

toria. El artículo 2281, léjos de ser un principio, es una excepcion de los verdaderos principios, y ha dado lugar á muchas dificultades que examinaremos en el título de la prescripcion.

NUM. 7. HERENCIA.

235. Las sucesiones no abiertas, no dan derecho alguno al heredero ni al legatario. Es una simple esperanza que la voluntad del hombre puede reducir á la nada de un momento á otro; y con más fuerte razon puede hacerlo el legislador. Como él se encuentra al frente, no de un derecho, sino de una expectativa revocable, puede arreglar la trasmision de los bienes por vía de herencia, como le parezca y no consultando más que el interés social, que es el único que está de por medio. Esto es elemental. Es necesario, sin embargo, hacer una excepcion respecto de la sucesion establecida por contrato, á la que llamamos institucion contractual. Ella se deriva de un contrato, y es necesario aplicarle la ley que rige los contratos. La institucion contractual es irrevocable, en el sentido de que la cualidad de heredero concedida al donatario, no puede ser revocada por el donante. Desde luego una ley nueva no podría quitársela. Es cierto que su derecho no comienza sino hasta la muerte del instituyente; es, pues, condicional; pero poco importa, porque los derechos condicionales están en el dominio de aquel á quien pertenecen, lo mismo que los derechos puros y simples. Se ha decidido, aplicando ese principio, que la institucion contractual, hecha bajo el imperio de una costumbre, por una persona que ha muerto despues de la publicacion del código, debe ser regida, en lo concerniente á las disposiciones irrevocables, por la ley

de la época del contrato, y en cuanto á los bienes que no se habian adquirido irrevocablemente al tiempo de la institucion, por la ley del tiempo del fallecimiento (1).

236. Puesto que el derecho del heredero comienza al tiempo del fallecimiento, es desde este momento cuando debe ser capaz de recoger la herencia. Si lo es, una ley nueva no puede quitarle su derecho, porque la sucesion ha entrado en su patrimonio; y ni el legislador mismo podría despojarlo de ella. El principio es elemental; y sin embargo, en su aplicacion ha dado lugar á algunas dificultades. En el derecho antiguo belga, el legado hecho á un hijo por nacer era válido, aun cuando no naciera ó no fuera concebido sino despues de la muerte del testador. El artículo 906 del Código civil, declara por el contrario, incapaces de recibir, á aquellos que ni han nacido ni han sido concebidos al tiempo de la apertura de la herencia. ¿Puede aplicarse sin retroactividad la ley nueva, cuando el testador ha muerto ántes de la publicacion del código, y cuando el legatario no ha sido concebido sino despues? La Corte superior de Bruselas decidió que era necesario fallar la cuestion conforme al derecho antiguo; pues aplicar el artículo 906, dice, seria hacerla retro-obrar de una manera manifiesta (2). A primera vista, eso parece evidente. Sin embargo, Merlin tiene razon para criticar esta sentencia. Para que el derecho entre al patrimonio del legatario, es necesario que exista. ¿Puede tratarse de un derecho adquirido en favor de uno que no existe? ¿Se quita un derecho á aquel que no ha podido recoger ningun derecho, puesto que no existe? Esto es lo que Meyer funda muy bien. No podría haber retroactividad en pe juicio del legatario,

1 Sentencia de la corte de casacion de 12 de Julio de 1842 (Daloz, *Repertorio*, en la palabra *Leyes*, núm. 304).

2 Sentencia de 27 de Noviembre de 1819 (Merlin, *Repertorio*, en las palabras *Efecto retroactivo*, sec. III, § 5, núm. 6).

puesto que en el momento en que se abrió el derecho, no había legatario (1).

237. Es también la ley existente al tiempo del fallecimiento la que rige los derechos de los herederos *ab-intestato*. El que era incapaz, conforme al derecho antiguo, puede recoger la herencia, si al tiempo de la apertura lo declara capaz una ley nueva. Las costumbres excluían á las jóvenes en provecho de los varones. Este privilegio fué abolido por las leyes dadas durante la Revolución. Resulta de allí que las jóvenes excluidas por la ley antigua, han podido recoger las herencias abiertas bajo la ley de 17 nivoso, año II. Ejercitaban ese derecho, aun cuando ellas hubieran renunciado la sucesion de su padre y madre, porque esta renuncia era supererogatoria: no es en virtud de su renuncia por lo que eran excluidas, sino en virtud de la costumbre (2).

