obrar á nombre del vendedor, y usar del privilegio de éste.

en una palabra, todo lo estipulado en la compraventa con la excepción indicada, que difícilmente se podría justificar ante los

suma de dinero y de servirme una prestación alimenticia, ó bien de servir esta prestación alimenticia á un tercero. Me parece que entonces hay justicia en conceder un privilegio, no solamente por la porción de precio que el vendedor estipula para sí mismo, sino también por el pago de los cargos impuestos en favor del tercero». Sesión de Febrero 4 de 1851. Y aunque esta reforma fué rechazada, porque pareció inútil, sin embargo, los autores, de acuerdo con las doctrinas de la comisión, extienden la palabra precio en el sentido más lato, y comprenden todo lo que el vendedor exija del adquiriente como un equivalente del inmueble enajenado; por consiguiente no sólo comprende el precio en dinero, propiamente dicho, sino también todas las cargas que concurren á formarlas ó á aumentarlo. Es sin duda teniendo en vista esta dificultad, que el Dr. Velez-Sarsfield ha corregido la expresión usada por el Cód. Francés, agregando á la palabra precio, las de todas *las cargas ó prestaciones*, que habría estado mejor expresado como lo traen Aubry y Rau, § 263, texto á la nota 4, al decir: «el precio de venta, garantido por el privilegio, comprende, además del precio principal y los intereses, todos *los cargos ó prestaciones* impuestas al adquiriente en provecho del vendedor personalmente, ó de un tercero por él delegado». Así, pues, el precio que tiene privilegio se extiende á todos los cargos impuestos por el vendedor. El tercero designado para recibir el precio total ó parte de él ejercerá el privilegio, no en nombre propio, porque no es vendedor, sino en representación de éste; poco importa al comprador que el tercero sea ó no cesionario de ese precio, por convenio expreso con el vendedor, desde que éste lo ha designado ó puesto en su lugar para recibirlo, y obra en su nombre.

Así, cuando el Dr. Llerena sostiene que «si se ha encargado para pagar á un tercero parte del precio, aún cuando ese tercero haya aceptado ésto, el vendedor puede ejercer el privilegio», no está en la verdad porque el tercero por la aceptación ha adquirido un derecho de que no puede ser privado sin su consentimiento; se supone que hay un contrato preexistente entre el vendedor y ese tercero, y que es una manera de pagar una deuda anterior; el vendedor no es dueño de esa parte de precio para que pueda cobrarla. Habría estado en lo cierto si hubiese dicho, que el tercero designado no podía en su propio nombre ejercer el privilegio, porque es á nombre del vendedor que debe demandarlo.

Cuando el Código sólo autoriza á ejercer privilegio por un año, por los intereses vencidos, quiere decir que los particulares no pueden, por

principios del derecho que, reconocen á los contratantes como legisladores del contrato, siempre que no contraríen el orden público y las buenas costumbres.

Como el privilegio del vendedor, por el precio no pagado, se convenio expreso, extender el privilegio, porque son leyes de excepción, y se ha establecido en el art. 3876 que el deudor no puede crear privilegio en favor de ninguno de los acreedores. Así, pues, si suponemos que se ha vendido un inmueble para pagar el precio á los tres años, con los intereses del 9 por ciento, y el comprador viene á ser concursado, encontrándose en su poder el inmueble adquirido, el vendedor sólo tendrá privilegio sobre el precio y un año de interés, entrando por los dos restantes entre los acreedores quirografarios; pero si el inmueble hubiera quedado hipotecado por el precio, el privilegio que concede la hipoteca se extendería á dos años de intereses y los que corrieran durante el juicio hasta el pago efectivo, art. 3936. Por el contrario, el privilegio del vendedor por el precio sólo alcanza á los intereses de un año, sin comprender los costos y gastos, ni los daños é intereses en que el deudor pueda ser condenado por la inejecución de la obligación, como sucedo con la hipoteca, que los garante en su integridad, art. 3111.

Quando se ha designado un tercero á quien debe hacerse el pago del precio, éste, á nombre del vendedor, puede ejercer el privilegio; pero no puede demandar preferencia alguna en su nombre personal, porque no ha sido dueño de la cosa vendida, ni ha tenido más interés en este contrato, que el ser pagado por lo que el vendedor le debía ó le donaba, y sólo presentándose en su nombre, y ejerciendo sus acciones, puede pretender el privilegio. Entiéndase que no hay privilegio sino por el precio no pagado, y que las demás deudas del comprador, para con el vendedor, no pueden ser protegidas por el privilegio, aunque se hubiera estipulado expresamente.

Á diferencia del art. 3111, en que la hipoteca garante los daños y perjuicios, el privilegio no los comprende, aún cuando se hubieran reducido á una cláusula penal determinándolos de antemano. En todas estas diferencias está demostrando la inferioridad del privilegio sobre la hipoteca, para que se pueda poner en duda su prelación cuando concurran al mismo bien; la hipoteca en todos los casos será preferida al privilegio del vendedor.

Este artículo fué corregido suprimiendo un período, pues decía: «á beneficio personal del vendedor ó de un tercero *delegado* por él, *las construcciones levantadas sobre el terreno vendido*; pero comprende, etc.» Las palabras en letra *italica* fueron suprimidas, y cambiada la de *delegado*,

extiende al que se debiera al adquirente por un segundo comprador que lo hubiera pagado á su vez, dice el **art. 3926**: *en caso*

por la *de designado*.—Comp. los autores citados en la nota del Dr. Velez-Sarsfield.

(**Art. 3926.**) Este artículo viene á servir de excepción al principio consagrado en el art. 3924, en que el privilegio del vendedor sólo se ejerce contra el comprador cuando éste se encuentre en posesión de la cosa comprada; y lo extiende al caso de enajenación á terceros adquirentes, cuando éstos deban el precio total ó parcial de la cosa. Es entendido que la escritura de venta debe contener la expresión de que el precio es debido; porque si expresara que había sido pagado, aunque se demostrase haber entregado documentos ó pagarés en vez de éste, el privilegio se habría perdido si no constare esa circunstancia en el mismo instrumento; porque es una condición necesaria para conservarlo.

La regla del art. 3924, de que el inmueble vendido se halle en poder del deudor, se conserva en este caso por una ficción legal, porque el segundo comprador, al tomar la cosa debiendo el precio, lo ha hecho sabiendo que el segundo vendedor conservaba privilegio por ese precio, y si el primer vendedor es preferido al segundo, es porque viene en lugar de éste ejerciendo sus derechos, y sólo así se explica como el más antiguo es preferido al más moderno. Así, pues, viniendo los vendedores precedentes en nombre de los que le han seguido, sólo pueden ejercer sus derechos en la medida de lo que ellos deban; por ejemplo, A, vende á B, una casa por veinte mil pesos pagando diez mil pesos al contado y los otros á plazo; B, vende á su vez á C, la misma casa por treinta mil pesos pagando al contado la mitad y quedando á deber quince mil: el primer vendedor tendrá privilegio por los diez mil y el segundo sólo por los cinco mil; si, por el contrario, el último comprador ha pagado todo el precio total, el privilegio de A, habrá desaparecido.

El privilegio que el primer vendedor puede deducir sobre el precio no pagado por el tercer ó cuarto comprador, necesita de dos condiciones: 1^a, que la cosa permanezca en poder del comprador que debe todo ó parte del precio; 2^a, que la deuda del precio conste en la misma escritura; porque la ley sólo favorece al vendedor por el precio no pagado, que conste del mismo contrato.

Nuestro artículo ha podido ser más claro y expreso siguiendo al Có-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3925.—Mourlon, *Examen critico*, n° 156. —Martou, n° 553 y siguientes.—Troplong, *Privil.*, n° 363.—Aubry y Rau, § 263. Duranton. tom. 19. n° 163.—Pont. n° 153.

de varias ventas sucesivas, cuyo precio sea debido en todo ó en parte, el primer vendedor es preferido al segundo, éste al tercero, y así sucesivamente; porque el primero ha puesto en el patrimonio del adquirente la cosa que ha ido pasando de vendedor á comprador, y se puede decir, con verdad, que el precio se debe al primero.

Cuando el privilegio del vendedor se encuentra en presencia de otros acreedores con privilegio especial sobre el inmueble ó con privilegio general, la distribución del precio del inmueble vendido se debe hacer teniendo presente lo determinado en el

digo Francés, que sólo concede el privilegio por el precio que demuestre el título que le es debido al vendedor; por eso hemos sostenido que, cuando constase de la escritura de venta que el precio había sido pagado, no se podía demostrar que se habían dado pagarés ó letras, para conservar un privilegio que se habría perdido. Confirma esta tesis, Martou, II, 551, al decir: «también en el caso en que el contrato de venta lleve el pago del precio, los contradocumentos que produjera el vendedor para establecer la simulación del pago, no le permitirían reclamar el privilegio, porque las convenciones secretas de las partes contratantes no tienen efecto contra terceros». Si, por el contrario, del instrumento de la venta constase que el precio se había pagado en cheques ó documentos de crédito, el vendedor conservaría su privilegio en las mismas condiciones, si no fueran pagados los documentos; porque es evidente la voluntad del vendedor de no perder su privilegio ni darse por recibido del precio, sino mediante el pago.

El privilegio que la ley concede al primer vendedor sobre el segundo, y á éste sobre el tercero por el precio no pagado comprende, igualmente, la parte no pagada, los intereses de un año, y las cargas y prestaciones, con arreglo al art. 3925.

Es entendido que el privilegio por el precio debido sólo comprende el inmueble vendido, y de ninguna manera las posteriores adquisiciones que el comprador hubiera agregado al inmueble; pero comprenderían las construcciones hechas según la máxima, *jus soli sequitur edificium*; porque se identifican con el terreno como accesorios de él.

Cuando hubiere varios inmuebles vendidos en un sólo acto, el privilegio por el precio no pagado se extendería á todos y cada uno de ellos, y podrían ser ejecutados cada uno ó todos á la vez. — Comp. MARTOU, II, 550 y sig.

art. 3916, que dice: *si los muebles del deudor están afectos al privilegio del vendedor, ó si se trata de una casa ó de otra obra, que esté*

(**Art. 3916.**) El artículo comprende los muebles y los inmuebles, confundiéndose en la redacción y obscureciendo el pensamiento del legislador. Es necesario separarlos. Hablemos primero de los muebles.

Supongamos que se han vendido cosas cuyo precio no se ha pagado; que esas cosas han sido refaccionadas, debiéndose el precio á los obreros, ¿cómo deben ser pagados esos créditos? El vendedor por el precio no pagado tiene privilegio sobre el acreedor pignoraticio y sobre el locador que conocían esa circunstancia, arts. 3894 y 3895; en el mismo caso tiene privilegio sobre el posadero y acarreador, art. 3907; finalmente el privilegio del vendedor se ejerce después de los gastos de justicia y de los funerarios, art. 3908; de donde concluimos que el privilegio de los obreros, que es general sobre los muebles y ocupa el tercer lugar en la clasificación hecha por el art. 3880, cuando son trabajadores á jornal, debemos admitirlo en ese rango para que se encuentren dentro de los privilegiados. Así, pues, el privilegio del vendedor debe ser preferido al de los obreros que han reparado las cosas; así como debe ceder al privilegio del conservador. No deben pagarse á prorrata como lo sostienen algunos, porque el art. 3920, al ordenar que los créditos privilegiados que están *en la misma clase*, serán pagados por concurrencia entre ellos; se refiere á los que están clasificados por clases, como sucede con los del art. 3880; pero en parte alguna del Código, fuera de ese lugar, se establece esa clasificación; por el contrario, desde el art. 3900 se viene señalando especialmente el orden que cada crédito debe ocupar. Así, por ejemplo, en el art. 3901, los gastos del conservador son preferidos á los de última enfermedad, á los sueldos y salarios de la gente de servicio, á los alimentos del deudor y su familia, y á los impuestos del Fisco y Municipalidad; pero á nadie se le ha ocurrido sostener que todos esos créditos estén en la misma línea, porque se les enumere conjuntamente; del mismo modo, en el art. 3902, se dice que los gastos del conservador ceden su paso al privilegio del locador, del pignoraticio, del posadero y del acarreador, cuando conocían el privilegio, y todos estos créditos ocupan diversa colocación, cuando concurren juntos, siendo preferidos los unos á los otros, según los casos; finalmente, el art. 3904, establece que los gastos de la venta de los muebles afectados al privilegio del locador, los gastos funerarios y los de última enfermedad, gozan de preferencia sobre el privilegio del locador, y nadie puede sostener que por estar nombrados todos juntos se encuentran en la misma clase, porque es sabido que los gastos funerarios ocupan

afecta al privilegio de los obreros que la han construido, ó reparado, ó al de los individuos que han suministrado los materiales el

el primer lugar con relación á los de última enfermedad, según el art. 3880. La enumeración conjunta que se haga en un artículo de diversos créditos no los coloca en la misma clase ó categoría, porque ésta debe buscarse en cada uno de los artículos que le sean peculiares.

Cuando en el artículo se habla del crédito del vendedor y de los obreros, no es porque ocupen el mismo lugar, como se ha creído, y para convencerse de esto bastará leer más adelante el artículo que estudiamos, donde dice: que serán pagados, el hipotecario, los gastos funerarios y los de la venta de la cosa con preferencia al vendedor, por el precio, el de los obreros y los que suministraron los materiales, sin que aquellos estén en la misma línea, ni se paguen á prorrata.

Tratándose de cosas muebles, el crédito del vendedor, por el precio no pagado, tiene privilegio sobre el del obrero.

Ahora estudiemos el privilegio sobre los inmuebles. Supongamos una casa vendida y cuyo precio no se ha pagado, en ese caso el art. 3923, autoriza al vendedor para reivindicarla (si no ha dado término para el pago) de poder del comprador ó de los terceros que la tuvieran; pero cuando se dió término ó se fió de otra manera, sólo tiene privilegio sobre el precio, si la cosa permanece en poder del deudor; no así cuando ha pasado á un tercer adquirente. En esta última hipótesis, si el vendedor debía materiales suministrados para la edificación; si además no había pagado á los obreros que trabajaron en ella, y si aún suponemos que la casa estaba hipotecada, y concurrieran los acreedores por gastos funerarios y gastos de la venta, el orden en que se pagarían esas acreencias, sería el siguiente: 1º, los créditos por gastos judiciales de la venta; 2º, los créditos hipotecarios; 3º, los gastos funerarios; 4º, el crédito del vendedor, estimando el terreno en que se hizo el edificio, y los obreros ó los que suministraron los materiales en el valor de éste, y no alcanzando, se pagarán ambas acreencias en proporción de la estimación del terreno y de la obra, art. 3917. De modo que el privilegio del vendedor por el precio, sólo puede ejercerse cuando ha dado plazo para el pago, ó ha confiado de cualquier otro modo en el comprador, pues en la venta al contado tiene derecho para reivindicar la cosa; así, la hipótesis del artículo sólo puede tener lugar cuando la venta ha sido al fiado, y es necesario que la cosa se encuentre en poder del comprador.

Si suponemos un inmueble vendido cuyo precio no se ha pagado y que permanece en poder del comprador, concurriendo el acreedor hipote-

vendedor, los obreros, y los que han suministrado los materiales, serán pagados sobre el precio del objeto que les está afecto con pre-

tercarío, los obreros, los que suministraron los materiales, el vendedor por el precio, el acreedor por gastos de última enfermedad, y el por los alimentos del deudor, ¿cuál será el orden en que deben abonarse? Debemos observar, que cuando el artículo dice, el vendedor, los obreros y los que han suministrado los materiales serán pagados con preferencia á los otros acreedores privilegiados, se refiere á los que tengan privilegios generales sobre los muebles, y que no han podido ser pagados, y que pueden entrar á cobrar lo que faltare, de los inmuebles del deudor, usando del privilegio que tenían; así, en la hipótesis propuesta, se supone que los acreedores por gastos de la última enfermedad y por los alimentos, no han podido cobrar sus créditos de los muebles por los privilegios especiales que éstos tenían ó por cualquier otro motivo. En la hipótesis, se procedería en esta forma: 1º, se pagaría al acreedor hipotecario; 2º, al vendedor, al obrero y al que ha suministrado los materiales, y si no alcanzare, á prorrata; 3º, los gastos de última enfermedad; 4º, los de alimentos.

Algunos, hacen una distinción que no se funda en ley alguna, y como es una materia de tan capital importancia, voy á fundar la opinión contraria. Debo ante todo observar que estoy conforme en que habría sido conveniente dar derecho al acreedor privilegiado sobre un inmueble para registrar su privilegio en la oficina de hipotecas, porque en realidad es una especie de hipoteca tácita, no sólo para su propia seguridad, sino para garantía de los demás. Esta necesidad la notamos en la *Instituta*; pero mientras no se corrija el sistema del Código, debemos tomar las disposiciones tales como son al presente. Así, pues, cuando algunos sostienen «que en el caso propuesto, el privilegio de los hipotecarios sólo prevalecería sobre el crédito de los obreros, empresarios, etc., cuando al constituirse la hipoteca, el acreedor no tenía conocimiento de la existencia de esos créditos y los obreros no habían dado plazo para el pago de la obra», se sienta un principio que sólo está apoyado en una analogía que se ha creído encontrar entre la posición del locador con relación al conservador, que me parece no hay razón alguna para aplicar en este caso. En primer lugar, el artículo, al conceder preferencia á la hipoteca sobre el crédito del obrero ó del que ha suministrado los materiales, no hace distinción alguna, y no es de buena interpretación el hacerla sino cuando es necesario para salvar una colisión entre dos disposiciones del mismo Código. En segundo lugar, si la analogía fuera exacta, tratándose de créditos anteriores á la constitución de la

ferencia á los otros acreedores privilegiados; con excepción de los acreedores: hipotecarios en el inmueble, que serán pagados primero,

hipoteca, lo sería también con relación á los posteriores, que en el caso del conservador tienen privilegio sobre el locador; porque sin esos gastos la cosa habría perecido y el locador no tendría sobre que ejercer el privilegio, y por eso es preferido el conservador; mientras sucede lo contrario en la hipoteca, pues todas las construcciones, mejoras y gastos que se hicieran en la cosa hipotecada, quedan afectadas al privilegio, sin que pueda alegarse preferencia por los constructores ó los que suministraron los materiales. Finalmente, el acreedor hipotecario que sabe no han sido pagados los materiales ó el trabajo de la casa que recibe en hipoteca, no tiene porque perder su privilegio, desde que los acreedores no han embargado la propiedad ni han puesto dificultad alguna para que el deudor la constituya; sobre todo. ¿dónde se encuentra la disposición que exija en el acreedor hipotecario, la condición de ignorar de que no existían esas acreencias privilegiadas? ¿Qué medios daríamos á este acreedor para cerciorarse de la verdad de esas acreencias? No; desde que no hay embargo y la casa se encuentra libre, el prestamista ha podido dar con toda seguridad su dinero sin temor alguno.

