

§ 148.—*El legado*

Brugi, *Inst.*, §§ 99, 122; Pacifici, *Inst.*, VI, pág. 827; Chironi, *Inst.*, II, § 480; Zachariae, *Man.*, IV, §§ 721, 722, 726-730, 733; Aubry y Rau, *Cours.* VII, §§ 714-723; Planiol, *Traité*, III, números 2.783 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, III, § 623-668 (1).

*Concepto.*—El concepto de legado es sencillo a primera vista, pero en realidad, es complejo y difícil; su naturaleza y estructura son objeto de discusión, especialmente en el Derecho romano; variable y discutida es también su definición. Esto deriva de la gran variedad de disposiciones que contienen la palabra legado; pues legado se llama a toda disposición que no atribuye la cualidad de heredero, o sea a toda disposición a título particular, cualquiera que sea su contenido, que constituya una disminución de la herencia, una disposición con cargo al heredero o a un tercero, una liberalidad, un lucro para el favorecido, o también una carga. Esta última acepción es muy discutida; se discute si es esencial al legado que represente una liberalidad en favor del legatario, como se desprende de la definición contenida en las fuentes romanas *Legatum est donatio quaedam a defuncto relicta* (2); *legatum est donatio testamento relicta* (3). La discusión

(1) Para la doctrina de los legados véase en Derecho romano Arndts-Salkowski, *Dei legati e dei fedecommissi* (en *Glück Pandette*, trad. ital. de Ferrini, Milán, 1898-1901); Rosshirt, *Die Lehre von den Vermachtnissen nach röm. Recht.*, 1835; Ferrini, *Teoria generale dei legati e dei fedecommissi sec. il dir. rom.*, Milán, 1889; *Sull'origine dei legati* (*Bull. ist. dir. rom.*, I, páginas 111 y siguientes); Fadda, *Dell'origine dei legati* (*Studi per Bologna*, 1888, páginas 163 y siguientes); Bonfante, *L'eredità e il suo rapporto coi legati nel dir. rom. e nel dir. mod.* (*Bull. ist. dir. rom.*, VII, páginas 151 y siguientes); Curusi, *Note intorno alla dottrina dei legati* (*St. e doc. di St. e dir.*, XVII, 1896); respecto al Derecho civil, Pacifici-Mazzoni, *Dei legati in generale e delle singole specie di legati*, 3.<sup>a</sup> ed., Florencia, 1900; Gangi, *I legati nel dir. civ. it.*, Roma, 1908-1910; *Appunti sul pagamento dei legati* (*Riv. it. p. la Sc. giur.*, LI, 1911, páginas 123 y siguientes); Paoiucci *Il legato* (en *Dir. prat. dir. priv.*).

(2) *Inst.*, § 1, 2. 20

(3) Modestino, fr. 36. D. 31.

arranca de que pudiendo ocurrir que las cargas y gravámenes absorban toda la atribución patrimonial, se privaría en tal caso al legatario de todo beneficio; hay disposiciones que ni siquiera tienen la apariencia de una ventaja patrimonial y que constituyen una carga o gravamen para su destinatario. De aquí que algunos autores hayan llegado a negar que el carácter de liberalidad sea esencial al legado (I), contra la gran mayoría que lo define, un acto de liberalidad *mortis causa*. Pero aun prescindiendo de este carácter como no esencial, también en otros aspectos puede estimarse incorrecta la definición, que lo presenta como acto de disposición a título singular, pues si se tiene en cuenta que la atribución patrimonial puede ordenarse no con cargo a la herencia, sino con cargo a un tercero, y que puede legarse la cosa ajena o remitirse mediante el legado un débito del legatario a favor del testador u ordenarse al legatario una determinada acción, habrá que reconocer que en tales casos no hay atribución patrimonial, ni sucesión particular del legatario. De aquí que algunos sostengan que no puede definirse el legado de modo positivo y sí sólo negativamente, designando con tal nombre toda disposición testamentaria que no atribuye el *universum ius defuncti*, es decir, que no sea una institución de heredero.

Lo cierto es que el legado puede adoptar figuras diversas por regla general y prescindiendo de algunas que pueden considerarse como deformaciones del tipo normal, el legado es una disposición atributiva de un derecho particular a cargo de la herencia hecha con ánimo de beneficiar; mediante él se efectúa una liberalidad a causa de muerte y se produce una sucesión a título particular del beneficiado al causante. Son éstos los caracteres más generales y comunes que el Código tiene presentes al definir (artículos 759, 760, 827) y regular el legado (artículos 862-868).

*Sujetos.*—Para que haya un legado precisa el concurso de

(1 Windscheid, *Pand.*, III § 623. pág. 301, y Fadda, *Dir. ered. rom.*, I, páginas 53 y siguientes. Más ampliamente y en opuesto sentido relativamente al derecho justinianeo Messina Vitrano, *L'elemento della liberalità e la natura del legato nel dir. rom. class. e giust.* Palermo, 1914.

dos personas: el disponente y aquel a cuyo favor es hecha la disposición patrimonial (destinatario); puede y suele concurrir otra además, la que debe prestar el legado (gravado). La persona gravada es, por regla general, el heredero; si fuesen varios los herederos será gravado aquel de entre ellos que el testador hubiere designado (art. 869) o todos conjuntamente si a todos se hubiere impuesto tal carga. Puede ocurrir que habiendo varios herederos ninguno de ellos particularmente resulte gravado por el testador con el legado; aplicando el principio general que declara obligados a todos los herederos a soportar las cargas hereditarias, cada uno deberá satisfacer el legado proporcionalmente a la cuota que le corresponda (art. 868). Además, puesto que, como ya veremos, puede legarse la cosa propia del heredero, si los herederos son varios y sólo a uno de ellos pertenece la cosa legada, no se deducirá de ello que el legado se cargue exclusivamente al heredero propietario; en tal caso grava a todos, salvo una contraria y expresa voluntad del testador. Los demás coherederos están obligados a contribuir a abonar al propietario el valor de la cosa con dinero o con fondos hereditarios, proporcionalmente a la cuota de cada uno (art. 869). Puede un legatario resultar también gravado; en efecto, el pago del legado puede ser puesto a cargo del sucesor universal o del sucesor a título particular, esto es, de otro legatario.

La persona beneficiada es la que el testador hubiere designado, con tal de que sea persona cierta y capaz de recibir. Suele el legatario ser persona distinta del heredero; pero nada se opone a que el testador deje al heredero un objeto determinado que destaca de la masa hereditaria. En tal caso hay un *prelegado*, o sea un legado hecho al heredero. Parece esto a primera vista una verdadera anomalía, y lo era en el Derecho romano, donde originaba efectos muy extraños produciendo por aplicación lógica de los principios de la sucesión hereditaria consecuencias raras e insospechadas. El principio vigente fué que este legado, si se hacía al heredero único, era todo él nulo, y si se hacía a uno de entre varios coherederos era nulo sólo en la parte en que el legatario era heredero; la comúnmente señalada es que siendo el

