

# La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros

JUAN B. JORDANO BAREA

Doctor en Derecho, Pensionado por el C. S. I. C. en las Universidades de Lisboa y Coimbra

SUMARIO: *Introducción.*—I. *Condición jurídica del heredero aparente.* § 1. *El heredero aparente en nuestro derecho.* § 2. *Possessor pro herede y possessor pro possessore.* § 3. *Heredero aparente de buena y de mala fe.*—II. *La protección de los terceros adquirentes del heredero aparente.* § 1. *Los terceros y el verdadero heres en el Derecho romano.* § 2. *Validez de los actos cumplidos por el heredero aparente en el Derecho comparado.* 1. *Doctrina y jurisprudencia francesa.* 2. *Derecho italiano.* § 3. *El problema en nuestro Derecho.* 1. *Situaciones legales protectoras del tercero de buena fe.* A) *Bienes muebles.* B) *Bienes inmuebles.* 2. *¿Cabe ampliar de algún modo en nuestro Derecho la protección de los terceros adquirentes del heredero de facto?* A) *Analogía iuris.* B) *Analogía legis.* *El art. 197 C. c.* C) *La máxima error communis facit jus.* D) *El principio de la apariencia jurídica.* *Solución de iure constituto.* 3. *El problema desde el punto de vista politicolegislativo.* *Conclusión de jure constituendo.*

## INTRODUCCION

La doctrina del heredero aparente constituye uno de los capítulos más interesantes de la teoría de la apariencia jurídica.

“En el mundo jurídico—escribe D’Amelio—el estado de hecho no siempre corresponde al estado de derecho; pero el estado de hecho, muchas veces, y por consideraciones de orden diverso, merece el mismo respeto que el estado de derecho y, en ciertas condiciones y con relación a ciertas personas, produce consecuencias no diferentes de las que derivarían del correspondiente estado de derecho. Uno de estos casos es la apariencia del derecho. Existen, en efecto, situaciones generales por las cuales quien ha confiado razonablemente en una manifestación jurídica dada y se ha comportado de acuerdo con tal manifestación tiene derecho a contar con ella, aunque a la manifestación no

corresponda la realidad" (1). Aplicaciones del principio de la apariencia jurídica (*Rechtsschein*), que se podrían formular diciendo que "la apariencia de un derecho equivale al derecho mismo" (1 bis), se encuentran en nuestro ordenamiento positivo respecto a determinados causahabientes de titular aparente, para obviar las rígidas consecuencias del conocido aforismo *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*, según el cual deberían ser ineficaces todas las adquisiciones que el tercero haya recibido de un titular de hecho. Así, el adquirente *a non domino* de buena fe es protegido, en ciertas condiciones, frente al titular real (art. 464 C. c., tratándose de cosas muebles; art. 34 L. H., con relación a los inmuebles) (2).

En este trabajo vamos a estudiar concretamente el problema de la validez de las enajenaciones efectuadas por el heredero aparente.

Si el heredero aparente vende o grava los bienes de la herencia, constituye derechos reales sobre los mismos, realiza, en fin, actos de disposición, ¿qué eficacia tendrán estos negocios frente a los terceros que contratan con el *possessor pro herede* confiando en la realidad de su *status*?

Un estudio completo de la figura del heredero de facto debe comprender los siguientes extremos: I. Condición jurídica del heredero aparente, precisando su concepto y señalando sus notas distintivas, con el fin de saber cuándo se está ante un supuesto de hecho característico. Complemento de esta investigación es el análisis de las figuras concretas del heredero aparente presentadas por la doctrina: a) el indigno; b) el heredero por declaración de fallecimiento del ausente que resulta existir; c) el coheredero que posee toda la herencia, etc. II. Relaciones entre el heredero aparente y el verdadero, que comprende el régimen de restitución de las diferentes clases de frutos, según la buena o mala fe del *possessor pro herede*, disciplina aplicable a las accesiones, abono de mejoras, responsabilidad por culpa y caso fortuito y restitución procedente en caso de enajenaciones de los bienes hereditarios. III. Relaciones entre el heredero real y los terceros adquirentes del heredero aparente.

Dejando para otra ocasión el examen de las cuestiones planteadas sub II), aquí nos limitaremos a exponer y resolver, teniendo en cuenta los principios que informan nuestro Derecho privado, el problema de la protección frente al heredero verdadero de los terceros de buena fe que adquieren del *possessor pro herede*, que, sin duda alguna, es el más interesante de todos los que plantea la teoría del heredero apa-

(1) En *Nuovo Digesto Italiano*, I, pág. 550, voz *Apparenza del Diritto*, número 1. Desde el punto de vista filosófico vid. el interesante ensayo de BRADLEY: *Appearance and Reality (A Metaphysical Essay)*, Oxford, 1930.

