

DERECHO HEREDITARIO

SECCIÓN PRIMERA

PARTE GENERAL

CAPITULO XXIX

Principios fundamentales del Derecho hereditario

§ 125.—*La sucesión a causa de muerte*

Filomus, *Enc.*, §§ 95-102; *Dir. ered.*, I, §§ 1-8, 18, 19; Brugi, *Ist.*, §§ 90, 91; Pacifici, *Ist.*, IV, pág. 1; Chironi, *Ist.*, II, §§ 437, 438; Zachariae, *Man.*, IV, §§ 598, 599; Aubry y Rau, *Cours.*, VI, §§ 588, 589; Planiol, *Traité.*, III, números 1.698 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, III, §§ 527, 528 (1).

Concepto.—La exigencia sentida en toda Sociedad jurídicamente ordenada de que las relaciones jurídicas de una persona no se extingan en su muerte, sino que se transmitan a otros que subentran así en el lugar del difunto, halla cumplida satisfacción en la institución de la herencia. En todo otro campo que no sea el del derecho puede ser cierto el dicho *mors omnia solvit*, pero en la esfera jurídica, exigencias no solamente morales y espirituales, sino sociales, políticas y, sobre todo, económicas, imponen que para seguridad del crédito, para conservación e incre-

(1) Además de las monografías sobre temas especiales que se citarán ocasionalmente, hay que tener presentes como obras generales sobre derecho hereditario y sus conceptos fundamentales: para el Derecho romano y común, Beckhaus, *Grundzüge des gem. Erbrechts*. Iena, 1861; Verigng, *Röm Erbrecht*, Tübingen, 1861; Schirmer, *Handbuch des röm. Erbrechts*, 1863; Köppen, *Lehrbuch des hent. röm. Erbrechts*, 1887-95; Fadda, *Concetti fondamentali del dir. ereditario rom.*, Nápoles, 1900 (2 vols.); Scialoja, *Dir. ereditario* (Lecciones 1904-1905); Ferrari, *Ricerche sul dir. ereditario nell'alto medio evo.*, Padua, 1914; Glasson, *Le droit de succession au moyen age* (*Nonv. rev. hist.*, XV, 1892); Ciccaglione, *Successione* (en *Dig. it.*); para el Derecho francés, Pothier, *Traité des successions, des donations tes-*

mento de la riqueza, las relaciones de una persona sobrevivan a su muerte, que como titular del patrimonio de la persona que muere subentre otra que sea como continuadora de la personalidad del difunto. El derecho hereditario, o sea el conjunto de normas que regulan la transmisión de bienes del difunto a la persona que le sucede, halla su fundamento racional en la necesidad de que la muerte no rompa las relaciones de quien cesa de existir, ya que la interrupción de tales relaciones repercutiría perjudicialmente en la economía general. Si en algún derecho positivo e histórico como el de Roma hay que buscar distinto fundamento, como es la transmisión de la soberanía doméstica y la continuación del culto familiar, el aspecto económico influye siempre de modo considerable en esta rama del Derecho, porque para regular la transmisión lo que principalmente se toma en cuenta es el patrimonio.

Como en cualquiera otra transmisión de derechos de una persona a otra, en la transmisión que tiene lugar por herencia hay una sucesión; las relaciones jurídicas pasan de la persona del difunto (*auctor, de cuius*) a la del heredero (*successor*), y tal transmisión se opera por la muerte del *auctor*.

La sucesión *mortis causa* es, pues, sólo una rama de las sucesiones. Si el derecho hereditario suele designarse «derecho de sucesión», sin más, ello se debe a un uso impropio de la palabra, que tomada en sentido absoluto expresa en el lenguaje tra-

tamentaires et entre vifs; Poujol, *Traité des successions*, 1842 (2 vols.); Chabot, *Comm. sur la loi des successions*, ed Belost-Solimont, París, 1848 (2 volúmenes); Baudry Lacantinerie, *Delle successioni* (trad. it. de Bonfante) Milán, 1908 (3 vols.); *Delle donazioni fra-vivi e dei testamenti* (2 vols.); para el Derecho italiano, Pacifici, *Mazzoni Successioni*, Florencia, 3.^a ed., 1890 (7 vols.); Fulci, *Successioni legittime e testamentarie*, Messina, 1880 (3 vols.) Buniva, *Successioni legittime e testamentarie*, 2.^a ed. Turín, 1888; Losana, *Disposizioni comuni alle successioni legittime e testamentarie*, Turín, 2.^a ed., 1911; Vitali, *Delle successioni*, Napoli, 2.^a ed., 1917 (en la colección Fiori, volumen 6.^o); Filomusi, *Delle successioni nel dir. civ. it., parte generale*, Torino, 1895 (y en *Dig. it., ved Successione*); *Diritto ereditario (Succ. testamentarie)*, 2.^a ed., 1917; Meluci, *Il dir. di successione*, Napoli, 1910 2 volúmenes); Coviello N., *Corso completo del diritto delle successioni*, 2.^a ed., Napoli, 1914-15 (2 vols.).

dicional solamente la sucesión hereditaria. Esta puede producirse con respecto a una sola relación jurídica o con respecto a varias relaciones singularmente consideradas, llamándose en tal caso sucesión a título particular que tiene lugar en el legado, o sea en la disposición que uno hace para después de su muerte de cosas o derechos determinados; puede producirse también respecto a la totalidad de las relaciones del difunto, al patrimonio por él considerado como unidad orgánica y autónoma, independientemente de los elementos singulares que lo componen, llamándose entonces sucesión universal, que se adquiere por voluntad del propio difunto o por disposición de la ley (1).

