

recho. La sala de casación dice que el legatario puede disponer del antiguo real ó eventual comprendido en su legado, (1) lo que prueba que la sala está errada al no reconocer el derecho de propiedad (núm. 2); ¿cómo le podría enagenar si no fuera propietario? Poco importa que se haga ó no el pago cuando se haga la venta; aquel no mira más que á la posesión y á la percepción de frutos; y aun cuando no la haya pedido el legatario, no por eso deja de transmitirse su derecho, conforme al artículo 1,014 y por consiguiente deja de venderle. (2)

Del mismo principio se sigue que los acreedores del legatario pueden poseer la cosa legada, aunque no haya habido entrega de ella.

En efecto, la cosa legada está en el dominio del legatario, y así constituye una garantía para sus acreedores, y puede ser poseída por ellos como pueden serlo sus otros bienes. Lo contrario se resolvió en materia de secuestro; antes de la entrega ó pago, dice el primer fallo, el legatario no está investido de su legado, no es propietario y por consiguiente, sus acreedores no pueden asegurar el crédito. Pero esa resolución fué casada como violatoria de los principios relativos á los efectos legales de los legados. (3)

El legatario es, pues, propietario, y puede ejercer todos los derechos inherentes á la propiedad, excepto los que dependen de la posesión. Sucedió que los legatarios oponían la falta de entrega como un motivo para que no se recibiera á los acreedores que perseguían contra aquellos la expropiación de la cosa legada. Esta excepción siempre ha sido desechada. La entrega no concierne más que á la posesión; la propiedad es del legatario, y por consiguiente puede ser asegurada para él; si debe pedir la entrega, es

1 Casación, 15 de Mayo de 1839 (Daloz, núm. 3,616).

2 Bruselas, 18 de Marzo de 1846 (*Pasicrisia*, 1846, 2, 282).

3 Fallo precitado de 15 de Mayo de 1839.

para resguardar los derechos del heredero deudor del legado; sólo el heredero puede, pues, aprovecharse de la falta de entrega; el legatario no puede oponer la excepción del derecho en un tercero. (1)

## ARTICULO 2. Transmisión de la posesión.

### Núm. 1. De la ocupación.

#### 1. Principio.

5. "Cuando al fallecer el testador hay herederos á quienes se reserva por la ley una parte de sus bienes, esos herederos entran de pleno derecho, por su muerte, en la ocupación de todos los bienes de la herencia; y el legatario universal está obligado á pedirles la entrega de los bienes comprendidos en el testamento" (art. 1,004). "Cuando al morir el testador no haya herederos á quienes se reserve por la ley una parte de sus bienes, el legatario universal entrará de pleno derecho en la posesión por la muerte del testador, sin estar obligado á pedir la entrega." (art. 1,006).

¿Por qué la ley da la ocupación á los reservatarios de preferencia á los legatarios universales? ¿Y por qué la da á los legatarios universales de preferencia á los herederos no reservatarios? En otro lugar hemos respondido ya á estas preguntas. (2) Los autores del código civil hicieron una transacción entre el derecho escrito y el consuetudinario, y mantuvieron la ocupación que las costumbres concedían á los herederos de la sangre cuando éstos tienen alguna reserva, así como hicieron una concesión á los países de derecho escrito, concediendo la ocupación al legatario universal cuando el difunto excluyó completamente á sus

1 Bruselas 25 de Agosto de 1814 y 21 de Octubre de 1823 (*Pasicrisia*, 1814, págs. 209 y 1,823, pág. 516).

2 Véase el tomo 9º de mis *Principios*, pág. 310, núm. 229.

herederos legítimos no reservatarios: el heredero de hombre ocupa entonces el lugar del heredero de Dios. El código vuelve al derecho consuetudinario cuando no hay legatarios á título universal ni á título particular; y aun cuando tomaran ellos toda la herencia, la ocupación seguiría perteneciendo á los herederos naturales. Nos remitimos á lo dicho ya sobre ocupación en el título de las *Sucesiones*.

