hay legatario, por lo que no se requiere que el testador designe á los sacerdotes que han de decir las misas; esto es imposible hasta cuando el testamento se hace mucho tiempo antes de la muerte del testador; éste sólo podría designar al titular del oficio, lo que siempre dejaría incierta á la persona. Pero la persona de quien es llamado á prestar un servicio no debe ser cierta; ninguna ley, ningún principio lo exige. Queda el riesgo del fraude. Este subsiste, es cierto; no obstante, habría que suponer la capacidad del heredero, porque el ejecutor testamentario debe dar cuenta de su gestión (art. 1,031). Y si el heredero es realmente complice, no hay ya medio de evitar el fraude, supuesto que ya no hay persona interesada á descubrirlo. Hay una sentencia de la corte de Caen en este sentido. (1) El tribunal de primera instancia, á la vez que daba validez á la disposición, había visto en ella un legado hecho en provecho de la fábrica. Creemos más correcta esta decisión. La argumentación de la corte que acabamos de reproducir, es más sutil que verdadera. ¿Qué importa que las misas obedezcan á una tarifa? No por eso la remuneración deja de constituir una ventaja, es decir, una liberalidad. Diariamente se lega á las fábricas para que manden decir misas. ¿Y qué diferencia hay entre las misas de que se encarga una fábrica y las que un ejecutor testamentario manda decir? La fábrica es para las obras pías lo que la junta de beneficencia para las limosnas; así es que á la fábrica se dirigen las disposiciones generales que tienen por objeto oraciones; el ejecutor testamentario tiene únicamente por objeto velar en que se ejecuten las disposiciones. No habría excepción en el rigor de estos principios sino por las obras pías que se precisasen, tanto respecto á su objeto como respecto á las personas gratificadas.

1 Caen 30 de Noviembre de 1865 (Dalloz, 1866, 1, 43).

322. La jurisprudencia se pronuncia por una opinión más rigurosa. A decir verdad, el rigor no es más que aparente; más bien es favorable al testador, en el sentido de que tiene una garantía de que sus voluntades bienhchoras ó piadosas serán ejecutadas. Si él mismo dispone en provecho de personas determinadas, se ejecutarán los legados, como todas las demás disposiciones. Si él hace un legado general de oraciones ó de buenas obras, debe sustituir á la oficina de beneficencia y á la fábrica; éstos son establecimientos públicos que están vigilados por la comuna y el Estado, y los cuales, con tal título, ofrecen al difunto garantías que no presentan los legatarios ficticios y los ejecutores testamentarios. Importa poco, después de todo, que nuestra opinión sea rigurosa ó nó, porque de lo que se trata es de saber si es conforme á los principios. Hemos tratado de probarlo; y los argumentos invocados por la jurisprudencia no son tales que perturben nuestra convicción. Nada más lícito, se dice, como los legados hechos por el testador para oraciones y buenas obras; son más bien una liberalidad que el cumplimiento de su deber. (1) No lo ponemos en duda; querríamos que todo testador hiciese un legado pío, salvo el aplicarlo á la instrucción y educación de los desheredados de este mundo. Pero si estos legados son lícitos y loables ¿no tiene uno el derecho de exigir que el testador los haga en una forma lícita? Se objeta que, no pudiendo preveer cuáles son los infelices que tengan las mayores necesidades, debe permitirse al testador que se atenga á amigos ó á hombres que tienen toda su confianza. Nosotros contestamos que hay establecimentos públicos que precisamente tienen por misión recibir los donativos que se dirijan á los pobres en general,

1 Denegada de la sala de lo civil, 16 de Julio de 1834 (Dalloz, "Disposiciones," núm. 335, 3º)

ó que tienen un objeto religioso. ¿Quién más capaz de administrar estas liberalidades que las juntas de beneficencia y las fábricas? Más agreguemos: la ley misma las indica, porque exige que los legados hechos á los pobres los acepte la junta de beneficencia. ¿Y cuál es la diferencia entre un legado hecho á los pobres y un legado destinado á buenas obras? ¿No consisten las buenas obras en limosnas, en socorros dados á los infelices? Así, pues, unos y otros deben atribuirse al establecimiento que tiene misión de recibirlos y capacidad para cumplir las intenciones del testador.

