

disponer de ellos, ni por testamento ni por donación, en favor de uno de sus hijos; si hiciese una institución convencional en favor de uno de ellos, los bienes de que es heredero convencional no estarían comprendidos en la institución, por no estar en su dominio, sino que pertenecerían al donante, y no se pueden legar ni donar bienes ajenos. (1) Inútil sería decir que tiene un derecho condicional y que, en realizándose la condición, tiene ella efecto retroactivo. El donatario no tiene derecho condicional, tiene derecho hereditario que se le aseguró por un contrato, pero que no se abre sino hasta la muerte del donante. Por la misma razón, los acreedores del donatario no pueden apoderarse de los bienes comprendidos en la institución convencional; no tienen compromiso más que respecto de los bienes de su deudor, y los donados están en el dominio del donante.

228. Aplicando el mismo principio, debe decidirse que el donatario no puede pedir la nulidad de las donaciones. Más adelante veremos que la acción que le compete, muerto el donante, conforme al art. 1,083, no es la de nulidad sino la reivindicatoria. Ahora bien, durante la vida del donante el donatario no es propietario; no puede, pues, reivindicar. La Sala de Casación resolvió que el donatario podría tomar, en ese caso, sus medidas de conservación en virtud del art. 1,180 que permite al acreedor condicional ejercer todos los actos de conservación de su derecho antes que se realice la condición. (2) Creemos que no es aplicable el art. 1,180; si el derecho del donatario fuese condicional, se retrotraería al día del contrato cuando se cumpliera la condición, es decir, cuando sobreviviese él al donatario; sería, pues, propietario á partir de la donación, y, por lo mismo, dejaría de serlo el donante, y todos los ac-

1 Durantón, t. 9º, pág. 686, núm. 688.

2 Casación, 2 de Mayo de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 193).

tos de disposición que hubiese practicado vendrían abajo. Ahora bien, el art. 1,083 dice lo contrario, puesto que de él resulta implícitamente que el donante conserve la libre disposición de sus bienes á título oneroso (núm. 213). Verdad es que no puede disponer á título gratuito, porque no puede revocar la institución convencional; pero las donaciones que hace no pueden ser impugnadas viviendo él, y así, son válidas, y, por consiguiente, el donatario no tiene por ese capítulo derecho alguno que ejercitar; sólo muerto el instituyente es cuando dejan de subsistir esas disposiciones si sobrevive el instituido. (1) También los reservatarios tienen derecho á los bienes de que el difunto no puede disponer en perjuicio de ellos, pero es derecho hereditario; siguiéndose de ello que, en vida del difunto, no pueden tener acción. Lo mismo sucede con el heredero convencional; la circunstancia de que recibe su derecho de un contrato, no establece, bajo ese respecto, diferencia alguna entre él y el heredero en reserva; uno y otro tienen derecho hereditario, y ese derecho no comienza sino con la muerte de aquel á quien están llamados á heredar

## II. Después de la muerte del instituyente.

### 1. Los instituidos.

229. Puede hacerse la institución convencional en favor de ambos esposos ó de alguno de ellos. Si ambos son instituidos y muere antes uno de ellos ¿acrecerá su parte al cónyuge? Los más de los autores admiten el derecho de acrecer entre los esposos codonatarios, cuando fueron instituidos conjuntamente. Aplican el art. 1,044, que establece el derecho de acrecer en favor de los legatarios en el caso de que se haga el legado á varios conjuntamente; y se reputa hecha así la institución cuando lo es por una

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 266, nota 63, y los autores que citan.

sola y misma disposición y el donante no asignó la parte de cada uno de los dos esposos en los bienes donados.

Nosotros no admitimos esa doctrina sino con una reserva. Los art. 1,044 y 1,045 establecen el derecho de acrecer entre colegatarios, fundándose en presunciones de las cuales se induce que la mente del testador es que si falta uno de los legatarios, su parte acrece á los demás. ¿Pueden aplicarse estas disposiciones á los cónyuges instituidos conjuntamente? Sí y nó. Sí, en el sentido de que el instituyente tiene derecho para declarar que si uno de los esposos no recibe la institución, aprovechará ella en todo al otro. Nó, en cuanto á que no puede haber acrecencia entre los cónyuges, en virtud de los arts. 1,044 y 1,045, no habiéndose hecho tales disposiciones sino por los legatarios, y los cónyuges instituidos como herederos por contrato, son donatarios; mas no puede tratarse de acrecencia legal entre donatarios, puesto que no hay ley. A ello se oponen los principios más elementales. ¿Cuál es el objeto de la institución convencional y cuál el derecho que confiere á los instituidos la institución? El donante forma herederos por contrato; el título de heredero se adquiere, pues, por los donatarios desde que se los llama herederos convencionales. Si hay dos herederos convencionales, se divide entre ellos el derecho de herencia, como los bienes dados por una donación entre vivos se dividen entre los donatarios; cada quien será, pues, heredero por mitad. Así, toda donación hecha á dos donatarios se divide necesariamente; desde entonces no hay conjunción posible entre los donatarios, y, por consiguiente, tampoco hay acrecencia. A menos que el donante haya expresado el ánimo de establecer el derecho de acrecer entre los esposos, la herencia se dividirá entre ellos, y así, cada uno será heredero de una mitad. Se dirá que el derecho de los legatarios se funda también en la voluntad del testador. Es cierto, pero

