

necesario para la adquisición de la herencia. Hasta este momento la herencia está yacente. El primer sistema descansa en el principio del Derecho francés: *le mort saisit le vif*; el segundo en el principio del Derecho romano, ó sea el de la adición de la herencia.

»Ahora bien, nos parece evidente que como el considerar al heredero puesto en posesión de la herencia por el mismo difunto depende de admitir ó no que aquel tenga su representación y haga suyo *de jure* lo que del finado reciba en el momento de la muerte, y sin necesidad de tomar posesión de ello, no sólo para decidir si el heredero tiene inmediatamente la representación del que fallece y la cualidad de heredero, sino también para decidir si las cosas que se encuentren en la herencia han pasado ó no á su patrimonio, si se ha verificado el traspaso de los créditos y de las deudas del *de cuius*, y en caso de que haya varios acreedores si debe entenderse establecida respecto de los llamados á suceder la comunidad en cuanto al activo y pasivo de la herencia; se debe estar á lo que disponga la ley que rija la sucesión y á los principios que en ella imperen respecto de lo que concierne á la transmisión y á la adquisición de la herencia. En su virtud, si según esa ley el heredero adquiere la herencia inmediatamente del mismo difunto, debe entenderse adquirida, sin más requisitos; si por el contrario, la ley admite que la herencia está yacente hasta que se verifique la adición por parte del heredero, debe considerarse necesaria la adición» (1).

1.389. Estos principios, por otra parte, no pueden aplicarse sino en caso de que se admita como regla de Derecho internacional privado, que la sucesión debe considerarse como una *universitas juris*, y regirse por la ley personal del *de cuius*. Admitido este sistema, es natural aceptar que todas las cuestiones que puedan surgir á propósito de la *saisine héréditaire*, esto es, de la adquisición de la herencia y del traspaso de la posesión por parte del difunto á los herederos, y las que se relacionen

(1) Fiore, *Delle disposizioni generali sulla pubblicazione ed interpretazione delle leggi* (según el Código civil italiano): vol. II, § 762, páginas 333-334. Nápoles; edit. Marghieri, 1887.

con el concepto de la representación efectuada ó no *ipso jure* en el momento de la muerte, se resuelvan conforme á la ley que deba regir la sucesión y los derechos que de ella se derivan. Así sucedería, por ejemplo, en el sistema italiano. Habiendo establecido el legislador que la sucesión se ordene por la ley nacional de la persona de cuya herencia se trate, es natural que en el caso de la sucesión de un francés, se aplique el Código francés para decidir quiénes son los herederos respecto de los cuales se verifica *ipso jure* la adquisición de la propiedad y de la posesión de los bienes hereditarios, y quiénes los que adquiriendo inmediatamente estos bienes, no alcancen igualmente de pleno derecho su posesión, por estar obligados según su ley nacional á pedirla á los herederos legítimos, como ocurre, por ejemplo, con los sucesores irregulares y también con el legatario universal, fuera del caso del art. 1.006.

Por la misma razón el principio sancionado por nuestro legislador en el art. 925, que establece la posesión de derecho respecto de todos los herederos, salvo en el caso previsto en el artículo 927, no puede tener valor para modificar las disposiciones ciertamente no conformes con ésta, del Código francés, porque este principio del art. 925 se refiere solamente á la sucesión italiana y no puede aplicarse al caso de la sucesión extranjera.

Del mismo modo debe aplicarse la ley nacional del *de cuius* para resolver toda cuestión que se refiera á la aceptación ó á la renuncia, en sus relaciones con la adquisición de pleno derecho de la herencia en el momento de la muerte, y para decidir si la transmisión de pleno derecho ha de estar subordinada á la condición de la aceptación, y si esta condición tiene el carácter de suspensiva ó de resolutoria.