Nos encontramos con una singular objeción en varias sentencias; el art. 967, se dice, da pleno poder al testador para disponer como se le ocurra; luego de cualquiera manera que haya manifestado la voluntad, debe respetarse. (1) ¿Qué es, pues, lo que se dice en el art. 967? Que "toda persona podrá disponer por testamento, sea con el título de institución de heredero, sea con el título de legado, sea bajo otra denominación cualquiera propia para manifestar su voluntad." Como lo diremos al tratar de los legados, esta disposición tiene por único objeto abolir el principio del derecho romano que exigía una institución de heredero para la validez del testamento; ciertamente que el art. 967 no pretende dar validez á liberalidades que se dirigieran á personas inciertas; más bien, se le podría invocar contra semejante doctrina, porque exige que el testador manifieste su voluntad, y naturalmente en el testamento, y no por una declaración de intención verbal y secreta. Esto resulta de la misma definición del testamento que da el art. 895; el testador es el que dispone; por lo mismo, él no puede abandonar la suerte de sus disposiciones á la voluntad ó á la conciencia de un legatario nominal ó de un ejecutor testamentario.

1 Burdeos, 19 de Agosto de 1814 (Dalloz, «Disposiciones,» número 336).

323. Hay sentencias que consagran la opinión que hemos enseñado. Un testador ordena que sus ejecutores testamentarios dispongan de todo su mobiliario, y que lo distribuyan á los pobres que juzguen oportuno, sin estar obligados á rendir cuenta alguna. Los ejecutores eran el alcalde y el adjunto de la comuna, los cuales no provocaron la aceptación del legado hecho á los pobres. Después de 1830, el nuevo alcalde obtuvo, como presidente de la junta de beneficencia, un decreto que autorizaba la aceptación del legado. Procedió contra los ejecutores testamentarios, que le opusieron la cláusula del testamento que les concedía poder pleno y los dispensaba de rendir cuentas. La corte de Donai decidió que el legado, aunque hecho por los pobres escogidos por los ejecutores testamentarios, se reputaba hecho para los pobres de la comuna; que, por lo mismo, la junta de beneficencia podía vigilar la ejecución de la liberalidad. En cuanto á la dispensa de rendir cuentas, se falló que debia entenderse de modo que no anulara el legado; aquellos á quienes el testador había querido gratificar, los pobres, ó por mejor decir, su representante legal, la junta de beneficencia debía tener el derecho de verificar el monto de las sumas percibidas por interés de ellos y asegurarse de que estas sumas habían recibido su destino. (1) En nuestra opinión, debe irse más lejos: instituir á los pobres es instituir al establecimiento que es el único que tiene calidad para representarlos; luego las sumas deben entregarse á la junta de beneficencia: ella las distribuye, salvo el ponerse de acuerdo con los ejecutores testamentarios.

Una sentencia de la corte de Riom nos va á manifestar á qué riesgos se expondría uno si se mantuvieran las disposiciones hechas en provecho de personas inciertas. El testador había hecho legados particulares, entre otros un

1 Donai, 23 de Junio de 1846 (Dalloz, 1846, 2, 155).

legado de 600 francos para misas, y en seguida encargaba á su ejecutor testamentario, un abate, que empleara el sobrante de su fortuna en obras pías y en servicios religiosos. Sus herederos atacaron esta disposición por estar hecha en provecho de una persona incierta. La corte de Riom anuló el legado. Comienza la corte por asentar como principio que los legados no son válidos sino cuando su destino es claro y cuando la capacidad del legatario no puede verificarse; de lo que concluye que hay lugar á anular las disposiciones redactadas de suerte que se substraigan á la legítima revisión de las familias y de la autoridad pública. La sentencia añade que esta es una sanción necesaria de las restricciones que el legislador ha establecido á la facultad de recibir á título gratuito, principalmente de los que tienen por objeto proteger á las familias contra los extravíos y las exageraciones del celo religioso, así como contra la codicia que puede mezclarse en el ejercicio del santo ministerio. Apreciando en seguida el legado hecho para obras pías, la corte dice muy bien que el testador acababa de donar 600 francos para misas, legado que estaba en relación con su modesto patrimonio; y ¿se concibe que él legue de nuevo una parte notable de su fortuna para obras pías y servicios religiosos? Esta es una simulación evidente, imaginada para hacer llegar indirectamente el objeto del legado á una persona, cuya capacidad, en ausencia de una designación franca y suficiente, es imposible verificar. La corte anuló la disposición, declarando que es inútil abrir una averiguación sobre la conducta del abate y los medios de captación que empleó para obtener el legado. (1)

