

autos á quien los herederos piden medidas de conservación, el juez será quien aprecie si tal declaración es formal para resolver en consecuencia. (1) Mientras todavía no se intenta la acción, puede dudarse si lo será; y toca á los herederos vencer la resistencia del legatario, intentando la acción de nulidad.

35. ¿Qué se entiende por medidas de conservación y qué pueden hacer los herederos para resguardar sus intereses? Los herederos no tienen ninguna acción directa sobre los bienes de la herencia. Hay un legatario universal, á quien el presidente ha mandado se dé la posesión; él es quien dispone de los bienes hereditarios; mientras subsiste el testamento, queda excluido el heredero legítimo, y así ningún derecho tiene sobre los bienes hereditarios, y lo único que le permite la ley es que pida medidas de conservación, pero esas medidas las decreta el juez; el heredero nada puede hacer de propia autoridad. Se resolvió ya que el heredero no puede reclamar que un banco inscriba en su nombre títulos que hubieren pertenecido al finado, aunque el legatario universal lo haya sido una sociedad no reconocida en Bélgica; desde que el legatario obtuvo la posesión, debe proveerse al título. (2) Aun en el caso de que el legatario ejecutara actos que pudieran causar grave perjuicio al heredero, como por ejemplo, desmontando un terreno no podría oponerse el heredero por algún hecho extrajudicial significado al legatario, quien tiene derecho de hacer lo que hace, y aquél debe promover la nulidad del testamento y reclamar que se dicten medidas de conservación. (3) Esto se hace por vía de relación; de suerte que el presidente mismo que decretó la posesión del legatario puede autorizar las medidas conservatorias reclama-

1 Bruselas, 26 de Diciembre de 1827 (*Pasicrisia*, 1827, pág. 352).

2 Bruselas, 16 de Junio de 1858 (*Pasicrisia*, 1860, 2, 27).

3 Riom, 23 de Mayo de 1842 (*Pasicrisia*, 1845, 4, 503 y siguientes).

das por el heredero. En ese caso obra como juez, y ejerce un acto de jurisdicción contenciosa, y por consiguiente, el fallo que pronuncie estará sujeto á apelación. Esto no ofrece duda. (1) No insistimos en este punto, por no ser de nuestro objeto. Si tratamos de medidas de conservación, es porque ellas afectan al conflicto que suscita el testamento entre el heredero y el legatario.

36. La medida más usual que tiende á resguardar los derechos de los herederos es la que la ley misma indica: el embargo y el inventario. Puede hallarse entre los papeles del difunto un testamento que revoque el que el legatario presentó al presidente, y entonces importa impedir el extravío de papeles, lo mismo que de objetos, muebles y valores que con tanta facilidad pueden distraerse de su objeto, ocasionando á los herederos un perjuicio difícil de reparar, si se anulara el testamento, porque sería menester probar en qué consistían y cuál era el precio de los muebles, cosa casi imposible sin el embargo y el inventario. (2)

Los herederos deben también ser citados para el desembargo que precede al inventario; el artículo 930 les da derecho para pedir ese desembargo, y si éste se verifica á pedimento del legatario, quiere la ley que se notifique á los herederos presuntos que asistan á la diligencia; y cuando los herederos son los que piden el desembargo, debe ser citado el legatario universal. Esta disposición del artículo 931 del código de procedimientos prueba que la ley entiende proteger á todos los intereses que están comprometidos en el conflicto entre el heredero testamentario y el sucesor *ab intestato*. (3)

Lo que acabamos de decir acerca del desembargo se aplica también al inventario, que es su consecuencia. Debe ha-

1 Demolombe, t. 21, pág. 477, núm. 514 y los autores que cita.

2 Bruselas, 10 de Enero de 1855 (*Pasicrisia*, 1855, 2, 97).

3 Bruselas, 5 de Julio de 1860 (*Pasicrisia*, 1860, 2, 249).

cerse en presencia de los herederos presuntos y de los legatarios universales, en el sentido de que aquel que procede al inventario debe citar á todos los que tienen derecho de concurrir (código de procedimientos, art. 942). Se ha pretendido que esta disposición no es aplicable al caso en que hay un legatario instituido por un testamento auténtico, ó puesto en posesión en virtud de un testamento ológrafo ó cerrado. El tribunal de Bruselas responde con mucho acierto que cuando la ley no distingue, tampoco el juez debe distinguir; y ni lugar á esta distinción habría. En efecto, aun cuando el testamento sea auténtico, puede ser atacado de nulidad, ó revocado por un testamento posterior, y así era menester permitir á los herederos que pidieran medidas de conservación. (1) Es necesario, sin embargo, poner la condición de que tengan un interés nacido y actual, es decir, que discutan sobre la validez del testamento que los excluye de la sucesión.

