

dría poner en posesión al legatario. La negativa está consagrada por la jurisprudencia, y no ofrece dudas. Si el legatario universal, aunque con la ocupación, es decir, aunque investido por la ley de la posesión de hecho y de derecho, debe, sin embargo, pedir esa posesión al presidente, es porque no consta su derecho á la posesión, más que por un escrito privado sin fuerza ejecutiva ni autoridad ejecutiva; el presidente interviene para darle un carácter exterior y para asegurar su ejecución; hace funciones de notario. Es, pues, como lo acabamos de decir, un acto de jurisdicción voluntaria; mas esta misión que le confía la ley, no le autoriza para delegarla al tribunal. Ni podría, aunque los herederos se opusiesen á la posesión, á él le toca declararlo y sólo á él. (1)

23. La aplicación del principio suscita otra dificultad. Si la sucesión se abre en el extranjero y si el legatario obtiene del presidente un decreto de posesión, ¿podrá ponerla en ejecución respecto de los bienes situados en Francia? ¿ó será menester que se haga ejecutiva por un tribunal francés? La sala de casación resolvió la cuestión en este último sentido. Se objetaba que los actos de jurisdicción voluntaria se rigen por la máxima *homs regit actum*. Esto es cierto en lo que concierne á las formalidades prescriptas para la validez de los escritos ó actos pasados en el extranjero. Así el testamento cerrado hecho en el extranjero será válido si fué hecho con las formalidades exigidas por la ley del país donde se extendió. Pero es distinta la cuestión de si la orden del presidente, que decreta la posesión en favor del legatario en virtud de ese testamento, es ejecutiva en Francia. Aquí se trata de un acto del poder público, de un acto de soberanía; y un soberano extranjero no puede ordenar nada en Francia. El decreto de posesión equivale

1 Lyon, 22 de Diciembre de 1848, y Rennes, 16 de Enero de 1849, (Daloz, 1849, 2, 47 y 234); Denegada, Marzo 9 de 1853 (Daloz, 1853, 1, 59).

al mandamiento que se halla en los documentos auténticos y que es una emanación del poder soberano. Así como ese mandamiento ningún efecto produce fuera de las fronteras del país donde se ejerce la soberanía del cual emana, así también el decreto del presidente no puede tener efecto más que dentro de los límites de la soberanía en nombre de la cual procede. (1)

24. ¿Qué papel desempeña el presidente? ¿Es puramente pasivo, quiere decir que siempre debe poner en posesión al legatario, á menos que haya contradicción ú oposición por parte de los herederos legítimos? Se ha creído que la ley no confiere ningún derecho al presidente, á quien sólo impone el deber de decretar la posesión; (2) pero esta opinión debe desecharse indudablemente, como contraria que es al tenor literal de la ley. El artículo 1,008 dice que el legatario debe pedir que se ponga en posesión, y no que el presidente debe decretar esa posesión sólo por que se la pida el legatario. Tanto más significativa es esta relación, cuanto que sustituyó al primer proyecto concebido así: "La posesión *será* decretada por el presidente del tribunal." Se habría podido impedir de allí que la orden era simple formalidad que está obligado el presidente á observar desde que se le requiere; pero la redacción actual fué propuesta por el tribunado, y nada tiene de imperativa. Si se consulta el espíritu de la ley, no queda duda. ¿Qué es lo que pide el legatario? Que, como tal legatario universal, se le ponga en posesión, á falta de herederos reservatarios. Esto implica que realmente es legatario universal, y que no concurre con herederos en reserva.

1 Denegada, Marzo 9 de 1853 (Daloz, 1853, 1, 59, é Id, el informe del consejero de Oms).

2 Poujol, t. 2º, pág. 179, artículo 1,008, núm. 1. En sentido contrario, Daloz, núm. 3,652, y todos los autores (Aubry y Rau, t. VI, pág. 129 y nota 5; Demolombe, t. XXI, pág. 469, núm. 505).