Hay también diferencias en esto entre las legislaciones. En el sistema de la *Common Law* la transmisión de los bienes hereditarios se verifica de pleno derecho; pero el heredero llamado á suceder no tiene la facultad de renunciar á la sucesión; es necesariamente heredero. Esto, por otra parte, depende de que en el Derecho inglés, como hemos dicho en otro lugar, no hay propia y verdadera continuación de personalidad; la del heredero permanece siempre distinta de la del *de cuius*, y aquél no está obli-

gado por las deudas del difunto sino hasta donde alcancen los bienes heredados; por consiguiente, no tiene interés ninguno en renunciar.

Por el contrario, en el sistema del Derecho francés no hay herederos contra su voluntad (1). El llamado á la herencia puede aceptarla ó renunciarla. El art. 775 del Código francés lo dice expresamente: «Ninguno está obligado á aceptar la herencia que le corresponda»; y el art. 785 dice: «Al heredero que renunciar, se le considerará como si nunca lo hubiera sido. Conviene, pues, tener en cuenta los principios que informan cada sistema legislativo para determinar la posición jurídica del que sea llamado á heredar.

No debemos ahora entrar en más detalles. Basta afirmar el principio de que admitido que la sucesión debe regirse por la ley personal, hay que reconocer la autoridad de esta ley para todo lo que concierne á la transmisión y adquisición de la herencia, á las cuestiones que se refieren á su transmisión y á la posesión de las cosas hereditarias en relación con la posición jurídica de los herederos entre sí y á la continuación y representación del *de cuius*.

1.390. Vamos ahora á examinar por qué admitiendo en materia de sucesiones como mejor sistema el que reconoce la autoridad preferente de la ley personal para regir lo concerniente á la adquisición de la herencia, sin embargo, en ciertos respectos hay que admitir la autoridad de la *lex rei sitae*.

Empezamos por advertir que cuando, según la ley del país en que los bienes hereditarios se encuentren, se requiera alguna formalidad legal para hacer eficaz la adquisición y darle toda su fuerza jurídica contra tercero, convendría indudablemente atenderse á lo que esa ley disponga, aunque no se niegue en principio la adquisición *ipso jure* de la propiedad y de la posesión, efectuada conforme á la ley extranjera que rige la sucesión. Tal sería el caso en que la ley territorial declarase obligatoria la transcripción de los bienes adquiridos por causa de muerte ó la inscripción en los libros del registro de la propiedad.

(1) El principio del derecho consuetudinario era: «Il n'est héritier qui ne veut». V. Delacombe, *Sur le cont. d'Orleans*.

La *lex rei sitae* debe además tener autoridad respecto de la posesión cuando se trata de decidir si se la puede ó no atribuir el carácter de posesión legítima con el fin de legalizar el ejercicio de las acciones posesorias, como son las de retener, ó del *interdictum recuperandae possessionis*. Si, por ejemplo, conforme á la *lex rei sitae*, aun admitiéndose el principio de la *saisine héréditaire*, hubiese, sin embargo, establecido la jurisprudencia la regla de que no podría reputarse al heredero en posesión de los bienes del difunto sino después de la aceptación, sería preciso atenderse á lo establecido por la *lex rei sitae* cuando se tratase de decidir si competían ó no al heredero las acciones posesorias (1).

Lo mismo sucedería si se quisiera hacer valer la adquisición de la herencia, verificada *ipso jure*, para legitimar el ejercicio de los derechos reales respecto de la cosa heredada y enfrente de los terceros, entendiendo que nos referimos á los derechos reales que deben considerarse comprendidos en el de dominio.

Supongamos que según la *lex rei sitae* dependiese la adquisición efectiva del dominio, de la aceptación, y hasta que ésta se verificase, se reputase aquélla en suspenso para todos los efectos jurídicos, y que, por el contrario, según la ley extranjera que rigiera la sucesión, la adquisición de la herencia se verificase *ipso jure* en el momento de la muerte del *de cuius*. Si en esta hipótesis surgiese entre los coherederos la cuestión relativa á la efectuada adquisición de la herencia, y hubiese que resolver, por ejemplo, si debía considerarse realizada ó no la dicha adquisición por parte del heredero en el momento de la muerte del *de*