Citaremos además una sentencia de la corte de casación, notable por más de un título. Un testador ordena que el valor de todos sus bienes se emplee en mandar decir mi-

1 Riom, 29 de Junio de 1859 (Dalloz, 1859, 2, 196).

sas; nombra ejecutor testamentario al ministro del culto que lo asistió en su última voluntad. Los herederos sostienen que este legado no puede aceptarse sino con la autorización del Gobierno. La corte de Pau decide que no hay lugar á autorización, porque no hay gratificados, supuesto que los eclesiásticos encargados de decir las misas no hacen más que recibir la retribución de un servicio. ¡Cosa singular! Después de haber apartado la intervención del Gobierno, á la vez que confesaba el riesgo de estas disposiciones excesivas, la corte admitía que el obispo debía intervenir para designar á los sacerdotes que hiciesen los servicios religiosos. Se podrían invocar en apoyo de esta decisión, los principios consagrados por la corte de casación (núm. 234); no obstante, la sentencia se casó. (1) La corte de casación se funda en que el legado para servicios religiosos era universal; si el obispo tenía que intervenir, con mayor razón era necesaria la intervención del Gobierno, "para cuidar de que estas clases de disposiciones no se excedan de los límites legítimos, por interés de las familias y de la sociedad." Hagamos notar que, en el caso de que se trata, se hablaba únicamente de oraciones y de servicios religiosos; y éste es el caso más dudoso según dijimos en el núm. 321. La corte de casación dice muy bien que se trata de un interés social. ¿Pero por qué la corte limita su decisión al caso de un legado universal? El interés social existe igualmente cuando el legado es á título particular; un legado de 100,000 francos puede ser excesivo, tanto como un legado universal; el derecho de las familias puede malversarse tanto en uno como en otro caso. Hay otra objeción contra el considerando de la sentencia que acabamos de transcribir; ¿puede tratarse del *derecho* de los herederos legítimos cuando no son reservatarios? Los verdaderos

1 Pau, 24 de Agosto de 1825 y casación 26 de Noviembre de 1828 (Dalloz, "Disposiciones," núm. 388, 20 y 419, 1°).

motivos para decidir son, á nuestro juicio, los principios que rigen los legados hechos á personas inciertas.

324. Se vé que reina una deplorable incertidumbre en la jurisprudencia, una ausencia absoluta de principios. Por esto es que insistimos tanto sobre una materia que tan de cerca se refiere á las congregaciones religiosas. Mantener los legados para obras pías ó para buenas obras, sin la intervención del Estado, es abrir una libre carrera al fraude. Pasa lo mismo con los legados que se hacen con obligación de emplear la cosa legada conforme á las intenciones del testador. La doctrina los rechaza, como hechos á una persona incierta. Esto nos parece evidente: el que tiene el peso de la obligación no es legatario, y no puede saberse legalmente cuál es el legatario verdadero. (1) La jurisprudencia, unas veces anula estos legados, otras los mantiene, sin que se perciba una razón para estas decisiones contradictorias. Un testador lega sus bienes á su sobrino, para que disponga de ellos según sabe y según el difunto se lo ha dicho. Este legado es nulo, dice la corte de Besançon, porque es un enigma que no manifiesta la intención del disponente; dar validez á semejante disposición, equivaldría á dar un medio fácil de eludir las incapacidades de recibir, y hacer ilusorias las prohibiciones de la ley. (2) La misma decisión de la corte de casación es un caso en que el difunto había legado sus bienes á un ejecutor testamentario; se estableció que el ejecutor estaba encargado de entregar 30,000 francos á los señores de San Acheul. He allí el riesgo; no hay más que un solo medio de prevenirlo, y es anular toda disposición incierta. (3)