Es preciso ante todo que el requerente pruebe que es legatario universal. Esto supone la existencia de un testamento ológrafo ó cerrado, como lo dice el artículo 1,008. ¿Basta que el pretendido legatario produzca cualquier escrito, por informe que sea; ó el presidente tiene derecho y aun deber de examinar si el testamento es regular en la forma? Decimos que el presidente tiene que ver si el testamento que se le presenta es tal, y por consiguiente si es regular en cuanto á su forma. En efecto, ¿por qué interviene ese funcionario? ¿Será como simple máquina que tiene que firmar? Ciertamente que no. Hay dos derechos en conflicto, el de los herederos legítimos y el del legatario universal. Los herederos tienen la ocupación en virtud de la ley, y no pueden ser privados de ella sino por medio de un testamento que los excluya. Es menester que ese testamento sea regular en su forma, porque ésta es de esencia en él. Se presenta al presidente como testamento ológrafo un escrito sin fecha, ó como cerrado otro que ni está cerrado ni sellado: tales no son más que pedazos de papel, pero no testamentos. Obligar al presidente á dar la posesión al que le presentara cualquier papel escrito, sería dejar el derecho de los herederos naturales á merced del primer aventurero advenedizo. En vano se dice que el decreto relativo á la posesión ningún derecho confiere al legatario y que los herederos pueden inmediatamente pedir la nulidad del testamento y que se dicten medidas de conservación. Respondemos nosotros que bien pueden no hallarse en el lugar los herederos, en el cual caso, provisto de su decreto el legatario, entrará en posesión, dilapidará los bienes antes de que los herederos puedan ejercitar sus derechos, y les causará un perjuicio irreparable. Con el fin de proporcionar una garantía á las familias, hace la ley que intervenga el presidente, y para que la garantía sea efectiva, es menester que ese funcionario tenga

facultades para hacer la correspondiente apreciación (1) En realidad, la ley no limita dichas facultades, y así puede decirse que legalmente son ilimitadas. No es grande el peligro del tal poder discrecional, porque el presidente no pronuncia ningún fallo, ni compromete ningún derecho, sino que de los dos que están en conflicto, mantiene provisionalmente el más cierto de ellos. Se resolvió en casación, en este caso, que el decreto de posesión está subordinado á la presentación de un testamento que tenga existencia legal. (2)

25. Pero el legatario tiene igualmente su derecho, y el presidente la misión de asegurarle tanto como el de los herederos. Si algún peligro hay para ellos de que algún aventurero aprenda y discipe la herencia, también le hay para el legatario de que se le separe por la oposición de aquéllos, descontentos por haber quedado excluidos, y que buscarán la manera de poner trabas al derecho de los legatarios. ¿Bastará que desconozcan la escritura del testamento ológrafo? Si esto bastara, no habría legatario que obtuviera la posesión en virtud de un testamento hecho en aquella forma; los herederos no tendrían que declarar que no conocían la letra del autor para impedir la toma de posesión, y esto sería dejar el derecho de los legatarios á merced del descontento y de la malevolencia de los herederos. (3) ¿Es decir esto, que si el testamento es regular en cuanto á su forma, no debe para nada tomar en cuenta el presidente la oposición de los herederos, aun cuando impugnaran formalmente la escritura? El presidente será quien lo aprecie. Si un anónimo le remite un testamento por correo, si todas las circunstancias militan

1 Agen, 26 de Agosto de 1856 (Daloz, 1856, 2, 297).

2 Denegada, 27 de Mayo de 1856 (Daloz, 1856, 1, 250).

3 Agen, 26 de Agosto de 1856 (Daloz, 1856, 2, 297) Denegada de la sala de lo civil, 13 de Noviembre de 1816 (Daloz, núm. 2,736, 3^o) Tolosa, 16 de Noviembre de 1839 (Daloz, número 2,747).