37. Una vez hecho el inventario, se pregunta á quién serán remitidos los papeles. Estos pertenecen al propietario y poseedor de la herencia; por consiguiente al legatario que tiene la posesión de hecho y de derecho, así como la propiedad, en virtud de un testamento auténtico ó de uno privado, pero seguido de la toma de posesión. (2) Si el presidente deniega la posesión al legatario, los herederos legítimos se aprovecharán de la ocupación que les concede la ley, y por consiguiente conservarán los papeles del difunto y todo lo que le haya pertenecido. Empero, con sólo que haya conflicto, ya los legatarios y los herederos no tienen un derecho cierto, absoluto; la contradicción que se les hace autoriza al juez para ordenar el depósito de títulos y papeles en poder del notario á quien él designe. El artículo 943, número 9, del código de procedimientos, co-

1 Bruselas, 13 de Julio de 1836 (*Pasicrisia*, 1836, 2, 180).

2 Bruselas, 29 de Marzo de 1854 (*Pasicrisia*, 1855, 2, 121).

loca esta medida conservatoria entre las que se pueden tomar después de la formación del inventario, y por lo mismo á petición de cualquier interesado, del legatario universal ó de los herederos *ab intestato*. (1)

38. El sucesor universal, que tiene la ocupación en virtud de la ley ó de la voluntad del testador, ejerce todos los derechos de un propietario y de un poseedor, y como tal, tiene la administración de los bienes. Aquí vuelve á presentarse la distinción que acabamos de hacer: la ocupación no da ningún derecho absoluto cuando se discute el título de donde resulta. La regla es, ciertamente, que se debe proveer al título, y así la administración debe corresponder al legatario, si de hecho ó de derecho está en posesión de la herencia. (2) Pero la administración del sucesor que tiene la ocupación podría comprometer los derechos de quienes atacan su título, y este ataque debilita el derecho de los sucesores que tienen la posesión. En el conflicto de intereses igualmente legítimos todos, el juez puede y debe modificar los derechos que tiene el poseedor en virtud de la ocupación. Así, se ha resuelto que debían incluirse en el inventario las cantidades que se encontraran en tiempo de su formación. (3) También podrían los tribunales decretar el secuestro de los bienes hereditarios, conforme al artículo 1,961, que permite á la justicia hacerlo cuando se litiga acerca de la propiedad ó de la posesión entre dos ó más. (4) Se ha pretendido que el juez está obligado á decretar el secuestro cuando así lo piden los herederos legítimos; pero el tribunal de Gand rechazó esas pretensiones excesivas, declarando que el juez debe negarse á decretar

1 Gand, 20 de Enero de 1845 (*Pasicrisia*, 1846, 2, 352, y 1847, 2, 78). Bruselas, 27 de Abril de 1853 (*Id.*, 1854, 2, 219).

2 París, 22 de Marzo de 1836 (Daloz, núm. 3,654, 4°).

3 Oaen, 16 de Noviembre de 1844 (Daloz, 1845, 4, 334).

4 Agen, 31 de Agosto de 1849 (Daloz, 1851, 2, 547). Compárese con lo resuelto en París á 18 de Noviembre de 1871 (Daloz, 1872, 2, 69).

el secuestro mientras los herederos legítimos no combatan el testamento; y que, aun combatiéndole, del juez depende la clase de medidas conservadoras que se deban adoptar; pero con permitirle la ley que ordene el secuestro, no le impone una obligación.

Núm. 2. De los legados que no tienen la ocupación.