Por el contrario, el que era capaz de suceder bajo el derecho antiguo, no puede recoger la herencia, si al tiempo de la apertura, la ley nueva le declara incapaz. La cuestión se ha presentado muchas veces ante la Corte de Bruselas. Al principio se decidió en sentido contrario en la especie siguiente. La costumbre de Ypres, conforme en este punto con la mayor parte de las costumbres de Flandes, establecía la sucesibilidad recíproca de los hijos naturales, tanto en la línea directa como en la colateral, entre ellos y sus parientes por la parte materna. Este derecho de sucesibilidad quedó abolido por el Código civil; y el hijo natural no sucede ya más que á su padre y madre que le han reconocido. Los hijos naturales, nacidos bajo el dominio de las costumbres antiguas, ¿tienen un derecho adquirido á la herencia de sus parientes maternos? La corte de Bruselas lo creyó; le pa-

1 Meyer, *Principios sobre las cuestiones transitorias*, p. 17.

2 Véanse las sentencias citadas en Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Leyes*, núm. 323.

recia que la legislación nueva, hecha con objeto de mejorar la condicion de los hijos naturales, nada quitaba á aquellos cuyo título existía anteriormente. No, ciertamente, si había título; pero la ley que llama á tales parientes á la herencia, no les da ningun derecho, mientras que la sucesion no esté abierta en su provecho; hasta allí la ley puede cambiar, sin retro-obrar, el orden de las sucesiones. Pero, dice la Corte de Bruselas, la costumbre local debe por lo ménos producir tanto efecto como la legitimacion por decreto del príncipe. La comparacion es candorosa. Efectivamente, la legitimacion asegura al hijo natural un estado definitivo, y deja de ser natural para convertirse en legítimo, mientras que la costumbre que le da un derecho de sucesibilidad, no le confiere ningun estado; permanece natural y sometido, como tal, á todas las variaciones de la legislación. Habiéndose presentado nuevamente la cuestión ante la corte, fué decidida conforme á los verdaderos principios. La capacidad de suceder está arreglada por la ley vigente al tiempo de la apertura de la sucesion; desde entonces el hijo natural no puede ya suceder bajo el imperio del Código civil á sus parientes maternos, aun, cuando bajo el derecho antiguo, hubiera recogido las herencias (1).

238. La sucesion testamentaria da lugar á otra dificultad. Es necesario que el testador sea capaz cuando testa, y es la ley existente en ese momento la que determina su capacidad ó su incapacidad. Pero debe combinarse este principio con el que rige la sucesion testamentaria lo mismo que la sucesion *ab-intestato*, es decir, que no da derecho sino hasta la muerte del testador. En los países de derecho escrito, una joven de edad de 12 años podía hacer testamento. El Código civil (artículo 903) declara que el menor de

1 Véanse las sentencias en Merlin, *Repertorio*, en las palabras *Efecto retroactivo*, sec. III, § 6, núm. 1.

edad que tenga ménos de 16 años, no podrá disponer en manera alguna. ¿Es la ley nueva la que debe ser aplicada á los testamentos hechos bajo el derecho antiguo? No, si la testadora ha muerto ántes de la publicacion del código. El testamento está regido, en este caso, por la ley antigua; hay derecho adquirido en favor del legatario; y el legislador mismo no podría quitárselo. Pero ¿qué debe decidirse si la testadora ha fallecido bajo el imperio del código? Ella, desde entónces, está tachada de incapacidad por la ley nueva. ¿Esto hace retro-obrar el artículo 903? No, porque no hay derecho adquirido por el legatario ántes de la apertura de la herencia (1).

Aplicando los mismos principios, debe decidirse que la ley que declara capaz de testar á un individuo que era incapaz para ello bajo el derecho antiguo, no hace válido el testamento que habia hecho siendo incapaz. Meyer enseña lo contrario, pero su opinion ha quedado aislada (2). El testamento era nulo; es decir, que el testador no tuvo el derecho de querer lo que hizo. ¿Puede decirse que por solo eso adquiere ese derecho y se considera confirmado su testamento? No, porque tambien se le puede suponer la voluntad contraria y decir que sabia que su testamento era nulo, y que no quiere darle ningun efecto. Es decir, que si quiere aprovecharse de la capacidad que le reconoce la ley nueva, debe hacer un nuevo testamento.