El punto central en torno al que se desenvuelve la doctrina del derecho hereditario, es el concepto de herencia. Herencia es, en sentido objetivo, todo el patrimonio de un difunto, considerado como una unidad que abarca y comprende toda relación jurídica del causante independientemente de los elementos singulares que lo integran; es la totalidad de las relaciones patrimoniales unidas por un vínculo que da al conjunto de tales relaciones carácter unitario, haciéndole independiente de su contenido efectivo; es, en suma, una *universitas* que comprende cosas y derechos, créditos y deudas y que puede ser un patrimonio activo si los elementos activos superan a los pasivos (*lucrativa hereditas*), o un patrimonio pasivo en el caso inverso (*damnosa hereditas*).

Concebida como una abstracción, la herencia puede estimarse un *nomen juris* (2), un puro concepto jurídico *iuris intellectum habet* (3).

El heredero sucede en esta *universitas* ocupando el puesto del difunto y convirtiéndose en titular de todas las relaciones

(1) Una notable diferencia entre sucesión *mortis causa* y entre vivos en nuestro Derecho consiste: que la primera es la única en la que puede haber sucesión universal, en la segunda sólo puede haber sucesión a título particular.

(2) Pomponio, fr. 119, D. 50, 16: «*Hereditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem: iuris nomen est sicuti bonorum possessio*».

(3) Papiniano, fr. 50, pr. D. 5, 3: «*Hereditas etiam sine ullo corpore iuris intellectum habet*».

jurídicas constitutivas de la *universitas*; la transmisión de las relaciones se produce en su totalidad, *per universitatem*, en virtud de un hecho adquisitivo único y en forma que la adquisición no implique mutación o modificación de las relaciones que integran la *universitas*; el heredero sucede en el *universum ius* del difunto, en la posición jurídica de éste, y como consecuencia de esta sustitución pasa a ser el sujeto de las singulares relaciones; éstas, en cuanto que sobreviven a la muerte del titular originario, se transmiten intactas al sucesor, quien de este modo continúa la personalidad jurídica del difunto, representa al *auctor* y forma con él una sola persona (1). En este segundo aspecto, no ya objetivamente, la herencia es sucesión en el *universum ius* del difunto; sustitución de una persona por otra en la totalidad de las relaciones sin que ninguna de éstas sufra alteración, hasta el punto que parezca que ni siquiera el sujeto cambia.

Es este el concepto que contiene la famosa definición romana *Hereditas nihil aliud est quam successio in universum ius quod defunctus habuerit* (2).

La idea de sucesión del heredero en el *universum ius* del difunto ha pasado de la doctrina romana a nuestro derecho positivo; es idea propia de los derechos inspirados en la concepción romanística. Diametralmente opuesta es la del Derecho germánico, que desconoce la sucesión *per universitatem*, porque la unidad del patrimonio, que da a sus elementos constitutivos el carácter de un conjunto orgánico mientras vive su titular, se

(1) Nov. 48, pr. «*Cum utique nostris videtur legibus unam quodammodo esse personam heredis et qui in eum transmittet hereditatem*». Muchos autores critican la opinión de la representación y de la continuación de la personalidad como errónea, pues la persona del difunto se extingue con su muerte y la del heredero es siempre una personalidad nueva (Solarzi, *Contro la-rappresentanza del defunto en Riv. it per le Sc. Giur.*, LVII, 1916, páginas 277 y siguientes; Barassi, *Ist. dir. civ.*, pág. 525). Esto es exacto, pero no priva a la expresión de su valor como símil (*quodammodo*, dice la Nov. cit.), que da idea del cambio de sujeto que no influye en la estructura y condición de las relaciones, ni siquiera de las que recibe una especial configuración del sujeto. Tal concepto es utilizado también por el Código (art. 1.204).

(2) Juliano, fr. 62, D. 50, 17; Gayo, fr. 24, D. 50, 16.

disgrega con la muerte de éste y no deja lugar más que a una sucesión de relaciones singulares, a adquisición de bienes determinados.

Pero en los mismos derechos que se basan en la concepción romana, como el nuestro, no se ha conservado pura ésta. El origen de la *hereditas* en Roma debe ser, según han demostrado las doctas y profundas investigaciones de Scialoja (1) y Bonfante (2), la designación que el *pater familias*, o sea el jefe del grupo hacía de sucesor en el poder soberano del grupo; *heres* era el que recogía la soberanía doméstica y sólo por efecto de ésta subentraba como titular en las relaciones patrimoniales del difunto. La adquisición del patrimonio no era, pues, el fin principal y directo de la sucesión hereditaria, sino la consecuencia y efecto de la transmisión de aquella soberanía; el hecho decisivo consistía en la adquisición de un título personal, el título de heredero del cual derivaba la adquisición universal del patrimonio. De aquí la consecuencia de que heredero era aquel a quien este título correspondía, aun cuando el conjunto de bienes le fuese sustraído por haber sido agotado con atribuciones particulares; de aquí también todas las demás reglas del derecho hereditario romano, que suponen siempre la existencia de un investido con aquel título.

(1) *La regola nemo pro parte testatus*, etc. (*Bull. ist. dir. rom.*, II, páginas 176 y siguientes).

(2) *Res mancipi*, páginas 320 y siguientes; *L'origine dell'hereditas e de legati nel dir. successorio rom.* (*Bull. ist. dir. rom.*, IV, páginas 97 y siguientes); *L'eredità e ib. suo rapporto coi legati* (ib. VII páginas 151 y siguientes); *La successio in universum ius e l'universitas* (St. per Scialoja, I, páginas 531 y siguientes); *L'origine dell'hereditas dalla successio sovra na e le critiche al concetto* (Filang, XXX, 1905, páginas 241 y siguientes); *Teorie vecchie e nuove sull'origine dell'eredita* (*Bull. ist. dir. rom.*, XXVII, páginas 97 y siguientes). Todos estos trabajos recogidos en *Scritti giur. varii*, I, páginas 101 y siguientes; *Dir. romano*, pág. 440. Contra su opinión, han manifestado dudas algunos autores, otros la han rechazado abiertamente; entre estos últimos véase Filomusi, *Enc.*, pág. 431, núm. 4, 454, número 2; entre los primeros, Ferrini, *Pand.*, pág. 735, núm. 2, quien luego se adhirió (trad. it. de la obra de Glück, *Pand.*, vols. XXXVII-XXXVIII, I, pág. 360).

