

La acción de petición de herencia

ANTONIO GULLON BALLESTEROS

Doctor en Derecho. Profesor Adjunto de Derecho Civil
en la Universidad de Sevilla.

SUMARIO: *Consideraciones generales.—Naturaleza jurídica de la acción de petición de herencia:* 1. La acción de petición como acción real. 2. La acción de petición de herencia como acción personal. 3. La acción de petición de herencia como acción mixta.—*Legitimación activa:* 1. Legitimación del comprador de herencia. 2. La acción de petición de herencia en la herencia legitimaria. 3. La acción de petición de herencia y al albaceazgo y administración de la herencia.—*Legitimación pasiva.—Efectos de la acción de petición de herencia:* 1. Relaciones entre el heredero verdadero y el aparente: a) Enajenaciones. b) Frutos. c) Pérdidas y deterioros de las cosas hereditarias. d) La cosa juzgada y el heredero verdadero. 2. Relaciones entre el heredero verdadero y los terceros.—*Prescripción de la acción hereditaria.*

CONSIDERACIONES GENERALES

Entre los efectos más importantes que produce la aceptación de una herencia destaca la facultad que tiene el heredero de reivindicar los bienes de la sucesión con la llamada acción de petición de herencia.

Un estudio general de la misma no lo poseemos en nuestro Derecho. La doctrina (1) ha dedicado atención preferente a ciertos aspectos de la actuación del heredero aparente, o bien a cuestiones parciales que surgen de la petición de herencia.

Es nuestro propósito la exposición total de la problemática de este instituto.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA

Uno de los múltiples problemas complejos que presenta la acción objeto de nuestro examen es el relativo a la determinación de su exacta naturaleza. La postura de los autores varía, según fijen su atención

(1) JORDANO BAREA: *La teoría del heredero y la protección de los terceros.* Anuario de Derecho Civil", tomo III, págs. 668 y ss.

TRULLENQUE SANJUÁN: *La "actio petitio hereditatis."* "Revista General del Derecho", 1948, págs. 395 y ss.; 466 y ss.

sobre cualquiera de los elementos que entren en juego en la materia: la restitución de los bienes, la cualidad personal del heredero, la naturaleza de la herencia, etc. Vamos a exponer cada una de las teorías que sobre la cuestión se pueden dar.

I: *La acción de petición como acción real.*

No cabe duda de que la a. p. h. puede considerarse como real, siempre y cuando admitamos que el patrimonio hereditario es un objeto único, sobre el cual el heredero tiene un derecho absoluto, de la misma forma que puede ser propietario de una cosa corporal. En una palabra, la herencia tendría el carácter de una «universitas», dando a este término la significación de algo que trasciende de los objetos individuales que componen el patrimonio hereditario, y resultado, a su vez, de la consideración del mismo como un todo único. A juicio de MESSINEO (2), ello permitiría la comprensión de algunos fenómenos que se dan en el ámbito de la sucesión hereditaria, tales como el paso de las deudas hereditarias al heredero, el hacer posible la posesión de los bienes hereditarios aun sin el elemento de hecho (*corpus*), el motivo por el cual una herencia onerosa es una herencia, y la entrada del heredero en las relaciones particulares como consecuencia inmediata de la sucesión en la totalidad indistinta e indeterminada de las relaciones patrimoniales.

La idea de la herencia como «*universum ius*» ha sido seguida en nuestra Patria por algunas decisiones jurisprudenciales. La resolución de 1 de diciembre de 1927 veía en la herencia una entidad independiente en cierto modo de los elementos que la componen, dando base, junto con otras resoluciones del mismo sentido, a la construcción del llamado derecho hereditario «*in abstracto*».

Prescindiendo en este momento de la exposición de los intrincados problemas que plantea la doctrina de las universalidades, notemos tan sólo cómo la doctrina en esta materia se inclina unánimemente a rechazar la posibilidad de que frente a los bienes que forman el patrimonio hereditario exista un objeto sobre el cual el heredero tenga un derecho distinto del que le corresponde sobre aquéllos (3).

(2) *L'eredità e il suo carattere di "universum ius"*. "Rivista di Diritto Civile", 1941, págs. 365 y ss.

(3) BONFANTE sometió a una revisión, por lo que al Derecho romano se refiere, la tesis tradicional de la herencia como «*universitas*». La misma es palabra introducida por influencias greco-orientales en el período justinianeo. En el derecho clásico no existía un único acto de adquisición, sino traspaso en bloque de un conjunto de cosas, un único acto de transmisión. Vid. sus trabajos: *La successio in universum ius e l'universitas; Il concetto dommatico dell'eredità nel diritto romano e in il diritto moderno; La formazione scolastica della dottrina dell'universitas*, en «*Scritti giuridici vari*», Torino, 1926, t. I. Contra: BORTOLUCCI: *La hereditas come universitas e successione nella personalità giuridica del defunto*. "Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano", vol. XLII, 1934, págs. 150 y ss.

ALBERTARIO, *La critica della critica*, "Bulletino" cit., págs. 550 y ss., rebate los puntos de vista en que se apoya la tesis de BORTOLUCCI. Modernamente,

FERRARA (4), a quien sigue CHAMORRO (5), afirma que el derecho sobre el complejo no expresa más que la "relación de titularidad" sobre las cosas que ya pertenecen a alguien. CASTRO (6), exigiendo la determinación exacta del objeto para la existencia del derecho subjetivo, excluye a la "universitas" como objeto de derechos. Sobre el patrimonio no existe un derecho subjetivo, sino una titularidad o cualidad jurídica que determinará el ser sujeto de una multiplicidad de derechos subjetivos concretos. BARBERO (7), en un fundamental trabajo sobre la materia, rechaza la posibilidad de que la "universitas" sea considerada como poseyendo una realidad ontológica. A su juicio, no es más que un modo lógico de concebir esos distintos objetos que componen el patrimonio, únicos que poseen realidad lógica, modo, por otra parte, relativo, que depende más que nada de un dato formal: la consideración legal. Por ello ve en el juicio de petición de herencia una muestra de la consideración de la misma en este sentido. Según COSSIO (8), "si concebimos la herencia como un objeto de derecho distinto de los elementos distintos que la integran habíamos de llegar a una conclusión absurda, porque, una de dos: o ese derecho real recae sobre la totalidad de la masa (bienes, derechos, obligaciones), en cuyo caso puede ocurrir que representando ésta solamente un pasivo en la hipótesis de que no hubiera bienes de ninguna clase, se dé un derecho sobre una masa de deudas, lo que carece de sentido, o bien tal derecho recae sólo sobre el posible activo, en cuyo caso no se trataría propiamente de un derecho sobre la herencia, sino únicamente sobre los elementos restantes "deducto aere alieno". Pero este derecho no sería sobre bienes determinados, porque entonces se identificaría con los derechos concretos que sobre esos mismos bienes recayesen, siendo ociosa tal duplicación, sino sobre una porción que aún no se habría determinado, y que tal vez, en realidad, no pudiera nunca llegar a determinarse por no existir o por quedar totalmente absorbida por las deudas (en el supuesto de beneficio de inventario). Se trataría, pues, de un derecho que podía carecer de objeto, lo cual es jurídicamente imposible, o de una manera expectativa, que sólo se convertiría en derecho en el caso de que pagadas las deudas quede remanente hereditario."

BIONDI: *La dottrina giuridica della universitas nelle fonti romane*, "Ius", 1955, págs. 254 y ss., vuelve a la concepción de la "universitas".

(4) *Trattato diritto civile italiano*, vol. I, Roma, 1921, pág. 748.

(5) *Los derechos hereditarios*. "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1941, tomo CLXIX, págs. 312 y ss.

(6) *Derecho civil de España*, I, 2.ª ed., Madrid, 1949, págs. 583 y s.

(7) *La universalità patrimoniali*, Milán, 1936, págs. 2 y ss.; 50 y ss.; 82 y ss., y págs. 244 y s.

(8) *Instituciones de derecho hipotecario*, 2.ª ed., Barcelona, 1956, páginas 297-298. Dice LACRUZ (*Derecho de sucesiones* de J. BINDER, trad. esp. y notas del citado autor, Barcelona, 1953, pág. 281) que nunca es objeto de la p. h. el caudal relicto concebido como un objeto único, como una cosa universal.

Es decir, no podemos basarnos para admitir el carácter real de la acción de petición en una supuesta unidad de la herencia con independencia de los bienes. Es común a los defensores de esta tesis (9) la alegación de que si la herencia no tuviese el carácter de "universum ius", sería superflua la acción de petición, bastando que el heredero ejercitase la acción de reivindicación ordinaria respecto a los derechos sobre bienes singulares. Sin embargo, esto no significa precisamente que la herencia se conciba como unidad abstracta. Una cosa es que el heredero pueda reivindicar *todos* los bienes de la herencia mediante el ejercicio de una sola acción, y otra que *todos* esos bienes formen un único objeto. Este mismo argumento pudiera esgrimirse, como lo hace BARBERO, para afirmar el carácter lógico de la universalidad hereditaria. Además, se olvida que si la acción ha de dirigirse contra el que posee, resulta que si los bienes son poseídos por más personas, no por un solo heredero aparente, la misma no puede tener por objeto ya un todo unitario. Si, por el contrario, la acción se dirige contra un solo poseedor, es claro que éste no posee los bienes como "poseedor de la herencia", por haberse confundido con su patrimonio. La *individualización* de dichos bienes como elementos de la herencia se hará entonces probando que sobre cada uno de ellos tenía la titularidad el difunto (10). Desde otro punto de vista puede criticarse la tesis en examen. Si admitiésemos, con BIONDI (11), que la herencia presenta una característica particular respecto a otras universalidades en las que no existe la formación de una unidad nueva y diversa, sobre las cuales, en una palabra, se constituyen las mismas relaciones que sobre las cosas particulares; y es que, por el contrario, se considera verdaderamente como una entidad "per se", sobre la que el heredero tiene un derecho nuevo y diverso del que posee sobre cada uno de los elementos singulares que la componen, ¿cómo —nos dirá CICU (12)— se puede pedir la entrega de una entidad calificada como abstracta y se puede utilizar la petición de herencia para la reivindicación de parte del patrimonio hereditario?

Después de este examen escueto de la posibilidad de fundar el carácter real de la acción de petición en una doctrina ontológica de la herencia como universalidad, podemos preguntarnos si de las conclusiones negativas deducidas hemos de afirmar que la acción hereditaria no tiene un carácter real. A esta postura llega TRULLENQUE (13)

(9) MESSINEO: *L'eredita* cit.; BIONDI: *I beni*, Torino, 1956, pág. 116.

(10) Vid. CICU: *Successioni per causa di morte*, Milán, 1954, pág. 224. Niegan también la existencia de esa entidad abstracta: NICOLO, *Successioni nei diritti*, "Nuovo Digesto italiano", tomo XII, parte I, pág. 986; VOCINO, *Contributo alla dottrina del beneficio d'inventario*, Milán, 1953, págs. 50 y s.; MENGONI, *L'istituzione di eredere "ex certa re" secondo l'art. 588, comma 2, C. c.*, "Rivista di diritto e procedura civile", 1948, págs. 754 y ss.

(11) *I beni*, pág. 116.

(12) *Ob. y loc. cit., supra.*

(13) *La actio petitio hereditatis*. "Revista General del Derecho", 1948, pág. 469.

cuando nos dice que la misma es una acción universal fundada en un derecho absoluto no real, pues sobre este ente inconcreto y vago como es la herencia no se puede ostentar derecho real alguno. LACRUZ BERDEJO (14) tampoco estima acertado calificar de real a la petición de herencia por el hecho de dirigirla contra cualquier poseedor que tenga las condiciones para ser legitimado pasivamente que después diremos, pues el reconocimiento del derecho sucesorio del demandante, que forma su fase esencial, se logra mediante acciones personales.

Indudablemente, la afirmación de TRULLENQUE es cierta, aunque no de modo absoluto. Ella no significa que neguemos en el heredero la existencia de un derecho a la reivindicación de todos y cada uno de los bienes que forman el patrimonio hereditario. No cabe duda de que a este respecto la herencia es considerada como un objeto, no distinto de los singulares bienes, sino producto de una ficción legal que responde a una necesidad: la de evitar que el heredero tenga que acudir a las acciones que ha recibido del difunto para poder pedir la restitución de los bienes hereditarios. El heredero reclama los bienes hereditarios, a los que tiene derecho por su título, que es universal. Para darnos exacta cuenta de lo que representa la conceptualización de la herencia "sub specie universitatis", pensemos que la petición de la misma es lo que la acción reivindicatoria a la propiedad. El derecho del heredero a los bienes de la sucesión postula la restitución de los mismos, y ese es el motivo por el que se ejercita la acción.