(1) Según la ley italiana, teniendo en cuenta lo que el legislador establece en el art. 926, debe admitirse que el heredero adquiere en el momento mismo de la apertura de la sucesión la posesión legítima, pudiendo ejercitar las acciones posesorias, esto es, las de retener y de recobrar. El artículo, en efecto, dice así: «Si cualquier otro, pretendiendo tener derecho sobre los bienes de la herencia tomase posesión de ellos, se considerarán los herederos como despojados de hecho y podrán ejercitar todas las acciones que competen á los poseedores legítimos». Esta regla, sin embargo, no podría tener valor respecto de los bienes hereditarios de un italiano que estuviese en país extranjero, en el que estuviese en vigor una regla distinta.

cujus y antes de que aquél hubiese aceptado, á fin de decidir después si debía admitirse ó no la transmisión del derecho hereditario á aquellos respecto de los cuales debería entenderse verificada la sucesión *jure transmissionis*, conforme á la ley nacional del *de cuius*, y regular más tarde el orden de suceder, conforme á la misma; suponiendo, además, que en esta cuestión no hubiese terceros interesados, opinamos que podía aplicarse también la ley nacional del *de cuius* extranjero para resolver si la adquisición de la herencia podía haberse verificado independientemente de la aceptación. No habría, en efecto, ninguna razón de interés social para sostener lo contrario, ni para atribuir á la *lex rei sitae* autoridad en la resolución de este asunto.

En realidad se trataría de decidir acerca del derecho hereditario, de su transmisión y del orden de suceder. Ahora bien, admitido que la ley nacional de la persona de cuya herencia se trate debe regir la naturaleza del derecho hereditario y el orden de suceder, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el lugar en que estén situados, es lógico reconocer del propio modo la autoridad de la ley extranjera para regular la adquisición de la herencia en relación con el derecho hereditario y con el orden de suceder.

El caso sería muy distinto si en la cuestión hubiese terceros interesados. La ley vigente en cada país determina la forma en que pueden adquirirse la propiedad y los demás derechos reales; y como lo que ella dispone sobre esto, interesa al régimen de la propiedad y á los modos legales de adquirirla, debe tener autoridad imperativa siempre que la cuestión de la adquisición de la propiedad y de los modos legales de efectuarla surja en concurrencia con los derechos que los terceros puedan alegar respecto de los bienes por consecuencia de la efectuada ó no efectuada adquisición.

Si los terceros están interesados en esto, es natural que se tenga en cuenta la *lex rei sitae* y haya que atenerse á lo que disponga, aunque la ley que rija la sucesión considere al heredero como propietario y poseedor de los bienes hereditarios antes de la aceptación.

1.391. De todo lo que venimos diciendo se deduce que en

las cuestiones concernientes á la transmisión y á la adquisición de la herencia, conviene siempre distinguir lo que se refiere á la propiedad de los bienes hereditarios de lo que atañe á su posesión; y que, además, en lo tocante á la adquisición de la herencia por parte del heredero que intenta fundar sobre su carácter de tal el derecho á que se le considere propietario de los bienes que la constituyen, interesa diferenciar la adquisición de la herencia como una universalidad jurídica, de la adquisición de las cosas particulares que la componen. Desde el primer punto de vista, admitido el carácter unitario de la herencia como *universitas*, puede sostenerse que, asumiendo el patrimonio de la persona viva el carácter de *universitas*, en cuanto se transmite y pasa á los herederos del *de cuius*, como ese patrimonio se adquiere todo y en su conjunto en el momento en que ocurre la muerte, la misma ley que rige la transmisión debe amparar la adquisición y determinar cómo y cuándo puede considerarse efectuada la del patrimonio en su concepto de unidad jurídica.