En cambio, para nuestro Derecho civil, lo importante es la adquisición patrimonial; el título de heredero no es condición para adquirir los bienes, porque heredero es aquel a quien es atribuída la totalidad de los bienes o una cuota, parte de los mismos, independientemente del nombre con que tal sucesor sea designado. Y si bien en el Derecho civil puede ocurrir que el heredero nada obtenga del patrimonio del difunto por haberse éste agotado con disposiciones a título particular (legados), ello es consecuencia no ya de atribuirse a aquél un mero título personal, sino de lo abstracto del concepto de *successio in universum ius*, en el cual se prescinde del contenido material de la misma. No obstante esto, ambas concepciones coinciden en el resultado final; heredero es quien continúa la personalidad jurídica del difunto y es llamado a recoger todo el patrimonio. Pero precisamente porque éste va entendido como unidad abstracta, independiente de su efectivo contenido económico, es por lo que heredero es también quien recoge solamente pasivo, en cambio, son también sucesores a título particular los que son llamados a suceder en relaciones singulares, aunque recojan todo el activo patrimonial. La representación y la continuación de la personalidad jurídica del difunto, que hace posible el desplazamiento de la totalidad de las relaciones sin modificación en éstas, no corresponde a los sucesores a título particular aun cuando todos los elementos patrimoniales singulares sean atribuídos a ellos. Así, la herencia, que según la concepción moderna, es ante todo un patrimonio y una adquisición patrimonial, llega a ser por efecto de tal abstracción un *nomen iuris*, una posición jurídica que puede ser o no ventajosa (1).

Principios de la sucesión universal.—Las consecuencias que derivan del concepto expuesto de la sucesión hereditaria y que constituyen a la vez los principios cardinales de la misma, pueden resumirse de este modo:

(1) Para una crítica del sistema y concepción general del Derecho hereditario en nuestro Código, véase Bonfante, *Riforma del diritto ereditario*. Relación al VII Congreso jurídico nacional (*Scritti giur.*, I, páginas 546 y siguientes).

a) Como el heredero continúa y representa la personalidad jurídica del difunto, la sucesión no consiente que se asuma la cualidad de heredero temporalmente ni que haya solución de continuidad entra la muerte del causante y el subentrar del sucesor. Como carácter indeleble de la persona, la cualidad de heredero, una vez asumida, no puede perderse, se adquiere de modo irrevocable. Esto expresa la máxima romana *semel heres semper heres* (1) y es confirmado por el art. 851 del Código civil que prohíbe la institución de heredero a término inicial o final y por otras disposiciones (artículos 853, 855, 857) que excluye la posibilidad de una institución bajo condición resolutoria.

b) La unidad conceptual del patrimonio como universalidad no se disgrega aunque dos o más personas sean llamadas a la herencia. El concurso de varios herederos no puede concebirse más que como participación en una comunidad en que cada uno de los llamados, aun percibiendo una cuota parte de los bienes, es sucesor en el *universum ius*, pues la cuota cualitativamente es igual al todo, careciendo de importancia el que la cuantía sea igual (cuotas cuantitativamente iguales) o distintas (cuotas desiguales) (art. 760). La universalidad de la adquisición implica que mientras la presencia de otro concurrente (coheredero) limita el derecho de cada uno, cesado que haya la concurrencia, el único heredero hace suyo todo el patrimonio hereditario, adquiriendo la parte vacante, según las normas que regulan el derecho de acrecer (artículos 879 y siguientes).

c) A la universalidad de la adquisición no se opone el que una o varias relaciones singulares se atribuyan a otras personas distintas de los herederos; tampoco se opone el que una o varias de estas relaciones no sean susceptibles de transmisión. Se transfieren al heredero sólo las transmisibles, es decir, por regla general únicamente las patrimoniales; de éstas se exceptúan las que tengan un estricto carácter personal (por ejemplo, el uso, el usufructo, la obligación alimentaria).

(1) Ulpiano, fr. 7, § 10, D. 4, 4 (*Sine dubio heres manebet qui semel existitit*) y Gayo, fr. 89 (88), D. 28, 5 (*Cum autem semel heres extiterit servus non potest adiectus efficere, ut qui semel heres existitit desinat heres esse*)).

a) Todos los derechos y obligaciones se transmiten sin experimentar modificación alguna, se transfieren inmutadas incluso relaciones que, como la de posesión, consisten en un estado de hecho y que asumen el carácter que les atribuye la condición subjetiva de su titular. La posesión continúa de derecho en la persona del heredero y éste mantiene la calificación de aquella (buena o mala fe) con respecto al *auctor*, aunque el heredero esté en una condición subjetiva diversa (art. 693). Por otra parte, los actos realizados por el difunto no pueden ser impugnados por el heredero o pueden serlo solamente en los casos en que el propio autor hubiera tenido facultad de impugnarlos.

e) La sucesión universal produce una confusión del patrimonio del difunto con el del heredero, así, que del mismo modo que los acreedores del difunto pueden obtener satisfacción de sus créditos en el patrimonio del heredero, los acreedores de éste pueden cobrar los suyos del patrimonio del difunto. Dedúcese de esto que el heredero responde a los acreedores del difunto *ultra vires hereditarias*, sin que pueda limitar su responsabilidad a la cuantía de la herencia, a no ser que recurra a un remedio especial, el beneficio de inventario, cuyo objeto es impedir la confusión (artículos 955 y siguientes).

Del propio modo que con este medio el heredero de una herencia gravada elude la responsabilidad ilimitada y beneficia a los acreedores propios, así también los acreedores del difunto que tenían un concurso de acreedores personales del heredero, pueden en su propio provecho impedir la confusión invocando el beneficio de la separación de patrimonios (artículos 2.054 y siguientes).

