

gatario universal no es una acción de entrega propiamente dicha? Es verdad que no hay sucesor con la ocupación en el sentido especial de la palabra, puesto que quien la tenía se despojó de todo lo que no constituye su reserva; pero, por el contrario, transmitió la posesión de hecho y de derecho al legatario universal, quien por lo mismo hace veces de heredero; es, además, el verdadero deudor del legado y no vemos por qué otra acción que la de la entrega podrían los legatarios á título universal y á título particular obtener la posesión de las cosas que se les legaron. (1)

51. Hay un sucesor universal con la ocupación, sea heredero legítimo, sea legatario, y la cosa legada forma parte de otros objetos de la misma naturaleza legados á un legatario á título universal: ¿á quién debe pedirse la entrega? La solución es la misma que acabamos de dar. Mientras el legatario á título universal no hubiere obtenido la entrega de las cosas comprendidas en su legado, la ocupación pertenece al heredero ó al legatario universal; estamos, pues, en el texto y en el espíritu de los artículos 1,014 y 1,011. Es cierto que, en el caso, los sucesores que tienen la ocupación no son los deudores del legado; por lo cual convendría hacer concurrir á la entrega al legatario universal que es el verdadero deudor, para que pudiera impugnar la validez del legado, si procedía. Cuando el legatario á título universal obtuvo la entrega de su legado, deja de existir la ocupación legal; habiéndose transmitido la posesión al legatario á título universal, á él deben dirigirse los particulares para obtener la entrega de sus legados. (2)

1 Coin-Delisle, pág. 463, núm. 4 del artículo 1,009; Dalloz, página 1,075, núm. 3,886. Demolombe, t. 21, pág. 537, núm. 591. Compárese con Aubry y Rau, t. 5º, pág. 162, pfo. 721, y pág. 160, párrafo 720.

2 Bruselas, 5 de Julio de 1821 (*Pasicrisia*, 1821, pág. 417). Compárese á Dalloz, núm. 3,858.

52. Hay herederos legítimos que á falta de legatarios universales tienen la ocupación; pero que renuncian, por haberse agotado la herencia en los legados. ¿A quién pedirán la entrega de los suyos los legatarios? Respondemos que deberán nombrar un curador, sin que deban dirigirse sucesivamente á cada uno de los herederos hasta el duodécimo grado. (1)

Esta opinión se aparta del rigor del derecho. Los legatarios están obligados á pedir la entrega á los herederos que tengan la ocupación; mas todos los herederos legítimos lo son en el orden determinado por la ley, de suerte que la renuncia del heredero más próximo hace que pase la ocupación al más lejano. No debe tratarse de nombrar curador todo el tiempo que hay herederos conocidos que tienen la ocupación de la herencia; pues sólo cuando ésta se halla vacante, en el sentido légal de la palabra (art. 811), será cuando los legatarios podrán hacer que se nombre un curador contra el cual formalizarán su demanda. Hay aquí una excepción al principio que hemos formulado, conforme á los artículos 1,004, 1,011 y 1,014 (núm. 39); la entrega no puede ya pedirse á un sucesor que tenga la ocupación, puesto que no le hay; por otra parte, la ley no permite á los legatarios ocurrir directamente al tribunal para obtener la entrega, sino que siempre deben proceder contra algún representante de la herencia; y, conforme al artículo 811, el curador en caso de herencia vacante contesta las demandas intentadas contra ella; siendo la ley general, y aplicándose á las demandas entabladas por los legatarios, así como las entabladas por los acreedores.