Por otra parte, tampoco podemos afirmar que el reconocimiento de la cualidad hereditaria se logra mediante el ejercicio de las acciones personales, ya que no poseemos en nuestro Derecho esa distinción, dentro de la petición de herencia, entre la acción en que puramente se pretende el reconocimiento del título hereditario —es decir, una acción puramente declarativa— y aquella que tiene por objeto la restitución de bienes hereditarios. Por el contrario, en nuestro sistema, la "vindicatio hereditatis" se presenta con la especialidad de ser una acción distinta de las que existen en la sucesión concedida por la ley al heredero, que exige, como toda acción de condena, la previa declaración o constatación del derecho. No se ejercitan, por tanto, dos acciones distintas para conseguir la misma finalidad.

Opinión original es la que ha mantenido SCHLESINGER (15). Para dicho autor, el derecho subjetivo del heredero debe considerarse como absoluto, y por ello la acción tiene naturaleza real, en cuanto nace de la violación de ese derecho absoluto. El heredero tiene el derecho de pretender de todos los terceros que ninguno se atribuya los bienes hereditarios, y por tanto, verificándose tal cosa, es necesario la eliminación de la situación jurídica creada, con la restitución al heredero del bien en cuestión. Entonces, decimos nosotros, siguiendo el mismo razonamiento, debíamos admitir que la acción que le corresponde al titular de un derecho de crédito lesionado —no se olvide que también los

(14) *Ob. cit.*, pág. 282.

(15) *La petizione di eredità*, Torino, 1957, pág. 199.

derechos de créditos llevan en sí esa obligación de respeto a cargo de los terceros (16)— sería una acción real, cosa que está en desacuerdo con el carácter personal que siempre se le atribuye.

En el fondo, lo que se pretende al hablar de ese derecho absoluto es considerar como derecho real el derecho del heredero sobre la herencia (17), entendida como “universitas” ontológica.

2. *La acción de petición de herencia como acción personal.*

Ha sido PILLET quien ha mantenido radicalmente la tesis de que el objeto de la petición de herencia no es más que la declaración de la cualidad de heredero (18). Una vez hecha esta declaración a su favor, con el ejercicio de las acciones que le ha transmitido el difunto, y no por medio de la petición, el heredero obtiene la restitución de los bienes hereditarios que se encuentran en poder del heredero demandado.

Toda acción de petición de herencia, según esta concepción, comprende dos acciones distintas, siendo la primera particular del heredero. Una acción de declaración de derechos hereditarios fundamenta el ejercicio de las acciones que pertenecen al difunto. La única acción que tiene el heredero y que no tenía aquél es la petición de herencia, acción compleja, que consta de dos elementos; uno de carácter fijo y otro variable. El primero es la acción declarativa del derecho hereditario, preliminar indispensable de toda persecución ejercitada contra una persona que niega en el reclamante un derecho de sucesión que ella pretende atribuirse. El elemento variable es la acción hereditaria, objeto último de aquella persecución que da a la precedente el interés que le falta para ser actuada, de acuerdo con la regla “donde hay interés hay acción”. Ahora bien, supuesto de que se reivindicue un patrimonio, subordinado ello al resultado de la discusión preliminar sobre la herencia, ¿cuál es en este caso la acción a la cual precede la

(16) Vid. nuestro trabajo: *En torno a los llamados contratos en daño de tercero*. “Revista de Derecho Notarial”, abril-junio 1958.

(17) L. FERRI. Recensión a la obra de Schlesinger. “Rivista di diritto e procedura civile”, 1957, pág. 753.

(18) *Essai sur la nature de la pétition d'héritité*. “Revue critique de législation et de jurisprudence”, París, 1884, págs. 210 y ss. Es de notar que la doctrina pandectística discutía si la petición de herencia era una “vindictio hereditatis” en el sentido objetivo (la herencia) o en el subjetivo (el derecho hereditario). WINDSCHEID (*Diritto delle Pandette*. Trad. ital., Torino, 1925, vol. III, pág. 367, nota 3) cree que esta controversia es ociosa. Si se parte de la concatenación de los conceptos, parece innegable que para los romanos la p. h. aparece como la reivindicación de una cosa. Pero esta cosa consta de derechos, respecto a los cuales el actor afirma que son suyos, o, en otros términos, que él es heredero del difunto. Pero también en la reivindicación el actor afirma que la cosa es suya, es decir, que tiene el derecho de propiedad sobre la misma, y, sin embargo, ninguno dice que la reivindicación sea “non rei”, sino “dominii vindictio”. Un valor práctico puede tener la opinión de que la p. h. mira a la “hereditas” en sentido subjetivo, si con ella se quiere llegar a la consecuencia de que la acción hereditaria puede establecerse sin retención de hecho de la herencia, frente a la simple impugnación verbal del derecho hereditario.

petición de herencia? No hay duda alguna de que se trata de una acción que no estaba en la sucesión. Nadie puede reivindicar un patrimonio de la misma manera que una cosa singular perdida. Es precisamente esta circunstancia de hecho lo que determina a conceder esta facultad o acción general al heredero. A falta de un texto legal que diga que el derecho del titular sobre un patrimonio no es complejo, sino simple, hemos de entender, basados también en la identidad entre derecho y acción, que esa facultad de orden general al heredero no es única, sino una serie de acciones diversas correspondientes a los distintos derechos de que ese patrimonio se halla compuesto. El heredero no tiene que ejercitar separadamente las mismas. Presentan la más estricta conexión, y deben de ser comprendidas todas en una misma demanda.

En análogo sentido se expresa un importante sector de la doctrina más moderna (19). Según la misma, lo que en realidad se quiere en la petición de herencia es el reconocimiento de la cualidad de heredero, y no la restitución del bien, que es una consecuencia del reconocimiento antedicho. La base fundamental de esta concepción se apoya en centrar todo el peso de la acción sobre el aspecto declarativo. Significativas son las palabras de NICOLO sobre la materia. En la petición de herencia —dice (20)— la declaración del derecho y lo relativo a la condena tiene una configuración distinta de la normal, ya que, en términos generales, mientras la función de declaración, preliminar a la de condena, se desenvuelve sobre el mismo objeto (relación o estado litigioso) sobre el cual deberá incidir la sentencia de condena, por el contrario, en nuestra acción la declaración se refiere, no ya al particular derecho controvertido, sino a la cualidad de heredero del actor, y la condena, a la particular relación aducida en juicio.

La tesis de la p. h. como acción personal es inadmisibles. Al pensamiento de PILLET se le ha opuesto que va contra la tradición, porque la petición ha sido siempre considerada como conteniendo a la vez la declaración de heredero y la restitución de bienes hereditarios (21). Por otra parte, la distinción entre la acción que el heredero ejercita por sí mismo y la del difunto no es exacta. Es falsa, dicen PLANIOL y RIPERT (22), en la hipótesis de que la petición se traduzca, no en una mera reivindicación, sino en una acción de división o de reducción (heredero omitido, reservatario desconocido dirigiéndose contra los herederos o legatarios universales). El actor no se vale enton-

(19) NICOLO: *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*. "Annali Messina", 1934-1935, pág. 117; MESSINEO: *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. III, parte 2, Milán, 1952, pág. 453; PINO: *La tutela del legittimario*, Padova, 1954, pág. 85, n. 26.

(20) *Op. cit.*, págs. 117 y s.

(21) BAUDRY-LACANTINERIE ET WAHL: *Traité théorique et pratique de droit civil*. "Des successions", tomo I, París, 1905, pág. 673.

(22) PLANIOL-RIPERT-MAURY-VIALLETON: *Traité pratique de droit civil*. "Successions", París, 1928, pág. 398.

ces de las acciones del difunto, sino de sus derechos personales a la partición o a la atribución de la reserva.

Además, si nos fijamos en el articulado de nuestro Código civil dedicado a la petición, observaremos claramente cómo el objetivo fundamental de ésta es la reivindicación de los bienes hereditarios. El artículo 1.016 habla de "acción para reclamar la herencia". El artículo 1.021, más concretamente, dice en su comienzo: "El que reclame judicialmente la herencia de que otro se halle en posesión". En este mismo sentido se expresa la jurisprudencia. La sentencia de 18 de marzo de 1951 afirma que mediante la p. h. puede reclamarse toda una masa hereditaria con su activo y pasivo, sin concretar nominalmente sus componentes.

De la naturaleza de la acción declarativa se deduce la imposibilidad de encajar en ese molde la auténtica petición hereditaria. Precisamente la doctrina y la jurisprudencia ha considerado unánimemente que no todo poseedor de los bienes hereditarios está legitimado pasivamente en el juicio de petición. Si nos encontrásemos en presencia de una mera actuación en declaración de la cualidad de heredero, no existiría ningún inconveniente para que pudiese ser propuesta la p. h. contra todo poseedor, dado que la sentencia declarativa no tiene fuerza por sí misma para provocar una inmediata ejecución (23). Por el contrario, en la realidad jurídica ocurre qué, invocado por el poseedor un título de adquisición singular, queda a salvo de la posibilidad de ser obligado a la restitución por la petición.

Ello no significa, sin embargo, que el heredero no pueda pedir la declaración de su cualidad, a lo cual tiene perfecto derecho como cualquier titular de una relación jurídica en el caso de que se discuta. Lo único que quiere decir es que la p. h. no se confunde con una acción meramente declarativa. El ejercicio de la acción hereditaria *presupone* la cualidad de heredero en el actor, que la ha de probar. El juez comprueba ésta, pero no hace declaración expresa acerca de la misma únicamente. De la misma manera que en la acción reivindicatoria, en la que el titular ha de ser propietario y probar su cualidad, el actor en el juicio de petición prueba su derecho a la herencia y pide su entrega. Si se accede a esto último, es porque se le ha estimado como tal heredero (24).

(23) GUASP: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, tomo I, Madrid, 1943, pág. 346. La sentencia de 3 de mayo de 1944 declaró, en cuanto a los efectos de la acción, que "se detiene en los límites de una declaración o expresión jurídica del pretendido derecho, y sin aspiraciones de ejecución en el mismo pleito, aunque pueda tenerlas el ulterior proceso".

(24) TRULLENQUE (*Ob. cit.*, págs. 467-473) no acierta a ver la diferencia entre la mera acción declarativa y la mera prueba del título de heredero con el que se reclama la herencia. "El primer propósito—dice—que persigue la p. h. es obtener el reconocimiento del título de heredero... y ahora ya es tiempo de afirmar que a esta acción se le debe asignar carácter declarativo" (pág. 467). Después distingue otra acción que mira a la restitución de los bienes hereditarios. ¿Distinta? Parece que no, ya que afirma: "a esa acción que *completa el contenido* de la p. h. la calificamos nosotros de acción universal

Pero suponiendo que la que se reivindicase por medio de la p. h. fuera el simple título de heredero, ¿cómo podría explicarse el hecho de que la acción pueda ser dirigida contra el que posee sin ningún título? De modo evidente se comprueba en ese supuesto que la restitución de los bienes hereditarios es lo que se persigue en ella.

Dentro de la tendencia a ver en la p. h. una acción personal, cabe señalar un grupo de autores que ven en la misma la defensa del "status" de heredero. El fundamento de ello consiste en explicar el fenómeno sucesorio producido por la adquisición de bienes del difunto, mediante la previa atribución de una cualidad personal —el título de heredero— a una determinada persona (25). Tal tesis ha sido acerbamente criticada por CICU (26). Ni por el modo de operarse la transferencia de bienes —mediante el subentrar del sujeto en el puesto del difunto— ni de los particulares efectos que la ley atribuye a ello, se puede deducir que la cualidad de heredero sea una cualidad personal. Si se quiere hablar de ella, hay que hacer notar que no tiene otro significado que el de la indicación de la cualidad de la herencia, así como el adquirente de cualquier bien o complejo de bienes tiene la cualidad de propietario o titular del derecho relativo a los mismos. La cualidad de heredero deriva de que ha sido llamado en la totalidad de los bienes o en una cuota de ellos.

En el fondo, lo que se quiere expresar con esta idea es el distinto significado que tiene el heredero en el Derecho romano y moderno. En el primero, la adquisición del patrimonio en bloque derivaba de la titularidad previa del título de heredero. En los Códigos modernos, el título de heredero y el fundamento mismo de la herencia dependen exclusivamente de la atribución de la universalidad o una cuota de bienes. Por lo que se refiere a nuestro Derecho, es necesario tener en cuenta las dos condiciones fundamentales de la institución; que quede patente la voluntad del testador de nombrar heredero y, además, que éste lo sea en la totalidad o en una parte alicuota de la herencia (27).

fundada en un derecho absoluto no real" (pág. 469). Con ello se llega a resultados contradictorios con las reglas de la p. h. La primera acción, como el mismo autor reconoce (pág. 469), se puede proponer contra todos (¿querrá decir contra todos los poseedores de los bienes hereditarios, que son los únicos que le niegan de hecho su cualidad al heredero?); pero entonces tendríamos que legitimar pasivamente a todos esos terceros contra los que se propone la acción declarativa cuando se trata de la restitución de los bienes hereditarios, ya que, recordemos, esa segunda acción va englobada con la primera, lo cual, como veremos al tratar de la legitimación pasiva, es totalmente inexacto. TRULLENQUE no ha hecho el estudio de dicha legitimación pasiva, con lo cual no ha podido apreciar la falta de fundamento de su tesis. También por ello admite la imprescriptibilidad de la acción de petición (pág. 472), dado que anteriormente había declarado imprescriptible la acción declarativa del título, en contraste con la jurisprudencia y con la verdadera esencia de la p. h.

