



CAPITULO VI.

DE LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD Y DE LA POSESIÓN DE LA HERENCIA.

207. La ley defiere las sucesiones en el orden que ella determina, á los descendientes del difunto, á sus ascendientes y á sus parientes colaterales (art. 751). Después de los herederos legítimos, llama á la herencia á los sucesores irregulares. Por último, hay además sucesores anómalos ó excepcionales. Ya conocemos estas diversas especies de sucesión, el orden en que los sucesores se llegan á la herencia, la parte que se les atribuye; queda por averiguar cómo adquieren esa porción de bienes. El código distingue entre la propiedad y la posesión de los bienes que componen la herencia. En cuanto á la propiedad, el art. 711 dice que se adquiere y se transmite por sucesión; y en cuanto á la posesión, el art. 724, dice: "Los herederos legítimos toman posesión de pleno derecho de los bienes, derechos y acciones del difunto, con la obligación de satisfacer todas las cargas de la sucesión: "los hijos naturales, el cónyuge superviviente y el Estado, reciben posesión judicialmente." Así, pues, para la transmisión de la posesión el código hace una distinción que no hace para la transmisión de la propiedad: ésta se adquiere y se transmite para toda sucesión, luego los sucesores irregulares y anómalos la obtienen con el mismo título que los herederos legítimos:

todos la adquieren en virtud de la ley, porque el art. 711 no agrega, como lo hace el 724, que tengan que observarse algunas formas para la transmisión de la propiedad por vía de herencia. Mientras que la posesión se transmite de un modo deficiente á los herederos legítimos y á los otros sucesores *ab intestato*; los primeros la adquieren de pleno derecho, son investidos en virtud de la ley y tienen, como se dice, la ocupación de la herencia; los otros no la tienen, deben pedir la toma de posesión al tribunal.

Hay, además, otros sucesores que los que se llegan á la herencia *ab intestato*: los legatarios y los donatarios universales. Respecto á éstos, hay que distinguir entre la transmisión de la propiedad y la transmisión de la posesión. En cuanto á la propiedad, no hay diferencia entre los diversos sucesores: el art. 711 coloca la donación y el testamento en la misma línea que la sucesión; así, pues, los legatarios y los donatarios adquieren la propiedad en virtud de la ley, lo mismo que los sucesores *ab intestato*. En cuanto á la posesión hay que distinguir. Los legatarios universales tienen la ocupación, cuando, á la muerte del testador, no hay herederos en reserva; si hay reservatarios, el legatario universal está obligado á pedirles la entrega de los bienes. Los legatarios á título universal y á título particular jamás tienen la ocupación (arts. 1004, 1006, 1012 y 1014). Se admiten las mismas distinciones para los donatarios por contrato de matrimonio.

208. La diferencia que la ley establece entre la transmisión de la propiedad y la de la posesión, conduce á singulares consecuencias. Puede haber concurso entre sucesores ocupantes y sucesores no ocupantes. Esto pasa en sucesión *ab intestato* cuando el hijo natural concurre con herederos legítimos. Esto pasa, también, cuando hay legatarios ó donatarios no ocupantes en concurso con suce-

sores que tienen la ocupación. Veamos la singularidad que resulta: los sucesores ocupantes, aun cuando no sean propietarios más que de una parte de la herencia, tienen la posesión de todos los bienes y poseen bienes de los que no son propietarios, estos bienes deben entregarse á los sucesores no ocupantes, los cuales son propietarios sin ser poseedores. Hasta puede acontecer que algunos herederos legítimos excluidos de la herencia tengan su ocupación; esto pasa cuando la sucesión está agotada por legados á título universal.

¿Cuál es la razón de la distinción que establece el código entre la transmisión de la propiedad y la transmisión de la posesión? ¿por qué todos los sucesores adquieren la propiedad de los bienes que componen la herencia, mientras que no todos adquieren la posesión de pleno derecho? ¿Cuáles son los efectos de la ocupación que pertenece á los otros? Estas cuestiones no dejan de tener dificultades; nosotros las iremos examinando sucesivamente.

SECCION 1.—De la transmisión de la propiedad.

§ I.—PRINCIPIO.