Tampoco es exacto, que de la sentencia de la Cámara de Apelaciones, I, 321, Ser. 2º, se deduzca que cuando rechazó el privilegio de los constructores que pretendían preferencia sobre el hipotecario, haya resuelto que, si el hipotecario conociese la deuda por las construcciones, debiera perder su colocación; pues la Cámara hacía este argumento: que «el albañil y el carpintero, no habían justificado su crédito», y bastaba esta circunstancia para no tomarlo en consideración, y continuaba en la enumeración de lo que habían dejado de hacer, y decía: «ni han tomado oportunamente medida alguna que los hiciera ostensible en el caso de que fuera anterior á la hipoteca, lo que no se ha consentido, ni se ha alegado que el hipotecario conociese que se debían construcciones, ni que fuera falso lo afirmado por el deudor al constituir la hipoteca, de que la propiedad afectada no reconocía gravamen por construcciones, refacciones, etc.» Esta argumentación, no importaba aceptarlo en caso contrario, como parecen entenderlo los que sostienen la teoría que rechazo, sino simplemente señalar los puntos débiles de la argumentación con que hubiera debido alegarse el privilegio. Así, lo primero que debieron hacer los obreros era justificar su crédito; pero una vez hecho no quería decir que so les debía reconocer como privilegiado; esa circunstancia era condición esencial para alegar su derecho; lo mismo sucede con la demostración de que los trabajos fueron hechos antes de la consti-

y de los gastos funerarios y de justicia que han sido necesarios para la venta de ese objeto; quedando así el vendedor relegado al

tución de la hipoteca; pero tampoco importaba decir que en ese caso se les habría acordado el privilegio; y finalmente, que no alegaron que el hipotecario conociese se debían las construcciones; no porque la alegación y la prueba le constituyesen el privilegio, sino como una circunstancia que podía dar fuerza á la demanda.

El argumento capital y que no tiene contestación, es que el artículo dice: «el hipotecario deberá ser pagado primero», y nadie tiene derecho para quitarle esta colocación alegando que, no ocupará ese rango cuando conociera que se debía al constructor ó al obrero, que en ese caso éstos deben ser preferidos; esto sería convertirse en legislador, creando una disposición que no existe en el Código.

Cuando los créditos del obrero, constructor ó del que ha suministrado los materiales fueran posteriores á la hipoteca, no hay duda alguna, porque el art. 3110, dice expresamente, la hipoteca se extiende á las mejoras y construcciones; pero esa no sería la cuestión en este caso, pues teniendo hipoteca, queda por resolver la preferencia entre los acreedores privilegiados, y esto es lo que decide el artículo.

En la sentencia recordada de la Cámara de Apelaciones, el distinguido Dr. Damianovich, al estudiar el artículo, decía: «si en la primera parte del artículo que estudiamos se dice que los acreedores allí mencionados serán pagados sobre el valor del objeto que les está afectado, con preferencia á los otros acreedores privilegiados; y si se agrega en la segunda parte: con excepción de los acreedores hipotecarios sobre los muebles; ¿qué significa la expresión que serán *pagados primero*. que se agrega, cuando ya se había establecido la regla y la excepción, y el pensamiento quedaba completo?» Me voy á permitir contestar á mi distinguido condiscípulo. Cuando el artículo sienta la regla de que el vendedor, los obreros y los que han suministrado los materiales son preferidos á los otros acreedores privilegiados, se refiere á los acreedores con privilegio general de que habla el artículo anterior, que no pudieron ser pagados sobre los muebles, y que tienen derecho para tomar del inmueble lo que les faltare, y á los determinados en los arts. 3927 á 3930, la primera parte del art. 3931 y el art. 3932; así, los gastos de última enfermedad, los de alimentos, los salarios debidos á la gente de servicio que no pudieron ser pagados sobre los muebles, porque éstos fueron absorbidos por los privilegios especiales, si vinieran á reclamar su pago del inmueble con sus créditos privilegiados, aquellos les serán preferidos; pero era necesario exceptuar de la regla general que acababa de estable-

último orden, cuando todos concurren sobre el precio del inmueble; pero haremos esta salvedad, los gastos de justicia para

cer á los acreedores hipotecarios, á los por gastos funerarios y á los de la venta, y así lo ha hecho; eso importa la excepción; pero ha agregado expresamente: con excepción de los acreedores hipotecarios que *serán pagados primero*, y el adjetivo ordinal primero, se aplica al hipotecario, cuando concurre con los gastos funerarios y los de justicia, necesarios para la venta, aunque en mi opinión, estos últimos debían tener prelación. Así, pues, la regla es: el vendedor, el obrero, etc., tienen prelación en el inmueble sobre los demás privilegiados; se exceptúan, el hipotecario que debe ser pagado primero, los por gastos funerarios y los judiciales para la venta.

Los acreedores hipotecarios tienen prelación en el bien hipotecado sobre cualquier crédito, aún sobre el *vendedor* por el precio no pagado, el artículo lo dice claramente, y no puede oponerse el art. 3924, porque ese privilegio cede al del hipotecario, á los gastos de justicia para la venta del inmueble y á los funerarios.

¿Se comprende en este artículo al que ha prestado dinero para pagar á los obreros? No creo que la lógica exija una conclusión afirmativa, porque en este camino iríamos demasiado lejos. Así, el que ha prestado dinero para la hipoteca sería preferido al hipotecario. El que prestó dinero para pagar á los obreros, etc., tiene privilegio, siempre que haga constar el empleo del dinero, art. 3932; ocupa el mismo lugar que tenía el obrero á quien se le pagó, ha existido una subrogación legal, como se dice en el comentario á dicho artículo.

El Dr. Segovia, hablando sobre el rango del hipotecario, indica que puede verse la nota 131 al art. 3940, y en ese lugar dice: «el rango del acreedor hipotecario debió fijarse de una manera más exacta y completa»; no se fija, pues, ese rango. Continuamos transcribiendo: «parece (agrega en la nota 84), que ese crédito (habla del hipotecario), no tendrá primacía sino cuando es anterior al de los vendedores, obreros y de los que suministraron los materiales». Á pesar de que no funda ese parecer, como su opinión merece mucho respeto, debemos discutirla, así como lo hicimos con la que sostenía, que la prelación sólo debía concederse al hipotecario que no hubiera conocido los créditos anteriores de los obreros, etc.

Si estudiamos el Código, no encontraremos un solo artículo donde se diga que la hipoteca, para tener preferencia y ser pagada primero, necesite que el acreedor ignore las acreencias anteriores, ni lo que es más grave aún, que cuando esas acreencias existan, se pierda la preferencia.

la venta de la cosa, y sin los que no habría podido reducirse á dinero, deben primar sobre todos los créditos. El orden en que deben concurrir será este: 1º, los gastos para la venta de la cosa; 2º, los hipotecarios; 3º, los funerarios; 4º, el vendedor por el precio, los obreros y los que suministraron los materiales.

Cuando el vendedor de un terreno, se encuentre en concurrencia con los obreros por el pago del edificio, ú otra obra que hubiesen construido sobre el terreno, se avalúan separadamente el valor del terreno y el del edificio. El vendedor es pagado sobre el terreno, hasta la concurrencia de la cantidad en que el terreno se hubiese

¿Cómo destruir entonces la prelación que el presente artículo acuerda á la hipoteca, sin más condición que el de ser registrada? Porque debemos observar, que los arts. 3924 á 3934 sólo hablan del privilegio que la ley concede á los diversos acreedores sobre el inmueble, sin establecer en ninguno de ellos el orden en que deben pagarse, cuando concurren con sus créditos á cobrarse del mismo inmueble.

El orden para ejercerse el privilegio sobre los inmuebles, lo tenemos determinado en este artículo y en los dos siguientes, en ellos se dice claramente, cuando concurren el vendedor, los obreros y los que suministraron los materiales, son preferidos á todos los que tienen privilegio general, pero serán pagados primero el hipotecario, los gastos funerarios y los de justicia para la venta del inmueble; así, pues, son preferidos á los que tienen privilegio general sobre los muebles y que no habiendo podido pagarse, vienen sobre el inmueble; lo son igualmente al que dió el dinero para la compra, á los coherederos ó coparticipes, al donante sobre la cosa donada, á los arquitectos y empresarios, y al que dió el dinero para pagarlos; sin embargo, todos éstos tienen privilegio.

Por lo demás, si esto pudo ponerse en duda al principio, cuando el Código Civil no había sido estudiado, al presente no puede ser objeto de una seria discusión, y se citarán en favor de mi tesis todas las decisiones judiciales uniformes que han dado el primer lugar á la hipoteca, habiendo desaparecido todo peligro, que en los primeros tiempos obligaron á los prestamistas á acogerse, por las dudas, al pacto de retroventa.—Comp. MARTOU, II, 596. Cód. FRANCÉS, art. 2103. Cód. DE LuisIANA, art. 3234.—Véanse arts. 3110, 3880, 3891, 3900, 3917, 3918, 3919, 3931, 3932 y 3934.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3916.—Los gastos judiciales sólo tienen preferencia en los juicios universales, porque en ellos se trata de intereses comunes.—Jur. Com., II, 263. Ser. 1ª.

estimado, y los obreros hasta la concurrencia de la estimación de la obra. Si la venta de ésta no alcanzare á cubrir esos créditos, se pagarán en proporción de la estimación hecha del terreno y de la obra (art. 3917), de modo que se puede decir que se abren dos

(Art. 3917.) No hay en realidad concurrencia entre el vendedor del terreno por el precio no pagado y los obreros por sus salarios, porque unos y otros cobran sus créditos de objetos diferentes en que pueden ejercer su privilegio independientemente unos de otros. En efecto, el vendedor del terreno tiene privilegio por el precio no pagado, sobre el valor de éste, sin que pueda encontrarse en concurrencia con los obreros que no pueden pretender repartir ese precio por los trabajos ejecutados en él, y recíprocamente los obreros no concurren con el vendedor, porque ellos cobran del valor de la obra en que han trabajado. Así, hay impropiedad en la expresión del artículo cuando supone concurrencia entre los obreros y el vendedor del terreno. Si, por ejemplo, el terreno vale veinte mil pesos y la obra diez mil, si el todo se vende por treinta mil, el vendedor se cobrará el precio de los veinte mil y los obreros de los diez mil; si el primero no alcanzare á pagarse y sobrare algo del precio del edificio, una vez cubierto el crédito de los segundos, tendrá derecho para extender su privilegio sobre lo restante. En el caso que suponemos, cada uno ejerce su privilegio sobre la parte que le está afectada especialmente, se pueden considerar como acreencias distintas, de modo que no hay concurrencia desde que cada uno cobra su crédito separadamente; pero si la casa se hubiera vendido por cuarenta mil, los obreros serían pagados de sus diez mil pesos y el vendedor de sus treinta. La Corte de París, en una sentencia que ha sido objeto de crítica entre los autores franceses, en cuanto á los fundamentos, dice, con razón, que los dos privilegios, teniendo un objeto distinto, y no deben jamás perjudicarse.

Nuestro artículo viene á decidir la controversia suscitada en derecho francés, sosteniendo Troplong, «que la acreencia de los obreros no debe sufrir disminución alguna por el contacto con la acreencia del vendedor. Supone que Pedro vende una casa á Ticio por cien mil francos, que la casa se incendia en parte, quedando reducida al valor de 50.000; que por los trabajos de reparación hechos se vende en 70.000, y hace decir al empresario: en el momento en que he comenzado los trabajos del inmueble no valía sino 50.000 francos; mis mejoras le han dado un mayor valor de 20.000; este mayor valor me pertenece en su totalidad..... Si la casa se hubiera adjudicado antes de mis impensas, el vendedor no

concursos, uno para los acreedores del precio del terreno, y otro para los que han trabajado en la obra ó suministrado los materiales.

habría podido esperar sino un precio de 50.000 á lo más..... Hay una verdadera confusión de palabras, pues se habla de preferencia entre el constructor ó reparador y el vendedor. No puede haber preferencia sino entre acreedores que vienen á concurso sobre el mismo objeto, y aquí la posibilidad de este concurso no existe, pues que el privilegio del obrero y el del vendedor tienen objetos diferentes; cada uno se hará pagar sobre los dineros que les están afectados al privilegio». Pero en la nota, el mismo autor estudia el caso en que la propiedad fuera vendida por 60.000 francos y los hace concurrir soportando una reducción proporcional, conclusión que critica Martou, porque si la casa arruinada valía 50.000 francos y las mejoras no han producido sino 10.000, los obreros no tenían más derechos que á esa cantidad. Nuestro artículo hace concurrir los valores para distribuir el precio entre el vendedor y los obreros. Haremos notar que sólo estudia la posición del vendedor del terreno y de los obreros que han trabajado en la construcción de la obra, porque en el caso supuesto por Troplong, la solución tendrá que ser diversa, como lo demostraremos más adelante.

Supongamos que el terreno se vendió por 30.000 pesos, y la casa se hubiera construido por 10.000; para proceder á ejercer el privilegio que cada uno tiene sobre el objeto que le responde á su crédito, se procede á hacer una tasación del terreno y del edificio separadamente: si el terreno vale 20.000 y la casa 5.000, sobre cada valor se ejerce el privilegio. Si se vendiera por 25.000, cada uno debería ejercer su privilegio en el precio por el valor de una y de otra cosa, y el vendedor tomaría los 20.000 del terreno y los obreros los 5.000; pero si suponemos que se ha vendido por la mitad, en ese caso, 10.000 corresponderían al vendedor y 2.500 á los obreros; si el todo se ha vendido por 20.000, 16.000 corresponderán al dueño del terreno y 4.000 á los obreros; así, pues, la proporción se hará sobre la tasación del terreno y el del edificio, y se supone que en el precio obtenido cada uno ha perdido proporcionalmente al valor que se le había dado al objeto que soportaba su privilegio; por eso dice el artículo: se pagarán en proporción de la estimación hecha del terreno y de la obra. Para esta operación se dividirá el valor obtenido en la venta por el de tasación de ambas cosas, y el cociente se multiplicará por cada una de las tasaciones, acordándoles la cantidad que resulte. Supongamos que la venta produjo 16.000 pesos, se dividen por los 25.000, lo que da un resultado de 0.80, que multiplicado por

§ 1066. — DEL PRIVILEGIO ENTRE COHEREDEROS, COPARTÍCIPES
Y DONANTES

Todo el que divide con otro ú otros, cosas que se han tenido en común, se garanten mutuamente las mismas cosas, y esta garantía está asegurada por un privilegio sobre las cosas divididas, así,

20.000, valor del terreno, da 16.000; y por 5.000, de la construcción, que da 4.000.

Estudiando la cuestión de las mejoras, que nuestro Código no trata, la resolución sería completamente diferente, pues si adoptamos la hipótesis de Troplong, de una casa que se ha incendiado en parte, y cuyo valor en el estado en que se encontraba era de 50.000 pesos, si los obreros hicieran mejoras por 20.000 y la casa se vendiera por 60.000, el vendedor tomaría los 50.000 del precio, y los obreros los 10.000 restantes, porque ese ha sido el mayor valor que la cosa ha obtenido. En este caso no hay concurrencia de valores, ni se debe hacer proporción alguna, porque se trata de mejoras que han dado mayor valor á la cosa.

Nuestro artículo se ha separado del francés, que dice: *el mayor valor existente á la época de la enajenación del inmueble*, mientras el nuestro establece que se haga «la avaluación separadamente del valor del terreno y del edificio», sin expresar la época en que debe hacerse. Algunos creen que las dificultades han sido salvadas, porque suponen que la estimación «debe hacerse en el momento *del concurso*, y que el privilegio de estos dos créditos se ejerce hasta la concurrencia de la estimación del terreno ó la estimación de la obra». Pero, ¿cuál es el momento del concurso? Si el terreno y la casa se han tasado hace un año, ¿servirá esa tasación? Si nadie la reclama, es porque ambos han admitido el valor que se les dió, y debe servir de base para la distribución; en caso contrario se hará nueva tasación de ambas cosas. El momento no es, pues, el de la venta sino el que tenían cuando fueron estimadas, y aprobada la tasación. El Cód. Francés, al establecer el valor que tenía á la época de la enajenación del inmueble, es porque se refiere á la segunda tasación; es decir, á las mejoras ó edificaciones que se hicieron en la casa. — Comp. MAROT, II, 612. TROPLONG, I, 80, *bis*. — Véanse arts. 3110 y 3916.

Nuestro artículo ha sido tomado del art. 3235, Cód. de Luisiana, agregándole la última parte.

dice el **art. 3928**: *los co-herederos y todos los co-partícipes que han dividido una masa de bienes compuesta de muebles é inmuebles, ó*

(**Art. 3928.**) Al estudiar el presente artículo, es necesario volver á repetir, que la legislación francesa no puede servirnos de guía en esta materia, porque el Cód. Francés no reconoce privilegios que no estén registrados, mientras el nuestro no ha autorizado tal registro; así, el privilegio registrado, que en el Cód. Francés es un derecho real y sigue á la cosa en poder de cualquier poseedor, entre nosotros no pasa de un derecho personal, que sólo se ejerce cuando la cosa está en poder del deudor sin un gravamen real, y desaparece una vez que la ha enajenado. Esta diferencia fundamental es necesario tenerla presente al estudiar este artículo, y por no haberla hecho, han incurrido en el error de creer que el privilegio del copartícipe ó del coheredero tiene preferencia sobre las hipotecas posteriores, error que demostraremos al final de esta nota.

Comencemos por reconocer que la garantía ó evicción que se presentan los coherederos, no está en armonía con el principio sentado en el art. 3503, de que cada heredero ha sucedido inmediatamente al difunto en los objetos que le han correspondido; queriendo expresar que cada uno se reputa único heredero en esos objetos; ficción que se falsea en seguida al obligarlos á eviccionarse; porque si hubieran sido únicos herederos, no habrían tenido derecho para reclamar por la evicción.

El artículo no ha querido conferir un privilegio general sobre los bienes muebles y los inmuebles, como lo suponen algunos: 1º, porque el capítulo donde está colocado, habla del privilegio sobre los inmuebles; 2º, porque no hay más privilegios generales sobre muebles é inmuebles, que los determinados en el art. 3879; 3º, porque el artículo, al hablar de los bienes muebles é inmuebles, lo hace únicamente para determinar los valores de que el coheredero ó copartícipe hubiera sido privado, valores de que deben responder en proporción á su haber, esos mismos coherederos; 4º, porque tratándose de la división de una herencia, que puede componerse de muebles, inmuebles y acciones ó derechos, y de que fueren privados, ha debido hacer esa enumeración, sin que por eso se entienda que concede privilegios sobre unos y otros.

Así, pues, cuando el artículo dice: los coherederos que han dividido una masa de bienes compuesta de muebles é inmuebles, ó de varios muebles, tienen privilegio por la garantía, ha querido expresar que pueden reclamar de sus coherederos el precio de los objetos de que fueron privados; pero como se trata de privilegios sobre inmuebles, es sobre éstos únicamente que debe pesar, y siempre que permanezcan en poder del

de varios muebles determinados, tienen privilegio por la garantía de la partición sobre los bienes antes indivisos, y también por el pre-

heredero, no así, cuando han sido transferidos; porque hay un sólo caso en que el privilegio, no sobre el inmueble, sino sobre el precio, sigue pesando sobre los adquirentes posteriores, y es cuando deban todo ó parte del precio, en que los vendedores anteriores pueden cobrar lo que se les debía, siempre que el inmueble estuviera en poder del último comprador que lo deba en todo ó parte.