1. De la demanda de entrega.

1. Principio.

39. El legatario universal no tiene la ocupación cuando hay herederos reservatarios, los cuales tienen la ocupación de preferencia; el legatario debe pedir la entrega de los bienes comprendidos en su legado (art. 1,004). Hemos dicho en el título de las *Sucesiones*, por qué la ley da la ocupación á los reservatarios, á pesar de parecer excluidos por la institución de un legatario universal. (1) Esto supone que hay descendientes ó ascendientes. La jurisprudencia y los autores admiten, ciertamente, que el hijo natural tiene reserva; pero le niegan la ocupación. El artículo 724 es terminante; no concede la ocupación más que á los herederos legítimos, y el 756 establece que los hijos naturales no son herederos. Por otra parte, el artículo 1,004 no priva al legatario universal de la ocupación sino cuando concurre con herederos para los cuales está reservada por la ley una parte de los bienes. (2) Síguese de ahí que en caso de que concurren el legatario universal y un hijo natural, aquél será quien tenga la ocupación; por tanto, el sucesor reservatario deberá pedir su parte al sucesor no reservatario. Esto es poco lógico; es, á nuestro juicio, una nueva prueba de que el hijo natural no disfruta de reserva.

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

2 Duranton, t. 9º, pág. 204, núm. 194. Grenoble, 26 de Septiembre de 1857 (Daloz, 1858, 2, 160).

Si tuviese una, habría debido darle de preferencia la ocupación al legatario, ó por lo menos habría asegurado su derecho con cualesquiera garantías.

40. Los legatarios á título universal no tienen la ocupación, sin embargo de absorber toda la herencia sus legados (art. 1,011). Hemos dado ya la razón de esto en el título de las *Sucesiones*. En ese caso, los herederos legítimos, aunque excluidos de la herencia, tienen la posesión, y á ellos deben pedir la entrega de sus legados los legatarios á título universal, cuando no hay reservatarios ni legatarios universales (art. 1,011). ¿Qué debe decirse de cuando no hay herederos? Nadie tiene la ocupación, por no deber tenerla nunca los sucesores irregulares llamados á falta de los herederos. Ya veremos más adelante á quién deben los legatarios pedir la entrega cuando concurren con sucesores irregulares.

41. El artículo 1,014, después de decir que todo legado confiere al legatario derecho á la cosa legada desde el día en que muere el testador, añade que no podrá el legatario particular ser puesto en posesión de la cosa legada sino á contar del día en que pida la entrega. Hay pues que decir de los legatarios particulares lo que acabamos de decir de los legatarios á título universal: que aun cuando absorbieran la herencia, no tienen la ocupación.

De aquí se sigue que tampoco la tienen jamás los legatarios de un usufructo. Conforme á nuestra opinión, esto no tiene duda en cuanto al carácter de los legados de usufructo, puesto que siempre los legatarios de usufructo lo son particulares, á pesar de que su legado recaiga sobre todos los bienes del difunto; aun conforme á la opinión que considera el legado de usufructo de todos los bienes como legado á título universal, tampoco tienen la ocupación, por no tenerla los legatarios á título universal. Si pues el difunto legó el usufructo de todos sus bienes á Pe-

dro y la nuda propiedad á Pablo, el usufructuario deberá pedir la entrega al propietario que será quien tenga la ocupación.

42. Los legatarios que no la tengan deben pedir la entrega. ¿Por qué? Aunque no tengan la ocupación, son propietarios y, en teoría, se podía creer que pueden ejercer todos los derechos anexos á la propiedad, reivindicar y ponerse de ese modo ellos mismos en posesión. ¿A qué conduce, pues, esa acción especial que se llama de entrega? Pothier responde así á nuestra pregunta: "La propiedad de la cosa legada pasa verdaderamente al legatario, sin ningún hecho ni tradición, desde el día en que muere el testador; pero no adquiere la posesión sino desde el día de la tradición y entrega que se le hacen hasta esa tradición, el heredero es el justo poseedor de las cosas legadas, como de todas las demás de la herencia, y el legatario está obligado á pedirle la entrega, no pudiendo ponerse por sí mismo en posesión; que si lo hiciera, sería una vía de hecho por razón de la cual podría el heredero proceder judicialmente contra él." (1) La necesidad de la entrega es pues consecuencia de la ocupación; es una institución de las costumbres. He aquí por qué el legatario no ocurre directamente al tribunal para que se le ponga en posesión, sino que tiene que dirigirse al heredero. Esto prueba que el objeto de la acción no es únicamente obtener la tradición de la cosa legada, pues para sólo la tradición, había de ser inútil la intervención del heredero. Si el legatario debe pedir la entrega al heredero, es porque éste se halla investido de toda la herencia por voluntad del difunto, que al morir la dejó en su poder; por mejor decir, la ocupación diaria, es una consecuencia de la máxima, escrita igualmente en nuestras costumbres, de que sólo Dios hace á los herederos; por

1 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 239. Aubry y Rau, t. 6º, págs. 153 y siguientes y nota 1.

tanto, es necesario el consentimiento del heredero para des-apoderarle de una parte de la sucesión. El es llamado para examinar si hay que consentir en la entrega, ó si debe impugnar la validez del legado.