(25) NICCOLÓ: *Ob. cit.*, págs. 109 y s.; VOCINO: *Ob. cit.*, págs. 44 y ss.; NATOLI: *L'amministrazione dei beni ereditari*, Milán, II, págs. 75 y s.; TRULLENQUE: *Ob. cit.*, pág. 468.

(26) *Ob. cit.*, págs. 16 y ss.

(27) IGLESIAS SANTOS: *La herencia en el Derecho romano y en el Derecho*

3. La acción de petición de herencia como acción mixta.

En el derecho moderno (28), de la consideración de los fines que se pretenden conseguir con el ejercicio de la acción, llegan ciertos autores a afirmar que la p. h. tiene una naturaleza mixta; contiene, a su vez, una demanda en reconocimiento de la cualidad de heredero —y por ello es personal— y una reivindicación general del patrimonio —por lo que es real (29)—.

No cabe admitir este criterio. La acción mixta, calificala por la jurisprudencia y la doctrina de concepto artificioso, resultado de una acumulación de acciones que obliga a discernir a efectos de competencia cuál es la principal y cuál la subordinada, no es fundamento para asentar en él la naturaleza de la p. h. “No cabe hablar —dice GUASP (30)— de acciones mixtas, desde el momento en que no existen derechos mixtos como una categoría distinta de los absolutos y relativos, reales y personales; por otra parte, el reservar esta denominación para los supuestos de acumulación procesal de una acción personal y una acción real tampoco es admisible, porque en tal caso debe de determinarse la competencia con arreglo a la que se considere como acción principal y no por aplicación de las normas contenidas en el número 4 del artículo 65. De este modo llegamos al resultado de que las acciones mixtas no existen en cuanto tales.”

De esta teoría a la negación de la autonomía de la p. h. no hay más que un paso, y por ello se ve por MIRIDI (31) en la acción here-

moderno. “Anales de la Academia Matritense del Notariado”, tomo VI, páginas 37 y ss., en especial 58-61; PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho civil español*, tomo V, vol. I, Madrid, 1954, pág. 24, nota 25.

(28) En el Derecho romano, dice BIONDI (*Diritto ereditario romano*, Milán, 1954, pág. 387), se encuentra la p. h. entre las acciones mixtas, concebidas “tan in rem quam in personam” (Inst. 4, 6, 20). Sin embargo, no es explícitamente incluida entre dichas acciones en el mencionado pasaje, sino que como tal es considerada en el Código (3, 31, 7). A ello se llega porque podían deducirse mediante ella derechos personales, “praestationes”. Justiniano consideró que las prestaciones alteran el carácter real de la acción. Participa, pues, la p. h. de la acción real, en cuanto se puede ejercitar contra cualquiera; de las acciones personales, en cuanto deducen una responsabilidad. Vid. en el mismo sentido, ARANGIO RUIZ: *Istituzioni di diritto romano*, 1934, pág. 541. Según LONGO (*L’hereditas petitio*, Padova, 1933, págs. 76 y ss.), los juristas postclásicos y justinianos, fijando su atención no en los motivos procesales—la estructura de la fórmula en el juicio de la p. h. era del todo análoga a la “vindicatio”, es decir, a una “actio in rem”—, sino en el objeto, construyen una “actio mixta tan in rem quam in personam”. En el Derecho moderno, al contrario, no se niega el carácter real—dentro de las doctrinas mixtas—porque recaiga sobre derechos personales, sino por la cualidad de heredero que se pretende sea reconocida. Vid. sobre la naturaleza de la acción en el Derecho Romano, GARCÍA GARRIDO: *La “hereditatis petitio”*. “Anuario de Historia del Derecho”, 1956.

(29) BAUDRY-LACANTINIÈRE: *Ob. cit.*, pág. 675; ROSSEL Y MENTHA: *Manuale de droit civile suisse*, tomo II, 2.ª ed., pág. 206.

(30) *Ob. cit.*, pág. 350. Vid. las sentencias de 7 de diciembre de 1940 y 2 de julio de 1941.

(31) *Contributo allo studio della “petitio hereditatis”*. Temi Emiliana, 1931, II.

ditaria una naturaleza personal, real o mixta, según los objetos que se reclamen; créditos, cosas corporales u objeto de ambas categorías.

La crítica hecha por BAUDRY-LACANTINERIE a esta tesis, también sostenida por autores franceses, se basa en que la p. h. recae sobre una universalidad, y no sobre valores determinados. Por otra parte, la acción no será mixta si en la sucesión hay objetos corporales e incorporales. Este carácter sólo se le puede dar teniendo en cuenta que ella es a la vez personal y real (32).

Pero esta argumentación no es válida. Ni la p. h. recae sobre una universalidad, ni impide que se reivindique parte de la masa hereditaria solamente, ni es posible admitir la existencia de tal acción mixta, como hemos dicho. La acción hereditaria tiene una independencia y sustantividad indudable frente a las que posee el heredero del difunto como consecuencia de la sucesión. Si el heredero actuase mediante éstas, tendría que probar una serie de presupuestos que no le hacen falta acudiendo a la p. h. Sólo podría obtener la restitución cuando prueba la pertenencia del derecho, si obra en sede petitoria, o cuando concurren los presupuestos del despojo, si lo hace en la posesoria (33). En el mismo sentido, dice LACRUZ BERDEJO (34), que las acciones singulares presuponen la cualidad de heredero, y en la p. h. dándose por válidos los títulos que sirvieron al causante para adquirir los bienes, lo que se discute es precisamente esa cualidad que el demandado niega.

LEGITIMACIÓN ACTIVA

Como principio general se puede afirmar que puede utilizar la acción todo heredero, sea testamentario o legítimo, haya aceptado o no la herencia a beneficio de inventario, etc. La duda surge cuando no sólo hay un heredero llamado, sino varios. ¿Puede ejercitar el coheredero la petición?, y en caso afirmativo, ¿qué objeto tendrá la misma? No cabe ninguna dificultad en aplicar la norma general antedicha que permitirá al coheredero el ejercicio de la acción. La discrepancia puede surgir respecto de la segunda cuestión.

El Derecho romano parece acoger el criterio de legitimar al coheredero sólo por su parte (35), seguido en la actualidad por la doctrina italiana ante el silencio del nuevo Código sobre la materia (36). En nuestro Derecho pudiera argumentarse en favor de la persecución de la herencia en conjunto, basados en la doctrina jurisprudencial relativa al ejercicio de las acciones de la comunidad por cualquiera de los

(32) *Ob. cit.*, pág. 672 y nota 2.

(33) SCHLESINGER: *Ob. cit.*, págs. 177-178.

(34) *Ob. cit.*, pág. 271.

(35) Dice ULPIANO (D. 5, 4, 1, 1): "qui hereditatem vel partem hereditatis petit, is non ex eo metitur quod possessor occupavit, sed ex suo iure: ed ideo sive ex asse heres sit, totam hereditatem vindicabit, licet tu totam hereditatem possideas."

(36) MESSINEO: *Ob. cit.*, pág. 453; SCHLESINGER: *Ob. cit.*, pág. 16.

titulares. "Debe considerarse como doctrina inconcusa —señala la sentencia de 4 de abril de 1921— la de que cualquiera de los partícipes puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a los derechos de la comunidad, ya para ejercitarlos, ya para defenderlos, en cuyo caso la sentencia dictada a su favor aprovechará a sus compañeros, sin que les perjudique la adversa o contraria" (37).

Contra ello también se puede alegar que es discutible la aplicación de la citada doctrina, cuando lo que se ejercita es la acción de petición, es decir, una acción completamente distinta de las que existen en la sucesión —y, por tanto, en la comunidad hereditaria—, que la ley concede al heredero para su defensa. Pero resulta difícil pensar que, no existiendo atribución determinada y específica a favor del coheredero que la ejercida precisamente por el hecho de la indivisión, sea posible la reclamación de una parte y no del total.

Puede ocurrir que el coheredero accione contra el poseedor de la herencia, no creyéndole un poseedor sin ningún derecho a la herencia, sino un heredero en todo aquello en lo que no lo es él. El supuesto es similar al que se produce cuando un coheredero reclama de los demás su cuota. Entonces, la acción de petición tiende a confundirse con la acción para pedir la división de la herencia. Dado que lo que se pretende es ejercitar la acción para pedir la restitución de su parte, la reclamación de la partición se encontraría incluida en la acción de petición de herencia. Pero son dos cosas distintas, a nuestro juicio. Al heredero puede interesarle no la determinación concreta sobre los bienes hereditarios de su derecho, sino que se le restituya la parte que siendo propiedad de él está en manos de los otros coherederos. Con la petición puede intentar esto último. La acción de petición, dicen acertadamente PLANIOL y RIPERT (38), sería previa a la partición, ya que ésta supone que la cualidad de heredero no es negada por ninguno de los coherederos, sin que ello signifique una distinción de juicios (39), pudiéndose acumular en el mismo juicio las dos acciones (40).

(37) ROCA SASTRE: *Notas a la trad. esp. de la obra de KIPP: Derecho de sucesiones*. Barcelona, 1951, tomo I, pág. 378. LACRUZ (*Ob. cit.*, pág. 278) dice: "El coheredero, de ordinario, sólo podrá ejercitar la acción en beneficio de la comunidad hereditaria." FERRANDIS VILELLA (*La comunidad hereditaria*. Barcelona, 1954, pág. 161) cree que, por la función que realiza, la p. h. tiene un carácter semejante al de la acción reivindicatoria. El coheredero puede ejercitar la acción de petición de herencia por la cuota que le corresponde y, si la acción prospera, aprovechará también a los otros herederos.

(38) PLANIOL-RIPERT-BOULANGER: *Traité élémentaire de droit civil*. París, 1948, tomo III, pág. 727.

(39) CICU: *La divisione ereditaria*. Milán, 1947, pág. 62.

(40) DEGNI: *Petizione di eredità*. "Nuovo Digesto Italiano", tomo IX, página 1115. SCHLESINGER (*Ob. cit.*, pág. 17) dice que la acción de petición no es previa a la división. Previa a ésta es la declaración de la cualidad de heredero, lo cual no es el resultado al que tiende la p. h. Se lleva, como fácilmente se aprecia, hasta sus últimas consecuencias el carácter restitutorio de la petición, olvidando que eso mismo se pretende al afirmar la prejudicialidad de la acción petitoria respecto a la divisoria. Sólo que, en este caso, el coheredero no quiere la entrega de bienes concretos y determinados, sino tan sólo la parte que le

Una vez aclarado el principio general dominante en la legitimación activa de la p. h., vamos a examinar algunos supuestos donde puede parecer dudosa su utilización.

1) *Legitimación del comprador de herencia.*

Ha sido CICU (41) quien en la actualidad ha negado la posibilidad de que el comprador de una herencia puede ejercitar la p. h. El adquirente de la herencia no sucede ni al difunto ni al heredero, no existiendo frente a aquél las razones que justifican el trato de favor dado al heredero con la concesión de la acción. Admite, no obstante, que pueda obrar en este sentido mediante la acción subrogatoria (42).

Esta tesis presupone una idea fundamental; la acción de petición corresponde *únicamente* al heredero. Ello lo deducimos de la necesidad de acudir a la vía subrogatoria en que se ve el comprador. No olvidemos que, conforme al artículo 2.900 del Código italiano de 1942, el acreedor, para asegurar que serán satisfechos o conservados sus derechos, podrá ejercitar los *derechos y acciones que corresponden al propio deudor* contra los terceros, siempre que el deudor no lo haga, y que dichos derechos y acciones en cuestión tengan contenido patrimonial, no tratándose de aquellos que por su naturaleza o por disposición legal sean de imposible utilización por quien no sea titular de los mismos.

La cuestión creemos que se enfoca erróneamente de este modo. Una cosa es que el comprador de la herencia no tenga una *autónoma* acción de petición frente al poseedor de la herencia, y otra muy distinta que, debido a los efectos producidos por la venta de la herencia, el comprador no adquiera dicha acción. No existe ningún motivo para tener vinculada ésta a la persona del heredero, desde el momento en que se supone su carácter patrimonial y transmisible al considerarla objeto de la acción subrogatoria. No puede aislarse, pues, como se ha pretendido por algún autor (42 bis), lo relativo a la naturaleza de la p. h. de la posibilidad de que pase al adquirente de los bienes hereditarios.

Pero aun prescindiendo de todas estas consideraciones, la tesis de CICU sería inaceptable para nuestro Derecho, donde la acción subrogatoria tiene una finalidad propiamente ejecutiva, a diferencia de la regulada por el Código italiano. Caso contrario, realmente se podría afirmar que el comprador no tendría casi nunca la posibilidad de utilizar la p. h., por tener que aguardar a que se produzcan todos los pre-

corresponde en la comunidad. Si le interesa aquella atribución, pedirá también la división de la comunidad hereditaria.