la ley establece presunciones en favor de los legatarios, y no en el de los cónyuges; y no se hacen extensivas de uno á otro caso las presunciones. Luego no puede tener lugar la acrecencia entre los esposos si no es por voluntad expresa del donante; y decimos que expresa, porque el derecho de acrecer deroga el común, que establece la división entre los donatarios, y toda excepción de los principios debe estipularse expresamente. (1)

¿Qué se dice en apoyo de la opinión contraria? Los autores dan las razones más diversas; lo cual prueba ya que hay cierta incertidumbre. Grenier invoca el antiguo derecho; sin embargo, se ve que estaban divididas las opiniones. Ricard, Furgole y Laurière admitían la acrecencia; Lebrún y Aroux no la admitían. Toullier se funda en la voluntad "presunta" del donante; precisamente, dirémos, porque la teoría de la acrecencia descansa en presunciones, no puede admitírsela en materia de donaciones, porque no hay presunción sin ley. Para prevalerse de los artículos 1,044 y 1,045, se ha recurrido á los más singulares razonamientos. La institución convencional, dice Troplong, es un testamento irrevocable; luego los instituidos son legatarios.

M. Demolombe no acepta este argumento, porque, á su parecer, la institución convencional es una donación; sin embargo, se acomoda á él diciendo que en esta materia prevalece el carácter testamentario. Zachariæ y sus comentadores creen que esto es evidente. Si lo es, ¿cómo es que los partidarios de la acrecencia no se ponen de acuerdo, ni siquiera en el caso en que procede la acrecencia? (2) Una sola cosa hay que se pueda llamar evidente,

1 Coin-Delisle, pág. 461, núms. 23-25. Dalloz, núm. 2,044.

2 Grenier, t. 3º, pág. 298, núm. 422. Toullier, t. 3º, 1, página 456, núm. 844. Troplong, t. 2º, pág. 336, núm. 2,363. Demolombe, t. 23, pág. 349, núm. 326. Aubry y Rau, t. 6º, pág. 271, nota 84.

y es la voluntad del legislador escrita en el texto de la ley. Pues bien, conforme á los textos, no hay acrecencia más que entre colegatarios. Esto es decisivo.

230. A menos que los haya excluido el donante, los hijos están comprendidos en la institución, sea en virtud de llamamiento expreso del instituyente, sea en virtud de la ley; pero sólo son llamados en el caso de que sobreviva el donante al cónyuge donatario. De modo que si éste sobrevive, no son llamados los hijos, sino que él recibe los bienes, como los recibiría un heredero legítimo; es decir, que entran definitivamente en su patrimonio; ya los hijos no tienen ningún derecho á título de herederos convencionales, porque cesan de serlo. El donatario puede disponer, pues, de los bienes, sin tener en cuenta el llamamiento de los hijos, por haber caducado ya. Si no dispone, los bienes donados, confundidos con otros, pasan á sus herederos, quienes quiera que sean, descendientes, ascendientes ó collaterales. (1)

231. Si el donante sobrevive al donatario, son llamados los hijos á la herencia, á título de herederos convencionales. Su derecho es el mismo que el de los cónyuges; es, pues, irrevocable; ni el donante ni el donatario los pueden despojar del derecho que reciben de la institución; aun cuando se pusiesen de acuerdo el instituyen y el cónyuge instituido, para modificar la institución en lo tocante á los hijos, no podrían hacerlo; en vano dirían que á toda hora pueden los contratantes resolver sus convenios, ó modificarlos; porque se les contestaría que también los hijos son parte en el contrato; por lo demás, el consentimiento de todos los interesados, incluso los hijos, sería ineficaz; se trata de un contrato excepcional, de un pacto hereditario; la ley permite formarle, no resolverle ni modificarle; par-

1 Toullier, t. 3º, l. 1, pág. 454, núm. 839. Durantón, t. 9º, pág. 680, núm. 680.

ticipa de la irrevocabilidad de los convenios matrimoniales de que forma parte. (1)