6. La ley no prevée el caso en que el legatario universal concurre con reservatarios y con no reservatarios juntamente. Supónese que el difunto deja como herederos á la madre y á los hermanos y hermanas, instituyendo un legatario universal. Solamente la madre entra en la ocupación, los hermanos y hermanas no, puesto que hay legatario universal; de aquí, concluye Toullier, que el legatario universal entrará en la ocupación en atención á los hermanos y hermanas. Lo cual parece bastante lógico; pues no teniendo los hermanos y hermanas la ocupación cuando hay legatario universal, ¿por qué la habían de tener si hay un ascendiente? ¿Puede la madre conferir á los hermanos y hermanas un derecho que no pertenece más que á los reservatarios? Sin embargo, creemos que Toullier y los que opinan como él se engañan. (1) La ley es terminante; desde el momento en que hay herederos reservatarios, les corresponde la ocupación, y dice la ley: la ocupación de *todos los bienes*; luego no puede pertenecer á los legatarios por la parte que les toca. No decimos que los hermanos y hermanas entran en la ocupación; porque, excluidos de la herencia por estar instituido un legatario universal y no siendo reservatarios, no pueden tener la ocupación, y solamente la madre la tendrá de todos los bienes, aunque no reciba más que el cuarto de ellos. El

1 Toullier, t. 3º, 1, pág. 284, núm. 294. Coin-Delisle, pág. 454, núm. 2 del artículo 1,004. Marcadé, t. 4º, pág. 71, núm. 4 del artículo 1,004.

espíritu de la ley está en armonía con esta resolución. En principio, la ocupación corresponde á los herederos que lo son por la sangre, los únicos verdaderos herederos, aquellos á quienes Dios llama á la herencia; el código sostuvo este principio en favor de los reservatarios, que entran á ocupar toda la herencia aunque sólo les corresponda una parte de ella, lo cual es muy jurídico; en la teoría de la ocupación, ésta debe corresponder al que mayor interés tenga en conservar todo el patrimonio; y está claro que al reservatario es á quien más interesa tal conservación, puesto que puede llegar á perderse el derecho del legatario, en tanto que sería indiscutible la reserva escrita en la ley. (1)

7. Hay otra cuestión igualmente discutida y más dudosa. Instituye el difunto un legatario universal, y muere dejando, como herederos más próximos, á otros ascendientes que no son el padre y la madre, y á los hermanos. Se pregunta si tendrán la ocupación los ascendientes. Creemos que del texto y del espíritu de la ley resulta la afirmativa. ¿Qué dice el artículo 1,004? "Cuando al fallecer el testador *hay* herederos á quienes se reserva por la ley una parte de sus bienes, esos herederos entran en la ocupación." Basta, pues, que haya herederos reservatarios, para que entren en posesión. Objétase que la ley entiende por *herederos* los capaces de suceder que entran á la herencia; y en nuestro caso, los ascendientes quedan excluidos por los hermanos; no son capaces de suceder ni tienen derecho á la reserva sino en el caso de que renuncien los hermanos; sólo, pues, en caso de esa renuncia será cuando entrarán los ascendientes en la ocupación. Respondemos que con esta distinción se confunden dos distintos órdenes de ideas: la cuestión de saber quién es llamado á la sucesión y la de saber quién tiene la ocupación. La ley concede ésta á los herederos naturales cuando son excluidos por lega-

1 Demolombe, t. 21, pág. 516, núm. 565.

tarios á título universal ó á título particular. La da también al padre cuando concurre con un legatario universal, aun cuando éste sea llamado á toda la sucesión, mientras que el padre sólo recibe el cuarto; los derechos y el honor de la sangre sobresalen en principio. Por tanto, aun suponiendo que el ascendiente no tenga ninguna reserva por consecuencia de concurrir los hermanos, debe tener la ocupación. En realidad, la concurrencia de los hermanos no impide al ascendiente que tenga derecho á la reserva. Los hermanos son excluidos por el legatario universal; luego éste concurre en realidad con los ascendientes, y se está en el caso del artículo 1,004: el ascendiente es preferido al legatario. (1)

## II. Aplicación del principio.

8. ¿Puede el testador cambiar el orden que marca la ley al deferir la ocupación? Cuando hay reservatarios, no puede el difunto disponer de la ocupación, y en esto están todos de acuerdo. Hay autores que enseñan que el testador puede disponer de la ocupación cuando no hay reservatarios. (2) En la apariencia, el testador es quien da la ocupación: ¿no es esto lo que dice el proverbio, "el muerto da la ocupación al vivo?" No tenemos para qué examinar el origen histórico del tal proverbio, origen que se remonta á una época en que no había ley. Hoy los herederos que entran en la ocupación entran por virtud de la ley, que es la que la defiere. La cuestión está, pues, en saber si se permite, en esta materia, derogar la ley. A nuestro parecer, la negativa es cierta, pero es preciso ver cuál es la