(41) *Successioni...* cit., págs. 231 y s.

(42) Admitían la legitimación del comprador con anterioridad a la posición de CICU: N. COVIELLO: *Delle successioni*, pág. 302, Nápoles, 1932; DEGNI: *Ob. cit.*, pág. 1115; AZZARITI-MARTÍNEZ: *Successioni per causa di morte*, Padova, 1948, pág. 144.

(42 bis) SCHLESINGER: *Ob. y loc. cit. supra*.

supuestos del artículo I.III, cuando normalmente le interesa su ejercicio con independencia de la solvencia o insolvencia del heredero.

La doctrina española, al enfrentarse con el problema de la legitimación activa del comprador, recurre a la sentencia de 24 de febrero de 1909 (43). En efecto, el Tribunal Supremo reconoció dicha legitimación, pero parece dudosa la aplicación general de esta doctrina, ya que en el contrato de compraventa de herencia sometido a la consideración del Alto Tribunal se había pactado de una manera expresa y clara la subrogación del comprador en los derechos que pudieran corresponder a los vendedores. A nuestro juicio, y aunque no haya pacto expreso, el comprador ejercitará la p. h., dado que la misma se entiende transmitida con la venta.

Es algo que podemos perfectamente considerar como provecho o ventaja derivada de este negocio. Si esa misma doctrina científica afirma que el comprador se beneficia de la porción en que puede ensancharse su cuota como consecuencia del derecho de acrecer, por la renuncia de los interesados a los legados, fideicomisos o modos impuestos al heredero, dado que es de naturaleza en la venta de herencia que el comprador recoja todo cuanto hubiera correspondido al heredero de no haberla vendido, con más razón tenemos que dar la titularidad activa de la petición a éste contra todo aquel que posea bienes hereditarios (43 bis).

2) *La acción de petición de herencia en la herencia legitimaria.*

Conviene distinguir, tratándose de esta clase de herencia, la p. h. de determinadas acciones que le competen al legitimario en defensa de su derecho. La acción de reducción, regulada en los artículos 819 y 820 del Código civil, por medio de la cual el legitimario se dirige contra los titulares de bienes del difunto, de los cuales éste dispuso superando el límite en que puede jugar la autonomía de la voluntad, tiene unos perfiles distintos de la petición. Es verdad que el legitimario —dejando aparte el problema de la naturaleza de su posición— se dirige contra dichos poseedores para la restitución de bienes, pero si observamos los sujetos pasivos de la acción de reducción veremos, anticipando ideas, que no se dan los requisitos que se requieren para poder ser demandados con la petición; posesión de los bienes a título de heredero o sin título alguno. Tanto el donatario extraño que sufre la reducción como los herederos forzosos sujetos pasivos de la misma acción, por exceder el importe de lo donado, bien de la parte de libre disposición o de la porción reservada por la ley, tienen un título que, una vez alegado, paraliza la acción petitoria.

Desde el punto de vista objetivo, PINO, autor de una monografía

(43) LACRUZ: *Ob. cit.*, pág. 278. ROCA SASTRE: *Problemas de la venta de herencia*. "Anales de la Academia Matritense del Notariado", tomo VII, página 677.

(43 bis) Vid. FEDELE: *La compraventa dell'eredita*. Torino, 1957, página 197.

dedicada a la tutela de los derechos del legitimario, distingue ambas acciones (44) sobre la base de que la "causa-petendi" es distinta en ambas; en la petición de herencia se quiere el reconocimiento de la cualidad de heredero, mientras en la reducción se pretende la eliminación de los actos lesivos producidos por una liberalidad. Si se tiene en cuenta lo que hemos dicho al tratar de la naturaleza jurídica de la acción, donde pusimos de relieve la inexactitud que supone la tesis de PINO, la distinción cae por su base y se puede ver, además, un mismo objeto en ambas acciones; restitución de bienes hereditarios.

La identificación de la p. h. con otro de los medios dados por la ley al legitimario para defensa de su porción hereditaria, la "actio ad supplementum", por ejemplo, dependerá de la postura que se adopte en torno a la calificación del legitimario como heredero. Si de acuerdo con la doctrina más convincente negamos esta cualidad al legitimario, no podemos decir entonces que dicha "actio" sea la misma petición de herencia actuando en la herencia legitimaria.

3) *La acción de petición de herencia y el albaceazgo y administración de la herencia.*

Por lo que respecta al ejercicio de la acción por parte de los albaceas y administradores hereditarios, hay que distinguir supuestos perfectamente diferenciados. En primer lugar, si el albacea no tiene más facultades que las señaladas legalmente en el artículo 902 del Código civil, no estará legitimado activamente en la petición. No encaja ello en ninguno de los cuatro apartados de la mencionada disposición legal. Ello no excluye que, conforme al apartado tercero, en virtud del cual pesa sobre el mismo la obligación de sostener la validez del testamento en el juicio y fuera de él, pueda ser demandado, junto con los herederos, por aquellos que pretenden para sí esta cualidad.

Cabe, por otra parte, que el testador amplíe esas facultades legales, y dé al albacea el derecho de administrar los bienes hereditarios. Entonces surge la pregunta, extensiva también al administrador, ¿pueden utilizar dichas personas la petición para reclamar bienes hereditarios?

A juicio de GITRAMA (44 bis), el administrador, ya venga designado por el testador, por la ley, por el juez o por los interesados, sea el heredero o un extraño, es el llamado a ejercitar las acciones que corresponden a la herencia contra los mismos sucesores o contra terceros, ya se trate de acciones posesorias o definitivas, reales o personales, cuando fuere procedente. Pero de esta afirmación general no podemos deducir la legitimación activa en los supuestos planteados, ya

(44) *Ob. cit.*, pág. 85. Desde el aspecto subjetivo, anota que la posición del favorecido por la liberalidad se basa en un título que proviene del difunto, mientras la del demandado por la petición está privada de título o se basa en uno que no proviene del difunto. ¿Y el heredero aparente—preguntamos—que se cree heredero en virtud de un testamento revocado?

(44 bis) *La administración de la herencia*, Madrid, 1950, pág. 171.

que la misma supone como principio general únicamente la posibilidad de su utilización por parte del heredero. Cabría admitir, por tanto, al albacea con facultades de administración y al simple administrador esa legitimación, si estimásemos la tesis de la representación como explicación de la naturaleza jurídica de los cargos de albacea y de administrador. Pero, como es cabido, tal cosa es rechazada por la doctrina (45). No obstante, concluimos, dichas personas, mediante las acciones reivindicatorias oportunas, podrán obtener la misma finalidad, e igualmente podrán poner en práctica la acción petitoria si han sido expresamente facultadas por los herederos.

LEGITIMACIÓN PASIVA

En la petición de herencia, como en cualquier otra clase de acción, ha de darse un sujeto pasivo con determinadas características, contra quien se puede dirigir válidamente el titular de la misma. Por lo que hace referencia a nuestro Código, nos dice el artículo 1.021: "El que reclame judicialmente una herencia de que otra se halla en posesión por más de un año, si venciere en el juicio, no tendrá obligación de hacer inventario para gozar de este beneficio, y sólo responderá de las cargas de la herencia con los bienes que le sean entregados."

Como se aprecia, de la citada disposición no se puede inferir unas reglas generales acerca de las personas contra las cuales se propone la acción, ni tampoco manifiesta la clase de posesión en que deben encontrarse, ni el título por el que éstas poseen bienes hereditarios, por sólo mencionar algunos problemas que la legitimación pasiva de la acción presenta.

Los dos conceptos fundamentales que dominan esta materia son los de "possessor pro heredere" y "possessor pro possessore". GAYO (46), si bien con referencia al interdicto "quorum bonorum", considera como p. pro h. al que es heredero o cree serlo, y p. pro p. al que sin título alguno posee una cosa hereditaria o toda la herencia a sabiendas que no le pertenece. ULPIANO (47) afirma, por el contrario, que posee como heredero quien se cree heredero, pero equipara al mismo al que sabe que no es heredero. A su juicio, el "bonorum possessor", el poseedor de bienes simplemente, posee como heredero. Múltiples dudas han suscitado estas dos tesis contradictorias, lo cual no es de extrañar si se recuerda la afirmación de BESELER, que supone en los 58 fragmentos que componen el título III del libro V del Digesto sobre la petición de herencia unas 222 alteraciones (48), cre-

(45) GITRAMA: *Ob. cit.*, págs. 156 y ss. SÁENZ DE SANTAMARÍA: *Nota sobre los albaceas y contadores partidores*. "Anuario de Derecho Civil", tomo VI, 1953, págs. 385 y ss.

(46) *Instituta*. 4, 144.

(47) D. 5, 3, 9 y 11.

(48) FUENTESECA. Recensión a la obra de DENOYZ: *Le défendeur de la pétition d'héritité privée en Droit Romain*, París, 1953, en "Anuario de Historia del Derecho", tomo XXIV, 1954, pág. 719.

yéndose que los compiladores han alterado el pensamiento de ULPIANO. LONGO (49) afirma que ha sido obra de éstos la mutación en los presupuestos de la legitimación pasiva que establecieron los clásicos, con la extensión del concepto de p. pro h. al poseedor que sepa no ser heredero. El p. pro p. es el que ni siquiera se estima heredero, sea de buena o mala fe. El que, interrogado —señala ULPIANO (50)— por el motivo de su posesión, dice simplemente: porque poseo.

Discutido también en la doctrina romanística es si el criterio que sirve para diferenciar a las dos clases de poseedores es de derecho sustancial o formal. DI PAOLA (51) y KASSER (52) hacen depender del comportamiento del demandado en el juicio su calificación como p. pro h. o pro possessore. Se consideraba en el primer caso, si opone al demandante el ser heredero o poseer las cosas hereditarias por este título. Recientemente TALAMANCA (53) ha impugnado la tesis procesalista, y cree con LENEL (54) que es el criterio de derecho sustancial el definitivo, o sea, la convicción que tenga el demandado acerca de su posesión.

En resumen, la doctrina se encuentra de acuerdo en admitir la legitimación del p. pro h. tan sólo en la época de la "legis actione" (55). Introducido el procedimiento formulario, la p. h. alarga su esfera de acción en cuanto a los legitimados pasivamente. Ya no sólo el p. pro h., sino el p. pro p., son los sujetos contra los cuales se puede dirigir el heredero verdadero (56). SANTI DI PAOLA (57), sin embargo, basado en un criterio procesal de distinción, ha negado la legitimación pasiva del p. pro p., cuya legitimación es tratada en las fuentes en relación con el interdicto "quam hereditatem", y no en la p. h. El p. pro h., en tal caso, sería el único legitimado pasivamente en la acción hereditaria.

El Código de Napoleón y el italiano de 1865 guardan silencio en materia de legitimación pasiva, lo mismo que el nuestro. No obstante, la doctrina acudió para llenar esta laguna a los principios recogidos en la compilación justiniana que hemos expuesto. Se legitima tanto el

(49) *Ob. cit.*, págs. 6 y ss.

(50) D. 5, 3, 11 y 12.

(51) *Saggi in materia di hereditatis petitio*, Milán, 1954, págs. 46 y ss.

(52) *Die Passivlegitimation sur hereditatis petitio*, Zeitschrift der Savigny, 1950, págs. 99 y ss.

(53) *Studi sulla legittimazione passiva alla «hereditas petitio»*, Milán, 1956, págs. 18 y ss. Critica TALAMANCA la base de la tesis procesal constituida por un fragmento de ULPIANO (D. 5, 3, 12) y una constitución de Arcadio y Honorio (C. 3, 31, 11).

(54) *Die Passivlegitimation bei der hereditatis petitio*, en Z. S. S., 1926, págs. 4 y ss.

(55) Vid. LONGO: *Ob. cit.*, págs. 2 y ss.; BIONDI: *Diritto ereditario...* cit., páginas 391 y ss.

(56) Vid. DE FRANCISCI: *Síntesis histórica del derecho romano*, Trad. esp., Madrid, 1954, pág. 537; IGLESIAS: *Instituciones de derecho romano*, Barcelona, 1950, vol. II, pág. 226.

(57) *Ob. cit.*, págs. 74 y s. Para la crítica de esta tesis y fundamentos en que se apoya principalmente en ULPIANO (D. 5, 3, 42), vid. KASER: *Ob. cit.*, páginas 94 y ss.; TALAMANCA: *Ob. cit.*, pág. 32, nota 81 y págs. 53 y ss.

que posee las cosas hereditarias a título de heredero como sin título alguno (58).

En el derecho germánico, por el contrario, la legitimación pasiva queda mucho más limitada que en el sistema romano. Sólo se puede dirigir la p. h., según resulta del párrafo 2.018, contra quien ha obtenido algo a costa de la herencia y basado en un derecho hereditario que no le corresponde. En una palabra, el p. pro h. de las fuentes. El Código suizo, en los artículos 598 y 599, menciona como sujeto pasivo de la acción al "poseedor": ¿sigue el sistema alemán o el romano? ROSSEL y MENTHA (59) reconocen que la cuestión es discutida, pero se inclinan a creer que el poseedor será aquel que se estime titular de derechos de naturaleza posesoria.

