

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO
Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XVI

Septiembre de 1940

Núm. 148

Crítica institucional del Código civil

Indudablemente, existe un Derecho que podría denominarse institucional, estructural o de otra forma. Es el Derecho que fija las líneas fundamentales o perfiles constitutivos de las instituciones jurídicas. Construye los tipos o fórmulas básicas, con las cuales el Derecho positivo se llena de contenido, eligiendo, entre los varios modelos institucionales que le ofrece en cada materia, el que más se adapta a las necesidades y convicciones jurídicas de cada momento y de cada pueblo.

La existencia y carácter de este Derecho institucional quedará suficientemente comprobada con lo que se expondrá seguidamente. Esta justificación empírica del Derecho institucional es preferible, al menos de momento, a su demostración filosófica. En este último aspecto, baste decir que dicha visión institucional del Derecho se halla fuera de la órbita del llamado Derecho natural, tanto en su noción clásica (de contenido fijo e inmutable) como en su acepción stammleriana (de contenido variable). Pero, con todo, funciona en él cierto logicismo ius-naturalista, pues el estilo dominante en cada construcción jurídica impone, en sus consecuencias, la rigidez de una verdadera lógica institucional. Y no se crea tampoco que al apartarse del Derecho natural caiga el Derecho institucional bajo la influencia de la escuela histórica y del positivismo jurídico. No obstante, hay en el Derecho institucional una gran dosis de realidad jurídica, manifestada bajo la gran exuberancia de fórmulas e instituciones vividas a través de la Historia y de la positividad del Derecho.

Basten estas simples consideraciones como breve preámbulo a la siguiente crítica institucional del Código civil español. Son tantos los de-

fectos de que, en este aspecto, adolece nuestro Cuerpo legal, tan necesitado de una reforma a fondo, que es cosa obligada concretarse a los más principales. Empezaremos por las materias fundamentales del Derecho sucesorio, examinando, en este grupo, los defectos institucionales relativos al sistema sucesorio, al momento de la sucesión, a la legítima, a la diferenciación entre la representación sucesorial y la *successio graduum et ordinum*, etc., etc.

SISTEMA HEREDITARIO

Institucionalmente, existen dos tipos hereditarios. Uno, que se puede denominar romano (*successio*), y otro, germánico (*adquisitio per universitatem*).

En virtud del primero, el heredero *se subroga en la misma posición jurídica de su causante*. En el segundo, el heredero *adquiere todo el activo patrimonial de su causante, pero con el gravamen de las deudas hereditarias*.

Para mejor penetrar en la esencia del sistema romano hay que partir del presupuesto histórico siguiente: En el Derecho romano primitivo, bajo la base de la organización patriarcal de la familia, ésta estaba regida por un jefe único, el *pater*, el cual, más que titular de bienes o derechos, asumía las funciones de un cargo: el de jefe doméstico. El *pater familias* ejercía más bien un *imperium* que un *dominium*. Bajo esta concepción funcionarista, al morir el jefe, todo quedaba reducido a sustituirlo por otro. Este cambio se operaba mediante una verdadera sucesión en el cargo de la prefectura agnaticia vacante. La designación del nuevo jefe debió de efectuarse, bien con sujeción a las reglas de primogenitura y masculinidad (fórmula automática), bien por elección de un *sui* por el *pater familias* (fórmula electiva).

Este segundo procedimiento, en el cual puede verse el germen del futuro testamento romano, es el más verosímil (Bonfante, Scialoja). Pero, sea como fuere, es lo cierto que el nuevo jefe, o *heres*, sucedía en el gobierno de la familia, recogiendo del causante la soberanía doméstica, pero sin que pudiera decirse que adquiría bienes, pues el patrimonio era de la entidad familia, no siendo, su jefe, otra cosa que su administrador o gestor. "Pasaban las personas, pero no los bienes", dice Sumner Maine.

Después de las guerras púnicas, cuando aquel Estado rústico y terrateniente se transformó en centro urbano y comercial, desaparecida la

estructura patriarcal y convertida la propiedad colectivofamiliar en propiedad individual y libre, el *heres* ya no recogía ningún poder soberano sobre el grupo agnaticio, pues la familia, como ente semipúblico, había desaparecido ya. A consecuencia de este cambio, parecía como si la antigua sucesión en el cargo hubiera de quedar sustituida por la simple adquisición de los bienes relictos, pero no fué así; el peso de la tradición, con la cual los pueblos fuertes no rompen nunca, debió de hacer que perdurase la mecánica anterior de la sucesión en el cargo (1); pero entonces el heredero no sucedía en la jefatura familiar, sino en el *ius*, o sea en la misma posición jurídica de su causante.

La expresión romana de este fenómeno sucesorio es la *successio*, o *successio in ius*, o *successio in locum ius*. El heredero sucede, se coloca o se subroga en todo el elemento o materia jurídica del *de cuius*. Pero por una construcción ya iniciada por los glosadores y seguida por Heineccio, Vöet y otros, se ha querido ver que el heredero sucede en el *universum ius*, o mejor dicho, en la herencia concebida como un patrimonio u objeto único, y sobre el cual, como pretende Thibaut, el heredero tiene un *derecho real universal*. Y así Sohm, Windscheid, Unger, Bruns, Wachter, Ferrara y tantos otros, afirman que el patrimonio del difunto se mantiene en su unidad, integrado por el complejo de derechos y obligaciones; es decir, que como una unidad o en bloque, pasa al heredero, de manera que éste no sucede directamente en los elementos patrimoniales aislados, sino que sucede directamente en el patrimonio relicto, considerado como un objeto único (*universitas*) (2).

