

SECCION II.—*De la transmisión de la posesión.*

§ I.—DE LA OCUPACIÓN DE LOS HEREDEROS LEGÍTIMOS.

Núm. 1. Principio.

219. El código no se sirve de la palabra *ocupación* (*saisine*), pero la define en el art. 724, al decir que los herederos legítimos tienen que *ocupar la herencia* de pleno derecho, es decir, las acciones y derechos del difunto; la parte final del artículo prueba que por esto entiende el código la transmisión de la propiedad, supuesto que allí se dice que los sucesores irregulares deben procurarse judicialmente la posesión. Así es que los herederos legítimos adquieren la posesión, como la propiedad, de pleno derecho, sin manifestación de voluntad, sin aprehensión de hecho, por fuerza de la ley. ¿Cuál es el origen de la ocupación? ¿tiene fundamento racional?

En otros tiempos los legistas ligaban todas las disposiciones de derecho moderno con el derecho romano; diríase que un principio no era legítimo sino cuando se apoyaba

en esa gran autoridad que se llamaba la razón escrita. Este respeto exagerado conducía á referencias absurdas. Y esto pasaba en materia de ocupación. Los jurisconsultos romanos, tan rigurosos, no habrían comprendido que la adquisición de la posesión, que es de hecho, pudiera tener lugar en aprehensión y sin voluntad de adquirir. Por esto Pothier dice que la ocupación es contraria á los principios del derecho romano como á las ideas naturales; por más que estuviera criado en un país de costumbres, costábale trabajo habituarse á la idea de que la posesión se transmite al heredero de pleno derecho. Es evidente que esto es una mera ficción, porque se reputa que el heredero posee las cosas que el difunto poseía al morir, y de la misma manera, aunque el heredero nunca las hubiese aprehendido (1). Concíbense las ficciones cuando se trata del derecho; pero ¿cómo fingir que un hecho existe cuando en realidad no existe?

Es claro que el principio de la ocupación viene de nuestras antiguas costumbres, porque en ellas está con todas sus letras. El art. 518 de la costumbre de París, dice: "el muerto da la ocupación al vivo, que es su heredero más próximo y el más hábil para sucederle." Pudiera decirse, es verdad, que la ocupación del derecho consuetudinario es concerniente á la propiedad, invocando el testimonio de Pothier que hemos citado anteriormente (núm. 213). Y este testimonio no está solo; pero todo lo que revela es que, en el antiguo derecho, se daba el nombre de ocupación (*saisine*) á la transmisión de la propiedad como á la de la posesión: una y otra se hacían del mismo modo, de pleno derecho. A pesar de esta confusión, los buenos autores reconocían que la ocupación propiamente dicha no tiene relación ninguna con la posesión. Escuchemos á Ferrière, el erudito comentador de la costumbre de París. Comienza

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

por decir que la máxima *le mort saisit le vif* significa que no sólo la *propiedad*, sino también la *posesión* pasan al heredero, cuando no haya ejecutado acto alguno para tomar posesión. Esa es la confusión de las dos ocupaciones. En seguida, Ferrière agrega que el término *saisine* se refiere á la posesión, la cual, aunque de hecho, se transfiere al heredero por medio de aquella ficción (1). El testimonio de Ferrière es tanto más considerable cuanto que no hace más que resumir lo que enseñaba la generalidad de los autores. Ya en la *gran compilación consuetudinaria de Francia* se encuentra esta opinión. “A título de sucesión, puede el heredero decirse incontinentemente después de la muerte de su predecesor, que está en posesión y ocupación de los bienes del difunto de quien se dice heredero: *quía saisina de functi descendit in vivum* (2).”

Los autores mismos que parece que confunden la ocupación de la propiedad con la de la posesión, explican del mismo modo la máxima consuetudinaria. Así es como Pothier dice: “el sentido de esta regla es el *muerto*, es decir, aquel de cuya sucesión se trata, desde el instante de su muerte que es el último de su vida; *da la ocupación*, es decir, pone en posesión de todos sus derechos y bienes, *al vivo*, su más cercano heredero, es decir, á aquel que le sobrevive, y que, como pariente más próximo, es llamado á ser su heredero (3).”

220. Consta el sentido de la máxima, y es bien claro que ésta viene del derecho consuetudinario; sin embargo, el origen de la ficción permanece obscuro. Ferrière se

(1). Ferrière, *Comentario*, t. 4º, p. 681, núm. 2. Más adelante (número 5), dice que el efecto de esta regla es el de continuar la posesión de los bienes del difunto en la persona de su heredero.

2 *Gran compilación consuetudinaria de Francia*, edición de Charondas, ps. 138 y siguientes, lib. II, cap. XXI.

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

conformó con decir que la regla es tan antigua, que no puede decirse cuándo haya comenzado (1). Los intérpretes del derecho romano encontraban de tal suerte absurda la ficción, que suponían que la ignorancia la había introducido. La han recogido de la calle, dice Cujas, quien la atribuía á una errónea interpretación de una ley romana (2). La ciencia del siglo XIX, tan curiosa por la historia de las ideas, no se ha contentado con esta explicación. Zachariæ, el sabio profesor de Heidelberg, cree que la ocupación se deriva del derecho germánico; considerado el heredero como co-propietario de los bienes del difunto, se extendió á la posesión lo que las viejas costumbres admitían para la propiedad. Como las costumbres son de origen germánico, es bastante probable que la ocupación tenga la misma filiación. Sin embargo, la idea de una co-propiedad de familia no la explica, porque una cosa es la propiedad y otra la posesión; y precisamente lo que parece tan difícil de conciliar con las más sencillas nociones de derecho es la transmisión de la posesión, sin ninguna aprehensión. Renaud, que enseña el derecho francés en la universidad de Heidelberg, ha escrito una ingeniosa monografía sobre la ocupación. El halla su origen en la garantía familiar, es decir, en la garantía solidaria de todos los miembros de la familia (3). La familia salía responsable por sus miembros; pero ¿qué tenía de común esta responsabilidad con la posesión de los bienes que es cosa de hecho? Concíbese que siendo garante la familia haya sido también co-propietaria, de suerte que las dos ideas de co-propiedad y de solidaridad se ligan casi como la comuni-

1 Ferrière, *Comentario*, t. 4º, p. 681, núm. 5.

2 Cujas, *Comentario sobre la ley 30, D., ex quib, caus, major, XXV amis* (IV, 6). Tal era también el parecer de Pithon (*Comentario sobre el tit. XVI de la callatio legis mosaicae*, edición de 1609).

3 Renaud, en la *Revistische Zeitschrift* de Mittermacer, t. XIX, traducido y analizado de la *Revista de legislación* de Wholowski, 1847, t. 2º, ps. 74 y 325.

dad que depende del vínculo personal que enlaza á los cónyuges. Queda por explicar cómo es que la ocupación procede de la garantía de familia, y en vano se buscará enlace alguno entre estas ideas.

Nosotros creemos que deben abandonarse estas hipótesis, por una razón que nos parece decisiva, y es que, en el antiguo derecho germánico, la propiedad y la posesión se confundían; ó por mejor decir, todavía no se había separado la posesión de la propiedad. Por esto es que la ocupación germánica difiere del todo de la francesa. El artículo del código que habla de la ocupación le enlaza la idea de que el heredero es el representante de la persona del difunto, y que, como tal, está obligado por las deudas y cargas *ultra vires*. Ahora bien, todos estos principios son extraños al antiguo derecho germánico, que no conocía sucesión universal, y en el que el heredero no está obligado por las deudas sino hasta la concurrencia del valor de los muebles. Renaud se ve obligado á recurrir al derecho romano para explicar la separación de la propiedad y de la posesión; y también á la influencia del derecho romano es á lo que atribuye la representación de la persona del difunto por su heredero, así como el carácter universal de la ocupación. Creemos inútil entrar á este debate; ni el derecho germánico ni el romano explican lo que hay de esencial y de singular en la ocupación, es decir, la transmisión que de la posesión se opera de pleno derecho, bien que la posesión sea cosa de hecho é implique la necesidad de una aprehensión.

221. Hay otro elemento en las costumbres de la tradición germánica, y es el feudalismo. Nada más natural: las costumbres se formaron bajo el imperio del régimen feudal, es decir, bajo la influencia de este régimen. El feudalismo hunde, es verdad, sus raíces en las selvas de la Germania, como dice Montesquieu; pero no se constituyó sino

después de la conquista, de suerte que es galo tanto como germano. En los abusos feudales es en donde debe buscarse el origen primero de la ocupación francesa. No había tierra sin señor, y por consiguiente, un hombre que no tuviese señor. ¿Qué era de los bienes del siervo ó del vasallo á su muerte? El señor los recobraba. Pero es tan natural la propiedad hereditaria en el hombre, que se introdujo hasta en el servilismo feudal; el siervo y el vasallo vinieron á ser propietarios, pero su derecho era imperfecto, porque el señor no abdicaba la plenitud de su dominio. ¿Cómo conciliar los derechos del señor con los de los siervos y vasallos. Se suponía que toda persona á su muerte se desasía de sus bienes en manos de su señor; los herederos estaban obligados á recobrarlos rindiendo al señor pleito homenaje, y pagando el relieve, si se trataba de feudos, ó los derechos de ocupación, si eran bienes plebeyos. Así, pues, la primera ocupación fué la del señor; todavía se encuentran huellas en nuestras costumbres. El gran derecho consuetudinario de Carlos VI decía que el siervo muerto daba la ocupación al señor vivo. La misma máxima se halla en la costumbre de Melun redactada en 1496. Los legistas, enemigos natos del feudalismo, se apoderaron de la ficción feudal de la ocupación para dirigirla contra los señores y sus excesos. Supuesto que consideraba que el difunto da la ocupación al señor ¿no era preciso un acto de voluntad por parte de aquél? ¿y cuál era su última voluntad? Ciertamente que era en pró de su pariente más cercano, de preferencia al señor. ¿Para qué despojar al difunto en provecho del señor y luego investir al heredero? Mucho más sencillo era investir directamente al heredero. De aquí la ocupación: se suponía que toda persona, al morir, ponía en posesión de sus bienes á su pariente más cercano hábil para sucederle. Se ven, además, en nuestras antiguas costumbres, huellas de esta lucha de la libertad con-

tra los abusos feudales: Des Mares dice en sus Decisiones (núm. 234): “El muerto da la ocupación á su heredero vivo, por más que particularmente exista la costumbre local de que se necesita previamente la ocupación del señor” (1)

La ocupación fué primero de derecho, y no de hecho; el autor del *gran consuetudinario* (libro II, cap. XXI) lo dice en términos formales. “El sucesor por estirpe es investido de derecho, y no necesita ir ante el juez, ni ante nadie; sino que de propia autoridad puede hacerse investir, y le es necesaria esta aprehensión de hecho, antes de que pueda tener ocupación completa” Sólo más tarde la ocupación de derecho vino á ser de hecho. ¿Cómo se operó esta nueva transformación? Lo ignoramos. Quizá para poner á los herederos al abrigo de las empresas de los señores. En tanto que se necesitó de una aprehensión real, el señor ó su juez podían intervenir para hacerse pagar el derecho de ocupación; mientras que dejaba de haber ni una sombra de pretexto á las exacciones feudales una vez que el mismo difunto ponía á su heredero en posesión.

222. Ateniéndose á los orígenes históricos de la ocupación podría creerse que esta ficción no tiene un gran fundamento legal. Si así fuere, los autores del código Napoleón habrían hecho mal en mantenerla, supuesto que desde 89 ya no tenemos que temer los abusos del feudalismo. Nosotros creemos que la ocupación conserva su razón de ser, aun después de la abolición del régimen feudal. Según el rigor del derecho, tal como lo habían formulado los jurisconsultos romanos, la herencia permanecía vacante en tanto que el heredero no había hecho la *adición*. ¿Qué es de los bienes durante la vacancia? ¿quién los administraba? ¿qué garantías tenía esta gestión? Si realmente estaba vacante la sucesión, ¿habría necesidad de un curador para

1 De Grandiere, notas sobre las *Instituciones consuetudinarias de Loysel* (t. 1º, ps. 315-317), edicion de Laboulaye.

administrarla? Pero sábese qué quejas se han levantado contra administradores que ningún interés tienen en gestionar bien. ¿No es más natural confiar la administración al mismo que está llamado á suceder, y que, conforme al derecho francés, es propietario de la herencia desde la muerte del difunto? Las más de las veces, administrará por sí mismo porque aceptará. Puede suceder que no acepte, y aunque haya hijos naturales ó legatarios no investidos; en estos casos, el heredero investido administra por otros; de todas maneras, él tiene interés en administrar bien hasta que renuncie, y desde ese momento es despojado; en cuanto á los bienes que debe entregar á los legatarios, tiene aún interés en administrarlos bien, puesto que si los legados caen, el heredero investido los aprovecha. Queda el hijo natural; si su derecho es claro, puede requerir medidas conservadoras para garantir sus intereses. Y si su derecho es negado, conviene que la guarda y la administración de los bienes que puedan tocarle se confíen al heredero que es llamado eventualmente á toda la herencia. Tal es el principio racional de la ocupación. Ya verámos sus consecuencias al exponer el orden que sigue la ley para deferirla.