239. La mayoría de las costumbres daba al heredero puro y simple, en línea colateral, el derecho de excluir al heredero beneficiario; y el código noreconoce ya esta especie de privilegio. Una sucesion se abre conforme á la costumbre de Paris, y se acepta con beneficio de inventario ántes de la

1 Merlin, *Repertorio*, en las palabras *Efecto retroactivo*, sec. III, § 1, núm. 2).

2 Meyer, *Principios sobre las cuestiones transitorias*, Merlin, *Ibid*, sec. III, § 5, núm. 3.

publicacion del Código civil. ¿El heredero beneficiado podrá ser excluido por un pariente que acaba de aceptar la sucesion pura y simplemente? Hay alguna duda. Puede decirse que en el momento que el heredero puro y simple quiera excluir al heredero beneficiado, la ley no reconocia ya ese derecho de exclusion; que no existe un derecho adquirido en virtud de la antigua ley, puesto que no lo ha ejercitado. La opinion contraria está autorizada por un sentencia de la Corte de Paris que, dice Merlin, descansa en razones que no tienen réplica. La dificultad consiste en saber, si el heredero que acepta pura y simplemente bajo el imperio del código, estaba llamado á la sucesion desde su apertura. Ahora bien, bajo el antiguo derecho, los autores enseñaban, como una doctrina incontestable, que el pariente que se presenta como heredero puro y simple, excluye al beneficiado en el sentido de que se le considera haber sido heredero desde el instante de la muerte del difunto y haber sido por él desde este instante traído á la sucesion. Lebrun compara al heredero beneficiario con un pariente que hubiera sido puesto en posesion de la herencia y que despues fuera excluido por un pariente más cercano. Esto es proclamar enérgicamente, que el heredero que acepta pura y sencillamente, es llamado á suceder desde la apertura de la sucesion. Eso decide la cuestion. Poco importa el momento en que acepta, porque no es desde la aceptacion cuando su derecho nace; se remonta al fallecimiento del difunto (1).

240. Los primogénitos tenian, por ciertas costumbres, un privilegio que los mismos padres no podian quitarles. Una ley dada durante la Revolucion aplicó á las sucesiones el principio de igualdad que formaba la base del nuevo orden

1 Sentencia de la Corte de Paris de 15 de Mayo de 1811 (*Dalloz, Repertorio*, en la palabra *Leyes*, núm. 330). Esta la opinion de Merlin, *Repertorio*, en las palabras *Efecto retroactivo*, sec. III, § 6, núm. 4.

sape eos. ¿La ley de 28 de Marzo de 1790, quitó á los hijos primogénitos la mejora que les asignaban las costumbres? No habria podido hacerlo, sin violar el derecho de propiedad, para las sucesiones abiertas bajo el imperio de la ley antigua, aun cuando hubiese de por medio un interés social; pues el interés de la sociedad, por grave que sea, se detiene ante los derechos de los individuos. En cuanto á las sucesiones abiertas desde la publicacion de la ley nueva, es cierto que los primogénitos no podrian reclamar la mejora establecida por la costumbre. Inútilmente habrian dicho que esta era una expectativa cierta é inmutable; pues se les habria respondido que un derecho de sucesion no abierta, no es un derecho; y que el legislador que les concedió la mejora pudo tambien quitárselas (1).

241. Lo mismo sucede con el derecho de devolucion. Conforme á muchas costumbres belgas, los hijos de un primer matrimonio, cuyo padre se volvía á casar, tenían el privilegio de tomar además de su parte, en su sucesion, todos los bienes de que aquel se habia encontrado dueño en el momento del fallecimiento de su madre. Esto es lo que se llamaba derecho de devolucion. Este derecho fué abolido por la ley de 8 de Abril de 1791. ¿Los hijos cuyo padre se habia vuelto á casar bajo el imperio de la ley antigua, conservaron este privilegio? Hay aquí un motivo de duda que no existe en el derecho de primogenitura. Este es que los bienes del padre eran devueltos á los hijos del primer matrimonio por motivo del segundo, y desde este instante no podia ya enajenarlos ni hipotecarlos. Sin embargo, debe decidirse, que la ley nueva quitó el derecho de devolucion aun para el pasado; y efectivamente, aunque los bienes fuesen devueltos á los hijos del primer matrimonio, el esposo que volvió á casarse no era expropiado ántes de su muerte: este era un

1 Merlin, *Repertorio*, en las palabras *Efecto retroactivo*, sec. III, § 2, núm. 4.

derecho de sucesion que no se abria sino hasta el fallecimiento del padre. La costumbre de Limbourg lo dice en términos que merecen ser reproducidos: «uno de los hijos que llega á morir ántes del superviviente, se reputa una flor sin fruto y como si no hubiese nunca existido;» por consiguiente, las disposiciones que pudo hacer de los bienes devueltos «llegan á desvanecerse *por no haber esperado el vencimiento del plazo.*» La costumbre agrega: «que el superviviente, que sobrevive á todos sus hijos, es dueño de sus bienes como si no hubiese vencido el plazo fijado en el derecho de devolucion.» Esto prueba que el derecho no era una sucesion anticipada, sino una simple expectativa, que no se abria sino á la muerte del esposo vuelto á casar, y en favor de los hijos que existian en ese momento. La ley podia, pues, abolir el derecho de sucesion, como puede abolir todo derecho hereditario no abierto. Así lo decidió la Convencion Nacional: consultada sobre la cuestión que acabamos de examinar, decretó el 18 vendimiario del año II, que la ley de 1791 debía aplicarse á los bienes que al tiempo de su publicacion estaban afectos á devolucion en poder del esposo superviviente con hijos (1).