(1 bis) Como veremos, oportunamente, la *apprentia iuris* es un principio lógico, informador de algunas hipótesis singulares y no un principio general del Derecho.

(2) Sobre el problema, en general, vid. BÉRGAMO LLABRÉS: *La protección de la apariencia jurídica en el Derecho español, en Curso de conferencias, 1945 (Ilustre Colegio Notarial de Valencia)*, Valencia, 1946, páginas 241 y siguientes.

rente, por su inmediata conexión con el problema general de la apariencia jurídica y la seguridad del tráfico.

Sin embargo, como punto de partida, tendremos que determinar quién es "heredero aparente". Tratándose de la validez de los actos cumplidos por el heredero aparente es necesario saber de antemano quién tiene tal condición jurídica. Constituye un presupuesto imprescindible para fijar las consecuencias jurídicas de las enajenaciones hechas por él antes que el verdadero heredero haya aceptado la herencia. Para que entren en juego las normas que protegen al tercero de buena fe que adquiere del titular aparente un derecho, parece que hará falta que en este caso los actos dispositivos provengan del que ostenta de hecho la cualidad de heredero (*possessor pro herede*), no bastando la simple condición del *possessor pro possessore*, que ni manifiesta el *animus heredis* ni es tenido como tal por los terceros. Se impone, pues, aclarar si el concepto "heredero aparente" es tan amplio que comprenda a todo el que posea las cosas hereditarias, sin atender a que la posesión sea legítima o ilegítima, de buena o mala fe, o derive de un título válido o no.

Determinado el concepto de heredero aparente, pasaremos a exponer las relaciones entre el heredero real y los terceros según el derecho romano. Seguidamente examinaremos la validez de los actos realizados por el heredero aparente en el derecho comparado, deteniéndonos en el análisis de las soluciones presentadas por la doctrina y jurisprudencia francesas y por el derecho italiano, para plantear, por último, el problema en nuestro Derecho, tanto de *iure constituto* como de *iure constituendo*. A tal efecto, estudiaremos las situaciones legales protectoras del tercero de buena fe, en materia de muebles e inmuebles, aplicables a nuestro caso. Fijados los límites de esa protección, nos ocuparemos del problema de la tutela general de los terceros que contratan confiando en la apariencia de un titular *pro herede*, con objeto de establecer si en nuestro ordenamiento cabe ampliar de algún modo la protección del tercer adquirente del heredero de hecho más allá de lo que consiente el juego de la *fides publica*. Valorados los argumentos y los remedios de carácter técnico presentados en favor de esa extensión, precisaremos la solución adoptada en vista del Derecho positivo vigente. Finalmente, acabaremos nuestro estudio indicando el modo de resolver la cuestión que nos parece más acertado desde el punto de vista politicolegislativo. Hemos de dar respuesta entonces a esta pregunta, cuyo interés general, no circunscrito al específico tema versado en este trabajo, inmediatamente se intuye: ¿Será oportuno dictar una disposición que expresamente deje a salvo los derechos adquiridos por todos los terceros de buena fe que contraten a título oneroso con el heredero aparente, convendrá mantener el actual sistema hipotecario o deberá ser sustituido por el sistema de la inscripción constitutiva y obligatoria?

## I. Condición jurídica del heredero aparente

### § 1. EL HEREDERO APARENTE EN NUESTRO DERECHO

¿Quién es heredero aparente? Nuestro Código, a diferencia de otros cuerpos legales extranjeros (3), no contiene ninguna disposición en la que se haga referencia al heredero aparente. El artículo 989 se limita a decir que los efectos de la aceptación y de la repudiación se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona a quien se hereda. Sin embargo, los artículos 991 y 997 (4) presuponen la posibilidad de que exista un heredero aparente, por haber aceptado expresa o tácitamente la herencia ajena, sobre la base de un error (de hecho o de derecho) o de un testamento que después resulta revocado por la aparición de otro posterior entonces desconocido. La jurisprudencia a veces se refiere a supuestos de heredero aparente, a propósito de la legitimación pasiva en el ejercicio de la *actio petitio hereditatis* (5). Así, en numerosas sentencias del Tribunal Supremo se habla de “poseedor en concepto de heredero”, de “poseedor de buena o de mala fe de una herencia” y de “herencia poseída sin título eficaz para transmitir el dominio” (6). Se impone, por tanto, la necesidad de establecer de forma clara el concepto del heredero aparente, recurriendo a la analogía con otras figuras jurídicas de titulares de facto que presentan mayor afinidad, como es el caso del propietario aparente, a los principios generales del derecho (latentes en el sistema o lógicamente deducidos) y también al derecho romano, utilísimo guía en el asunto que nos ocupa por contar con una detallada regulación del instituto. Por otra parte, la doctrina se ha ocupado largamente del problema conceptual del heredero aparente, y sus aportaciones (7) nos ayudarán a pre-