contra la sinceridad de tal escrito, ¿prevalecerá el derecho dudoso del legatario sobre el derecho cierto de los herederos? No, el presidente denegará la posesión; y en esto van de acuerdo los autores y la jurisprudencia. (1)

Indudablemente, la apreciación que hace el presidente es arbitraria; y también se advierte en las resoluciones de los tribunales de alzada una predilección, ya en favor de los legatarios, ya en el de los herederos. Así es como el tribunal de Nîmes invoca, en favor de los primeros, una presunción legal fundada en la ocupación que la ley les concede; (2) pero es aquel un tribunal de un país de derecho escrito, donde siempre se respeta la voluntad del testador lo mismo que la de la ley. Esa voluntad forma indudablemente ley, pero con la condición de que sea cierta; mas desde el momento en que desconocen los herederos la escritura, el testamento carece absolutamente de valor. Si pues se quisiera proceder por la vía de las presunciones, habría necesidad de declararse en favor de los herederos contra el legatario. A decir verdad, no hay tal presunción. La ley confiere al presidente la facultad de dictar su decreto, y por esto mismo la facultad, también, de denegarle. De hecho, es menester referirse á su prudencia.

26 ¿Puede el presidente denegar la posesión cuando los herederos impugnan el testamento por causa de trastorno mental ó de captación? Sucedió ya que por ese capítulo se hizo la denegación. (3) Como la ley no define la facultad del presidente, es difícil asegurar que se excede al denegar la posesión al legatario que notoriamente abusó de la debilidad del testador. Sin embargo, creemos que el espíritu de la ley es que el legatario debe ser puesto en posesión

1 Aubry y Rau, t. 6^o, pág. 129 y siguientes, y nota 7, pfo. 710, Dalloz, número 2,770. Denegada, 27 de Mayo de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 250).

2 Nîmes, 17 de Febrero de 1824 (Dalloz, número 2,773).

3 Poitiers, 5 de Marzo de 1856 (Dalloz, 1856, 2, 143).

desde que el testamento es regular y se reconoció la letra con que fué escrito. El presidente nada resuelve con conocimiento de causa, no oye á las partes, ni hace más que pronunciar en vista de una petición, y es muy expuesto denegar la posesión por pretender los herederos que el testador no estaba en el uso expedito de sus facultades ó que se le sorprendió con artificios fraudulentos. Debe dejar al juez del conocimiento la resolución de estas cuestiones, tan difíciles de por sí. El tribunal de Gand falló, en ese caso, que cuando no hay ningún vicio de forma externa, es legalmente cierta la voluntad del testador y debe proveerse al título. (1)

27. El presidente puede y debe denegar la posesión cuando el legado no es universal. Esta facultad, ó por mejor decir, este deber no podría disputársele, y es la prueba de que en realidad el presidente disfruta de un poder discrecional. Sólo el legatario universal tiene la ocupación, y sólo él puede obtener la posesión en virtud de un decreto del presidente; los legatarios á título universal y á título particular deben pedir la entrega. Síguese de aquí que el presidente debe asegurarse de si el legado es universal, y esta cuestión es con frecuencia muy difícil de resolver, como lo hemos visto con numerosas pruebas. (2) El presidente debe necesariamente prejuizar la dificultad otorgando ó denegando la posesión, que no tiene facultad para conceder á un legatario á título universal ó á título particular; no tiene derecho de negarla á un legatario universal, y en consecuencia está obligado á apreciar la naturaleza del legado. Pero su apreciación no es definitiva, no es una resolución que todos los derechos quedan á salvo.

1 Gand, 11 de Agosto de 1860 (*Pasicrisia*, 1861, 2, 253). Compárese con lo resuelto en Bruselas, á 3 de Enero de 1823 (*Pasicrisia*, 1823, pág. 326) Demolombe, t. 21, pág. 472, núm. 508.