En la actualidad el Código italiano de 1942, respondiendo a la opinión de la doctrina formada bajo la vigencia del Código precedente, declara en el artículo 533 que la p. h. puede darse contra quien posea los bienes hereditarios a título de heredero o sin título alguno (60).

En nuestro Derecho, a pesar de que el artículo 1.021 alude sólo al "poseedor", creemos, de acuerdo con la jurisprudencia, que la doctrina romana es la que debe prevalecer. La sentencia de 18 de mayo de 1932 declara que "la p. h. compete al heredero por testamento o sucesión intestada contra cualquiera que posea los bienes hereditarios en concepto de heredero, o a título universal, o la mera posesión sin título singular alguno". Estas mismas afirmaciones contiene la sentencia de 12 de noviembre de 1953 (61). En la doctrina, MANRESA (62) y DE DIEGO (63) son partidarios de este criterio amplio de legitimación.

En vista de esta posición, cabe que nos preguntemos acerca del significado de las tres expresiones usuales: posesión en concepto o a título de heredero, posesión sin título alguno y posesión a título singular.

(58) POLACCO: *De las sucesiones*, tomo II, trad. esp., Buenos Aires, págs. 139 y ss.; DEgni: *Ob. cit.*, pág. 1115; AUBRY ET RAU: *Cours de droit civil français*, tomo X, París, 1918, pág. 3 y nota 4; BAUDRY-LACANTINERIE ET WAHL: *Ob. cit.*, pág. 684; PLANIOL-RIPERT-MAURY-VIALLETON: *Ob. cit.*, pág. 404.

(59) *Ob. cit.*, pág. 206.

(60) FASIANI: *Sull'azione di petizione di eredità*, Roma, 1948, págs. 18 y s. Cree, aisladamente, que el artículo 533 se refiere al p. pro h. No es sinónima la expresión "sin título alguno" que en el mismo se utiliza de p. pro p. Se refiere al heredero que se cree tal sin tener un fundamento para ello más o menos discutible.

(61) Sin embargo, otras sentencias parecen sostener la legitimación pasiva del p. pro h. tan sólo. Así, la de 28 de enero de 1892, en la que se dice: "Considerando que si bien la acción de petición de herencia contra el que posee a título de heredero y no contra el poseedor a título singular..." La de 12 de abril de 1952 parece acoger esta doctrina, aunque creemos que en el segundo considerando—donde podría fundarse la semejanza—no contiene un pronunciamiento general acerca de la legitimación pasiva, sino que se limita a contemplar el supuesto de hecho base del pleito, en el que se accionaba contra quien venía reputándose heredero en virtud de título universal.

(62) *Comentarios al Código Civil*, tomo VII, pág. 514.

(63) *Instituciones de Derecho Civil Español*, tomo III, Madrid, 1932, página 464.

De acuerdo con los precedentes del instituto y la doctrina (64), podemos decir que posee en concepto de heredero, no sólo quien así se reputa fundado en un título —testamento nulo o revocado—, sino el que sin título posee las cosas hereditarias en tal concepto y no en otro. En una palabra, el p. pro h. de las fuentes romanas. Poco importa, pues, la buena o mala fe con la que actúa a estos efectos. Igualmente hemos de decir que poseedor a título singular es no sólo quien se estima en tal concepto, porque tiene un título singular, sino que alega, aun falsamente, ese título. La no oposición de cualquier título o falta de creencia —de buena o mala fe— en la cualidad de heredero, hace que el poseedor sea legitimado como p. pro p.

El problema se presenta cuando se trata del comprador de una herencia, no de bienes concretos e individualizados. Sustituye al heredero en la titularidad del patrimonio hereditario, pero ¿cabe que contra él pueda ser dirigida la petición?

En el Derecho Romano, un pasaje de ULPIANO (65), interpolado por los compiladores (66), da una solución afirmativa. Se concede al heredero verdadero una acción útil contra el comprador. En igual sentido se pronuncia categóricamente en la actualidad el B. G. B. equiparando en el parágrafo 2.030 al que adquiere una herencia por contrato de un poseedor de la misma con un p. pro h.

En la doctrina moderna han de señalarse dos posiciones bien definidas. Por una parte, la mantenida por la doctrina italiana, y por otra, la francesa. Pero antes de deducir las consecuencias que ello tiene en orden a la legitimación pasiva, importa hacer una advertencia. Ante todo, hay que tomar partido acerca de la protección al adquirente de una herencia del heredero aparente, y si se acoge la postura negativa, no por ello tendremos resuelta la cuestión de la legitimación. El comprador de una herencia puede no hallarse protegido en su adquisición, y, sin embargo, no es posible su persecución por la acción de petición.

Los autores franceses (67) señalan que la regla general de protección a los adquirentes de buena fe y a título oneroso, sufre una excepción en lo que se refiere al comprador de herencia. La cesión de derechos sucesorios es para el cesionario un acto de naturaleza especulativa, y es justo que soporte los riesgos de un asunto mal estudiado. Además, el comprador sustituye al heredero aparente, no pudiendo

64) Vid. DE BERARDINIS: *La condizione giuridica dell'ereditare apparente nel Codice civile italiano*. "Archivio Giuridico", tomo LXXIII, 1904, págs. 248 y ss. MIDIRI: *L'ereditare apparente e i diritti dei terzi con lui contrattanti*. "Rivista di Diritto Civile", 1930, págs. 332 y ss.

(65) D. 5, 3, II, 4.

(66) LONGO: *Ob. cit.*, págs. 35 y ss.

(67) DONNEDIEU DE VABRES: *Les actes de l'heritier apparent*. "Revue trimestrielle de droit civil", 1939-1940, págs. 401-403; CREHIEU: *De la validité des actes accomplis par l'hereditier apparent*, "Revue trimestrielle" cit., 1910, pág. 68. Vid. los trabajos citados de MIDIRI y DE BERARDINIS; JORDANO BAREA: *La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros*. "Anuario de Derecho Civil", tomo III, págs. 697 y ss.

invocar en consecuencia la cualidad de tercero frente al verdadero titular.

Desde el punto de vista de la legitimación pasiva, LAURENT (68) sostiene la legitimación, siempre que el comprador haya adquirido una "universitas", no bienes concretos y determinados. Entonces no sería un poseedor a título singular, sino a título universal. BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL (69) afirman que si la herencia ha sido cedida, el poseedor de la misma es solamente el legitimado. AUBRY y RAU (70) distinguen la adquisición de derechos sucesorios y la adquisición de objetos hereditarios individualmente considerados. El comprador de aquéllos, como poseedor a título universal, sucede al heredero en la obligación de restituir que pesaba sobre él. Por lo que respecta al segundo, no es la p. h. la que procede, sino la acción reivindicatoria.

La doctrina italiana, por el contrario, bajo la vigencia del Código de 1865 seguía un sistema radicalmente opuesto. Partiendo de la norma contenida en el artículo 933, según la cual quedaban protegidas las adquisiciones de terceros de buena fe y por título oneroso, se preguntaba si el legislador había incluido en la misma la venta de la herencia. MAJERINI (71) dice que el artículo 933 comprendía la venta de la herencia, porque se trataba de una convención a título oneroso. No es exacto decir que el comprador de la herencia se encuentra en la condición misma del poseedor en concepto de heredero, cuya posición se coloca con todos sus derechos y obligaciones. El comprador no es un sucesor a título universal, sino a título particular, y por ello se debe considerar como un tercero que adquiere del heredero aparente. En el mismo sentido, MIRIDI (72) observa que el artículo 933 no establece ninguna diferencia entre ambas clases de ventas. Nada obsta a ello el que una norma referente a la evicción en esta compraventa —el artículo 1.545, igual a nuestro 1.531— diga que el heredero no estaba obligado a garantizar más que su propia cualidad de heredero. No significa esto que el tercero no está garantizado frente a la compra de herencia, sino que se refiere a la posible evicción de las cosas singulares, por las cuales no es lícito al comprador el accionar en juicio de evicción, habiendo adquirido la herencia así como se encuentra, sin ninguna especificación.

El nuevo Código de 1942 ha seguido esa misma senda, y dispensa la misma protección en el artículo 534 a los adquirentes de buena fe, sin que quepa la discriminación entre la adjudicación de una cosa simple o de una herencia.

La doctrina española (73) admite la protección del tercero de buena

(68) *Principes de droit civil*, tomo IX, Bruselas, 1878, pág. 589.

(69) *Ob. cit.*, pág. 684.

(70) *Ob. cit.*, pág. 4 y nota 7.

(71) *Studi intorno all art. 933*, en *La Legge*, 182, cit. por DE BERARDINIS: *Ob. cit.*, pág. 280.

(72) *Ob. cit.*, págs. 346 y 352.

(73) Vid. MELON INFANTE: *La posesión de los bienes muebles, adquiridos de*

fe y a título oneroso, en consonancia con el artículo 464 del Código civil para los muebles, y 34 de la L. H. para los inmuebles. Sin embargo, el comprador de una herencia no goza de la protección antedicha, ya porque es simplemente un adquirente a título singular del heredero aparente no pudiéndose equiparar a la posición que ocupa éste respecto de la herencia —p. por h.— (74), ya porque ni desde el punto de vista de la fe pública puede encontrar protección, al estimarse total la inadaptación de los principios hipotecarios al derecho hereditario “in abstracto”, dado que los mismos se refieren a derechos sobre “cosas singulares” (75).

La legitimación pasiva del comprador la mantiene ROCA SASTRE (76) fundado en la sentencia de 28 de enero de 1892, por la cual sólo puede estar legitimado pasivamente el poseedor en concepto de heredero. No creemos que pueda defenderse esta doctrina, en tanto que, objetivamente, el comprador de una herencia no posee en concepto de heredero. Para resolver esta cuestión no hay más que seguir el cauce trazado por la jurisprudencia. Si la misma excluye de los sujetos pasivos de la acción a los que alegan un título singular, únicamente hemos de preguntarnos si el comprador de una herencia posee a título singular. No hay duda de que el comprador sucede a título singular al cedente de los derechos hereditarios, única persona en quien permanece la cualidad de heredero.

Supuesto, en resumen, que la legitimación pasiva en la p. h. la tiene el p. pro p. o pro h., ¿qué solución hemos de adoptar cuando se trata de terceros adquirentes de estos poseedores? Volvemos a hacer la misma indicación que en la venta de herencia; la distinción entre protección de la buena fe y la clase de acción que se puede actuar caso de que exista algún tercero no protegido. Si los terceros han adquirido de acuerdo con la L. H. —artículo 34— o con el Código civil —artículo 464— no podrán ser demandados por el heredero aparente. Si no caen bajo los supuestos de aplicación de tales artículos, solamente será ejercitable contra ellos la acción reivindicatoria, por tener un título singular de adquisición. Esta postura, derivada de las directrices jurisprudenciales, es radicalmente contraria a la que mantiene el artículo 533 del nuevo Código italiano. Según el mismo, el heredero verdadero puede actuar tanto contra el p. pro h. como pro p., como contra quien de ellos traiga causa, apartándose en este punto de la tradición histórica.

Siendo, como se puede deducir de nuestra exposición, la posesión por parte del demandado el eje en torno al cual gira la legitimación pasiva de la p. h. es necesario exponer algunas cuestiones con la misma relacionadas. ¿Ha de probar el demandante que el demandado

buena fe, equivale al título, Barcelona, 1957, págs. 75 y ss., y autores citados en nota 124.

(74) JORDANO BAREA: *Ob. cit.*, págs. 696 y ss.

(75) ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo II, Barcelona, 1954, páginas 545 y ss.

(76) *Problemas...* cit., págs. 671 y 677.

posee como heredero o como simple poseedor? SCHLESINGER (77) lo afirma de modo rotundo. Lo contrario equivaldría —dice— a dejar al arbitrio del demandado la eficacia de la p. h., ya que con sólo la simple alegación de un título singular obligaría al heredero a recurrir al ejercicio de las acciones singulares con el consiguiente perjuicio.