242. El derecho de pedir la separacion de patrimonios está regido tambien por la ley existente al tiempo de la apertura de la sucesion. Esta es la ley que determina qué personas pueden pedir ese beneficio y cuáles son los efectos de él. El principio es incontestable, pero su aplicacion dió lugar á una singular cuestion. El título de Sucesiones, que arregla la separacion de los patrimonios, fué promulgado el 9 floreal, año XI. Vino en seguida el título de Privilegios é Hipotecas promulgado el 8 germinal, año XII, cuyo art. 2111 dice, que los acreedores que pidan la separacion de patrimonios, conserven respecto de los acree-

1 Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Devolucion consuetudinaria*, § 2.

dores de los herederos su privilegio sobre los inmuebles de la sucesion por las inscripciones hechas sobre cada uno de esos bienes, en los seis meses á contar de la apertura de la sucesion. Una herencia se abre despues de la publicacion del titulo de las Sucesiones, pero ántes de la del titulo de las hipotecas. Primera cuestion: ¿el art. 2111 se aplica á esta sucesion? Si la demanda de separacion estaba ya intentada cuando la ley nueva fué publicada, fué regida por la ley antigua; luego el art. 2111 no es aplicable. Pero si la demanda se ha puesto despues de la publicacion de la ley nueva, el art. 2111 debe ser aplicado. Las cortes de Toulousse y de Bordeaux han fallado en sentido contrario, fundándose en el principio de que las leyes no disponen sino para el porvenir (1). Nosotros creemos que no hay retroactividad en aplicar el art. 2111 á las sucesiones abiertas bajo el derecho antiguo. La formalidad de la inscripcion que este artículo prescribe, se estableció en provecho de terceros así como por interés general; y el legislador puede por lo mismo obligar á los acreedores que piden la separacion, á que llenen esta formalidad. Nuestra ley hipotecaria sometió á la publicidad las hipotecas legales adquiridas ántes de su publicacion; y con mayor razon el legislador puede imponer á los acreedores la obligacion de hacer pública la demanda de separacion puesta bajo el imperio de la ley nueva. No les quita derecho alguno, únicamente arregla el ejercicio de su derecho y como lo hace por interés general, puede regir el pasado, y se presume que lo quiere, precisamente porque tiene por causa un interés general.

Existiria un derecho adquirido, si ántes de la publicacion del titulo de las Hipotecas, el heredero hubiera enajenado los inmuebles de la sucesion, aun cuando los acreedores hubieran hecho inscripcion más tarde en virtud del art. 2111.

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Leyes*, núm. 328, y en la palabra *Sucesion*, núm. 1416.

Esto es lo que decidió muy bien la Corte de Caen (1). Antes de la publicacion del titulo de las Hipotecas la separacion de los patrimonios estaba regida por los artículos 878, 880 del Código civil, para las herencias abiertas despues de la publicacion del titulo de las Sucesiones. Ahora bien bajo esta legislacion, la separacion de patrimonios no era un privilegio; era un derecho que tenían los acreedores respecto de su crédito, un derecho que se conservaba sin inscripcion, pero que se extinguía por la enajenacion del inmueble, si con anticipacion no se habia ejercitado. Desde este instante el adquirente estaba al abrigo de la accion de aquello; tenia un derecho adquirido que oponerles. Inútilmente habrian hecho la inscripcion los acreedores despues de la publicacion del art. 2111; pues este artículo no podia quitar un derecho adquirido.