53. No basta que los herederos conocidos renuncien para que la herencia sea vacante, es menester, además, que no se presente ningún sucesor que la reclame. Si hay

1 Duranton, t. 9º, pág. 221, núm. 209.

sucesores irregulares, ¿los legatarios deberán pedirles la entrega? Todos admiten la afirmativa, en cuanto á que si los sucesores irregulares, llamados á falta de herederos, son puestos en posesión, los legatarios deben dirigirse á ellos para obtener la entrega de sus legados. No hay ley que lo diga así terminantemente. Se cita el artículo 1,011, según el cual los legatarios están obligados á pedir la entrega á los herederos llamados en el orden establecido en el título de las *Sucesiones*; se dice que la palabra *herederos* se toma aquí en el sentido más lato, como sinónimo de *sucesores*; se añade que la posesión decretada por el tribunal hace para ellos veces de ocupación, y teniéndola á ellos deben dirigirse los legatarios. (1) Desde el punto de vista de los textos y de los principios, esta interpretación es inadmisibile. Cuáles son los herederos de que habla el artículo 1,011? Son los que tienen la ocupación, porque ésta y la entrega están estrechamente ligadas, siendo la segunda, consecuencia de la primera. Ahora bien, en el sistema del código, los sucesores irregulares no tienen la ocupación, y por no tenerla es por lo que deben pedir la posesión al tribunal. Habría sido menester, pues, un texto para obligar á los legatarios á dirigirse á los sucesores irregulares. Si admitimos esta doctrina, lo hacemos obligados por la fuerza de los principios. Los legatarios no pueden ponerse por sí mismos en posesión, lo cual sería una vía de hecho, dice Pothier; no pueden pedir la entrega al tribunal, sino que quien posee es el que entrega, y el único que tiene carácter para hacerla, por ser el único interesado en contrarrestar el derecho de los que se presentan como legatarios. Con este doble título, tienen derecho é interés en hacer la entrega los sucesores irregulares en cuyo fa-

1 Durantón, t. 9º, pág. 222, núm. 209 y todos los autores. Aubry y Rau, t. 6º, pág. 160, notas 1 y 2; Dalloz, núm. 3,719. Demolombe, t. 21, pág. 539, núm. 593.

vor se decreta la posesión. Los curadores tienen ese mismo derecho, como lo acabamos de ver (núm. 52); con mayor razón debe reconocérsele á los sucesores irregulares, que son propietarios y poseedores de la herencia. Si no se presentan para recibirla, entonces quedará vacante, y procederá el nombramiento de un curador, contra quien dirijirán su acción los legatarios.

54. Si el testador nombró un ejecutor y le dió la ocupación de su mobiliario, ¿deberán los legatarios pedir la entrega al ejecutor testamentario ó al heredero? Hay dos ocupaciones en este caso y, al parecer, en conflicto ambas. En realidad, la ocupación del ejecutor testamentario no impide que la tengan los herederos; por lo mismo hay que aplicar el principio; los legatarios están obligados á dirigirse al que tiene la verdadera ocupación. Esto es de evidencia para los legados de inmuebles, puesto que el ejecutor testamentario no tiene la ocupación de ellos. Es igualmente cierto en cuanto á los legados de muebles; es verdad que el ejecutor puede pagarlos cuando tiene la ocupación del mobiliario, pero no debe hacerlo sino cuando el heredero consintió en la entrega del legado, por ser el deudor y quien tiene interés en impugnar la validez de los legados. El ejecutor testamentario, como lo dice su mismo nombre, no está encargado más que de ejecutar; pero antes de ejecutar el legado, importa que éste sea reconocido, y por consiguiente, que el verdadero deudor consienta en su entrega. (1)

55. Se pregunta si la acción de entrega es solidaria ó indivisible. Esta es una de las cuestiones que jamás debieron haberse llevado ante los tribunales, puesto que la misma ley las resuelve. Efectivamente, según el artículo 1,017, los herederos del testador, ú otros deudores de un legado, están personalmente obligados á pagarle, cada uno á pro-