2 Véase el tomo 13 de mis *Principios*, págs. 655 y siguientes, números 505-517.

La sala de casación consagró este principio en un caso en que era muy dudosa la calidad del legado. Al parecer, no había más que legados particulares, pues la testadora había dispuesto separadamente de cada uno de los inmuebles de la herencia. El presidente mandó poner en posesión á los legatarios que sobrevivían; y en apelación se resolvió que la testadora había tenido ánimo de hacer legados universales, y por consiguiente la sala confirmó el decreto del presidente. Interpuesta la casación, se pronunció un fallo denegatorio según el informe del consejero de Oms. Aquel fallo dice que obligado el presidente á conceder ó denegar la posesión que se le había pedido, debía buscar, en las disposiciones del título que se le presentaba, las razones que le hubiesen parecido propias para justificar su resolución. Pero esta resolución, agrega la sala, es esencialmente provisional y en nada perjudica los derechos de las partes; cuando el presidente hubiere agotado sus facultades, pueden las partes proceder sin atender á las circunstancias. (1)

28. Hay aún cuestiones de hecho que necesariamente están sometidas á la apreciación del presidente. Puede ser regular en cuanto á la forma el testamento, válido en cuanto á la sustancia, el legado puede ser universal, y eso no obstante, el presidente puede denegar la posesión si no está acreditada la identidad del legatario, y aun estándolo, cuando el difunto dejó herederos reservatarios. En estos dos puntos, no hay la menor duda. La ley no habla de identidad; es necesario, naturalmente, que quien se presenta como legatario pruebe, si no es persona conocida para el presidente, que es la misma á quien instituyó el legatario universal. En cuanto á la ausencia del reservatario, es una

1 Denegada, 26 de Noviembre de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 429). Nancy, 16 de Febrero de 1870, y 18 de Junio de 1869 (Dalloz, 1870, 2, 113 y 114). Orleans, 31 de Agosto de 1831 (Dalloz, núm. 3,591, pág. 1,024).

condición legal; si hay reservatarios, el legatario no tiene la ocupación, ni puede por lo mismo pedir la posesión, sino que debe pedir la entrega. Poco importa que los reservatarios reclamen ó no; basta que los haya, para que el presidente deba abstenerse de decretar la posesión. (1)

29. ¿Cuáles son las consecuencias de la toma de posesión del legatario? Según la opinión seguida por la jurisprudencia francesa, el decreto relativo á la posesión tiene una consecuencia importantísima, y es la de que el legatario no está obligado á probar la verdad de su título, pues tal prueba queda á cargo de los herederos legítimos, á quienes toca probar que la escritura no es del testador. Ya hemos impugnado semejante doctrina. (2) Según lo que acabamos de decir, es cierto que nada hay de común entre la toma de posesión y la fuerza probatoria del testamento ológrafo, si no es la de que el presidente puede negar aquella posesión cuando los herederos desconocen la letra del testamento. Pero sea que otorgue ó deniegue la posesión, su decreto no es un fallo y ninguna influencia tiene en la sustancia del derecho.

Es necesaria la intervención del presidente cuando es ológrafo el testamento; pero no, cuando es público. Por consiguiente el decreto de la posesión tiene como fin y efecto dar á un documento privado el carácter público y la fuerza ejecutiva que le hacen falta. Al presidente le corresponde ver si el testamento exhibido por el legatario ofrece las garantías suficientes de verdad, y denegará la posesión si cree que el testamento es irregular ó nulo. ¿Cuál será el efecto que produzca la denegación de posesión? El tribunal de Poitiers resolvió que á consecuencia de tal denegación, volvía la posesión á los herederos legítimos y les