(3) Vid. *infra*, II., § 2, 2, páginas.

(4) “Nadie podrá aceptar ni repudiar sin estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar y de su derecho a la herencia”.

“La aceptación y la repudiación de la herencia, una vez hechas, son irrevocables, y no podrán ser impugnadas sino cuando adoleciesen de algunos de los vicios que anulan el consentimiento o apareciese un testamento desconocido”.

(5) Sobre ésta, en nuestro Derecho, vid. TRULLENQUE SANJUÁN: *La actio petitio hereditatis*, en *Revista General de Derecho*, 46, 47 y 48, págs. 395 y siguientes y 466 y sigs.; en el Derecho extranjero, BRUGI: *Appunti sulla petizione di eredità*, Pisa, 1919; MIRJDI: *Contributo allo studio della petitio hereditatis*, en *Temì emiliani*, 1931, págs. 161 y sigs.; DEGNI: en *Nuovo Digesto Italiano*, IX, voz *Petizione di eredità*; FASANI: *Sull'azione di petizione di eredità*, Roma, 1948.

(6) Vid. Sentencias 28 enero 1892, 28 enero 1896, 17 marzo 1896, 27 octubre 1900, 20 abril 1917, etcétera.

(7) Entre los autores españoles la elaboración doctrinal es escasa: FONCILLAS: *El heredero aparente*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1930, págs. 848 y sigs. Vid., además, la interesante transcripción de documentos de JERÓNIMO GONZÁLEZ: *El Registro de actos de última voluntad (antecedentes)*, en la misma revista, 1930, págs. 121 y siguientes.

cisar los contornos de la figura, siempre con la vista puesta en nuestro Derecho positivo.

El poseedor a título singular en concepto de dueño es “propietario aparente”, según los artículos 432 y 448 del C. c., aunque no empleen esa fórmula, porque el simple hecho de poseer una cosa *animo domini* crea la convicción general, amparada con una *presumptio iuris tantum*, de que efectivamente se es propietario de ella. Por tanto, puede decirse que el que a los ojos de los demás posee como propietario (“en concepto de dueño), o sea, manifestando externamente la intención de haber la cosa como suya, es, sin más requisitos, propietario aparente, abstracción hecha de si tiene o no además la *opinio domini* (“creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella y podía transmitir su dominio”, art. 1.950 C. c.), que sólo es necesaria para el poseedor o propietario aparente de buena fe. En otras palabras, para ser propietario aparente basta tener la intención de comportarse como propietario, aunque no se tenga la *opinión* de serlo: cabe así que exista un poseedor en concepto de dueño (propietario aparente), tanto de buena como de mala fe, según ignore o sepa que en su título o modo de adquirir hay un vicio que lo invalida (art. 433), con tal que el *animus rem sibi habendi* se traduzca en una conducta capaz de provocar la apariencia jurídica de la propiedad. Esta no se identifica con la posesión de buena fe en concepto de dueño: comprende también la posesión jurídica o civil de mala fe—tenencia por una persona de una cosa unida a la intención de haberla como suya sabiendo que no lo es (arg. arts. 430. ap. 2.º: 1.950 y 433. 2.º)—. cuando exteriorizado ese *animus domini*, incluso sin la *opinio domini*, característica de la buena fe, origina la estimación general de que se es propietario. Y entonces estaremos ante una posesión de mala fe en concepto de dueño, o, lo que es lo mismo, frente a un propietario aparente de mala fe. Claro está que la *opinio domini* facilita mejor que el simple *animus domini* la formación de aquella *communis opinio*, soporte de la apariencia jurídica; pero como el propietario aparente de mala fe oculta, por regla general, su vicio subjetivo, los terceros serán inducidos también en este caso a considerarlo como dueño. Ahora bien, si el que posee a título singular como propietario (“en concepto de dueño”, en la terminología del Código), haciendo patente el *animus rem sibi habendi* o *domini* es, sin más, propietario aparente, según acabamos de ver, podremos decir que el que posee a título universal como heredero (“en concepto o calidad de heredero”), manifestando el *animus heredis*, es heredero aparente—importando poco que a ese *animus* añada o no la *opinio heredis*, tan sólo necesaria para el heredero aparente de buena fe—, siempre que se comporte como heredero.