Debemos hacer notar que el artículo ha sido tomado en parte de Aubry y Rau, § 263, texto á las notas 18 y 19, y que ha sido mal traducido, pues dichos autores dicen: «los coherederos, y en general, todos los que se han dividido una masa compuesta de muebles y de inmuebles, sea de uno ó de varios *inmuebles determinados*, tienen privilegio por la garantía de la partición, etc.»; mientras en nuestro artículo se ha cambiado por un error tipográfico, la palabra *inmuebles*, por la de *muebles*, dejándolo sin sentido, porque se trata en este capítulo del privilegio sobre los inmuebles, y es precisamente sobre ellos que se debe ejercer, cuando el coheredero hubiere sido privado de los inmuebles que le correspondieron por la partición.

En cuanto á la extensión del privilegio, se debe tener en consideración que el heredero privado de los bienes adjudicados, debe tomar la parte que le corresponda en la disminución de la herencia, de modo que si suponemos, que se han dividido una herencia de 30.000 pesos, entre Alberto, Julio y Emilio, y este último ha sido privado por la reivindicación, de uno de esos bienes que valía 6.000, la herencia habría quedado reducida á 24.000, de los que cada uno recibiría 8.000; por eso es que Alberto y Julio deberán entregar 2.000 cada uno, y si cualquiera de ellos fuere concursado y conservaran los bienes adjudicados, ejercería el privilegio acordado sobre esos bienes y los 2.000; pero si los hubiere enajenado, su acreencia sería personal, porque no hay derecho real, y no puede ser de mejor condición que el vendedor por el precio no pagado.

La expresión del artículo, *sobre los bienes antes indivisos*, limita el radio de acción del privilegio del coheredero, porque si ya estaban divididos cuando se ha practicado la división, sólo responderán por los bienes divididos al presente; y además, deben existir los mismos bienes en poder del heredero, para que tenga lugar el privilegio.

Como la herencia se compone de bienes muebles, inmuebles, derechos, acciones, accesiones y frutos que hayan producido, es por demás

cio de la licitación del inmueble, adjudicado á alguno de ellos; pero cuando unos y otros han enajenado los bienes recibidos, el privi-

claro que, si alguno de los herederos hubiera recibido los frutos ó rentas de la sucesión, se le tomará en cuenta en la hijuela que le corresponda, de modo que si fuera concursado, sus acreedores sólo tendrían derecho á lo que faltare para completar la legítima de su deudor, y no podrían pretender de la testamentaria el pago íntegro de esa legítima, para concurrir en seguida por los valores entregados, como acreedores del concurso; porque la testamentaria ha pagado parte de lo que debía al heredero, quien no ha recibido en préstamo sino á cuenta de su haber.

Cuando las adjudicaciones se hicieren por licitación, ó si alguno de los inmuebles se hubiere puesto en remate, y lo adquiriese uno de los coherederos ó copartícipes, quien fuere privado por la reivindicación, el vencido tendría privilegio por el precio del inmueble, deducida su parte proporcional, para ir contra sus coherederos ó copartícipes; pero ese privilegio sólo podría ejercerlo sobre los bienes de la sucesión que conservasen en su poder; si todos estuvieran enajenados, entraría con los acreedores quirografarios sin preferencia alguna.

Si uno de los coherederos ha hipotecado el inmueble que le ha correspondido en la división, siendo único propietario, si se presentase posteriormente uno de sus coherederos á ejercer su privilegio por el valor proporcional de la cosa adjudicada que le fué reivindicada por un tercero, concurriendo con el hipotecario, ¿cuál sería preferido? El Dr. Segovia opina que el hipotecario posterior cederá su paso al privilegio del coheredero, sin dar razón alguna para fundar esta preferencia. Y en una obra posterior, respondiendo á la crítica del Dr. Llerena, trata de fundar esa opinión, al decir: «dije en el *Comentario* que este privilegio prevalece sobre el del hipotecario posterior apoyándome en el n.º 26 de Pont. Agregaré ahora el art. 3938, así como el 3934, de que resulta que el privilegio sólo existe y se cuenta desde la toma de razón de la hipoteca; que el Dr. Velez-Sarsfield dice en la nota al art. 3828 (3928), que el copartícipe goza de un derecho real; y por último el argumento que suministra el art. 3254 y la nota del Dr. Velez-Sarsfield al mismo».

Haciéndonos cargo de estos fundamentos, comenzaremos por decir, lo que todos saben: que la hipoteca, para conservar el privilegio respecto de terceros, es necesario que esté registrada, arts. 3135 y 3150; sin registro no hay, pues, hipoteca sino para los que concurrieron al otorgamiento, quienes no pueden alegar la falta de inscripción. Tratamos, pues, de una hipoteca registrada; es decir, de un gravamen real que exista para los terceros.

legio desaparece, y se convierte en un crédito quirografario. Y la razón es sencilla, mientras exista en poder del heredero uno de

Examinemos la opinión de Pont, quien comentando el art. 2095, Cód. Francés, dice: «el privilegio que da la calidad de la acreencia á un acreedor, para ser preferido á los otros acreedores, *aún á los hipotecarios*»: ante una disposición tan terminante, que no contiene nuestro Código, dice Pont en el n° 26: «nos queda ahora hacer observar, que si el privilegio, como lo dice nuestro artículo, prevalece sobre la hipoteca, esto no debe ser tomado en un sentido demasiado absoluto», etc. Observaremos igualmente que en el sistema francés, el privilegio debe ser inscripto en el registro para que tenga valor; así, es lógico darle preferencia sobre la hipoteca posterior, desde que el hipotecario ha tenido presente el certificado del anotador donde consta que el bien reconoce un gravamen; no hay, pues, dificultad en acordarle esa preferencia que ha sido aceptada por el acreedor posterior; pero en el sistema argentino no hay inscripción, no hay derecho real, sólo se concede una preferencia cuando la cosa permanece en poder del deudor, ó sobre el precio cuando éste se debiera por haber pasado la cosa á manos de un tercer adquirente. La autoridad de Pont, como la de cualquier comentador del Código Francés, no tiene valor en este caso, porque las legislaciones de ambas naciones difieren esencialmente.

Examinemos el segundo fundamento; los arts. 3934 y 3938, que afirman apoyan su tesis. Por el contrario, el art. 3934 dice: «los hipotecarios son preferidos sobre los bienes gravados». Son preferidos ¿á quiénes? Á cualquier acreedor por privilegiado que sea; son preferidos al vendedor por el precio no pagado, al obrero que trabajó en la casa y al que suministró los materiales, como lo dice el art. 3916; no hay crédito alguno privilegiado que pueda tomar el primer rango contra el hipotecario, á menos de los gastos de justicia para la venta y conservación de las cosas. En cuanto al art. 3938, es cierto que da á entender que puede haber otros créditos que le sean privilegiados; pero esa expresión, bien se puede aplicar á las hipotecas anteriores cuya nulidad se demandare por el hipotecario posterior, ó á los créditos por gastos de justicia; pero en parte alguna se dice que el coheredero sea privilegiado por la garantía.

En cuanto á la nota del artículo que estudiamos, donde se dice, «que es justo reconocer al perjudicado un *derecho real* sobre los bienes á los cuales no había sino renunciado condicionalmente»; debemos repetir la observación á la nota 3878, que dice también, que «el carácter eminente de la carga que grava los inmuebles es de seguirlos por cualquiera

los bienes adjudicados, renace en él la indivisión primitiva, y el heredero privado de la parte recibida, se considera como coheredero en la que ha quedado.

transmisión que pasen», hablando del privilegio; pero, como lo hemos dicho, el Dr. Velez Sarfield quiso seguir el sistema francés, que ordena la inscripción del privilegio para considerarlo como derecho real; pero no lo siguió, y en parte alguna del Código ha hecho pasar esa carga de modo que perjudique á cualquier poseedor del inmueble, lo que por otra parte habría inmovilizado la propiedad, lanzando al prestamista ó adquirente en la inseguridad que traía la hipoteca tácita. ¿Quién habría comprado una propiedad con la seguridad de que el vendedor, el obrero, el donante, el que suministró los materiales, el arquitecto, empresario ó el que dió el dinero para pagarlos, no vinieran por su privilegio? No; la hipoteca no puede ser preferida por ninguno de estos privilegios, y en las decisiones constantes y uniformes de nuestros tribunales, se funda la seguridad con que al presente se presta sobre hipotecas sin temor á privilegio alguno.

El último argumento es el que se funda en el art. 3254, sobre la anticresis y la nota respectiva, donde se da preferencia al acreedor anticresista sobre el hipotecario posterior; pero basta observar que la anticresis es un derecho real, según el art. 3239, y que como tal debe estar inscrito en el registro, para que desaparezca toda semejanza con el privilegio que jamás fué un derecho real, y que, tal vez, convendría declararlo, una vez que sea inscrito en el registro.

Nos hemos detenido en desvanecer estos argumentos, no sólo por la importancia capital de la cuestión, sino por la notoria autoridad del autor cuya teoría rechazo. Y para concluir, citaremos las palabras del Dr. Llerena, que apoya nuestra tesis al decir: «la equidad y los principios más elementales del derecho se opondrían á que en el caso propuesto, el acreedor hipotecario fuera preferido por los herederos; esto equivaldría á dejar sin efecto las ventas hechas por el heredero, ó hacer cargar al comprador que ha entregado su dinero, con el pago de la evicción. Si esto sería un absurdo, con el mismo motivo lo sería dejar de lado el crédito hipotecario para pagarse con el valor del inmueble lo que se deba al coheredero por evicción».

No se puede citar artículo alguno del Código en que se diga, que el privilegio es un derecho real que siga al inmueble sin consideración al adquirente.

El privilegio acordado al coheredero se ejercerá aún en los casos en que los ascendientes dividan su fortuna á sus descendientes, porque existen las mismas razones, y la igualdad debe conservarse; lo mismo

En virtud de la garantía recíproca que se prestan los coherederos entre sí, por la parte que recibieron, es que, *si uno de los herederos ha perdido su lote y ha quedado insolvente, la porción*

sucedería cuando los herederos mayores de edad hubieran hecho la división extrajudicialmente por escritura pública.

Es por demás evidente que el privilegio sólo se concede á los coherederos ó copartícipes que hayan adquirido el inmueble, y que los terceros adquirentes en la licitación no gozan de él en caso de evicción. ¿Qué sucederá cuando el heredero ha vendido el bien raíz adjudicado, pasando por diversos adquirentes, y es obligado á devolver su valor en caso de evicción? Dos cuestiones que deben resolverse: una sobre si conserva el privilegio; la otra sobre la extensión que debe abrazar. Si sus coherederos conservan las cosas adjudicadas, no puede serle negado el privilegio, alegando que no ha sido él el vencido, porque la cosa había salido de su poder, porque él es el desposeído, en realidad, desde que se le priva del valor de la cosa; y el privilegio lo ejercerá sobre el valor que ésta tenía al tiempo de la evicción, arts. 2141 y 3506, en caso se le reclamare una suma mayor que la recibida por él; aunque hay algunos que sostienen lo contrario, contra el texto expreso del art. 3506; pero si fuera menor, no podría demandar sino esta suma, pues ese es el perjuicio recibido. Sobre este último punto véase nuestro comentario á los arts. 2141, tomo V, pág. 551 y tomo IX, pág. 189, al art. 3506.

En el caso propuesto por algunos, cuando se hubieran adjudicado bienes á uno de los herederos con cargo de pagar las deudas de la sucesión, ¿se debe considerar como al licitador de que habla el artículo, y conservar el privilegio en este carácter? La venta privada entre los herederos me parece que no debe alterar la naturaleza de la obligación, y ocurrida la evicción puede demandar que se le pague la cantidad que fuera obligado á devolver; pero creo que sólo tendrá derecho á lo que él pagó á la testamentaria, porque ésta es en último resortes la que debe salir á la evicción y pagar lo que valga la cosa en el momento en que el comprador es privado de ella.

¿Pueden concurrir el vendedor por el precio no pagado, y el copartícipe que ha sido privado del inmueble, como lo creen algunos? Si suponemos que el inmueble ha sido vendido á plazo, y el precio no se ha pagado, que ese bien lo ha adquirido en su totalidad uno de los copropietarios, cuando sucede la evicción; en ese caso, es evidente que el vendedor no tiene privilegio por el precio desde que la cosa no le pertenecía, y no puede concurrir con el copartícipe á reclamarla. Si el causante de una sucesión debía el precio de la cosa que ha sido adjudicada á uno de

por la que estaba obligado se divide entre el garantizado y todos los co-participes solventes (art. 3929), reputándose como si ellos hubieran sido los únicos herederos.

sus herederos, el vendedor, por el precio, conservará su privilegio y lo ejercerá sobre la cosa, mientras el coheredero, que ha sido privado de ella por la ejecución, reclamará de sus coherederos; pero no se encontrarán en concurrencia. Si hubiere algún caso en que fuera posible tal suposición, deberá seguirse la regla, el que es primero en tiempo, es primero en derecho. — Comp. TROPLONG, I, 238, GRENIER, II, 407. PERSIL, al art. 2103, n° 2, y las notas al artículo. — Véanse arts. 2141, 2142, 3506, 3508 á 3513.

(Art. 3929.) Cuando uno de los herederos, á quien se reclama su garantía por la parte que le ha correspondido en la herencia, hubiera perdido su lote por cualquiera causa, pueden ocurrir estas hipótesis: 1ª, que el coheredero sea solvente; 2ª, que sea insolvente y conserve parte de la cosa; 3ª, que sea insolvente y no conserve la cosa que recibió en su lote.

En la primera hipótesis, es evidente que deberá contribuir con su parte proporcional á lo que recibió, y responderá por la garantía á su coheredero que fué privado por la evicción, en esa proporción; pero sino conserva las cosas adjudicadas en su lote, no existirá el privilegio, que por otra parte sería innecesario desde que hay bienes con que responder.

Quando el que debe responder por la garantía fuera insolvente, que es uno de los casos del artículo, debemos distinguir: si conserva una parte de su lote, el que ha sufrido la evicción tendrá privilegio sobre la parte existente, y será preferido á los acreedores quirografarios del concursado en esa parte, entrando por lo demás en iguales condiciones con los acreedores ordinarios; si no conserva su lote, el que sufrió la evicción concurrirá con los acreedores comunes. Si el que reclama la garantía exige á los demás coherederos solventes el pago de la cosa que le ha

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3928.—Cód. Francés, art. 2103.—Mourlon, desde el n° 170.—Martou, desde el n° 574.—Aubry y Rau, § 23, n° 3.—Zachariæ, § 793.—Pont, n° 1381. En las leyes Romanas no se conocía este privilegio. Los coparticipes estaban obligados á la evicción como los vendedores, pero no tenían ningún privilegio sobre los bienes que se hubiesen dividido.

El privilegio establecido en el artículo, tiene su razón en la naturaleza íntima de las cosas. Cada coparticipe no consiste en desprenderse de su derecho indiviso sobre el conjunto de los inmuebles comunes, sino con la condición de obtener una parte equivalente á la de los otros. Faltando esta condición, la igualdad se rompe, y es justo reconocer al perjudicado un derecho real sobre los bienes, á los cuales no había renunciado sino condicionalmente.

En las donaciones con cargas, sea que fueren en el interés del mismo donante ó de un tercero, *el donante tiene privilegio sobre el inmueble donado por las cargas pecuniarias, y otras prestaciones líquidas, impuestas al donatario en el acto que comprueba la donación* (**art. 3930**); porque el adquirente sabe que si esas cargas

sido reivindicada, se procederá en esta forma: se considerará como si el insolvente no existiera, y se dividirá el importe de la garantía entre los solventes; por ejemplo: eran cuatro herederos que se dividieron cuarenta y ocho mil pesos; uno de ellos ha sido privado de sus doce mil pesos, y cuando reclama el reembolso, otro se encuentra insolvente ó concursado; esos doce mil pesos que se deben pagar se dividirán entre el reclamante y los dos herederos solventes, y éstos darán cuatro mil pesos cada uno, de modo que cada uno de los tres recibirán ocho mil pesos; pero si suponemos que el lote del insolvente existía en su poder, podrían ir al concurso á reclamar con privilegio los tres mil pesos con que cada uno ha contribuido al pago de los doce mil de la garantía, ejerciendo los derechos de su coheredero, y en su nombre, como subrogados en sus acciones.

En la tercera hipótesis, cuando fuera insolvente y no conservara su lote por haberlo enajenado el que debe contribuir á la garantía, que es el caso del artículo, los demás contribuirán proporcionalmente á pagar la garantía como si no hubiera existido; pero podrán ir al concurso como acreedores ordinarios, por la parte que han pagado por el insolvente.

Quando el heredero, privado de su lote por la reivindicación, ejecutara á cualquiera de sus coherederos por la parte que le correspondiese, no tendrá privilegio sino sobre los bienes de la herencia que el ejecutado conservara; pero en los otros entrará con los demás acreedores ordinarios á dividir proporcionalmente el haber del concursado.

Si el coheredero vencido sólo tuviere un coheredero de quien reclamar la garantía, y éste se encontrare insolvente, irá al concurso con su privilegio sobre los bienes que existieran de los divididos; en caso contrario, concurrirá á la par de los quirografarios. — *Comp. PONT, n° 202 y LAURENT, XXX, n° 38.*— Véanse arts. 2142, 2143, 3508 y 3533.

(**Art. 3930.**) Este artículo comprende tres hipótesis: 1ª, que en el instrumento de la donación estén expresadas las cargas de ésta, y el bien haya pasado á terceros adquirentes; 2ª, que en el instrumento de

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3929.—Las citas del artículo anterior.

no están cumplidas, la cosa ha pasado gravada con ellas; pero si no estuvieran en el mismo título de transmisión, aunque se hubie-

la donación se expresen las cargas, y la cosa se encuentre en poder del donatario; 3ª, que las cargas impuestas sean en favor de un tercero.

En la primera hipótesis, el donante se encuentra investido de dos acciones: puede pedir el cumplimiento de las cargas pecuniarias, ó de las prestaciones líquidas impuestas, y ejecutar la cosa donada, teniendo privilegio sobre el precio en caso de concurso, siempre que la cosa permanezca en poder del deudor, ó si quiere ejercer un derecho más enérgico, podrá demandar la revocación de la donación, dejando sin efecto las enajenaciones posteriores. Puede suceder que no convenga á los intereses del donante el revocar la donación, y exija el cumplimiento de los cargos; pero el donatario puede defenderse contra la acción de cumplimiento de los cargos, abandonando la cosa donada y libertándose de los cargos impuestos, art. 1854. No debe confundirse, como lo hacen algunos, la facultad de revocar la donación anulando todas las enajenaciones posteriores, con el privilegio que la ley confiere al donante para hacer cumplir las cargas impuestas: éste sólo puede ejercerse cuando la cosa se encuentra en poder del donante, porque según el sistema del Código, el privilegio no es un derecho real que siga al inmueble cuando ha salido de poder del deudor, es simplemente un derecho de preferencia que la ley concede, por razones especiales, en favor del que ha puesto el inmueble en el patrimonio del deudor, mientras permanece en su poder. Por esta razón, no estoy conforme con los que sostienen que, á diferencia del vendedor á plazo, que sólo tiene privilegio mientras permanece la cosa en poder del comprador, en el caso de donación el donante puede ejercer el privilegio aún estando la cosa en poder de terceros, y que la prueba de esto es el art. 1885, que permite revocar las donaciones. Y la prueba no es precisamente que el donante pueda ejercer el privilegio cuando la cosa hubiera pasado á un tercer adquirente, sino que la donación puede ser revocada por el no cumplimiento de los cargos, lo que es completamente diferente. Anular ó dejar sin efecto una enajenación no es tener el privilegio sobre el precio del inmueble que acuerda el artículo, sino recuperar el inmueble donado. Por eso debemos tener presente que el privilegio, por el sistema de nuestro Código, jamás sigue á la cosa cuando ha salido de poder del adquirente, y en los raros casos de enajenación, debiendo el precio, el privilegio se ejerce, no sobre la cosa, sino sobre el precio debido. Por eso reputo también, equivocada la teoría que algunos sostienen que, la mención de las cargas equivale, para todos los actos legales, á una inscripción hip-

ran hecho constar en instrumento público separado, no se conservaría el privilegio.

tercia, que hace conservar á favor del donante un derecho real sobre la cosa donada; lo que sería legislar contra el sistema adoptado por el Código. Esto no es destruir las leyes al interpretarlas, como el autor á quien rectifico tiene la amabilidad de atribuirme en alguna parte de su segunda edición, sino erigirse en legislador por su propia autoridad. El privilegio no sigue al inmueble mientras éste permanece en poder del deudor; y si el legislador no permitió al vendedor que lo ejerciera sobre el precio debido, cuando la cosa salió de poder del comprador, con menos razón debió acor larlo al donante, que en este caso es un vendedor disimulado, cuando los cargos importasen la cosa donada.