Núm. 2. Consecuencias del principio.

223. ¿Qué significa el principio de la ocupación? ¿cuáles son los derechos y obligaciones que se derivan? Acerca de estas cuestiones reina una grande incertidumbre en la doctrina. Por más que casi no se trata más que de teoría, es importante precisar las ideas. Si la doctrina vacila, culpa es del legislador. Un solo artículo sobre la ocupación hay en el código Napoleón y esta disposición única no consagra los verdaderos principios. Esta no es una razón para apartarnos del todo. El intérprete puede criticar; pero no le es permitido substituir sus ideas á las del le-

gislador; aun cuando éste se hubiese engañado, la ocupación es una ficción, y toda ficción tiene sus límites dentro de la ley que la establece. Luego la ley, y nada más ella, es la que debe guiarnos en esta materia.

El art. 724 dice que los herederos son investidos de pleno derecho en los bienes, derechos y acciones del difunto; lo que significa que los herederos tienen la posesión en virtud de la ley. Nuestras costumbres expresaban esta idea de una manera más enérgica, diciendo que el mismo difunto, en el instante de su muerte, investía á su heredero con la posesión. Según el código civil, es la ley la que transmite la posesión, así como transmite la propiedad, y no es difunto. La fórmula del principio es diferente, pero la idea es la misma. Dumoulin la ha desarrollado con su habitual claridad: "Cuando las costumbres dicen que el muerto dé la ocupación al vivo, significa esto que la posesión del difunto continúa despues de su muerte en la persona de su heredero. Así, pues, la posesión del heredero no es una posesión nueva ni distinta; es absoluta é idénticamente la posesión tal como la tenía el difunto en la hora de su muerte" (1).

Supuesto que la ocupación no es otra cosa, según la expresión de Dumoulin, que la continuación de la posesión del difunto, no puede tener más efectos que los que son propios de la posesión. Algunos hay que no originan la menor duda. El artículo 724 opone los herederos legítimos ocupantes á los sucesores irregulares no ocupantes, y dispone que los últimos deben procurarse la toma de posesión judicialmente, en la forma determinada por el código Napoleón. Mientras que los herederos legítimos tienen la posesión de pleno derecho; luego no necesitan dirigirse á la justicia, porque son poseedores sin manifestación de voluntad alguna y sin ninguna aprehensión. Se aplica

1 Dumoulin, sobre el art. 318 de la costumbre de Paris.

á la transmisión de la posesión lo que hemos dicho de la transmisión de la propiedad (núm. 210).

Hay otra consecuencia igualmente cierta. El que posee, administra necesariamente: acto de posesión y acto de administración con ideas sinónimas. Luego el heredero investido administra no sólo los bienes que le tocan en la herencia, si acepta, sino también los que pertenecen á los menores no investidos (núm. 222). Este es, realmente, el único objeto de la ocupación en derecho francés. ¿Qué es lo que el heredero ocupante puede hacer como administrador? Nuestra pregunta se limita á los actos jurídicos concernientes á la posesión. Tales son las acciones posesorias. Este efecto de la ocupación es considerable y singular. El heredero tiene desde luego las acciones posesorias que el difunto mismo tenía: esto se subentiende, supuesto que el heredero continúa la posesión del difunto. Pothier hace la observación: este es uno de los efectos de la ocupación que á él le parecían opuestos á la naturaleza de las cosas. La singularidad es todavía mayor cuando el difunto no tenía las acciones posesorias, porque él no poseía, supóngase, sino después de seis meses: cuando hayan transcurrido seis meses desde la apertura de la herencia, el heredero podrá promover en lo posesorio, aun cuando no hubiere ejecutado ningún acto de posesión, aun cuando ignorase que posee legalmente hablando: él posee en virtud de la ley. Basta unir una razón, él continúa y completa la usucapión comenzada por el difunto, siempre sin estar obligado á ejecutar ningún acto de posesión, y aun cuando ignorase la apertura de la herencia.

224. Es incontestable que el heredero tiene las acciones del difunto: él tiene la propiedad como propietario de la herencia. Pero esto no basta para que pueda ejercitarlas. En efecto, ejercitar una acción, es ejecutar acto de posesión; luego se necesita ser poseedor para promover ju-

dicialmente. Esto equivale á decir que el heredero tiene el ejercicio de las acciones en virtud de la ocupación. Ese texto es además formal: el art. 724 comprende expresamente las acciones entre las cosas cuya posesión pasa de pleno derecho al heredero; y habría sido inútil mencionarlás si el heredero tuviera su ejercicio como propietario, supuesto que el art. 711 reglamenta la transmisión de la propiedad, mientras que el art. 724 es únicamente relativo á la posesión.

225. Por la misma razón, las acciones pasivas están también comprendidas en la ocupación. Así, pues, los acreedores de la herencia pueden entablar juicio al sucesible antes de su ocupación, porque es propietario y poseedor. ¿Cuál será la posición del heredero demandado? Si está todavía dentro del plazo para hacer inventario y deliberar, disfruta de una excepción dilatoria; si ha renunciado, puede oponer una excepción perentoria á la demanda del acreedor. Si no está dentro del plazo, podría todavía renunciar, en tanto que no ha aceptado, pero reportará los gastos del juicio. Si no opone ninguna excepción será sentenciado como heredero, por más que no haya hecho acto de aceptación. Volverémos á ocuparnos de estos principios que no son dudosos; lo que no ha impedido que se haya llevado el debate ante la corte de casación (1).

226. Igualmente claro es que el heredero continúa la persona del difunto, y que está obligado por las deudas *ultra vires*. ¿Es esto un efecto de la ocupación? ó ¿es una consecuencia de la transmisión de la herencia? En teoría, puede sostenerse que, por el hecho solo de que el heredero representa a la persona del difunto, está obligado por las deudas indefinidamente como lo estaba el difunto. Tal

1 Sentencia de casación de 10 de Junio de 1807 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 745).

era la teoría romana respecto á los herederos voluntarios: éstos no adquirirían la herencia sino por la adición, y no obstante, se les tenía por continuadores del difunto, desde que se abría la sucesión. Con mayor razón debe esto ser así en derecho francés; en efecto, el derecho del heredero se funda en una copropiedad de familia; luego el sucesible no hace más que continuar la comunidad de bienes y de intereses que caracteriza á la familia: de aquí se desprende lógicamente la idea de una confusión de patrimonios, y por consiguiente, de una continuación de la persona del difunto. En cuanto á la posesión, no es más que el ejercicio de los derechos inherentes al patrimonio; nada tiene de común con la idea de la continuación de la persona, ni con la obligación que incumbe al heredero de pagar las deudas *ultra vires*. Hé aquí lo que podría decirse haciendo abstracción de los textos. Pero la cuestión está en saber si el código consagra esa teoría.

El art. 724, después de haber dicho que los herederos legítimos tienen la ocupación de los bienes de pleno derecho, agrega: "con la obligación de pagar todas las cargas de la sucesión." Esta disposición es la única que impone al heredero la obligación de pagar todas las deudas, lo que implica que él las soporta *ultra vires*. Ahora bien, esto supone que el heredero continúa la persona del difunto; así es que las dos ideas de continuación de la persona del difunto y de la obligación inherente á ella están relacionadas por el código con la ocupación. Luego el texto decide nuestra cuestión, y la decide, á lo que creemos, de un modo contrario á los principios. No por esto es menos cierto que el artículo 724 establece una regla general y fundamental de nuestro sistema de sucesión: el sucesible investido representa á la persona del difunto y está obligado á las deudas *ultra vires*, Síguese de aquí que el legatario universal, cuando tiene la ocupación, está en la misma línea que el here-

dero legítimo, respecto á sus derechos y obligaciones. En cambio, los sucesores que no tienen la ocupación no continúan la persona del difunto; simples sucesores en los bienes, no están obligados á las deudas sino hasta la concurrencia de los bienes que recogen. La ley lo dice implícitamente en el art. 724 respecto de los sucesores irregulares; ella les ruega la ocupación, es decir, la calidad de representantes del difunto; luego no están obligados por las deudas como los herederos legítimos. Lo mismo debe suceder con todos los sucesores que tienen la ocupación, *ab intestato* ó testamentaria. El mismo principio se aplica á los donatarios por contrato de matrimonio. Varias de estas aplicaciones son muy debatida; volverémos á tratarlas aquí mismo y en el título de las *Donaciones*.

226 *bis*. Pothier relaciona también el derecho de acrecer con la ocupación; “el heredero, dice él, se tiene por investido, no sólo de la parte de sucesión que se le defiere por sí mismo, sino aun de las que la acrecen por renuncia de sus coherederos. Para ello, la ley da á esta renuncia un efecto retroactivo al tiempo de abrirse la sucesión; á los reuunciantes se les tiene por tales desde el instante en que se abre la sucesión, y se imagina que el difunto, á denegación de aquellos, no les dió la ocupación de las porciones que la ley les defería, y que, desde aquel instante, da la ocupación inmediatamente á sus coherederos, á quienes acrecen dichas porciones” (1). Que los herederos disfruten del derecho de acrecer, no tiene duda, pero tampoco nos parece dudoso que el derecho de acrecer nada tiene de común con la posesión. Ya verémos que los legatarios disfrutaban de ese derecho, hasta los legatarios á título particular que nunca tienen la ocupación. El acrecer es una consecuencia del derecho al cual están llamados los sucesores; luego es una consecuencia de la transmisión de la

1 Pothier, *Tratado de las sucesiones*, cap. 3º, sec. 2º

herencia. Esto no impide que aquellos sucesores que disfrutan de la ocupación, no sean investidos legalmente de la parte que los acrece. Una cosa es el derecho de acrecer, y otra la ocupación.

227. Proudhon dice que los frutos ó rentas de la cosa son debidos al que tiene la ocupación. Débensele desde el momento mismo en que es investido, porque teniendo título y estando investido de pleno derecho de la posesión, no podría negársele la calidad de *poseedor legítimo*, á la cual es siempre inherente la ganancia de los frutos (1). Esta idea de que el poseedor tiene derecho á los frutos, está bastante extendida, y es un error ó una equivocación. En otro lugar dijimos que los frutos pertenecen como accesorios al propietario de la cosa que los produce: el artículo 547 lo dice en términos formales. Sólo por excepción otras personas pueden tener derecho á los frutos. Apliquemos estos principios á los herederos y otros sucesores. Que los herederos tengan derecho á los frutos producidos por los bienes que se les atribuye, déjase entender, puesto que son propietarios desde el mismo instante de la apertura de la herencia. Pero también están investidos de la porción de esos bienes, atribuida á los sucesores que no tienen la ocupación: ¿disfrutarán de los frutos como simples poseedores? En principio, debe contestarse negativamente. Estos frutos pertenecen á los sucesores que son propietarios de los bienes, en virtud de la ley, desde el momento en que se abre la herencia. Para que los herederos investidos, pero no propietarios, ganaran los frutos, sería necesario que la ley se los otorgase por excepción de la regla escrita en el art. 547. El código hace excepción á esta regla en favor de los herederos legítimos que concurren con legatarios (arts. 1005 y 1014). Esta excepción confirma la regla, en cuanto á los demás sucesores no in-

1 Proudhon, *Del usufructo*, t. 1º, p. 325, núm. 259.

vestidos; ellos tienen derecho á los frutos en virtud de su derecho de propiedad, luego los herederos no investidos no los ganan. Más adelante volveremos á ocuparnos de las aplicaciones que son debatidas.

228. ¿El derecho de transmisión es un efecto de la ocupación? Generalmente se enseña la afirmativa (1). El error ó la confusión sube hasta Pothier; la ocupación, dice éste, tiene el efecto de que, si el heredero muere antes de haberse decidido sobre el partido de la aceptación ó de la repudiación de la sucesión, ó aun antes de saber que le fuese deferida, transmite esta sucesión á sus herederos (2). Nosotros creemos que en esto hay más bien confusión que error. Es imposible que Pothier haya entendido que el derecho de transmisión sea una consecuencia de la transmisión de la posesión; porque ¿qué es lo que el difunto transmite? Su derecho á la herencia ¿Y cómo el derecho, es decir, la propiedad, había de ser un efecto de la posesión? Esto sería una herejía jurídica que no es posible imputar á Pothier ni á los jurisconsultos que siguen su doctrina. Pero hay confusión en el sentido de que Pothier y la mayor parte de los autores franceses dan el nombre de ocupación á la transmisión de la propiedad; en este sentido, es claro que la transmisión es un efecto de la ocupación. Vale más evitar la confusión, porque puede engañar á los novicios y embarazarlos. Se les dice primero que el derecho de transmisión es un efecto de la ocupación; ellos tienen que creer que se trata de la ocupación propiamente dicha, es decir, de la transmisión de la posesión, lo que sería un error. En seguida, se les dice que los sucesores irregulares, los legatarios universales que no tienen la ocupación, tienen, no obstante, el derecho de transmisión.

1 Chabot, t. 1º, p. 38, núm. 11. Toullier, t. 11, p. 82; Duranton, tomo 5º, p. 77, núm. 55.

2 Pothier, *Tratado de las sucesiones*, cap. 3º, sec. 2ª

Esto prueba que el derecho nada tiene de común con la ocupación de la posesión. Esto prueba también que se hace mal en dar el nombre de ocupación á la adquisición de la propiedad. No hay más que un medio de evitar los equívocos y los errores, y es reservar la expresión de ocupación para la adquisición de la posesión.