Pero un examen detenido de la cuestión nos revela la falsedad de esta argumentación. El hecho de que se exija como base de la legitimación pasiva la posesión del heredero aparente, no nos puede llevar a la consecuencia de que sea el demandante quien haya de probar el título en cuyo concepto posee el demandado. Si precisamente la acción petitoria tiene como una de sus finalidades dar la facilidad al heredero que pide la restitución de los bienes hereditarios de poder actuar mediante una acción que no requiere la prueba de unos derechos de una manera tan fuerte como la acción reivindicatoria, por ejemplo, ¿no sería desvirtuar esta finalidad el obligarle a la prueba difícil del carácter de la posesión del demandado, que supone la averiguación de toda una serie de actos que pueden haber sido realizados sobre los bienes hereditarios? En el derecho moderno no existe aquella “interrogatio in iure” que señalan las fuentes romanas en materia de petición de herencia. A ella se refiere ULPIANO cuando dice que posee como p. pro p. quien *interrogado* por qué posee, responde: porque poseo (78). La doctrina romanística se encuentra dividida acerca de si tal “interrogatio” se puede interpretar en sentido técnico, es decir, si tiene como efecto el aclarar mediante la “responsio” del preguntado, y con carácter vinculante para el “iudex privatus”, alguno de los presupuestos de la legitimación pasiva del demandado, teniendo como sanción para el caso de respuesta falsa o de falta de ella la concesión contra el demandado de acciones diversas, según los casos, que llevaban consigo una agravación de la responsabilidad de éste y una facilitación en la carga de la prueba. TALAMANCA (79) mantiene en la actualidad la no existencia de una “interrogatio” en sentido técnico en el supuesto de ejercicio de la p. h. Por el contrario, en el derecho moderno, al heredero verdadero le bastará alegar tal cualidad y su derecho a la restitución. No perjudica en nada la alegación que pueda hacer el demandado de la existencia de un título singular que le legitima para poseer, en suma, un hecho obstativo a la pretensión de aquél, que tiene la obligación de probar. Esto se deduce de los principios generales de la carga de la prueba.

ROCA SASTRE (80) enfoca el caso desde un ángulo distinto, coincidente en el fin con los autores que pretenden hacer gravitar sobre el heredero verdadero la obligación de probar la legitimación del demandado. Del artículo 448 del Código civil se deduce —dice— que el poseedor tiene a su favor la presunción de que posee en concepto de

(77) *Ob. cit.*, págs. 59 y ss.

(78) D. 5, 3, 12.

(79) *Ob. cit.*, págs. 18 y ss.

(80) *Notas... cit.*, pág. 378.

dueño, y a menos que no se pruebe lo contrario, y el actor habrá de demostrar este extremo en la p. h. Pero con ello se olvida que desde el momento en que el heredero justifica su legitimación activa, está negando el título de dueño al demandado. En una palabra, no tiene que probar la posesión del demandado, sino la cualidad hereditaria con que actúa.

En relación con la posesión del demandado se plantea otro problema. El artículo 1.021 dice, al referirse al mismo: "El que reclame judicialmente la herencia de que otro se *halle* en posesión." ¿Qué quiere decir se *halle*? ¿Significará la necesidad de que la posesión sea actual, o bien puede ser suficiente que el demandado haya tenido en el pasado la misma? La doctrina es unánime en considerar que la posesión ha de ser actual (81). Ahora bien, no hay que olvidar que, como señala POLACCO (82), al heredero verdadero se le abren dos vías: o repetir del demandado lo que éste haya obtenido si la cosa hereditaria ha sido enajenada por él, o bien dirigirse en reivindicación contra el adquirente de mala fe. En una palabra, que, a pesar de que la posesión de los bienes hereditarios no la tiene en el momento en que se plantea la demanda de petición, cabe la legitimación pasiva del poseedor anterior por lo que respecta a los bienes que han entrado en su patrimonio. Se puede decir, en tal sentido, que la posesión actual se refiere a los mismos.

En nuestra doctrina, DE DIEGO (83) sostiene que puede ser demandado también "quien dejó de poseer con dolo, aun contra él, y por razón de su dolo podrá dirigirse la acción". Indudablemente se refería a la doctrina de las fuentes romanas. ULPIANO nos dice, en relación con el S. C. JUVENCIANO —que condenaba a los poseedores de bienes que habían procedido a su ocupación a sabiendas que no les pertenecían y que antes de la contestación de la demanda se hubiesen desprendido de ellos de la misma forma que si hubieran sido poseedores actuales—; "también el dolo pasado se ha de comprender en la petición de herencia" (84). Naturalmente, decimos por lo que respecta a nuestro Derecho, el que con "dolo malo *dessit possidere*" es demandado únicamente por su responsabilidad.

Intimamente vinculada con los problemas que la posesión plantea en el sujeto pasivo de la p. h. se encuentra la cuestión de saber la naturaleza que la misma tiene. Del texto del artículo 1.021 y sentencias jurisprudenciales citadas, se deduce que únicamente se hace mención del "poseedor". ¿Excluye ello la posibilidad de legitimación pasiva del mero detentador? Indudablemente, no. Si la petición de herencia es respecto a la adquisición de bienes hereditarios lo que la reivindicatoria al derecho de propiedad, admitiéndose la legitimación pasiva en esta última respecto del mero detentador, ¿qué inconveniente existe en extender el principio a la acción petitoria?

(81) Vid., por todos, SCHLESINGER: *Ob. cit.*, pág. 87.

(82) *Ob. cit.*, pág. 169.

(83) *Ob. cit.*, pág. 467

(84) D. 5, 3, 25, 2.

Por otra parte, hay que tener en cuenta la situación en que se puede encontrar el detentador. Cabe que el mismo lo sea en virtud de una relación jurídica creada con el causante del heredero verdadero, y puede éste, como sucesor en la relación jurídica en cuestión, actuar por medio de las acciones posesorias correspondientes en defensa de su derecho. Sin embargo, también se podrá intentar la acción de petición, dado que la conducta del detentador niega sus derechos hereditarios. Sería compatible la función de restitución que se pretende actuar por medio de aquélla, y el simple reconocimiento de la posesión superior del demandado (85). Supuesto análogo es el que se origina del hecho de que el detentador se considere un p. pro h. o pro p. Estaría legitimado pasivamente en la p. h., y habría que probar esa inversión de la posesión, en vista del artículo 436 del Código civil. El heredero pediría, pues, la restitución de su posesión en ambas situaciones.

Por último, queda por examinar el problema relativo a la posible legitimación de los poseedores de derechos para ser demandados por la p. h.

La dificultad deriva de aplicar la norma general de legitimación pasiva —posesión de los bienes hereditarios— a los poseedores de derechos, ya que, como es sabido, la doctrina no es unánime en la admisión de una quasi-possessio, análoga a la posesión de cosas corporales.

A nuestro juicio, para la debida solución de dichas dificultades, es necesario partir de los diferentes supuestos que se pueden ofrecer en esta materia. Por un lado, la figura del heredero aparente. Frente a éste, el heredero verdadero reclama la restitución de la herencia. Esta palabra —herencia— es la que usan los artículos 1.021 y 1.016 al hablar de la p. h., y si el Código civil considera como herencia todos los bienes, derechos y obligaciones del causante —artículo 659— no cabe duda de que el heredero aparente puede verse demandado para la devolución, junto con las cosas corporales, de los créditos. La posesión de que hablan los artículos en cuestión y las decisiones jurisprudenciales no es la posesión en sentido técnico y específico, bajo cuyo ámbito cabría plantear el problema desde el punto de vista de la posesión de los créditos.

Pero puede ocurrir que no estemos en presencia de una reivindicación total y absoluta de la herencia, sino que el deudor, supongamos, de un crédito hereditario niegue al heredero su cualidad, atribuyéndosela él mismo. Entonces, dice CÍCU (86), la acción de petición podrá ejercitarse dirigida a probar esa cualidad, a la realización de una actividad hereditaria, en nada diferente de la acción que sobre la base del título de heredero tiende a recuperar una cosa corporal hereditaria. Se pretende con ello, por tanto, la aplicación de un mismo medio —la p. h.— porque existe coincidencia en el fin. Esta es la postura que siguió el Derecho Romano en la materia. Existen en el Digesto textos

(85) SCHLESINGER: *Ob. cit.*, pág. 77 y notas 71 y 72.

(86) *Ob. cit.*, pág. 232. Contra SCHLESINGER: *Ob. cit.*, págs. 81 y ss

de ULPiano en que se dice que “también puede pedirse al deudor de la herencia, como poseedor de un derecho” (87), y que “puede pedirse la herencia no solamente al deudor del difunto, sino también al deudor de la herencia” (88). Un texto del mismo jurista es el que sirve de atención a la doctrina. “Si un deudor de la herencia —afirma ULPiano— (89) no quiere pagar, no precisamente porque diga que él es heredero, sino porque niegue o dude que la herencia pertenezca al que la pida, no es obligado por la petición de herencia”. Lo cual, indica LONGO (90), permite sustentar el principio de que existe esa legitimación pasiva en el deudor cuando se crea heredero.

En realidad, la p. h. quedaría englobada, en el supuesto de que la herencia se hallase integrada nada más que por créditos creyéndose el deudor de los mismos heredero, en el ejercicio de la correspondiente acción declarativa de la cualidad hereditaria y proclamación consiguiente de que posee la titularidad de esos créditos (91).

EFFECTOS DE LA ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA

El ejercicio de la acción hereditaria hace surgir una serie de relaciones entre las distintas personas que toman parte en él. Por un lado, se han de considerar las que median entre el heredero verdadero y el p. pro h. o pro p. Por otra, las existentes entre el heredero verdadero y los terceros que han adquirido sus derechos de los mencionados poseedores.

I. Relaciones entre el heredero verdadero y el aparente.

En ningún artículo de nuestro Código se contiene una disposición acerca de lo que por heredero aparente hemos de entender. Pero teniendo en cuenta todo lo que llevamos dicho acerca de la legitimación pasiva, podemos decir que heredero aparente es el que posee como heredero, no habiendo sido llamado a una verdadera sucesión.

La generalidad de la doctrina sobre la materia aplica a la misma las normas relativas a la posesión (92). Del artículo 433 del Código civil se deduce que heredero aparente de buena fe es aquel que ignora

(87) D. 5, 3, 13, 15.

(88) D. 5, 3, 16, 3.

(89) D. 5, 3, 42.

(90) *Ob. cit.*, pág. 60. Sobre la interpretación de este fragmento. Vid. TALAMANCA: *Ob. cit.*, págs. 144 y ss.

(91) Estamos de acuerdo con SCHLESINGER (*Ob. y loc. cit., supra*) en que tratándose de créditos, no cabe una p. h., aunque no por las razones que apunta, la mayoría de las cuales sólo valen para el derecho italiano, sino porque a nadie se le puede ocurrir pedir la restitución de un crédito de la misma manera que una cosa corporal. Se discutirá su titularidad únicamente, la cual quedará precisada a favor del heredero verdadero, mediante el ejercicio de una acción declarativa que concordará en el resultado con el que se obtendría si no hubiera impedimentos para admitir la propia p. h.

(92) Vid. por todos. MIDIRI: *Ob. cit.*, págs. 332 y ss.

que en su título o modo de adquirir existe un vicio que lo invalide. En la sucesión o título hereditario ha de haber algo que, ignorado por él, ha dado lugar a su entrada en posesión de la herencia. GABBA (93) requiere un título, no gratuitamente imaginado, sino aparente, e idóneo o hábil por naturaleza para conferir el derecho hereditario. La doctrina admite generalmente el título putativo o supuesto como base para fundar la buena fe del heredero aparente (94).

Sin embargo, existen otras tendencias en torno a la buena fe del heredero aparente. Así, CONTRI (95), llevando el criterio subjetivo hasta sus últimas consecuencias, dice que se debe considerar también de buena fe al heredero aun no existiendo un título putativo como asiento de la misma. Su base es la tesis de BONFANTE sobre la buena fe como concepto ético y social. Esta doctrina ha sido agudamente criticada por DE BERARDINIS (96). Según este autor, el legislador italiano de 1865, por lo que respecta al heredero aparente, tenía dos sistemas a los que atenerse; el sistema romano, recogido por el derecho canónico y francés, y el sistema germánico. El primero admitía en el heredero aparente la buena fe subjetiva, aunque reconoce que es dudoso si para el Derecho romano eran herederos de buena fe los que no tenían título. El segundo sistema difiere del precedente. Según el parágrafo 797 del Código austríaco, para entrar en posesión de los bienes hereditarios es necesario pedir al juez la adjudicación de la herencia. Este no puede acceder a ello sino mediante la prueba del mejor derecho a suceder mediante un título: el heredero aparente no puede decirse de buena fe, por tanto, mientras no presente un título.

El Código italiano se aleja de la legislación austríaca en cuanto a la adjudicación de la herencia, pero no pierde de vista el título, requerido implícitamente por la misma en el heredero aparente. Si el Código de 1865 no lo dice expresamente, ha sido por su diversa construcción del sistema sucesorio, y por la referencia al artículo 701 —semejante a nuestro 433—, al cual se daba un carácter general.

MONTÉL (97), no obstante, mantiene una posición muy parecida a la de CONTRI, tomando ideas de SOTGIA sobre la apariencia jurídica. A su juicio, heredero aparente de buena fe es aquel que se computa como heredero, creyendo ser tal. No es necesario que exista un título ni que sea errónea su opinión. Tampoco hace falta la existencia de título de hecho idóneo para la adquisición de la cualidad hereditaria. Según CICU (98), en el nuevo Código se ha hecho referencia solamente al estado subjetivo de buena fe, prescindiendo de cualquier título de derecho o de hecho.