1 Grenier, t. 3º, pág. 29, núm. 338.

*rata de la parte y porción* que aprovecharán de la herencia; si cada uno de los deudores del legado no está obligado á pagarle más que en proporción á su *parte hereditaria* está por demás decir que el legatario no puede proceder contra cada uno de los deudores por la parte á que está obligado. Dividiéndose la acción, no puede obrarse ni solidaria ni indivisiblemente. Esta resolución que terminantemente acepta el artículo 1,017, también está en armonía con los principios porque se rigen la solidaridad y la indivisibilidad. No hay deudas solidarias sino por convenio de los interesados ó en virtud de la ley, y en nuestro caso, no había ni ley ni convenio. En cuanto á la indivisibilidad, resulta de la naturaleza de la obligación, si el legado tuviese por objeto una cosa indivisible, sería él indivisible: lo cual apenas sí se concibe en nuestro derecho. Supóngase que se lega una servidumbre, no resultará de ello una obligación indivisible, atendiendo á que la servidumbre, lo mismo que la propiedad, se transmite en virtud de la ley, desde que se abre la herencia; pero estando establecida la servidumbre por efecto de un legado, no se puede discutir ya una obligación que tenga por objeto establecer la servidumbre. Quedan los hechos indivisibles; si lo fuese un legado hecho á cargo de varios herederos, es cierto que el legatario tendría una acción por el todo, contra cada uno de los deudores. Esto no es más que aplicar los principios relativos á la indivisibilidad que expondremos en el título de las *Obligaciones*. Muy lejos de ello está resolver, como lo hizo el tribunal de Tolosa, que la acción de entrega siempre es indivisible. (1) Se ha visto un tribunal que condenó á los deudores del legado á pagarle solidariamente, lo cual daría también el carácter de solidaridad á la acción de entrega. Está por demás decir que el fallo respectivo fué casado. (2)

1 Tolosa, 13 de Abril de 1839 (Daloz, palabra *Ejecución*, número 545, 3°).

2 Casación, 7 de Noviembre de 1810 (Daloz, núm. 3,860).

### III. ¿Cuándo y cómo puede pedirse la entrega?

56. El legatario no puede pedir la entrega de su legado sino cuando éste es abierto, porque la entrega implica su aceptación y su ejecución, mas no se puede aceptar un legado antes que exista, ni ejecutarle mientras el legatario no tenga derecho á él. Síguese de aquí que si el legado es condicional, el legatario no puede pedir su entrega sino hasta que se realice la condición. Contra esto se ha objetado que la petición de entrega es un acto de conservación y que el acreedor condicional puede ejercer todos los actos conservadores de su derecho antes de cumplirse la condición (art. 1,180). La descansa en una idea muy falsa de la petición de entrega. Es mucho más que un acto de conservación. Como acabamos de verlo, el legatario que pide la entrega pide que se le entregue la cosa legada de la cual ya es propietario; su acción tiende, pues, no á conservar el derecho, sino á ejercitarle; y ya se ve que para poderse ejercitar un derecho, es menester que exista (1).

Del mismo principio se sigue que los establecimientos de utilidad pública no pueden pedir la entrega de los legados que se les hubieren hecho mientras no hayan sido autorizados para aceptarlos. En otro lugar examinamos ya esta cuestión (t. 11 p. 462, núm. 298).

57 La ley dice que los legatarios deben *demandar* la entrega, lo que importa una acción judicial; pero añade que la entrega puede ser consentida voluntariamente (art. 1,005 y 1,014). Esto es muy jurídico. La entrega no es más que una manifestación del consentimiento; el heredero que tiene la ocupación consiente en desprenderse de la cosa legada remitiéndola al legatario. Si consiente voluntariamente, ya es inútil toda demanda judicial. La ley no su-

1 Compárese con la denegada de 13 de Noviembre de 1849 (Daloz, 1849, 1, 298), y Marzo 24 de 1852 (Daloz, 1852, 1, 113).

jeta la entrega voluntaria á ninguna condición especial de forma; y así se aplican los principios generales relativos al consentimiento. Este puede expresarse con palabras ó con hechos; quiere decir, la entrega puede ser expresa ó tácita.