Tampoco es exacto lo que el expresado autor sostiene de que, «esto privilegio ocupa el segundo lugar entre los privilegios sobre los muebles, pues sólo son preferidos por los gastos de justicia y los funerarios»: cuando en primer lugar, el artículo habla del privilegio concedido al donante sobre el *inmueble donado*, y en parte alguna del Código se le acuerda privilegio sobre los *muebles*; esto se asemejaría á una nueva ley; pero suponiendo que fuera un error tipográfico y hubiera querido hablar de los inmuebles, se le observaría, que tampoco hay disposición alguna que le dé semejante colocación, y además tenemos el art. 3916, que concede privilegio sobre el vendedor; es decir, sobre el que ha presto un inmueble en el patrimonio del comprador (en cuyo caso se encuentra el donante), á los obreros que han trabajado en el inmueble para repararlo ó construirlo y á los que suministraron los materiales y sobre todos éstos, al hipotecario que tiene prelación sobre todos. La colocación sería, pues, la siguiente: 1º, el hipotecario; 2º, los gastos de justicia para la venta de la cosa; 3º, los funerarios; 4º, los que trabajaron en la casa ó suministraron los materiales; 5º, el donante por las cargas pecuniarias ó prestaciones líquidas.

Otra de las consecuencias especiales que trae consigo el sistema defectuoso de nuestros privilegios, y que habría sido salvado, en parte, por la inscripción en el registro, para acordarle un carácter real, es que si el inmueble ha salido de poder del donatario no puede ejercerse, pues no sigue á la cosa, y lo único que podría hacer es revocar la donación, cuando habría sido más lógico autorizar para inscribir todo privilegio, sea el vendedor por el precio no pagado, el obrero ó constructor de la casa, el que suministró los materiales, acordándoles preferencia según la fecha de su inscripción.

La segunda hipótesis que estudiamos, es cuando la cosa permanece

§ 1067. — DEL PRIVILEGIO DEL QUE DIÓ EL DINERO PARA ADQUIRIR
EL INMUEBLE, DEL ARQUITECTO Y OTROS OBREROS

Habiendo concedido la ley privilegio al vendedor del inmueble por el precio no pagado, dando por razón que ha puesto la cosa en el

en poder del deudor ó donatario. Es una condición indispensable, según el artículo, que las cargas impuestas se encuentren consignadas en el mismo instrumento de la donación, y que sean líquidas. Y se pregunta, ¿son estas condiciones absolutamente necesarias, para que el privilegio pueda ejercerse? Se comprende, que para la revocación de las donaciones, que tiene lugar anulando las enajenaciones posteriores, sea necesario que la causa vaya escrita en el título mismo, porque el adquirente sabe que su adquisición está sujeta á revocación; pero cuando la cosa permanece en poder del donatario, lo único que debió buscarse es la prueba, en escritura pública, de la imposición de las cargas. Así, por ejemplo, concursado el donatario, se presentan acreedores quirografarios y el donante por el cumplimiento de cargas pecuniarias que no constan en la escritura de la donación, sino en otra escritura separada. ¿No sería injusto hacer concurrir en el mismo grado al donante, que ha puesto en el patrimonio del donatario el inmueble, con los acreedores quirografarios? Y la injusticia sería más evidente, si suponemos que el inmueble donado sea el único bien que presenta el concursado. Se dirá, tal vez, el donante puede revocar la donación por la inejecución de los cargos, art. 1852, dejándola sin efecto; pero no se trata de la revocación sino del privilegio, y criticamos que se le conceda en los mismos términos y bajo las mismas condiciones. Me parece que para la eficacia del privilegio, sin obligar al donante á revocar la donación, sería necesario agregar á la última parte del artículo, que dice: «impuestas al donatario en el acto que comprueba la donación», agregar: «ó en cualquiera otra escritura pública, cuando la cosa está en poder del donatario»; teniendo presente que no se trata de revocarla, sino de tener preferencia con relación á los demás acreedores quirografarios; pero mientras el Código no se reforme, tal como se encuentra la disposición, el privilegio no existirá, si la carga impuesta no se halla en el mismo título de la donación.

En la tercera hipótesis, cuando la carga es impuesta en favor de un tercero, debemos distinguir: si la cosa está en poder del donatario y la carga consta de la misma escritura, el tercero puede pedir únicamente

patrimonio del comprador, no podía menos de conceder igual preferencia al que en las mismas condiciones hubiese dado dinero para la adquisición, porque ha puesto en el patrimonio del deudor una cosa que no tenía, y los acreedores se enriquecerían á su costa; así, dice el **art. 3927**: *el que ha dado dinero para la adquisición de un*

su cumplimiento, art. 1852, con el privilegio que este artículo le concede; si, por el contrario, la cosa ha sido enajenada, el tercero interesado no tendrá sino una acción personal contra el donatario, sin que pueda ejercer privilegio alguno; pero el donante tendría derecho para revocar la donación, y cumplir por sí mismo los cargos, anulando las enajenaciones, servidumbres é hipotecas que el donatario hubiera constituido, arts. 1852 y 1855.— Véanse arts. 1849, 1850, 1852 á 1855 y 2087, n° 7.

(**Art. 3927.**) Este artículo es incompleto y su redacción ha sido descuidada. Se trata de una subrogación legal en favor del que ha pagado el precio debido al vendedor, y en ese caso se debió tener presente la disposición del art. 768, n° 3, que sólo autoriza la subrogación al tercero *no interesado que hace el pago* consintiendo expresamente ó tácitamente el deudor, y que el Dr. Velez-Sarsfield, modificó inconsultamente, agregándole la palabra *ó ignorándolo*, desvirtuando así el pensamiento que presidía á este beneficio acordado al tercero, y convirtiéndolo de mero gestor de negocios, en mandatario directo del deudor. En nuestro comentario á dicho artículo expusimos los fundamentos de esa alteración, puede verse en el tomo II, págs. 575 á 580.

Ahora se pregunta, si cualquier tercero que paga el precio debido por el comprador subroga en sus derechos al vendedor, y así parecen creerlo algunos, con quienes estaría conforme tratándose de los casos del art. 768, pero no cuando el comprador se hubiera opuesto; porque el pago debe ser hecho con el consentimiento expreso ó tácito, y aún ignorán-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3930.—En el caso del artículo, la donación no conserva su carácter propio de ser gratuita, y viene á ser un contrato á título oneroso que se aproxima á la venta. ¿Por qué entonces no conceder el privilegio hasta la concurrencia de las cargas que convierten al donante en un enajenante á título oneroso? Troplong, n° 216, y Grenier, n° 391, dicen: «Que á pesar de las cargas que lleva la donación, conserva el carácter de una liberalidad, y concluyen que extender el privilegio del vendedor al donante, es faltar á la regla de que los privilegios son de derecho estricto, y que no pueden extenderse por analogía. Pero se ha creído justo proteger al que, haciendo una liberalidad, ha puesto para ella como condición, ciertas prestaciones que debe llenar el donatario. Á más, el donante tiene un derecho más enérgico que el privilegio, la acción para revocar la donación, y desde entonces, ¿por qué negarle el privilegio por las cargas pecuniarias impuestas al donatario?

inmueble, goza del privilegio sobre el inmueble para el reembolso del dinero dado, con tal que por la escritura de adquisición, conste que el

lo; pero no en el de oposición de éste. Así, pues, soy de opinión que cuando el pago se ha hecho con consentimiento del comprador y aún *ignorándolo*, se subroga en sus derechos.

Dije al principio que, la redacción del artículo era deficiente, y me basta para demostrarlo, observar que, concede privilegio sobre el inmueble al que ha dado dinero para pagarlo, sin expresar qué clase de privilegio es el que le acuerda, y en qué condiciones debe ejercerse. ¿Es el privilegio del vendedor y lo ejerce como subrogado ó es uno nuevo? Porque si fuera el del vendedor, sólo podría alegarlo cuando la cosa estuviera en poder del comprador, y la seguiría en sus sucesivas adquisiciones, si los nuevos compradores debieran el todo ó parto del precio; si, por el contrario, fuera un nuevo privilegio creado especialmente para el que ha pagado el precio, no seguiría al inmueble enajenado, aunque aquél se debiera; porque es una condición indispensable, para ejercerlo, que la cosa permanezca en poder del deudor; no la sigue como la hipoteca, porque no es un derecho real.

Por mi parte, creo que se trata en este caso de una subrogación legal permitida por la ley, en que el que ha pagado puede deducir todas las acciones y garantías que tenía el subrogado, en la extensión que le acuerda el art. 771. En estos casos debe hacerse la distinción entre la cesión y la subrogación; pues por la primera, el cesionario ejerce todos los derechos de su cedente, sin consideración á lo que hubiere pagado, y por la segunda sólo tiene derecho á cobrar lo que hubiere desembolsado.

Para que el privilegio concedido por este artículo pueda ejercerse, es necesario llenar dos condiciones: 1ª, hacer constar que el inmueble fué pagado con el dinero prestado; 2ª, que conste esa circunstancia en la escritura de adquisición.

Respecto de la primera condición no es necesario que todo el precio haya sido pagado con el dinero prestado, pues bastará que sea una cantidad cualquiera, dada para el pago; así, por ejemplo, pudo dar una mitad del precio y conservará ese privilegio por la suma entregada; pero si concurre con el vendedor por el precio no pagado, ¿cuál será preferido? Esta es una nueva dificultad que ofrece el artículo. Supongamos que la casa vendida lo ha sido por el precio de veinte mil pesos, y el vendedor ha recibido diez mil prestados por un tercero haciendo constar esa circunstancia, y queda á deber al vendedor la otra mitad, que llegado el plazo se ejecuta la propiedad y sólo obtiene diez mil pesos, ¿quién debe tomarlos? ¿El que los dió para pagar el inmueble, ó

inmueble ha sido pagado con el dinero prestado, aunque no haya subrogación expresa; pero si no constare en el mismo acto, aun-

el vendedor por el precio debido? Si admitimos que ha existido subrogación, sus derechos son los del vendedor, porque sería á éste á quien ha reemplazado, y entonces debe ser pagado en su nombre y como representando sus derechos; si, por el contrario, fuera un nuevo privilegio acordado al que paga el precio, no tendría derecho á concurrir con el vendedor, y sólo sería preferido á los quirografarios. Y como hemos sostenido que habría una subrogación legal, me decido porque se debe abonar al que dió el dinero para el pago del precio, pues así lo exige la justicia y la equidad, á menos que el vendedor le hubiera negado expresamente la subrogación, como tiene derecho para hacerlo, si supone que vuelta á vender la cosa no alcanzare á cubrir el precio estipulado; porque entonces su voluntad está claramente manifestada de no concurrir con el que ha hecho el pago. Si, como lo hemos supuesto, es el caso de una subrogación legal, el vendedor que recibió los diez mil pesos no puede impedir como subrogante que su subrogado reciba la suma, porque la subrogación tuvo lugar; él debe soportar el perjuicio que pudo prevenir, declarando que no permitía la subrogación, en cuyo caso habría venido el que hizo el pago, con su privilegio, sólo contra los acreedores quirografarios.

Es cierto que el artículo supone, que el pago se hizo en su totalidad, en cuyo caso no habría dificultad alguna; pero como no se puede privar de ese privilegio al que ha pagado parte del precio, se debió legislar el caso.

La otra circunstancia es que el pago conste de la misma escritura de adquisición, para impedir que los sucesivos compradores ignoren que el precio no se ha pagado, y que mientras el bien se transmita, debiendo todo ó parte del precio, el primer vendedor conserva su privilegio. Así es que la escritura pública separada en que se hiciera constar que fulano había dado el dinero para el pago del precio, no le conservaría el privilegio, y la cosa pasaría como si la hubiera pagado con su propio dinero; de modo que el comprador no podría crearle un privilegio por su propia voluntad, y concurriría con los acreedores quirografarios, sin privilegio alguno.

Algunos autores suponen que tratándose de la deuda del comprador, *al mismo tiempo vendedor*, ha debido por lo menos exigirse en el art. 3924, que la deuda constase por escritura pública, para evitar en lo posible los fraudes consignantes, ya que no se exigió la inscripción del privilegio; no comprendemos la observación, porque tratándose de una

que por una escritura pública anterior se hiciera el préstamo con el objeto de adquirir el inmueble y después de comprado se hiciera constar que había sido con ese dinero, no se encontraría en las condiciones de ejercer el privilegio, que únicamente se acuerda al que lo hace constar en la escritura misma de adquisición.

Los arquitectos, empresarios, albañiles y otros obreros que han sido empleados por el propietario para edificar, reconstruir, ó reparar los edificios, ú otras obras, gozan por las sumas que les son debidas de privilegio sobre el valor del inmueble en que sus trabajos han sido ejecutados. Los sub-empresarios y los obreros empleados, no por el propietario, sino por el empresario que ha contratado con ellos, no gozan de este privilegio (art. 3931), pero pueden ha-

sola venta, no alcanzamos como el comprador pueda ser vendedor al mismo tiempo, para lo que sería necesario que el comprador hubiera vendido á su vez el mismo inmueble. En cuanto á que el art. 3924, no haya exigido la escritura pública para ejercer el privilegio sobre el precio, la observación no es justa; porque no hay venta de inmuebles sino mediante escritura pública, seguida de la tradición de la cosa; así es, que el privilegio sobre el precio debido, debe constar necesariamente de la escritura. — Comp., las citas de la nota y á TROPLONG, I, 227.—Véanse arts. 768, n° 3, 771, 3877, 3924 y 3925.

(Art. 3931.) Para estudiar este artículo, restituyéndolo á sus términos precisos, es necesario que nos demos cuenta de su filiación. Como lo indica la nota del Dr. Velez Sarsfield, ha sido el art. 2103, n° 4, del Cód. Francés, tomando al pie de la letra la redacción de Aubry y Rau, § 263, texto á las notas 29 y 30. El art. 2103, dice: «los arquitectos, empresarios, albañiles y otros obreros empleados para edificar, reconstruir ó reparar los edificios, *canales* ú otras obras cualesquiera, etc.»; mientras Aubry y Rau, l. c., agregan á la expresión de «obreros empleados», la de empleados *por el propietario*, cuya redacción ha seguido el artículo, pero suprimiendo la palabra *canales*. Así, pues, el artículo habla de obreros empleados por el *propietario* para edificar, reconstruir ó re-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3927.—Aubry y Rau, § 23.—Persil, sobre el art. 2103.—Pont, desde el n° 221.—Zachariae, § 743, n° 2.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3927.—Para que proceda la inhibición de enajenación del inmueble comprado con dinero ajeno, es necesario que esta circunstancia conste en la escritura de adquisición. — Jur. Civ., IX, §0. Ser. 2°.

cerse autorizar por la justicia para ejercer los derechos de su deudor, y en ese caso podrán demandar el crédito con el privilegio que tenía su deudor, cuyos derechos ejercen.

parar los edificios ú otras obras», y no los canales ú otras obras, como dice el Cód. Napoleón. Veamos lo que dice Pont, n° 210, citado en la nota, á fin de dar al artículo que estudiamos la única interpretación razonable que corresponde á las palabras que emplea. Dico Pont: «la ley nos dice, que los acreedores privilegiados sobre los inmuebles son los arquitectos, empresarios, albañiles y otros obreros empleados para edificar, reconstruir ó reparar edificios, canales ú otras obras cualquiera.....» Por generales que sean estas expresiones, son doblemente restrictivas. Por una parte es cuestión de *edificar*, de *reconstruir* y de *reparar*, y por eso se ve que el pensamiento del legislador se ha parado, no en todos los trabajos que pueden ser hechos sobre un inmueble, sino solamente en aquellos que de cerca ó de lejos se refieran á la construcción, á la reconstrucción ó á la reparación de los edificios. Es cierto, sin embargo, que el favor del privilegio debería concederse á los grandes trabajos de la agricultura, como el desmonte de los terrenos, plantaciones y á todos los trabajos que no son menos dignos, que las obras de construcción, de la protección de la ley. Pero es necesario decir que esta protección les sería asegurada, si la ley se hubiera redactado en los términos en que parece fué adoptada. Porque los procesos verbales de la discusión nos dicen, que una enmienda de Mr. Cretel, pidiendo que se extendiese el n° 4, de nuestro artículo, «á toda especie de construcción y particularmente á la de los canales, Mr. Treilliard, respondió, que aceptaba la enmienda y propuso agregar, los canales, diques, disecamiento de pantanos y otras obras»; pero la palabra disecamiento no está en el artículo, y no podemos ponerla.

Ahora bien, nuestro artículo difiere del francés, en que los trabajos deben ser hechos por el propietario, mientras en aquel Código no se exige tal condición; en que el nuestro sólo habla de edificar, de construir ó reparar edificios, y aquel habla de *canales*; que, finalmente, el nuestro se refiere á edificios ú otras obras, mientras el francés, después de hablar de edificios y canales, agrega: *á cualquier otra obra*. Teniendo presente estas diferencias tan importantes, se preguntará: ¿se comprenderán igualmente los canales, diques, calzadas, desmontes, desagües y plantaciones? El Dr. Segovia cree se deben comprender los canales, diques y calzadas; pero no los demás. El Dr. Llerena, á su vez, opina, que la expresión *otras obras*, comprende canales, diques, alambrados, etc.; pero ninguno de estos autores funda esta corrección ó agregado que es tan fundamental.