1 Coin-Delisle, pág. 454, núms. 4 y 5 del artículo 1,004. Compárese el tomo 12 de mis *Principios*, pág. 44, núm. 25. En sentido contrario, la mayor parte de los autores (véase á Daranton, t. 9°, página 202, núm. 193. Troplong, t. 2°, pág. 139, núm. 1,814).

2 Compárese á Rigaud, *De la ocupación hereditaria* (*Revista de las revistas de derecho*, t. 6°, pág. 139).

verdadera razón que hay para resolver. Troplong responde: "que no depende del testador conseguir una devolución que ha establecido la ley en vista de una preminencia debida á ciertas personas privilegiadas por la sangre." (1) He ahí una de aquellas ideas que tanto gustan á Troplong; cuando la ley da la posesión al legatario universal de preferencia á los herederos legítimos, ¿lo hace en razón de una preferencia debida á la sangre? Ya hemos dicho en otro lugar qué principio sigue la ley en la denuncia de la ocupación, y ese principio basta para resolver el caso. (2) Para asegurar la conservación de la herencia en provecho de todos los interesados, es para lo que la ley concede preferentemente la ocupación á aquel cuyo derecho es cierto, y que eventualmente es llamado á toda la herencia; hácelo, pues, por un interés general, y á los particulares no les es lícito derogar las leyes de orden público. El testador no puede disponer de la ocupación sino indirectamente, cuando instituye un legatario universal y muere sin dejar reservatario; entonces el legatario es quien tiene la ocupación, pero tampoco en ese caso se puede decir que el testador es quien se la confiere, sino la ley.

9. Se ha resuelto que el legatario condicional tiene la ocupación mientras no se realiza la condición (3). Creemos que una resolución así es contraria al tenor y al espíritu de la ley. Para que el legatario tenga la ocupación, es menester que haya legatario; mas la condición suspende el legado. Esto responde al argumento formulado por el tribunal de Turin. La ley, dice el tribunal, no distingue entre el legado puro y simple y el condicional. No, sino que tal distinción resulta de los principios relativos á la con-

1 Troplong, t. 2°, pág. 131, núm. 1,792).

2 Véase el tomo 9° de mis *Principios*, pág. 310, núm. 229.

3 Turin, 13 de Abril de 1807 (Dalloz, núm. 3,617). En sentido contrario, Troplong, t. 2°, pág. 140, núm. 1,815. Demolombe, t. 21, pág. 514, núm. 561. Aubry y Rau, t. 6°, pág. 159 y nota 4, pfo. 719.

dición. El legatario condicional sólo un derecho eventual tiene, derecho que puede perderse de un momento á otro con su muerte; entre tanto está suspensa la condición, sólo puede ejercer los actos de conservación de su derecho; mas la ocupación es cosa muy distinta, y tiene por objeto garantizar los derechos de todos los interesados; lo cual supone que el derecho de aquél á quien la ley encarga que vigile por los intereses de todos es cierto. Sólo porque no lo es el del legatario condicional, la ley no podía confiarle la ocupación.

10. ¿Tiene la ocupación el legatario universal instituido por un menor? Ya examinaremos en otra parte esta cuestión (t. X, pág. 256, núm. 194).

11. El testador instituye á su hijo natural legatario universal y muere dejando herederos legítimos: ¿quién tendrá la ocupación? Se discute este punto. A nuestro juicio, corresponde la ocupación al hijo natural. La resolución depende de que se sepa si el hijo natural puede ser legatario universal. Esto lo niegan, diciendo que los hijos naturales no pueden recibir nada más que lo que se les hubiere concedido en el título de las *Sucesiones* (art. 908); mas, conforme al artículo 757, nunca tiene el hijo natural una parte de la sucesión, y así el legado, aparentemente universal, que le hace su padre, es en realidad un legado á título universal. (1) Esto es olvidar que, conforme al artículo 908 combinado con el 758, el hijo natural puede recibir la totalidad de los bienes cuando su padre no deja parientes de grado legal; por lo tanto, el hijo natural, legatario universal, tiene un derecho eventual á la universalidad de los bienes, y desde ese momento es realmente legatario universal, y por tanto tiene la ocupación como tal. (2)

1 Duranton, t. 9º, pág. 205, núm. 195. Poujol, t. 2º, pág. 167, número 10.

2 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 159, nota 3, pfo. 719.