232. Los hijos son llamados á la herencia del instituyente, en virtud de un derecho que les es propio. No como herederos del cónyuge donatario, porque habiendo muerto éste, jamás tuvo derecho; tampoco es como representantes de su padre, porque no existe representación más que en las sucesiones *ab intestato*; sino como donatarios. De ahí que pueden renunciar la herencia de su padre, y, sin embargo, recibir los bienes comprendidos en la institución, porque esos bienes no se encuentran en el patrimonio de su padre. De ahí también que se admita á los hijos á heredar, aunque fuese indigno el padre; si entraran por derecho de representación, quedarían excluidos, porque no se representa á un indigno; pero entrarían por derecho propio. (2)

233. ¿Cómo se arreglan los derechos de los hijos cuando murieron uno de ellos ó todos dejando descendientes? La cuestión se reduce á si se aplican á la institución convencional las reglas de las herencias *ab intestato*; tendrá lugar en ella el derecho de representación? Si debiese resolverse el punto conforme á los principios del Código Civil en materia de representación, habría que decir que no procede ésta. El Código la define una ficción, y no son las ficciones de la más estricta interpretación? Nunca se las extiende, porque esto sería crearlas, facultad exclusiva del legislador. La ficción de representación se funda en la voluntad presunta del difunto, y también las presunciones son de rigurosa interpretación. Debe hacérselas á un lado cuando se trata de la voluntad del difunto, si pudo manifestarla éste mismo; en los legados no se admite la repre-

1 Grenier, t. 3º, pág. 280, núm. 417. Durantón, t. 9º, pág. 688, números 688-690.

2 Grenier, t. 3º, pág. 285, núm. 418, y todos los autores.

sentación, ni debe admitirse tampoco en las donaciones, sin perjuicio de que el donante manifieste su voluntad. Esta, dicen, se sobreentiende; (1) respondemos que una voluntad sobreentendida es presunta; ¿y dónde está la ley que establece esa presunción? Admitimos que tal sea la voluntad probable del disponente; pero una probabilidad no es presunción sino cuando, fundándose en esa misma probabilidad, crea la presunción el legislador. Todavía se pierde de vista que en las herencias *ab intestato* no tiene lugar la representación sino respecto de los descendientes y de los sobrinos; mientras que la institución convencional puede hacerse por un extraño; de modo que aplicando la representación á la sucesión convencional, se extiende aquélla á casos para los cuales no la estableció el legislador: cosa imposible, conforme al rigor de los principios.

Con todo, los autores sostienen la opinión contraria. (2) No vemos más que un medio para justificarla y es la autoridad de la tradición. Antigualmente se admitía por todos la representación, fundándola en la voluntad presunta del donante, y había costumbres que tenían de ella disposición expresa. Pues bien, los autores del Código aceptaron en este punto la tradición, y lo prueba que el artículo 1,082 llama á la herencia á los hijos y á los descendientes. Pueden concurrir, pues, hijos de primer grado con descendientes de otro ulterior; ¿cómo heredarán todos ellos? Aquí es evidente la analogía y favorece á la representación. ¿No debe servir la tradición para interpretar el Código en una materia tradicional? Tal es nuestra opinión.

234. ¿Debe aplicarse á la renuncia lo que el Código dice del finado? Y especialmente, ¿son llamados á la heren-

1 Demante, t. 4º, pág. 490, núm. 255 bis, 4º, seguido por Demolombe, t. 23, pág. 351, núm. 328.

2 Durantón, t. 9º, pág. 683, núms. 684-687, y todos los autores.

cia los hijos cuando renuncia el cónyuge donatario? Sobre este punto hay también sus controversias, estando siempre en desacuerdo los que quieren dar amplitud á la ley y eximirse de un rigor que para ellos no hay con qué justificar. Esto equivale á expresar de antemano nuestra opinión. La ley es terminante; los hijos son llamados en el caso de que el donante sobreviva al cónyuge donatario, y no lo son cuando se abrió el derecho en la persona del donatario y renuncia éste. Únicamente con que sobreviva y ejerza su derecho el cónyuge donatario, caduca el de los hijos. Mas el cónyuge donatario ejerce su derecho al renunciar lo mismo que al aceptar; de modo que carecen de él los hijos, y sería menester que manifestara el donante su voluntad, para llamarlos á la herencia, si no quisiese recibirla el cónyuge. Dado el silencio del instrumento, hay que aplicar la ley.