heredero deudor del legado, no podía el heredero ser deudor de sí mismo; o más exactamente, que debiendo concurrir en el legado dos sujetos distintos (legatario beneficiado y heredero gravado), en este caso los dos sujetos se reducían a uno solo, se confundían en una persona única. O también que excluyendo el título de heredero todo otro no puede el heredero sustraer del haz, que es todo suyo, una cosa para dársela así mismo; por ello cuando haya un solo heredero todo el prelegado es nulo, y cuando hubieren varios sólo puede ser válido en la parte que corra a cargo de la cuota o cuotas de los demás coherederos. Esta especial situación que en Derecho romano se creaba por la especial configuración de la sucesión hereditaria y por la subordinación del legado a la herencia, que hacía posible el legado tan sólo en el caso de haber institución de heredero, no se da en el Derecho civil, en el que la herencia y el legado son dos formas de atribución patrimonial independientes entre sí, o, por lo menos, no se da con las anomalías que en el Derecho romano se producían. El Código no alude al prelegado, pero no por esto es imposible; lo cierto es que en nuestro derecho el prelegado no difiere del legado común, y como no es esencial que frente al legatario haya un heredero y son compatibles ambas condiciones en la misma persona, la consecuencia de ello será la validez total del prelegado. Lo cual prácticamente conduce al resultado siguiente: dispuesto un prelegado en favor de uno entre varios herederos y a cargo de todos éstos el heredero prelegatario obtendrá todo el legado, adquiriendo *iure legati* incluso la cuota con que resulta gravado, es decir, que además de la propia cuota hereditaria obtendrá todo el legado (1).

(1) Vide Buchholtz, *Die Lehre von den Prälegaten*. Iena, 1850; Kretschmar, *Die Natur des Prälegates nach römischem Recht*. Leipzig, 1874; Bernsteïn, *Zur Lehre vom römischen Voraus (legatum per preceptionem)* (*Sav. Stift.*, XV, 1894, páginas 26 y siguientes); Göppert, *Ueber den Grund der Regel: heredi a semet ipso inutiliter legatur*. Göttingen, 1893; Ferrini, *Contributi alla dottrina del prelegato* (*Bull. ist. dir. rom.* VIII, páginas 1 y siguientes), y los notables y recientes trabajos de Scuto, *La teoria del prelegato nel dir. rom. con riguardo alle principali legisl. e al dir. civ. it.* Palermo, 1909, y de Gangi, *Brevi considerazioni sulla teoria del prelegato nel*

*Objeto.*—Puede ser objeto del legado una cosa o un hecho con tal que una u otro sean ciertos, lícitos y posibles. Es *cierta* la cosa cuando el testador la determina o fija los elementos para su determinación; no se puede remitir al arbitrio de un tercero la determinación de la cosa, porque el legado o la institución de heredero son disposiciones personales del testador (art. 835). Al tercero o al heredero puede demandarse la determinación específica de una cosa designada por el testador de un modo genérico, o la elección entre varias cosas indicadas por éste. Se puede legar una o varias cosas singulares o una universalidad de cosas; cosas corporales o incorporales, como un crédito; una cosa o derecho propios del testador, o una cosa propia del gravado con el legado o de un tercero. De las distintas especies de objetos se forman las diversas especies de legados y derivan las normas que el Código contiene. Recordaremos tan sólo las principales.

α) *Legato de cosa específica.*—El supuesto normal del legado es que la cosa figure en el patrimonio del testador en el momento de hacer testamento y en el de su muerte. En esta hipótesis el legatario adquiere inmediatamente la cosa en el momento de la muerte del testador, pasando la propiedad *recta via* de el difunto al legatario sin mediación del heredero, quien tan sólo está obligado a entregarla (art. 862). Es, por tanto, errónea la doctrina sostenida por algunas Cortes, según la cual el legado de cosa cierta y determinada perteneciente al testador en propiedad origina un derecho de crédito en el legatario, análogamente a lo que sucede en el legado de cantidad (1). Uno de dichos

*dir. vigente* (*Riv. it. p. le sc. giur.* XLVII, 1910, pág. 315); Cicu en *Riv. dir. civ.*, III, 1911, páginas 136 y siguientes. Bonfante, *Il prelegato e la successione* (ib. VI, 1914, páginas 753 y siguientes, y en *Scritti giur.*, I, páginas 443 y siguientes).

(1) Así primeramente la Casación de Roma de 3 de Junio de 1913 (*Foro it.*, 1916, I, pág. 1.409) y la Casación de Turín de 3 de Enero de 1917 (*Foro it.*, 1917, I, pág. 275) y la Apelación de Turín de 25 de Abril de 1917 (*Foro it.*, 1918, I, pág. 82). Contra esta doctrina absolutamente insostenible se han pronunciado multitud de autores: Ascoli en *Riv. dir. civ.*, 1916, páginas 802 y siguientes. 1917, páginas 325 y 529; 1919, pág. 500; Chironi en *Foro it.*, 1917, I, páginas 1.050 y siguientes;

supuestos puede faltar, pero tal falta no genera siempre la nulidad o la ineficacia del legado. Si la cosa existía al tiempo de otorgarse el testamento, pero perece viviendo el testador, el legado es ineficaz (art. 893, primera parte).

Puede también dicho legado ser ineficaz si la cosa perece después de la muerte del testador; aplicando los principios generales de las obligaciones, tendremos que el legado será ineficaz si la cosa perece sin hecho o culpa del heredero; y lo mismo si la cosa pereció después de constituirse en mora el heredero, siempre que se pruebe que la cosa hubiera perecido igualmente si hubiera estado en poder del legatario (art. 893, segunda parte). Viceversa, la cosa puede formar parte del patrimonio del testador al tiempo de su muerte y no integrar dicho patrimonio al tiempo de hacer testamento; es el caso en que uno lega una cosa no propia que adquiere luego de haber hecho testamento. La disposición es válida, pues basta que la cosa pertenezca al disponente en el momento de su muerte (art. 837). De esto se desprende que si el testador dispone como propia de una cosa que figura en una cierta especie o género y tal cosa no se hallara en el patrimonio del disponente al tiempo de su muerte, el legado carece de eficacia (art. 841); podrá a lo sumo tener efecto por lo que figure en el patrimonio del testador, no por todo lo que éste hubiere dispuesto (art. 841).

β) *Legado de género*.—La cosa puede venir determinada en su género por haber indicado el testador su número, medida o cantidad. Debe tratarse de cosas muebles a las cuales son aplicables los conceptos de género y cantidad, no de inmuebles. Tal legado es válido aun cuando en el patrimonio del testador no se halle cosa alguna del género designado al tiempo de hacer testamento, ni al de morir el testador (art. 840). Si del género indicado hubieren en el patrimonio del testador varias cosas, la elec-

Losana, *ib.*, 1918, I, páginas 82 y siguientes; Solarri, *ib.*, páginas 36 y siguientes.

Aun en caso de aceptación de la herencia con beneficio de inventario se da el tránsito inmediato de la propiedad del difunto al legatario, como ha demostrado en forma nueva Piacentini, *Legati de proprietà e beneficio d'inventario (Riv. dir. civ., XIII, 1921, páginas 313 y siguientes)*.

ción corresponde ante todo al heredero, el cual no puede ofrecer la mejor ni la peor (art. 870). La elección puede encomendarse por el testador a un tercero, y también en este caso rige la norma que ordena elegir la cosa de la clase mediana calidad (artículo 871); y si el tercero se niega a elegir o no puede elegir por muerte u otro impedimento, hará la elección la autoridad judicial (art. 872). Puede, finalmente, encomendarse la elección al propio legatario; en tal caso éste puede elegir la mejor de las cosas de la herencia; si no hubiere, deberá elegirla de clase mediana (art. 873). El derecho de elección conferido al heredero o legatario se transmite a sus herederos; la elección, una vez hecha, es irrevocable. Cuando en el patrimonio del testador hubiere solamente una cosa del género indicado por él, no cabe derecho de elección; el legatario tiene derecho a esa cosa y el gravado con el legado no puede ofrecerle otra (art. 875).