La entrega expresa no es un hecho solemne; el escrito en que se consigna es únicamente cuestión de prueba, la cual puede hacerse conforme á los principios generales de derecho. Se resolvió que puede resultar de la correspondencia de los interesados, y esto es indudable. (1)

La entrega tácita da lugar á cierta duda, no en cuanto al principio, sino en cuanto á la aplicación. Conviene precisar en qué consiste la entrega voluntaria, para que se puedan apreciar los derechos de donde se quiere deducir esta entrega. Esto es más que simple tradición, ó la voluntad de hacer entrega de una cosa legada. La entrega implica la aprobación del legado, puesto que es ejecución del mismo. Así el heredero que entrega el legado, le aprueba; quiere decir, renuncia el derecho que podría tener para pedir su nulidad. En este sentido, la entrega es confirmación del legado; mas el simple consentimiento de entregar la cosa legada al legatario no importa confirmación del legado; ya hemos expuesto las condiciones exigidas para que la ejecución del testamento equivalga á la confirmación (2) Con estas restricciones y reservas es menester admitir la entrega tácita. (3)

58. ¿Cuándo es tácita la entrega? Se ha resuelto que la ejecución voluntaria del legado equivale á la entrega. (4) Es la expresión de que se sirve la ley para definir la confirmación tácita (art. 1,338). Un mismo acto equivaldrá,

1 Denegada, 22 de Abril de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 151).

2 Véase el tomo 13 de mis *Principios*, páginas 607 y siguientes, números 459-476.

3 Compárese á Demolombe, t. 21, pág. 578, núm. 629.

4 Denegada, 16 de Noviembre de 1836 (Dalloz, núm. 2,561, 1°).

pues, á la entrega y á la confirmación, con tal, empero, que existan las condiciones que se requieren para la confirmación; si, á pesar de la ejecución, no hay confirmación, el heredero podrá siempre demandar la nulidad del legado, y por consecuencia destruir los efectos de la entrega. Debe considerarse como ejecución del legado el pago que el heredero, deudor del mismo, hiciera de los intereses de un legado de usufructo. Así lo declaró el tribunal de Burdeos, y de su fallo se ha deducido la consecuencia de que el heredero debía continuar el pago de los intereses sin que pudiese oponer al legatario que no había pedido la entrega de su legado. (1) Esto es asaz absoluto, pues siempre puede el heredero intentar la nulidad del legado, á menos que la ejecución no equivalga á la confirmación.

¿Habrá entrega tácita si el legatario entrara en posesión de la cosa legada á ciencia y paciencia de los herederos, ó si éstos le dejaran la posesión que tuvo desde que falleció el testador? La jurisprudencia está dividida, y creemos que no ha sido resuelta absolutamente la cuestión. Hay entrega tácita cuando el heredero ejecuta algo que no puede interpretarse en otro sentido sino en el de que el heredero consiente en entregar al legatario la cosa legada aprobando el legado. Al juez le toca apreciar el acto, y se concibe que la apreciación que haga difiera de un caso á otro, puesto que puede variar el carácter de ese mismo acto. Lo único que se puede decir, en términos generales, es que por sí sólo no es consentimiento el silencio de los herederos. El axioma de que el que calla parece consentir no es verdadero sino cuando ese mismo que calla estaba obligado á expresar su voluntad. Ahora bien, nada obliga á los herederos á expresar su voluntad mientras no se les pida; y no es, en verdad, pedirles algo el ponerse ellos en posesión, por pura vía de hecho, de alguna cosa cuya ocu-  
1 Burdeos, 29 de Mayo de 1839 (Dalloz, núm. 3,880)

pación tienen los herederos, pues lo único que resulta de aquel hecho es que los herederos tienen una acción para destruirle. Serían menester, pues, otros hechos y otras circunstancias para que la inacción de los herederos se pudiera colegir que consentían en la entrega. En el caso que sigue, se resolvió, y con razón á nuestro parecer, que había habido entrega tácita.