Cuando una persona ha prestado dinero al propietario para pagar á los empresarios ó arquitectos, la ley le concede una sub-

teniendo en cuenta los antecedentes que acabamos de exponer, rechazo ambas opiniones: 1º, porque nuestro artículo habla de edificar, reconstruir ó reparar edificios, habiendo suprimido la palabra canales, del Cód. Francés; 2º, porque la palabra *obras obras* no puede aplicarse sino á las análogas de las que viene hablando, y si la extendiésemos, como lo pretenden los autores citados, á los canales, diques y calzadas, que no son edificios, ni reconstrucciones, ni reparaciones de éstos, con igual razón se comprenderían los desagües y plantaciones; pues sino son construcciones como aquellos, ni unos ni otros se pueden reputar edificaciones; 3º, porque se trata de privilegios; es decir, de un derecho excepcional, y deben restringirse á los términos expresos de que el legislador se ha servido, sin que al juez ni al comentador les sea dado el aplicar por analogía á otras obras; 4º, porque si se comprendieran los canales, que el artículo ha borrado ó suprimido expresamente, debería, con más razón, concederse el privilegio á los trabajos de disecación ó saneamiento de los terrenos, que se hacen construyendo zanjas de desagües ó rellenando y cegando los pantanos, y haciendo desaparecer las enfermedades epidémicas que engendran y mantienen; 5º, finalmente, que cualquier trabajo que no importe una edificación, reconstrucción ó reparación de edificios ú otros trabajos de esta especie, están fuera del privilegio, teniendo presente que en esta parte la legislación francesa, ni los comentadores de esta nación, nos pueden servir de guía, sino en aquella parte que la nuestra ha adoptado. Por más que sería conveniente, como lo hace notar con razón el Dr. Llerena, el extender el privilegio á los trabajos de la agricultura, como plantaciones, construcción de acequias, desagües, disecamiento de pantanos, etc.; mientras el artículo no se reforme, no habrá justicia en aplicarlo á otras cosas que á la edificación ó á la reparación y reconstrucción de edificios y otras obras semejantes, no *obras cualquiera*, como lo dice el Cód. Napoleón.

Determinado, según la tesis que sostengo, el privilegio de los arquitectos, empresarios y albañiles, vengamos ahora á fijar el rango que debe ocupar cualquiera de ellos, cuando concurren con el vendedor por el precio debido, ó con el copartícipe ó donante. El Dr. Segovia cree que los obreros no son pagados sino hasta la concurrencia de la estimación de la obra; en lo que estoy conforme tratándose de las construcciones hechas sobre un terreno vacío, porque así lo establece el art. 3917; pero no sería aplicable al caso de venta de una casa que se hubiese reconstruido ó reparado. ¿Por qué sería entonces proferido al vendedor?

rogación especial, aunque no han tratado directamente con ellos, siempre que llenaren ciertas condiciones indispensables; así, dice

Porque el art. 3916 dice expresamente, que los *obreros* que han construido ó reparado una casa, y los individuos que han suministrado los materiales, son preferidos al vendedor por el precio; pero ese artículo habla de *obreros*, no de empresarios y arquitectos, y no sería de buena interpretación extender el privilegio á otras personas que á las comprendidas expresamente en el artículo; por eso soy de opinión que los arquitectos y empresarios no serían preferidos al vendedor, pues por el art. 3916, sólo se prefieren al vendedor, por el precio no pagado, los créditos siguientes: 1º, el hipotecario; 2º, los gastos de justicia para la venta de la cosa; 3º, los gastos funerarios; 4º, los obreros que han construido ó reparado la casa y los que suministraron materiales; 5º, el vendedor, por el precio no pagado, mientras la casa permanezca en poder del deudor; 6º, los albañiles y otros obreros.

Los empresarios no son los obreros, y cuando éstos han sido empleados por los sub-empresarios y no por el propietario, no tienen privilegio, porque el legislador sólo concede prelación á los obreros empleados por el propietario, y cuando son arquitectos y empresarios gozan también de privilegio, pero no son preferidos al vendedor por el precio no pagado.

Como lo hemos demostrado en diversos lugares, el privilegio no constituye un derecho real, porque no sigue á la cosa, y desaparece cuando ésta ha salido de poder del deudor. En el caso de revocación de la donación, no es en virtud del privilegio que la cosa vuelve al donante por falta de cumplimiento de los cargos, sino por un derecho expreso.

El privilegio de los empresarios ó arquitectos se ejerce sobre todo el valor del inmueble, como lo dice el artículo, y no en la medida del mayor valor existente, porque la ley concede la prelación á lo gastado en la construcción ó refacción, sin tener en cuenta el mayor valor de la cosa.

Algunos sostienen que los arquitectos ocupan el 5º lugar entre los créditos privilegiados sobre los *muebles*, lo que juzgo un error, porque no tienen tal privilegio sino sobre los inmuebles, pues no existe disposición alguna que así lo establezca, y no se puede aplicar el art. 3915, en que se autoriza á los que tienen privilegios generales sobre los muebles para ejercerlo sobre los inmuebles, cuando no alcanzaren á cubrirse con éstos. Incurren en el mismo error, cuando señalan el 3º lugar á los gastos de conservación del art. 3901, que sólo tienen privilegio sobre los muebles, y que si bien los acreedores con privilegio general,

el **art. 3932**: *las personas que han prestado dinero para pagar á los arquitectos, empresarios ú obreros, gozan del mismo privile-*

están autorizados para ejercerlo sobre los inmuebles, cuando no alcanzaren á pagarse, el conservador no goza de ese derecho porque no tiene privilegio general, sino especial, y le es aplicable el art. 3921, como lo explicamos en el comentario á dicho artículo. Los arquitectos ocupan el 6º lugar, como lo hemos demostrado.

Para concluir, confirmando la tesis que sostengo de que el artículo sólo debe aplicarse á las construcciones ó refacciones de edificios, transcribo la ley 1, tít. 2, lib. 20, Dig., donde dice Papiniano: «el senado consulto dictado bajo el reino del Emperador Marco Aurelio, que acuerda á un acreedor hipoteca sobre una casa para cuya reconstrucción ha prestado dinero, debe ser extendido también al encargado por el propietario que habrá pagado al arquitecto». Era un favor acordado exclusivamente para proteger un interés público: *interest reipublice ne urbes ruinis deformetur*. De modo que la hipoteca tácita de los romanos, que nuestro Código ha transformado en privilegio, era para la reconstrucción de los edificios arruinados, y el Dr. Velez-Sarsfield lo ha extendido, con razón, á la construcción de edificios, porque en un país nuevo era necesario promover la edificación.— Véanse arts. 1645, 3916 y 3917.

(**Art. 3932.**) El Código establece una subrogación legal en favor del que ha empleado su dinero en pagar á los arquitectos, empresarios ú obreros que han edificado, reconstruido ó reparado un edificio, siempre que ese dinero se haya dado al propietario para realizar esos pagos, ó lo hayan hecho con su consentimiento; igual cosa sucedería cuando los arquitectos, empresarios ú obreros que han sido pagados, lo hubieran subrogado en sus derechos, aún ignorándolo el deudor. Cuando los acreedores fueran pagados contra la voluntad del deudor, y no lo hubieren subrogado expresamente en sus derechos, si no tiene interés alguno, no tendría privilegio, porque ni sería un gestor de negocios, desde que el interesado se opone, y sólo podría deducir la acción de *in rem verso*, por lo que el pago fuera útil al deudor.

Para que la subrogación legal tenga efecto según el artículo, es necesario que el individuo haya prestado el dinero para hacer esos pagos, y el deudor los hubiera verificado, constando así del instrumento mismo y por los recibos de los acreedores. Hay una observación seria que

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3931.—Mourlon, *Examen critico*, n° 175.—Martou, desde el n° 590.—Aubry y Rau, § 263, n° 4.—Zachariae, § 793, n° 4.—Persil, sobre el art. 2108.—Pont, desde el n° 210.

gía que éstos, siempre que conste el empleo del dinero prestado por el acto del empréstito, y por los recibos de los acreedores primiti-

poner á este artículo, que no determina la forma auténtica para hacer constar estas circunstancias, de modo que el propietario y el prestamista, de común acuerdo, pueden crearse un privilegio por medio de un instrumento privado, transformando así la acreencia quirografaria y común, en una privilegiada; habría sido conveniente exigir la escritura pública donde constase el préstamo y el pago; pero tal como está redactado el artículo, se prestará al fraude indicado.

Entiéndase que el privilegio concedido al prestamista es únicamente por las sumas pagadas á los arquitectos, empresarios y obreros, y no por los intereses devengados, porque ni los acreedores originarios pueden ejercerlo en esa extensión. El privilegio es de derecho estricto y sólo puede alegarse en los casos expresamente acordados; así, el art. 3925 lo concede al vendedor por el precio debido y los intereses de un año; el art. 3936 lo acuerda al hipotecario por el capital y los intereses debidos de dos años; pero en parte alguna se concede prolación á los obreros por los intereses de las sumas que les sean debidas.

El privilegio concedido á los que prestaron el dinero para el pago de los arquitectos, empresarios, etc., que es una subrogación legal del que éstos poseen, no puede extenderse más allá del que tienen los acreedores originarios, y se ejerce sobre el valor del inmueble en que se hicieron los trabajos. Si el prestamista hubiera pagado á los empresarios con la intervención del propietario, el capital y los intereses estipulados, sólo podría cobrar con preferencia el importe de los trabajos pagados; porque ni el propietario, ni el acreedor, ni el prestamista rennidos, pueden crear privilegio. Así, cuando el prestamista ejecutare al deudor en concurrencia con otros acreedores quirografarios, y resultare de los recibos exhibidos que había abonado el importe de los trabajos y los intereses estipulados con el propietario, sólo tendría privilegio por lo que importaron los trabajos; del mismo modo, sólo tendría privilegio por el capital prestado, aunque al hacer el préstamo para el pago se hubieran estipulado intereses, por éstos entraría con los acreedores comunes.

Cuando el pago de los trabajos se hubiera hecho privadamente, so exhibirán los recibos; no así cuando todo constase de escritura pública.

En la legislación francesa, no hay privilegio sin inscripción en los registros, procedimiento que tal vez sería preferible seguir, y que será necesario implantar cuando se corrija nuestra ley civil; de ahí es que Aubry y Rau, § 263, n° 5, de donde ha sido tomado nuestro

vos, y para evitar dificultades convendría se hiciera constar el préstamo, y su objeto, por escritura pública.

Los que han suministrado los materiales necesarios para la construcción ó reparación de un edificio, ú otra obra que el propietario ha hecho construir, ó reparar con esos materiales, tienen privilegio sobre el edificio, ó sobre la obra que ha sido construida ó reparada (art. 3933); porque con su dinero han aumentado el

artículo, dicen, siguiendo la redacción del art. 2103, n° 5, Cód. Francés: «los terceros que han prestado dinero para pagar á los arquitectos, empresarios ú obreros, gozan del mismo privilegio que estos últimos, bajo la doble condición que este privilegio se encuentre regularmente establecido, y que por otra parte, el destino y empleo de los dineros prestados sea auténticamente probado por el acto del empréstito y por los recibos de los acreedores primitivos».

Téngase presente el doble peligro que existe en la presentación de recibos bajo forma privada, que pueden crearse á voluntad, y á los que no se les podría aplicar el art. 1035, respecto á la fecha cierta, porque sólo la tendrían desde su presentación en juicio, lo que no sucede en este caso. — Comp. los autores citados en la nota. — Véanse arts. 768, 770, 1458, 1459, 3877, 3916, 3918 y 3927.

(Art. 3933.) Se trata del privilegio que tienen los que suministraron los materiales para la construcción ó reparación de un edificio, y es necesario tener presente que éstos no están comprendidos en el caso del art. 3917, cuando concurren los obreros con el vendedor del terreno vacío; pero lo están en el del art. 3916, y por consiguiente dividirán el valor de la obra cobrando su crédito de lo que ésta importe, y el vendedor del terreno y edificio por el precio no pagado, ejercerá su privilegio sobre el valor de éste, dejando para el que suministró los materiales y los que trabajaron en la obra, que ejerzan el suyo sobre el valor de ésta. Así, por ejemplo, si vendió el terreno y la casa por cuarenta mil pesos, que no se le han pagado, y el comprador hizo construir nuevas piezas debiendo diez mil pesos al que suministró los materiales, éste debería quedar sin privilegio; pero creo que se aplicará el art. 3917,

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3932.—Mourlon, n° 168.—Aubry y Rau, § 2º3, n° 5.—Troplong, *Privil.*, n° 243.—Zachariæ, § 7º3, n° 5.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3932.—El préstamo destinado á la construcción de un buque, no goza del privilegio especial, sino se comprueba su inversión con el recibo de los acreedores primitivos.—Jur. Com., III, 200, Ser. 1º.

patrimonio del deudor, convirtiendo ruínas en edificios útiles y de valor, que benefician á la comunidad.

aunque parece referirse á un terreno vacío; porque es evidente que sin la nueva edificación, la casa habría valido menos, y el vendedor no tiene derecho para enriquecerse en perjuicio ajeno; por eso creo se debe hacer la proporción entre el valor de la obra con los aumentos ejecutados y el que tenía antes de hacerlos, y pagarse proporcionalmente.

El artículo se refiere á la obra que el propietario ha hecho construir, como lo establece el Cód. de Luisiana, art. 3216, n° 3, y no hay razón para venir á hablar del *dueño de la obra*, distinguiéndolo del propietario. ¿Por qué iríamos á preguntar quién es el dueño de la obra, cuando el artículo dice: los que han suministrado los materiales para la construcción... de la obra que el propietario ha hecho construir? Dueño de la obra no es sinónimo de propietario, porque puede ser dueño de ésta el empresario; pero no nos interesa averiguarlo; basta saber que para gozar del privilegio se necesita suministrar los materiales al propietario. Si es empresario y le suministran á él los materiales, ejercerá su privilegio de empresario ó arquitecto; si fuera concursado y el propietario le debiera, el que suministró los materiales como cualquier otro acreedor, podrá hacerse autorizar para ejercer los derechos de su deudor con los privilegios que éste tenía.

El artículo restringe el privilegio al edificio construido, y únicamente por el importe de los materiales empleados en él, sin que se extienda al terreno ó á los otros edificios existentes cuando se hicieron las nuevas construcciones. Lo mismo sucede en caso de reparaciones.

Pero puede ocurrir una hipótesis que conviene estudiar, porque será frecuente en estos tiempos de transformación incesante, en que los edificios quedan antiguos, por no haberse consultado los adelantos de la higiene. Supóngase que se vende una casa por veinte mil pesos y el comprador, que debe el precio, procede á su demolición y edifica una nueva con materiales suministrados por valor de diez mil pesos. El comprador es concursado y se vende la casa en veinticuatro mil pesos, concurriendo el vendedor por sus veinte mil del precio y el que suministró los materiales por sus diez mil, ¿cómo deben dividirse ejerciendo ambos su privilegio? El art. 3916, los hace concurrir en la misma línea; pero como el presente reduce el privilegio del que suministró los materiales á la construcción, y el art. 3917 establece que, cuando no alcanzaren á cubrirse los créditos del vendedor y de los obreros se pagarán en proporción de la estimación hecha del terreno y del edificio, parece que debería seguirse esta regla; sin embargo, como ese artículo habla de terreno

§ 1068. — DE LOS HIPOTECARIOS

Los artículos que vamos á estudiar se pueden considerar como dispersos, porque no ocupan el lugar que debieran tener. La hi-

vacío y de la edificación hecha en él; como sólo se refiere á la concurrencia del vendedor y de los obreros, sin comprender al que suministró los materiales, no sería de estricta aplicación; no obstante, me inclino á creer que se debe aplicar el art. 3916, entrando en la misma línea y cobrándose proporcionalmente. Así, en el caso propuesto, los veinte mil pesos se dividirían tomando el vendedor 16.000 pesos y 8.000 el que suministró los materiales.

Algunos sostienen que: respecto á los acreedores del empresario, (el dueño de los materiales comprados por el empresario), tendrá el privilegio del vendedor, acordado por el art. 3893, en la parte que deba el dueño al empresario; proposición inexacta, porque el privilegio del vendedor del art. 3893, no se puede ejercer sino mientras la cosa se encuentra en poder del comprador, y es de toda evidencia que estando los materiales en la obra que pertenece al propietario, no están en poder del empresario; eso por una parte, y por la otra, que cualquiera de los acreedores del empresario concursado, autorizados por la justicia, ó el síndico en su caso, cobrarán lo que se debe á su deudor ejerciendo su privilegio.

También suponen algunos que, «el dueño de la obra sea uno, y otro el del material, en tal caso, dicen, rige el art. 2591; el dueño de los materiales cobrará del dueño de la obra con el mismo privilegio que el dueño de ella tenga por la obra respecto á los acreedores del dueño del terreno, y como vendedor respecto á los acreedores del dueño de la obra»; lo que considero equivocado, porque el art. 2591, se aplica á los modos de adquirir el dominio de la cosa, y nada tiene que ver con los privilegios; se vuelve á incurrir en el error notado anteriormente, de que tiene el privilegio del vendedor respecto á los acreedores del dueño de la obra, como si los materiales suministrados se encontrasen en poder del comprador, y no estuvieran incorporados al edificio que no le pertenece.

El Dr. Segovia, al estudiar este artículo, dice: «este privilegio se ejerce sobre el valor de la obra; pero si concurre con los créditos del vendedor, donante ó copartícipe ó con el acreedor hipotecario, parece que se observará por vía de analogía la disposición del art. 3919 (3917); es decir, que estos últimos créditos se cobrarán preferentemente sobre el

poteca no es en realidad un privilegio, porque es un derecho real que va escrito en la cosa y la sigue en poder de cualquier poseedor, mientras el privilegio sólo se ejerce cuando ésta se halla en poder del deudor, y sólo por excepción, cuando el derecho va escrito en el mismo título de transmisión, pasa al nuevo adquirente, como sucede en los casos de haberse prestado dinero para la compra del inmueble, ó cuando se ha hecho una donación con cargas, en que contando en el título, pasa la obligación al adquirente. Por lo demás, como lo hemos sostenido en diversos lugares de esta obra, el privilegio es exclusivamente personal, tomando su origen en la causa que ha producido la obligación. Así, pues, cuando el

valor del inmueble vendido, aunque las construcciones hayan sido posteriores á la venta, donación ó partición». Es un error á mi juicio, pues, tal opinión es contraria al texto expreso del art. 3916, que coloca en la misma categoría al vendedor y al que suministra los materiales, y concede privilegio sobre ellos al hipotecario; además, no hay razón alguna para que el donante goce de privilegio sobre el que suministró los materiales para la construcción posterior á sus créditos, porque se le autorizaría á enriquecerse á costa de un tercero, que ha contribuido con su dinero á aumentar el valor de la cosa. En cuanto al copartícipe que concurre con el que suministró los materiales sobre la misma cosa que le fué adjudicada, por la garantía, no tendría privilegio sobre éste, porque cada uno lo ejercería como se ha dicho; el que suministró los materiales sobre el valor de la obra, y el que pide la garantía sobre el valor restante del bien raíz.

Se debe tener presente, que en derecho francés, el privilegio debe inscribirse para que perjudique á terceros, como sucede con la hipoteca entre nosotros; pero por nuestro Código no existe tal inscripción, y por consiguiente, aunque la hipoteca sea posterior al privilegio, tiene prelación, y se equivocan seguramente los que sostienen la necesidad de que la hipoteca sea registrada antes del privilegio del vendedor, fundándose en el art. 3916; porque como lo demostré en el comentario á dicho artículo, el acreedor hipotecario que ha registrado su hipoteca es preferido en todos los casos al vendedor, al obrero y al que suministró los materiales. — Véanse arts. 1645, 2588, 2591, 3916 á 3918.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3933.—Los edificios construidos en terreno ajeno, con conocimiento y aquiescencia de su propietario, responden siempre por el precio de construcción, cualquiera que fuese el motivo en que se funde la rescisión del contrato.—Jur. Com., 1, 120, Ser. 4°.

art. 3934, dice: *los hipotecarios son preferidos sobre los bienes gravados con la hipoteca. El privilegio se cuenta desde el día en*

(**Art. 3934.**) La hipoteca, tal como se encuentra organizada por el Código, responde, por el momento, á las necesidades de la época presente, aunque será necesario introducir algunas reformas al sistema hipotecario, teniendo en cuenta nuestras costumbres y el papel que desempeña actualmente en nuestro desenvolvimiento agrícola, industrial y comercial.