1 Búrges, 1º de Mayo de 1820 (Dalloz, número 3,671)

2 Véase el tomo XIII de mis *Principios*, pág. 299 y siguientes, núms. 233-237.

pertenece provisionalmente, (1) á salvo los derechos del legatario. Hay una ocupación legal, que es la de los herederos, la cual es cierta, y una ocupación testamentaria, la del legatario, que es dudosa; la ley debe prevalecer sobre el testamento, cuando no se sabe que le hay. Por el contrario, si se pone en posesión al legatario, se hace á un lado la ocupación legal de los herederos; aunque el legatario solamente lo sea por testamento ológrafo ó cerrado, se asimila al que lo es por testamento auténtico, y tienen título ejecutivo que le permite asegurar los bienes y ejercer todos los derechos correspondientes á un heredero que tenga la ocupación. Puede obrar contra todos los detentadores de bienes hereditarios, aun contra los herederos legítimos que hayan sido puestos en posesión. Siendo propietario y poseedor, tiene todos los derechos anexos á la propiedad; puede, como dicen, usar y abusar. De allí el interés que tienen los herederos en reclamar contra la orden del presidente. También el legatario tendría interés por su parte, si le negara el presidente la posesión.

30. ¿Tienen las partes interesadas algún recurso, y cuál contra el decreto del presidente? No hay cuestión sobre la que más se discuta que ésta. Unos niegan que haya ningún recurso; otros admiten la oposición y la apelación; quienes no admiten más que la apelación, y quienes, en fin, distinguen diciendo que procede la oposición mientras no haya habido debate contradictorio al del presidente, y que procede la apelación cuando, en vista de la oposición de los herederos, se promueve algún debate contradictorio. ¿No probaría este conflicto de opiniones que hay un vacío en el código? ¿Y si alguno hay, no será menester concluir que no hay recurso claro, puesto que la ley no admite ninguna? Esta es nuestra opinión, mas no entendemos dejar resuelta una dificultad que no es de nuestro dominio sino

1 Poitiers, 5 de Marzo de 1856 (Dalloz, 1856, 2, 144).

que pertenece al procedimiento; se trata de determinar el carácter de jurisdicción voluntaria que concede la ley al presidente: ¿admite la oposición sin ley que la conceda? ¿admite la apelación cuando no ha habido fallo, ni causa, ni partes colitigantes. (1)

Dada la opinión que tenemos formada acerca de la fuerza probatoria de los testamentos ológrafos y cerrados, hay pocos inconvenientes para negar á los interesados todo recurso del presidente, puesto que el tal decreto deja intactos los derechos de las mismas partes, las cuales pueden inmediatamente dirigirse al fondo del asunto, y hasta pedir que se dicten medidas de consideración. ¿No sería complicar el debate autorizar un recurso contra un decreto puramente provisional? Por esta razón, quizás, no concede la ley ninguna. Más adelante veremos cuáles son las medidas de conservación que pueden pedir los interesados, aun el caso de haberse decretado ya la posesión.

31. ¿Qué sucede cuando el legatario universal no pide la posesión? Que de derecho queda con la ocupación, conforme al artículo 1,006, si no hay reservatarios; pero no puede ser puesto en posesión, por no tener título ejecutivo; y en tal virtud no tendrá los derechos anexos á la posesión de hecho (núm. 29). Esto sucedería aunque se le pusiera en posesión de hecho. Tal posición es muy singular. El legatario universal tiene la ocupación y posee, á pesar de lo cual, no tiene los derechos que derivan de la posesión; si procediera contra los detentados de bienes hereditarios, éstos podrían rechazar su acción por medio de la correspondiente oposición. La razón es, que, aun cuan-