Vocación hereditaria.—Dos son las causas de la sucesión hereditaria: la declaración de voluntad del causante, es decir, el testamento y la disposición legal (art. 720). Ninguna otra es reconocida por nuestro ordenamiento, el cual, ligándose a la tradición romana, ha desterrado por modo absoluto el contrato o pacto sucesorio (1) como causa de adquisición a título universal

(1) Sobre esta materia Beseler, *Die Lehre von den Erbverträgen*, Göttingen, 1834-40; Hartmann, *Die Lehre von den Erbverträgen und den*

o a título particular. Si bien los pactos sucesorios fueron admitidos por alguna legislación intermedia y lo son aún hoy por algunos Códigos modernos con más o menos limitaciones (1); el Código italiano los rechazó todos, ya se hubieren celebrado por el *de cuius* y el sucesor, ya se hubieren celebrado por dos extraños sobre la herencia del tercero no abierta aún, ya tuviesen por objeto la adquisición de una herencia, ya su renuncia. Y los rechazó porque tales pactos pugnaban con el principio de la revocabilidad de las disposiciones *mortis causa* y con el de la libertad absoluta de testar, y además porque pueden conculcar una norma ética por el *votum captandae mortis* que tales actos suelen generar (artículos 1.118, 954, 1.379, 1.380). Ni siquiera sería posible una adquisición hereditaria bajo la forma de donación, porque ya se dijo que la *donatio mortis causa* hoy no existe.

A las dos causas dichas de adquisición corresponden las dos únicas especies de sucesión, la *testamentaria* y la *legítima* o *abintestato*. Si al lado de éstas se suele hablar de una sucesión *necesaria* (2), no es que con ésta se exprese una tercera causa de adquisición, sino que se designa una especie de la sucesión legítima, la que tiene lugar contra la voluntad del *de cuius* que

gem Testamenten, Braunschweig, 1860; Erschbach, *Institution Contractuelle* (*Rev. de legisl.*, VI); Maury, *Etude hist. sur l'institution contractuelle*, París, 1902; Re, *Del patto successorio* (en *Studi e doc. di St. e dir.*, VII, 1886, páginas 171 y siguientes, VIII, 1887, páginas 91 y siguientes); Lorzio, *Istituzione contrattuale d'erede* (en *Dir. prat. di dir. priv.*).

(1) Véase, por ejemplo, Código Albertino artículos 1.176 y siguientes; Código napolitano, artículos 1.038 y siguientes; Código alemán, § 2.274; austriaco, § 537

(2) La significación con que la palabra se usa en Derecho moderno es muy distinta de la que tenía en Derecho romano. Sentado el principio según el cual nadie podía ser heredero contra su voluntad — principio que aún hoy rige sin excepciones — el Derecho romano conocía dos categorías de personas que habían de ser herederos contra su voluntad: los descendientes *in potestate* del *de cuius*, es decir, los *sui* (*heredes sui et necessarii*) y los esclavos manumitidos por su dueño en testamento e instituidos herederos por el dicho dueño (*heredes necessarii*); frente a éstos se hallaban todos los extraños (*heredes voluntarii*). Se trata, pues, de herederos que son tales contra su propia voluntad; en nuestro Derecho es heredero necesario, quien es heredero contra la voluntad del difunto.

haya dispuesto de sus bienes por testamento excluyendo en todo o en parte a ciertas personas unidas a él por vínculos de parentesco, las cuales tienen, según la ley, derecho a una cuota parte del patrimonio (*porción legítima, reserva*). Con lo que vamos a decir quedará delineado el sistema sucesorio de nuestro Derecho, que en sus principios fundamentales es el prevalente en las legislaciones modernas: la vocación hereditaria tiene lugar por voluntad del difunto, sin la voluntad de éste por imperio de la ley o contra su voluntad por efecto de un límite que la ley fija a la facultad de testar en consideración a ciertas personas unidas a él por un cierto grado de parentesco. Es un sistema mixto que concilia los derechos y legítimas expectativas de la familia con la libertad de disposición de quien es titular de un patrimonio; un sistema que evita los excesos de las legislaciones que respetan el libre arbitrio del causante (como ocurría en el antiguo Derecho romano) y los de las legislaciones que niegan toda libertad de disposición y atribuyen siempre los bienes a los herederos de sangre, es decir, a los miembros del consorcio familiar (como el Derecho antiguo germánico).

Dejando para su lugar oportuno la exposición de las normas que regulan ambas sucesiones, interesa de momento darse cuenta de las reacciones que ligan la vocación testamentaria y la *ab-intestato*, así como del fundamento racional y jurídico de ambas.

Este fundamento, que para la sucesión testamentaria es la autonomía de la voluntad, que debe ser respetada aun cuando su autor haya muerto, consiste, según los autores, en la sucesión legítima, en una presunción de la voluntad del difunto o en la idea de comunidad doméstica. Según la primera teoría, la ley al ordenar la atribución del patrimonio en defecto de una declaración de voluntad del difunto, tomaría por base para hacer tal atribución dicha voluntad presumiéndole existente y tendente a beneficiar a los parientes con preferencia a los extraños. Según la otra, la atribución de los bienes hecha por la ley en favor de los miembros de la familia, no sería otra cosa que la consecuencia del principio de la comunidad doméstica y un reconocimiento de los derechos o de las legítimas expectativas que durante

la comunidad tienen sobre el patrimonio familiar los miembros de la familia.

Nosotros estimamos que la segunda concepción responde más exactamente a la naturaleza de la sucesión legítima por ser más conforme al origen histórico de la sucesión legal que ha precedido a la testamentaria; la presunción de la voluntad implica que se ha admitido y reconocido el testamento (se trataría, en efecto, de una especie de testamento tácito); si a la voluntad presunta puede recurrirse estando ya vigentes las normas que regulan la sucesión *abintestato* (de quien muere así puede decirse que no testó porque sabía cómo la ley atribuiría su herencia y aceptó tal atribución), dicha voluntad es insuficiente para justificar la aparición de la norma, especialmente en casos no raros en que sucedan parientes de grado tan remoto que pueden considerarse extraños completamente a la intención del difunto.