Se debe atender á estos dos intereses: al beneficio del que recibe en préstamo dando la garantía hipotecaria, y la garantía y seguridad del prestamista para facilitar el préstamo; así, pues, si coordinamos esos dos intereses, se necesita dar preferencia á la hipoteca sobre cualquier otro crédito, y eso es lo que ha hecho nuestro Código, acordando al hipotecario privilegio sobre el vendedor á quien se le debo el precio, sobre el obrero que ha trabajado en la casa y sobre el que ha suministrado los materiales. El acreedor hipotecario que ha registrado su hipoteca dentro de los términos correspondientes, puede estar seguro de que ningún otro acreedor le será preferido. Pero el artículo contiene una expresión equívoca que es necesario explicar, cuando dice: «el privilegio se cuenta desde el día que se tomó razón de la hipoteca», y debe entenderse que se refiere al caso del art. 3150, cuando no se registró dentro de los seis días, pues sólo perjudica á terceros desde su registro; pero si lo fué dentro de ese término tendrá efecto desde su otorgamiento, según el art. 3149.

Algunos ponen en duda que la hipoteca deje sin efecto los privilegios nacidos con anterioridad; pero se les podría preguntar, ¿qué disposición del Código puede suscitar esa duda? El art. 3916, es terminante con relación al privilegio del vendedor, del obrero y del que suministró los materiales; sólo quedan los donantes, arquitectos, empresarios, los que prestaron el dinero para pagarlos y los copartícipes por la garantía. ¿Tienen estos acreedores privilegio sobre la hipoteca, por ser privilegios á ella? Pero entonces habríamos vuelto á la hipoteca tácita que el Código ha abolido! ¿Y como conciliar esa opinión con el texto expreso de este artículo, que dice: los hipotecarios son preferidos sobre los bienes gravados con la hipoteca? Sería necesario declarar que el privilegio es un derecho que grava la cosa, y se ejerce contra cualquier adquirente. ¡Qué semillero de pleitos nacerían de esta duda! No habría hipoteca que resistiera á la prueba de los privilegiados, que á nombre de los arquitectos, empresarios, etc., vendrían á reclamar preferencia! No!, no hay disposición alguna que pueda poner en cuestión la preferencia de la hi-

que se tomó razón de la hipoteca. Las inscripciones del mismo día concurren á prorrata; pero como lo dijimos en el comentario, es

poteca que crea un derecho real, y se ejerce sobre cualquier adquirente, y es en virtud de esta seguridad que el prestamista no trepida al presente en dar su dinero, habiendo desaparecido los privilegios fiscales que antes tenían los bancos de Estado.

La última parte del artículo, suscita dudas y cuestiones que es necesario estudiar. En efecto, el art. 3141 ordena, que cuando el escribano, originario de la obligación hipotecaria, remitiese el instrumento que contiene la hipoteca, para que se tome razón, el oficial anotador debe hacerlo en el término de 24 horas, y declara sin efecto alguno la toma de razón de la hipoteca, sobre el mismo inmueble, hecha en el tiempo intermedio de las 24 horas; pero, ¿cómo armonizar, entonces, esta disposición con la del presente artículo, que hace concurrir á prorrata á las inscritas en el mismo día? El caso es el siguiente: el deudor, usando de dolo, ha hipotecado al mismo tiempo, ante dos escribanos diferentes, el mismo inmueble, lo que puede suceder cuando las hipotecas se hacen simultáneamente, y cada uno de los escribanos envía el título para inscribirlo, ¿qué hace el anotador, y como los inscribe, si los dos han llegado al mismo tiempo? No es el caso del art. 3141, porque éste no supone simultaneidad, y por el contrario, legisla el caso en que se haya pedido la inscripción dentro de las 24 horas de presentada la primera, partiendo de la hipótesis de que existe en poder del anotador una escritura para la toma de razón. En ese caso no legislado, el anotador debe inscribir ambas hipotecas, especificando que le han sido presentadas *al mismo tiempo*, y cada una de ellas concurrirá á prorrata. Pero si en la Capital Federal, en el mismo día, es decir, dentro de las 24 horas de la primera, se le presentare una segunda hipoteca sobre el mismo inmueble, tomará razón de ella, cumpliendo con su deber, y hará constar la hora en que cada una se ha presentado, y tendrá prelación la primera, con arreglo al art. 241 de la ley de 1886, sobre Organización de los Tribunales; pero otra cosa sucederá en lo demás de la nación, pues rige para ella el art. 3141. Así, pues, aplicando ese artículo del Código, el anotador no podrá tomar razón dentro de las 24 horas, y si lo hiciera no perjudicará al primer hipotecario en el caso de ese artículo. ¿Pero qué aplicación tiene entonces el presente artículo, que hace concurrir á prorrata las inscripciones del mismo día? Si el anotador no puede hacer inscripciones en el mismo día, ¿cómo podrían concurrir entonces?

Propongamos diversas hipótesis para demostrar que puede y debe haber inscripciones en el mismo día, y que las prohibidas por el art. 3141,

necesario armonizar la última parte del artículo, con los arts. 3136 y 3141, que parecen estar en contradicción.

sólo están restringidas á un caso especial; en esta hipótesis no comprendemos á las otorgadas en la Capital Federal. En efecto, el art. 3141, dice, cuando el escribano, después de otorgar la escritura, la mandara para la toma de razón dentro del tiempo concedido por la ley para que la hipoteca tenga su efecto desde el otorgamiento; en ese caso la ley prohíbe al anotador hacer otra inscripción dentro de las 24 horas en que se le presentó la primera hipoteca, debiendo tomar razón al día siguiente, expresando que le fué enviada el día anterior á tal hora, cuando tenía en su poder otra escritura hipotecaria sobre el mismo inmueble para tomar razón de ella. Pero supongamos que se trata de hipotecarios que han dejado vencer el término, y en que las hipotecas sólo producen su efecto desde el día de la inscripción, y se presentan para la toma de razón en el mismo día, en ese caso debe anotar á ambas, expresando si se presentaron al mismo tiempo ó una después de otra, el día y la hora en que esto tuvo lugar. En el primer caso, concurrirán á prorrata lo mismo que en el segundo, con esta diferencia: que estando dispuesto por el art. 241, de la ley de Organización de los Tribunales de la Capital, año de 1886, que la primera en tiempo, ocupará el primer rango, será preferida; pero no así en las demás Provincias de la Nación, porque se aplicará el presente artículo que las hace concurrir á prorrata. Debemos, pues, concluir, que el anotador debe registrar las hipotecas que se le presentaren en el mismo día, siempre que éstas debieran producir su efecto desde que fueron registradas, art. 3150; pero cuando estuvieran destinadas á producir efecto desde el día del otorgamiento, art. 3149, sería el caso de cumplir con lo estatuido en el art. 3141, y no debe registrarlas dentro de las 24 horas de presentada la primera. Recordaremos la disposición del art. 3136, en que la prioridad del registro no tiene lugar, aunque se hubiera anotado primero, cuando el segundo hipotecario sabía que el inmueble estaba hipotecado.

La prueba de que esa es la inteligencia que debe darse al artículo, es la expresión: «desde el día que se tomó razón», dando á entender que se trata de hipotecas que no producen su efecto desde el otorgamiento.

Y aquí conviene repetir, para fijar las ideas, ya que se han suscitado dudas respecto á la prelación de la hipoteca, que ninguno de los privilegios concedidos por este título pueden tener prelación sobre la hipoteca registrada, que por consiguiente ofrece una seguridad completa. Si el inmueble ha sido dado en anticresis, para que produzca su efecto el derecho real, es necesario que esté registrado, si no lo estuviere, no

Debemos manifestar en este lugar, que el derecho real conferido por la hipoteca, que pasa gravando la cosa á cualquier poseedor, no es preferido por privilegio alguno, así es que el hipotecario no está obligado, como el acreedor pignoraticio, á soportar la preferencia de los gastos funerarios y los de última enfermedad del deudor.

Como la hipoteca termina á los diez años de su constitución, y el acreedor tiene derecho á renovar la inscripción, se da la forma en que se debe hacer; así, dice el **art. 3935: la inscripción será preferido á la hipoteca registrada.** — Comp. LAURENT, XXX, 161. — Véanse arts. 1466, 3108, 3136, 3141, 3149 y 3150.

(**Art. 3935.**) Es de notarse que desde el art. 3934 hasta el art. 3938, se habla de la hipoteca, cuando son disposiciones que debieran figurar en aquel título y que parecen encontrarse en éste, como dispersas, porque la hipoteca es un derecho real que va escrito en la cosa, mientras el privilegio es personal, pues el legislador acuerda preferencia sobre determinadas cosas, mientras permanezcan en poder del deudor.

La nota al art. 3878, y los cinco artículos que estudiamos, sugieren la idea de que el Dr. Velez-Sarsfield pensó adoptar el sistema del Código Francés, de hacer del privilegio sobre inmuebles un derecho real por medio de la inscripción en el registro de hipotecas, cambiando después de opinión en el cap. III, siguiendo el sistema mixto que tantos inconvenientes trae consigo; pero olvidando el registro como lo aconsejan los comentaristas franceses.

En efecto, en el art. 3151 nos habló de la hipoteca que conserva los derechos del acreedor durante diez años, «si antes no ha sido renovada», y en dicho título debía decirnos, cómo se operaría la renovación para que continuase ofreciendo la garantía y explicar igualmente en el art. 3111 hasta donde alcanza la garantía hipotecaria por los intereses, costos y gastos, así como el modo de obrar de los acreedores hipotecarios en caso de concurso; todo esto, que correspondía naturalmente á la hipoteca, viene á legislarse en los privilegios.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3934.—Véase el Título *De la hipoteca.*

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—*Aplicación del art. 3934.*—El acreedor hipotecario que ha comprado en remate judicial el inmueble hipotecado, no está obligado á oír el precio.—Jur. Civ., XII, 52, Ser. 4^a.

Véase fallo al art. 1870.—Jur. Civ., XI, 109, Ser. 4^a.

Antes del levantamiento del auto de concurso civil, no puede entregarse suma alguna á un acreedor quirografario, aún cuando esa sea una base del convenio para consentir dicho levantamiento.—Jur. Civ., XI, 109, Ser. 4^a.

renovada no valdría sino como inscripción primera, si no contiene la indicación precisa de la inscripción renovada; pero no es necesario que se refieran las inscripciones precedentes; porque esas son

¿Cómo debe renovarse la inscripción? ¿Quién tiene derecho para pedirla y á quien debe demandarse? Todo esto queda á la doctrina y á la jurisprudencia, cuando habría sido mejor indicarlo en el mismo artículo, salvando así todos los inconvenientes.

Comenzaremos por establecer la similitud que existe entre la hipoteca que recién se constituye y la que se renueva para impedir la extinción; porque sin la renovación la hipoteca se extingue *ipso jure* por el transcurso de los diez años, y la voluntad de las partes es impotente para prolongarla un día más, sino por medio de la renovación de la inscripción, que es una nueva escritura hipotecaria, pues tiene el poder de atribuir derechos que habrían quedado extinguidos. Pero la renovación de la inscripción tiene de característico, que puede hacerse sin el concurso del deudor, y aún contra su voluntad expresa, porque es un derecho acordado al acreedor para conservar la garantía. Así, pueden pedir la renovación: el acreedor hipotecario, su representante legítimo ó el que tenga interés en asegurar el derecho hipotecario. El representante legítimo puede ser el apoderado del acreedor, cesionario, heredero, tutor, curador ó síndico del acreedor, ó cuando éste fuere deudor, y el juez autorizare á su acreedor para ejercer sus derechos; ó el acreedor solidario en su caso que, obrando por sí, garante los derechos de su coacreedor. El art. 3140 es aplicable en este caso.

¿Á quién debe pedirse la renovación de la inscripción? ¿Es necesario demanda judicial, ó basta exigirla al anotador? Así como hemos admitido que el pedido de la toma de razón pueda hacerla el que trasmite ó adquiere el derecho, su representante ó el que tenga interés en asegurarlo, art. 3140, y el encargado del registro de hipotecas está obligado á tomar razón, del mismo modo dicho empleado debe hacer la nueva inscripción, asegurándose quo quien la demanda es uno de los interesados.

¿Deberá proceder en la misma forma señalada por el art. 3141, no admitiendo otra renovación dentro de las 24 horas de pedida la primera, ó hará la inscripción como lo ordena el art. 3934?

Me parece que deben estudiarse las diversas hipótesis. Si la hipoteca fué registrada dentro del término, conservando su prelación sobre la segunda otorgada después, deberá mantenerse en este rango, aunque la renovación de la segunda haya sido hecha antes, si es que la primera se encuentra dentro de los diez años y se renovó antes de vencerse el tér-

condiciones que deben llenarse so pena de nulidad, pues el legislador ha querido que el acreedor hipotecario manifestase su vo-

luntad. Si las hipotecas no se registraron sino después del término, cuando sólo tienen efecto contra terceros desde el momento de su inscripción, y fueran inscriptas en el mismo día como lo supone el art. 3934, concurrirán á prorrata, después de su renovación, sin tener en cuenta el tiempo de su inscripción, siempre que estén dentro del término. Ninguno de los hipotecarios puede cambiar, por propia autoridad, el rango que ocupan, lo que sucedería si consintiéramos en dar preferencia á la renovación primera. El anotador debe hacer la renovación en el mismo día, si ambas concurrieran; porque no es el caso del art. 3141; es el mismo derecho que nació al otorgamiento de la escritura, y que prolonga su acción por el ministerio de la ley, mediante la voluntad del acreedor de conservar la garantía.

¿Cómo debe hacerse la renovación? ¿Deberá *copiarse* la inscripción anterior, como lo enseñan algunos? El artículo sólo exige que la renovación contenga la *indicación precisa de la inscripción renovada*; de manera que no hay necesidad de copiar la inscripción; de cualquier modo que se indique á fin de que no pueda confundirse con otra obligación, será suficiente para que produzca efecto. Téngase presente que, no es la primera inscripción que llenará los requisitos exigidos por el art. 3139, pues en ella debe hacerse la relación de la escritura hipotecaria, aquí se trata de indicar de un modo seguro la inscripción que se renueva; así, valdría la renovación si el anotador dijera: se ha presentado el acreedor A, á renovar la inscripción de la hipoteca otorgada por B, en tal fecha, y que fué inscripta en el libro tal, folio cual, de tal día, mes y año, por la cantidad de tanto; en una palabra, que sea una indicación precisa de la inscripción que se renueva; pero como dice Martou, III, 1146, no habrá nulidad en caso de omisión de las enunciaciones exigidas por el art. 2148, Cód. Francés, semejante á nuestro art. 3139.

Se suscitan nuevas dudas respecto de la renovación de la inscripción. ¿Puede el acreedor renovar la inscripción después de vencido el plazo de los diez años? ¿Puede conservarse la hipoteca por más de veinte años, por sucesivas renovaciones de la inscripción, manteniendo viva la obligación personal? Respecto de la primera, algunos opinan que se puede hacer la inscripción después de vencidos los diez años, pues dicen: «así, la renovación no tendrá efecto respecto de los acreedores hipotecarios que estaban en segundo término, cuando la renovación se hace *después de vencido el término de diez años*; tampoco lo tendrá respecto de acreedores que hagan inscribir una hipoteca en el intermedio

luntad, de modo que no dejase la menor duda, y por eso ha exigido que se haga en una forma determinada.

de la conclusión de los diez años Pero respecto á otros acreedores embargantes, por ejemplo, tendrá efecto si se ha hecho inscribir dentro de los seis días siguientes al vencimiento de la hipoteca». En mi opinión, se cometen dos errores. El primero, en suponer que una hipoteca cuyo término de diez años se ha vencido, y que ha quedado extinguida *ministerio legis*, pueda volver á vivir, por decirlo así, por la sola voluntad del acreedor. En el art. 3151, tomo VIII, pág. 102, de esta obra, demostré, que la hipoteca extinguida no puede ser renovada, pues el adverbio *antes* de que se sirve el artículo no deja la menor duda, y en el sistema del Código, la hipoteca se extingue por el vencimiento de los diez años, sin que acontecimiento alguno venga á interrumpirlo, pues como lo decidió en Francia la Corte de Riom, en la sentencia de Abril 8 de 1843, y lo aprueban la mayor parte de los comentadores franceses, la ley obliga á renovar la inscripción *antes* de la expiración del término; así, dice Marton, III, 1141: «si el *dies ad quem* es un día feriado, la inscripción no sería útilmente renovada al día siguiente depende del acreedor el no esperar á esta expiración antes de obrar, y no corresponde á los tribunales acordar 24 horas de más, interpretando una disposición que no presenta ambigüedad alguna».

Por esas mismas razones se ha decidido por la Corte de Burdeos, que aún probando que los obstáculos de comunicación eran invencibles entre el domicilio del acreedor y la oficina del registro, no estaba dispensado del renovamiento de la hipoteca dentro del término.

Así, pues, la hipoteca cuyo término de diez años se ha vencido, no puede renovarse por el acreedor y deja de existir como garantía.

El otro error es que, según esa teoría, se concede *graciosamente* seis días después del vencimiento del término, para que pueda inscribirse en perjuicio de los acreedores embargantes del inmueble. Se constituye en juez ó en legislador, el que concede tan amplia y generosamente tales privilegios. Bástenos decir, que no hay disposición alguna que acuerde término para que la hipoteca subsista después de los diez años, y sólo por la renovación en el registro, antes de ese plazo, puede vivir como garantía.

Sobre la cuestión de si la hipoteca renovada por el acreedor conserva la obligación principal, equivaliendo á una interpelación judicial, creo necesario hacer una distinción: si la hipoteca, como garantía, ha sido otorgada por el mismo deudor, me decido por la afirmativa, siempre que la renovación de la hipoteca se haga con noticia ó intervención de éste,

En cuanto á la extensión de la garantía que confiere la hipoteca, es necesario tener presente lo dispuesto por el art. 3111,

é importase judicialmente una interrupción de la prescripción; pero no cuando la deuda estuviera prescripta. Por el contrario, cuando es un tercero quien se ha prestado á garantir la obligación con hipoteca, sin obligarse personalmente, su garantía no debe prolongarse indefinidamente contra su voluntad, y la inscripción renovada, en este caso, no le perjudicaría si no hubiera consentido; porque al prestarse á garantir hipotecariamente la acreencia, sabía que la hipoteca se extinguía á los diez años, y que su garantía era por ese término, sin que el acreedor, por su sola voluntad, pudiera hacerla subsistir veinte ó treinta, por sucesivas renovaciones de la inscripción. Es semejante al fiador que ha garantido una obligación por tal tiempo, en que pasado ese plazo, ha cesado su fianza, si no es renovada expresamente. Si la obligación principal estuviera prescripta, la hipoteca no subsistiría.