Un legatario de usufructo hace que se proceda á un inventario en contradicción con los herederos del testador, que han reconocido en él la calidad de usufructuario de todos los bienes de la sucesión, atribuyéndose á sí mismos la calidad de nudos propietarios; después el legatario entra en posesión de los bienes en presencia de los herederos y sin oposición de su parte. Hay más que el silencio de los herederos y su inacción, hay un hecho, que es el de tomar la calidad de un propietario, lo cual implica el reconocimiento del derecho del usufructuario, y ese reconocimiento es precisamente el carácter esencial de la entrega. (1)

Mas no osaríamos enseñar, como lo hizo en su resolución el citado tribunal, que basta con que se pongan en posesión los legatarios sin oposición de los herederos, y que éstos continúen por más ó menos tiempo en el goce, para que haya entrega tácita; (2) un hecho no se cambia en derecho sino cuando se extingue por la prescripción la acción que nace de ese mismo hecho. (3) Por igual razón, no admitiríamos con la sala de casación, que la dictada posesión de los inmuebles por el usufructuario legatario sea una prueba de entrega voluntaria; (4) porque si desde los principios la posesión del legatario no fuera la consecuencia de

1 Limoges, 13 de Noviembre de 1840 (Dalloz, núm. 3,881, 2°).

2 Limoges, 12 de Diciembre de 1837 (Dalloz, núm. 3,881, 1°).

3 Compárese con lo resuelto en Búrges á 1° de Marzo de 1821 (Dalloz, núm. 3,729). Lieja, 28 de Diciembre de 1835 (*Pasicrisia*, 1835, 2, 373).

4 Denegada de la sala de lo civil, 18 de Noviembre de 1840 (Dalloz, núm. 808).

la entrega consentida, no sería más que acto de violencia, y no vemos cómo un hecho puede llegar á ser, sólo con que se prolongue, la prueba de un derecho.

59. A falta de entrega voluntaria, debe demandarla el legatario, y en derecho la demanda implica una acción judicial (arts. 1,153, 1,154 y 1,479). No bastaría simple advertencia que hiciera al heredero; (1) porque si bien la advertencia expresa la voluntad del legatario de obtener la entrega, si el heredero no le hace ésta, es necesario compelerle á ello, y en consecuencia hay necesidad de un juicio. Tal es la aplicación de nuestro principio: entregar es consentir. A falta de consentimiento voluntario, es menester uno obligado, consecuencia del contrato judicial.

Debe intentarse la acción ante el tribunal de la demarcación donde se abrió la herencia: aplicación de la regla general establecida por el código de procedimientos; en materia de sucesión, debe asignarse el defensor ante el tribunal del lugar donde se abre la sucesión, cuando se trata de una demanda relativa á la ejecución de las disposiciones por causa de muerte (art. 59). Se ha resuelto que el tribunal del lugar donde se abre la sucesión, es el único competente, aún en el caso de que la demanda de entrega se hubiera entablado como incidental á un decreto. (2)

60. El tribunal no debe necesariamente decretar la entrega; no es él quien, á decir verdad, la concede, sino que se le demanda contra el heredero que tiene la ocupación. Este puede oponer sus excepciones. Tal sería la alegación de falsedad con que objetara el testamento; en el cual caso, el tribunal resuelve, según las circunstancias, si se debe suspender provisionalmente la ejecución del testamento (art. 1,319). Lo mismo sucedería si el heredero intentara

1 Dijon, 14 de Mayo de 1847 (Dalloz, 1848, 2, 58).

2 Tolosa, 22 de Marzo de 1839 (Dalloz, núm. 3,814). Compárese á Dalloz, núm. 3,865).

la acción de nulidad; si esa acción se ejercita en forma, podrá el juez decretar el secuestro de los bienes litigiosos. En vano se invocaría la máxima según la cual se debe proveer al título; si éste es válido, pero se discute y ataca; toca á los tribunales ver si procede proveer al título. (1)