Sin embargo, conviene advertir que el problema del fundamento de la sucesión a causa de muerte es más que otra cosa un problema histórico el cual puede resolverse de modo diverso en cada ordenamiento positivo.

También es de derecho positivo el otro problema relativo a las relaciones entre la sucesión testamentaria y la legítima. Fué, en efecto, principio cardinal de la sucesión hereditaria romana la absoluta incompatibilidad de las dos sucesiones en una misma herencia: siendo la atribución de la cualidad de heredero hecha por el testador un título que investía al llamado del *universum ius* del difunto haciéndole adquirir el total patrimonio de éste, la universalidad del título y de la adquisición excluía que otro por voluntad legal pudiese suceder al difunto aunque éste sólo hubiese dispuesto de una parte de su patrimonio. En otros términos: nombrado heredero por el *de cuius*, ninguna otra persona que no fuese el nombrado podía recoger la soberanía del grupo doméstico y, consiguientemente, el patrimonio; de aquí la consecuencia de no ser posible la sucesión legal mientras hubiere un heredero testamentario, aunque lo fuese sólo en una parte: *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* (1).

(1) Este célebre aforismo fué exhumado del § 5, *Inst.* 2, 14: *neque*

Para nuestro Derecho, tal incompatibilidad, que para los romanos era irreductible, *earum rerum naturaliter inter se pugna erat*, ha desaparecido completamente por efecto de la distinta concepción de la *hereditas*, la cual es hoy en primer término una adquisición patrimonial; como heredero es quien adquiere una universalidad o cuota de los bienes, y como la institución de heredero no implica necesariamente la absorción de todo el patrimonio, puede al lado del testamentario ser llamado un sucesor legal que recoja la parte de bienes de que no dispuso el difunto (artículo 720, párr. 1.º). Este sucesor es llamado también aun contra las disposiciones expresas del difunto cuando se trate de uno de los legitimarios o reservatarios, cuya cuota no puede ser sustraída ni perjudicada por el *de cuius*. Así, pues, ambas vocaciones pueden concurrir, y cuando concurren completándose, habrá lugar a dos sucesiones que necesariamente habrán de agotar el haz hereditario; del mismo modo que puede haber una pluralidad de herederos legítimos o de herederos testamentarios, así también puede haber una pluralidad de herederos testamentarios y legítimos conjuntos.

De lo dicho resulta que de las dos vocaciones la prevalente es la testamentaria: cuando hay testamento, y por lo que éste dispone, impera la voluntad del difunto, la cual determina la suerte futura de los bienes. La ley no interviene (abstracción hecha de las normas referentes a la porción legítima o reserva limitativas de la libertad de testar), sino cuando falta total o parcialmente una disposición testamentaria; o cuando habiéndola hubiere caducado (1); en estos casos suple la falta de declaración de voluntad (2).

cuim idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles cuius sola voluntas in testando spectatur, y repítese en muchos otros pasajes de las fuentes romanas; así por ejemplo, en el fr. 7, D. 50, 17; fr. 6, D. 29, 1. No faltan desviaciones de tal norma que preludian su abolición del Derecho bizantino.

(1) Respecto a esto y en apoyo de la atribución a los herederos legítimos vivos al tiempo de la apertura de la sucesión, A Scialoja *La devoluzione legittima dell'eredità in caso di caducità del testamento* (en *Studi per Fadda*, III, páginas 169 y siguientes).

(2) Para quienes aceptan la distinción entre ley dispositiva y suple-

Precisa aquí poner de relieve una importante diferencia que hay entre nuestro Código y el francés, modelo en esta y otras materias de aquél. La sucesión, como se ha dicho, es universal o particular, según que se suceda en la universalidad o en una cuota de los bienes, o solamente en un derecho o relación singulares. Sucesor universal es el heredero y heredero se puede ser por la ley o por testamento; sucesor particular es el legatario de una o más cosas singulares, y legatario sólo se puede ser en virtud de testamento; sin embargo, hay una sucesión particular legal (llamada *ex lege*), y ésta se produce en el caso del cónyuge supérstite a quien corresponde una cuota en usufructo. Al lado de este sistema del Código italiano hay el bien diverso por cierto del Código francés. El concepto germánico según el cual sólo son herederos los de sangre, los miembros de la familia y sobre todos los hijos y descendientes, se basa en la idea de la comunidad doméstica y produce como consecuencia el que el testamento no pueda nunca crear herederos, porque los herederos los hace Dios, no el hombre (*heredes gignuntur non scribuntur; Deus facere potest heredes, non homo*).

Inspirándose en este concepto, que pasó al Derecho consuetudinario francés, el Código napoleónico solamente considera herederos a los parientes del difunto que pueden suceder por ley; el testamento sólo puede crear legatarios. Pero legatario no es solamente el agraciado con una o varias cosas singulares; la ley distingue tres especies de legados: el *universal*, que atribuye la universalidad de los bienes, el legado a *título universal*, que atribuye una cuota parte de los bienes o todos los inmuebles o todos los muebles o una cuota parte de aquéllos o éstos; el legado a *título particular*, que atribuye un derecho singular (artícu-

toria, las normas de la sucesión legítima serían, según el concepto expresado en el texto, normas supletorias, porque la ley suple la falta de voluntad del particular (Melucci, *Dir. di suc.*, pág. 17). Otros afirman que son dispositivas, porque es en primer término la ley la que determina, cómo se atribuye la herencia, y al particular es permitido tan sólo derogar la disposición legal creando una norma diversa (Filomusi, *Dir. ered.*, I, pág. 4). La cuestión no tiene una gran importancia, si se tiene en cuenta lo que ya dijimos en otro lugar.

los 1.002, 1.003, 1.010, 1.014). Más adelante se verá que tan diversa concepción influye en otras importantes reglas, especialmente en las que se refieren a la adquisición *ipso iure* de la posesión de la herencia (1).