1 Véase la doctrina y la jurisprudencia en Aubry y Rau, t. VI, pág. 129 y nota 5; Dalloz, núms. 3,664-3,670, y la nota de la *Colección periódica*, 1870, 2, 113; sobre la jurisprudencia belga, la nota de la *Pasierisia*, 1856, 2, 207; es necesario añadir lo resuelto en Gand, á 22 de Julio de 1865 (*Id.*, 1865, 2, 278)

do tiene la ocupación, no tiene derecho de que se le ponga en posesión, y así su posesión de hecho es ilegal; siguiéndose de aquí que no puede aprovecharse de ella. Habría una excepción si fuese puesto en posesión con el consentimiento de sus herederos. Este consentimiento equivale á una orden del presidente, implica la renuncia de parte de los herederos á aprovecharse de la nulidad del testamento, si hubiera una causa de nulidad. (1) Las formalidades de los artículos 1,007 y 1,008 no obligan á las partes interesadas, en cuanto á que si se entienden, nada les impide que procedan á ejecutar el testamento. (2)

Si el legatario es puesto en posesión sin haber obtenido una orden del presidente y sin consentimiento de los herederos, su posesión es ilegal. ¿Resultará de ella que incurra en la caducidad de su derecho? Es tan evidente la negativa que apenas si se puede proponer la cuestión; la formalidad de la posesión no es requisito para la validez del testamento, y sólo concierne á su ejecución. (3) Es distinta la cuestión de si el legatario que ilegalmente fué puesto en posesión adquiere los frutos que percibe. Merlin, después de dudar, se declaró al fin por la afirmativa que, á nuestro juicio, no es dudosa. No el artículo 1,008 es el que resuelve la cuestión de los frutos, sino el 1,006 combinado con el 1,005 y con los principios relativos á la adquisición de frutos. La regla es que éstos pertenecen al propietario (art. 547); conforme al artículo 1,005, se deroga esa regla cuando concurre el legatario universal con un reservatario, en el sentido de que no adquiere los frutos de los bienes legados sino con la condición de pedir dentro de un

1 Véase el tomo 13 de mis *Principios*, pág. 600, números 451 y siguientes.

2 Poitiers, 21 de Agosto de 1835 (Daloz, núm. 2,561, 1º). Bruselas, 10 de Diciembre de 1845 (*Pasicrisia*, 1850, 2, 295).

3 Merlin, *Repertorio*, palabra *Testamento*, sección 2ª, pfo. 4º, art. 5, número 3 (t. 34, pág. 146).

año que se le paguen. Cuando no concurre el legatario con reservatarios, tiene de pleno derecho la ocupación, y no está obligado á pedir ninguna entrega, por no haber disposición que le quite el derecho de goce anexo á la propiedad; por consiguiente, adquiere los frutos como propietario. La toma de posesión no tiene por objeto darle el goce, y la falta de esa posesión no puede privarle de él. Adquirirá los frutos si se sostiene su legado, pero los devolverá si se anula, á salvo la aplicación de los principios relativos á la petición de la herencia. (1)

3. De las medidas de conservación.

32. Cuando el difunto deja un legatario universal y herederos legítimos, hay conflicto entre el heredero testamentario y los naturales. La ley deja un vacío en este conflicto, al conceder la ocupación al legatario, lo cual parece excluir á los herederos que lo son por la sangre. Pero la exclusión sólo es aparente, porque los herederos, aunque, desheredados pueden pedir la nulidad del testamento; por lo cual siempre tienen un derecho eventual sobre la herencia, y así están interesados en la conservación de los bienes. La ocupación que la ley concede al legatario no les quita ni su derecho ni su interés. Aun cuando el legatario tenga un testamento auténtico, pueden los herederos impugnarle, sea por vicios de forma, sea por trastorno mental ó por captación. Si el testamento es ológrafo ó cerrado tiene el mismo derecho, y pueden hasta contentarse con desconocer la escritura ó la firma. El decreto del presidente no impide que obren los herederos; es un acto de jurisdicción voluntaria al cual son extraños los herederos, que por consiguiente no los priva de ningún derecho. Pero el decreto

1 Merlin, *Cuestiones de derecho*, palabra *Testamento*, pfo. 19 (t. 15 pág. 460) Acerca de la petición de herencia y del derecho á los frutos del heredero manifiesto, véase el tomo 9º de mis *Principios*, págs. 687 y siguientes, núms. 541-553.