Desde el segundo punto de vista, la adquisición de las cosas particulares en sentido objetivo puede estar subordinada á la ley del lugar en que se encuentren. Respecto de éstas, puede admitirse en general que la adquisición, en virtud del derecho de sucesión, se verifique *ipso jure* en el momento de la muerte, y que la ley, según la cual se haya verificado, sea por sí misma título y causa suficientes para hacerla efectiva y legal. Sin embargo, si conforme á la ley del lugar en que las cosas estén, fuese necesario un acto declarativo de la voluntad del hombre, como modo y hecho mediante el cual la adquisición real y objetiva se consume y se haga efectiva, no se podría desconocer la autoridad de la ley territorial en aquello en que ésta regule la adquisición de las cosas particulares que constituyen la herencia.

1.392. Las mismas distinciones deben tenerse presentes cuando se trate de resolver la cuestión acerca de la posesión, como sucedería en caso de tener que decidir si debía reputarse transferida *ipso jure* la de los bienes hereditarios, conforme á la ley que rija la sucesión. Convendrá, en efecto, determinar bien de qué posesión se trata, y tener en cuenta que es muy diverso el carácter que puede atribuírsele como posesión de la herencia,

y el que debe tener para que esa posesión de las cosas adquiridas por título sucesorio sea real y verdadera y produzca todos sus efectos en orden al ejercicio de las acciones posesorias. Respecto de la posesión considerada desde el primer punto de vista, puede sostenerse la autoridad de la ley que rige la sucesión y admitirse que la posesión se ha transferido *ipso jure* del difunto al heredero, si así lo dispone esta ley. Es preciso, sin embargo, no olvidar que decimos que puede admitirse esto, de la posesión en el concepto del Derecho medioeval, ó sea en cuanto denota y expresa la *civilissima possessio*, como decía Baldo (1); pero de ningún modo creemos que puede aceptarse indicando la posesión real y verdadera.

Concedamos que la ley que rige la sucesión dispone que la posesión real se transmite también *ipso jure* del difunto al heredero, y que éste adquiere la posesión sin necesidad de la *apprehentio*, admitiendo también las acciones posesorias, como, por ejemplo, las admite el legislador italiano en el art. 926 del Código civil; y que la ley del lugar en que se encuentren las cosas particulares que constituyen la herencia, considere indispensable la *apprehentio* por parte del heredero para admitir en la posesión adquirida por éste en su calidad de sucesor *causa mortis* el carácter de posesión real. En este caso, á nuestro juicio, es evidente que podría invocarse la ley extranjera para sostener que la posesión se había transmitido *ipso jure* al heredero como *civilissima possessio*, pero no para afirmar que, en virtud de lo que esa ley dispone, se hubiese transferido la posesión *de jure*, sin necesidad de la *apprehentio*, como verdadera ó *realis possessio*, si dispusiese lo contrario la *lex rei sitae*.

También puede tener aplicación la *lex rei sitae* para resolver las cuestiones que surjan de la posesión de hecho de los bienes hereditarios, ó entre aquellos á quienes corresponda la posesión de derecho, ó entre el poseedor de hecho y el heredero, como por ejemplo, si hubiese que determinar cuándo se había efectua-

(1) El Cardenal De Luca la llama *ficta possessio Theatrum veritatis*, lib. IX, pág. 11, *De herede et hereditate*.—V. Filomusi en el *Dig. italiano*, palabra *Sucessione*, pág. 406 del volumen XXII, nota 3.^a

do, la posesión de hecho y para resolver acerca de las consecuencias jurídicas que pueden derivarse de la posesión. Tal sería el caso si la cuestión versase sobre el derecho de hacer suyos los frutos de la cosa poseída.

Supóngase, por ejemplo, que un legatario esté por cualquier título en posesión de la cosa objeto del legado y que haya diferencias entre la ley que rija la sucesión y la del lugar en que la cosa esté, á propósito de considerar al legatario como verdadero poseedor respecto del goce de los derechos y especialmente del de recoger los frutos. En este caso creemos que podría sostenerse que aun pasando porque la posesión de derecho deba atribuirse al heredero, conforme á la ley que rige la sucesión, y que con arreglo á ella goce de todos los derechos y privilegios que pertenecen al verdadero poseedor, y especialmente el de recolectar los frutos ó percibir los intereses de la cosa legada hasta el día en que el legatario la pida y el heredero la consigne á favor de aquél, sin embargo, por la circunstancia de que la posesión, como estado de hecho, se ha efectuado bajo el imperio de la ley territorial, debe regirse como hecho jurídico por esta misma ley en cuanto á las consecuencias que de él, como tal, puedan derivarse.