En su consecuencia, se considera que el patrimonio hereditario está integrado por los derechos y las obligaciones del causante, o sea por él

(1) La ley de las XII tablas no dice que los herederos *bona habetur*, sino *familiam habetur*.

(2) Esta doctrina tiene por base los textos del *Corpus* que hablan de *successio in "universum" ius* o in "*omne*" *ius*, cuyas palabras *universum* y *omne*, expresivas, según algunos, de las ideas de unidad, se estima fueron interpoladas por los compiladores bizantinos. (Longo: "La successione particolare nel Diritto romano". *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano*, años 1902 y 1903.) Por esto, a los indicados romanistas Bonfante, Cicu, Brinz, Gangi y otros, estiman que este trámite intermedio del patrimonio relicto es absurdo e inútil y que, por tanto, el heredero, según el sentido recto de la expresión romana pura de la *successio*, *successio in ius* o in *locum ius*, se subroga sencillamente en la misma posición jurídica de su causante, significando dichas palabras, supuestamente interpoladas, no la idea de unidad, sino la de totalidad, o sea la obtención de la *universitas* de un solo golpe o mediante un acto único.

activo y el pasivo, pasando este conjunto unificado, de elementos positivos y negativos, al sucesor. De este modo se sostiene que, en la sucesión romana, el patrimonio relicto no se disgrega o liquida, sino que perdura y continúa, como si subsistiese aquella antigua noción del patrimonio de la familia patriarcal, que se perpetuaba a través de los sucesivos cambios de *pater familias*.

La *successio*, como idea opuesta a la *adquisitio*, es algo fundamental en el ordenamiento hereditario romano. El heredero se subroga en la misma posición jurídica que tenía el causante; ocupa su puesto o lugar. Sólo por efecto de esta subrogación, el heredero deviene titular activo de los derechos, créditos y acciones del causante, y titular pasivo de las deudas u obligaciones del mismo, con la sola excepción de los derechos y obligaciones personalísimos. Por tanto, el *heres*, primeramente obtiene el título personal de sucesor; en virtud de este título, se subroga en la posición jurídica del *de cuius*; a consecuencia de esta *successio* adquiere los bienes y derechos y asume las deudas y obligaciones.

En el sistema germánico, el principio fundamental es que el heredero no se subroga en la posición jurídica del causante, sino que, simplemente, adquiere bienes o derechos. Al concepto romano de la *successio*, el sistema germánico opone el de la *adquisitio*. Allí hay un *succedere in locum*; aquí, una *rem transferre*. Lo que ocurre es que dicha *adquisitio* es *per universitatem*, o sea que, en virtud de ella, el heredero adquiere un conjunto de bienes o derechos en bloque, y en virtud de un título jurídico único.

El heredero germánico adquiere un patrimonio relicto o una cuota del mismo. A la muerte de una persona, su patrimonio pasa, como una universalidad, al heredero (art. 1.922 del Código civil alemán). Pero este patrimonio no es el clásicamente concebido, o sea, no está formado por los derechos y las obligaciones del causante, pues tan sólo comprende el activo hereditario. El pasivo, las deudas u obligaciones de la herencia, no forman parte de este patrimonio, actuando, únicamente, respecto de él, como carga del activo. Si las deudas formaran parte del patrimonio concibiéndolas como elemento negativo del mismo, el heredero devendría titular pasivo de ellas; pero no es así, pues las deudas continúan, en cierto modo, en la cabeza del finado, y el heredero sólo asume la responsabilidad de las mismas, limitada al valor del activo adquirido. El heredero adquiere los bienes con la carga de las obligaciones, de forma que puede decirse que responde de estas *ob rem*, o sea, del mismo modo

que un tercer adquirente de una finca hipotecada responde sólo con ella, en principio, del importe de la hipoteca. En el fondo, no es el heredero quien responde de las deudas del causante, sino la herencia en sí.

Haciendo un paralelo entre los principios a que responden ambos sistemas hereditarios, pueden hacerse las observaciones siguientes:

I.—En el sistema romano, el heredero *sucede en una posición jurídica*, mientras que en el germánico *adquiere bienes o derechos*. Aunque pueda parecer exagerado, hay que insistir acerca del criterio diferencial entre la *successio* y la *adquisitio per universitatem*.

En la *successio* hay un cambio, meramente subjetivo, en la relación jurídica. Una persona se coloca en el lugar jurídico que otra ocupaba antes, sucediéndola en la titularidad activa y pasiva. En la sucesión, las relaciones jurídicas subsisten tales cuales eran antes del cambio de titular, permaneciendo intactas e idénticas, a pesar de este cambio. Este permanecer idéntico es lo que caracteriza la *successio*. Por el contrario, en la *adquisitio* es la relación o derecho lo que cambia, transfiriéndose de un patrimonio a otro. En la *successio*, si no se quiere prescindir de la idea de transferencia, más bien debe hablarse del traspaso de una posición jurídica que de un patrimonio.

Esta diferencia esencial entre la sucesión y la adquisición se pone de relieve en materia de deudas hereditarias, pues en ellas funciona perfectamente el concepto de sucesión, pero no, en cambio, el de adquisición o transmisión, ya que, como dice De Diego (1), por representar la deuda un valor negativo o un elemento pasivo del patrimonio, a primera vista repugna al buen sentido que se hable de una transmisión de deuda. Por ello, en el sistema germánico de tipo adquisición no hay transmisión o adquisición de deudas hereditarias, pues éstas continúan subsistentes como gravando el activo, o sea los bienes y derechos del causante.