puede comprometer el ejercicio de sus derechos invistiendo de la posesión al legatario insolvente que podrá distraer, dilapidar ó disipar los bienes hereditarios. Por tanto, están muy interesados en provocar medidas de conservación, medidas que son de derecho común desde que hay derechos que conservar. (1)

El legatario instituido por testamento ológrafo ó cerrado debe pedir la posesión al presidente del tribunal. Si no la obtiene, se sostendrá por esto mismo á los herederos naturales en su ocupación, y aprenderán los bienes y dispondrán de ellos. La negativa del presidente no despoja de su derecho al legatario, quien puede hacerle valer en todo caso; pero la posesión de los herederos comprometerá sus intereses si son insolventes, y aun cuando no lo fueran, podrían destruir unos documentos cuya conservación interesa al legatario. Este, pues, tiene también derecho para resguardar, y por consiguiente interés en provocar que se dicten medidas de conservación. (2)

33. Dichas medidas son un derecho común, pero con la condición de que haya un interés que garantizar lo cual supone que hay un derecho comprometido. Cuando el legatario es quien pide las medidas de conservación, su interés y su derecho serían indiscutibles; el testamento que le instituye es el fundamento de su acción. Pero si es un heredero el que pide las tales medidas, debe suponerse que el legatario fué puesto en posesión.

Para que los herederos estén interesados en pedir medidas de conservación, es menester que pidan la nulidad del testamento, porque sólo con ella adquirirán un derecho; mas si se mantiene la validez del testamento, quedan excluidos, y por consiguiente sin derecho ni interés. Esto no es dudoso tratándose del testamento auténtico, por hacer

1 Bruselas, 15 de Enero de 1829 (*Pasicrisia*, 1829, pág. 19).

2 Gand, 20 de Enero de 1845 (*Pasicrisia*, 1847, 2, 78).

plena fe en cuanto á la exclusión de los herederos; mientras subsista, está probado que carece de derecho ó interés, y así no pueden solicitar las medidas de conservación sino con la condición de promover la nulidad del testamento ó su falsedad. (1) Los principios son los mismos, tratándose del testamento ológrafo ó cerrado. En efecto, el decreto del presidente da al legatario la posesión de hecho y la ley le da la propiedad y la posesión de derecho; por lo mismo quedan excluidos los herederos y, como tales, sin derecho ni interés; pues no tienen derecho sino es desconociendo el testamento ó atacándole en cuanto al fondo. Concluimos diciendo que, en cualquier hipótesis, los herederos no pueden solicitar que se dicten medidas de conservación sino cuando pidan la nulidad del testamento. (2)

Los textos dejan alguna duda y la jurisprudencia es vacilante, pero los principios son indiscutibles. Quien dice medida conservadora, dice que hay un derecho de conservar; y los herederos excluidos por el testamento no tienen derecho sino cuando viene abajo el testamento, para lo cual deben impugnarle. Mientras no promuevan la nulidad, subsiste su exclusión, y ésta les quita todo derecho y todo interés. Los textos están en armonía con estos principios. Conforme al artículo 909 del código de procedimientos, pueden pedir el embargo todos los que pretendan tener derecho á la sucesión, y los que le tengan para pedir el embargo podrán pedir el desembargo, así como puede pedirse el inventario para los que tienen derecho para pedir el desembargo (arts. 930 y 941 del código de procedimientos). ¿Dirán los herederos que en su calidad de parientes del difunto, llamados á sucederle, pueden pedir el

1 Compárese con lo resuelto en Bruselas, á 27 de Octubre de 1825 (*Pasicrisia*, 1825, pág. 507).

2 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 130 y nota 9, pfo. 710. Dalloz, número 2,769. Demolombe, t. 21, pág. 476, núm. 512 y los autores que citan.

embargo y que se forme inventario? No dicen tal las leyes; es menester *pretender un derecho* en la sucesión para reclamar medidas de conservación; y los herederos excluidos por un testamento no tienen derecho que pretender sino impugnando el testamento; por tanto deben comenzar por pedir la nulidad. Cuando no hay legatario universal, basta sin duda con la calidad de heredero, puesto que, en ese caso, tienen los herederos un derecho fundado en su parentesco y en la ley. Pero cuando hay legatario, cae ese derecho, á menos que se declare la nulidad del testamento.