Para concluir con el estudio de este artículo debemos decir que, las renovaciones de la inscripción hacen conservar el mismo rango á los acreedores que la han pedido dentro del término, y sólo cuando la renovación no estuviera hecha en la forma determinada por este artículo y se declarase sin valor, tomaría el primer rango.

El artículo ha sido tomado del art. 90 de la ley belga y traducido literalmente, pero en una forma que lo hace un poco obscuro por las negaciones que contiene, sería más claro si dijera: «la inscripción renovada valdrá como inscripción primera sólo cuando contenga la indicación precisa de la inscripción renovada».

Al estudiar este artículo, puede servirnos de guía la legislación francesa, porque todos los autores admiten que la hipoteca no se puede renovar después de vencido el término de los diez años, art. 2154, aunque no existe en el Cód. Francés una disposición como la de nuestro art. 3197, que declara extinguida la hipoteca á los diez años, y el Dr. Velez-Sarsfield en la nota á ese artículo, dice: «no designamos la prescripción como medio de extinguir las hipotecas desde que señalamos sólo diez años al derecho hipotecario», sin recordar que por el art. 3151, autoriza la renovación antes del término, prolongándola indefinidamente.— Véanse arts. 803, 804, 3141, 3149, 3151 y 3197.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3935.—Martou, n° 1137.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3935.—Véase fallo al art. 3° 33.—Jur. Com., I, 120, Ser. 4°.

Véase fallo al art. 3° 34.—Jur. Civ., XII, 52, Ser. 4°.

para completarlo con el **art. 3936**, que dice: *la hipoteca garantiza á más del principal, los intereses ó rentas debidas de dos años,*

(**Art. 3936.**) Este artículo, como los tres anteriores, debieron figurar en el título de la *Hipoteca*, y no están bien en los privilegios, que son derechos personales y no deben confundirse con los reales. En efecto, el art. 3111 dice, que los costos y gastos, daños é intereses debidos por el deudor, participan de las seguridades del crédito principal, y allí debió agregarse lo que se declara en este artículo, que es por dos años y los que corran durante el juicio. Debe tenerse presente lo que dijimos en el tomo VIII, pág. 20, pues por nuestro sistema no se autoriza al acreedor hipotecario para pedir nuevas inscripciones como en el derecho francés. La hipoteca misma extiende su garantía á los costos, gastos, daños y perjuicios; más aún, comprende los intereses de dos años y los que corrieran durante la ejecución. Pero admitimos que de común acuerdo el acreedor y el deudor pueden demandar una nueva inscripción por los intereses de esos dos años vencidos, quedando así en aptitud para que el acreedor pueda tener preferencia por los otros dos años que venzan en adelante. El Código no autoriza al anotador para hacer estas nuevas inscripciones que pueden perjudicar á terceros, por eso será necesario hacer una nueva escritura hipotecaria y pedir su inscripción; pero si antes de esta consolidación de intereses se hubiera otorgado una segunda hipoteca; se pregunta si sería preferida á la hipoteca por los intereses; mi opinión es que se debe distinguir: si al vencimiento de la primera sólo se debían esos dos años conservaría el privilegio, porque están protegidos por la disposición del artículo; si se debían otros dos, no conservarían preferencia sobre el segundo hipotecario, aunque sí con relación á los acreedores quirografarios. Y la razón es que para estos hay dos hipotecas sucesivas que dejan á salvo los derechos del hipotecario, por los dos años de intereses que no se han inscripto, mientras que para el segundo no puede tener efecto la segunda inscripción, desde que como hipoteca es posterior y toma el rango de tercera, porque deja de ser un accesorio de la obligación principal de la que viene á formar parte, y los intereses no liquidados son los que vendrían á ser garantidos como accesorios.

Los dos años de que habla el artículo, son los vencidos después del otorgamiento de la hipoteca, los que se debieran antes pueden liquidarse y comprenderse en el capital, sin que los acreedores quirografarios tengan derechos que alegar.

Nuestro Código se separó en esta parte del art. 2151, Cód. Francés, que le ha servido de modelo, y acordó la garantía hipotecaria á los intere-

y los que corran durante el juicio de ejecución hasta el efectivo pago, quedando el derecho á los demás acreedores del deudor con-

ses corridos durante el juicio ejecutivo, en vez de los intereses del año corriente, como lo dice dicho artículo; y aunque en la *Instituta* criticamos como inconsulta tal corrección, al presente he cambiado de parecer, atendiendo á que los acreedores quirografarios pueden acelerar el juicio ejecutando á su vez el inmueble hipotecado y obligando al acreedor hipotecario á pedir una colocación actual á su crédito. Está, pues, en la mano de los acreedores quirografarios el impedir que el acreedor y el deudor confabulados hagan durar el juicio todo el tiempo que quieran, para defraudar á los demás acreedores. Así, pues, la restricción de los dos años, tiene por objeto, como lo dicen Aubry y Rau, § 285, nota 10, «el impedir que pueda disminuir notablemente las seguridades adquiridas por los acreedores posteriores, dejando voluntariamente acumular una suma considerable de intereses ó de los atrasados, y por otra parte prevenir los fraudes que el deudor, de concierto con uno de los acreedores, podría cometer en perjuicio de los otros».

Pero esta limitación no es sólo para los acreedores hipotecarios posteriores, beneficia igualmente á los quirografarios, porque los intereses atrasados, debidos al otorgar la hipoteca, y que no fueron comprendidos en el capital, así como los posteriores que excedieran de los dos años, deberán entrar entre los acreedores comunes.

Nuestro Código, al hablar de intereses, se refiere á los simples, pues en parte alguna se reconocen los compuestos, y por el contrario, el art. 623 dice expresamente, que no se deben intereses de intereses; el anotacismo está, pues, prohibido.

Me permito transcribir lo que decíamos en la *Instituta*: «la ley ha garantido á los demás acreedores, que el primer hipotecario sólo tendría hipoteca por dos años de interés, y durante el término de la ejecución, impidiendo así la acumulación de intereses que disminuyen la garantía. Si los primeros años están pagos, el derecho se ejercerá sobre los dos subsiguientes, porque no hay la acumulación que la ley quiere y debe garantizar á los terceros». Así, pues, los dos años de intereses debidos no son necesario que sean los que sigan á la inscripción.

El Dr. Segovia, generalmente prudente y cauteloso antes de avanzar una opinión cree, «que el acreedor hipotecario puede exigir que se inscriban los intereses vencidos, *sin necesidad de consentimiento del deudor*; y esto aunque el deudor haya caído en falencia, ó se halle vacante su herencia ó sea aceptada con beneficio de inventario». El autor apoya esta opinión en el art. 2151 del Cód. Francés, y en Pont, n° 1022. Pero

cursado para activar el juicio por medio del síndico; pero si el acreedor hipotecario paralizase el juicio, los intereses correrían mientras no se operase la prescripción.

hemos dicho, en esta parte no nos puede servir de guía la legislación francesa, pues en ella se autoriza expresamente esta inscripción, mientras en la nuestra no hay disposición alguna en que pueda fundarse. No son nuevas inscripciones que se pueden hacer por voluntad del acreedor, y que el anotador se negaría, con razón, á registrar, exigiendo para la toma de razón una escritura pública de la que pudiera extraer los datos que debe contener la inscripción, y que están indicados en el art. 3139. ¿Con qué derecho se obligaría al encargado del registro para que tomara razón de una nueva deuda? ¿Qué documentos se le exhibirían, y cómo podría saber si el deudor debe realmente esos intereses? Necesita una nueva escritura otorgada por el deudor, ó una sentencia de juez competente que ordene la toma de razón. El acreedor no tiene autoridad para pedir la inscripción de una nueva acreencia sin consentimiento del deudor, ni el anotador es juez para hacerla á su pedido y sin la intervención del que debe consentirla.

Quando la obligación hipotecaria se ejecuta por el capital é intereses, se pregunta, si se extenderá igualmente á los intereses moratorios de esos intereses. Y para responder, debemos distinguir: si la cuenta estuviera liquidada y mandada abonar, los intereses entonces vienen á estar incorporados al capital y gozan á su vez de los intereses moratorios, no hay anatocismo en este caso; pero si se ejecuta el inmueble que debe capital é intereses, se liquidarán en el momento oportuno y sólo cuando se haya aprobado la liquidación y mandado pagar su importe, siendo moroso en hacerlo, se abonarán los intereses del todo.

Queda entendido que, así como el acreedor hipotecario, de acuerdo con el deudor, pueden extender una nueva hipoteca sobre el bien gravado, tienen igual facultad para hacerlo por mayor cantidad, comprendiendo los intereses vencidos de muchos años, sin perjuicio de los acreedores hipotecarios que le fueran anteriores en la inscripción, y la nueva inscripción sólo tendría privilegio por dos años de intereses. Cuando hubiere convenio previo entre acreedor y deudor, y se presentaren al Jefe del Registro pidiendo la nueva inscripción por los intereses vencidos, ¿estará obligado á tomar razón de este nuevo gravamen? En la Capital Federal, la negativa no ofrece dudas, porque el art. 226, sólo dice: se inscribirán los títulos constitutivos de derechos reales, y no autoriza al anotador para hacer inscripción sin título al que se refiera; pero como estas formalidades se han dejado á las provincias el derecho de reglamentarlas,

En caso de concurso, los acreedores hipotecarios no están obligados á seguirlo, pues *á cada finca gravada con hipoteca podrá abrirse á solicitud de los acreedores, un concurso particular para que se les pague inmediatamente con ella. En este concurso se pagarán primeramente las costas judiciales que en él se causaren*

lo que es un error, en mi opinión, porque no se trata del procedimiento en los juicios, sino de las formas que tocan á la esencia del acto jurídico, y sin la cual no existe para los terceros, de ahí es que debemos atenernos á la legislación de cada provincia á este respecto. Por mi parte, creo que sino hubiera una legislación especial que facultase al anotador para tomar razón de una inscripción convenida verbalmente entre el acreedor y el deudor, el anotador podría negarse á hacerlo, porque el Código no las autoriza, según los arts. 3139 á 3141.

El artículo contiene una restricción que no sólo favorece á los hipotecarios sino á todos los acreedores quirografarios; así, cuando dice: la hipoteca sólo garantiza el principal y los intereses de dos años, los corridos durante el juicio, y los comprendidos en el art. 3111, expresa de una manera clara, que los demás intereses no son protegidos por la hipoteca, en este sentido dicen Aubry y Rau, § 285, nota 11: «la ley no reconoce posición intermediaria entre las de acreedor hipotecario y de acreedor quirografario, y porque una acreencia no podría tener respecto á los acreedores simplemente quirografarios el carácter de acreencia hipotecaria, cuando no tiene ese carácter respecto á los acreedores hipotecarios», ó más claro aún, que el mismo crédito no puede ser hipotecario para unos y quirografario para otros. La verdad es que el Código no concede hipoteca sino para los intereses de dos años vencidos, fuera de ellos, la hipoteca no existe.—Comp. PONT, n° 1033. LEY BELGA de 1851, art. 87. — Véanse arts. 3111, 3139, 3151, 3152 y 3237.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3936.—Ley de Bélgica de 1851, art. 49.—Troplong, *Privil.*, desde el n° 696.—Aubry y Rau, § 285, n° 3.

En el art. 3139 de este Código, se dispone que la hipoteca registrada en el término legal, no es preferida por la hipoteca posterior registrada primero cuando el registro se ha hecho sabiendo el acreedor que había otra hipoteca constituida, que aún estaba en tiempo de ser registrada.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—*Aplicación del art. 3936.*—La hipoteca garantiza, además del principal, los intereses de dos años y los que corran durante el juicio de ejecución.—Jur. Civ., VII, 231, Ser. 1°.

Los intereses debidos por la hipoteca sólo pueden cargarse por dos años anteriores á la fecha de la iniciación del juicio.—Jur. Civ., VII, 596, Ser. 1°.

(**art. 3937**); porque participan como accesorio del crédito hipotecario y de las seguridades constituidas para ese crédito, como lo

(**Art. 3937.**) El derecho que este artículo confiere, es únicamente á los acreedores hipotecarios para hacerse pagar ejecutando el bien hipotecado, que perteneciera á la masa concursada, lo que prueba la verdad de la tesis sostenida por mí en el art. 3934, de que no hay acreedor privilegiado que pueda tomar preferencia sobre el hipotecario. Si puede hacerse pagar su crédito sin esperar los resultados del concurso, quiere decir, entonces, que nadie puede hacerlo descender de su privilegio.

El artículo habla de un concurso particular que puede abrirse á cada finca gravada con hipoteca, y es necesario decir que, el legislador ha supuesto varios acreedores que concurren sobre la misma finca; pero si hubiera uno sólo no habría concurso, y sin embargo, el derecho del hipotecario, no por eso se encontraría perjudicado, pues podría ejecutar la finca separadamente y hacerse pagar su crédito.

Cuando ocurrieran varios hipotecarios sobre la misma finca, los gastos de justicia hechos para el cobro serían preferidos, dice el artículo; es decir, tienen prelación sobre la hipoteca misma, porque sin ellos no habría podido cobrarse; están en la misma categoría de los gastos de conservación sin los que la finca no habría existido. Así, pues, si pagados los gastos causídicos, el crédito no alcanzare á cubrirse, por lo restante, el acreedor tendrá que ocurrir al concurso como un acreedor común ó quirografario.

Cuando se trata de un concurso, las provincias tienen jurisdicción completa para determinar los procedimientos que deben seguirse y pueden fijar el orden en que serán pagados los créditos, sin alterar las leyes de fondo que acuerdan el privilegio. Así, por ejemplo, el Código concede privilegios sobre los inmuebles: al vendedor por el precio no pagado, al que dió el dinero para la adquisición, al copartícipe por la garantía, al donante por el cumplimiento de los cargos, etc., etc.; y ese privilegio no puede ser desconocido por la ley provincial, lo único que hará cada Estado es legislar sobre el modo de ejercerlo y las garantías que debe dar para asegurar á los que pudieran tener mejor derecho. La ley de Procedimientos de la Capital, art. 763 y la de la Provincia de Buenos Aires, han usado de esta prerrogativa y determinado la primera en su ley de proceso, que «los acreedores hipotecarios y aquellos que tengan privilegio especial respecto de los cuales no haya habido oposición, ó que hayan obtenido sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, no estarán obligados á esperar el concurso general, y serán pagados con el producto

establece el art. 3111, que se debe tener presente para complementar el presente artículo.

de los bienes afectados al privilegio ó hipoteca, sin perjuicio de obligarles á dar caución de acreedores de mejor derecho». Esta última parte sólo puede comprender á los acreedores privilegiados, porque los hipotecarios no están obligados á dar caución alguna, á menos que se tratase de varios hipotecarios ó de un juicio ordinario que deseara deducir el concurso, en cuyo caso los obliga á dar caución cuando reciben el pago, ó si hay pleito sobre el privilegio, ó colocación que deben tener.

Recuérdese que los privilegios acordados por el Código, sobre los inmuebles, tienen de característico que no pueden ejercerse cuando la cosa ha salido, por un título legítimo, de poder del deudor. Además, los acreedores privilegiados, sobre la generalidad de los muebles, que no pudieran pagarse de la totalidad de sus créditos, pueden ejercer su privilegio sobre los inmuebles, respetando los especiales con que éstos estuvieran gravados de antemano, art. 3915. Esto es con relación á la frase del art. 763, Cód. de Proc., que dice, á los que tengan *privilegios especiales*, porque ella no excluye á los que tuvieren generales y vinieran á cobrar sus créditos en los inmuebles, porque entonces se especializan, por decirlo así. Supongamos un acreedor por gastos de última enfermedad, un hipotecario sobre el único bien, un prendario con los únicos objetos que posea el finado, y varios acreedores quirografarios. Se forma el concurso, el acreedor hipotecario ejecuta su crédito y hay un sobrante, el prendario ejerce su privilegio y absorbe las cosas dadas en prenda; en ese caso el acreedor por los gastos de última enfermedad concurre con el hipotecario en el inmueble, y ejerce su privilegio sobre el sobrante de éste, y los quirografarios recibirán lo que restare ó nada, si todo ha sido absorbido.

El art. 2477, Cód. de Chile, de donde fué tomado el nuestro, como lo indica la nota, es más completo, á mi juicio, porque habla de los diversos hipotecarios que concurren á ejecutar el mismo bien; así, contiene esta frase suprimida al final, donde dice: «para que se les pague inmediatamente con ella, según el orden de las fechas de sus hipotecas», y agrega en el siguiente párrafo: «Las hipotecas de una misma fecha que gravan una misma finca preferirán unas á otras en el orden de su inscripción». Habrá, pues, concurso cuando haya varios acreedores; no existirá, si hubiera uno sólo; pero eso no obstará para ejecutar la finca hipotecada y hacerse pagar el crédito sin esperar al concurso, ni dar

Cuando hubiere reclamaciones sobre la prelación de los hipotecarios, ó el concurso se opusiere á su pago por tener que dedu-

La última parte del artículo, dice: las costas judiciales causadas en el concurso abierto á los bienes hipotecados deben ser pagadas primero; ¿pero únicamente esas costas gozan de privilegio? ¿Acaso los bienes hipotecados no deben concurrir á pagar como los demás que forman la masa, las costas judiciales necesarias para la formación y liquidación del concurso? ¿Se considerarían como si fueran bienes que no pertenecen al concursado? No se puede admitir semejante hipótesis. Entonces, ¿qué costas judiciales deben pagar los bienes hipotecados? En mi opinión, todas aquellas sin las que la masa no habría podido ser dividida; así, por ejemplo, la citación por edictos á los acreedores para que concurren, los gastos de inventario y seguridad de los bienes, así como los de los depositarios, administradores, etc., y todos los que fueren de absoluta necesidad; pero los bienes hipotecados deben concurrir á esos gastos en la proporción de lo que valieren con relación á los demás que forman la masa total de bienes; así, si suponemos que los bienes hipotecados valen veinte y los demás cien, los acreedores hipotecarios concurrirán con una sexta parte al pago de los gastos de justicia necesarios para la liquidación y que hayan beneficiado á todos los acreedores; pero esta contribución debería ser recíproca, tratándose de aquellas costas judiciales sin las que los bienes hipotecados no habrían podido ser adjudicados; porque si suponemos que el acreedor hipotecario no hubiera formado concurso particular, dejando que los bienes gravados se vendieran para ejercer su privilegio sobre el precio, esos gastos habrían sido hechos por el concurso; luego él debe contribuir á su pago en la proporción indicada más arriba, tratándose de gastos necesarios que pesan sobre la masa.

Téngase presente que el artículo faculta al acreedor hipotecario para formar un concurso particular á los bienes gravados; pero esa facultad no libera al acreedor de las obligaciones que tiene como tal, respecto de la masa, á cuyas costas necesarias deberá contribuir cuando benefician á todos. Si suponemos que las costas judiciales absorbieran el valor del bien gravado, ¿tendrían estas costas privilegio sobre las generales necesarias del concurso? No lo creo, y soy de opinión que entrarían en concurrencia con las que hubiera causado la masa común.