II.—El título o condición de heredero tiene, en el Derecho romano, un carácter eminentemente personal, mientras que en el germánico tiene una naturaleza patrimonial.

Subrogándose en el *ius* del causante, el heredero romano viene a ser un *alter ego* de aquél. Por esto, el *Corpus* dice que es cosa sabida que el heredero es de la misma potestad y derecho (*eiusdem potestatis, iurisque esse*) de que fué el difunto (2), y asimismo afirma que *unam quodam-*

(1) *Transmisión de las obligaciones*, pág. 206.

(2) *Digesto*, l. 16. "De reg. iuris", frag. 59.

modo esse persona heredis, et ius, qui in eum transmittit hereditatem (1), o sea, como dicen las Partidas, *como una persona es contada la del heredero, e la de aquel a quien hereda* (2). De aquí las teorías de la continuidad o de la representación de la personalidad del causante por el heredero, las cuales, si bien constituyen puras ficciones, ponen de manifiesto, con todo, la esencia misma de la *successio*.

Muy distinto es lo que ocurre con el sistema germánico, pues en él es el heredero un vulgar adquirente de bienes, caracterizado por el hecho de adquirir una universalidad. Es un adquirente *per universitatem*, equiparable, en cierto modo, al legatario parciario romano, al comprador de una herencia y al donatario universal. Según afirma Lehr (3), la teoría romana por la que el difunto revivía en la persona del heredero, y éste continuaba la de aquél, fué desconocida enteramente en el Derecho germánico.

III.—La *successio* es una consecuencia o efecto de la obtención del título de *heres*, bien sea por vía de la ley o por la voluntad del causante. La *adquisitio per universitatem* es una consecuencia de haberse efectuado a favor del heredero, sea por la ley o por el causante, una disposición de la totalidad o de una cuota de los bienes hereditarios. En el Derecho romano, la cualidad de heredero depende del nombre, y no de la atribución patrimonial, como en el sistema germánico.

Es, pues, la *successio* una consecuencia del conferimiento del título de *heres*, aunque este título implique un *nudum nomen*. La *adquisitio per universitatem* hereditaria, en cambio, es consecuencia de un acto dispositivo del *de cuius*. En el sistema romano, *sucede* el que es nombrado heredero. En el germánico, el que es llamado a *adquirir* la totalidad o una cuota del activo del causante se denomina heredero. La herencia romana tiene, pues, un carácter personal o subjetivo, propio del conferimiento del honroso título de heredero o sucesor. La herencia germánica tiene el carácter patrimonial u objetivo de una simple adquisición de bienes (4).

IV.—El testamento romano es fundamentalmente un acto solemne

(1) Novela 48 de Justiniano, proemio.

(2) Part. VII, tit. 9, ley 13.

(3) *Tratado de Derecho civil germánico*, pág. 617.

(4) El criterio sucesorio romano dificulta el que pueda considerarse como heredero el fideicomisario universal, pues el testador verifica a su favor un llamamiento a los bienes.

de nombramiento de sucesor o heredero. El testamento germánico es un acto jurídico de disposición de bienes, asimilable a una donación y, sobre todo, a un codicilo destinado a la disposición de legados.

Por esto en Derecho romano es requisito esencial o constitutivo del testamento la cláusula de institución de heredero. Como en el fondo no es más que la credencial de heredero, no se concibe que pueda existir un testamento sin que contenga una institución, del mismo modo que no es concebible una credencial de un nombramiento que no contenga tal nombramiento. Y es que el testamento originariamente no fué sino la designación pública y solemne que el *pater* hacía del futuro jefe familiar.

En el sistema germánico, el testamento, al igual que la donación, es un simple modo de adquirir bienes a título gratuito, o sea un simple acto de disposición patrimonial, desprovisto de toda idea de conferimiento de soberanía familiar. El testamento germánico es una carta de distribución de un patrimonio que desaparece y que, por tanto, se liquida, mientras que el testamento romano es una acta solemne de nombramiento de sucesor en el cargo de titular de un patrimonio que subsiste.

V.—En el Derecho romano no es posible una herencia sin heredero. Toda persona debe dejar un heredero, bien designado por ella misma o supletoriamente por la ley. El testador podrá morir sin designar herederos, distribuyendo la herencia en legados o fideicomisos, que se mantienen eficaces por haber utilizado la cláusula o la forma codicilar, pero en estos casos entrarán a suceder los herederos *ab intestato*. De aquí las precauciones de la ley romana al establecer los estímulos de las cuartas falcidia y trebeliánica.

Por el contrario, por lógica institucional del sistema germánico, no es necesario que exista heredero, pudiendo el testador distribuir íntegramente la herencia en legados.

VI.—Para que el testamento romano subsista con eficacia es preciso que el heredero instituído llegue a serlo, pues si por premoriencia, repudiación u otra causa no llegaba a ser heredero el designado o ninguno de los designados en el testamento, éste quedaba *destitutum* o *desertum*, resultando ineficaces todas las disposiciones testamentarias. Este principio, dentro del mismo Derecho romano, fué perdiendo rigorismo, de manera que en muchos casos subsistía el resto del testamento, arbi-

trándose recursos para evitar aquella invalidación; pero, con todo, esto fué siempre algo excepcional.

En cambio, en el sistema germánico, contenga o no institución de heredero y llegue o no a serlo el instituido, el testamento subsiste, en plena consonancia con la concepción patrimonial del sistema.

