

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### III. De la conjunción *re tantum*.

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

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

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

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

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

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

*Núm. 3. Condiciones.*

313. Los artículos 1,044 y 1,045 no establecen ninguna

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 204 y nota 34, y los autores que citan. Mourlon, t. 2º, pág. 396; Demolombe, t. 22, pág. 351, núm. 379.

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

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

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

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

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

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

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

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

1 Toullier, t. 3º, 1, pág. 388, núm. 693.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 210 y nota 47; Demolombe, t. 22, página 361. núms. 387-389. Proudhon, *Del usufructo*, t. 2º, pág. 223, número 675. Tribunal de Lovaina, 2 de Noviembre de 1872. (*Pasicrisia*, 1873, 2. 83). En sentido contrario, Coin-Delisle, pág. 514. núm. 10 del artículo 1,044, Marcadé, t. 4º, pág. 146, núm. 5 del artículo 1,044; Troplong, t. 2º, pág. 265, núm. 2,184.

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

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

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

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

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

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

2 Denegada, 3 de Junio de 1861 (Dalloz, 1861, 1, 327 y la crítica del compilador).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### SECCION IV.—De los ejecutores testamentarios.

##### § I. NOCIONES GENERALES.

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

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

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

3 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 210 y nota 45. Demolombe, t. 22, página 387, núm. 390 y los autores que citan.

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

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

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

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

2 Toullier, t. 3º, 1, pág. 320, núm. 576.

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