En el sistema que ordinariamente se sigue, no se ven favorablemente los legados, y el testador no puede disponer más que de cierta parte de su patrimonio, pues el resto se reserva para los parientes como herencia de Dios. De allí la necesidad de su consentimiento para que los legatarios reciban los bienes que el difunto les designó. No se trata, pues, solamente de una tradición, como en la venta, aunque esa tradición lleve también, en nuestro derecho, el nombre de entrega. Esta, en la venta, es un hecho puramente material; mientras que la hecha por el heredero al legatario es un reconocimiento del legado. Con motivo de tal entrega, se verifica el cuasi-contrato que, en la doctrina ordinaria, se hace por la aceptación del legado; puede decirse que hay más que cuasi-contrato, hay concurrencia de voluntades. Insistimos en este principio, porque nos va á servir para resolver las cuestiones que se suscitan respecto de la entrega.

43. Hemos dicho que la petición de entrega debe dirigirse siempre al heredero, y no puede llevarse directamente ante el tribunal. La cuestión ocurrió en el de Gand; y era un caso en que el difunto había instituido un legatario universal, y por medio de un codicilo había hecho legados particulares á sus herederos naturales. Estos pidieron la nulidad del testamento y concluyeron con que las cosas legadas que debían volver á ellos en cualquier eventualidad, ora á título de legatarios, ora á título de herederos, les fuesen restituidas interinamente para poseerlas ellos á título de herencia, en deducción de su parte alícuota en la sucesión *ab intestato*. ¿Por qué no se dirigían al legatario universal, como lo quiere la ley (arts. 1,014 y

1,011)? Es porque al pedir la entrega al legatario universal reconocían sus derechos, mientras que el objeto de su acción era el de impugnarlos. He ahí por qué obraron en justicia, pero el tribunal no podía recibir su demanda, porque no tiene misión de hacer la entrega; sino que el legatario universal era quien debía consentirla; él no se negaba á ello, mas los herederos no podían pedírsela; desde entonces no había medio legal para ellos de obtener la posesión de las cosas que se les habían legado. (1)

2. Excepción.

44. Si el legatario es copropietario de la cosa legada, y por consiguiente coposeedor, ¿debe no obstante eso pedir la entrega? La misma cuestión ocurre, en términos más generales, cuando el legatario tiene la posesión de la cosa legada, por ejemplo, como comprador locatario ó arrendatario. Esto no es más que simple detención, pero el código asimila esta detención á la posesión (art. 2,228). En las dos hipótesis, el legatario posee la cosa legada en el momento de abrirse la sucesión; de donde se ha concluido que es inútil pedir la posesión y que por consiguiente no está obligado á pedir la entrega. "Cuando el legatario está ya en la ocupación, dice Troplong, desaparece el motivo de la ley; es necesario evitar, con una legislación tan sencilla como la nuestra, los trámites, dilaciones y formalidades superfluas." (2) Ya hemos respondido á esta objeción. Si la petición de entrega no tuviese otro objeto que el hecho material de la tradición, se podría decir que es inútil cuando la tradición lo es. Pero la entrega implica también el consentimiento del heredero; mas para que pueda dar ó negar ese consentimiento, es preciso que se le pida; si-

1 Gand, 7 de Abril de 1862 (*Pasicrisia*, 1863, 2, 5).

2 Troplong, t. 2º, pág. 131, núm. 1,792 y los autores citados por Dalloz, núms. 3,816 y 3,817.

guiéndose de ahí que siempre debe pedir la entrega; porque en el espíritu de la tradición ordinaria, no se concibe el legado sin entrega. Las disposiciones del código están en armonía con la tradición. El artículo 1,004 dice: "El legatario universal que concurre con herederos reservatarios está obligado á pedirles la entrega de los bienes comprendidos en el testamento." El artículo 1,011 impone igual obligación, en los mismos términos, al legatario á título universal; y el artículo 1,004 contiene una disposición análoga para los legatarios á título particular; es menester que la entrega se les consienta voluntariamente, pues de otra suerte no pueden ser puestos en posesión de la cosa legada sino á contar del día de la demanda judicial instaurada contra los herederos. Esa demanda hace veces de consentimiento, pero de todos modos se necesita un consentimiento, sea voluntario ú obligado.