VII.—En el Derecho romano existe una diferenciación enérgica entre el heredero y el legatario, derivada del hecho de que aquél sucede al causante y éste simplemente adquiere.

El heredero romano es un sucesor, pero el legatario no lo es, pues adquiere bienes como si se tratara de un donatario. El legatario no se subroga en la misma posición jurídica del testador, sino que adquiere tan sólo los bienes que éste le transfirió por causa de muerte. El hablar de sucesión singular, al lado de la sucesión universal, es cosa inadmisible, debiéndose esto a una generalización o extensión absurda del concepto de la *successio* (1).

En el sistema germánico la distinción entre heredero y legatario es borrosa, pues ambos son simples adquirentes de bienes. La única diferencia que los distingue es la de que el heredero responde, si bien *ob rem*, de las deudas hereditarias, cosa que no ocurre con los legatarios, a los cuales estas deudas les afectan únicamente en el sentido de que si exceden del activo el legado resultará ineficaz por falta de caudal hereditario líquido. Pero, aun así, esta diferencia desaparece tratándose del *legatum partitionis*, pues si bien en el Derecho romano el legado de parte alícuota tiene una configuración precisa, en cuanto implica una adquisición *per universitatem* de una cuota hereditaria, en cambio, en el sistema germánico esta figura se desdibuja, debiéndose hacer un gran esfuerzo para afirmar que puede existir el legado parciario, pues para ello es preciso el artificio de legar una cuota del activo hereditario, dispensando al favorecido de toda responsabilidad por las deudas.

VIII.—Para que se produzca la *successio* es suficiente que se haya designado heredero. Toda asignación que el testador le haga es cosa indiferente. El heredero, de momento, basta que obtenga el *inane nomen heredis*. La condición de heredero depende exclusivamente del hecho de haberse utilizado el concepto de *heres*. Si el testador nombra por heredero a una persona (la ley en la sucesión intestada siempre nombra heredero *simpliciter*), ésta, en virtud de este *nomen*, hace suyo todo

(1) Dice Longo (loc. cit.): "El concepto de *successio in singulas res* es una interpolación justinianea en los textos del Derecho romano clásico.

cuanto el causante no hubiera dispuesto a favor de otro. El heredero se subroga en la total posición jurídica del causante, pero sólo hace suyo lo que no hubiera sido atribuido a otra persona. Pero cuando el testador dispone de bienes a favor de una persona sin designarla heredero, en tal caso esta persona es un simple legatario, aunque le hubiere atribuido una cuota de la herencia (*legatum partitionis*).

En el sistema germánico la cualidad de heredero no depende del nombre, sino de la forma de atribución patrimonial. Si el testador asigna la totalidad o una cuota del patrimonio hereditario a una persona, ésta es heredera aunque no hubiera sido designada tal. Es más: aunque la hubiera nombrado heredera, si dispone a su favor de cosas concretas y determinadas, esta persona será un simple legatario.

IX.—La figura romana de los herederos *ex re certa* es desconocida en el sistema germánico por lógica institucional, como se acaba de ver. No es que el Derecho romano llegue a la exageración del principio de que el que es nombrado heredero con asignación de una cosa concreta y determinada sea heredero. Tan sólo se considera tal cuando es único heredero (*solus institutus*), o cuando, siendo varios instituidos *ex re certa*, no exista coheredero *simpliciter*. Existe heredero *ex re certa* siempre que al nombramiento de heredero se le adose una atribución patrimonial concreta o singular. Lo natural en Derecho romano es instituir heredero *simpliciter*, o sea sin concreciones patrimoniales; sin perjuicio, cuando sean varios los llamados, de fijar módulos cuantitativos de participación. Cuando no se hace así, surge un heredero *ex re certa*, y entonces las fuentes estiman que el testador ha incurrido en una expresión incorrecta. Si hay coherederos *simpliciter*, el heredero *ex re certa* queda legatario; pero cuando no exista tal coheredero, entonces, prevaleciendo el *nomen* sobre la *assignatio* y con el fin de salvar el testamento, se reputa como no puesta la atribución patrimonial (*detracta fundi mentione*), extendiéndose la institución de heredero a todo el *as* hereditario.

En el sistema germánico, en virtud del carácter dispositivo del testamento, el heredero, como simple adquirente de bienes, hace suyo únicamente lo que a su favor ha destinado el testador, y si esto es una cosa singular y determinada, tendrá la condición de mero legatario.

X.—Al centrar el Derecho romano toda la energía sucesoria en el conferimiento del título de *heres* con plena indiferencia a todo contenido o atribución patrimonial, es forzoso admitir la existencia de una

hereditas sine nullo corpore, así como la posibilidad de una *damnosa hereditas* en el caso de un pasivo hereditario que absorba el activo. La herencia puede ser, pues, una bolsa vacía, como dice un conocido autor, pudiendo quedar reducida a un puro *nomen* (*iuris intellectum habet*), o sea a un simple concepto jurídico. Cabe, pues, un *heres sine re*.

Esto es debido a que el heredero romano, simplemente, se subroga en la posición jurídica del causante, fuere cual fuere ésta, debiendo ser, por tanto, contemplada la *successio* con entera indiferencia si la herencia contiene algún bien o si acusa un excedente líquido.

Bajo el concepto económico o patrimonial del sistema germánico, no se concibe la existencia de una herencia que no implique adquisición de bienes a favor del heredero.