209. En derecho romano se distinguía entre la delación y la adquisición de la herencia. La sucesión era deferida (*delata*), ó como decimos ahora, abierta, cuando el sucesor era llamado á ella, de manera que podía adquirirla aceptándola. La sucesión era adquirida (*acquisita*) cuando había entrado al patrimonio del que á ella era llamado. Para esto se necesitaba una aceptación que se llamaba *adición*. Sin embargo, había herederos que adquirían la sucesión de pleno derecho desde que se abría; respecto á éstos, la delación y la adquisición se confundían, y éstos eran los hijos bajo potestad, llamados herederos suyos y necesarios (*sui et necessarii*), y los esclavos instituidos por sus

amos, llamados herederos necesarios (*necessarii*), ¿Qué venía á ser la herencia deferida, en tanto que no se adquiría? Estaba vacante (*jacens*), en el sentido de que no tenía dueño. Los intérpretes enseñan que la sucesión vacante se consideraba como una persona moral que representaba al difunto; de suerte que por una singular ficción la herencia era propietaria de los bienes hereditarios. Savigny ha demostrado que esta teoría es demasiado absoluta. No es exacto decir que la testamentaria sea una persona civil, porque de ello resultaría que esta persona ficticia, propietaria hasta el momento de la aceptación, transmitiría la propiedad de los bienes al heredero que acepta, el cual no vendría á ser propietario sino después de su adición, y esto jamás fué pensamiento de ningún jurisconsulto romano. Es verdad que había una ficción por cuyo efecto se tenía á la testamentaria por representante de la persona del difunto; la ficción tenía un objeto muy especial, y era el de facilitar ciertas adquisiciones por medio de los esclavos hereditarios. Creemos inútil entrar en los detalles de esta teoría romana, que puede verse en Savigny (1). Harémos notar únicamente que la usucapación comenzada por el difunto continuaba en la vacancia de la herencia. Esta era una nueva ficción que erróneamente se ha considerado como una consecuencia de la primera; le es extraña y se introdujo con un fin de utilidad fácil de comprender; no por esto es menos singular la ficción, supuesto que el heredero usucapía sin poseer.

210. El sistema de la adición no se seguía en el antiguo derecho francés, ni aun en los países de derecho escrito; se le había reemplazado por el principio diametralmente opuesto del derecho consuetudinario. “Según nuestro derecho francés, dice Pothier, una sucesión es adquirida por el heredero á quien la ley llama desde el mismo instante

1 Savigny, *System des heutigen romischen Rechts*, t. 2º, ps. 363-373.

en que se le defiere, es decir, desde el instante de la muerte del difunto. Esta regla ha tenido lugar en todas las provincias del Reino, y aunque esté diametralmente opuesta á los principios del derecho romano, no deja de ser seguida en las provincias del Reino regidas por el derecho romano" (1).

Los autores del código han consagrado la teoría consuetudinaria; se han separado enteramente del derecho romano, disponiendo que no sólo la propiedad, sino hasta la posesión de los bienes hereditarios pasen al heredero de pleno derecho, por el solo efecto de la ley, y aun cuando el heredero no tuviese conocimiento de la apertura de la sucesión. Acontece á veces que el lenguaje jurídico sobrevive á la idea que expresaba en otros tiempos; así es como el código habla todavía de *adición* de la herencia (art. 779). Sería una herejía entender esa palabra en la acepción romana; la cuestión no puede ser ya de adquirir la herencia por una *adición*, siendo que está adquirida, en virtud de la ley, desde el instante en que se abre la herencia.

Síguese de aquí que la ficción que considera la testamentaria como representante de la persona del difunto, ya no tiene razón de ser en derecho francés. No obstante, es tal la fuerza de la tradición en el ánimo de los mejores jurisconsultos, que vemos á Merlin reproducir la doctrina romana en su *Repertorio*, como si todavía viviéramos bajo el imperio de las leyes romanas (2). Ya en la antigua jurisprudencia no podía considerarse la testamentaria como una persona civil, porque esta ficción supone que la herencia estaba vacante; y estaba tan poco vacante, según las costumbres, que se veía que "*le mort saisit son hoir le plus proche*," máxima que expresa en términos enérgicos que la

1 Pothier, *Tratado de las sucesiones*, cap. III, sec. II.

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Herencia*, núm. 3. En sentido contrario, Zachariæ, edición de Aubry y Rau, pfo. 609, t. 4º, p. 239.