### III. Consecuencias de la ocupación.

12. Cuando el legatario universal tiene la ocupación, se asimila al heredero legítimo, así en cuanto á los derechos como en cuanto á las obligaciones. Es menester, pues, aplicar al legatario que tiene la ocupación lo que hemos dicho en el título de las *Sucesiones*, en cuanto á los efectos de la ocupación (t. IX, núms. 223-228). No hay excepción sino para la obligación que impone la ley á los herederos legítimos de restituir las liberalidades que se les otorgaron; los legatarios entre sí no están obligados á la restitución, la cual se funda en la voluntad presunta del difunto, y no puede discutirse acerca de la voluntad presunta cuando la manifestó el difunto. Por otra parte, nada tiene de común con la ocupación el deber de restituir.

13. El tribunal de Colmar aplicó este principio á la acción de rescisión de una venta por causa de lesión. Suponiendo que el difunto tenga derecho de pedir la rescisión, ese derecho forma parte de su patrimonio; transmite la acción con sus otros bienes á sus herederos; y pues que el legatario que tiene la ocupación está en lugar del heredero, tiene por lo mismo el ejercicio de todas sus acciones. (1)

Si los legatarios tienen todas las acciones que proceden del difunto, tienen también las de nulidad de las disposiciones hechas por éste mismo. Tal sería la de nulidad de los legados hechos á incapaces, como por ejemplo, á las corporaciones religiosas, de allí que los herederos legítimos no tienen derecho de impugnar esas disposiciones; y si no lo tienen, es por carecer de interés. (2) Esto supone que el legado universal es formal. En otra parte hemos dicho que el fraude se ha apoderado de la ley para burlarla; el testador instituye un legatario universal cuya única

1 Colmar, 7 de Agosto de 1834 (Daloz, núm. 4,242).

2 Denegada, 17 de Mayo de 1852 (Daloz, 1852, 1, 289).

misión es hacer llegar los bienes del difunto á los incapaces é impedir que los herederos obren quitándole todo interés. Excusado es decir que los legados universales hechos en fraude de la ley son unos. (1)

IV. *De los legatarios universales instituidos por un testamento ológrafo ó cerrado.*

14. Cuando el legatario universal tiene de pleno derecho la ocupación, ¿puede, como el heredero *ab intestato*, entrar en posesión de los bienes hereditarios? Es preciso distinguir si fué instituido por testamento auténtico ó por testamento ológrafo ó cerrado. Si el legatario fué instituido por testamento auténtico, puede tomar posesión de los bienes sin necesidad de cubrir ninguna formalidad. Hay un título ejecutivo, que le pone en ejecución: el derecho común. He aquí por qué la ley no habla de ese caso; no prescribe medida alguna para la conservación ni para la ejecución del testamento; el derecho común basta. Era inútil velar especialmente en la conservación del testamento público, el cual se extiende en minuta, y por lo mismo se conserva con las demás minutas que quedan en la notaría. No había para qué someter al testamento á formalidades especiales para su ejecución, puesto que es un instrumento auténtico revestido de la forma ejecutiva. (2)

El artículo 1,319 restringe la fuerza ejecutiva de los instrumentos auténticos. En caso de pedirse la falsedad de la principal, queda suspensa la ejecución del documento redarguido de falsedad, por la querrela, si pues hubiese una promoción de falsedad contra el autor de ella seguida del correspondiente auto cabeza de proceso, no podría ponerse en posesión al legatario, por ser todas las probabilidades de que fuera falsificado el testamento. En caso de

