

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

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

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

1 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 302, 2°. Dalloz, núm. 4,232 y los autores en sentido diverso que cita.

2 Denegada, 22 de Junio de 1831 (Dalloz, núm. 4,202, 2°). Julio 8 de 1835 (Dalloz, núm. 4,202, 4°).

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

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

Hay fallos en sentido contrario. Uno de ellos, de Grenoble, 18 de Mayo de 1831 (Dalloz, núm. 4,230, 1°).



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

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

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

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

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

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

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

### 1. Principio.

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

2 Véase el tomo 13 de mis Principios, págs. 514-515, núms. 459-460.  
P de D. TOMO XIV.—35



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

227. El artículo 1,038 dice al fin que la enajenación im-