Se cree que ésta favorece á los hijos. En efecto, ¿con qué título están comprendidos en la institución? En virtud de una substitución vulgar tácita; mas la substitución obra en cualquier caso en que el instituido no recibe el beneficio de la disposición, ya porque no quiera, ya porque no pueda aceptar. En este sentido hay que entender el artículo 1,082, dicen, el cual no prevee sino el caso ordinario; el otro se sobreentiende. Ya tenemos contestada esta argumentación; el Código no habla de substitución vulgar, y conforme á los principios, ella es imposible en favor de los hijos que no existen al tiempo de la donación. Invócase, además, el art. 1,089, según el cual no caduca la institución si sobrevive el donante al donatario y á su posteridad. Nuestra respuesta se halla en el art. 1,082; el caso que prevee el art. 1,089 es el que prevee el 1,082; es decir, que la ley supone el fallecimiento del cónyuge donatario, dejando hijos ó descendientes. En esa hipótesis, sólo

caducará la institución por morir todos los descendientes. (1)

2. *Derechos y obligaciones de los instituidos.*

235. ¿Tienen derecho de renunciar la institución los instituidos? Ya se entiende que la suponemos abierta por la muerte del donante. Es indudable que los instituidos pueden renunciar la herencia á la cual son llamados. Irútil sería decir que aceptaron con aceptar la donación que los instituyó herederos. Lo que aceptaron fué su calidad de tales, que es todo lo que les confirió la institución, y así, tienen derechos de cualquier heredero; mas el derecho hereditario consiste en aceptar ó renunciar, de modo que el heredero convencional debe tenerle, bien así como el heredero *ab intestato* y el testamentario. El espíritu de la ley no deja lugar á duda; tan pobre puede ser la herencia del donante que ningún interés hubiera en aceptarla, ni aun con beneficio de inventario. Es menester, pues, que los instituidos tengan derecho de renunciarla. (2)

¿En qué forma deben renunciar? La ley no prevee el caso de la renuncia, ni, por consiguiente, la forma en que se puede hacer. Se declaró ya que no es aplicable el art. 784 al heredero convencional. (3) Tal es la opinión que hemos enunciado al tratar de los legados; y nos remitimos á lo dicho, acerca de la renuncia de los legatarios, en el capítulo "De los Legados." (4) Cuando aceptan los herederos convencionales, pueden aceptar con beneficio de inventario; cualquier sucesor tiene ese derecho. (5)

236. ¿Puede todavía renunciar el instituido después de

1 Coin-Delisle, pág. 565, núm. 43. Bonnet, *De las instituciones convencionales*, t. 2º, núm. 370. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. 6º, pág. 256, nota 27, y todos los autores que citan.

2 Merlin, *Repertorio*, palabra *Institución Convencional*, pfo. 11, número 5 (t. 15º, pág. 288), y todos los autores.

3 Casación, 24 de Noviembre de 1857 (Dalloz, 1857, 1, 425).

4 Véase el tomo 13 de estos *Principios*, pág. 717, núm. 564.

5 Casación, 16 de Abril de 1839 (Dalloz, núm. 2,107).

haber aceptado? El heredero convencional tiene un derecho idéntico en todo al del heredero *ab intestato*, y puede aceptar ó repudiar; pero cuando ya optó, no puede deshacer lo hecho, porque habiendo ejecutado su derecho, todo quedó consumado. Si renunció, no tiene ya derecho, y se reputa que jamás le tuvo, y así, no se puede tratar de su aceptación. Si aceptó, no puede renunciar, á menos que sea viciada su aceptación. (1) En una palabra, se aplican los principios que hemos expuesto en el título "De las Sucesiones."

237. ¿Los herederos convencionales tienen la ocupación? Todas las cuestiones que afectan á la posesión son más ó menos dudosas, porque la palabra misma tiene una significación incierta; unas veces se la emplea por faltar la transmisión de la propiedad que se opera á la muerte de una persona, y otras por faltar la transmisión de la propiedad. De ahí una confusión inevitable. Es menester comenzar por separar claramente la propiedad de la posesión. La transmisión de aquella da lugar á una duda. Conforme al artículo 711, la propiedad de los bienes se adquiere y transmite por sucesión; mas el heredero convencional sucede y así adquiere la propiedad de los bienes que componen la herencia del donante, lo mismo que el heredero legítimo; quiere decir, en virtud de la ley, de pleno derecho, desde la apertura de la sucesión. Otra cosa pasa con la posesión. El art. 724 no dice, como el 711, que toda herencia importa transmisión de pleno derecho de la posesión; dice que los herederos "legítimos" entran de pleno derecho en posesión de los bienes, derechos y acciones del difunto, y añade que los sucesores irregulares deben pedir la posesión judicialmente. En el título "De las Donaciones," la ley la concede al legatario universal cuando, muerto el testador, no hay heredero en reserva; mientras que el le-

1 Denegada, 12 de Enero de 1853 (Dalloz, 1853, 1, 17 y 21).