γ) Una especie particular del anterior constituye el *legado de cosa a tomar de un cierto lugar*; trátase de cosa o de cantidad de un cierto género, género que se individualiza designando el lugar en que se hallan las cosas legadas. El legado es válido si las cosas legadas se hallan efectivamente en el lugar indicado y sólo es eficaz con respecto a las que se hallen en dicho lugar (artículo 842); y debe este legado interpretarse en el sentido de comprenderse en él las cosas de que, dados los hábitos del testador, debían haberse hallado en tal lugar aun cuando no se encuentren en él materialmente, excluyéndose, en cambio, las que accidentalmente se encontrasen en el lugar indicado si no fuese éste el correspondiente según los aludidos hábitos.

δ) *Legado alternativo*.—Es también válido el legado de una cosa entre varias determinadas o legado alternativo. Aplicando el principio recto en materia de obligaciones alternativas, el artículo 374 declara que cuando el testador nada hubiere dispuesto sobre la elección, se presume que ésta corresponde al heredero (que es el deudor del legado). El derecho de elección se pierde aunque el legado sea plenamente válido cuando sólo quedare una cosa (art. 894). Por lo demás, se aplican las normas propias del legado de género.

ε) *Legado de universalidad*.—Del mismo modo que pueden legarse una cosa o un derecho singulares, pueden legarse también conjuntos de cosas o de derechos, es decir, universalidades de hecho (una grey, una biblioteca) o de de derecho (el haz hereditario, la hacienda comercial). El legatario adquirirá dicho conjunto como lo halle en el patrimonio hereditario, aun cuando el conjunto se reduzca a una sola cosa.

ζ) *Legado de crédito*.—Del mismo modo que un crédito puede transmitirse a título particular por actos *inter vivos*, así también puede transmitirse mediante legado. Dejado al legatario el crédito que el testador tenía contra un tercero, dicho crédito pasa al legatario, quien sustituye (como en la cesión) al primitivo acreedor. Este legado sólo es eficaz por la parte del crédito que subsista al tiempo de morir el testador; el heredero no está obligado a garantizar al legatario la exigibilidad de dicho crédito, su única obligación es entregarle los títulos del crédito que se hallasen en poder del testador (art. 844). Una subespecie de este legado es el *legatum liberationis*, en que lo que se lega es un crédito del testador contra el legatario; esta disposición funciona como remisión de la deuda hecha por acto *mortis causa*. Puede concebirse también un legado de deuda cuando el testador legue a su acreedor lo que le debe; este legado tendrá valor práctico en el caso tan sólo de que mediante esta disposición el testador procure una ventaja al legatario, por ejemplo, convirtiendo en pura una deuda condicional o a término. Pero si el testador, sin hacer mención de su deuda, ordena un legado en favor de su acreedor (por ejemplo, el testador debe 100 a Ticio y lega 100 a éste sin aludir para nada al débito), según el artículo 845, el legado se presume hecho no para pagar la deuda, sino para efectuar una liberalidad.

η) *Legados anuales o periódicos*.—Puede legarse una prestación a realizar en años o períodos de tiempo más o menos largos, como una renta vitalicia o una pensión.

Las prestaciones anuales que deben reputarse intereses de un capital único serán debidas al legatario por la persona gravada con el legado en época de los vencimientos; comenzarán a devengarse desde el día de la muerte del testador (art. 266).



Para el cálculo de los períodos en que la prestación se distribuye (por ejemplo, años, meses), el término primero comienza desde la muerte del testador, y el legatario adquiere el derecho a toda la cantidad debida por el período en curso, aunque hubiese vivido solamente al principio del mismo. El legado no podrá, sin embargo, exigirse si no después de haber vencido el término. No está sujeto a esta norma el legado de alimentos que corresponde a esta categoría. Cuando el testador no fije la cantidad de dicho legado se fijará con arreglo a las necesidades del alimentado y a las posibilidades económicas del gravado con esta carga. Tal legado comprende subsistencia, vestido, habitación y las demás cosas necesarias mientras viva el legatario, pudiendo abarcar, según las circunstancias, lo relativo a su instrucción, que habrá de ser la correspondiente a su condición (art. 846).

6) *Legado de cosa ajena* (1).—La cosa legada puede no pertenecer al testador. Pero habrá que distinguir a quién de los extraños pertenece.

Si pertenece al propio legatario, el legado es nulo, pues no se puede atribuir al propietario la cosa que ya le pertenece. De aquí el precepto del art. 843: «Es nulo el legado de cosa que al tiempo de hacer testamento perteneciese en propiedad al legatario». Sin embargo, esta nulidad tiene un límite. La cosa puede pertenecer al legatario después, al tiempo de la muerte, no antes; en tal caso, el legatario que adquirió la cosa del testador o de otro sufrió (si la adquisición fué a título oneroso) un sacrificio patrimonial, y el legado puede reputarse tendente a compensar de este sacrificio; el legado de aquella cosa se transforma en legado de su valor económico; así que el legatario podrá reclamar el precio del heredero. Pero es supuesto necesario en tales casos que el legatario, para adquirir la cosa, haya desembolsado su precio, sufrido un sacrificio económico, es decir, que haya habido una adquisición a título oneroso. Si la adquisición se hubiere

(1) Chironi, *A proposito del legato di cosa propria dell'erede o del legatario* (en *Scritti per Moriani*, II, páginas 279 y siguientes); Scuto, *Il legato di cose non esistenti nel patrimonio del testatore con particolare riguardo al legato di cosa altrui* (*Riv. dir. civ.*, VIII, 1916, páginas 17 y siguientes).

hecho a título gratuito, por ejemplo, por efecto de una donación, habría concurso de dos causas lucrativas: donación y legado, tal concurso extingue la obligación del heredero de abonar al legatario el valor de la cosa (1), pues la voluntad del testador carece de contenido práctico cuando el favorecido ha conseguido ya la misma cosa por título lucrativo distinto (art. 843) (2).

Cuando la cosa legada pertenezca al heredero o a la persona gravada con el legado, la disposición es plenamente válida; con ella disminuye el testador el beneficio del favorecido en lo que importa el valor económico de la cosa que no está en la herencia, pero que debe entregarse por el gravado a expensas de la herencia (art. 838).

Cuando la cosa pertenezca a un tercero, no puede decirse sin más que el legado sea nulo o válido. Lo decisivo es la consciencia del testador de que la cosa es ajena, y (para evitar dudas y averiguaciones difíciles) si expresó o no dicha circunstancia en la misma disposición. Entre el Derecho romano, que declaró válido este legado, y la legislación francesa, que lo declaró nulo, nuestro Código adopta una solución intermedia: el legado es válido si el testador sabía que la cosa era ajena y lo expresó así en el testamento. El heredero estará obligado a adquirir la cosa legada para entregarla al legatario o a pagar a éste su justo precio.