Núm. 3. ¿Quién tiene la ocupación?

1. Del orden de la ocupación.

229. La ley defiende la ocupación en cierto orden. Ella la concede desde luego á los reservatarios, aun cuando hubiese un legatario universal; éste, en tal caso, tiene que demandar á los herederos en posesión la entrega de los bienes comprendidos en el testamento (art. 1004). Si no hay reservatarios, el legatario universal tiene la ocupación de preferencia á los herederos legítimos, excluidos por el testador (art. 1006). Cuando no hay legatario universal, la ocupación pertenece á los herederos legítimos; puede suceder, en esta hipótesis, que los herederos de la sangre sean investidos, á la vez que son excluidos de la herencia; si los legados á título universal ó á título particular agotan la sucesión, los legatarios deben pedir la entrega á los herederos llamados por la ley á la sucesión *ab intestato* (art. 1011); luego éstos tienen la ocupación, aunque ninguna parte tengan en la herencia.

¿Cuál es el motivo del orden que sigue en la ley la declaración de la sucesión? ¿Por qué unas veces otorga la ocupación al legatario universal y otras se la rehusa? ¿Por qué otorga la ocupación á herederos excluidos por el difunto? La mayor parte de los autores no tocan estas cuestiones, y los que las contestan dan soluciones poco satisfactorias. Si el heredero es investido, dícese, en contra de los sucesores irregulares y de los legatarios, es por la di-

ferencia que se merece la sangre; la honestidad pública y el decoro exigen que el heredero de la sangre no sea despojado sino después de haber podido examinar el título que destruye sus derechos. Esto se dijo en el consejo de Estado para reclamar la ocupación á favor del heredero legítimo en contra del legatario universal; pero no se aceptó el sistema de Tronchet. Esa es, pues, una mala justificación de la ley. A nuestro juicio, el orden seguido por el código en la delación de la ocupación se deriva del principio que hemos asentado antes en cuanto al objeto de la ocupación (núm. 222). ¿Por qué la ley transmite de pleno derecho la sucesión á ciertos sucesibles? Ella los encarga de la guarda y conservación de los bienes; luego debía investir con la posesión á los que tienen interés en administrar bien, es decir, á aquellos cuyo derecho es claro y que son llamados, al menos eventualmente, á toda la herencia. Tal es el principio; veamos ahora si los autores del código lo aplican lógicamente.

Hay reservatarios y un legatario universal. La ley da la ocupación á los primeros. ¿Por qué? Porque su derecho es claro, está escrito en la ley y en su sangre; no se les puede despojar de ese derecho, mientras que el derecho del legatario es discutible, pudiendo el testamento ser atacado y caer. Luego aunque los legitimarios estén aparentemente excluidos de la herencia, tienen un derecho incontestable en los bienes reservados y un derecho eventual en los bienes de que ha dispuesto el testador; supuesto que pueden ser llamados á todos los bienes que deja el difunto, nadie como ellos está más interesado en conservarlos. El legatario universal nunca tiene más que una fracción de la herencia cuando concurre con reservatarios y esta porción misma puede perderla si se anula el testamento.

Hay un legatario universal y parientes legítimos no reservatarios. El legatario universal es el que es investido

de preferencia á los herederos de la sangre. ¿Por qué? Esta cuestión ha dado margen á vivas discusiones en el seno del Consejo de Estado. Era una de aquellas en que el derecho romano y las costumbres estaban en completo desacuerdo. Dios es el que hace á los herederos, se decía en los países de derecho consuetudinario; luego los parientes legítimos son los únicos que deben ser investidos de la herencia: no vale la institución de heredero. Los romanos daban al testador el poder que las costumbres atribuían á Dios; de esto se inferían, en los países de derecho escrito, que el heredero constituido debía ser investido de preferencia á los parientes legítimos. Las costumbres encontraron defensores ardientes en el Consejo de Estado. Tronchet, Treilhart; el derecho romano tuvo defensores igualmente apasionados, Portalis, Cambaceres (1). La lógica de los principios estaba con los primeros. ¿Quién debe tener la guarda de la sucesión? Aquel cuyos derechos son incontestables; ahora bien, el legatario universal no tiene derecho sino en virtud de un testamento que puede anularse. Esto era decisivo. Se transigió, y como de costumbre, la transacción vino á parar en una inconsecuencia. Si el legatario universal tiene la ocupación cuando hay herederos de la sangre ¿por qué no la tiene cuando concurre con reservatarios, concurrentemente con ellos? Y si no es investido, á causa de la incertidumbre de su derecho cuando hay reservatarios, debe también excluírsele de la ocupación cuando hay herederos de la sangre. Sin duda que el derecho de los reservatarios es más fuerte; el testador no puede despojarlo, mientras que sí puede excluir á sus parientes no reservatarios. Pero esto nada tiene de común con la cuestión de la ocupación: porque no es el testador quien dispone de ella, sino la ley.

1 Sesión de 25 frimario, año XI, núm. 9, y sesión de 27 ventoso, núm. 2 (Locré, t. 5º, págs. 46, 266 y siguientes.

Queda la última hipótesis. El testador ha agotado su sucesión en legados á título universal y á título particular; los herederos de la sangre son excluidos, y no obstante, tienen la ocupación. Esto es muy lógico. El derecho de los legatarios es siempre incierto. Además, en el caso de que se trata, ninguno de los legatarios está interesado en la conservación de la herencia entera. Supóngase que hay un legatario universal de los muebles y un legatario de los inmuebles; cada uno no está interesado más que en conservar los bienes que se le legan; jamás podrá el legatario de los muebles tener derecho á un inmueble, y el legatario á los inmuebles. Jamás recogerá un objeto mobiliario. Mientras que los herederos de la sangre, aun siendo excluidos, tienen un derecho eventual en la herencia íntegra; si uno de los legados ó ambos caen, ellos son los que se aprovechan. Esto es decisivo.

230. ¿Puede el testador cambiar el orden de la ocupación. En principio, nó. La ley establece la ocupación al crear una ficción contraria á la naturaleza de las cosas. Ahora bien, las ficciones legales son enteramente de la competencia del legislador; el hombre no puede ni crearlas, ni modificar las que la ley ha consagrado. Algunas veces se da otra razón: las sucesiones, se dice, son de orden público, luego los particulares no pueden derogar las leyes que las organizan (art. 6) (1). Esto es demasiado absoluto; la misma materia que estamos tratando ofrece la prueba. Se trata de la transmisión de la propiedad y de la posesión de los bienes que deja el difunto; los herederos legítimos adquieren una y otra de pleno derecho en virtud de la ley. No obstante, es claro que el testador puede cambiar el orden de transmisión de sus bienes;

1 Chabot, t. 1º, p. 40, núm. 14 del art. 724. Belost, Jolimont sobre Chabot, p. 42.

cuando no hay reservatarios goza de la más absoluta libertad, luego puede derogar la ley en lo concerniente á la propiedad, y por vía de consecuencia, en lo concerniente á á la posesión; al instituir un legatario universal, dispone indirectamente de la ocupación. Pero no puede disponer directamente, dándole ocupación á un legatario á título universal que concurre con los herederos de la sangre. ¿Por qué? Por el motivo que acabamos de dar, porque la ocupación es una ficción. Se puede agregar que la ocupación es de interés general, porque ese interés de todos los que tienen derechos en los bienes hereditarios es por lo que la ley reglamenta el orden de la ocupación. Con mayor razón el testador no podría otorgar la ocupación á un legatario universal ó á título universal que concurre con algunos reservatarios. Acerca de este último punto, no hay duda alguna; sobre el primero que acabamos de tocar, hay controversia; volveremos á tratarlo en el título de las *Donaciones*, en donde está el lugar de la materia en lo concerniente á la ocupación de los legatarios. Por el momento insistimos acerca del principio; está confirmado por el art. 1026 que permite al testador dar la ocupación de todo ó parte de un mobiliario al ejecutivo testamentario. El testador no puede darle la ocupación de los muebles; no es permitido prolongar la ocupación del mobiliario más allá de un año. Luego no tiene derecho á disponer de la ocupación.

II. Cúales herederos tienen la ocupación.

231. ¿La ocupación es un derecho colectivo otorgado á todos los parientes del difunto, ó es un derecho individual que sólo pertenece á los parientes llamados á la herencia? Esta es una cuestión de teoría suscitada por los jurisconsultos alemanes. Zachariæ y Renaud admiten una ocupación colectiva, fundándose en la tradición germáni-

co (1). El fundamento es poco sólido porque es más que dudoso que la ocupación tenga un origen germánico; es más bien feudal. Así es que en donde menos tenemos que buscar los caracteres de la ocupación francesa es en nuestras antiguas costumbres; ahora bien, los términos en los cuales las costumbres formulan la ocupación excluyen toda idea de un derecho colectivo; el muerto da la ocupación á su heredero más próximo, dice la costumbre de París. La razón está de acuerdo con la tradición. ¿Cuál es el objeto de la ocupación? Trátase de saber de qué manera el sucesible llamado á la herencia adquiere la posesión de los bienes; luego el heredero más próximo es el único en cuestión; en él reposa la propiedad y á él también se transmite la posesión. Opónense los términos del art. 724: "Los herederos legítimos tienen la ocupación." De donde se concluye que todos los herederos legítimos tienen la ocupación colectivamente. Nosotros contestamos que el objeto del art. 724 no es determinar cuál es el heredero á quien pertenece la posesión de la herencia; el objeto de la ley es decidir cuáles son los sucesores que tienen la ocupación y cuáles los que no la tienen; en este sentido es como dice que los herederos legítimos tienen la ocupación, mientras que los sucesores irregulares deben procurarse la toma de posesión. ¿Se deducirá del art. 724 que *todos* los hijos naturales, así como el cónyuge y el Estado, deben procurarse colectivamente la posesión? Esto sería absurdo. Pues bien, la ocupación colectiva tampoco puede inferirse del principio del artículo. Creemos inútil insistir, porque la opinión que estamos combatiendo no halló favor en Francia. En cuanto á las consecuencias que se deducen de esta teoría, vamos á encontrarlas; las hay que pueden aceptarse sin recurrir al pretendido principio de una ocupación colectiva.

1 Zachariæ, Tratado de Massé y Vergé, t. 2º, p. 297, nota 10. Renaud, en la *Revista de legislación*, 1847, 2, págs. 327 y siguientes.

232. No hay que confundir la ocupación colectiva de todos los herederos ilegítimos con la ocupación de los herederos llamados simultáneamente. Cuando haya varios herederos, todos tienen la ocupación de una manera indivisible; esto es cierto de la propiedad, tanto como de la posesión. Supongamos que padre y madre suceden con hermanos y hermanas; sus porciones son bien distintas, puesto que cada uno tiene una parte fija en la herencia, y los hermanos y las hermanas tienen el resto. Sin embargo, la herencia se transmite á todos los herederos, en el sentido de que si padre y madre renunciaran, los hermanos y hermanas tomarían todos los bienes y tendrían también la ocupación. Aquí puede invocarse el artículo 724, que da la ocupación á los herederos legítimos, es decir, á todos los herederos llamados á suceder al difunto. La indivisibilidad de la ocupación resulta del objeto mismo en virtud del cual la ha establecido el legislador; él quiere conservar la herencia; por lo mismo debía investir á cada heredero con la posesión total, porque de lo contrario, cada uno de los sucesibles no habría tenido interés más que en la conservación de su porción hereditaria; pero ¿cómo saber lo que será esta porción antes de la partición? Para conservar su parte, debe conservar el todo.

Síguese de aquí que cada heredero puede, mientras dure la indivisión, reivindicar la totalidad de la herencia, por más que tenga coherederos. En vano el demandado diría que el actor no puede reclamar más que su parte hereditaria; esto es verdad en las relaciones del heredero entre sí; cuando hay varios que aceptan, se hacen necesariamente partes; pero cuando todos renuncian, y uno solo acepta, este tomará toda la herencia. El tercero, contra el cual el heredero promueve, no puede prevalerse de que el actor no es único heredero; él tiene la posesión de toda la herencia, á la cual puede ser llamado eventualmente por

el todo; encargado de conservar toda la herencia, debe tener el derecho de reivindicarla íntegra (1). El mismo principio produce, además, otras consecuencias de las que vamos á ocuparnos.