Esto, dice, es un rodeo inútil de acciones, y se invoca, á ese respecto, la opinión de Pothier y el antiguo derecho. La verdad es que ya en el antiguo derecho, se discutía la cuestión; con el tiempo se olvida el sentido de la tradición, y cuando se pierden de vista los orígenes de la ocupación, es difícil concebir la necesidad de la entrega. Sin embargo, no es exacto decir que Pothier enseña que es inútil pedir la entrega cuando el legatario está en posesión de la cosa legada. Pothier no dice tal, y conforme á su doctrina, ni podría decirlo. ¿Es que la posesión, ó por mejor decir, la retención del legatario impide que el heredero sea puesto en ella? ¿y puede ser desposeído sin su consentimiento, sin saber si quiera que el legatario posee la cosa legada? Lo que Pothier encuentra inútil, es que el legatario ponga la cosa en manos del heredero y que en seguida éste haga de nuevo la entrega al legatario: puede, pues, retenerla éste último. Eso es todo lo que Pothier di-

ce; no enseña que el legatario esté dispensado de entablar una acción para la entrega. (1) El legatario retiene la cosa, ¿pero con qué título? Lo detenía como arrendatario: ¿puede estribar en sólo su voluntad cambiar su detención de arrendatario en una posesión de legatario? ¿Qué llegaría á ser conforme á esta opinión, el consentimiento del heredero que imperiosamente exige el artículo 1,014? ¿Puede el intérprete dispensar al legatario de una obligación que se le impone en términos absolutos? No, el juez no puede crear excepciones, porque esto importaría hacer la ley. No puede distinguir donde ella no distingue, que si lo hiciera, también haría la ley. Agreguemos que ni siquiera hay para qué distinguir si se quiere ser fiel á la tradición constante. ¿Qué importa que el legatario detenga la cosa como causahabiente del testador? La detiene, á decir verdad, en nombre del heredero; porque para detenerla en nombre propio y á título de legatario, es menester que su título sea perturbado, y para esta perturbación se necesita el consentimiento del heredero, puesto que éste no puede ser desposesionado sin su consentimiento. (2)

La jurisprudencia, lo mismo que la doctrina, están divididas. No se halla un argumento nuevo. El tribunal de Nîmes invoca la autoridad de Furgole y de Meynard, (3) oponiéndosele la de Ricard y la de Pothier. El tribunal de Limoges objeta la razón y la equidad fundándose en la inutilidad de la petición de entrega. (4) Otros tribunales responden, y su respuesta es concluyente, que la ley es clara é imperativa y que el texto y el espíritu del código excluye toda distinción.

1 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 240. Duvergier, comentando á Toullier, t. 3º, 1, pág. 306, nota 1.

2 Aubry y Rau, t. 6º, págs. 154 y siguientes, y notas 2, 4 y 5. Demolombe, t. 21, pág. 571, núm. 618, y pág. 573, núm. 619.

3 Nîmes, 17 de Enero de 1838 (Dalloz, número 3,817, 1º).

4 Limoges, 21 de Febrero de 1839 (Dalloz, núm. 3,817, 1º) y 5 de Junio de 1846 (Dalloz, 1848, 2, 89).

45. El legado se hace para mejorar á uno de los herederos; ¿debe pedir la entrega? Hay un motivo para dudar. El heredero tiene la ocupación, la cual abraza la totalidad de los bienes; posee, pues, la cosa legada; ¿á qué conduce entonces pedir su entrega? Se ve que la cuestión se confunde con la que acabamos de examinar, y creemos que su solución debe ser la misma. La ley es general, no hace excepción en favor del heredero que tiene la ocupación, ni habría para qué hacerla. ¿Qué importa que un heredero legatario por mejora entre á ocupar la cosa? Admitamos aún, lo que podría ser discutible, que tiene la ocupación por el todo, no la poseería, en virtud de la ocupación, sino como heredero; mas la ley le impone la obligación de pedir la entrega, y en consecuencia no basta la posesión, porque ésta no implica por sí sólo el consentimiento de sus coherederos que tienen la ocupación como él; por tanto, está obligado á pedir la entrega. (1)