§ 126.—*Apertura de la sucesión y delación de la herencia*

Brugi, *Ist.*, § 92; Pacifici, *Ist.*, VI, pág. 7; Chironi, *Ist.*, II, § 439; Filomusi, *Dis. erod.*, I, §§ 11-13, 16; Zachariae, *Man.*, IV, § 600; Aubry y Rau, *Cours.*, VI, § 590; Windscheid, *Pand.*, III, §§ 530, 535-537.

La vocación hereditaria, o sea el llamamiento hecho a determinada persona para que recoja la herencia, es un llamamiento virtual de la ley (vocación legítima) o del testador (vocación testamentaria), mientras la sucesión no se abre; al abrirse la sucesión, la vocación, de virtual, se convierte en efectiva, porque sólo entonces el llamado puede hacer suya la herencia. En toda sucesión hereditaria pueden distinguirse tres momentos o aspectos del complejo fenómeno jurídico, aun cuando a ellos no correspondan tres momentos cronológicamente distintos: apertura de la sucesión, delación de la herencia, adquisición de la misma.

La *apertura* de la sucesión se verifica a la muerte de una per-

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Reputa nuestro Código civil (ar. 609) la sucesión por causa de muerte, ya sea testamentaria o legítima, como un modo de adquirir o transmitir la propiedad y demás derechos reales olvidando que por ella también se adquieren y transmiten derechos de crédito y pueden constituirse relaciones de orden familiar. El hecho determinante de esta sucesión, es la muerte de una persona en cuyo momento nacen todos los derechos a sucederla, bien sea a título universal, como heredero, o a título particular como legatario (artículos 657 y 666), y desde ese momento se origina en el heredero el derecho a adquirir la herencia que comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte (art. 659).

El llamamiento a la herencia puede derivar de voluntad del causante o de disposición legal, distinguiéndose, pues dos clases de sucesión: la testamentaria y la legítima o *abintestato*; ésta subsidiaria de aquella y con la que puede coexistir al admitirse que la sucesión se difiera en una parte por voluntad del hombre, y en otra, por disposición de la ley (artículo 658).

Junto a estas formas de sucesión, existen en nuestro Código algunos brotes de sucesión contractual, como lo demuestran los artículos 117, 825, 826, 831, 1.036 y 1.057 en los que se contradice la prohibición de pactos sobre herencia futura contenida en el art. 1.271, § 2.º.

sona, es decir, cuando el patrimonio queda sin titular y tiene lugar por la necesidad de la continuidad de las relaciones, necesidad que exige que en el lugar del difunto subentre otra persona. Es, pues, la muerte el supuesto indispensable para que una sucesión pueda considerarse abierta (art. 923: «La sucesión se abre en el momento de la muerte»).

Pero como por muerte (1) en nuestro Derecho sólo se entiende la natural y comprobada, no puede haber sucesión de una persona viva (*viventis non datur hereditas*) ni de aquel cuya muerte no conste, aun cuando sea razonablemente presumible. No subsistiendo, como no subsiste, la muerte civil, que las antiguas legislaciones admitían como efecto de la condena criminal o de la profesión religiosa, no pueden hoy atribuirse a título de herencia los bienes del condenado (2) o del profeso; y en cuanto al ausente, ni aun en el tercer período, o sea, cuando es atribuída la posesión por modo definitivo, hay apertura de sucesión, porque si bien tal atribución es regulada como si se tratase de verdadera sucesión, la ley prevé la posibilidad del retorno del ausente o de la comprobación de su muerte, y consiguientemente de una diversa regulación de sus relaciones jurídicas, pues como ausente no es muerto para la ley, ni puede declararse tal faltando como falta en nuestro Derecho la declaración judicial de muerte (3).

Delación de la herencia es el llamamiento efectivo del heredero, o sea, la posibilidad concreta y actual que el llamado tiene de hacer propia la herencia. En abstracto difiere de la apertura de la sucesión y de la adquisición de la herencia; en efecto, mientras en la apertura se toma en cuenta solamente el fenómeno

(1) El momento de la muerte debe considerarse como el último de la vida del difunto: *momentum mortis vitae tribuitur*. Sobre esta máxima: Polacco, en los *Studi per Brugi*, páginas 713 y siguientes.

(2) Esto es cierto aun con respecto al condenado a presidio, no obstante carecer de la facultad de testar (Código penal, art. 33); ello implica el que la sucesión sólo pueda abrirse *ab intestato*, pero se abre siempre en el momento de la muerte del condenado.

(3) Salvo las disposiciones excepcionales relativas a los desaparecidos en guerra, recordadas en el lugar oportuno del vol. I.

no de un patrimonio que deja de tener titular y en la adquisición se aprecia exclusivamente el hecho de subentrar un titular nuevo en el lugar del primitivo, la delación significa que hay un llamado por la ley o por testamento que puede adquirir la herencia. Para esculpir el concepto de delación, podemos repetir con las fuentes romanas: *delata hereditas intelligitur quam quis possit adeundo consequi* (1). Crea un derecho en favor de aquel en quien recae la delación, el llamado *ius delationis*, cuyo contenido es una facultad alternativa de hacer propia la herencia del difunto o de rechazarla mediante la renuncia. Esta facultad, como cualquiera otro derecho, entra a formar parte del patrimonio de su titular, pudiendo ser transmitido de éste a otros cuando no tenga carácter estrictamente personal.

Así como para la apertura de la sucesión se requiere necesariamente la muerte del de *cuius*, para la delación precisa que el llamado sobreviva al difunto. Esta supervivencia se da aun cuando el llamado viva un instante tan solo después de la muerte del autor, lo que implica, de una parte, la necesidad de que el llamado viviese ya (aunque fuese con vida intrauterina) al morir el causante, y, de otra, de que conste la vida y la supervivencia del llamado. No podrá, por tanto, suceder quien premuera al de *cuius* (art. 890) o quien sobrevenga a éste sin haber sido ni siquiera concebido al tiempo de la apertura de la sucesión (artículo 724) (2); no puede suceder el ausente, porque no consta su vida ni su muerte, y, por tanto, no puede saberse si sobrevivió o no al de *cuius*; por esto la herencia a que es llamado el ausente se atribuye a los demás que por testamento o por ley tenían derecho a concurrir con él o a quien tiene derecho a suceder en defecto del ausente (art. 43); no puede suceder tampoco el comoriente, o sea, quien murió simultáneamente al de *cuius*, y, por lógica necesidad, quien hubiere perecido en un mismo infortunio con el de *cuius* (en un sistema que, como el nuestro, no admita

(1) Fr. 151, D. 50, 16.