233. Desde luego debemos ver si todo pariente llamado á la herencia tiene la ocupación. En principio, sí, con la condición, como lo decía la costumbre de París, que sea hábil para suceder. El art. 724 no reproduce dichos términos; en el sistema consuetudinario, eran necesarios, pero ya no lo son en el sistema del código. En otro tiempo se suponía que el difunto investía él mismo á su heredero; en nuestros días, es la ley. La razón de la diferencia se concibe fácilmente. Cuando se introdujo la ocupación, no había ley, porque no había unidad nacional, pues cada señor era rey en su baronía; era, pues, preciso hacer que el difunto interviniese. En nuestros días, en que el poder legislativo ha reemplazado las teorías feudales, toda ficción debe emanar del legislador, porque él es el único que tiene derecho á crear ficciones. En tanto que el difunto transmitía la posesión, era preciso agregar que sólo podía investir á los parientes capaces de suceder. Ahora que la ley es la que inviste, déjase entender que ella no da la ocupación sino á los que tienen las calidades requeridas para suceder. Luego los que son incapaces ó indignos no tienen la ocupación. En cuanto á los incapaces, no tiene duda. No pasa lo mismo con los indignos: se pretende que éstos quedan investidos hasta el momento en que un juicio los declara indignos. Nosotros hemos examinado esta cuestión en el número 12 de este tomo. Hay motivos para que llame la atención que se haya debatido en presencia del texto de la ley. "Son indignos de suceder, dice el artículo 727, y como tales *están excluidos de las sucesiones.*" Y

1 Véanse las autoridades en Zachariæ, edición de Aubry y Rau, p. 240, nota 14.

¿cómo el excluido de una sucesión había de tener la ocupación?

No hay que confundir la capacidad, en materia de sucesión, con la capacidad en general. Hay personas sobre las que pesa incapacidad jurídica, los menores, los incapacitados, las mujeres casadas, que no dejan de suceder si tienen los requisitos de ley. Podría creerse que la ocupación de los incapaces falta al fin que la ley se ha propuesto: ¿puede un incapacitado conservar los bienes y administrarlos? Ciertamente que nó, pero su tutor lo hará en su lugar; los incapaces son representantes que ejercen los derechos que la ley les confiere. Si toca en suerte una sucesión al ausente, se aplican los principios que la ley establece en el título de la *Ausencia*; el que réclama una sucesión á nombre del ausente debe probar que éste existía al abrirse la herencia: si rinde esta prueba, el ausente habrá sido investido; si no, no puede tratarse de la transmisión de la sucesión á una persona cuya existencia es dudosa. Se subentiende que la simple no presencia no impide la ocupación. Síguese de aquí que el heredero puede ser investido sin que lo sepa; en esta ignorancia, no podrá ciertamente ni conservar los bienes, ni administrarlos. Pero sus coherederos sí lo podrán: esta es la utilidad práctica del principio de la indivisibilidad de la ocupación, tal como acabamos de establecerlo.

Existen menores *ab intestato* que suceden en objetos particulares: ¿tienen los sucesores especiales la ocupación? Ya hemos resuelto la cuestión negativamente (núm. 198). Ahora que hemos expuesto el objeto de la ocupación y sus consecuencias, no podría haber la menor duda, según creemos. La ocupación hereditaria es universal por esencia; los que están investidos con ella lo están indivisiblemente de toda la herencia. ¿Se concibe que el ascendiente donador

que no sucede sino en los bienes por él donados al difunto tenga la ocupación de toda la herencia?

234. El heredero es investido de pleno derecho, dice el art. 724, luego sin ninguna manifestación de voluntad. Sin embargo, es libre para aceptar ó renunciar; ¿qué es de la ocupación en tanto que aquél no se pronuncia? Pothier contesta: "la ocupación del heredero está en suspenso hasta que éste se haya decidido por el partido de la aceptación ó de la repudiación." (1) Esta decisión aceptada en el antiguo derecho, era poco lógica; prueba cuánta inconsecuencia había en la doctrina acerca de esta materia. Las costumbres decían que el mismo muerto investía á su heredero; y ¿era posible expresar con más energía el pensamiento de que nada estaba cambiado en la posesión del difunto? Ella pasaba á su heredero inmediatamente, tal como el muerto la tenía. ¿La posesión estaba en suspenso en el difunto? No lo está más en el heredero, que forma con aquél una sola persona. Se objeta que este estado de cosas no es más que provisional, porque todo depende de la aceptación ó de la renuncia del heredero. Si acepta, la transmisión de la propiedad y de la posesión será definitiva. Si renuncia, se le tendrá por no haber sido nunca heredero. Esto es evidente; pero ¿resulta de ello que la ocupación esté en suspenso? Cuando yo compro un fundo de tierra con condición resolutoria, ¿está mi derecho suspenso porque puede ser resuelto? El derecho es puro y sencillo, y únicamente la resolución es la que está suspensa. Del mismo modo, cuando soy llamado á una herencia, inmediatamente me vuelvo propietario y poseedor; ni mi propiedad ni mi posesión están en suspenso. Pero tengo derecho á renunciar, y si lo hago, mi derecho quedará resuelto, pero no habrá estado suspenso. Luego hasta mi renuncia, yo **sigo** investido; puedo, en consecuencia, hacer

1 Pothier, *Tratado de las sucesiones*, cap. 3º, sec. 2ª.

todo lo que un heredero investido tiene derecho á hacer, conservar, administrar; estos actos permanecerán válidos, aun después de mi renuncia, porque mi derecho y mi deber eran conservar la herencia. Siguese de aquí, además, que hasta mi renuncia, yo puedo ser demandado por los acreedores, y la acción será válidamente intentada, lo que no se concebiría si mi derecho estuviera en suspenso. No insistimos porque esto no puede ponerse en duda de un modo serio (1).

235. El heredero investido permanece en la inacción, ni acepta, ni renuncia. ¿Cuáles son en este caso los derechos de los parientes más lejanos? La cuestión es controvertida. A nuestro juicio, no es dudosa, pues hay un vacío en la ley. La dificultad está en saber si los parientes llamados á la herencia, después del que es investido y que no se pronuncia, pueden ponerse en posesión. La negativa nos parece clara desde el momento en que no se admite la ocupación colectiva. El pariente más próximo es el que tiene la ocupación de pleno derecho; él es propietario y poseedor. ¿Con qué derecho un pariente más lejano vendría á despojarlo? El heredero investido, se dirá, podrá promover petición de herencia contra ese usurpador. Sin duda que sí, pero no es esa la cuestión. Se trata de saber cuál es el *derecho* de los parientes más lejanos, y no del derecho del heredero investido contra sus parientes. Se objeta que, en nuestra opinión, los derechos hereditarios de los parientes lejanos pueden perecer por la inacción del heredero investido; en efecto, ellos no tienen ninguna acción contra él para forzarlo á que se pronuncie, y no obstante, su derecho hereditario prescribirá si no promueven dentro de treinta años. Volveremos á tratar la cuestión al ocuparnos de la aceptación. Aun suponiendo que el derecho hereditario estuviese amenazado de perecer, esto no

1 Demolombe, t. 13, p. 188, núm. 135.

sería una razón para dar á un pariente no investido el derecho de ponerse en posesión. Todo lo que aquí resulta, es que hay un vacío en el código; él da á los acreedores el derecho de proceder contra el heredero investido antes de toda aceptación; habría debido dar á los parientes más lejanos una acción contra el sucesible que permanece en la inacción, á fin de forzarlo á pronunciarse. El intérprete debe señalar el vacío, pero no le es permitido colmarlo. Si el legislador no ha resuelto estas dificultades, es porque casi no se encuentran en la vida real. Cuando una sucesión es buena, el heredero más cercano se apresurará á aceptarla; si es mala, los parientes más lejanos tampoco la querrán, tanto como el heredero investido. En la duda, los sucesibles usan el beneficio de inventario. La cuestión que se agita tiene una solución clara, según los principios: se necesita que los parientes más próximos esperen á que el heredero investido haya renunciado; ellos podrán, en tal caso, aceptar, y como una aceptación se remonta hasta la apertura de la herencia, quedarán investidos desde ese momento (art. 777).

236. Si el heredero investido permanece en la inacción ¿podrán los parientes más lejanos reivindicar la herencia contra los terceros detentores de los bienes hereditarios? La cuestión presenta varias dificultades. Pregúntase, en primer lugar, si el que intenta la acción de petición de herencia debe probar que es el heredero más próximo. Volvemos á este punto cuando expongamos los principios que rigen esta acción demasiado desdeñada por los autores del código. Por de pronto, vamos á suponer que consta que el actor no es el pariente más cercano, sea porque el lo confiese, sea porque el demandado le haya opuesto la excepción y la haya probado. En nuestra opinión, la cuestión ya no es dudosa, como tampoco lo es la que acabamos

de examinar. El heredero investido es el único propietario y poseedor de la herencia, y él solo puede ejercitar las acciones que se derivan de la herencia; en consecuencia, los parientes más lejanos ninguna calidad tienen para proceder, y cuando el actor no tiene calidad, se le debe declarar no recibibile. Se objeta que el título del actor es superior al de los terceros que poseen los bienes hereditarios. La objeción supone que los parientes no investidos tienen un título en su calidad de parientes. Acabamos de combatir esta suposición; en tanto que el heredero investido no ha renunciado, los parientes más lejanos carecen de todo derecho (núm. 225). Se dice que los terceros no pueden prevalecerse de esta falta de derecho, que los parientes más próximos son los únicos que pueden oponer á los más remotos que no son llamados á la herencia. Hay en esto una confusión de ideas que nos asombra encontrar en los buenos autores. Es de principio elemental que el actor pruebe el fundamento de su demanda, y ¿cuál es este fundamento en el caso presente? La calidad de heredero. ¿No puede el demandado oponer al demandante que no tiene calidad para proceder? Cuando es uno de los herederos investidos el que promueve, entonces el tercero carece de interés y de derecho, por la excelente razón de que, en esta hipótesis, el actor tiene derecho para proceder, y puede hacerlo por el todo, supuesto que tiene la ocupación de toda la herencia. Cuando, al contrario, es un heredero no investido el que promueve, formula una acción que el heredero investido es el único que tiene derecho á intentar: esto decide la cuestión contra él.

§ II. —TRANSMISION DE LA POSESION Á LOS SUCESTORES
IRREGULARES.

Núm. 1. Principio.

237. Según los términos del art. 724. "los hijos natura-

les, el cónyuge superviviente y el Estado deben procurarse la toma de posesión judicialmente y con las formalidades que se determinen." Los autores del código se han separado en este punto del antiguo derecho. ¿Cuál era precisamente la antigua jurisprudencia? Esto es dudoso. Lebrún dice que los sucesores irregulares tenían la ocupación: tales eran el señor de horca y cuchillo, el cónyuge, el abad (1). Tiraqueau sostiene, por el contrario, que no eran investidos (2). Verdad es que la doctrina estaba llena de contradicciones. Al tratar de las sucesiones irregulares, Pothier dice que se le da este nombre porque los que suceden de esta suerte no suceden á la persona, sino únicamente los bienes; de donde se sigue que están obligados por las deudas como gravámenes de los bienes, y únicamente hasta concurrencia del valor de dichos bienes (3). Merlin confiesa que es contraditorio admitir que los sucesores irregulares tengan la ocupación y que no representen la persona del difunto. "Hay, dice él, en estos sucesores una mezcla de derechos y de calidades que serían incompatibles en cualesquiera otras personas; por esto se les llama sucesores irregulares (4)" Ya veremos que la incertidumbre y la confusión han pasado, como herencia, á los autores modernos.

Ante todo hay que preguntar por qué los sucesores irregulares no tienen la ocupación. Decir que la ocupación es un título de honor que era preciso renovar á los herederos legítimos, es pagarse de palabras. Hay derechos y obligaciones inherentes á la ocupación; y ¿por qué los sucesores irregulares no tienen los mismos derechos y las mismas

1 Lebrun, *De las sucesiones*, lib. 3º, cap. 1º, núms. 12-14, págs. 392 y siguientes.

2 Tiraquellus, *Tractatus, Le mort saisit le vif*, 2, p. 214.

3 Pothier, *Tratado de las sucesiones*, cap. 6º.

4 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *heredero*, sec. 1ª, pfo. 2º, núm. 3 (t. 13, p. 237):

obligaciones que los herederos legítimos? Tal es la cuestión. La respuesta se halla en los motivos por los cuales se ha otorgado la ocupación á los herederos (núm. 222). Su derecho es claro, puesto que está escrito en la ley y en su sangre. La herencia debe conservarse en espera de que los sucesibles tomen un partido sobre la aplicación ó la repudiación; y ¿podrían tenerse mejores guardianes, mejores administradores que aquellos á quienes los bienes pertenecen? No es esa la posición de los sucesores irregulares. Es verdad que también son llamados á la herencia por la ley, pero ¡cuántas dificultades, cuántas incertidumbres quedan respecto á la vocación! El hijo natural no sucede sólo sino cuando padre y madre no dejan parientes en grado sucesible; ahora bien, los parientes suceden hasta el dodecimo grado; puede haberlos en el extranjero, de suerte que nunca es evidente que no los haya. Aumenta la incertidumbre cuando el cónyuge es el que sucede, porque no es llamado á la herencia sino á falta de parientes naturales. Por último, el Estado no sucede sino á título de caducidad, es decir, cuando no hay ningún otro sucesor. Luego cuando un sucesor irregular reclama la herencia, jamás hay seguridad de que le pertenezca, por que más tarde pueden presentarse algunos herederos legítimos ó sucesores que le sean preferidos. ¿Que pasaría si se le diera la ocupación? Se abandonarían los bienes al sucesor que tiene interés de desiparlos, que, por lo menos, ninguno tiene en conservarlos, puesto que de un día á otro puede ser desposeído. Era, pues, preciso prescribir formas, garantías para asegurar los derechos de los herederos; esto equivale á decir que los sucesores no podían tener la posesión de pleno derecho. Por esto es que la ley les rehusa la ocupación.