XI.—Como se ha dicho antes, en la herencia romana hay que ver un patrimonio global, constituido por un complejo de bienes y deudas, derechos y obligaciones, o sea por un activo y un pasivo. En ambos elementos, positivo y negativo, se subroga jurídicamente el heredero. Éste, por tanto, responde personalmente de las deudas, como un verdadero titular pasivo de las mismas. Por ello, no es una responsabilidad limitada al importe de los bienes hereditarios, sino que se extiende a los bienes propios del heredero. El heredero romano responde *ultra vires* de las deudas hereditarias.

En el sistema germánico, al no constituir las deudas hereditarias un elemento negativo integrante del patrimonio relicto, el heredero adquiere el activo, sobre el cual el pasivo pesa como carga. De aquí que el beneficio de inventario resulte inútil en la herencia germánica, pues institucionalmente no cabe el peligro de la responsabilidad *ultra vires hereditatis*.

El beneficio de inventario es una institución romana, y gracias a él quedan libres de responsabilidad hereditaria los bienes propios del heredero. Este remedio (introducido por el Derecho bizantino, deformador de algunas líneas arquitectónicas puras del Derecho romano clásico), a pesar de su fuerte resabio germánico, no destruye fundamentalmente la *successio* romana en este aspecto, pues dicho beneficio sólo produce una separación de patrimonios, al objeto de salvaguardar los bienes propios del heredero, pero éste continúa siendo titular pasivo de las deudas hereditarias, o sea subrogado en ellas, si bien con responsabilidad limitada al valor de los bienes relictos.

Si es permitido establecer un símil, se puede decir que el heredero

romano tiene la responsabilidad ilimitada del socio de una Sociedad colectiva; el heredero germánico tiene la responsabilidad del socio de una Sociedad anónima, y el heredero romano que ha aceptado a beneficio de inventario tiene la responsabilidad del socio de una Sociedad limitada.

XII.—Un principio sucesorio romano es el de la incompatibilidad entre la sucesión testada y la intestada (*Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*). Por efecto del mismo, si la institución de heredero comprende solamente una parte de la herencia, bien sea porque originariamente fué uno instituído en una sola cosa o cuota hereditaria, bien porque, siendo vários los instituídos, falten algunos de ellos, en tales supuestos, el heredero que llegue a serlo extiende su derecho sobre toda la herencia en la parte no dispuesta en legados. Este principio constituye una consecuencia lógica del sistema romano, por ser lo importante en él el título de heredero en sí, el cual tiene, por su propia esencia, energía suficiente para producir la subrogación en todo el *ius* del causante, con entera independencia de toda asignación patrimonial. Esto así, se comprende que no hay manera de que pueda entrar la sucesión intestada. El auxilio complementador de ésta es institucionalmente inútil, pues el título de *heres*, por su intrínseca virtualidad, derivada de aquella antigua soberanía familiar, es título bastante para producir la *successio* en la total posición jurídica del causante en todo cuanto éste no haya asignado a otro.

Por el contrario, en el sistema germánico, fundado sustancialmente en el acto dispositivo del causante, el título de heredero testamentario carece de aquella fuerza expansiva, ya que, tratándose de una simple adquisición de bienes, el heredero no puede adquirir más de los que le haya atribuido la voluntad dispositiva del causante. Por tanto, en la parte de herencia, vacante o no, transferida, el cuadro de herederos intestados llenará el vacío dispositivo.

XIII.—El principio *semel heres semper heres* constituye otro principio de la sucesión romana. Atribuye a la condición de heredero las notas de perdurabilidad o perpetuidad. Quien llega a ser heredero no deja nunca de estar investido de esta cualidad. Podrá llegar a perder los bienes hereditarios, por ejemplo, en el caso de sustitución fideicomisaria *sub die*; pero, no obstante ello, continuará ostentando la condición de heredero. Entonces se puede decir que queda como una especie de heredero excedente, o sea sin contenido patrimonial hereditario. En su con-

secuencia, la condición de heredero es inalienable, la aceptación de herencia es irrevocable y los plazos suspensivos o resolutorios, así como la condición resolutoria, se consideran como no puestas.

El carácter personalísimo del título de *heres* explica este principio. Si en la institución hereditaria romana perdura aquella tradición del nombramiento de futuro jefe agnaticio, se comprenderá que el testador no puede verificar una designación bajo plazos o condiciones resolutorias que limiten su duración, pues, por su esencia propia, es una cualidad que debe subsistir indefinidamente, atendiendo, sobre todo, a la intrascendencia de que el título de heredero implique adquisición de bienes.

Como el sistema germánico está fundado en un criterio estrictamente patrimonial, de modo que el heredero simplemente adquiere bienes, por esto cabe sujetar las adquisiciones hereditarias a cuantos plazos y condiciones sean posibles.

XIV.—La doctrina romana del prelegado es de una rigurosidad lógica institucional. Según ella, el prelegado, o la parte del mismo que grave la totalidad o una cuota de la herencia atribuida al heredero prelegatario, caduca o queda vacante, y caso de existir otros llamados a la cosa prelegada, acrece a favor de éstos.

La razón de esta invalidación y acreción subsiguiente es clara. Si el heredero se subroga en toda la posición jurídica del causante, a consecuencia de ello adquirirá los bienes del mismo no dispuestos a favor de otro. Por tanto, la cosa prelegada es suya en virtud del título hereditario. Pero como el testador la dispone a favor del mismo heredero, resulta que, a título de legado, éste debe hacer suya también la cosa prelegada. Se produce, pues, una concurrencia de dos causas lucrativas, una de las cuales ha de prevalecer, pues no cabe que actúen ambas a la vez, ya que *quod nostrum est amplius nostris fieri nequit*. Ante esta pugna debe vencer la fuerza del *ius hereditarium*, a fuer de título personal, universal y más amplio e intenso. Entonces, como la cosa prelegada ya será del heredero *iure hereditario*, la disposición que ordena el prelegado es ineficaz en la parte que debe soportar el prelegatario, deviniendo, por tanto, caduco aquél e inoperante la adquisición *iure legati*.