De acuerdo con los principios que informan nuestro Derecho y por analogía con la figura del propietario aparente, resulta que heredero aparente es todo aquel que posee la herencia en concepto o calidad de heredero y como tal se comporta *de facto* sin serlo *de iure*, ya proceda de buena o de mala fe, desde que su *animus heredis*, con o sin la *opinio heredis*, se exteriorice en actos idóneos a provocar en los terceros la

creencia fundada de que es heredero. La cualidad de heredero aparente, no tanto deriva del *animus* u *opinio* de heredero que él mismo tenga como, sobre todo, de la opinión o concepto general en que es tenido a consecuencia de su conducta externa como poseedor inequívoco, pacífico y público de la *hereditas* (8).

Por otra parte, este concepto corresponde al significado natural, lógico y simple de la expresión *heredero aparente*: para tener la *mera apariencia* de heredero basta ser conceptuado así por los demás, sin que sea necesaria también la convicción personal de que efectivamente se es heredero, y mucho menos gozar jurídicamente de dicha condición. Aparentemente tiene un *status* el que lo ejercita de hecho, el que está en posesión del mismo, perteneciendo según Derecho a otro. La apariencia jurídica es un resultado del mundo externo, y como tal, objetivo. El elemento volitivo, más o menos intenso, es tan sólo el punto de partida de una conducta que, al hacerse patente, deja en la sombra la condición ética del sujeto provocador de la apariencia.

En una palabra: *heredero aparente* es el que posee como si fuera heredero, y puede ser de buena y de mala fe (9). No otra cosa era el *possessor pro herede* del derecho romano, como tendremos ocasión de ver en seguida.

## § 2. "POSSESSOR PRO HEREDE" Y "POSSESSOR PRO POSSESSORE"

Sabido es cómo las fuentes romanas contraponen al *possessor pro herede* el *possessor pro possessore* (10). Pero el criterio distintivo entre las dos categorías de poseedores de las cosas hereditarias no es uniforme: varía con los textos (11).

Así, Gaio (Instituta, IV, 144) considera *possessor pro herede* "is

(8) En este último sentido, vid. las observaciones de TARDIVO: *L'erede apparente*, Padua, 1932, vol. IV de los *Studi di diritto privato italiano e straniero diretti da Mario Rotondi*, núm. 19. Cfr., además, del mismo autor, *L'erede apparente e l'onere della prova*, en *Rivista di Diritto Privato*, vol. 1, 1931, parte prima, págs. 193 y sig.; MENGONI: *L'acquisto a non domino*. Milán, 1949, página 81.

(9) Así, con ligeras variantes, IANNUZZI: *Della condizione giuridica dell'erede apparente e degli atti compiuti dal medesimo coi terzi*, apéndice V a la obra de LAGRENT: *Principi di diritto civile*: trad. it., vol. IX, pág. 637; HUREAUX: *Traité du droit succession*, Paris, 1868, III, núm. 112 y sigs.; MAIERINI: *Studi intorno all'art. 933 del Codice civile*, en *La Legge*, 1872 parte tercera, página 6, col. 1.

(10) "Regulariter definiendum est eum demum teneri petitione hereditatis, qui vel ius pro herede vel pro possessore possidet vel rem hereditariam" (fr. 9, ULPIANO, lib. XV ad ed. Dig. de hereditatis petitione, 5. 3).

(11) GAI, Inst., IV, 144: "Pro herede autem possidere videtur tam is qui heres, est, quam is qui putat se heredem esse; pro possessore is possidet qui sine causa aliqua rem hereditariam vel etiam totam hereditatem sciens ad se non pertinere, possidet."

Fr. 11, Dig. 5. 3, ULPIANO, lib. XV, ad ed.: "Pro herede possidet, qui putat se heredem esse. Sed an et is, qui scit se heredem non esse, pro herede possideat, quaeritur: et Arrianus libro secundo de interdictis putat teneri, quo

qui putat se heredem esse”, contraponiéndolo al *possessor pro possessore*, que define como aquel que “sine causa aliqua rem hereditariam vel etiam totam hereditatem, sciens ad se non pertinere, possidet”. El mismo criterio recogen, con ligerísimas variantes, las Instituciones de Justiniano (IV, 15, § 3) (II bis).