Puede ocurrir que la cosa legada no pertenezca toda ella al tercero porque una parte de la misma pertenezca al testador, al

(1) Cfr. § 6 *Inst.* 2. 20: *Si res aliena legata fuerit et eius vivo testatore legatarius dominus factus fuerit, si quidem ex causa emptionis ex testamento actione pretium consequi potest: Si vero ex causa lucrativa veluti ex donatione vel ex alia simili causa agere non potest, nam traditum est duas lucrativas causas in eundem hominem et in eandem rem concurrere non posse.*

(2) Sobre el *concursum duarum causarum lucrativarum*, que es una causa especial de extinción de las obligaciones, y sobre su fundamento histórico racional en Derecho romano, vid. Sell. *Ueber die röm. rechtl. Aufhebungsart der Obligation durch concursus causarum lucrativarum*. Zürich, 1839; Schmiedt, *Erklärung der Rechtregel über das Zussammentreffen zweier causae lucrativae (dahrbb. f. die Dogm., XX, páginas 411 y siguientes)*; Ferrini, *Sul concursus duarum causarum lucrativarum (Reud. Ist. Lom., 1891)*; Di Marzo, *Appunti sulla dottrina della causa lucrativa (Bull. ist. dir. rom., XV, páginas 91 y siguientes)*.

heredero o al legatario; el legado es válido en su totalidad si el testador quiso legar toda la cosa (art. 839) (1).

*Modalidades.*—También los legados pueden contener modalidades, y a diferencia de lo que ocurre en la institución de heredero, toda clase de modalidades, esto es, condiciones, modos y términos.

Pueden repetirse aquí las observaciones hechas a propósito de la institución de heredero (párr. 146) porque en general, y salvo las variedades que a continuación estudiaremos, rigen las mismas reglas.

La condición en el legado puede ser suspensiva o resolutoria, pues la disposición a título particular, condicionada resolutoria-mente, no contrasta con el principio de la perpetuidad del título hereditario. Vale también la norma que considera no puestas las condiciones imposibles e ilícitas (art. 849) y las que reputa contrarias a la ley, las de celibato o viudez (art. 850). Sin embargo, si un legado de usufructo, de uso de habitación, de pensión u otra prestación periódica hubiere sido hecho para el tiempo del celibato o de la viudez, el legado es válido (aun cuando entre testador y legatario no hubiere relación conyugal), y el legatario tendrá el goce durante su celibato o viudez (art. 850).

También pueden pōnerse términos iniciales o finales a los legados (art. 851). En cuanto al término, conviene notar que, si coinciden con la muerte del legatario o con la muerte de la persona gravada con el legado, de modo que en este momento el beneficio pase a otra persona, habría en tal caso una sustitución fideicomisaria larvada, que está prohibida. Hecho un legado bajo condición suspensiva o con término inicial, habrá que garantizar al favorecido la efectividad del legado, que podría *medio tempore* quedar destruída; por esto el heredero o legatario gravado con el legado puede ser constreñido por el favorecido a prestar caución u otra garantía bastante (art. 856) (2).

(1) Vide Venzi en *Pacifici Ist.*, VI, pág. 887, n. d.

(2) En cuanto al término incierto y a la regla romana, *Dies incertus in testamento condicionem facit*, por lo que el legado no es transmisible. Brunetti, *Il dies incertus nelle disp. testam.* Florencia, 1893; íd., *Termine incerto nei testamenti* (en *Scritti giur.*, II, páginas 154 y siguientes).

*Adquisición.*—El modo como el legatario adquiere el legado es muy discutido por los autores. Declara el art. 862 que un legado puro y simple atribuye desde el día de la muerte del testador al legatario el derecho transmisible a sus herederos de obtener la cosa legada. Los más deducen de esto que el legado se adquiere *ipso iure* sin necesidad de aceptación ni siquiera de la aceptación que en la institución de heredero funciona como confirmación de la adquisición consumada por la ley. Sólo una declaración es concebible en el legatario y produce efectos: la renuncia al legado. Estiman otros que la regla de la herencia no varía para los legados, y que también para éstos se requiere la aceptación, así que, transcurridos treinta años desde la muerte del *de cuius* sin que el legatario hubiere aceptado, pierde éste su derecho. Debe seguirse la primera opinión, pues el alcance de artículo 862 es bien claro. El momento de la adquisición es el de la apertura de la sucesión: si el legado está sujeto a condición suspensiva, al verificarse éste es cuando se adquiere el legado; si el legatario muere antes de que la condición se cumpla, el legado es ineficaz (art. 890). La oposición de un término o de una condición que, según la intención del testador, sólo suspenda la ejecución, no impide que el legatario tenga un derecho adquirido y transmisible a sus herederos desde el momento de la muerte del *de cuius* (art. 854); lo que en tal caso se suspende no es la adquisición del derecho, sino la ejecución del mismo, es decir, la acción para demandarlo (art. 867).

La adquisición del legado determina en el favorecido con el nacimiento de un derecho de crédito contra el heredero o la persona gravada con el legado; pero cuando se trate de cosa determinada o de derecho sobre una cosa determinada que pertenezca al testador, produce además la transmisión de la propiedad o del derecho real. En virtud del crédito, el legatario tiene acción contra el gravado con el legado para constreñirle a que lo ejecute, a que realice la prestación, a que entregue la cosa legada. Pero aunque por tratarse de legado de cosa determinada la propiedad se transmita inmediatamente al legatario en virtud del testamento, dicho legado no tiene *ipso iure* la posesión de la cosa, porque

poseedor es solamente el heredero. El legatario puede pedir al heredero la posesión de la cosa legada (art. 863); no podría por sí solo tomar posesión de la cosa sin violar la relación posesoria del heredero.

La cosa legada debe entregarse al legatario con todos sus accesorios necesarios y en el estado en que se hallaba el día de la muerte del testador (art. 876). Cuando el legado sea de un inmueble, formarán parte de éste los adornos, construcciones y ampliaciones nuevas, sin que comprenda en cambio tal legado las adquisiciones con que—después de ordenado el legado—se aumente el inmueble, aunque se trate de aumentos contiguos (artículo 847). No corresponden tampoco al legatario *ipso iure* los frutos de la cosa o los intereses de la suma legada; debe reclamarlos al gravado con el legado, y se devengarán desde el día en que se dedujese la demanda o desde aquel en que el gravado con el legado hubiese prometido la prestación del mismo (artículo 864).

En dos casos solamente corresponden al legatario estos frutos e intereses desde el día de la muerte del testador: cuando el testador lo hubiere ordenado así expresamente o cuando el legado sea de un predio, de un capital o de otra cosa fructífera (artículo 865 (1)).

Si la cosa legada soportare el gravamen de un canon, de una renta fundiaria o de otra carga predial, el legatario habrá de soportar también dichos gravámenes o cargas. Si la cosa legada estuviese gravada con una renta simple, un censo u otra deuda de la herencia o de un tercero, el heredero vendrá obligado al pago de los intereses o anualidades y capital del débito, a no ser

(1) Para eliminar la aparente contradicción de los artículos 864 y 865 habrá que entender por «capital» un capital fructífero, esto es, que se emplea para que produzca (por ejemplo, concedido a mutuo con interés) por el propio testador; por «cosa fructífera» habrá que entender todo, bien que por su naturaleza o por el destino que el testador le hubiere dado, resultase productivo. Por tanto, el legado genérico de una suma de dinero no confiere al legatario derecho a los intereses desde el día de la muerte del testador y sí solamente desde el día en que se dedujo la demanda.

que el testador hubiere impuesto al legatario total o parcialmente dicha carga (art. 878).