Por último, heredero aparente de mala fe será, como consecuencia

(93) For italiano, 1886, 1830, cit. por MIDIRI: *Ob. cit.*, pág. 633.

(94) JORDANO BAREA: *Ob. cit.*, pág. 679.

(95) *L'ereditare apparente di buona fede*. Firenze, 1902.

(96) *Ob. cit.*, págs. 261 y s.

(97) *Sul concetto di ereditare apparente di buona fede*. "Rivista de diritto civile", 1933, págs. 20 y ss.

(98) *Ob. cit.*, pág. 236.

de lo expuesto, quien no reúna los requisitos de la posesión de buena fe que exige el artículo 433.

Con estas ideas generales acerca del posible sujeto pasivo de la p. h., vamos a estudiar en concreto los efectos que sus actos sobre las cosas hereditarias producen para el demandante.

a) Enajenaciones.

En el Derecho Romano el texto fundamental que sirve de base para la determinación de la responsabilidad del heredero aparente es el S. C. JUVENCIANO, al cual hace referencia ULPIANO en el Digesto, libro V, título 3, fragmento 20. Fué dado en contemplación principalmente de la reivindicación de los "bona caduca", o porciones hereditarias vacantes que en virtud de las leyes demográficas de Augusto correspondían al Fisco, pero, según el jurista citado, también se aplica por lo que respecta a las herencias. La doctrina se resiste a estimar como clásica esta extensión, creyéndose producto de una confusión de los compiladores entre dicho S. C. y otro de Adriano, que hacía referencia a la "usucapio pro heredere" (98).

El S. C. hace una distinción entre los poseedores de buena y de mala fe, pensándose que son términos equivalentes a los repetidamente usados de p. pro h. y p. pro p. (99). Para los primeros, se ordena que restituyan el precio de los bienes hereditarios vendidos, no sus intereses (100). Para los segundos, el precio real de la cosa y sus frutos (101).

La restitución del precio por el heredero aparente de buena fe no dejaba de suscitar dudas a los juristas, dudas que ULPIANO recoge. ¿Constituía el enriquecimiento el límite de aquélla? Según el citado jurista, el texto del S. C. es ambiguo —decía el mismo que los poseedores de buena fe debían restituir el precio que a poder de ellos hubiese llegado (pervenise) procedente de la venta de los bienes hereditarios— y, por tanto, era posible interpretarlo en el sentido de la obligación de devolver el precio que quedaba en su poder, es decir, operaba el principio de restitución en que se hubiesen enriquecido, el cual aparece consagrado en otros textos también (102).

Hay que anotar la existencia de otro pasaje de ULPIANO en el que se hace una distinción, con sus efectos correspondientes, en la misma enajenación del poseedor de buena fe. Si ha sido hecha por un motivo de necesidad —el pago de una deuda hereditaria— rige la regla general antes citada. Si lo ha sido por capricho, no responde del precio, sino del valor del fundo y de los frutos (103).

(98 bis) APPLETON: *Le vrai et le faux senatusconsulte Juventien*. Revue Historique de droit française et étrangère. 9, 1930, págs. 1 y ss. Vid. FUENTESECA, Recensión cit. DÉNOYEZ: *Le senatus-consultus Juventium*. Nancy, 1926, páginas 78-104.

(99) BIONDI: *Diritto ereditario ... cit.*, pág. 403. Sobre esta cuestión. Vid. LONGO: *Ob. cit.*, págs. 134 y ss.

(100) D. 5, 3, 20, 6.

(101) D. 5, 3, 20, 12.

(102) D. 5, 3, 20, 6. Vid. BIONDI: *Diritto ereditario... cit.*, págs. 405 y s.

(103) D. 5, 3, 20, 2.

Por la generalidad de la doctrina se ha considerado —en el derecho actual— que la enajenación de bienes hereditarios por el heredero aparente lleva consigo la entrada en juego del principio de la subrogación real (104). Por lo tanto, la p. h. será también el medio mediante el cual el heredero verdadero consiga del aparente la restitución del equivalente obtenido por la mencionada enajenación.

Es de destacar, sin embargo, la opinión contraria de SCHLESINGER (105), que basa su tesis en el artículo 535, p. 2 del Código italiano de 1942. Dice dicho artículo que el poseedor de buena fe que ha enajenado también de buena fe una cosa de la herencia está obligado a restituir al heredero el precio o la contraprestación recibida. Si ambas cosas fueron debidas, el heredero adquiere el derecho de conseguirías. Por lo tanto, dice, no cabe hablar de subrogación real, ya que:

a) No toda disposición que se dirige a asegurar al heredero verdadero un valor sustitutivo del bien enajenado podrá calificarse como aplicación del principio de subrogación real, sino solamente una disposición que estableciese la adquisición automática en el patrimonio del heredero de la contraprestación de la enajenación. El artículo 535, p. 2, no significa esa adquisición.

b) La acción dada al heredero verdadero en este caso es una acción personal. El derecho a reivindicar el valor de una cosa no puede ser más que un derecho de crédito.

c) La subrogación real, entendida como sujeción de la contraprestación a la misma disciplina particular a la que estaba sujeto al bien enajenado, es admisible solamente cuando se trata de un complejo de bienes, a los que suele atribuir la naturaleza de “universitas”, consideración que no puede establecerse más que por el legislador con una norma a propósito. ¿Dónde se encuentra —pregunta SCHLESINGER— la norma que establece el principio por el cual todo cuanto ha sido adquirido con medios de la herencia debe ser considerado como parte de la misma herencia?

En verdad, no nos explicamos cómo puede mantenerse la negación de la subrogación fundada en estos pilares. Que la misma tiene su campo de aplicación en el terreno de las universalidades también, es algo que toda la doctrina acepta. Pero ello no lleva a la consecuencia de que ha de ser el propio legislador quien declare expresamente la existencia de tal “universitas”. Tal cosa se deduce de las disposiciones legales contenidas en el Código, y si la “universitas” da vida a un nuevo objeto jurídico, entendido como centro unitario de atracción de una particular disciplina jurídica (106), basta recor-

(104) LACRUZ: *Ob. cit.*, pág. 278; DE DIEGO: *Ob. cit.*, pág. 467; ROCA SASTRE: *Notas... cit.*, pág. 390; FONCILLAS: *El heredero aparente*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1931, pág. 164. Vid. argumentos en MARC LAURIOL: *La subrogation réelle*. Tomo 2, París, 1954, págs. 262 y s.

(105) *Ob. cit.*, págs. 108 y ss.

(106) Vid. PUGLIATI: *Riflessioni in tema di “universitas”*. “Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile”, 1955, págs. 955 y ss.

dar el derecho hereditario "in abstracto", el beneficio de inventario, ejemplo clásico de los llamados "patrimonios separados", la misma existencia legal de la p. h., para afirmar el carácter de "universitas" que tiene la herencia. Ello es independiente, claro está, de su conceptualización lógica u ontológica.

El derecho al valor de una cosa es, sin duda, un derecho de crédito, pero no entraña esto que la acción de la que se ha de valer el heredero sea personal. Se olvida lo que tantas veces hemos indicado: la facultad concedida al heredero para la restitución de la masa hereditaria, compuesta, bien por los bienes originarios, o por los que hayan entrado en virtud de la subrogación.

Por todo lo dicho, creemos erróneo el exigir esa disposición en la que se expresa la adquisición automática por el heredero de la contraprestación producida por la enajenación. Tal cosa se puede ver contenida en el artículo 197 del Código civil. Pero en la p. h. la ley no tiene necesidad de declarar principio semejante, dado que precisamente lo que se va a discutir en el juicio de petición es la titularidad de ese patrimonio hereditario. Triunfante el heredero verdadero, tiene derecho a la herencia tal y como se encuentra en el instante de la restitución —salvo, naturalmente, las consecuencias de la mala fe en orden a la restitución del precio de la cosa enajenada—. En una palabra, es entonces cuando, obtenida la sentencia favorable, se declara de modo implícito el ingreso automático en su patrimonio de la contraprestación obtenida por la enajenación de bienes del mismo, cuya titularidad le correspondía desde la muerte del "de cuius", en virtud del principio de la retroacción de los efectos de la aceptación —artículo 989 del Código civil—.

Ahora bien, ¿cabe la aplicación de las reglas que las fuentes romanas contienen para regular los efectos de la posesión de la herencia según sea de buena o de mala fe el poseedor de la herencia?

La doctrina acepta para el derecho moderno la misma postura que el C. S. JUVENCIANO (107). El heredero aparente de buena fe restituirá el precio obtenido por la enajenación de la cosa. El de mala fe podrá ser demandado por el valor de la cosa enajenada.

Hasta aquí hemos contemplado el supuesto en que el precio o contraprestación recibida como consecuencia de la enajenación se encuentra en poder del heredero aparente. Pero puede ocurrir también que en el momento en que se ejercita la p. h. haya sido consumido por aquél. ¿Deberá, no obstante, restituirse? Frente a la afirmación de cierto sector de la doctrina que acoge la solución del Derecho romano de la restitución del sobrante que reste (108), creemos que se impone la devolución del precio íntegro. Dos disposiciones concretas podemos citar en el Código civil que abonan tal tesis: los artículos 197 y 1.897.

(107) Vid. nota 104: MIDIRI: *Ob. cit.*, págs. 345 y ss. DE BERARDINIS: *Ob. cit.*, págs. 267 y ss.

(108) Vid. POLACCO: *Ob. cit.*, pág. 165.

Cuando estamos en presencia de una enajenación a título gratuito, se acepta el criterio de ULPiano (109). El poseedor de buena fe, hasta el momento en que contra él se ejercita la p. h., hace una serie de actos sobre las cosas hereditarias creyéndolas propias. Por ello se permite la donación, ya que “ni aun si hubiese hecho donación —dice el jurista romano— se entenderá que se hicieron más ricos”, enriquecimiento que, como es sabido, constituye el límite de la responsabilidad del heredero aparente de buena fe.

b) Frutos.

En el Derecho romano regía la regla “fructus augent hereditatem”. La responsabilidad del poseedor de buena fe no existía en cuanto a la restitución de los “fructus consumpti”, pero era obligado a restituir los existentes en el momento de la demanda. En nuestro Derecho, la jurisprudencia otorga los mismos derechos al heredero aparente de buena fe que al poseedor en tal concepto (110). Por tanto, a pesar de la producción de los frutos a costa de la herencia, por razones de equidad y por creerse adquiridos mediante título legítimo, cabe la excepción de la no restitución de los frutos de la herencia. El de mala fe responde de los percibidos y dejados de percibir —artículo 455—.

c) Pérdidas y deterioros de las cosas hereditarias.

Rigen las mismas normas que en materia de posesión.

d) La cosa juzgada y el heredero verdadero.

El heredero aparente antes de la demanda de restitución de la herencia puede haber sido parte en procesos entablados respecto de los bienes hereditarios. ¿Tiene alguna eficacia la sentencia dictada frente al verdadero? Desde luego, hay que partir del abandono de tesis superadas (111), que negaban dicha eficacia como consecuencia de la nulidad de los actos que el heredero aparente hubiere concluido sobre la herencia. La protección de la buena fe de los terceros suple esa falta de poder dispositivo, pudiéramos decir, y, por tanto, nos encontraríamos, si aceptásemos dicha doctrina, sin fundamento alguno para mantenerla.

A nuestro juicio, la excepción de cosa juzgada no podrá ser alegada frente al heredero verdadero, ya que ni se daría la identidad de personas y calidad con que se actuó en proceso anterior, que, como es sabido, exige el artículo 1.252 del Código civil para que la presunción de cosa juzgada produzca plenos efectos. Entre el heredero verdadero y el aparente no existe ninguna relación que pueda llevar a la identificación antedicha. La opinión de MATTIROLI (112), que, por el contrario, es consideraba representado en juicio por el apa-

(109) POLACCO: *Loc. cit. supra*. FONCILLAS: *Ob. cit.*, pág. 563. Vid. D. 5, 3, 25, 11. Si el donante ha recibido remuneraciones, ha de restituirlas. Es una especie de permuta a juicio de ULPiano.

(110) Vid. Sentencias de 6 de julio de 1899 y 12 de octubre de 1901.

(111) Vid. autores citados por FONCILLAS: *Ob. cit.*, pág. 97.

(112) *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*. Vol. V, Roma, 1905, páginas 90 y s.

rente, es inexacta, porque tal ficción no reposa en fundamento legal alguno (113).

COVIELLO (114) piensa, sin embargo, que así como el verdadero heredero debe respetar los negocios jurídicos celebrados por el aparente con terceros de buena fe y a título oneroso, así también debe respetar las sentencias que el que adquirió a título oneroso y de buena fe del heredero aparente obtuvo contra éste. Esta opinión es errónea, porque confunde dos cosas distintas: la eficacia de la buena fe que legitima la adquisición hecha por el tercer adquirente, y la presunción de cosa juzgada. El heredero verdadero se verá obligado a respetar las consecuencias de un proceso entablado por el adquirente contra el tercero por cuestiones derivadas del negocio jurídico que con él concertó habiendo intervenido la buena fe y el título oneroso, simplemente por la fuerza legitimadora de la buena fe. La cosa juzgada no se le podrá alegar, toda vez que no se cumplen los requisitos del artículo 1.252. Pero ello no es óbice para que el heredero verdadero pueda probar la falta de buena fe y perseguir la reivindicación de la cosa hereditaria.