1 Véase el tomo 11 de mis *Principios*, pág. 259, núm. 173.

2 Duranton, t. 9º, pág. 205, núm. 196.

alegarse la falsedad en el transcurso del juicio civil, contra el instrumento auténtico, pueden los tribunales, conforme á las circunstancias del caso, suspender provisionalmente la ejecución del documento. Esta disposición del artículo 1,319 se aplica también al testamento público. La alegación de falsedad incidental no basta para suspender la ejecución del instrumento; pues de ese modo se habría proporcionado á los herederos un medio facilísimo de oponerse á la ejecución de un documento válido. A los tribunales toca resolver conforme á las circunstancias de cada caso. Si hubiere graves presunciones de falsedad y hubiere lugar á temer que el poner en posesión al legatario durante la instrucción del proceso de falsedad causará perjuicio á los herederos, los tribunales resolverán que se depositen judicialmente los bienes, de acuerdo con el artículo 1,961 que permite á la justicia ordenar el secuestro de aquellos cuya propiedad ó posesión se disputan dos personas. Es verdad que el legatario tiene en su apoyo un instrumento auténtico; pero la fe de vida á ese instrumento se debilita considerablemente por la alegación de falsedad y por las circunstancias del caso. (1)

Quando no haya alegación de falsedad, el testamento, que seguirá siendo válido en cuanto á la forma, conservará su fuerza ejecutiva, aun cuando sea impugnado en la sustancia por trastorno mental ó por captación; sin embargo, el legatario puede ser puesto en posesión, por deberse proveer á su título. (2)

15. Es muy distinta la posición del legatario cuando fué instituido por un testamento ológrafo ó cerrado. En efecto, el instrumento que exhibe es un documento priva-

1 Bruselas, 16 de Mayo de 1823 (*Pasicrisia*, 1823, pág. 418 y Dalloz, núm. 2,826).

2 Lieja, 11 de Julio de 1822 (*Pasicrisia*, 1822, pág. 207 y Dalloz, núm. 2,826).

do que no merece ninguna fe, que ninguna fuerza ejecutiva tiene. ¿Podía la ley permitir que se pusiera en posesión al legatario, en virtud de un testamento cuya verdad nada hay que garantice, delante de los herederos legítimos que de pleno derecho tienen la ocupación? Concíbese que los herederos naturales sean puestos en posesión, por tener un título en su parentesco que auténticamente consta por las actas del estado civil, y su derecho está escrito en la ley. Concíbese también que un testamento auténtico permita al legatario tomar posesión de los bienes: tiene un título al cual concede la ley fe plena y que está revestido de un mandamiento de ejecución, en nombre del rey. Pero el legatario instituido por testamento ológrafo ó cerrado no tiene título, pues el instrumento que presenta ninguna fe merece por sí mismo, ni tiene fuerza ejecutiva; por lo cual debe intervenir la autoridad judicial. De allí las medidas que prescribe la ley, así en beneficio del legatario como de los herederos.

#### *I. Presentación y depósito del testamento.*

16. El artículo 1,007 dice: "Todo testamento ológrafo será presentado antes de ejecutarse, al presidente del tribunal de primera instancia del distrito donde se abra la sucesión." No dice la ley quién ha de hacer esa presentación; pero es natural que la haga el que se halla en posesión del testamento, el legatario ó el amigo á quien el difunto haya confiado el escrito que contiene su última voluntad, ó el notario á quien le haya sido confiado para su depósito. Ordinariamente, el testador mismo, conserva su testamento ológrafo; la ley vela porque los herederos, interesados en sustraerle, no le destruyan; el juez de paz que, al fijar los sellos, encuentra un testamento, debe presentarlo al presidente del tribunal (Cód. de proc., arts. 916 y 918).

El testamento debe ser presentado al presidente del tribunal en el distrito donde se abra la sucesión, por ser ese tribunal ante el cual se llevan todas las demandas relativas á la ejecución de las disposiciones testamentarias. Sin embargo, se resolvió ya que tal disposición no es de rigor, y que la presentación puede hacerse por el depositario del testamento al presidente del tribunal del distrito de su domicilio; (1) más adelante veremos que ninguna de las formalidades que prescribe la ley para la conservación y ejecución del testamento está sancionada con pena de nulidad. Sea cual fuere el presidente á quien se presentare el testamento y que hubiere decretado su depósito, el presidente del lugar donde se habra la sucesión puede decretar la toma de posesión; (2) la irregularidad de la presentación no impide que el testamento haya sido visto por un magistrado, descrito por él y depositado en poder de un notario.