(2) Debe estimarse excepcional la disposición del art. 764 que permite llamar a una herencia a los hijos de una persona viva al tiempo de la muerte del testador, aunque no estén todavía concebidos.

presunciones de premoriencia), de modo que no se pueda probar que uno de ellos premurió al otro (art. 924) (1).

Adquisición de la herencia es, finalmente, un hecho que consiste en subentrar el heredero en el lugar del difunto y en la asunción de parte de aquél de todas las relaciones jurídicas de éste; la herencia abierta y atribuída a determinada persona pasa a ser propiedad de ésta, es decir, la adquiere directamente y por disposición de la ley (adquisición *ipso iure*) o a consecuencia de una declaración de voluntad suya, a la cual se equipara la conducta del llamado que se comporte respecto a la herencia como tal heredero (*pro herede gestio*). Las dos últimas formas o causas de adquisición dependen, como se ve, de la voluntad del llamado, quien, ejercitando el derecho derivado de la delación, acepta expresa o tácitamente la herencia; la primera excluye que para que haya adquisición precisa una declaración de quien tiene el *ius delationis*, pues tal adquisición tiene lugar por virtud de la ley, y como, por otra parte, la adquisición no puede operarse contra la voluntad del llamado, sólo procederá una declaración de éste para repudiar la adquisición.

A estos tres conceptos—apertura, delación y adquisición—pueden corresponder momentos diversos en el tiempo, como pueden aquéllos también tener lugar en un solo momento. El que correspondan o no tales momentos depende del sistema positivo en que se estudie el fenómeno de la sucesión *mortis causa* y dentro de cada sistema de la teoría que se siga respecto a la posibilidad de delaciones sucesivas, de la adquisición *ipso iure* o mediante aceptación, etc. En el Derecho civil italiano creemos

(1) Este precepto admite, pues, la prueba contraria, y por ello cuando resulte probado que de dos víctimas del mismo infortunio, murió primero el *de cuius*, la herencia vendrá atribuída al llamado, ya que éste sobrevivió a aquél. Tal precepto no constituye, como se sabe, una verdadera presunción; su objeto es excluir las presunciones de premoriencia. En cambio, es verdadera presunción de premoriencia la del art. 6.º del Decreto de 17 de Enero de 1905 relativo a los pericidos en el terremoto calabro siciliano, presunción que no tolera la prueba contraria, de modo que la sucesión de uno a otro queda excluída, aun cuando constase que éste murió después que aquél.

que tales conceptos se comprenden en un solo momento, que es el de la muerte del de *cuius*; con la muerte la sucesión se abre, y simultáneamente la herencia se atribuye al llamado y se adquiere por éste. Quien, por el contrario, admita la posibilidad de delaciones sucesivas y la necesidad de la aceptación para que la adquisición se opere, deberá separar el momento de la adquisición del de la delación, y, en el caso de delación sucesiva, el momento en que ésta tiene lugar del de la apertura de la sucesión. Respecto al Derecho romano, no se puede negar que en él hay siempre separación de los momentos de adquisición y delación, porque para la adquisición se requería la aceptación del heredero (*aditio* o *gestio proherede*), salvo el caso del *heres suus et necessarius*, en el que adquisición y delación coincidían, porque la adquisición en esta hipótesis se operaba *ipso iure*.

Estudiando ahora con más detenimiento el fenómeno de la delación, se plantea el problema de determinar si ésta es única, aun cuando varias personas sean llamadas a heredar sucesivamente, o si, en tal caso, deberá estimarse la existencia de sucesivas delaciones. El hecho se produce tanto en la sucesión legítima cuanto en la testamentaria; pero así como en la primera son llamadas por la ley varias personas por orden sucesivo, de modo que el orden de los primeramente llamados excluya el siguiente, el cual sólo entra en defecto del orden precedente, así también en la sucesión testamentaria el testador puede sustituir al heredero instituido por otro heredero, el segundo por un tercero, etc. Subsistiendo el orden de los primeramente llamados, si luego falta por renuncia o indignidad, o si falta el heredero instituido, la sucesión se atribuye al orden siguiente o al sustituto. Por esta posibilidad de que un orden subentre en el lugar del otro o de que el sustituto ocupe el puesto del sustituido, algunos autores, hablando de delaciones sucesivas, es decir, de delaciones distintas que subsiguen unas a otras en el tiempo, aun cuando todas deban referirse a un momento: el de la apertura de la sucesión, lo que significa que, quien sea llamado posteriormente a otro, por ejemplo, después de la renuncia de éste, se reputa

como efectivamente llamado e investido del derecho hereditario desde la apertura de la sucesión.

Pero esta necesidad de atribuir efecto retroactivo a los llamamientos sucesivos persuade de que la delación es única y no plural y sucesiva. Comprende a todos los llamados a suceder de todos los órdenes y grados en la sucesión *ab intestato*, a todos los instituídos y sustitutos en la testamentaria; a todos ellos inviste virtualmente del derecho hereditario. Pero no siendo posible que el orden posterior o el sustituto adquieran efectivamente la herencia; habiendo un orden anterior o un instituído, puede ocurrir que medie entre la apertura de la sucesión y la vocación efectiva el intervalo de tiempo que precise para comprobar la falta del orden anterior o del instituído; este intervalo se estima, sin embargo, como no transcurrido, del mismo modo que se reputa no ocurrida la vocación de los primeramente llamados. En otros términos, la vocación de los segundos es una vocación condicionada a la sobrevenida falta de los primeros. Así que cuando la condición se cumpla (es indiferente el momento en que tal cumplimiento resulte acreditado), el llamado del orden siguiente o sucesivo se reputa heredero desde el instante en que se abrió la sucesión. Así deben interpretarse el art. 721, relativo a la sucesión legítima, y el 895, referente a la testamentaria. Lo mismo debe decirse de las relaciones entre delación testamentaria y la legítima cuando a la primera sustituya la segunda, por faltar en todo o en parte los herederos testamentarios (art. 720). La delación es, pues, única en cuanto al momento en que tiene lugar, y única también cuando concurren delaciones diversas en cuanto a la causa, es decir, legítima o testamentaria.