SCADUTO (115) sustenta una tesis muy parecida. Normalmente, dice, coincide la legitimación procesal y la sustancial. Si el artículo 933 del Código italiano de 1865 legitima al heredero aparente en lugar del verdadero para los negocios de derecho privado, puesto que la norma que disciplina la legitimación para los actos de derecho sustancial vale para la legitimación procesal, el mismo principio del artículo 933 es de aplicación a los actos procesales. Pero con razón opone ALLORIO (116) que, aun admitiendo ese paralelismo entre legitimación procesal y sustancial de modo exacto, hay que tener en cuenta que la norma del artículo 93 es una excepción al principio cardinal, según el cual cada uno está autorizado para realizar los actos jurídicos que se refieren a sus propias relaciones jurídicas. Tendría que existir una norma idéntica en el terreno procesal para poder ir a una aplicación directa de la excepción en este terreno. La aplicación analógica, única posible, es prácticamente imposible, ya que la cosa juzgada nace de la relación procesal, al cual no se puede aplicar la calificación de onerosidad o gratuidad.

Para salvar esta objeción, SCADUTO califica como gratuita u onerosa la relación que se ha hecho valer en el litigio, con lo cual estamos dentro de la posibilidad de actuación de la buena fe del tercero que ha contraído dicha relación y, en consecuencia, de su legitimación adquisitiva. Pero aun así existen determinados supuestos en donde no encaja la onerosidad ni la gratuidad. Por ejemplo, la sentencia de que

(113) Vid. PLANIOL-RIPERT-BOULANGER: *Ob. cit.*, pág. 732; CICU: *Ob. cit.*, pág. 246.

(114) *Doctrina general de derecho civil*. Trad. esp., Méjico, 1949, pág. 643.

(115) *Eredere apparente, eredere vero e processo*. Foro italiano 1938, I, 1.416.

(116) *Processo e apparenza giuridica*. "Rivista di diritto processuale civile", 1940, II, págs. 68 y ss.

finaliza un proceso iniciado contra el "de cuus" y proseguido con el heredero aparente para el reconocimiento natural de un hijo de aquél.

Únicamente cabría, a nuestro juicio, la absoluta oponibilidad de la cosa juzgada al heredero verdadero si estimáramos a la apariencia como principio general aplicable en cualquier situación. El tercero que con el heredero aparente litiga, lo cree legitimado para actuar en juicio. El creería siempre que ha actuado contra el heredero verdadero, y podría alegar la identidad de personas y cualidad del artículo 1.252 en virtud de ese principio general de la legitimación de la apariencia. Pero la doctrina se inclina a rechazar una aplicación incondicionada del mismo (116 bis).

2. *Relaciones entre el heredero verdadero y los terceros.*

Ya hemos dicho anteriormente la tendencia general de la doctrina a la protección de los mismos en determinadas circunstancias. Pero la duda nace de aquellos casos en los que puede existir una persecución eficaz de los mismos. El heredero verdadero, ¿ha de demandar al heredero aparente por la restitución con exclusión del tercero?, ¿puede elegir entre estos sujetos, como quiere CICU?, ¿es posible acoger la tesis de POLACCO del ejercicio de las acciones que le competen contra cada uno?

Nos inclinamos hacia esta solución última. Puede convenirle al heredero seguir estos dos procedimientos, porque la enajenación se haya hecho por un precio inferior al valor de la cosa —no interesándole entonces pedir simplemente la restitución del precio al heredero aparente—, siendo consecuencia del pleito el conocimiento de datos que le permiten ir contra el tercero. Naturalmente, que en este caso restituirá a su vez el precio que ha obtenido mediante la p. h.

Lo normal será que se accione contra el adquirente de manera directa para la restitución de la cosa, y el precio lo reciba éste del heredero aparente citado de evicción. Lo único que se destaca con lo expuesto es que la enajenación a un tercero que no reúne los requisitos legales para su protección, no queda fundamentada, y, por tanto, hecha inatacable, como si le hubiesen dado aquéllos, en el supuesto de que el heredero verdadero accione contra el aparente para la restitución de la herencia.

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN HEREDITARIA

Nuestro Código civil declara expresamente prescriptible la acción de p. h. El artículo 191, al referirse a la sucesión a que estuviese llamado el ausente, dice que su parte acrecerá a los demás coherederos,

116 bis) Vid. VERGA: *Osservazioni in tema di apparenza*. "Rivista de Diritto privato", 1940, I, págs. 193 y ss.; STOLFI: *L'apparenza del diritto*. Módena, 1934; JORDANO: *Ob. cit.*, págs. 711 y ss.; TALON MARTÍNEZ: *La apariencia jurídica*, «Revista Jurídica de Cataluña», julio-agosto 1952, pág. 367; LADARIA CALDENTY: *Legitimación y Apariencia jurídica*, Barcelona, 1952.

si no existen personas con derecho propio para reclamarla. Tanto los unos como los otros deberán hacer inventario con intervención del Ministerio Fiscal, los cuales reservarán hasta la declaración de fallecimiento. A continuación agrega el artículo 192: "Lo dispuesto en el artículo anterior se entiende sin perjuicio de las acciones de petición de herencia u otros derechos que competan al ausente, sus representantes o causahabientes. Estos derechos no se extinguirán sino por el transcurso del tiempo fijado para la prescripción." Igual pensamiento revela el artículo 1.016 al autorizar la aceptación de la herencia a beneficio de inventario ó con derecho de deliberar, mientras no prescriba la acción de petición.

Evidentemente, el artículo 1.016 está mal redactado. Prescindiendo de la cuestión de si es posible extenderlo a la aceptación en general (117), lo que se observa es la impropiedad de hacer depender la existencia del derecho de aceptar de la p. h., cuando precisamente esta acción tiene por base la aceptación de la herencia por el heredero. Cabría suponer exacta la doctrina en él contenida únicamente en el supuesto de que el legislador hubiese tenido presente como base del mismo una de las formas de aceptación tácita de la herencia. Según el artículo 999, esta forma de aceptación es la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sin la cualidad de heredero. La p. h. requiere en su titular la cualidad de heredero. Su ejercicio daría lugar a una aceptación de la herencia. Partiendo de este hecho, la interpretación del artículo 1.016 sería como sigue: Dado que la p. h. tiene un término de prescripción, la aceptación tácita de la herencia por su ejercicio sólo podría hacerse durante dicho plazo. Sin embargo, no hay nada que nos permita fundamentar como interpretación general del mismo tal cosa.

Pero sea ello lo que fuere, lo cierto es que siempre queda en pie el mismo problema: ¿Qué quiere decir el legislador cuando habla de prescripción de la acción para reclamar la herencia? ¿Se admite un plazo de prescripción extintiva con independencia de la prescripción de la herencia como "universitas" o de los elementos singulares que la componen, o bien se refiere a la usucapión de dichos bienes, lo cual no impide al heredero verdadero reclamarlo? ¿Qué plazo ha de aplicarse a la prescripción legal?

La cuestión de la prescripción en la p. h. aparece dificultosa en el Derecho romano, base en que moldea la acción moderna. En la compilación justiniana encontramos dos textos antagónicos. Una Constitución de TEODOSIO del 424 (C. 7, 39, 3) dice que como las acciones reales especiales, así tampoco se extienden a mayor espacio de treinta años las acciones sobre una universalidad y las personales. Pero otra de DIOCLECIANO (C. 7, 34, 4) afirma que a los que piden una herencia no les puede perjudicar la "praescriptio longi temporis", siendo, no obstante, oponible la misma por el poseedor de una cosa hereditaria a tí-

(117) Vid. ALBADALEJO: *La sucesión *iure transmissionis**, «Anuario de Derecho Civil», tomo V, pág. 931, nota 43.

título singular, ya que, como es sabido, no podía ser demandado sino por la reivindicatoria. En opinión de BIONDI (118), dado que la prescripción constituye un principio general y la Constitución de TEODOSIO menciona explícitamente a la p. h. al referirse a las acciones que tienen por objeto una universalidad, es de pensar que la inclusión de la de DIOCLECIANO sea un “despiste” de los compiladores. Por tanto, prescribía la acción petitoria por el transcurso de treinta años, pero no la cualidad de heredero, de carácter exclusivamente personal. No obstante, podían ejercitarse aquellos derechos hereditarios que todavía no habían prescrito.

¿Es susceptible de aplicación esta solución para nuestro Derecho? DE DIEGO (119) acepta el término de treinta años, aunque sin aclarar si es necesario para ello la posesión por parte del heredero aparente durante ese tiempo de los bienes hereditarios, o bien se trata de una pura prescripción extintiva. Tal vez pensase en la primera postura, ya que cita la sentencia de 28 de octubre de 1928. ALBADALEJO (120) cree, de acuerdo con la sentencia de 20 de junio de 1928, que la p. h. es personal, prescribiendo a los quince años.

A nuestro juicio, no podemos apoyarnos firmemente en determinadas declaraciones jurisprudenciales en materia de prescripción de p. h. La sentencia de 20 de junio de 1928 sentó la doctrina de la acción personal respecto a la acción para declarar la nulidad de un testamento, encargándose de diferenciar dicha acción de la p. h. y partición de bienes, que tiene como lógico soporte la cualidad de heredero en el demandante. La de 28 de octubre de 1928, que sienta la doctrina según la cual la p. h. prescribe por la posesión constante durante treinta años de los bienes heredados, cae en el error de ignorar la existencia dentro de la herencia de distintas clases de bienes —muebles e inmuebles— en relación a los cuales existen diversos plazos de usucapión. En este defecto inciden las sentencias de 15 de abril de 1932 y 12 de abril de 1951, cuando declaran que siendo la herencia un “universum ius”, aunque constituída por bienes de distinta condición, ésta es extraña a los efectos de la prescripción, para la que sólo hay que tener en cuenta la naturaleza de la acción ejercitada (121). El Tribunal Supremo se basa en la teoría ontológica de la “universitas”, que, como hemos visto, se encuentra abandonada en la actualidad. Pero, no obstante, no manifiesta el Alto Tribunal si esa dependencia de la prescripción de la naturaleza de la p. h. supone la imposibilidad de que durante el plazo en que puede ejercitarse son susceptibles de usucapión los bienes hereditarios o no (122).

(118) *Diritto ereditario ... cit.*, pág. 390.

(119) *Ob. cit.*, págs. 468-470.

(120) *Ob. y loc. cit.*, supra.

(121) LAURENT (*Ob. cit.*, págs. 590 y ss.) mantiene este crismo criterio. Vid. refutación en BAUDRY-LACANTINERIE: *Ob. cit.*, pág. 402; PLANIOL-RIPERT-MAURY VIALLETON: *Ob. cit.*, pág. 402.

(122) A nuestro juicio nada obsta para que antes de los treinta años pueda

La buena doctrina está representada por las sentencias de 18 de marzo de 1932 y 12 de noviembre de 1953, las cuales declaran de manera simple que la p. h. tiene un plazo extintivo de treinta años.

Este criterio romano de nuestra jurisprudencia ha sido abandonado en la legislación y doctrina italiana. El artículo 533 del nuevo Código ha establecido la imprescriptibilidad de la p. h. dejando a salvo el derecho de oponer al heredero la prescripción adquisitiva de los derechos sobre los bienes hereditarios ganada por el que la alega (123). Bajo la vigencia de la legislación anterior, POLACCO (124), con referencia a la norma del artículo 44, semejante a nuestro 192, decía que la prescripción de la p. h. se refería al derecho de aceptar la herencia, que duraba treinta años. RUGGIERO (125) mantenía la imprescriptibilidad, al encontrarse conectada la acción con la cualidad de heredero. Ambos criterios son inadmisibles. El primero, porque es más que dudoso que el legislador confunda la p. h. con el derecho de aceptar, y el segundo, porque el objeto fundamental de la acción es la restitución de los bienes hereditarios, no la simple declaración de la cualidad de heredero.

ser adquirido un bien de la herencia por usucapión, dados los términos en que se expresan los arts. 1.962 y 1.963 del Código civil.

(123) SCHLESINGER (*Ob. cit.*, pág. 186) dice: "es lícito dudar de la oportunidad de establecer la imprescriptibilidad de la acción de petición".

(124) *Ob. cit.*, págs. 175 y s.; GUERRERA: *Imprescrittibilita dell'azione petizione d'eredita*. Giurisp. ital., 1929, IV, 101 y ss.

(125) *Istituzioni di diritto civile*. Vol. II, Nápoles, 1923, pág. 711 y nota 2. En igual sentido, H. GATTI: *Petición de herencia*, Montevideo, 1955.