Esta doctrina no puede tener aplicación en el sistema germánico, pues como en él todo depende de la disposición patrimonial del causante, es posible que los bienes hereditarios pasen al heredero en virtud

de títulos jurídicos diversos, perfectamente compatibles entre sí. El heredero germánico no queda investido de un título absorbente, sino limitado a la asignación patrimonial otorgada por el testador, que conservará con arreglo al respectivo título adquisitivo. El prelegado constituirá una anteparte o porción que se separa de la masa, y que percibe el prelegatario en virtud de un título de adquisición independiente del de heredero. El prelegado será, pues, un legado ordinario dispuesto a favor del heredero, y que surtirá los efectos comunes de todo legado.

XV.—En la *usucapio* romana, si el causante poseía de buena o mala fe, su heredero continuaba o sucedía en la posesión bajo la misma característica o condición. Así, si el causante era poseedor de buena fe, el heredero también lo era, aunque al entrar en la herencia tuviere mala fe posesoria.

Esta regla es una mera aplicación del criterio personal que preside la *successio* y efecto del principio de la subrogación en la misma posición jurídica del causante, así como de la concepción de que el heredero continúa la personalidad del *de cuius*.

En el sistema germánico el heredero es un simple adquirente, y por ello la transmisión hereditaria es institucionalmente tratada como un simple traspaso patrimonial, en el cual transferente y adquirente ocupan su posición jurídica propia. Por tanto, no puede haber sucesión en la buena o mala fe posesoria.

XVI.—Es regla de Derecho romano que el heredero que muere antes de haber aceptado la herencia no transmite a sus herederos ningún derecho a aquella sucesión (*hereditas delata, nondum adquisita, non transmittitur*). Salvo casos excepcionales, no se admite, pues, el *ius transmissionis*, o sea que no hay traspaso hereditario del *ius adeundi* o *delationis* derivado de una vocación sucesoria.

La explicación institucional de este principio consiste en que la delación hereditaria, de momento, no provoca ninguna adquisición patrimonial, sino el llamamiento al título personal de *heres*. Este título, derivado del antiguo conferimiento de poder doméstico al nuevo jefe familiar, se comprende que tenga carácter personalísimo o subjetivado (*cohaerent personæ*), pues debe estar influido por la idoneidad y condiciones personales del sucesor elegido. Una vez asumido el título de *heres* en virtud de la adición, los bienes hereditarios adquiridos ya se han acumulado al patrimonio propio del heredero. Por ello, de morir éste después de adir, queda extinguida la condición de heredero, pero

los bienes heredados ya figuran absorbidos como bienes de la herencia propia del heredero. Si éste fallece antes de adir, sólo hay un título hereditario que se extingue, que ha quedado inoperante; de modo que la adquisición de bienes, que era su consecuencia, no ha podido tener lugar. Aun en los casos en que excepcionalmente se daba el *ius transmissionis*, en rigor, más que adquirir, el heredero del heredero la condición de sucesor del causante, adquiriría únicamente los bienes relictos por éste.

En el sistema germánico ocurre todo lo contrario. Se admite la transmisión a los herederos del heredero, y esto porque el heredero simplemente es llamado a verificar una adquisición patrimonial, sin consideración alguna a las cualidades del mismo. Se comprende que este derecho inmediato a adquirir bienes sea transmisible hereditariamente. Además, en el sistema germánico la herencia se adquiere *ipso iure* desde la muerte del causante, salvo repudiación posterior.

XVII.—En el sistema romano el heredero instituido bajo condición suspensiva (o *sub dies incertus quando*) que muere *pendentem conditionem*, no transmite a sus herederos ningún derecho a aquella sucesión.

Las mismas razones que justifican la intransmisibilidad romana cuando el heredero fallece antes de adir, militan con más fuerza aquí, pues en este caso no hay siquiera *ius delationis*, ya que, según las fuentes, en la institución bajo condición suspensiva la delación no se produce hasta tanto que la condición se haya cumplido. Y es que el Derecho romano presupone que el causante tiene un interés especial en que le suceda la persona que determina, y esto bajo la base de que el heredero romano, como administrador o gerente del patrimonio familiar, además de las condiciones ordinarias de la *testamentifactio passiva*, que son las mínimas para adquirir bienes, debe reunir en la mente del testador circunstancias especiales de aptitud. Los herederos del heredero no le interesan al testador, pues, en otro caso, ya los llamaría, aunque fuera por vía de sustitución.

Por implicar la herencia germánica una directa adquisición de bienes, falta la base para dicha no transmisión. La lógica interna del sistema germánico impone la solución de que el derecho a heredar, o, mejor dicho, a adquirir bienes a título de herencia, es una expectativa o derecho condicionado que forma parte del patrimonio del heredero y que con su valor condicionado se transmite a los herederos de éste.

XVIII.—Por último, la falta de *testamentifactio activa* del *filius familias*, la actuación de un *ius accrescendi* de segundo grado y de tipo forzoso, o sea aun cuando no existan herederos *conjuncti*; la revocación absoluta del testamento por el mero otorgamiento de otro posterior perfecto y tantas otras particularidades romanas inexistentes en el sistema germánico, no son otra cosa que consecuencias lógicas institucionales.