Se debe pensar que el acto del acreedor formando un concurso particular á los bienes gravados, no le crea un privilegio; que en realidad es una prolongación del concurso general del que sólo es un incidente, y tan es así, que si el síndico ó un acreedor alegare la nulidad de la

cir juicio ordinario ó por cualquier otra causa, dice el **art. 3938**: *los acreedores hipotecarios no están obligados á esperar las resultas*

hipoteca ó el pago ó cancelación de la obligación, y venciera, ese bien entraría al concurso; en ese caso las costas causadas que han beneficiado á la masa de acreedores deben ser pagadas por el concurso, como comunes.

El legislador ha querido dar un medio eficaz al acreedor hipotecario para ser pagado primero que los demás, sin que por eso haya entendido romper el vínculo que lo liga á la masa general de acreedores, y por esa razón lo obliga á dar fianzas, para pagar á los que se creyeran privilegiados, así como á restituir á la masa lo que sobrare después de pagado su crédito.

(**Art. 3938.**) El artículo supone el caso en que concurren varios hipotecarios sobre el mismo inmueble, y otros que tengan privilegios especiales, ó que teniéndolos generales sobre los muebles, no hayan sido pagados á consecuencia de los privilegios especiales y vengán á ejercerlos sobre los inmuebles, en virtud del art. 3915; para ese caso se debe formar un concurso á parte al inmueble, concurriendo todos los que tengan privilegio en él. ¿Cómo se procederá? En cuanto á la forma del juicio se seguirá la ley provincial que prima sobre el procedimiento; pero en cuanto á la colocación ó graduación de los diversos créditos, se sigue la ley de fondo, que no puede ser alterada por ninguno de los Estados de la federación. Así, si suponemos que concurren á cobrar sobre el inmueble dos acreedores hipotecarios, el vendedor á plazo por el precio no pagado, los que suministraron los materiales para las reparaciones, el acreedor por gastos funerarios, el por gastos de última enfermedad, y los gastos

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3937.—Cód. de Chile, art. 2479.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—*Aplicación del art. 3937.*—El acreedor de los alquileres devengados con anterioridad al concurso, aún cuando tenga privilegios sobre las mercaderías existentes en la casa, debe esperar al estado de graduación, no puede iniciar contra ellas ejecución alguna.—Jur. Com., VI, 203, Ser. 1^a.

En caso de concurso especial, los gastos de ejecución tienen privilegio sobre el primer acreedor hipotecario, aún cuando hayan sido causados por el segundo.—Jur. Civ., VIII, 516, Ser. 1^a.

La prelación que el Código reconoce á los gastos de justicia, en caso de concurso, á una finca gravada con hipoteca, sólo es aplicable á los indispensables para la ejecución del crédito hipotecario.—Jur. Civ., VII, 231, Ser. 1^a.

Véase fallo al art. 3934.—Jur. Civ., XII, 52, Ser. 4^a.

Sólo procede la apertura de un concurso particular al bien hipotecado, si existe concurso general.—Jur. Civ., III, 113, Ser. 5^a.

del concurso general para proceder á ejercer sus acciones contra las respectivas fincas: bastará que consignen ó afiancen una canti-

de justicia para la venta de la cosa, todos estos créditos serán pagados en el orden siguiente: 1º, los gastos de la venta; 2º, los hipotecarios; 3º, los gastos funerarios; 4º, el vendedor por el precio no pagado y el que suministró los materiales; 5º, los gastos de última enfermedad.

En cuanto al primer crédito, debe tenerse presente que los gastos de justicia hechos para la venta de la cosa, no son los gastos de justicia que tienen privilegio general sobre los muebles é inmuebles, de que nos habla el art. 3879, sino por el contrario, los que tienen privilegio especial del art. 3916.

Con relación á los hipotecarios, si hubiere cuestión entre ellos sobre la preferencia, cuando se haya tomado razón de las hipotecas en el mismo día, caso previsto en el art. 3934, ó cuando ocurriese el caso del art. 3141, llegará el momento en que uno de ellos dé garantías al otro para entregar el valor recibido, cuando se declarase, por sentencia firme, la preferencia; por lo demás, muy raros serán los casos en que el hipotecario esté obligado á dar fianza para garantir el pago de los créditos que puedan serle privilegiados; porque ninguno lo será dado nuestro sistema hipotecario; aunque sí pueden discutir la validez de la obligación ó entablar juicio ordinario.

En cuanto á los gastos funerarios del deudor, que algunos autores colocan entre los que son privilegiados á la hipoteca, no hay disposición alguna que conceda semejante preferencia; por el contrario, el art. 3916, dice terminantemente, hablando del privilegio del vendedor por el precio no pagado, del del obrero y del que suministró los materiales, que tienen preferencia sobre los demás acreedores privilegiados «con excepción de los acreedores hipotecarios en el inmueble, *que serán pagados primero*, y de los gastos funerarios y de justicia, etc.» Si pudiera existir alguna duda sobre si la expresión «que serán pagados primero», no se debe aplicar únicamente á los acreedores hipotecarios, la resolución pagaría sólo daría por resultado que los tres créditos concurrieran en la misma línea; pero de ningún modo que los gastos funerarios fueran los primeros. Mi raciocinio es el siguiente: son créditos privilegiados: los del vendedor, los del obrero y del que suministró los materiales, y serán pagados sobre el precio del objeto que los está afectado, con excepción de los tres que á continuación se designan; esa es la excepción que podemos llamar general; pero viene en seguida otra excepción, que llamaremos especial, para la colocación de estos tres créditos exceptuados, y por eso dice: «los acreedores hipotecarios serán pagados primero», expresando así la

dad que se juzgue suficiente para el pago de los créditos que sean privilegiados á los de ellos, y que restituyan á la masa concur-

colocación que deben tener con relación á los demás que le siguen. En el comentario al art. 3916, hemos dado una explicación que nos parece satisfactoria, sobre lo que importa el adjetivo primero, después de la excepción.

No estoy conforme con el Dr. Llerena, cuando sostiene que los gastos funerarios son privilegiados á los hipotecarios, porque eso no expresa el art. 3916, últ. parte, ni menos aún, cuando dice: «como esos gastos son preferidos á los hipotecarios, tienen un privilegio general que se ejerce en primera línea sobre los muebles, antes de la venta de éstos y de los demás inmuebles del deudor, no se puede saber si alcanzan ó no á cubrirse esos créditos, es necesario asegurar ante todo su pago. Sólo cuando esos bienes no alcanzan, sufren competencia los acreedores hipotecarios, lo cual sucede por regla general con los créditos que tienen privilegios especiales. Es por eso que sólo se exige el depósito ó fianza para el caso en que los otros bienes no alcancen á cubrir esos créditos superiores al hipotecario, pues, los que son superiores á éste, son superiores á los otros». Contra mi costumbre, he transcrita todo el párrafo, porque la materia es de mucha importancia, y tengo que rectificar principios que creo erróneos. En primer lugar los gastos funerarios no tienen privilegio sobre la hipoteca, y sí, por el contrario, ésta conserva el primer rango, por las razones expuestas en este comentario y en el art. 3916; en segundo lugar, si bien es cierto que los gastos funerarios tienen privilegio general sobre los muebles, según el art. 3880, también lo es que no necesitan escutirlos para reclamar sobre los inmuebles, como lo afirma el autor que combato, pues, el art. 3916, los concede expresamente privilegio sobre cualquier inmueble, y los pone en primer rango sobre el vendedor por el precio, sobre los obreros que repararon ó construyeron los edificios y sobre los que suministraron los materiales, así es que pueden ejercer su privilegio sobre cualquier inmueble, sin necesidad de escutir los muebles, como lo harían los acreedores por los gastos de última enfermedad y los por alimentos suministrados durante los últimos seis meses. En tercer lugar, no es cierto que los créditos con privilegios especiales sobre los muebles, puedan concurrir á ejercerlos sobre los inmuebles, porque el art. 3921, dice expresamente que, cuando los créditos con privilegios especiales no pudieran cubrirse en su totalidad con los bienes afectos á su privilegio, pasarán por el déficit entre los créditos no privilegiados; así, el acreedor prendario que no pudiera pagarse con la prenda, pasará por lo que faltare para cubrirlo, á los acreedores comunes. Finalmente,

sada, lo que sobrare después de cubiertas sus acciones; lo que sucederá cuando hubiere otras hipotecas que se dijeran privilegia-

tampoco es cierto que haya acreedores superiores al hipotecario. La hipoteca en nuestros préstamos ordinarios habría desaparecido, como garantía, y se haría mucho daño al crédito no comercial, desde el momento que nuestros tribunales declarasen que puede existir un crédito que le sea privilegiado; por esa razón me intereso en desvanecer el error en que se incurra suponiendo que hay créditos privilegiados á la hipoteca. Afortunadamente no se encontrará artículo alguno en el Código que apoye semejante proposición.

El privilegio, mientras no se cree y autorice su registro en la oficina de hipotecas, no pasarán de ser un derecho personal, que sólo puede ejercerse mientras la cosa permanezca en poder del deudor; pero que no la sigue, como los derechos reales, en poder de cualquier poseedor. El legislador argentino se ha penetrado de la importancia del crédito real, sobre todo en los países jóvenes, que evolucionan rápidamente, en medio de sus incesantes transformaciones, y por eso lo ha garantido eficazmente dándole el primer lugar en los casos de concurso. El art. 3916, es terminante, porque no sólo da preferencia á la hipoteca sobre los créditos del vendedor por el precio no pagado, del de los obreros y de los que han suministrado los materiales, que á su vez tienen privilegio y son preferidos á cualquier otro crédito privilegiado, sino que entre los créditos exceptuados de esa disposición, la coloca en primer lugar.

No hay crédito alguno privilegiado que pueda ser preferido á la hipoteca. La dificultad estaría en determinar el rango que debe ocupar cuando concurre con otra hipoteca que hubiera sido inscrita en el mismo día, cuestión que hemos resuelto en el comentario al art. 3934.

Este artículo fué corregido cambiando la partícula copulativa *y* por la disyuntiva *ó*, en la expresión «basta que consignen *ó* afiancen».

La consignación para producir su efecto debe ser aceptada por el que se pretende privilegiado, ó en caso de disconformidad el juez resolverá. ¿La fianza deberá ser personal ó podrá aceptarse prenda ó hipoteca? El artículo dice, debe afianzar, indicando que es una persona la que debe responder, y no creo que haya derecho para obligar al acreedor á aceptar cualquier otra garantía. — Comp. LAURENT, XXIX, 330. — Véanse arts. 3154 á 3156.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3938.—Cód. de Chile, art. 2479.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—*Aplicación del art. 3938.*—Si bien tienen los constructores privilegios especiales sobre el valor de la obra, no pue-

das, ó cuando se negare la validez de las que se cobraren, en que el concurso tuviera que deducir demanda ordinaria.

den oponerse á los del acreedor hipotecario, cuya anotación en el registro sea anterior á las que ellos hayan obtenido.—Jur. Civ., I, 313, Ser. 2ª.

El acreedor de mejor derecho tiene prelación sobre el de grado inferior, y puede repetir contra él por el importe de su crédito.—Jur. Civ., VIII, 394, Ser. 4ª.

El acreedor privilegiado, cuyo derecho preferente se ha reconocido en el estado de graduación de créditos, puede dirigir su acción contra cualquiera de los acreedores de grado inferior que haya afianzado, sin necesidad de hacerlo contra el de último término.—Jur. Civ., IX, 23, Ser. 3ª.

ÍNDICE

Titulo XIII

De los testigos en los testamentos

§. §.	PÁGINAS
1012—Quienes pueden ser testigos en los testamentos.....	5
1013—Condiciones que deben tener los testigos.....	12
1014—De los que no pueden ser testigos.....	18

Titulo XIV

De la institución y sustitución de herederos

1015—Como debe hacerse la institución de herederos.....	28
1016—Derechos de los herederos instituidos.....	33
1017—Cuando se reputa institución y cuando legado.....	39
1018—De la sustitución de herederos.....	61

Titulo XV

De la capacidad para recibir por testamento

1019—De los que pueden adquirir por testamento.....	78
1020—De los que no pueden recibir por testamento.....	84
1021—De las personas interpuestas en los testamentos.....	98

Titulo XVI

De la desheredación

1022—Lo que importa la desheredación.....	109
1023—Causas de la desheredación.....	115

Título XVII**De los legados**

§. §.	PÁGINAS
1024—Que cosas pueden legarse.....	125
1025—Modalidades de los legados.....	142
1026—Como deben entregarse las cosas legadas y cosas que comprende.....	150
1027—De la entrega de la cosa legada.....	161
1028—De los legados bajo condición ó con cargas.....	177
1029—Obligaciones de los herederos.....	198
1030—De lo que comprende el legado.....	208
1031—Del tiempo en que deben entregarse los legados.....	223
1032—Orden en que se deben pagar los legados.....	233
1033—Obligaciones de los legatarios.....	239

CAPÍTULO ÚNICO**CADUCIDAD DE LOS LEGADOS**

1034—Diversas causas de caducidad de los legados.....	249
1035—Reglas para la repudiación ó aceptación de los legados.....	256

Título XVIII**Del derecho de acrecer**

1036—Casos en que tiene lugar el derecho de acrecer.....	260
1037—Cuando se reputa conjunto el legado.....	296
1038—Del derecho de acrecer en los legados.....	307

Título XIX**De la revocación de los testamentos y legados**

1039—Como se revoca el testamento por la voluntad del testador.....	315
1040—Actos que revocan el testamento.....	327
1041—De los actos que revocan los legados.....	349
1042—De la confirmación de los testamentos.....	369

Título XX**De los albaceas**

1043—Quienes pueden ser nombrados albaceas y en que forma.....	381
1044—Facultades de los albaceas.....	394

§. §.	PÁGINAS
1045—Obligaciones del albacea.....	422
1045—Del derecho de los herederos....	433
1047—Cuando son varios albaceas.....	440
1048—Honorarios del albacea.....	449
1049—Conclusión del albaceazgo.....	464

SECCIÓN SEGUNDA

Concurrencia de los derechos reales y personales contra los bienes del deudor común

Título Primero

De la preferencia de los créditos

1050—Generalidades.....	469
-------------------------	-----

CAPÍTULO PRIMERO

DIVISIÓN DE LOS PRIVILEGIOS

1051—De los privilegios en general.....	477
1052—De los privilegios generales sobre todos los bienes.....	485
1053—De los privilegios generales sobre los muebles....	502
1054—Del privilegio general y modo de concurrencia.....	521

CAPÍTULO II

DE LOS PRIVILEGIOS SOBRE CIERTOS MUEBLES

1055—Del privilegio del locador.....	528
1056—Del privilegio del posadero, acarreador, gastos de semillas y cosecha.....	540
1057—Del privilegio de la prenda, del obrero y gastos de conservación.....	551
1058—Del privilegio del vendedor y del depositante.....	560

CAPÍTULO III

DEL ORDEN DE LOS PRIVILEGIOS SOBRE LOS BIENES MUEBLES

1059—Generalidades.....	581
1060—Privilegio de los gastos de justicia.....	584
1061—Del privilegio especial por los gastos de conservación.....	587

§. §.	PÁGINAS
1032—Del privilegio especial del locador.....	562
1063—Del privilegio especial del depositante, prendario, posadero, acarreador y por gastos de semillas.....	568
1074—Colocación que deben tomar los créditos con privilegio general con relación á los especiales.....	614

CAPÍTULO IV

DE LOS PRIVILEGIOS SOBRE INMUEBLES

1065—Del privilegio especial del vendedor.	628
1066—Del privilegio entre coherederos, coparticipes y donantes.....	652
1067—Del privilegio del que dió el dinero para adquirir el inmueble, del arquitecto y otros obreros.....	663
1068—De los hipotecarios.....	675

ÍNDICE

DE LOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO CIVIL EXPLICADOS EN EL TOMO X

ARTÍCULOS	PÁGINAS	ARTÍCULOS	PÁGINAS	ARTÍCULOS	PÁGINAS
3696.....	5	3737.....	90	3778.....	199
3697.....	9	3738.....	91	3779.....	202
3698.....	12	3739.....	93	3780.....	204
3699.....	13	3740.....	97	3781.....	215
3700.....	15	3741.....	100	3782.....	208
3701.....	16	3742.....	106	3783.....	210
3702.....	19	3743.....	107	3784.....	212
3703.....	20	3744.....	109	3785.....	214
3704.....	18	3745.....	111	3786.....	217
3705.....	17	3746.....	113	3787.....	219
3706.....	21	3747..... 115 a	118	3788.....	222
3707.....	24	3748.....	119	3789.....	225
3708.....	25	3749.....	120	3790.....	227
3709.....	26	3750.....	122	3791.....	230
3710.....	29	3751.....	125	3792.....	231
3711.....	31	3752.....	127	3793.....	233
3712.....	32	3753.....	129	3794.....	235
3713.....	33	3754.....	136	3795.....	237
3714.....	36	3755.....	140	3796.....	240
3715.....	37	3756.....	142	3797.....	243
3716.....	52	3757.....	144	3798.....	246
3717.....	39	3758.....	146	3799.....	249
3718.....	42	3759.....	149	3800.....	253
3719.....	56	3760.....	146	3801.....	255
3720.....	46	3761.....	151	3802.....	257
3721.....	49	3762.....	153	3803.....	258
3722.....	59	3763.....	157	3804.....	265
3723.....	51	3764.....	159	3805.....	267
3724.....	61	3765.....	158	3806.....	270
3725.....	64	3766.....	161	3807.....	272
3726.....	66	3767.....	166	3808.....	271
3727.....	68	3768.....	168	3809.....	276
3728.....	69	3769.....	171	3810.....	284
3729.....	71	3770.....	172	3811.....	281
3730.....	72	3771.....	180	3812.....	287
3731.....	76	3772.....	183	3813.....	291
3732.....	74	3773.....	189	3814.....	295
3733.....	78	3774.....	191	3815.....	296
3734.....	85	3775.....	174	3816.....	298
3735.....	82	3776.....	193	3817.....	300
3736.....	86	3777.....	197	3818.....	303

Arts.	Pages.	Arts.	Pages.	Arts.	Pages.
3819	306	3859	420	3899	583
3820	308	3860	428	3900	585
3821	309	3861	413	3901	587
3822	312	3862	415	3902	589
3823	313	3863	433	3903	591
3824	315	3864	435	3904	592
3825	324	3865	464	3905	594
3826	327	3866	466	3906	598
3827	318	3867	438	3907	600
3828	322	3868	429	3908	596
3829	373	3869	432	3909	601
3830	374	3870	443	3910	605
3831	376	3871	448	3911	610
3832	335	3872	449	3912	613
3833	331	3873	460	3913	603
3834	346	3874	458	3914	608
3835	337	3875	470	3915	615
3836	340	3876	472	3916	643
3837	344	3877	474	3917	650
3838	350	3878	477	3918	617
3839	354	3879	486 à	3919	620
3840	356	3880	503 à	3920	623
3841	360	3881	522	3921	625
3842	363	3882	525	3922	626
3843	365 à	3883	528	3923	628
3844	381	3884	534	3924	632
3845	393	3885	536	3925	638
3846	383	3886	540	3926	641
3847	387	3887	544	3927	664
3848	390	3888	448	3928	653
3849	453	3889	551	3929	659
3850	457	3890	454	3930	660
3851	395	3891	555	3931	667
3852	397	3892	558	3932	671
3853	400	3893	561	3933	673
3854	402	3894	568	3934	677
3855	405	3895	571	3935	680
3856	409	3896	566	3936	685
3857	422	3897	579	3937	689
3858	426	3898	582	3938	692