Mas hay casos en los cuales puede aplicarse la ley territorial á sucesiones sometidas á la ley extranjera, en cuanto á las consecuencias de la adquisición de la herencia y de la posesión en lo que interesa á los terceros. Así puede suceder á propósito de las cuestiones en que esté interesado el heredero aparente, ó de las que puedan referirse á ciertos hechos jurídicos que según la ley territorial tengan el carácter de la aceptación, ó de las concernientes á las consecuencias de los actos de conservación por parte de los que llamados *de jure* herederos del *de cuius* no hayan asumido el título ó la cualidad de heredero, y otras semejantes. De ellas trataremos en los capítulos siguientes, en los que encontrarán su desarrollo las cuestiones que pueden surgir en la aplicación del principio *le mort saisit le vif*, admitido por la ley que rija la sucesión, en concurrencia con la ley territorial vigente en el lugar en que estén situadas las cosas particulares que constituyan la herencia.

1.393. La exposición que hemos hecho de los principios á propósito de la ley que debe presidir la transmisión y adquisición de los bienes hereditarios, presupone naturalmente la admisión del sistema que atribuye en principio á la ley reguladora de la sucesión y de los derechos hereditarios el carácter y la naturaleza que se atribuye al estatuto personal. Todo nuestro raciocinio no podría subsistir en el otro sistema, que se funda en el principio *tot haereditates quot territoria*.

Teniendo presente cuanto hemos dicho antes, es fácil comprender que en el sistema que mantiene de modo absoluto la autoridad de la ley territorial respecto de la sucesión, ó la impone para la sucesión inmobiliaria, así como están sujetos á la *lex rei sitae* los derechos hereditarios, deben también estar sometidas á la autoridad de la misma las cuestiones concernientes á la adquisición y á la toma de posesión de los bienes de igual procedencia.

CAPÍTULO VII

Sobre la eficacia de los pactos sucesorios.

1.394. Disposiciones de derecho positivo sobre los pactos sucesorios.—

1.395. Opiniones de los tratadistas acerca de su valor jurídico en los terceros Estados.—**1.396.** Nuestra opinión.—**1.397.** Si puede negarse en Italia la eficacia de los pactos sucesorios por razones de orden público.—**1.398.** Principios admitidos por la jurisprudencia.—**1.399.** Valor del pacto sucesorio consentido en el extranjero por un italiano.

1.394. Según las legislaciones de algunos países, el derecho hereditario, además del testamento y de la ley, considerados generalmente como causas de que aquél se deriva, puede depender también del convenio ajustado para regirlo. A estos convenios, teniendo en cuenta el objeto á que se refieren, se les ha llamado pactos sucesorios, significándose con esto toda forma de estipulación relativa á la herencia propia de los contratantes ó á la herencia de un tercero.

Son muy distintas las disposiciones de derecho positivo relativas á esta materia. Dejando á un lado las sancionadas en el Derecho romano (1) y en el Derecho medioeval (2) y limitándonos á algunos de los Códigos modernos, notamos que aprecian de muy distinto modo el valor jurídico de los pactos sucesorios.

(1) Para lo relativo al valor de los contratos ó pactos hereditarios como causa de transmisión, según el Derecho romano. Véase Fadda, *Concetti fondamentali del Diritto ereditario romano*, pág. 1.^a, § 237 y siguientes, y Windscheid, *Pandette*, vol. III, § 529.

(2) Véase Ciccaglione, *Successione (Diritto intermedio)* en el *Digesto italiano*, § 4.^o, núm. 78 y siguientes; § 6.^o, 199 y 206. Para la legislación francesa, mientras estuvieron en vigor las costumbres, véase Merlin; *Répert.*, *Renonciation á succession future*.