Cuestión muy distinta es si la delación es transmisible, es decir, si la facultad que confiere a su titular de aceptar o repudiar una herencia puede ser transmitida al heredero propio, de modo que a éste se transfiera idéntica facultad de aceptar o repudiar. La solución del problema en todo ordenamiento positivo sólo puede ser dada por el carácter que al *ius delationis* se atribuya; cuando se atribuya a este derecho naturaleza estrictamente personal se debe aceptar su inidoneidad para la transmisión,

y cuando no le sea reconocido tal carácter habrá que aceptar su transmisibilidad.

El Derecho romano lo estimó un derecho personal, y, por tanto, intransmisible; sin embargo, se admitieron primero excepciones que limitaron el principio de la intransmisibilidad, y, por último, llegaron a aumentar éste, si bien formalmente no fuera jamás negado.

Las dos más notables fueron la *transmissio Theodosiana* (1) (o *ex iure sanguinis*), por virtud de la cual, si alguien instituía heredero a su descendiente y éste muriese antes de la apertura del testamento, el *ius delationis* se transmitía a los herederos y descendientes del instituido; la *transmissio Iustiniana* (2) (o *ex iure deliberandi*), por la cual el llamado a una herencia, si moría antes de haber transcurrido un año desde la noticia de que tuvo lugar la delación sin haber aceptado o repudiado, transmitía a sus propios herederos la facultad de aceptar o repudiar dentro del tiempo que faltase para completar el año.

De esta última excepción, de alcance tan amplio que casi anulaba la regla, puede decirse que partió nuestro Derecho civil, el cual reconoce un principio opuesto.

El art. 939, refiriéndose a toda sucesión y a toda clase de heredero, declara: «Aquel a cuyo favor se abriese una sucesión, si muriese sin haberla aceptado expresa o tácitamente, transmite

(1) Fué llamada así por haber sido introducida por Teodosio II y Valentiniano el año 450 con la C. n. C. 6. 52; «*Per hanc iubemus sanctionem in posterum filios seu filias nepotes aut neptes, pronepotes aut proneptes a patre vel a matre avo vel avia, proavo vel proavia scriptos heredes, licet non sint invicem substituti, seu cum extraneis seu soli sint institui et ante apertas tabulas defuncti, sive se noverint scriptos heredes sive ignoraverint, in liberos suos cuius cumque sint sexus vel gradus, derelictam sibi hereditariam portionem posse transmittere...*».

(2) Introducida por Justiniano en el año 529, con la C. 19, c. 630: «*Sancimus: si quis vel ex testamento vel ab intestato vocatus deliberationem meruerit vel hoc quidem non fecerit non tamen successioni renuntiaverit ut ex hac causa deliberare videatur, sed nec aliquid gesserit, quod aditionem vel pro herede gestionem inducit praedictum arbitrium, in successionem suam transmittat ita damen, ut unius anni spatii eadem transmissio fuerit conclusa*».

a sus herederos el derecho de aceptarla». El *ius delationis* ha perdido su originario carácter personal; este derecho forma parte del patrimonio de su titular, y con este patrimonio pasa a aquéllos, que como sucesores universales lo recogen. Pero precisamente porque integra el patrimonio se entiende que el heredero del llamado no puede hacer propia la herencia atribuída a este último si no acepta la herencia del llamado; en otros términos, el heredero de quien muere sin haber aceptado, no puede aceptar la primera herencia si no es como heredero del llamado, ni aceptar aquélla y rechazar la herencia personal del transmitente. La inversa, en cambio, es perfectamente posible; el heredero del transmitente, al aceptar la herencia, halla en ésta también el *ius delationis*, es decir, la facultad de aceptar o repudiar la herencia atribuída al propio transmitente; puede en el ejercicio de esta facultad repudiar la primera, aceptando la segunda.

Ambas hipótesis se hallan previstas en el art. 941: «Los herederos que aceptasen la herencia propia del transmitente, pueden renunciar a la herencia a éste atribuída que no hubiere sido aún aceptada por dicho transmitente; en cambio, la renuncia a la herencia propia del transmitente implica la de la herencia atribuída a éste». Pero el Código prevé también la posibilidad de que los herederos del transmitente sean varios y no se pongan de acuerdo respecto a si debe aceptarse o no la herencia a aquél atribuída; el conflicto, en tal caso, se resuelve autorizando incluso a uno solo de dichos herederos a aceptarla (otros Códigos, como el francés, (art. 782), exigen la aceptación de todos, con beneficio de inventario, recayendo en el aceptante solamente las cargas hereditarias y haciendo exclusivas del aceptante también las ventajas (1).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—La apertura de la sucesión de una persona se verifica en el momento de su muerte (art. 657) produciendo análogos efectos la presunción de muerte, declarada por sentencia firme (artículo 193); bien que en este caso la adquisición definitiva de los bienes del ausente cuya muerte se presume, está condicionada a la no reclamación de aquéllos por éste o sus causahabientes antes de transcurrir el plazo de prescripción (art. 194).

En el mismo momento de la muerte, nace en el heredero el derecho a la herencia (art. 661), siempre que sobrevivan al causante, porque si **co-**mueren no se verifica transmisión de derechos entre ellos (art. 33), y al