También podría el juez denegar la entrega si el legado se hubiese hecho con ciertas cargas á las cuales se haya negado á someterse el legatario. Esto fué lo que hizo en el siguiente caso el tribunal de Bruselas. El testador, al legar la cantidad de 6,000 francos á un establecimiento de beneficencia, añade que dicha suma deberá ser asegurada con hipoteca; el legatario quiere emplear esa misma cantidad en inmuebles, y se resolvió que tal cosa no era admisible, como no debía serlo, puesto que el legado era el título del establecimiento, el cual se colocaba fuera de su propio título, y quedaba consiguientemente sin derecho. (2)

61. Según el artículo 1,016, los gastos de la demanda de entrega son de cargo de la sucesión. ¿Cuál es el motivo de esta disposición? Se dice que es la aplicación del principio que deja los gastos del pago á cargo del deudor y que la herencia es deudora. (3) Esto no es exacto. Desde luego la entrega no es simple pago, pura tradición, como en la venta; el pago supone una deuda confesada, mientras que la validez del legado puede ser discutida por el heredero; y precisamente para que éste pueda discutir, es para lo que se le llama á hacer la entrega. ¿Y será cierto que la sucesión es deudora del legado? Lo es, ora sea el heredero legítimo, ora el legatario universal ó á título universal, ora también el legatario á título particular; por consiguiente, ese deudor sería quien debiera soportar los gastos, si se aplicara el principio del pago. La entrega es un concurso

1 Lieja, 19 de Febrero de 1810 (Dalloz, núm. 3,868). Bruselas, 13 de Marzo de 1826 (*Pasicrisia*, 1826, pág. 85).

2 Bruselas, 6 de Diciembre de 1851 (*Pasicrisia*, 1853, 2, 35).

3 Coin-Delisle, pág. 473, núm. 1 del artículo 1,016.

de voluntades mediante el cual se acepta y prueba el legado: luego se hace en provecho común; y he aquí por qué la herencia debe sufragar los gastos.

El artículo 1,016 añade: "Sin que, no obstante, pueda resultar reducción de la reserva legal." Cuando el reservatario interviene, hay un legatario que toma la universalidad de los bienes, deducida la reserva; en este caso, sólo el legatario sufragará los legados (art. 1,009); es justo, pues, que los gastos graviten sobre los bienes que vuelven al legatario; porque si él se aprovecha de la caducidad de los legados, debe también cubrir los gastos.

La regla establecida por el artículo 1,016 no es tan absoluta como lo parece. Si el defensor en la acción de entrega tiene pretensiones mal fundadas, si opone excepciones que prolonguen inútilmente el pleito, los gastos deben ser á cargo suyo en virtud del derecho común: el que los ocasiona es el que los debe lastar. En este sentido se ha formado la jurisprudencia, (1) la cual no establece excepción alguna respecto de los reservatarios; ¿por qué habrían de tener ellos el privilegio de ocasionar gastos inútiles que refluirían en perjuicio de los legatarios? (2)

Finalmente, el artículo 1,016 dice que los derechos de registro serán de cuenta del legatario; esos derechos son los gastos de translación de dominio, ó sea de adquisición, que el derecho común deja á cargo del adquirente. El artículo 1,016 añade que cada legado puede registrarse por separado, sin que el registro aproveche más que al legatario y á sus causahabientes. Esta disposición deroga el derecho anterior, conforme al cual el legatario que quisiera aprovecharse de su legado debería hacer que se registrara todo el testamento, reservándose á pedir á cada uno de los

1 Véanse los fallos citados por Dalloz, núms. 3,871 y siguientes.

2 Metz, 14 de Febrero de 1820 (Dalloz, núm. 3,871, 5º). Denegada; 4 de Noviembre de 1857 (Dalloz, 1858, 1, 76).

legatarios su parte en los gastos. Esta era una medida fiscal que la justicia reprueba, porque bien podía resultar de ahí la imposibilidad, para un legatario pobre, de obtener la entrega judicial de su legado.