Finalmente, todos los gastos ocurrientes a la prestación del legado corren a cargo de la herencia, salvo que el testador los hubiere impuesto al legatario.

Corren también a cargo del legatario el importe de la tasa o impuesto de sucesión por la cosa legada, aun cuando lo pague el heredero, quien tiene acción de reembolso contra el legatario (artículo 877).

### § 149.—*Revocación e ineficacia de las disposiciones testamentarias*

Brugi, *Ist.*, § 101; Pacifici, *Ist.*, VI, págs. 452, 870; Chironi, *Ist.*, II, §§ 479, 483; Zachariae, *Man.*, IV, §§ 734-737; Aubry y Rau, *Cours*, VII, §§ 724-727; Planiol, *Traité*, III, números 2.836 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, III, §§ 563-566, 638-641.

Conviene distinguir de un modo preciso los conceptos de revocación e ineficacia, y en este último concepto subdistinguir los de nulidad y caducidad de la disposición.

*Revocación* (1).—El testamento, como acto esencialmente revocable, puede revocarse por el testador total o parcialmente, y tan esencial es este carácter, que no puede renunciarse de la libertad de cambiar o revocar las disposiciones testamentarias (artículo 916). Puede revocarse todo el testamento en su conjunto o una o varias de sus disposiciones; la revocación se efectúa mediante un testamento posterior o mediante documento

(1) Vitali, *Della revoca nel concorso di più testamenti della stessa data* (*Riv. it. p. le sc. giur.*, I, 1886, páginas 409 y siguientes); Messina-Vitrano, *Sulla dottrina romana della revoca tacita dei legati e fedecommessi*, Palermo, 1914; íd., *Ancora sulla dottrina*, etc. (*Annali Fac. di Perugia*, 1919); ídem, *L'alienazione della cosa legata o fedecommessa da Celso a Giustiniano* (*Ann. Fac. Perugia*, 1920); Albertario, *Sulla revoca tacita dei legati e fedecomm.*, Pav., 1919).

autorizado por un Notario en presencia de cuatro testigos que lo suscriben, en el que declara el testador personalmente su voluntad de revocar todo o parte del testamento anterior (art. 917). Cuando el documento testamentario se halle en poder del testador (como ocurre normalmente con el testamento ológrafo), la revocación suele tener lugar con la destrucción de dicho documento. Si el testamento ológrafo se hubiere confiado en depósito a un Notario, o si se trata de testamento secreto, la ley no obliga a hacer nuevo testamento o a redactar documento formal de revocación para que aquél sea ineficaz; autoriza al testador para retirar el documento del poder del Notario, previo levantamiento de acta de restitución en la que intervendrá para mayor garantía el pretor del distrito (art. 922).

Cuando la revocación se verifique mediante testamento posterior, sólo el último será eficaz, dejando de serlo los anteriores. Pero el testamento nulo no puede revocar un testamento anterior válido (art. 918), y viceversa, si mediante un testamento posterior se revoca otro anterior, la revocación es plenamente eficaz aun cuando el testamento posterior caduque, es decir, no se ejecute por haber premuerto el heredero instituido o el legatario o por ser éstos incapaces o por renunciar a la herencia y al legado (art. 921).

La revocación puede ser *expresa y tácita*; es tácita, además de en el caso de destrucción del documento, siempre que una disposición posterior contraste por incompatibilidad con otra anterior. Pueden coexistir varios testamentos mientras no sean incompatibles sus disposiciones; cuando hubiere incompatibilidad, prevalecerá la última, tal vez porque el testamento es expresión de última voluntad. De aquí la norma del art. 920, por la que el testamento posterior que no revoca de modo expreso los precedentes, anula de éstos sólo aquellas de sus disposiciones que fuesen contrarias a las nuevas o incompatibles con ellas. Revocada la disposición, no puede ésta revivir sino mediante manifestación idónea de voluntad, es decir, mediante un nuevo testamento (art. 919); no basta el retirar o anular el documento revocatorio anterior; en otros términos, la revocación de

la revocación no hace revivir el primitivo testamento (1). En cuanto a los legados, vale como revocación tácita de los mismos, la enajenación hecha por el testador del todo o parte de la cosa legada, aunque sea con pacto de retro; la enajenación implica revocación del legado aunque la enajenación sea nula o la cosa vendida reingrese en el patrimonio del testador (art. 892). Equivale a una enajenación e implica también revocación, la transformación de la cosa legada hecha por el testador de modo que pierda su anterior forma y correspondiente denominación.

Además de por voluntad expresa o tácita del testador, la revocación puede tener lugar legalmente, es decir, cuando interpretando la ley la voluntad del testador la sustituye, por estimar que el propio testador habría en el caso dado revocado la disposición.

Estos casos de revocación legal son dos, y se refieren a la existencia de hijos del testador que éste no hubiera tenido en cuenta en el testamento, es decir, existencia de hijos ignorados por el testador o superveniencia de hijos posteriormente al otorgamiento del testamento.

La ley parte del supuesto de que si el testador hubiese sabido tener hijos o hubiese previsto que los tendría, no habría dispuesto en favor de extraños o solo de los hijos que tenía o sabía tener, sino que habría tenido en cuenta también al hijo ignorado o sobrevenido. Ahora bien, como no es posible establecer ni siquiera por presunciones en qué medida lo habría favorecido, y como se debe presumir, por otra parte, que no habría limitado la disposición a la cuota de reserva, la ley declara ineficaz todo el testamento y revoca éste basándose en la presunta voluntad del testador. «Las disposiciones a título universal o particular hechas por quien al tiempo de otorgar el testamento no tenía o ignoraba tener hijos o descendientes, quedan revocadas de derecho por la existencia de un hijo o descendiente legítimo del testador, aunque sea póstumo, legitimado o adoptivo. Lo mismo

(1) Tampoco bastaría una disposición que contuviere una simple alusión al testamento revocado, para hacer revivir éste. Ascoli, en *Riv dir. civ.*, XV, 1923, pág. 185.



ocurre cuando el hijo estuviese concebido al tiempo de otorgarse el testamento y cuando se trata de hijo natural legitimado que hubiese sido reconocido por el testador antes de hacer testamento y legitimado después de éste» (art. 888). Es conforme al espíritu de la norma, que si el testador hubiese previsto el caso que existiesen o sobreviviesen otros hijos, no tenga lugar la revocación (art. 888). Responde también a los principios generales el otro precepto del art. 889 de que si los hijos o descendientes sobrevinidos premueren al testador, no se revoque la disposición (1).

*Nulidad.*—Hay nulidad en sentido estricto cuando todo el testamento o una de sus disposiciones no es válido por falta de un requisito esencial o por inobservancia de una norma inderogable. Nulo es el testamento que no se hace en forma escrita o que aun siendo escrito carece de las solemnidades prescritas, es nulo también cuando el testador es incapaz. De aquí deriva que el testamento posterior nulo, como es ineficaz, tampoco pueda revocar el testamento anterior (art. 918). Además de la nulidad hay la anulabilidad o rescindibilidad de la disposición por vicios que la afecten (por ejemplo, un vicio de voluntad) o por inobservancia de un precepto que no genera cuando es infringido la nulidad del acto, pero que confiere al interesado una acción de impugnación del mismo. A estas causas hay que añadir aquellas por las que una disposición está sujeta a la acción de reducción. Para sanar el vicio y producir la pérdida del derecho de impugnación, se dan la confirmación, la ratificación, el cumplimiento voluntario por los herederos después de muerto el testador (artículo 1.311).