herencia no queda un solo instante sin dueño. En el momento mismo en que el difunto muere, ocupa su lugar su heredero; así, pues, la propiedad de los bienes hereditarios reposa en su cabeza, y entonces ¿para qué sirve la ficción de que la herencia representa á la persona del difunto. Sin embargo, uno de nuestros buenos autores la reproduce; Duranton dice que la posesión se continúa por la herencia antes de la aceptación de los herederos, porque la herencia representa al difunto y á sus herederos (1). Hay en esto, y nos pesa decirlo, casi tantos errores como palabras. Y cosa singular, la falta sube hasta Pothier. El también, nuestro maestro en todo, habla de una sucesión vacante, de una persona ficticia, que, aunque incapaz de voluntad, se tiene por poseedora de todas las cosas que pertenecían al difunto hasta la hora de su muerte. Pothier se da trazas para explicar esta continuación de la posesión: la sucesión vacante, que no es más que la continuación de la persona del difunto, poseyendo las cosas que el difunto poseía al morir no hace más que retener y conservar la posesión que el difunto tenía; ahora bien, se puede retener la posesión sin tener una voluntad positiva de poseer (2). ¿Para que son estas ficciones romanas, siendo que hace siglos vivimos bajo el imperio de una ficción del derecho consuetudinario que hace inútiles á las promesas? *Le mort saisit le vif*; luego el heredero posee sin que sea necesario recurrir á la ficción de una herencia vacante que represente á la persona del difunto y de los herederos. Debe decirse aun más: la ficción romana y la ficción consuetudinaria son incapaces de aliarse ni en su principio ni en sus consecuencias. La ficción romana supone que hasta la adición nadie es propietario ni poseedor de la herencia; y al

1 Duranton, t. 6º, p. 79, núm. 61. En sentido contrario, Toullier, t. 2º, 2, p. 52, núm. 79.

2 Pothier, *De la posesión*, núm. 58.

contrario, en virtud de la ficción consuetudinaria, la propiedad y la posesión de la herencia reposan en cabeza del heredero desde que muere el difunto. Prescindamos, pues, del derecho romano, y ciñámonos á la tradición.

211. El principio consuetudinario sobre la transmisión de las propiedades de la herencia, se aplica á los sucesores irregulares tanto como á los herederos legítimos. Ya hemos dicho que el art. 711 no hace ninguna distinción; habla de la sucesión en términos generales, es decir, de toda sucesión *ab intestato*, de la sucesión irregular como de la sucesión legítima, de la sucesión anómala como de la sucesión del derecho común. Pasa lo mismo con los legados; el art. 1014 lo dice de los legados particulares; con mayor razón los legatarios universales y á título universal adquieren la propiedad de los bienes comprendidos en sus legados desde el instante de la muerte del testador. Si-guese de aquí que la ficción que considera la sucesión como una persona moral, no tiene razón de ser en las sucesiones irregulares y testamentarias, como en la sucesión legítima. Verdad es que los sucesores irregulares no tienen la ocupación, y la mayor parte de los legatarios tampoco; sin embargo, no dejan de ser propietarios; luego la herencia está en su dominio, y por lo tanto, la cuestión no es de sucesión vacante, ni de una herencia que represente á la persona del difunto. ¿Pero que viene á ser de la posesión? Los sucesores no ocupantes no la tienen; y ¿esto quiere decir que esté interrumpida? La dificultad concierne á los sucesores que no tienen la ocupación, y de ello hablaremos más adelante (núm. 242). En cuanto á los donatarios por contrato de matrimonio, su derecho depende de la donación y del testamento; dirémos, al tratar de la institución contractual, cuándo y cómo el heredero instituido adquiere la propiedad de los bienes que se le han donado.

212. ¿Cuál es el fundamento del nuevo principio? Claro es que la teoría romana es más jurídica que la consuetudinaria. Casi no es concebible que la propiedad se transmite en un acto de voluntad del que debe adquirirla: la adición era esta manifestación de voluntad. Los romanos admitían, en verdad, una excepción para los herederos *necesarios*; pero esta palabra insinúa que ya no se trataba de más manifestación de voluntad por parte de menores que eran herederos á pesar suyo; mientras que el código civil consagra la máxima consuetudinaria: *Nul nes' est héritier qui ne vent* (art. 775). Pronto dirémos que la transmisión de la propiedad, aunque se haga de pleno derecho, no impide que el sucesible renuncie á la herencia; luego hay siempre una aceptación, es decir, una manifestación de voluntad; sólo que el heredero se limita á confirmar lo que se había efectuado en virtud de la ley. Y si renuncia, se supone que nunca ha sido heredero; por consiguiente, jamás ha tenido transmisión de la propiedad.

Si en derecho se encuentra una aceptación para que sea definitiva la aceptación de la herencia ¿por qué la jurisprudencia francesa no ha aceptado la doctrina romana de la *adición* que satisface plenamente las exigencias del derecho? Domat relaciona el nuevo principio con la idea de una copropiedad de familia, idea que domina en el sistema de sucesión consagrado por las costumbres y adoptada por el código Napoleón. Ya en derecho romano, esta idea se había abierto paso para los herederos suyos y necesarios, y hasta se aplicaba con más rigor que en el derecho moderno; como los herederos suyos y necesarios no podían repudiar la herencia, era literalmente verdadero decir que continuaban la persona del difunto, en lo concerniente á derechos y obligaciones; luego ningún derecho nuevo adquirían; de hecho, había un cambio de personas; de derecho, no lo había. De aquí resultaba que ya desde