* * *

Las diferentes legislaciones positivas han adoptado, con mayor o menor pureza, uno u otro de estos sistemas, formándose asimismo con ambos el inevitable tipo mixto, si bien influenciado prevalentemente por uno de ellos. Pero el examen de la evolución legislativa, que forma el interesante capítulo de la biología de las instituciones jurídicas, no es objeto de este trabajo, ya que debe concretarse éste a indicar la posición de nuestro Código civil ante aquellos sistemas sucesorios.

Tampoco es cuestión de discutir aquí acerca de las bondades y defectos de dichos dos sistemas, pues la crítica institucional del Código civil quedará limitada a señalar, simplemente, las faltas de lógica institucional en que ésta incurre al regular la materia. Por tanto, se hará caso omiso de todo elogio o repulsa. Únicamente queremos insinuar en esta ocasión que si fuera posible codificar a base de distinguir entre lo rústico y lo urbano, entre lo agrícola y lo industrial, quizá el sistema sucesorio romano encaja más en la vida jurídica agrícola o del campo. El sistema romano es vivido en gran parte en las comarcas, principalmente en las montañosas, de los territorios llamados forales, donde tiene realidad un régimen familiar robusto, de perdurabilidad patrimonial, gracias al auxilio de una legítima reducida, de usufructo viudal de tipo de regencia familiar, y a veces con el resorte del fideicomiso condicional, etc. Pero dada la imposibilidad de establecer un régimen jurídico dual, y ante la necesidad de codificar, la adopción de fórmulas amplias, de limitaciones elásticas en lo posible y de figuras institucionales de gran juego, puede permitir, bajo una visión integral, la confección de un buen Código civil de tono unificador.

Ahora bien: ¿cuál de aquellos dos sistemas hereditarios sigue el Código civil español?

Si bien algunos artículos del mismo parece como si se inspiraran en el sistema de la *successio romana*, no obstante, la mayoría de sus pre-

ceptos están informados por las líneas institucionales del sistema hereditario germánico. Esto demuestra que dicho cuerpo legal no está elaborado con perfecta lógica y con técnica científica.

El Código civil dispone que “los herederos *suceden* al difunto por el hecho solo de su muerte en *todos* sus derechos y obligaciones” (artículo 661); que no aceptando a beneficio de inventario el heredero, queda “responsable de todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios” (art. 1.003); que el heredero “que muera antes de que la condición se cumpla... no transmite derecho alguno a sus herederos” (art. 759), y que “el testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto” (artículo 739). La noción del patrimonio hereditario como *universitas* compuesta de activo y pasivo, surge en el art. 659 cuando establece que “la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte”.

No obstante, la mayoría de los artículos del Código civil se producen a base del sistema hereditario germánico. Los más importantes son los siguientes:

Es testamento, según el art. 667, “el acto por el cual una persona *dispone* para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos”.

“El testamento es válido aunque no contenga institución de heredero, o ésta no comprenda la totalidad de los bienes, y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar”, en cuyos casos se cumplirán las disposiciones testamentarias y el remanente de los bienes pasará a los herederos *ab intestato* (art. 764). Asimismo, toda la herencia puede ser distribuida en legados, en cuyo caso el problema de las deudas hereditarias se resuelve soportando a prorrata, o en la forma que determine el testador, las deudas de la herencia (art. 891). Tiene lugar la sucesión intestada cuando el testamento no contiene institución de heredero en todo o en parte de los bienes, o no dispone de todos los que corresponden al testador, en cuyo caso la sucesión intestada actuará solamente respecto de los bienes no dispuestos (art. 912, número 2.º).

Los herederos *ex re certa* siempre se consideran legatarios (artículo 768). Sólo el llamado a la totalidad o a una cuota de la herencia puede considerarse heredero, aunque no se le dé el nombre de tal. Por esto es difícil configurar en el Código civil el legado de parte alicuota.

La institución de heredero puede hacerse bajo término o condición, sea suspensiva o resolutoria (artículos 790 y 805) (1).

La doctrina romana del prelegado es silenciada en el Código civil, lo que obliga a entender que el prelegado produce los mismos efectos de todo legado ordinario.

No rige el principio romano de la sucesión por el heredero en la situación posesoria de buena o mala fe del causante (art. 442).

Se admite el *ius transmissionis* (art. 1.006), así como también existe la transmisión a favor de los herederos del heredero instituido, bajo condición suspensiva que fallece antes de cumplirse ésta (art. 799, en contradicción con el art. 759).

Además, según el artículo 660, "llámase heredero al que sucede a título universal, y legatario al que sucede a título particular", lo que da base para pensar que, al aplicar el concepto de sucesión a los legados, el Código deja de atribuir a este concepto la genuina significación de la *successio*. También el artículo 669 dice que "el testador puede *disponer* de sus bienes a título de herencia o de legado". Todo esto, unido al precepto contenido bajo el segundo párrafo de este artículo 668, da la idea de que es el *adquirir per universitatem* lo que caracteriza nuestra sucesión.

El artículo 661, de evidente sabor romano, es insuficiente para mostrar el verdadero juego de la *successio*, pues aunque el heredero se subroge, bien directamente, bien a través de la figura del patrimonio hereditario, en los derechos y obligaciones del *de cuius*, la subrogación en la misma posición jurídica del causante es cosa más amplia o extensa, pues envuelve la subrogación en situaciones jurídicas que escapan de los estrictos moldes del Derecho y de la obligación de contenido patrimonial. Así, en virtud de la teoría de los actos propios, el heredero no puede impugnar los actos que le sean perjudiciales otorgados en vida por su causante, y esto aunque haya aceptado la herencia a beneficio de inventario. Además, el heredero sucede en derechos sin contenido patrimonial, como las acciones sobre legitimidad, los *sacra* y los *iura sepulchri*.