Aunque los sucesores irregulares no tengan la ocupación, tienen la propiedad de los bienes hereditarios, de pleno derecho, desde que se abre la herencia. Luego son

propietarios sin ser poseedores. Síguese de aquí que á su respecto hay que distinguir los derechos que se derivan de la propiedad y los derechos que la ley implica en la posesión; y debe agregarse la posesión legal, llamada ocupación, tal como la define el art. 724. Esta distinción es sutil, y raras veces la hace la jurisprudencia. Aumenta todavía más la confusión con la incertidumbre que reina en el lenguaje, porque unos no dan el nombre de ocupación sino á la transmisión de la posesión, y los otros, y es el mayor número, llaman indiferentemente ocupación á la transmisión de la propiedad y de la posesión. De aquí grandes dificultades en la aplicación del principio. Nosotros mantendremos rigurosamente la distinción que la ley establece, separando la propiedad y la posesión.

238. ¿Cuáles son las consecuencias del principio nuevo establecido por el art. 724? Hay que contestar, á lo que creemos, que no estando investidos los sucesores irregulares, no tienen ni los derechos ni las obligaciones que la ley fija á la ocupación. Esta regla de interpretación está escrita en el art. 724, que concede la ocupación á los herederos legítimos y la rehusa á los sucesores irregulares. Hay una primera consecuencia de esta diferencia, acerca de la cual no debería suscitarse duda alguna, supuesto que la ley misma la consagra. Según los términos del art. 724, los sucesores irregulares deben procurarse judicialmente la toma de posesión con las formalidades determinadas en los arts. 769-773. Así, pues, no tienen la posesión sino hasta haberla obtenido por medio de un fallo judicial; por consiguiente, no poseen sino en virtud de este fallo y contando desde su fecha. Esta opinión, que en realidad no es más que la interpretación literal y paráfrasis del texto, no se acepta por lo general. Preciso es que oigamos la doctrina y la jurisprudencia que, á nuestro juicio, han alterado singularmente la ley.

La toma de posesión, dicen, es una ocupación judicial que produce todos los efectos de la legal en provecho de los sucesores irregulares; de suerte que se supone que tienen la posesión desde el instante de la apertura de la sucesión (1). En teoría, podría aceptarse este sistema; pero ¿es el de la ley? Hagamos desde luego constar que al hablar de *ocupación judicial*, se cambia la significación que tiene la palabra *ocupación* en la tradición y en el lenguaje jurídico, tradición y uso que el art. 724 reproduce implícitamente. Quien dice ocupación dice transmisión de la posesión de pleno derecho; luego cuando tiene que intervenir la justicia para investir á los sucesores irregulares de la sucesión, ya la cuestión no es de ocupación; la expresión *ocupación judicial* implica una contradicción en los mismos términos. La idea que ella expresa es también poco jurídica. Estamos en presencia de un fallo que atribuye la posesión á un sucesor irregular: ¿desde qué momento produce sus efectos la sentencia del juez? Desde el día en que se pronuncia; porque, en el caso de que se trata, no es declarativa de derecho, sino atributiva; crea un hecho que no existía; el sucesor irregular no poseía y comienza á poseer. Y ¿se quiere que comience á poseer desde la apertura de la sucesión? Esta sería, evidentemente, una posesión ficticia. Y ¿hay que preguntar si el intérprete tiene derecho á crear ficciones?

Después de haber dicho que la ocupación de los sucesores irregulares es judicial, Demolombe agrega que tienen una ocupación condicional. Esto equivale á decir que tienen la ocupación á reserva de conseguir la toma de posesión; retrotrae naturalmente al día de la apertura de la sucesión. Una sola cosa falta á todas estas suposiciones, y es la autoridad de la ley. El código dice que los sucesores irregulares no son investidos, y se le hace decir que

1 Demolombe, t. 13, p. 221, núm. 157, y p. 223, núm. 58.

sí lo son. El código establece una diferencia profunda entre los herederos legítimos y los sucesores irregulares, dando á unos la ocupación y negándola á otros; se borra esta diferencia y se otorga la ocupación á unos y otros. Porque es dar la ocupación á los sucesores irregulares otorgárselas con condición: habría que decir, en esta opinión, no que la ocupación es judicial, sino que es legal. Hémos aquí en completa oposición con el texto; la ley dice que nó y el intérprete dice que sí.

En seguida, Demolombe se da trazas para demostrar que el art. 724 es relativo á la propiedad tanto como á la posesión, para inferir de esto que los sucesores irregulares tienen una y otra ocupación. Si ese fuera el principio, habría que sacar una consecuencia enteramente contraria. La ley rehusa de un modo bien positivo la *ocupación* á los sucesores irregulares; luego si la ocupación es la transmisión de la propiedad y de la posesión, resulta que los sucesores irregulares no son ni propietarios ni poseedores. ¡Y tan singular razonamiento ha de probar que tienen la posesión en virtud de la ley desde que se abre la sucesión!

Por último, se invoca en favor de los sucesores irregulares la ficción que considera la sucesión como una persona moral que continúa la persona del difunto, en tanto que ningún sucesor se presente. Otra ficción sin ley. Antes dejamos dicho que el mismo derecho romano ignora esta ficción y que los intérpretes son los que la han imaginado. Para que existiera en nuestro derecho, habría necesidad de que un texto la consagrara; ¡y ni una palabra hay en el texto que haga alusión á ella! Añadamos que esta ficción supone que la sucesión está vacante; y ¿no acaban de decirnos que los sucesores irregulares son investidos por efecto de un fallo ó de una condición, y que quedan investidos desde el instante de la muerte del difunto? Se

debe escoger entre la ficción romana y la francesa, pero no se pueden mezclar y confundir dos ficciones que se excluyan recíprocamente.

Nada tenemos que decir de las consideraciones generales que hace valer Demolombe. Es contrario al interés público, dice él, que haya un vacío en la posesión desde la apertura de la herencia hasta el fallo que pone á los herederos en posesión. Estos motivos se dirigen al legislador; nosotros expresamos de buena gana el deseo de que aquél colme el vacío que realmente existe en el código, aun cuando no sea sino para poner término á las aflictivas incertidumbres de la doctrina y de la jurisprudencia.

239. La jurisprudencia es tan confusa como la doctrina. Parece que no se apercibe de que hay una diferencia entre la transmisión de la posesión y la de la propiedad, y sin embargo, esta distinción destruye la esencia de la ocupación, y está escrita con todas sus letras en el art. 124. Un fallo del tribunal del Sena asienta como principio que la ocupación pertenece á los *herederos irregulares* tanto como á los ordinarios con obligación de hacerse poner en posesión. Es el lenguaje tan incorrecto como el pensamiento. ¿Acaso el código da alguna vez el nombre de herederos irregulares á los hijos naturales, del cónyuge que sobrevive, y al Estado? ¿Acaso el art. 724, que otorga la ocupación á los herederos legítimos y que obliga á los sucesores irregulares á pedir la toma de posesión judicialmente, no niega por esta mismo la ocupación á los sucesores irregulares? El fallo agrega que la *toma de posesión* debe retroaccionar á fin de que la propiedad no sea incierta; no puede admitirse, dice él, que la propiedad no repose en alguna persona. He aquí la confusión en toda su plenitud; y ¿es necesario recurrir á la ocupación y dar un efecto retroactivo á la *toma de posesión* para hacer cierta la propiedad siendo que

la propiedad es de los sucesores irregulares desde que se abre el derecho hereditario? El fallo concluye que el Estado tiene derecho á los frutos como poseedor de buena fe. Esto es un nuevo orden de ideas que nada tiene de común con la ocupación, como más adelante lo diremos. El fallo del tribunal del Sena, que contiene casi tantos errores como palabras, fué confirmado por la corte de París (1). La corte dice, como el tribunal de primera instancia, que los sucesores irregulares, después de haber obtenido la posesión, reciben ésta á título de *heredero* y de *propietario*, y que, por consiguiente, se remonta al día en que la sucesión se abrió. ¡Qué caos de principios! ó por mejor decir, ¡qué ausencia de principios! ¿Acaso un *sucesor irregular* es alguna vez *heredero*? ¿Qué tiene de común la *toma de posesión* con la *transmisión de la propiedad*? ¿Los sucesores irregulares no son propietarios en virtud de la ley y de derecho pleno? Pero de que sean propietarios desde la apertura de la sucesión ¿puede, acaso, decirse que sean *poseedores*? ¡No equivale esto á trastornar la base misma de la ocupación?

La corte de casación ha prestado el apoyo de su autoridad a esta extravagante doctrina. Ella ha decidido que la toma de posesión tiene un efecto retroactivo hasta el día de la apertura de la herencia, y que desde dicho día los sucesores irregulares están completamente investidos, y que, por consiguiente, tienen el goce de los frutos y que los conservan como poseedores de buena fe, porque desde ese día deben creerse propietarios incommutables de los frutos (2). No repetiremos lo que acabamos de decir. La retroactividad de toma de posesión es una ficción, y no hay ficción sin ley. Esta ficción es por completo extraña á la cuestión de los frutos. Si el sucesor irregular tiene dere-

1 París, 10 de Junio de 1837 (Daloz, *Sucesión*, núm. 416).

2 Dos sentencias de denegada apelación, de 7 de Junio de 1837, (Daloz, *Sucesión*, núm. 416).

cho á los frutos, es porque es propietario; y si los gana en el sentido de que no debe restituirlos cuando es despojado, es porque esto es una aplicación de los principios que rigen la petición de herencia, y esta materia nada tiene de común con la ocupación.

240. Si se acepta el principio tal como acabamos de formularlo, las cuestiones de aplicación dejarán de ser dudosas. Se pregunta si los sucesores irregulares pueden tomar posesión de los bienes hereditarios antes del fallo que les da la posesión. En nuestra opinión, la negativa es evidente. Tal es también el parecer de Demolombe; nosotros le abandonamos el cuidado de conciliarlo con su doctrina; nuestro objeto no es criticar, sino establecer principios ciertos. Los editores de Zachariæ, Aubry y Rau, distinguen; según ellos, los sucesores irregulares pueden tomar posesión de la herencia de su autoridad privada respecto á los demás pretendientes á la herencia; no necesitan de la toma de posesión sino respecto á terceros, en el sentido de que no pueden prevalerse de su calidad de sucesores universales, sino después de haber hecho que se les reconozca judicialmente esa calidad (1). Esta distinción no está escrita en la ley, lo que desde luego la hace dudosa, supuesto que es un principio que cuando la ley no distingue, no es permitido al intérprete distinguir. ¿Qué dice el artículo 724? Que los herederos legítimos son investidos, que los sucesores irregulares no lo son. ¿Y los herederos legítimos son investigados respecto á quiénes? Evidentemente que respecto á todos, ¿respecto á terceros acreedores, como á otros herederos? ¿Luego los sucesores irregulares no lo son ni respecto á unos ni respecto á otros? Si no puede ponerse en posesión respecto á terceros un fallo, tampoco lo pueden, respecto á los demás pretendientes á la herencia.

1 Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4º, p. 531, y nota 17 (párrafo 639).

Se dirá que la regla de interpretación que estamos invocando no es absoluta. Ciertamente es que hay casos en que debe distinguirse, por más que la ley no distinga, y es cuando la disposición misma ó los principios generales de derecho nos obligan á distinguir. En el caso de que se trata, la distinción chocaría con la lógica de las ideas. El art. 724 contiene dos disposiciones correlativas; una que otorga la ocupación á los herederos legítimos, y la otra que la niega á los sucesores irregulares; la primera no tolera ninguna distinción; por lo mismo, no puede introducirse una distinción en la segunda. El espíritu de la ley se opone á ello igualmente. ¿Por interés de quiénes niega la ley á los sucesores irregulares la ocupación? Por interés de los herederos legítimos; luego es sobre todo á su respecto por lo que debe mantenerse el principio que no concede la posesión á los sucesores irregulares, sino en virtud de un fallo. ¿Quiere decir esto que esos sucesores no puedan ponerse en posesión y oponer este hecho á los demás sucesores? El hecho, nadie puede impedirlo, es evidente. En cuanto á las consecuencias del hecho, dan lugar á dificultades, acerca de las cuales insistiremos más adelante.

241. Estando investidos los herederos legítimos, deben conservar la herencia y administrarla, y aun este es el objeto principal de la ocupación. Supuesto que los sucesores irregulares no están investidos, debe inferirse que no tienen ni el derecho ni la obligación de administrar. Se enseña, sin embargo, lo contrario; hasta el fallo de toma de posesión, se dice, los sucesores irregulares tienen, por *derecho* y por los hechos, una posesión provisional; están autorizados y obligados, al mismo tiempo, á todos los actos conservatorios, como el heredero general, en el plazo que á éste se da para hacer inventario y deliberar (1). Esta doctrina nos parece del todo inadmisibles. Una posesión de

1 Vazeille, *De las sucesiones*, t. 1º, p. 120, art. 774, núm. 2.

derecho sería la ocupación; los sucesores irregulares tendrían, pues, la ocupación provisional. Que sea provisional ó definitiva, la ocupación sólo existe en virtud de la ley: es legal por esencia. ¿En dónde está la ley que declare á los sucesores irregulares *poseedores de derecho*? En dónde la que les imponga la obligación de conservar, y por consiguiente, de administrar? ¿Quiere decir esto que los bienes se quedan abandonados? El art. 769 dice que los sucesores irregulares que tienen derecho á la sucesión están obligados á fijar los sellos. Este es un acto conservatorio. Puede suceder que no sea suficiente; si hay actos urgentes de administración por hacer, los sucesores interesados se dirigirán al tribunal, que nombrará un administrador; él podrá confiar esta gestión á los sucesores mismos, porque ¿qué mejor guardián puede apetecerse que el que debe recoger los bienes? Por lo general, el Estado será el demandante: la corte de París dice muy bien, que la administración confiada al Estado presenta en sumo grado todo género de garantías, y que pone á cubierto todos los intereses presentes y eventuales (1).