La ley permite al testador que derogue las disposiciones relativas á los gastos, se entiende en lo que mira á la aplicación del artículo 1,016. Ni podría derogar las reglas de orden público que quieren que la parte condenada soporte los gastos que se ocasionaron por culpa suya; pues si lo hiciera conferiría el derecho de litigar á diestro y siniestro.

#### IV. Efectos de la entrega.

62. La entrega tiene por objeto poner al legatario en posesión de la cosa legada, desposeyendo al heredero que tiene la ocupación. Mientras el legatario no obtiene la entrega, no puede ponerse en posesión de la cosa legada. Pothier dice que esto sería una expropiación de la cual había de ser responsable el legatario (núm. 42). La entrega tiene también por objeto dar al legatario el goce de los bienes; trataremos aparte de los frutos, por dar lugar esta materia á dificultades de consideración. Por último, el legatario que no ha obtenido la entrega no puede proceder contra los detentadores de las cosas legadas. Sobre esto ocurre alguna duda. Aunque el legatario no tenga la posesión, es propietario; ¿no será menester concluir de aquí que tiene las acciones reales que derivan de la propiedad? Toullier enseña que tiene la acción reivindicatoria que pertenece á todo propietario contra aquellos á quienes encuentra en posesión de una cosa que le pertenece, y que el tercero poseedor contra quien se dirigiera esa acción no podría oponer al legatario la falta de entrega por parte del heredero: esto sería, dice Toullier, excepciones con el derecho de un tercero. (1) Esta cuestión se discutía ya en el antiguo de-

1 Toullier, t. 3º, 1, pág. 317, núm. 572.

recho. Los jurisconsultos de los países de derecho escrito decían, como Toullier, que siendo propietario el legatario puede reivindicar; Furgole califica la opinión contraria de error, y esta opinión se seguía en los países de derecho consuetudinario. Según el nuestro francés, dice Pothier, cuando la cosa legada se encuentra en posesión de un tercero detentador, el legatario, para poderla reivindicar contra ese tercero, debe, previamente, hacer que se le ponga en posesión de su legado por el heredero ú otro sucesor grabado con la presentación del legado mismo. (1)

Este punto es de consideración, y es menester insistir en él, porque nos da una idea exacta de lo que es la entrega, lo cual se requiere para que el legatario ejercite sus derechos de propiedad. Es propietario, y como tal, debería tener las acciones relativas á la propiedad; sin embargo, el derecho francés se las niega. Es porque aun no se reconoce su derecho de propiedad, pues sólo mediante la entrega se hará constar que es propietario; hasta entonces su propiedad no es más que un derecho abstracto, que puede vender ciertamente y que transmite á sus herederos, pero cuyo ejercicio no tiene. Esto parece contradictorio, y comprendemos que los jurisconsultos habituados al rigor romano rechacen esta doctrina como un error. Sin duda para conciliar estas contradicciones la sala de casación dice que el legatario no se hace propietario por la entrega, que hasta entonces sólo tiene un derecho real á la cosa legada (núm. 2). A nuestro juicio eso es ir demasiado lejos; no se puede negar que el legatario sea propietario, la ley y la tradición lo dicen; pero la tradición dice también que el legatario no tiene el ejercicio de la propiedad, y en una materia que se deriva de las costumbres, es decisiva la tradición consuetudinaria.

1 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 287. Furgole, capítulo 10, núm. 56 (*Obras*, t. 3º, pág. 402).