*Caducidad.*—Caducidad es la ineficacia de una disposición testamentaria por causa sobrevinida: trátase de un obstáculo que no existía al tiempo de otorgarse el testamento, pero que sobreviene; de modo que mientras la disposición es válida en sí, por causa de dicho obstáculo resulta ineficaz. Estos obstáculos son aquellos que de existir al tiempo de hacerse la disposición,

(1) Ascoli, *La revoca delle disp. testam. per sopravven. di figli* (*Riv. dir. civ.*, I, 1909, páginas 12 y siguientes).

hubieran determinado su nulidad o hechos de diverso carácter. Son dignos de mención aquí la premoriencia sobrevinida del favorecido al testador o su comoriencia, la ausencia, la renuncia, el incumplimiento de la condición suspensiva o la indignidad del llamado o el no llegar éste a existir. Sintéticamente, aunque de modo incompleto, declara el Código en su art. 890: «Toda disposición testamentaria es ineficaz si el favorecido con ella no sobrevive al testador o es incapaz», y en el art. 891: «La disposición testamentaria caduca relativamente al heredero o al legatario que renuncia a ella».

Pero en los casos de premoriencia, ausencia e indignidad, la ley sienta una excepción al principio de caducidad admitiendo el derecho de representación en favor de los descendientes del heredero o del legatario premuerto, ausente o indigno. En efecto, el art. 890 dispone: «Los descendientes del heredero o legatario premuerto o incapaz adquieren la herencia o el legado en los casos en que se admitiría la representación en su favor si se tratase de sucesión intestada, a no ser que el testador hubiese ordenado indistintamente, o que se trate de un legado de usufructo o de otro derecho de carácter personal».

Con esto el derecho de representación, que es institución propia de la sucesión legítima, se trasplanta al campo de la sucesión testamentaria contra la tradición histórica (con arreglo a la cual la representación sólo se aplica en la sucesión *abintestato*) y violentando un poco la voluntad del testador. En efecto, si en la sucesión legítima es lógico que los hijos o ulteriores descendientes del premuerto ausente o indigno sucedan en lugar de éstos por ser como es igual el afecto que el difunto profesó a sus hijos que el que profesaba a los descendientes de éstos, en la sucesión testamentaria el testador dispone en favor del instituído, y si hubiera querido favorecer a los descendientes ulteriores los habría tenido en cuenta en su testamento; al omitirles es dudoso por lo menos si el testador habría querido favorecerles en defecto del instituído. Sin embargo, la ley ha creído oportuno presumir tal voluntad admitiendo que el testador pueda evitar los efectos de dicha presunción excluyéndolos expresamente.

Hay entablada viva discusión sobre los límites de la representación en la sucesión testamentaria. En la sucesión legítima la representación sólo tiene lugar en el caso de herencia; en la testamentaria se aplica también a los legados. Pero no ciertamente a cualquier heredero o legatario; debe siempre darse el requisito esencial de la representación: que el heredero o legatario sea hijo, hermano o hermana del testador. Si fuese pariente de éste en otro grado, o si fuese un extraño, sus descendientes no podrían reclamar por sí la herencia o el legado. No se requieren más condiciones; no se requieren las que son supuesto necesario de la representación en la sucesión *ab intestato*, como la falta de otros parientes más próximos o la igualdad de las cuotas (1).

### § 150. — *Ejecutores testamentarios*

Brugi, *Ist.*, § 100; Pacifici, *Ist.*, VI, pág. 480; Chironi, *Ist.*, II, pág. 478; Zachariae, *Man.*, IV, § 725; Planiol, *Traité*, III, números 2.813 y siguientes (2).

Para asegurar el respeto a la voluntad del difunto y para eliminar o disminuir los litigios entre herederos, legatarios y demás beneficiados por el testador, aparece la institución de los ejecutores testamentarios, de personas en las que el testador deposita

(1) Vide Buniva, *Interpret. dell'art. 890*, Torino, 1873; De Crescenzo, *Consid. sul capr. dell'art. 890, C. civ. it.* (*Atti R. Acc. di Napoli*, XXIII, 1889); Basile, *La rappresent. nelle success. test.* (*Arch. Giur.*, 1901, páginas 101, 226 y siguientes); Porrini *Il dir. di rappresent. testam. nella linea collaterale* (*Foro it.*, 1919, I, páginas 591 y siguientes); Pescatore, *Sull'art. 890* (en *Filos e dottrine giur.*, I, pág. 195); Diena, *Studi sull'art. 890* (*Arch. Giur.*, XVII); Porro, *Studi sull'art. 890*, Turin. 1885; Scialoja, *La devoluzione legittima dell'eredita in caso di caducita del test.* (en *Studi per Fadda*, III); Melucci, *L'antinomia degli articoli 765 e 766, col. cpr. dell'art. 890 C. civ. it.*, (en *Studi per Fadda*, III); Bozzo, *Interpret. del cpr. del art. 890 C. c.* (*Filang.*, 1908, páginas 241 y siguientes); Venzi en Pacifici, *Ist.*, VI, pág. 471.

(2) Es muy abundante la bibliografía, singularmente en lo concerniente a los orígenes históricos de la institución: Scholz, *über Testamentsvollzieher besonders in Anwendung auf das Geschäftsleben*, Altenburg, 1841;

su plena confianza y a quien encomienda el encargo de ejecutar o cumplir su voluntad y el de velar por que ésta sea respetada.

Los orígenes de esta institución desconocida en el Derecho romano y columbrada tan sólo en el derecho justiniano deben buscarse en la alta Edad Media. El problema histórico es aún hoy objeto de discusión, como lo son también la construcción dogmática y la justificación teórica de los poderes conferidos al ejecutor testamentario. Hay quien ve en éste un representante del heredero, otros un representante de los legatarios y acreedores de la herencia, otros un representante de la herencia concedida como un patrimonio autónomo. Los más creen que el representado es el propio testador de quien el encargo procede y cuya voluntad debe cumplirse. La fuente de esta representación suele estimarse un mandato, pero el mandato como acto *inter vivos* y bilateral es incompatible con el testamento, que es acto unilateral y *mortis causa*; por ello se recurre a la figura del *mandatum post mortem* o a la idea de un mandato *sui generis* para explicar la anomalía de que mientras el mandato ordinario cesa a la muerte del mandante, éste surge, nace en tal momento; de que mientras en aquél el vínculo se origina por el consentimiento, en éste se origina en dos declaraciones unilaterales de voluntad separadas (testamento y aceptación); que mientras el mandato es revocable y al transferirse al heredero los derechos del