242 ¿Los sucesores irregulares pueden intentar las acciones posesorias? Si los herederos legítimos tienen las acciones posesorias, es porque están investidos: este es uno de los efectos singularísimos de la ocupación; luego los sucesores irregulares que no están investidos no pueden tener ese derecho. Ellos no pueden promover en lo posesorio sino conforme al derecho común. No insistimos en esta cuestión, porque se sale del cuadro de nuestro trabajo. Hay que decir lo mismo de la usucapión. El heredero investido no constituye más que una sola persona con el difunto, continúa la posesión tal como éste la tenía. El sucesor irregular no está investido, no sucede á la persona del difunto, no continúa su posesión. No comienza á po-

1 París, 25 de Julio de 1863 (Dalloz, 1863, 2, 206).

seer sino desde el día en que se le otorga la posesión; ¿puede él juntar esta posesión con la del difunto? La cuestión se decide según los principios que expondremos en el título de la *Prescripción*. ¿El sucesor irregular puede comenzar á prescribir, y desde qué momento? En nuestra opinión no hay duda alguna: el sucesor no posee sino desde la toma de posesión, luego sólo desde entonces puede prescribir. Hay una sentencia de la corte de París en ese sentido. La corte dice que la posesión legal no puede comenzar antes de la toma de posesión judicial; que hasta entonces la posesión, si existe, es precaria y equívoca, y no puede servir de base á la prescripción (1). Los términos no están muy bien escogidos, pero en el fondo la decisión es jurídica; sólo que la corte no ha permanecido fiel á la jurisprudencia que hemos criticado (núm. 239). Si la toma de posesión retroacciona, si el sucesor tiene la posesión desde el día en que se abre la sucesión, debería tener los mismos derechos que el heredero investido.

243. Los herederos legítimos tienen el ejercicio de las acciones del difunto, porque tienen la ocupación (número 224). Síguese de aquí que los sucesores irregulares no estando investidos, no tienen el derecho de promover. Esto lo admiten hasta los mismos que enseñan que los sucesores irregulares pueden ponerse en posesión por su propia autoridad, y oponer esta posesión á los demás pretendientes á la herencia. Según ello, la posesión de hecho no es suficiente para que ellos tengan el derecho de promover, pero sí para que los terceros acreedores puedan promover contra ellos. Los sucesores irregulares, dícese, se han entrometido en la herencia; por lo mismo ellos no pueden rechazar las consecuencias de una posición que ellos mismos se han formado (2). Esto nos parece muy dudoso.

1 París, 2 de Febrero de 1844 (Daloz, *Sucesión*, núm. 419).

2 Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4º, p. 533 y siguientes y notas 22-24.

Las acciones pasivas siguen siempre á las acciones activas; esta es una cuestión de derecho y no de hecho; sólo el que tiene la posesión legal puede ser demandado, y la posesión de derecho no pertenece á los sucesores irregulares sino después de la toma judicial.

244. ¿Los sucesores irregulares están obligados por las deudas *ultra vires*? En la teoría del código, hay que contestar negativamente. El art. 724 no considera como representantes de la persona del difunto más que á los herederos legítimos investidos; de donde se sigue que los sucesores irregulares no investidos son simples sucesores en los bienes, y con tal calidad, no pueden estar obligados por las deudas sino hasta la concurrencia de los bienes que recogen. Luego no necesitan de aceptar bajo beneficio de inventario, por más que la prudencia les exija que levanten inventario, á fin de que puedan probar cuál es la consistencia del mobiliario hereditario. A falta de inventario, los acreedores podrían demandarlos como detentadores de la herencia é indefinidamente, supuesto que los detentadores no tendrían ningún medio legal de probar que el mobiliario de la sucesión está agotado.

Esta opinión es la que generalmente se enseña, con excepción del disentiimiento de Belost-Jolimont (1). Por más que esta última opinión no tenga ningún fundamento ni en nuestros textos ni en la tradición, tiene algo de cierto técnicamente. Los motivos por los cuales el legislador ha rehusado la ocupación á los sucesores irregulares no se refieren á sus relaciones con los acreedores; luego la cuestión de ocupación no debería tener ninguna influencia en estas relaciones. Desde el momento en que se les da la posesión, disfrutan de las mismas ventajas que los herede-

1 Véanse los autores citados por Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4º, p. 534, nota 25. En sentido contrario, Belost-Jolimont, sobre Chabot, art. 773, nota 5.

ros legítimos, y son propietarios como éstos; pronto veremos que ganan los frutos á contar desde la apertura de la sucesión. Teniendo los mismos derechos ¿por qué no están obligados á las mismas cargas? ¿No es chocante ver á los hijos naturales tratados más favorablemente que los hijos legítimos? Sin duda que, en principio, unos se presentan al difunto y los otros no; pero los principios están en error cuando se hallan en oposición con el sentido común y la equidad.

245. ¿Los sucesores irregulares tienen derecho á los frutos desde que se abre la herencia, aun cuando no pidan su parte dentro del año del fallecimiento? A nuestro juicio, esta cuestión es extraña á la ocupación. Los frutos pertenecen al propietario, dice el art. 547, y los sucesores irregulares son propietarios desde el instante de la apertura de la herencia. Sólo por excepción se conceden los frutos al poseedor de preferencia al propietario. El debate se reduce, pues, á saber si hay un texto que dé los frutos á los herederos legítimos, porque están investidos y porque tienen la posesión. Esto supone el concurso de los sucesores irregulares con los herederos legítimos, lo que no acontece sino respecto de los hijos naturales. Cuando los sucesores irregulares son puestos en posesión á falta de herederos, y se ven despojados por un heredero legítimo, se presenta además la cuestión de saber si los sucesores irregulares ganan los frutos desde la apertura de la sucesión, como poseedores de buena fe, ó si los ganan sólo desde la posesión judicial. La posesión judicial sólo se refiere á la posesión, y los frutos pertenecen al propietario. En caso de despojo, los sucesores irregulares no pueden invocar más que su calidad de poseedores; en este caso, no ganan ellos más que los frutos que han percibido de buena fe desde la toma de posesión; volveremos á tratar este punto al ocuparnos de la petición de herencia. Por de pronto, nos res-

tringimos á la hipótesis del concurso de los hijos naturales con los herederos legítimos. Los principios y los textos deciden la cuestión á favor de los hijos naturales: ellos son propietarios y ley ninguna atribuye los frutos á los herederos investidos, y desde el momento en que no hay excepción, se está dentro de la regla. Esto es decisivo (1).

Hay una sentencia contraria de la corte de casación, pronunciada por las conclusiones de Delangle. La corte parte del principio de que la posesión de buena fe da derecho á los frutos; á la corte le parece que este principio está consagrado, en materia de ocupación, por el artículo 1005. Cuando el legatario universal está en concurso con reservatarios, no tiene la ocupación; ésta pertenece á los herederos legítimos; por esto la ley les concede los frutos producidos por los bienes que deben entregar al legatario, á menos que este haya intentado su demanda de entrega dentro del año. ¿Por qué? Por que los reservatarios tienen la posesión y la ley los considera como poseedores de buena fe, aunque puedan tener conocimiento del testamento; ellos son de buena fe porque el legatario no promueve. Si la ley da los frutos al legatario cuando promueve dentro del año, es esta una disposición de favor que no se reproduce para los demás legatarios; en efecto, según el art. 14, el legatario particular no tiene derecho á los frutos sino desde el día de la acción. Estos principios de la corte, tienen su aplicación en el hijo natural; lo mismo que el legatario, debe éste intentar una demanda de entrega de su porción hereditaria contra los herederos legítimos; éstos poseen de buena fe, en tanto que el hijo natural no promueve, luego deben ganar los frutos hasta que el hijo natural promueva, porque la ley no hace para

1 Demolombe, t. 13, p. 231 núm. 160 bis.

el hijo natural la excepción que hace para el legatario universal (1).

Esta argumentación es seria, pero el punto de partida es erróneo. El principio no es que los frutos pertenezcan al poseedor, aun cuando sea de buena fe, sino que pertenezcan al propietario (art. 547). Luego si el poseedor gana los frutos, es por excepción á la regla. Los arts. 1005 y 1014 consagran una de estas excepciones. Estos artículos no son, como la corte de casación parece creerlo, una aplicación del art. 549, porque las condiciones de la posesión de buena fe exigidas por esta disposición no se encuentran en la ocupación de los herederos cuando tienen conocimiento del derecho de los legatarios; es un motivo muy especial por lo que la ley otorga los frutos á los herederos investidos. La ocupación tiene por objeto la guarda y conservación de la herencia; á fin de interesar á los herederos investidos para que gestionen bien, la ley les concede los frutos de los bienes que deben entregar á los legatarios. A este título, los arts. 1005 y 1014 son disposiciones especiales, porque derogan el principio establecido por el art. 547; y las excepciones no pueden extenderse de un caso á otro. Queda, no obstante, una objeción de teoría contra el sistema del código. ¿Por qué no aplica al hijo natural el principio que consagra para el legatario universal? Los herederos investidos deben guardar y conservar la porción de bienes recaídos en el hijo natural, como deben administrar los bienes que tocan al legatario; luego deberían ganar los frutos como consecuencia de la ocupación, salvo el aplicar al hijo natural la disposición de favor que el código ha dado en favor del legatario universal. La corte de casación se ha mostrado más lógica

1 Sentencia de denegada apelación, de 22 de Marzo de 1841 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 79, 2o)

que el legislador; pero ¿se puede permitir al intérprete que sea lógico á pesar de la ley? No lo creemos.

246. La toma de posesión de los sucesores irregulares no impide que los herederos legítimos reclamen la sucesión, porque precisamente para garantir sus derechos es por lo que la ley ha organizado la toma de posesión. Ellos tienen la acción de petición. Más adelante trataremos de esta difícil materia. Se pregunta cuál será la posición de los herederos cuando los sucesores irregulares se ponen en posesión sin sentencia judicial: ¿pueden, en este caso, invocar el art. 789, según el cual la facultad de aceptar ó repudiar una sucesión prescribe en treinta años? El sentido de esta disposición lo consideran como enigma los intérpretes; nosotros expondrémos más adelante nuestra opinión. Por de pronto, se trata de precisar la influencia que ejerce la toma de posesión de los sucesores irregulares en los derechos de los herederos legítimos. Si éstos permanecen treinta años sin aceptar ni repudiar, y dentro de este plazo los sucesores irregulares se ponen en posesión, aun sin previo fallo judicial, los herederos legítimos pueden ser rechazados por la prescripción, y no porque los detentores de la herencia la hayan adquirido por prescripción, porque suponemos que no la han poseído treinta años, sino porque el derecho de los herederos legítimos se habrá extinguido por prescripción, y todo detentor de la herencia puede prevalerse de esta extinción. Esto no es más que la aplicación de los principios que más adelante establecerémos. Y si los herederos legítimos hubiesen aceptado, ya la cuestión no es del art. 789, puesto que ellos han ejercitado su derecho hereditario; pero si después de haber aceptado, quedaren en la inacción durante treinta años, podrían ser todavía rechazados por los sucesores irregulares. No hay duda alguno en cuanto al principio; pero se pregunta si el plazo de treinta años correrá desde el día

en que los sucesores irregulares se pusieron en posesión de hecho, ó desde el fallo que les da esta posesión. Enséñase la primera opinión, y con razón, á lo que creemos. Desde el momento en que un tercero posee la herencia aun sin título alguno, comienza á prescribir contra el verdadero heredero; con mayor razón debe ser así del sucesor irregular que tiene un título; en cuanto á la toma de posesión judicial, está fuera de la cuestión; no puede tratarse de amparar los intereses de los herederos desconocidos, supuesto que son conocidos y que han aceptado (1).

Núm. 2. De la toma de posesión.

247. Los sucesores irregulares deben pedir la toma de posesión por acción judicial. Esta demanda está sujeta á formas especiales: publicidad, á fin de dar aviso á los herederos legítimos, si los hay, que se presentan algunos sucesores irregulares á recoger la herencia: medidas de conservación, á fin de proteger los intereses de los herederos legítimos que pudieran reclamar después de la toma de posesión. Estas medidas y estas formalidades son extrañas á los acreedores; sus derechos están garantidos por otras disposiciones; los bienes del difunto son su prenda, y pueden ejecutar todos los actos conservatorios de sus derechos. Ciertamente es que estos derechos son menores cuando es un sucesor irregular el que toma la herencia, en el sentido de que no está obligado por las deudas, sino hasta la concurrencia de los bienes que recoge. Si hay un heredero legítimo, pueden perseguirlo, aun cuando permanezca en la inacción. Si no hay más que sucesores irregulares, deben contentarse con perseguir los bienes de la sucesión; no les corresponde á ellos requerir el inventario; esta diligencia concierne al sucesor que reclama la toma de posesión.