Estas y otras normas hacen que el Código civil español deba considerarse inspirado en el sistema hereditario germánico. Pero, con todo, tampoco adopta este sistema en toda su pureza, pues, como se ha

(1) La cualidad de heredero aparece como inalienable, según se desprende del artículo 1.531 (resoluciones de 29 de agosto de 1925 y 30 de diciembre de 1930).

visto, parece como si en lo fundamental del fenómeno subrogatorio que la sucesión implica mixtificara los dos tipos examinados. Esto pone en evidencia la falta de lógica institucional de nuestro Código. Una legislación puede adoptar uno u otro sistema, pero no puede producirse a base de principios antagónicos o contradictorios.

Con Bonfante (1) se puede afirmar que en nuestro Código toda la estructura clásica de la herencia romana está completamente desvanecida; e incluso la misma *successio*. La responsabilidad personal e ilimitada por las deudas hereditarias es únicamente un principio positivo singular (2). Pero la vida jurídica desborda muchas veces las construcciones del legislador. Como dice Jerónimo González, la definición del testamento, ya censurada por el Sr. Azcárate en la discusión parlamentaria, no alteró en lo más mínimo los conceptos tradicionales, y antes sirvió para exteriorizar la falta de respeto que merece la ley escrita cuando no se ajusta a la realidad jurídica. Y reproduciendo palabras de Falcón, añade que limitar la naturaleza del testamento a sólo la disposición de los bienes es dar de esta importantísima institución una idea mezquina, desmentida por su historia y reñida con las realidades de la práctica.

La jurisprudencia parece mantener, en cuanto a la idea de la *successio*, las líneas clásicas del Derecho romano. Así, ha dicho que el heredero *encarna y continúa* la personalidad del causante (sentencias de 9 febrero 1901, 8 abril 1927 y otras, y resoluciones de 10 junio 1916, 22 septiembre 1924 y otras). Pero también se ha declarado que "frente a la orientación jurídica, que estima la transmisión hereditaria como una sucesión en la personalidad, se ha desenvuelto en nuestro Derecho, y ahora constantemente en la jurisprudencia de los Tribunales, la idea de que la herencia está constituida por la masa de bienes remanente después de pagarse deudas y legados..., afirmación que también se encuentra en refranes populares, como los de "primero es pagar que heredar" y "donde hay deudas no hay herencia" (Resolución 19 septiembre 1929). A esta noción hereditaria, de cierta consistencia ger-

(1) *Scritti giuridici varii*, I, pág. 556, nota 2.

(2) El Apéndice aragonés al Código civil acentúa el carácter patrimonial de la herencia, de manera que, como expresa la Sentencia de 6 de junio de 1934, dicho Cuerpo legal, posponiendo lo jurídico a lo económico, el artículo 44 del mismo, llega a preceptuar que la herencia se entiende siempre aceptada a beneficio de inventario y acorta las distancias existentes entre el heredero y el legatario de parte alicuota.

mánica, se inspira también la técnica notarial cuando en los testamentos emplea la fórmula "en el remanente de sus bienes instituye único y universal heredero", fórmula que la Resolución de 25 de agosto de 1923 califica de incorrecta, pues "responde más bien a un concepto económico de la herencia de gran interés en el estudio de su evolución histórica, que al concepto jurídico impuesto por nuestra legislación tradicional, especialmente por los artículos 659 y 661 del Código civil". Según la citada Sentencia de 9 de febrero de 1901, aquella fórmula notarial es contraria "al concepto legal y aun vulgar que se tiene del heredero como continuador de la personalidad del difunto".

Todo lo expuesto demuestra la deficiencia institucional de nuestro Código civil, así como permite comprobar cierto confusionismo en materias tan fundamentales. De dichos defectos no está exento el Código civil italiano ni los demás de tipo latino. Por ello, en una nueva revisión codificadora, será conveniente pronunciarse más claramente acerca de uno de dichos dos sistemas hereditarios, y así, una vez escogido el que más satisfaga las exigencias de la tradición, las necesidades nacionales y la convicción jurídica, será preciso que en su ordenamiento legislativo se guarde la lógica institucional del correspondiente sistema hereditario adoptado.

De este modo, los principios generales del Derecho, de que habla el artículo 6 del Código vigente, serán los principios institucionales del sistema elegido, pues hay que tener en cuenta que el articulado de un Código, por completo que sea, no llega a agotar toda la materia a normar. Y así, en la aplicación analógica de la ley positiva y al tratar de llenar las lagunas fatalmente existentes en los Códigos, los principios inspiradores de la institución constituirán una abundante cantera de donde el juzgador sacará los materiales necesarios para integrar la norma legal insuficiente. Entonces será cuando el llamado Derecho institucional aparecerá con todo su valor.

Y mientras tanto la reforma del Código arribe, dicho Derecho, y por ende, la lógica institucional, podrá servir de valioso auxiliar. Así, por ejemplo, la evidente contradicción entre los artículos 759 y 799 del Código civil, que tanta literatura ha producido, será fácilmente resuelta actualmente en el sentido favorable a la transmisión.

RAMÓN M. ROCA SASTRE.

Registrador de la Propiedad, Notario.
Juez de Primera instancia.