Sturin, *Die Lehre von den Testaments. vollziehern nach. gem. u. preuss. Rechte* (Sahrbb f. die Dogm., N. F. XX. 1882, páginas 91 y siguientes); Rosenthal, *Die rechtliche natur der Testaments. execution*, Breslau, 1883; Rosshirt, *über Testaments. executoren* (Zeitschr. für civil. u. Crim. R., II, pág. 217); Beseler, *Von den Testaments. volziehern* Zeitschr. für den, Recht. IX. páginas 114 y siguientes); Lissaner, *Die juristische Natur des Testametns. vollstrecker*, Erlanger, 1896; Le Fort, *Des executeurs testamentaires*, Genève, 1878; Auffroy, *L'evolution du testament. en France*, París, 1899; Caillemet, *Études sur les successions au moyen age.*, Lyon, 1901; Monferrato, *Επτελεοταιτων διασηων*, Athenais, 1911; Vitali, *L'esecuzione testamentaria nel dir. civ. it.*, Piacenza. 1898; Roberti, *Le origini dell'esecutore testamentario nella storia del dir. it* (Studi ec. giur. della Facoltà di Cagliari, V, 2, 1913, páginas 5 y siguientes); Sacchi Lodispoto, *L'esecuzione testamentaria nel dir. rom. barbarico* (Studi per Fadda, V, páginas 311 y siguientes); Messineo, *Contrib. alla dottrina dell'esecuz. testam.*, Roma, 1923.

difunto se transfiera también la facultad de revocar; en la institución que nos ocupa esta facultad no puede ejercitarse, etc. No faltan autores que, recurriendo al concepto del mandato, sostienen que se trata de un mandato sin representación; otros, que conciben la función del ejecutor como la de un curador especial; otros, que construyen dogmáticamente la figura como una función de derecho privado, esto es, como una función ejercida en nombre propio, aunque en interés ajeno.

En realidad la doctrina que mejor responde a la naturaleza de las cosas es la que considera el ejecutor testamentario como un representante del testador. Para buscar el origen de esta representación no es preciso recurrir a la figura del mandato (cuya aplicación aquí es imposible a no ser por vía de analogía o semejanza). Así como el testamento puede contener las más varias disposiciones de carácter patrimonial y no patrimonial, asignaciones de bienes propios y ajenos, constitución de derechos reales, creación de relaciones familiares y determinaciones relativas a la persona del disponente, a su cadáver, a las creaciones de su espíritu, a sus relaciones de orden moral y religioso, etcétera, así también puede contener un encargo que por ser afín o análogo en muchos de sus aspectos a la figura contractual del mandato, es un mandato. La relación se constituye, no contractualmente, sino con sujeción a los principios que presiden la sucesión *mortis causa*, especialmente la testamentaria.

El testador puede nombrar uno o más ejecutores testamentarios (art. 903); por regla general los elegirá entre las personas extrañas a la sucesión como garantía de imparcialidad y consiguientemente del mejor desempeño de la función; sin embargo, nada se opone a que pueda nombrar ejecutor a uso de los herederos o legatarios; ambas condiciones de favorecido y de ejecutor serán independientes, y como una y otra sólo voluntariamente se adquieren, puede muy bien el llamado a la herencia o al legado, asumir la condición de heredero o legatario y rechazar la de ejecutor o a la inversa, a no ser que el testador condicione una cualidad a la otra.

Como oficio que autoriza a celebrar actos de administración

y aun de disposición, la ejecución testamentaria sólo puede encomendarse a persona *capaz*; son, por tanto, incapaces para dicho cargo, los menores de edad, quienes ni con autorización del padre o del tutor, pueden asumir tal cargo (art. 905); también lo serán los interdictos por efecto de una pena o por enfermedad mental; aunque el menor emancipado y el inhabilitado gozan de una capacidad limitada, tampoco pueden ejercer dicho cargo, pues la ley, con fórmula amplia, prohíbe asumir éste a todos los que no puedan contraer obligaciones, exigiendo en el ejecutor una capacidad plena. Como poder que deriva del difunto y que tiene su causa jurídica en la muerte del causante, su nombramiento debe ser contenido en el *testamento*, sin que pueda hacerse por un *acto inter-vivos*. Como oficio privado que es, se asume espontáneamente y es libre y gratuito; *libre*, porque el ejecutor puede rechazar el nombramiento, aunque sea heredero o legatario; una vez aceptado, no puede abandonar las funciones que tal cargo lleva anejas sin justa causa, incurriendo en otro caso en responsabilidades análogas a las del mandatario que renuncia al mandato con perjuicio para el mandante (art. 1.761); *gratuito*, porque de derecho no le corresponde percibir emolumento alguno por la función que desempeña, y sí sólo el reintegro de los gastos hechos con ocasión del inventario y de la rendición de cuentas y de aquéllos que hubiere realizado por ser indispensables al ejercicio de sus funciones, gastos éstos que corren a cargo de la herencia (art. 911); deberá serle abonada retribución en el caso en que el testador se la hubiere expresamente señalado. Finalmente, por ser un oficio estrictamente personal, es intransmisible e indivisible; si el ejecutor muere, el cargo no se transfiere a sus herederos (art. 909); tampoco puede delegar en otro, salvo siempre la facultad de servirse de la competencia técnica o del auxilio de un tercero, subordinado o dependiente, que será extraño a la relación de ejecución testamentaria. Si los ejecutores fuesen varios, todos ellos deberán concurrir en la administración y gestión propias del cargo; cada ejecutor puede, cuando los demás estén impedidos o descuiden el cumplimiento de sus deberes, obrar por sí sólo como investido de poderes plenos, con

la consecuencia de ser todos solidariamente responsables respecto a la cuenta del patrimonio mobiliario que el testador les hubiere confiado (art. 910). En todos los demás casos debe admitirse la responsabilidad personal y separada de cada uno especialmente cuando el testador hubiese distribuído entre varios las diversas funciones asignando a cada uno su respectiva misión; en tal hipótesis los demás no podrían ingerirse en la esfera de acción atribuída a un ejecutor (art. 910).

El mayor o menor número de atribuciones del ejecutor depende de la voluntad del testador, por esto habrá que recurrir al testamento para fijar los límites de los poderes. En su defecto, se aplicarán las normas (supletorias) contenidas en la ley. Induciendo de ellas la idea general que las preside, puede decirse que la función del ejecutor consiste en administrar los bienes hereditarios, vigilar su conservación y custodia, realizar la parte de los mismos que precise para cumplir la voluntad del difunto, satisfacer los legados, proveer a los gastos necesarios para conservar los bienes y derechos hereditarios y para ejecutar el testamento. Como se ve, se trata de poderes distintos y crecientes, ya que se va de la administración a la disposición de los bienes.

Pero no siempre a los poderes de vigilancia y gestión acompañan los de disposición. Precisa a este respecto distinguir según que el testador hubiere o no atribuído la posesión de los bienes.