1 Compárese Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4º, p. 532 notas 18 y 19.

sión, porque por su interés es por lo que se prescribe esta medida conservatoria, en el sentido de que es el medio legal de probar la consistencia del mobiliario hereditario.

248. Según los términos de los arts. 769 y 773, "los hijos naturales llamados á falta de parientes, el cónyuge superviviente y la administración de los dominios que pretenden derecho en la sucesión, están obligados á mandar fijar los sellos y levantar inventario en las formas prescriptas para la aceptación de las sucesiones bajo beneficio de inventario." Los sellos y el inventario previenen que se desvíen los efectos mobiliarios, y hacen constar lo que el sucesor debe restituir á los herederos legítimos si llegan á presentarse. Esta es una garantía esencial, y los tribunales deben negarse á pronunciar la toma de posesión si no se ha cumplido con esas formalidades.

249. El art. 770 dice: "ellos deben pedir la toma de posesión al tribunal de primera instancia de la jurisdicción en la cual se abre la sucesión." Esta demanda se hace por pedimento. Toullier dice que antes que todo debe procederse al nombramiento de un curador contra el cual se intentará la acción. En el sistema del código Napoleón, no hay lugar á nombrar un curador sino cuando la sucesión queda vacante, y basta leer el artículo 811 para convencerse de que la sucesión no queda vacante cuando se presenta un sucesor cualquiera que la reclame. Inútil es insistir en refutar una opinión que no ha encontrado un solo partidario (1).

250. Toullier ha suscitado un debate más importante: ¿qué prueba deben rendir los sucesores irregulares que piden la posesión? A primera vista, se vería uno tentado de contestar con Toullier, pero el texto decide la cuestión. Al

1 Toullier, t. 2º, p. 190, núm. 292. En sentido contrario, nos limitamos á citar á Chabot (t. 1º, p. 685, 6º), que discute ampliamente la cuestión.

actor corresponde probar el fundamento de su demanda (art. 1315). Ahora bien, el art. 758 dispone que el hijo natural tiene derecho á la totalidad de los bienes cuando padre y madre no dejan parientes en grado sucesible; luego cuando aquél reclama la herencia, lo que debe probar es que no hay parientes hasta el duodécimo grado. En cuanto al cónyuge superviviente, el art. 767 dice: "Cuando el difunto no deja ni parientes en grado sucesible, ni hijos naturales, los bienes de su sucesión pertenecen al cónyuge no divorciado que le sobrevive." Luego el cónyuge actor debe probar, para obtener la posesión, que no hay ni herederos legítimos, ni hijos naturales, y hay que añadir, ni padre ni madre naturales, ni hermanos ni hermanas, porque todos éstos suceden antes que el cónyuge (artículos 765 y 766). Por último, el Estado sucede en caso de caducidad; luego tiene que probar que no hay ningún sucesor regular ni irregular. Se ha dicho que tal es el rigor de los principios (1). Sí, se supone que la ley no los haya derogado; y evidentemente que el código los deroga al prescribir formalidades y garantías para asegurar los derechos de los herederos que pudieran presentarse antes de la toma de posesión. ¿Se concibe que el legislador exija del hijo natural la prueba de que no tiene parientes en grado sucesible, y que después de esto obligue al hijo natural á hacer inventario, á publicar su demanda, á vender el mobiliario y á imponer el precio, todo por interés de parientes que jamás han existido ó que han muerto? Esto sería insensato. La ley sólo tiene sentido cuando se supone que hay en el momento de la demanda, herederos desconocidos que pueden presentarse más tarde. Luego el actor no debe rendir la prueba de que no hay herederos. ¿Quiere decir esto que no deba rendir ninguna prueba? Nó; el tribunal puede no pronunciar la toma de posesión si

1 Aubry y Rau, sobre Zachariæ, t. 4º, p. 525, nota 5, (pfo. 639).

hay herederos conocidos, porque el código prescribe publicaciones para suscitar la acción de los herederos. Esto implica que el actor debe establecer que no se ha presentado ningún heredero, y si hay herederos conocidos, que estos han renunciado.

251. Si el actor no rinde la prueba que le incumbe, es decir, si hay herederos conocidos que no han renunciado, el tribunal desechará la demanda. La ley no lo dice, pero resulta de los principios generales. Es verdad que el código prescribe ciertas formalidades que deben llevarse antes que el tribunal pueda decidir; tales son las publicaciones y carteles. Pero el objeto mismo de estas formalidades prueba que si hay herederos conocidos, es inútil llamarlos, y que el tribunal debe decidir inmediatamente: en efecto, aquellos tienen por objeto asegurarse de que hay herederos; si los hay, es evidente que las publicaciones dejan de tener razón de ser, y que hay lugar á desear inmediatamente la demanda.

Si no hay herederos conocidos, la instancia continúa; y como puede durar mucho tiempo, hay que proveer á la administración de la sucesión. El tribunal puede confiarla á los sucesores que piden la posesión, como antes lo dijimos (núm. 249), y esto lo hará siempre que el Estado sea actor.

252. "El tribunal no puede decidir sobre la demanda sino después de tres publicaciones y carteles en las formas acostumbradas" (art. 770). Estas publicaciones anuncian el fallecimiento de la persona cuya sucesión se reclama y la demanda que es intentada por el hijo natural, el cónyuge ó el Estado. El art. 770 dice que aquéllas se hacen en las formas acostumbradas, pero ninguna ley determina éstas. De aquí dimana alguna duda. Nos parece que, en el silencio de la ley, al tribunal corresponde reglamentar esta materia, que es de pura ejecución. El legislador

ha hecho bien en abandonar estos detalles á la prudencia del juez. En efecto, la publicidad es una cuestión de circunstancias; los medios varían según los diversos casos que se presentan, y cambian según el estado social. Aquí todos leen los periódicos, por lo que la inserción en ellos de un aviso será la mejor publicación. Si el difunto tuviera parientes en el extranjero, la publicación debería hacerse en los periódicos del país en donde se hallasen miembros de la familia.

El art. 770 agrega que el procurador del rey debe ser oído. Este tiene por misión velar por los intereses de los que no pueden ejercitar sus derechos, como son los herederos ausentes.

253. Si la instrucción revela la existencia de parientes legítimos ó de sucesores irregulares preferibles al actor, el tribunal no podrá conceder la posesión sino cuando estos parientes ó sucesores hayan renunciado. En efecto, si son parientes legítimos, quedan investidos de la propiedad y de la posesión de la herencia; ¿con qué derecho el tribunal había de arrebatárles esa posesión dándola al demandante? Para esto sería menester que los sucesores irregulares tuvieran una acción contra los herederos legítimos para forzarlos á pronunciarse, y el código no establece semejante acción. Creemos que sería lo mismo si el cónyuge ó el Estado pidieran la posesión, y si hubiera un hijo natural. Es verdad que los sucesores irregulares no tienen la ocupación, pero sí tienen la propiedad de la herencia, y esto basta para que á un sucesor llamado á falta de ellos no pueda dárseles la posesión. Demolombe hace una distinción entre los herederos legítimos y los sucesores irregulares. El invoca el art. 811; pero basta leer esta disposición para convencerse de que es extraña á nuestra cuestión. Ella define la sucesión vacante; y en el caso de que se trata, hay un sucesor que reclama la herencia, lue-

go no está vacante, y por consiguiente, debe descartarse el art. 811, porque nada de común tiene con la toma de posesión de los sucesores irregulares (1).

254. "El hijo natural y el cónyuge superviviente, que obtengan la posesión, estarán obligados á emplear el mobiliario ó á dar caución suficiente para asegurar su restitución, en el caso en que se presentasen herederos del difunto" (arts. 771-773). Así es que los sucesores irregulares tienen la elección; pueden conservar el mobiliario dando fianza, ó pueden venderlo con obligación de emplear el precio. La caución ó el empleo garantizan suficientemente los intereses de los herederos que pudieran presentarse. El Estado no está obligado á dar caución ni á hacer empleo del precio; estas garantías se establecen contra los sucesores irregulares que sean insolventes, y el Estado siempre es solvente. La corte de París había resuelto que el Estado que hiciera una puja hipotecaria estaba obligado á dar caución, en virtud del art. 2185 que prescribe la caución en caso de puja, sin establecer excepción á favor del Estado. Habiendo sido confirmada esta decisión por la corte suprema, se promulgó una ley especial, en 21 de Febrero de 1827, para declarar que el art. 2185 no era aplicable al Estado. En nuestro caso, la cuestión era dudosa, supuesto que el art. 771 no menciona al Estado (2).

255. Estando ordenada la caución por la ley, hay lugar á aplicar los arts. 2018, 2019 y 2041, que rigen la caución legal. Resulta del texto del art. 770 que la prescripción no se prescribe sino por interés de los herederos que puedan presentarse. En cuanto á los acreedores, ya hemos dicho que la ley no se ocupa de ellos en esta materia; el derecho común es suficiente para proteger sus intereses.

1 Demolombe, t. 14, p. 292, núm. 213, y en sentido diverso los autores que él cita. Compárese Aubry y Rau sobre Zachariæ, t. 4º, p. 525, nota 5, (pfo. 639).

2 Durantón, t. 6º, p. 474, núm. 358.

El texto parece que también decide la cuestión de saber si los sucesores irregulares se aprovechan de la caución; el cónyuge ha obtenido la toma de posesión, y se presenta un hijo natural; ¿tiene acción contra la fianza? El art. 770 dice: "en el caso en que se presentasen herederos del difunto;" lo que parece excluir á los sucesores irregulares y principalmente á los hijos naturales á los cuales la ley rehusa, sin embargo, la calidad de herederos (art. 756). ¿Pero realmente ha sido por espíritu de exclusión por lo que los autores del código han empleado la expresión de *herederos*? ó no es más bien porque han querido preveer el caso ordinario? Puede haber parientes lejanos y desconocidos, mientras que es difícil creer que los hijos naturales, si es que los hay, ignoren el fallecimiento de su padre. Y si los hay ¿por qué no había de aprovecharles la caución? Se hacen objeciones que nos parecen más útiles que justas.

El legislador, dicen, debe presumir que hay parientes desconocidos; no puede presumir que hay hijos naturales que no se conozcan. Pónese de una manera decidida la moral en lugar en donde nada tiene que hacer. El legislador nada presume; como no se sabe si el sucesor irregular que se presenta tiene derecho á la herencia, la ley exige de él garantías en el caso en que tenga que restituir los bienes; luego todos aquellos á quienes se hace la restitución deben tener derecho á invocar aquellas garantías. Es verdad que ellas no existen en las relaciones de los herederos legítimos entre sí, pero ¿qué importa? Basta que la ley las haya establecido para que deban aprovechar á todos los que tienen interés en invocarlas.

256. La caución asegura la restitución del mobiliario, dice el art. 771. Luego tiene un objeto especial, que no puede extenderse más allá de los límites de la ley. Síguese

de aquí que ella no garantiza la gestión de los sucesores irregulares, ni la retribución de los frutos, ni los daños y perjuicios que pudieran deberse por degradación de los inmuebles. ¿Por qué la garantía se limita al mobiliario? Razón jurídica, ninguna conocemos. Se concibe que el legislador no la haya prescripto para la restitución de los inmuebles, supuesto que el heredero que promueve petición contra los sucesores irregulares puede reivindicar los inmuebles que se hubieren enajenado; pero la administración, en todo caso, habría debido asegurarse, supuesto que da lugar á responsabilidad.

Aun para la restitución del mobiliario, la caución no ofrece una garantía completa; según los términos del artículo 771, la caución se descarga después de tres años. El legislador supone que no hay herederos cuando ninguno se presenta dentro de los tres años que siguen á la toma de posesión; esto, en efecto, es probable. Nosotros suponemos que el plazo de tres años corre desde la toma de posesión, porque la probabilidad en que se funda la ley para limitar la duración de la caución empieza con la toma de posesión, la cual no tiene lugar sino cuando la demanda ha tenido gran publicidad. Algunos buenos autores pretenden, no obstante, que el plazo de tres años corre desde la sumisión de la caución, porque se trata de determinar la duración de la obligación que le incumbe; ahora bien, se dice, la prescripción no puede comenzar sino desde el momento en que se ha contraído la obligación. A nosotros nos parece que hay una confusión de ideas en esta argumentación. Ella implica que la caución no es obligada sino desde su sumisión, mientras que lo es desde la toma de posesión; si en el intervalo de la toma de posesión á la sumisión de la caución el sucesor irregular hubiese dispuesto del mobiliario hereditario, ciertamente que la caución estará obligada. Luego, en cualquier

concepto que se considere el plazo de tres años, debe contarse desde la toma de posesión (1).