17. Conforme al artículo 1,007, deberá ser abierto el testamento si está cerrado. El presidente manda levantar una acta de la presentación y de la apertura del testamento. Si interviene aquel funcionario, no es como juez que ejerza jurisdicción; las funciones que le encomienda la ley pertenecen á lo que impropriamente se llama jurisdicción voluntaria; á decir verdad, no hay jurisdicción que ejercer puesto que no hay litigio, que si le hubiese, no sería el presidente quien le había de resolver, sino el tribunal. La jurisdicción llamada voluntaria no siempre tiene igual carácter; hay actos de jurisdicción voluntaria que van precedidos de conocimiento de causa, y que por lo mismo el magistrado puede negarse á ejercer, si hay lugar; mientras que otros se despachan sin ese conocimiento desempeñan

1 Tolosa, 22 de Marzo de 1839 (Dalloz, núm. 3,814).

2 Denegada, 22 de Febrero de 1847 (Dalloz, 1847, 1, 141). Compárese con lo resuelto en Nancy á 18 de Junio de 1869 (Dalloz, 1870, 2; 114).

do en ellos el magistrado un ministerio pasivo al cual no puede negarse por encomendárselo la ley. A esta segunda categoría pertenecen la presentación del testamento, su apertura y la descripción de su estado. Aun cuando el testamento que se presente sea nulo en cuanto á la forma, no por eso está menos obligado el presidente á levantar el acta y á decretar el depósito, pues no le corresponde á él fallar sobre la nulidad del testamento. (1)

Sin embargo, no es puramente pasivo el ministerio del presidente. Si no juzga, cuando menos inspecciona. Si pues se le presentara un escrito que no fuera testamento, ciertamente no estaría obligado á levantar acta ni á ordenar el depósito de aquel escrito. Así mismo si éste fuese testamento, pero no hubiese muerto aún el testador, no habría lugar de proceder á las formalidades prescritas por la ley, porque no hay testamento de un hombre vivo. Puede, pues, el presidente exigir que el que presenta el testamento exhiba también el acta de defunción del testador. (2)

18. Las mismas formalidades se observan para el testamento cerrado. La ley prescribe una medida especial para ese caso: "La apertura del testamento no podrá hacerse sino en presencia de *aquellos de los notarios* y de los testigos signatarios del acta de sobrescrito que se hallen en el lugar, ó fuesen llamados." El texto supone que el acta de sobrescrito puede extenderse por dos notarios: lo cual es un error, porque nunca se levanta esa acta más que por un notario en presencia de seis testigos. (3) Conforme al artículo 1,007, no se debe llamar para la apertura del testamento cerrado más que al notario y á los testigos que se hallen en el lugar, es decir, que habiten en la ciudad donde reside el tribunal. Se ha creído que la expresión en el

1 Merlin, *Repertorio*, palabra *Testamento*, sec. 2ª, pfo. 4º, artículo 5 n.º 4 (t. 34, pág. 147).

2 Coin-Delisle, pág. 458, n.º 7 del artículo 1,007.

3 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 128, nota 3.

lugar debía entenderse de todo el distrito judicial; pero no es tal ciertamente el sentido literal de dicha expresión, y á la letra de la ley debe atenderse si no se quiere incurrir en la más absoluta arbitrariedad (1) ¿Por qué prescribe la ley formalidades especiales para la apertura del testamento místico? Porque la descripción del estado que guarda ese testamento es de mayor importancia que en el ológrafo. Este último no es válido sino cuando se escribió por completo, se fechó y se firmó por el testador; mientras que el testamento cerrado puede ser escrito por otro, y no es necesario que vaya firmado por el testador. De ahí el peligro de que sea sustituido por otro el testamento que se presentó al notario. La ley multiplica las precauciones para prevenir ese fraude, que destruiría en su esencia el testamento cerrado. He aquí por qué quiere que el testamento se presente ante gran número de testigos y que esos testigos reconozcan, muerto el testador, sus firmas y el estado del testamento. (2)

19. El artículo 1,007 quiere que después de levantar acta el presidente ordene el depósito del testamento en poder del notario á que comisione. Es una garantía para el legatario, así como para los herederos. Estos pueden inspeccionar el testamento y ver si deben reconocer la escritura, ó impugnarla, sea por vicio de forma, sea por incapacidad. Puede suceder que el difunto haya depositado su testamento en una notaría, cosa que por lo común acontece con los cerrados. Entonces se presentará el testamento al presidente por el depositario, sin que esto exima al presidente de mandar que se deposite. Solo que la conveniencia exige, como lo resolvió el tribunal de Montpellier, que el presidente confíe el depósito al notario á

1 Bruselas, 16 de Febrero de 1848 (*Pasicrisia*, 1848, 2, 40).

2 Coin-Delisle, pág. 458, n.º 8 del artículo 1,007.

quien el testador mismo escogió, á menos que haya graves motivos para no hacerlo así.