La ley permite al testador transmitir al ejecutor la posesión inmediata de todo el patrimonio mobiliario (art. 906) para asegurar así mejor el cumplimiento de su voluntad, el pago de los legados y gastos hereditarios, etc. En cambio, no puede transferir al ejecutor la posesión de los inmuebles por su mayor importancia; la misma posesión de los bienes muebles que le es transmitida, está sujeta a límites de tiempo: no puede durar más de un año, contado desde la muerte del causante (art. 906). Cuando se transfiere la posesión podrá hablarse de poderes de disposición del ejecutor limitados al fin que se ha dicho, esto es, al pago de los legados, de los gastos hechos para ejecutar el testamento, etcétera; los mismos poderes de administración son más amplios

cuando la posesión se transfiere que cuando no se transfiere. Esta posesión que la ley llama «inmediata», queriendo significar «real», es independiente y directa y no destruye la posesión de derecho, legítima que corresponde a los herederos sobre los bienes hereditarios; el precepto del art. 906 no se opone al del artículo 925, sino que crea al lado de la posesión de derecho y *nomine proprio* de los herederos una posesión de hecho y *nomine alieno* del ejecutor, al lado de la posesión legítima de aquéllos, una posesión natural de éste, es decir, que aparecen dos posesiones subordinadas, teniendo cada una distinta finalidad y protección diversa; así los herederos pueden (aun sin detentar las cosas), accionar contra los terceros y el ejecutor que es mero detentor y carece de *animus domini* puede realizar actos dispositivos. Es, pues, la posesión del ejecutor una posesión natural compatible con la posesión de derecho de los herederos y que vence a ésta en cierto modo, ya por ir acompañada del poder de enajenación, ya porque puede adquirirse directamente, pues el ejecutor puede efectuar la inmisión sin pedir autorización a los herederos. Por otra parte, dada la finalidad que tal posesión persigue, no puede ésta ser duradera (cesando al año), ni aun conservarse por todo el año, si antes de transcurrir éste los herederos hacen inútil tal posesión por cumplir ellos mismos lo querido por el testador; en efecto, los herederos pueden hacer cesar dicha posesión entregando al ejecutor una cantidad de dinero suficiente para el pago de los legados mobiliarios o justificando que fueron éstos satisfechos o prestando las oportunas garantías que aseguren el pago de los mismos del modo y en el tiempo queridos por el testador (art. 907).

Acompañe o no la posesión al encargo de la ejecución, las obligaciones fundamentales y específicas del ejecutor se pueden resumir de este modo:

a) Ante todo debe sellar los bienes hereditarios cuando entre los herederos los haya menores, interdictos, ausentes o personas morales.

b) Haya o no entre los llamados personas incapaces, debe proveer a la formación de inventario que se formará a presencia del heredero presunto o después de haberlo citado debidamente



(artículo 908), sin que el testador pueda dispensarlo de dicha obligación.

*c)* Debe cuidar de que el testamento se cumpla, de hacerlo publicar por los modos legales y de asegurar la efectividad de la voluntad en él contenida; tiene la facultad, no el deber, de sostener la validez del testamento, interviniendo en los juicios en que se impugne.

*d)* Debe proveer al pago de los legados y de los demás gastos originados por la sucesión con las cosas y el dinero que se hallen en el haz hereditario. Cuando en éste no se halle dinero suficiente, deberá pedir autorización a la autoridad judicial para proceder a la venta de los bienes muebles en cantidad suficiente a tal fin y cuando los herederos no hubieren consentido previamente dicha enajenación (art. 908; párr. 2.º).

*e)* En lo necesario a tal fin o dentro de los límites marcados por el testador, debe administrar con la diligencia de un buen padre de familia los bienes hereditarios, limitando su actuación a los actos meramente consecutivos o de mera gestión ordinaria; no podrá, por ejemplo, ejecutar a los deudores de la herencia en más de lo que precise para pagar los legados y los gastos sucesorios; tampoco podrá pagar las deudas hereditarias, porque esto corresponde a los herederos y es propio de la división.

*f)* Debe, finalmente, rendir cuentas de la administración al transcurrir un año desde su muerte (art. 908), con responsabilidad separada y personal de cada uno si son varios los ejecutores designados que aceptaron el cargo con responsabilidad solidaria de todos ellos si les fué transmitida la posesión de los bienes muebles (art. 910) y también en este caso con responsabilidad personal, si el testador asignó a cada uno determinada función y se mantuvieron en los límites de la misma.

La relación de ejecución testamentaria se extingue por la extinción de las funciones y como el límite máximo de un año se refiere únicamente a la posesión, puede el cargo durar más de un año. Dicho cargo cesa con la muerte del ejecutor porque su oficio es personal e intransmisible. Puede cesar por remoción, cuando respondiendo mal el ejecutor a la confianza del testador

o administrando mal, provoca el ejercicio por los herederos de la acción judicial y como consecuencia, una providencia del Juez, separándole de su cargo y ordenando se presten las oportunas garantías que aseguren los derechos de los legatarios y demás interesados (I).

## FIN DEL VOLUMEN SEGUNDO

(I) **NOTA DEL TRADUCTOR.**—En el Código civil español la institución de heredero tiene lugar independientemente de la denominación que dé el testador a sus disposiciones (artículos 659, 660, 668 y 768). La institución no es elemento esencial del testamento que, aun sin ella, tiene validez y puede ser parcial siendo compatibles las sucesiones testamentaria y abintestato (art. 764 y números 2.º, 3.º y 4.º del 912). Véanse también, en cuanto a requisitos de la institución, los artículos 763, 670, 671 y 750.

En cuanto a condiciones que pueden afectar la institución de heredero, véanse artículos 790 (posibilidad de instituir bajo condición, 791 (aplicabilidad del régimen de las obligaciones condicionales), 759 y 799 (efectos de las condiciones; nótese la contradicción entre el contenido de estos dos artículos, que los autores Clemente de Diego, Castán, explican considerando el art. 799 como una copia descuidada y errónea de los artículos 1.041 del Código francés y 854 del italiano que a la institución con condición suspensiva se refieren, a la institución a término incierto en la que aun ignorándose cuando el día ha de llegar forzosamente). Artículos 802, 803 y 804 y 1.120, 1.123, 795, 800, 801, 796, 798 (más afectos de la suspensión).

Las imposibles y las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres se tendrán por no puestas y en nada perjudicarán al heredero o legatario, aun cuando el testador disponga otra cosa (art. 792).

En nuestro Código civil es válida la institución desde o hasta cierto día (art. 805). La institución *sub modo* resulta acogida en el art. 797 del Código civil.

**Sustitución vulgar.**—Del art. 774 del Código civil español resulta ser la designación de segundo o ulteriores herederos para el caso de que la persona o personas primeramente instituídas mueran antes que el testador o no quieran o no puedan aceptar la herencia. Pupilar, la que pueden ordenar los padres y demás ascendientes designando sustituto a sus descendientes menores de catorce años, de ambos sexos, para el caso de que mueran antes de dicha edad (art. 755).

Ejemplar o cuasi pupilar, la que puede ordenar cualquier ascendiente nombrando sustituto al descendiente mayor de catorce años que, conforme a derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental (artículo 776).

**Sustitución fideicomisaria,** aquella en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y trasmita a un tercero el todo o parte de la herencia. Para que la sustitución fideicomisaria sea válida no ha de pasar del se-

gundo grado o ha de hacerse en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador (art. 781) Los llamamientos a esta sustitución han de ser expresos (art. 783). Nunca podrán gravar la legítima, y si recaen sobre el tercio destinado a mejora, sólo podrán hacerse en favor de los descendientes (art. 782).

*Legados.*—Legatario es el que sucede a título particular (art. 660). En cuanto a sus elementos, véanse artículos 858, 859 y 865. En cuanto a sus clases, especie, género, cantidad, alternativo, de cosa propia o ajena, empeñada gravada o sujeta a usufructo, uso o habitación, de crédito, de perdón o liberación, de deuda, de alimentos, educación, pensión, puros, condicionales y a término, modal, causal, etc., véanse artículos 882, 883, 884, 874, 875, 876, 877, 867, 868, 870, 871, 872, 873, 879, 880, 881, 790, 805, 797, 798 y 767.