En cambio, según el fr. 11, Dig. *de hereditatis petitione*, 5, 3 (Ulpianus, libro quinto decimo ad edictum), resulta que posee *pro herede* “et is qui scit se heredem non esse”, es decir, en general, todo aquel que posee la herencia como heredero, tanto si procede de buena fe, porque se juzgue efectivamente tal, como si actúa de mala fe porque sepa no serlo.

Numerosas fueron las tentativas hechas para eliminar la antinomia (12). No es éste el lugar oportuno para someter a una minuciosa crítica las diversas soluciones propuestas. Pero, con Longo, nos inclinamos a considerar interpolados los fr. 9, 11, 12 y 13 del Dig. 5, 3, que en su redacción actual, obra de los compiladores, contiene el criterio justiniano. El texto de Gaio, sin duda alguna genuino, representa el criterio clásico. Para este período habría que reconstruir de forma paralela aquellos pasos, una vez eliminados los elementos más o menos extraños a los principios de la época. Conjeturalmente Longo restituye así el pensamiento básico y originario de Ulpiano: “Is tenetur petitione hereditatis qui pro herede vel possessore possidet res hereditarias. Pro herede possidet qui putat se heredem esse, pro possessore possidet praedo, qui nullam causam possessionis habeat: et ideo fur et raptor petitione hereditatis tenentur.”

iure nos uti Proculus scribit. Sed enim et bonorum possessor pro herede videtur possidere. Pro possessore vero possidet praedo”.

Fr. 12, Dig. eod., ULPIANO, lib. LXVII, ad ed.: “Qui interrogatus cur possideat, responsurus sit “quia possideo” nec contendet se heredem vel per mendacium”.

Fr. 13, Dig. eod., ULPIANO, lib. XV, ad ed.: “Nec ullam causam possessionis possit dicere: et ideo fur et raptor petitione hereditatis tenentur”.

Aunque la opinión de ADRIANO y PRÓCULO acerca de la *questio*, propuesta por ULPIANO en su primer fragmento, es un tanto ambigua, porque el *putat teneri* no dice expresamente a qué título (si *pro herede* o *pro possessore*) podía ser convenido el poseedor de mala fe de una *hereditas*, en íaz de la pregunta formulada, lógicamente se sobrentiende: “qui scit se heredem non esse, pro herede possidet”.

(II bis) “Pro herede autem possidere videtur, qui putat se heredem esse; pro possessore is possidet, qui nullo iure rem hereditariam vel etiam totam hereditatem sciens ad se non pertinere possidet.”

(12) Vid. especialmente, FABER: *Rationalia in Pandectas*, Lugduni, 1659, II, páginas 215 y sigs., ad fr. 11, *Ulpianus libro 15 ad Edictum*; NOODT: *Operum omnium*. II. *Commentarium in D. Justiniani*, Coloniae Agripinae, 1763, págs. 142 y ss., ad lib. V, tit. III *de hereditatis petitione*; DERNBURG: *Diritto di famiglia e diritto dell'eredità*, trad. italiana de Cicala, Turín, 1905, § 172, págs. 645 y siguientes; GLÜCK: *Commentario alle Pandette*, trad. italiano de Brugi, V, Milán, 1893, § 565, págs. 131 y sigs.; WINDSCHEID, *Pandette*, III, Turín, 1904, § 614, n. 4, pág. 278; BESELER: *Beitrage*, IV, 3; LEINWEBER: *Die hereditatis petitio*, Berlín, 1829, págs. 1 y sigs.; LENEL: *Die Passivlegitimation bei der hereditatis petitio*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, R. A. XLVI (1926), páginas 1 y siguientes.

Por tanto, según el derecho clásico posee *pro possessore* aquel que, sabiendo que no es heredero, no puede alegar ninguna *causa possessionis*; es, en cambio, *possessor pro herede* quien cree ser el heredero y en consecuencia de tal convicción interior ejercita la posesión de las *res hereditarias*.

En el derecho justiniano, los compiladores, mudando profundamente la calificación hecha por los clásicos en la legitimación pasiva de la *hereditatis petitio*, extienden el concepto de *possessio pro herede* al poseedor que sepa no ser el heredero.