¿En qué sentido se descarga la caución? Lo es por el porvenir y por el pasado. Por el porvenir, en el sentido de que si después del plazo de tres años se presentaran algunos herederos, ya no tendrán acción contra la caución; y ni siquiera la tendrán para los hechos cumplidos durante el plazo. Pero si se presentaran herederos dentro del plazo de tres años, déjase entender que la caución será mantenida aun cuando aquéllos no procedieran contra ella sino después de la espiración de tres años; habiéndose realizado la condición bajo la cual es obligada la caución, sigue siendo obligada hacia los herederos (2).

257. Si los sucesores irregulares tienen interés en disponer del mobiliario, pueden hacerlo. Se pregunta en qué forma se hará la venta. Los autores están de acuerdo en decir que deben observarse las formas prescriptas para el heredero beneficiario y el curador en una sucesión vacante. Hay, en efecto, analogía. La ley quiere una garantía para los herederos que puedan presentarse; por lo mismo, se necesitan formas (arts. 769, 805 y 814). Sin embargo, no puede decirse que la venta sea mala si no se han observado las formas, porque la ley no prescribe ninguna forma, sino que únicamente dice que el cónyuge y el hijo natural deben emplear el mobiliario. Ella no determina tampoco cómo deba hacerse el empleo. Hay dos disposiciones que pueden aplicarse por analogía, el art. 1067 y la ley hipotecaria belga, art 57. En el silencio del código, los tribunales harán bien en reglamentar las formas de la venta así como la manera del empleo, á fin de preve-

1 Véase en este sentido Chabot, t. 1º, p. 670, núm. 1, y Demolombe, t. 14, p. 304, núm. 229. En sentido contrario, Zachariæ, edición de Aubry y Rau, p. 304, núm. 229.

2 Demolombe, t. 14, p. 305, núm. 231.

nir las contiendas que pueden suscitarse á este respecto (1).

Núm. 3. Consecuencias de la toma de posesión

258. ¿Cuáles son los derechos de los sucesores irregulares que son investidos con la posesión? La cuestión no lo es, si se recuerda el objeto de la toma de posesión. ¿Por qué los hijos naturales, el cónyuge superviviente y el Estado deben dirigirse á la justicia? Para obtener la posesión de la herencia de que no están investidos de pleno derecho, supuesto que no tienen la ocupación. La posesión no se les concede sino mediante ciertas garantías que la ley establece en favor de los parientes legítimos que puedan presentarse. Luego el fallo judicial sólo concierne á la posesión; en cuanto á la propiedad, el fallo da garantías á los herederos para la restitución del mobiliario. Por lo demás, en nada modifica los derechos que los sucesores irregulares tienen por la ley. Ellos son propietarios, en virtud del art. 711, desde que se abre la sucesión; luego pueden disponer de los bienes hereditarios, del mobiliario, tanto como de los muebles.

Tales son los principios; á nuestro juicio, no son dudosos. Sin embargo, la cuestión es controvertida. En la opinión general, se distingue desde luego entre los muebles y los inmuebles. En cuanto á los inmuebles, como ninguna disposición del código restringe el poder de los sucesores, se les reconoce el derecho de enajenarlos, salvo el ejercicio de la petición de herencia perteneciente á los que tienen el derecho de reclamar los bienes contra los sucesores que reciben posesión de ellos. En cuanto á los muebles, se enseña que durante los tres años que siguen á la toma de posesión, los hijos naturales y el cónyuge son sus

1 Durantón, t. 6º, p. 412, núm. 356. Demolombe, t. 14, p. 297, números 218 y 219.

simples administradores, y que después de los tres años pueden disponer de ellos libremente, como si fueran sus propietarios incommutables. Se funda esta extraña doctrina en los arts. 771 y 773, que obligan á los sucesores á dar caución ó hacer empleo del mobiliario; de aquí resulta, se dice, que ellos no tienen la libre disposición del mobiliario, sino después de los tres años (1). Esto es confundir las garantías que la ley concede á los herederos que puedan presentarse dentro de los tres años, con los derechos que los sucesores deben á la ley. De que algunos de estos sucesores deban caución, no se puede inferir que su derecho de propiedad se cambie en una simple administración. Veamos la extraña consecuencia que resultaría: el Estado, el menos favorecido de los sucesores irregulares, supuesto que viene en última línea, tendría derechos más extensos que los que son llamados antes que él á la herencia: como no debe dar caución, sería desde el origen propietario, mientras que el cónyuge y los hijos naturales no serían más que simples administradores. Esta consecuencia está en contra de la doctrina de la que emana. Hay que mantener el principio que resulta de la transmisión de la propiedad, y no atribuir á la toma de posesión más efectos que los que la ley atribuye á la posesión, y los cuales hemos explicado en los núms. 241-246.

259. Los sucesores irregulares no se vuelven propietarios incommutables en virtud de la toma de posesión, ni siquiera después de los tres años que siguen á la toma de posesion. Todo lo que resulta de la espiración de dicho plazo, es que la caución queda descargada, y si el sucesor ha empleado el mobiliario enajenado, podrá disponer de los bienes á su antojo, en el sentido de que la obligación

1 Chabot, t. 1º, p. 670, núm. 2 del art. 77. Durantón, t. 6º, página 412, núm. 356. En sentido contrario, Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4º, p. 530, nota 15.

relativa al empleo cesa, de la misma manera que la de la caución; estas son garantías temporales que terminan con el plazo durante el cual se establecen. No teniendo estas garantías nada de común con la transmisión de la propiedad, la espiración del plazo de tres años no puede tener ninguna influencia en los derechos de los sucesores que están obligados á dar caución ó á emplear el mobiliario; ellos son propietarios en virtud de la ley, y poseedores en virtud del fallo de posesión; pero sus derechos no son incommutables. Un pariente legítimo ó un sucesor llamado antes que ellos á la sucesión, pueden presentarse y reclamar los bienes por la acción de petición de herencia. ¿Cuáles son las relaciones entre los herederos reivindicantes y los sucesores despojados? Se aplican los principios que más adelante expondrémos. En cuanto al Estado, no debe dar caución ni hacer el empleo del mobiliario; luego su posición es siempre la misma, la de todo sucesor universal que puede ser despojado por un sucesor más próximo; los principios de la acción de petición de herencia serán los que reciban su aplicación.

Núm. 4. A qué sucesores se aplican los arts. 769 y 772.

260. Los parientes legítimos y los legatarios universales son los únicos sucesores que tengan la ocupación. No teniendo los otros sucesores universales ó particulares la posesión en virtud de la ley, deben pedirla. ¿Debe inferirse de esto que estén obligados á llenar las formalidades y á presentar las garantías determinadas por los arts. 769-772? Descartamos á los invasores testamentarios y contractuales, porque el asiento de la materia está en las *Donaciones y Testamentos*. La cuestión se presta también para algunos sucesores *ab intestato*. Tales son desde luego los hijos naturales que vienen en concurso con herederos legítimos; resulta del art. 773 que no están sometidos á las

formas y á las garantías que acabamos de exponer. Este artículo dice: "Las disposiciones de los arts. 769, 770, 771 y 772 son comunes á los hijos naturales llamados á *falta de parientes*." Siguese de aquí que ellos no son aplicables al hijo natural que concurre con parientes legítimos. Que no se objete que este es un argumento sacado del silencio de la ley, porque en esta materia el silencio de la ley es desisivo. Se trata de imponer obligaciones, y la ley es la única que tiene tal poder. Por otra parte, los principios generales son suficientes para decidir la cuestión. Nosotros la hemos decidido *antisipadamente*. Como los hijos naturales no tienen la ocupación, deben pedir la entrega de la porción de bienes que les es atribuida. ¿A quién? A los herederos investidos. Esta acción de entrega se confunde con la acción de partición que pertenece á los hijos naturales (núm. 130). Por lo mismo, no puede tratarse de los arts. 769-772 que suponen que hay herederos desconocidos; en el caso de que se trata, los herederos no son ciertamente desconocidos, supuesto que el hijo natural concurre con ellos.

Hay otra clase de sucesores *ab intestato* á los que no se aplican los arts. 769-772 y estos son los sucesores especiales que suceden en los bienes donados por ellos: el ascendiente donador, el adoptante y los hermanos y hermanas legítimos de los hijos naturales. La naturaleza misma del derecho de éstos hace inaplicables estas disposiciones. Ellas tienen por objeto preteger los derechos de los herederos que fuesen desconocidos. Ahora bien, los donadores suceden desde el momento en que el donatario muere sin posteridad; su derecho es claro y está al abrigo de toda petición de herencia; por consiguiente, las formas y las garantías prescriptas por los arts. 769-772 carecerían de objeto. En nuestra opinión, ellos no están investidos, luego deben pedir la entrega de los bienes que vuelven á los herederos con los cuales concurrren.

261. Quedan los parientes naturales del hijo natural, es decir, el padre, la madre y los hermanos y hermanas que los artículos 765 y 766 llaman á la herencia de aquél. Se ha pretendido que son herederos, y por lo tanto, invertidos. Esta opinión se ha abandonado; Chabot ha demostrado hasta la evidencia que esos sucesores son irregulares. Por mejor decir, el texto del código lo prueba. ¿Bajo qué rúbrica se hallan los artículos 765 y 766? En el capítulo intitulado de las *Sucesiones irregulares*, el mismo derecho que trata de los derechos del hijo natural; luego todos esos sucesores son irregulares. Es verdad que el artículo 765 establece que la sucesión sea *devuelta* al padre y madre naturales, y según el artículo 766, los bienes *pasan* á los hermanos y hermanas naturales, en caso de predecesión del padre y de la madre. ¡Argumento verdaderamente fútil! ¿Por ventura esas expresiones serían términos técnicos que el legislador no empleó sino hablando de los herederos legítimos? También es verdad que el código no dice de los padres, ni de los hermanos naturales lo que dice en el artículo 756: “Los hijos naturales, no son herederos.” ¡Argumento tambien poco serio! La ley no tenía necesidad de decir que los padres y los hermanos naturales no son herederos; lo dice por el solo hecho de calificar de irregular la sucesión que les defiere.

La sucesión solo tiene interés para la ocupación y hay un artículo formal que decide (art. 724), que los herederos *legítimos* son investidos; ellos solos lo son, luego todos los demás sucesores *ab intestato* no lo son; luego los padres *naturales*, y los hermanos *naturales*, que ciertamente no son herederos legítimos no tienen la ocupación. Todo esto es claro, supuesto que el código lo dice. La controversia se pone seria cuando se trata de las consecuencias del principio. ¿No estando investidos los padres del hijo natural, debe inferirse que deban pedir judicialmente la posesión?

Nó, dicen; todo lo que resulta es que no tienen la posesión de derecho pleno, pero nada impide que por sí mismos se pongan en posesión. Esta opinión nos parece contraria al texto del art. 724. Después de haber dicho que los herederos legítimos son investidos de derecho pleno, el artículo añade que los hijos naturales, el cónyuge superviviente y el Estado deben procurarse judicialmente la posesión. ¿Por qué? Porque no están investidos. Luego hay una correlación necesaria entre la falta de ocupación y la necesidad de pedir la toma de posesión. En efecto, el hijo natural y los legatarios que concurren con algunos herederos investidos deben pedirles la entrega. En cuanto á los sucesores que no concurren con parientes investidos, sólo tienen un medio legal para conseguir la posesión, y es dirigirse á la justicia. (1)

¿Quiere decir esto que los padres y hermanos naturales deban llenar las formalidades y procurar las garantías que exigen los arts. 769-772? Este es el único punto de controversia que, á nuestro juicio, da lugar á alguna duda. Nosotros creemos que los arts. 769-772 no son aplicables. Hay para esto una razón perentoria, y es que no podría haber obligación legal sin ley, y ¿en dónde está lo que obliga á los padres del hijo natural á llevar las formalidades y á dar las garantías que esos artículos prescriben? El art. 724 no menciona á los padres y hermanos naturales. Este es un olvido, dicen. Olvido ó no, el silencio de la ley es decisivo, tanto más cuanto que el art. 769, que es el lugar propio de la materia tampoco los menciona. Por otra parte, esas formalidades y garantías casi se vuelven inútiles cuando se trata de la sucesión de un hijo natural; éste no tiene más herederos legítimos que sus hi-

1 Demolombe, t. 14, p. 305, núm. 232. En sentido contrario, Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4º, p. 542. nota 2.

jos; y ¿puede creerse que tenga hijos desconocidos, y que éstos ignoren la muerte de su padre? Diráse que si estas formalidades son inútiles, también lo es la intervención de la justicia? Nó, ésta es necesaria para reemplazar la ocupación, supuesto que, en el sistema del código, los sucesores no investidos no tienen la posesión de su título respecto á terceros, ni el ejercicio de los derechos á aquélla inherentes. ¿Podrían los tribunales subordinar la toma de posesión á ciertas condiciones, y exigir, por ejemplo, una fianza? Esto mismo nos parece dudoso. El juez no tiene derecho de imponer obligaciones; su misión es aplicar la ley; ahora bien, estrechar al actor á que dé gantías, cuando calla el código, no es aplicar la ley, sino hacerla. (1)

1 Compárese, en sentido diverso, Chabot, t. 1º, p. 647, número 4. Demante, t. 3º, p. 124, núm. 189 bis 1º, Dalloz, *Sucesión*, núm. 400, y Demolombe, t. 14, ps. 304 y siguientes, núm. 232.