1 Demante, t. 4°, pág. 55, núm. 26 *bis* 1°. Demolombe, t. 18, página 603, núm. 609, y pág. 632, 1°, núm. 608.

2 Besançón 6 de Febrero de 1827 (Dalloz, "Disposiciones," número 331, 3°).

3 Denegada, de 8 de Agosto de 1826 (Dalloz, "Disposiciones," núm. 326).

Veamos otro legado casi idéntico. La testadora lega su disponible á una viuda, añadiendo: "que conoce mis intenciones y en quien tengo la mayor confianza." Este legado se mantuvo, porque la cláusula no supone ninguna obligación al legatario. (1) ¿No se diría que este es un medio que la ley proporciona á los que quieren defraudar la ley? ¿El testador que hace un legado de confianza, necesita imponer una obligación precisa al legatario? ¿Decir que el legatario conoce las intenciones del testador, no equivale á decir que éste ha dado á conocer sus voluntades? ¿Y añadir que él tiene plena confianza en el legatario, no es decir que está seguro de que se ejecutarán sus voluntades? Luego hay legatarios desconocidos, misteriosos, y, por lo tanto, la corte habría debido anular. La corte de Bruselas falló lo mismo en una nación en que el fraude está á la orden del día. Decíase en el testamento que el legatario conocía las intenciones de la testadora. El tribunal de Charleroi anuló el legado; la corte de apelación lo hizo válido, porque no había obligación. (2) ¿Si la intención de la testadora no hubiera sido que se ejecutasen sus voluntades, para qué hablar de sus intenciones? Este es un medio hábil de disfrazar un legado incierto. Los hechos no tardaron en revelar cuáles eran las intenciones de la testadora; el legatario hizo donación á la junta de beneficencia de la cosa que él había recibido, con la obligación de establecer en ella religiosas para enseñar á jóvenes señoritas. Cuestión de delicadeza, dice la corte. Nosotros decimos cuestión de fraude.

Desde el momento en que figura en la causa una mujer, puede sospecharse que entre en juego un fraude piadoso. Una testadora instituye á un cura, sobrino suyo, como le-

1 Lyon, 13 de Febrero de 1836 (Dalloz, "Disposiciones," número 325, 6°).

2 Bruselas, 23 de Noviembre de 1853 "Pasicrisia," 1854, 2, 314).

gatario universal, "con las obligaciones que él conoce." La corte de Donai anuló el legado por estar hecho en provecho de legatarios desconocidos. (1) Verdad es que la testadora se había servido de la palabra *carga*. Pero atenerse á palabras en esta materia ¿no es ayudar al fraude? Hay que tener como verdad clara, dice la corte de Pau, que un testamento es radicalmente nulo si un beneficio ha de recaer en desconocidos; la corte anuló, en consecuencia, un testamento que legaba todos los bienes del difunto con esta cláusula: "para que haga de mi sucesión el uso que le indicaré en una nota separada, pero sin que pueda ser interrogado por quien quiera que sea, á propósito de mi sucesión." (2)

Hay un medio más sencillo de eludir la ley y de defraudarla, y es, no hablar ni de intención, ni de voluntad. La testadora hace á una mujer un legado de 3,000 francos. Interrogada sobre hechos y artículos, la ley ataria no da una respuesta categórica á la demanda clara y precisa que se le dirige: ¿es ella la que debe aprovecharse del legado? ¿ó está encargada de entregar la suma legada á un tercero? Respuestas evasivas, reticencia afectada, negación calculada para contestar, eso fué todo lo que los jueces consiguieron de ella; anularon el legado. (3) La corte de Rennes dió una decisión de todo á todo contraria, por más que la legataria hubiese confesado que ella debía emplear la suma legada, por lo menos una parte, conforme á las intenciones de la testadora; pero ella cuidó de hacer una confesión indivisible. (4)

Cuando hay conciencias ciegas en la causa, debe uno

1 Donai 15 de Diciembre de 1848 (Dalloz, 1849, 2, 254).
2 Pau 9 de Junio de 1857 (Dalloz, 1858, 2, 137).
3 Burdeos, 6 de Marzo de 1841 (Dalloz, "Disposiciones," número 331, 6°).
4 Rennes, 5 de Enero de 1824 (Dalloz, "Disposiciones," número 331, 6°).

esperarse todo. Desgraciadamente el fanatismo ciega hasta á los magistrados; hablemos de lo que hemos visto. Realmente no puede uno explicarse ciertas decisiones judiciales sino suponiendo en los jueces una predilección hacia las buenas obras á las que el testador destina sus bienes. Una señorita empieza por instituir á un legatario universal, encargándole que emplee sus bienes en obras de beneficencia, principalmente en provecho de los hermanos de las escuelas cristianas. En seguida, mejor aconsejada, hizo un segundo testamento, en que no se trata ya de buenas obras; el testamento atacado fué validado por la corte de casación. La corte dice que los legatarios, suponiendo que fuesen los hermanos, no eran inciertos; según la legislación francesa, esto es verdad, pero había además otras obras de beneficencia, y la distribución de los bienes y su empleo dependían en definitiva del legatario, el cual era legatario nominal, y los verdaderos legatarios dependían de su voluntad, luego eran desconocidos é inciertos. (1)