46. Admítase generalmente que el deudor á quien el acreedor lega el descargo de su deuda, no debe pedir la entrega del crédito. Esta es una excepción, ¿y cómo conciliar la excepción con la regla general establecida por la ley? Legando el descargo al deudor, dicen, el acreedor extingue la deuda; mas si no hay ya crédito, ¿de qué pediría el deudor la entrega? ¿Se dirá que, no habiendo tenido la entrega, debe seguir pagando los intereses? Se responde que esto es imposible: ¿puede haber intereses sin deuda capital? ¿Y la deuda no queda extinguida á la muerte del testador en virtud del legado de exoneración? (2) Esta úl-

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 154, nota 3. Demolombe, t. 21, página 573, núm. 619. En sentido contrario, Coin-Delisle, pág. 472, número 30 del artículo 1,014. Compárense los autores citados por Dalloz, núm. 3,822).

2 Véanse los autores citados por Dalloz, núm. 3,815. Es necesario añadir un fallo de Bruselas de 23 de Noviembre de 1842, y una sentencia de denegada de 23 de Julio de 1858 del tribunal de casación de Bélgica (*Pasicrisia*, 1843, 2, 50; 1858, 1, 241). Compárense á Demolombe, t. 21, pág. 574, núm. 620.

tima proposición es la misma cuya exactitud discutimos. El legado de absolución es una remisión de la deuda; y toda remisión exige el concurso del consentimiento del deudor, quien no puede quedar descargado á pesar suyo. Hecha entre vivos, á título gratuito, la remisión es una donación, y por consiguiente un verdadero contrato; pero hecha en testamento, exige también el consentimiento del legatario, puesto que no hay legado sin aceptación. Por tanto, no queda extinguida la deuda por la muerte del testador, y así el legatario debe pedir la entrega de su legado. Esto se funda también en la razón; es menester el consentimiento del heredero para todo legado, puesto que puede discutirlos todos; ¿por qué no se había de necesitar su consentimiento para el legado de exoneración? Tiene la ocupación, dígame lo que se dijere, del crédito legado; no puede ser desposeído de él sino por medio de la petición de entrega.

47. Igualmente se enseña que el ejecutor testamentario á quien el testador hizo un legado y dió la ocupación de su mobiliario no está obligado á pedir la entrega; tiene la posesión de la cosa legada, dicen, y así no debe pedirla. (1) Creemos que es menester aplicar la regla general, por la razón de que el código no la deroga en favor del ejecutor testamentario. La ocupación que se le dió como tal ejecutor nada tiene de común con la entrega que está obligado á pedir como legatario. No es él el llamado á consentir la entrega, sino el heredero que está en la ocupación, pues la que la ley permite al testador que le confiera no quita la de los herederos; y subsistiendo la ocupación, la consecuencia es indiscutible: el heredero que tiene aquella no puede ser desposeído sino en virtud de la entrega que consiente voluntariamente, ó á consecuencia de una acción judicial.

1 Toullier, t. 3º, 1, pág. 306, núm. 542 y todos los autores.

48. También se ha pretendido que el testador puede dispensar á los legatarios de la petición de entrega, por lo menos cuando no deja herederos en reserva. A nuestro juicio, el testador no puede conceder tal dispensa en ningún supuesto. La necesidad de pedir la entrega es consecuencia de la ocupación; mas es de principio que no tiene derecho el testador para disponer de la ocupación, ni, por consiguiente, para nulificar sus efectos (núm.º 8). Esto es decisivo. Tal es también la tradición. "Aun cuando, dice Pothier, hubiese ordenado en su testamento el testador que los legatarios tuvieran de pleno derecho la ocupación de las cosas que les lega y que pudiesen tomar posesión por sí mismos de ellas, no por eso estarían menos obligados á pedir la entrega; porque el testador no puede, por su voluntad, transferir á los legatarios la posesión de las cosas que la ley transfiere á su heredero, y tampoco puede permitir una vía de hecho, permitiendo á los legatarios ponerse, de propia autoridad, en posesión de las cosas cuya ocupación tiene el heredero (1)."