Para conciliar el derecho romano con el consuetudinario, Merlin propone que se permita al legatario que proceda contra el tercero poseedor dando intervención en el pleito al heredero, á fin de que haga la entrega al legatario luego que salga vencido el poseedor. (1) Nos parece que inútilmente se busca el medio de conciliar principios que son opuestos. El derecho romano ignoraba la entrega, mientras que ella es fundamental en derecho francés. Más vale atenerse á la tradición francesa y resolver que el legatario no puede obrar mientras no haya obtenido la entrega. (2)

63. Decimos que el legatario es propietario antes de la entrega, pero que su derecho de propiedad es un derecho abstracto, en el sentido de que no tiene su ejercicio. Esto no es decir que tal derecho quede sin efecto; y que no se nos acuse de contradicción. La doctrina que exponemos no es nada lógica, lo confesamos, pero es la doctrina de la tradición consuetudinaria. La sala de casación ha declarado que el derecho que resulta de un legado no es simple crédito sino un derecho de propiedad y de aquí dedujo la notable consecuencia de que el derecho á la cosa legada no es susceptible de extinguirse por confusión. Dos esposos hacen legados en favor recíproco; el esposo legatario muere antes sin haber obtenido la entrega; los hijos son á la vez herederos del padre y de la madre; si el legado no les diese más que un crédito, reunirían en su persona las calidades de deudor y acreedor, y por consiguiente habría confusión y extinción del derecho. Pero son propietarios y conservan el suyo de propiedad, por que ésta no se extingue por confusión. Poco importa que el legatario no hubiera pedido la entrega, porque no se trataba de ejercer el de-

1 Merlin, *Repertorio*, palabra *Legatario*, pfo. 5º, núm. 10 (t. 16, página 461).

2 Compárese á Duranton, t. 9º, pág. 208, núm. 200; Demolombe, t. 21, pág. 580, núm. 632. Aubry y Rau, t. 6º, pág. 158 y nota 17.

recho de propiedad, sino únicamente de transmitir ese derecho; y el legatario transmite el suyo, aunque llegue á morir antes de haber obtenido la correspondiente entrega (1).

¿Puede el legatario vender antes de haber demandado la entrega de su legado? El que vende transmite al comprador los derechos que tiene; por tanto, sea cual fuere la naturaleza de un derecho, se le puede ceder, á menos que por excepción, la ley le declare intransmisible. Nada, pues, impide al legatario que enagene su derecho. Este, á nuestro juicio, es un derecho de propiedad; pero la sala de casación declara que es un derecho real inmueble del cual puede el legatario disponer. (2) Hemos criticado dicha resolución (núm. 2) si bien comprendíamos los escrúpulos de aquel tribunal: le repugna ver un derecho de propiedad allí donde no distingue todos los efectos de la misma. Precisamente debido á estas inconsecuencias y contradicciones, es como sostenemos el derecho de propiedad del legatario, porque tales inconsecuencias y contradicciones hacen comprender lo que hay de particular en la entrega del derecho francés.

Cualquiera que sea la denominación que se de al derecho del legatario, siempre será cierto que ese derecho está en su dominio, que forma parte de su patrimonio, que es un bien, y por consiguiente, lo mismo que sus otros bienes, una garantía para sus acreedores; un bien que éstos pueden asegurar y hacer que se venda, (3) aunque el comprador no adquirirá mas que los derechos de su autor; él deberá pedir la entrega, y el heredero podrá negarla, desconociendo la validez del legado. En suma, el derecho del

1 Denegada, 16 de Noviembre de 1853 (Daloz, 1853, 1, 325).

2 Casación, 16 de Diciembre de 1839 (Daloz, palabra *Registro*, núm. 5,993).

3 Bruselas, 25 de Agosto de 1814 (*Pasicrisia*, 1814, pág. 209 y Daloz, núm. 3,724 Casación, 15 de Mayo de 1839 (Daloz, núm. 3,616)).