20. Las formalidades prescriptas por el artículo 1,007, ¿deben observarse pena de nulidad? La negativa es cierta; el código no declara esa nulidad, ni había para qué declararla, pues bien puede ser que el legatario deje de observarlas por ignorancia ó inadvertencia. Así, abre el testamento antes de presentarle al presidente: esto sería una irregularidad, pero que no quita á los herederos su derecho de pedir la nulidad, si procede. Más grave sería la irregularidad, tratándose de un testamento cerrado; sin embargo, no había de resultar ninguna nulidad, á salvo que los herederos se acojan á esa circunstancia si impugnan el testamento. Con mayor razón, no tendrían derecho de quejarse si ellos mismos hubiesen asistido á la apertura irregular del testamento. En este punto están de acuerdo los autores y la jurisprudencia. (1)

Se ha resuelto, aplicándose este principio que el legatario particular podía pedir la entrega de su legado, aun cuando no se hubieran observado las formalidades prescriptas por el artículo 1,007. En el caso, no era dudosa la solución. Un fallo del tribunal de primera instancia había ordenado el depósito del testamento en una notaría, y se había levantado la correspondiente acta, expresándose su estado. Estaba, pues, conseguido el objeto de la ley. (2) Es verdad que las formalidades no se cumplen por equivalencia, pero esta máxima supone que tales formalidades se prescriben para la sustancia del testamento, mientras que las del artículo 1,007 sólo tienen por objeto resguar-

1 Véanse los fallos en Dalloz, núm. 2,777. Es necesario añadir un fallo del tribunal de Bruselas de 16 de Febrero de 1848 (*Pasicrisia*, 1848, 2, 40), Compárese á Coin-Delisle, pág. 459, núm. 9 del artículo 1,007. Aubry y Rau, t. 6°, pág. 128 y nota 4. Demolombe, t. 21, pág. 465, núm. 503.

2 Bruselas, 3 de Marzo de 1824 (*Pasicrisia*, 1824, pág. 57 y Dalloz, núm. 490).

dar los intereses de los legatarios y de los herederos. Si no se perjudican esos intereses, sería extremado formalismo prevalerse de la inobservancia de la ley, cuando nadie está interesado en que se observe.

## 2. De la toma de posesión.

21. Cuando hay herederos reservatarios, el legatario universal debe pedirles la entrega de los bienes comprendidos en el testamento (art. 1,004). Cuando no hay herederos reservatarios, no está obligado el legatario universal á pedir la entrega; pero si el testamento es ológrafo ó cerrado, debe ser puesto en posesión por un decreto del presidente del tribunal de primera instancia del distrito en donde se abre la sucesión (arts. 1,006 y 1,008). Resulta de tales disposiciones que el decreto de posesión no es una petición de entrega: actos que difieren mucho entre sí, aunque produzcan el mismo efecto, que es el de poner al legatario universal en posesión de los bienes legados. La petición de entrega, cuando no es consentida voluntariamente, es una acción judicial que se intenta contra los herederos reservatarios y que se juzga como todas las acciones. En tanto que la demanda para la posesión se dirige al presidente del tribunal por vía de instancia. El presidente es quien libra la orden, pero sin conocimiento de causa, por que no es sentencia la que pronuncia. Tan cierto es esto que ni siquiera se le remite el testamento, el cual sigue depositado en la notaría; el legatario se limita á agregar el acto de depósito á su demanda. La entrega del legado va seguida de un fallo, y pertenece á la jurisdicción contenciosa; mas la orden que manda se ponga al legatario en posesión no es sentencia sino un acto de jurisdicción voluntaria (1).

22. Se pregunta si el tribunal de primera instancia po-

1 Coin-Delisle, núms. 10 y 11 del artículo 1,008. Troplong, t. 2°, pág. 143, núms. 1,822-1,825. Demolombe, t. 21, pág. 467, núm. 504.