Se objeta que el testador puede indirectamente eximir á los legatarios de que pidan la entrega, instituyéndolos legatarios universales, á falta de herederos reservatarios. Indudablemente sí lo puede; pero no lo ha hecho, y desde ese momento, interviene la ley para conferir la ocupación á los herederos legítimos. No es el caso de decir que directamente se puede hacer lo que es lícito hacer indirectamente. La ocupación de los parientes legítimos es la regla, y regla era ya que no tenía excepción en los países que se regían por la costumbre. Si el código la derogó, fué por transacción, para satisfacer á las reclamaciones de los países de derecho escrito. Es una concesión que él hace al po-

1 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 239. Compárese á Dalloz, núms. 3,831 y siguientes, que discute las opiniones contrarias.

der del testador; mas para que tenga lugar la excepción, es necesario que haya un heredero testamentario, que es la condición con la cual permite que se derogue la ocupación de los herederos; fuera de esa excepción, se vuelve á la regla. Dar mayor extensión á la excepción, es hacer la ley.

Hay un fallo del tribunal de Bruselas en ese sentido. (1) Se cita, en el contrario, uno del tribunal de Augers. A decir verdad, la resolución está mal motivada, ó los motivos mal formulados. El testador había distribuido todos sus bienes entre legatarios instituidos á título particular y á título universal; y había declarado en varios lugares del testamento, y de la manera más terminante, que todos sus parientes, fuera de aquellos á quienes él había hecho alguna donación, quedaban desheredados y excluidos de lo que pudieran pretender. De allí el fallo de primera instancia, confirmado en apelación, concluyó que la mente del testador había sido aplicar á los parientes elegidos por él todo lo que resultara sobrando de su herencia; ó en otros términos la *herencia toda entera*, deducido el importe de los legados particulares. (2) ¿No equivale esto á decir que aquellos parientes eran legatarios universales? Y con este título, ya se deja entender que no deberían pedir la entrega.

II. ¿A quién se ha de pedir la entrega?

49. Siendo la necesidad de la entrega consecuencia de la ocupación, síguese que el legatario debe pedir la entrega al que tiene la ocupación de la herencia. Conforme al artículo 1,004, el legatario universal está obligado á pedir la entrega á los herederos reservatarios que tengan la ocu-

1 Bruselas, 2 de Diciembre de 1830 (*Pasicrisia*, 1830, pág. 217, y Dalloz, núm. 3,715).

2 Augers, 3 de Agosto de 1851 (Dalloz, 1851, 2, 155).

pación, en virtud de la ley, de todos los bienes de la herencia. El artículo 1,011 aplica el mismo principio á los legatarios á título universal, que deben pedir la entrega á los herederos á quienes reserva la ley una cantidad de los bienes; á falta de ellos, á los legatarios universales que tienen la ocupación cuando no hay herederos reservatarios (art. 1,006); y á falta de legatarios universales, á los herederos llamados en el orden establecido en el título de las *Sucesiones*, los cuales, dice el artículo 724, entran de pleno derecho en la ocupación de los bienes, derechos y acciones del difunto. El artículo 1,014 aplica el mismo principio á los legados particulares.

50. La aplicación del principio da lugar á algunas dificultades. Hay un heredero reservatario y un legatario universal: ¿á quién pedirán la entrega de sus legados los legatarios á título universal y á título particular? No es dudosa la respuesta si ya se intentó la demanda antes de la partición que debe hacerse entre el heredero reservatario y el legatario universal; el primero es el que tiene la ocupación, y por consiguiente á él deben dirigirse los legatarios para conseguir la entrega de sus legados; sin embargo, conviene que el legatario universal concorra á la entrega voluntaria ú obligada, por ser él quien en esta hipótesis debe pagar todos los legados (art. 1,009); él es, pues, quien está interesado en contestarles, si procede. Cuando ya tuvo lugar la partición, los legatarios no pueden ejercitar su acción contra el heredero reservatario, porque no tiene la ocupación de los bienes que se les legaron; y en ese caso no son aplicables los artículos 1,011 y 1,014. El legatario universal es quien tiene la posesión de los bienes legados; y sólo el que posee los bienes puede consentir su entrega, así como, según acabamos de verlo, el que tiene interés en discutir la validez de los legados. ¿Será necesario concluir con Zachariæ que la acción de los legatarios contra el le-