Las más de las sentencias judiciales, que hay muy numerosas en este particular, suponen que el legatario impugna el testamento ó discute su validez. Ordinariamente, el legatario á quien da la posesión se opone á la demanda de los herederos, invocando su título y el decreto del presidente; las sentencias desechan tal oposición, haciendo constar que estando en discusión la validez del testamento, el legatario cuyo derecho se discute no puede oponerse á que los herederos hagan valer los derechos que han recibido de la ley. Las sentencias establecen en seguida el interés que los herederos tienen de provocar medidas de conservación, interés que es evidente. (1)

Hay resoluciones más precisas. El tribunal de Amiens dice que los herederos no pueden reclamar medidas de conservación sino cuando se ataca formalmente el testamento. (2) Simples reservas que hacen los herederos no bastan, dice el tribunal de Bruselas; es menester que impugnen el testamento. (3) Un tribunal de primera instancia había resuelto, en términos absolutos, que los herederos por la sangre pueden, aunque haya un testamento au-

1 Lieja, 22 de Julio de 1847 (*Pasicrisia*, 1849, 2, 262).

2 Amiens, 7 de Mayo de 1806 (Dalloz, núm. 3, 625).

3 Bruselas, 12 de Noviembre de 1829 (*Pasicrisia*, 1829, pág. 284, y Dalloz, núm. 3, 664), y 11 de Diciembre de 1829 (*Pasicrisia*, 1829, pág. 322).

téntico que instituya un legatario universal, y sin impugnar el testamento, solicitar las medidas conservadoras. Recurrido el fallo por el legatario, en apelación impugnaron en forma los herederos la validez del testamento, fundándose en que uno de los testigos no era regnicola; el testamento era pues impugnado, y por consiguiente eran de derecho las medidas de conservación. (1)

34. La aplicación de estos principios da lugar á dificultades todos los días, reclamando constantemente los herederos medidas llamadas de conservación, siendo así que ningún derecho formal tienen que asegurar, y los legatarios resisten á pretensiones aún legítimas. Cuando los herederos intentan la acción de nulidad, es evidente su interés, y por lo mismo deben decretarse las medidas de conservación. (2)

Se ha resuelto que basta una demanda en conciliación, no de una manera absoluta, sino en general, dice con razón el tribunal de Gand. La demanda en conciliación es el preliminar indispensable de una acción judicial; por lo mismo, generalmente este acto es formal y constituye un ataque al testamento bastante para justificar las medidas de conservación; pero si no fuera formal la citación, si los herederos no dieran ningún resultado á esa demanda preliminar podría el juez no decretar las medidas reclamadas, los herederos no tendrían de qué quejarse; ¿acaso no hacen valer sus derechos si los tienen? (3) Basta asimismo que los herederos declaren ante el tribunal ó sala de apelación que desconocen la escritura del testamento ológrafo ó sostengan que el testamento es resultado de la captación, que fué hecho en favor de un incapaz por interpósita persona. (4) Si esta declaración se hiciera ante el juez de los

1 Bruselas, 4 de Agosto de 1846 (*Pasicrisia*, 1847, 2, 25).

2 Lieja, 7 de Junio de 1836 (*Pasicrisia*, 1836, 1, 136).

3 Gand, 6 de Enero de 1840 (*Pasicrisia*, 1840, 2, 5).

4 Bruselas, 18 de Julio de 1851 (*Pasicrisia*, 1851, 2, 312).