243. La aplicacion del principio de la no-retroactividad con relacion á la reduccion y al producto, dió lugar á dificultades serias. Se hizo una donacion entre vivos á un heredero bajo una ley que le dispensa de devolverla á la sucesion del donador. ¿Está obligado á hacer la devolucion de ella, si la sucesion se abre bajo una ley que no admita al donatario suceder sino devolviendo lo que le ha sido donado por el difunto sin cláusula de mejora? Los autores se han dividido en esta cuestion y hay sentencias en sentido diverso. Chabot la decide por el principio de la irrevocabilidad de las donaciones. La donacion entre vivos, dice, es irrevocable y debe estar regida en todos sus efectos por la ley vigente al celebrarse el contrato. Pues bien, la devolucion concierne á los efectos de la donacion; ¿y no es uno de sus efectos ser ó no restituible? Esta es su ejecucion; y su ejecucion debe ser conforme á la voluntad del donador, y el donador quiso hacer una donacion irrevocable, puesto que la ley bajo cuyo

1 Sentencia de 2 de Diciembre de 1826, Dalloz, en la palabra *Leyes*, núm. 328.

imperio donó, no sujetaba su liberalidad á la devolucion (1). Creemos que la cuestion no debe decidirse por el principio de la irrevocabilidad de las donaciones. Este principio no concierne más que á las relaciones del donador y del donatario; y significa que la liberalidad en nada debe depender de la voluntad del que da, porque dar y retener no vale, dice un adagio antiguo. Pero la irrevocabilidad de las donaciones no impide que ellas sean resolubles cuando están sujetas á devolucion. Ahora bien, ¿quién determina cuáles donaciones están sujetas á devolucion? La ley concurre aquí con el donador. Es el legislador quien decide si el heredero debe hacer la devolucion, pero el donador le puede dispensar de ella en los límites de lo disponible. Resta saber ¿cuál es la ley que arregla la devolucion? Lo es evidentemente la existente al tiempo del fallecimiento, puesto que en este momento nace la obligacion de devolver. En cuanto á la voluntad del donador debe manifestarse en la acta de donacion, puesto que todo es revocable respecto de él desde que la donacion es perfecta.

Si es la ley existente al tiempo de la apertura de la sucesion la que decide cuáles donaciones son de devolverse, ¿debe inferirse de aquí con Merlin que esta es la ley que debe aplicarse siempre? Abriéndose bajo su imperio, dice, ella es la dueña absoluta, puede admitir lo que le agrade; y puede por lo mismo decir al donatario: «conservad vuestra donacion, teneis derecho para ello; pero si la conservais no sucedereis (2). Esto nos parece muy

1 Chabot, *Cuestiones transitorias*, en la palabra *Devolucion ó sucesion*; (§ 1, tomo III, pág. 29). Mailher de Chassat, (*Comentario*, tomo I, pág. 338 y siguientes), y Demolombe, (*Curso del Código civil*, tomo I, núm. 51), se han adherido á esta opinion. Hay sentencias en este sentido (Daloz, *Repertorio*, en la palabra *Leyes*, núm. 295).

2 Merlin, *Repertorio*, en las palabras *Efecto retroactivo*, sec. III, § 3, art. 6, núm. 2. Grenier, (*Donaciones*, tomo II, pág. 248), y Toullier, (tomo IV, núm. 454, nota 1), son de esta opinion. Hay sentencias en este sentido. (Daloz, en la palabra *Leyes*, núm. 295).

absoluto. A no dudarlo, como lo dice la corte de Bruselas, la ley vigente en la época en que se abre una sucesion, es la que determina las devoluciones que hay que hacer, y aquel que va á suceder debe someterse á las condiciones que ella le impone si quiere ser heredero. ¿Pero es únicamente la voluntad del legislador la que arregla las devoluciones? Acabamos de recordar que la voluntad del hombre desempeña tambien su papel en este caso: ¿el donador no puede dispensar al donatario de la devolucion? No basta, pues, que la ley lo obligue á devolver las liberalidades que recibió; tambien debe verse si no ha sido dispensado por el donante.

Ciertamente, si el donante habia dispensado al donatario de la devolucion, la ley nueva, al someter enteramente la liberalidad á la devolucion, respetaria esta dispensa; y suponemos naturalmente que sostiene el derecho de dispensar al donatario de la obligacion de la devolucion. Es, pues, necesario ver si una donacion hecha bajo el imperio de una ley, que no declara que deba devolverse, está dispensada por este mismo hecho de la devolucion en virtud de la voluntad del donante. ¿No es de principio que se subentendian en los convenios las disposiciones de la ley, relativas á ellos? Cuando la ley estipula por las partes contratantes, éstas no tienen necesidad de hacerlo. Luego cuando se hace una donacion bajo una ley que no obliga al donatario á la devolucion, el donante no tiene necesidad de hacer que se ponga en la acta la dispensa de la devolucion, pues está puesta en la ley. Finalmente, la cuestion es saber si el donante quiso hacer una donacion que no se devolviera; y tal es, nos parece, la voluntad de los que donan bajo una ley que no obliga al donante á la devolucion. Ahora bien, si el donante quiso hacer una donacion que no se devolviera, la nueva ley no puede declarar que se devuelva, sin retro-ohrar, sin quitar al donatario un derecho adquirido.