325. No hay que confundir con los legados hechos á personas inciertas el caso en que el legatario está únicamente mal designado. El testador ha querido instituir legatarios ciertos, pero ha expresado mal su pensamiento; si no hay ningún medio de precisar su voluntad, el testamento debe anularse, supuesto que no se conocen los legatarios; pero si la designación, aunque incompleta, es suficiente para dar á conocer á los legatarios, el testamento debe mantenerse. (2) Esta es una cuestión de hecho, como todas las concernientes á la voluntad del testador. Se pre-

1 Casación, 10 de Julio de 1861 (Dalloz, 1861, 1, 257). Compárese París, 28 de Enero de 1873 (Dalloz, 1873, 2, 65) muy débilmente motivado.
2 Denegada, 23 de Diciembre de 1828 (Dalloz, "Disposiciones," núm. 332, 1°).

senta sin embargo una dificultad de derecho. Se pregunta si los elementos de la prueba deben tomarse en el testamento mismo, ó si el juez puede buscarlos en hechos cualesquiera que puedan ilustrarlo. La corte de Bruselas ha decidido la cuestión en este último sentido. (1) Hay una razón para dudar. El testador es el que dispone y el que debe manifestar con claridad su pensamiento; así es que se dirá que en el testamento sólo es en lo que el tribunal debe probar la designación del legatario. ¿Consultando hechos extrínsecos no se corre el riesgo de atribuir los bienes á una persona que el testador no ha pretendido gratificar? La jurisprudencia se justifica, no obstante, por la consideración de que se trata, no de designar un legatario, sino de precisar aquel á quien el testador ha querido instituir. Ahora bien, el juez tiene el derecho de ilustrarse por todos los medios legales, á menos que la ley restrinja su poder de apreciación; y es lo que ella no hace en el caso de que se trata.

Núm. 5. De la facultad de elegir.

326. Entiéndese por facultad de elegir el derecho que se reconoce al testador para encargar á un tercero la elección de sus legatarios. Esta facultad no se admitía en el derecho romano, porque es contraria á la esencia misma del testamento, el cual debe ser la expresión de la voluntad sola del testador. Admitíanse no obstante, restricciones que han embarazado mucho á los comentadores; es inútil entrar en estos detalles de una legislación que no es la nuestra. La facultad de elegir no existe ya en derecho francés. Jaubert dice en su informe al Tribunado: "En materia de disposición de bienes, no puede haber más facultades que las definidas por la ley. Así es que como el

1 Más adelante volveremos á tratar este punto.

proyecto no se explica sobre la antigua facultad de elegir, el silencio de la ley es suficiente para advertir que esta facultad no puede ya conferirse. ¡Venturosa interdicción! ¡cuántos actos inmorales ahorrados á aquellos á quienes esta facultad habría podido interesar!" Troplong hace una crítica amarga de estas palabras, en las que todo, según él, es falso ó discutible. (1) No es verdad, dice él, que en materia de disposición de bienes, no haya más facultades que las que la ley concede; lo contrario es la verdad, y nuestro artículo 902 es prueba de ello. "Cuando se hace decir á la ley lo que ella no dice, se hace mal en criticar tan rudamente á uno de los autores de la ley. El art. 902 dice que la capacidad de disponer es la regla, que la incapacidad es la excepción. ¿Qué tiene de común este principio con la facultad de elegir? "No es verdad, continúa Troplong, que del silencio tenga que desprenderse una prohibición; lo contrario es lo que es cierto, y nuestro artículo es la prueba." Una incapacidad, sí; pero ¿quién es, pues, el que pone en duda la capacidad del testador? Que él diga lo que quiera, y su voluntad se ejecutará con una condición, y es que su liberalidad se dirija á una persona capaz; y si el testador abdica su poder en manos de un tercero, ¿cómo saber si el tercero gratificará á un legatario capaz? Porque, por lo comúun, la facultad de elegir se ejerce para tener la disposición secreta. Para favorecer restituciones ó para hacer buenas obras en expiación de sus pecados, era por lo que se permitía al testador que confiara las reparaciones á una persona de confianza, generalmente un ministro de la religión. Y aun así se confesaba que esto era una condescendencia, una concesión que el derecho hacía á la religión, como lo hemos dicho en el número 318. Es por otra parte muy difícil invocar la anti-

1 Jauber, Informe, núm. 6 (Locré, t. 5°, pág. 344). Troplong, t. 1°, de la edición belga, pág. 190, núm. 548.