Sin embargo, a juicio de Longo, no se puede decir que los compiladores hayan ideado una "*pro herede possessio* de mala fe". A la interpolación justiniana del fr. 11, Dig. 5, 3 ("Sed an...") no se le puede atribuir un valor tan absoluto: fué realizada para hipotizar un nuevo y diverso supuesto de convenibilidad con la *petitio* (el del *bonorum possessor* que sepa no tener derecho alguno, ni siquiera como *bonorum possessor*, sobre las cosas hereditarias), sin el propósito de invertir totalmente el concepto gayano de *possessio pro herede*, peculiar del derecho clásico (13).

No discutiremos aquí este problema, que nos llevaría muy lejos. Basta decir que, una vez quebrada la vieja noción del *possessor pro herede* con el fin de contemplar un caso más que no cabría dentro de ella, se hizo posible la generalización de un nuevo concepto, comprensivo de todo poseedor de las *res hereditariae* que se colocase en el lugar del verdadero *heres*, tanto de buena como de mala fe: "Pro herede possidet, qui putat se heredem esse, et is qui scit se heredem non esse", tal como decían los bizantinos (Bas., 42, 1, 11) al tomar en toda su fuerza el criterio justiniano, introducido de forma reticente en el citado fr. 11 del Dig. 5, 3.

Por consiguiente, en el derecho justiniano, *possessor pro herede* es aquel que posee la herencia como heredero, quien se jacta de heredero, quien con su conducta demuestra el *animus heredis*, el que, interrogado por qué posee la *hereditas* responde: "porque soy el heredero" (arg. a contrario L. 12, Dig., 5, 3). No importa, pues, que posea de buena o de mala fe, que no tenga ningún título efectivo (real) como fundamento de su ropaje de heredero, que se diga heredero aun a sabiendas de que miente: basta que actúe como heredero y en su lugar (*pro herede*), que *contendat se heredem esse* (L. 12 cit. a contrario sensu). El que así se comporta aparece como heredero, es, en suma, "heredero aparente".

Por el contrario, *possessor pro possessore* es, en tiempos de Justiniano, todo aquel que no manifiesta de ningún modo el *animus heredis*, quien no afirma ser heredero ni siquiera por mentira (*non contendit se heredem vel per mendacium*), el que, interrogado por qué posee, sin

(13) LONGO, G.: *L'hereditatis petitio*. Padua, 1933. págs. 1 y sigs., especialmente, págs. 13 y sigs. *passim*. Anteriormente LONGO había publicado un artículo sobre el mismo asunto (*Studi sulla hereditatis petitio*) en la *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1029, págs. 171 y sigs., del cual hemos tomado la reconstrucción de los textos.



ostentar de facto la cualidad de heredero, responde simplemente: "porque poseo", *quia possideo*. Ahora bien: el *possessor pro possessore*, que no posee como heredero, sino como mero poseedor, no puede parecer heredero, y por ello no es heredero aparente (14), aunque esté legitimado para ser convenido con la *hereditatis petitio*. Así, pues, confrontando el concepto sentado en el apartado anterior con la terminología romana resulta claro que el heredero aparente corresponde al *possessor pro herede* del derecho romano justinianeo.

Algunos autores, como Maierini y Tartufari (15), afirman que en el concepto de heredero aparente está comprendido también el *possessor pro possessore* del derecho romano. Esto puede ser exacto referido al período clásico, en el que el heredero aparente de mala fe tenía la condición de *possessor pro possessore*, según se desprende de Gaio (Inst. IV, 144). Pero con relación al derecho justinianeo la afirmación es inexacta, como acabamos de ver.

### § 3. HEREDERO APARENTE DE BUENA Y DE MALA FE

En este apartado nos proponemos examinar una serie de cuestiones que, en último análisis, se reducen a determinar cuándo el heredero aparente es de buena o de mala fe. Esto, que tiene un extraordinario interés cuando se trata de establecer las relaciones que median entre el heredero aparente y el verdadero, tiene escasa importancia respecto a los derechos de los terceros que contratan con aquél, en cuyo caso basta que el enajenante tenga la cualidad de *heredero aparente*, es decir, que concurren las condiciones que determinan la apariencia jurídica de ese *status* (comportamiento exterior apto para engendrar en los terceros la razonable creencia de estar frente al verdadero heredero), sin que sea necesario comprobar si el *possessor pro herede* tiene o no un título ni si está en buena o mala fe. Interesa, en cambio, la subsistencia de la buena fe por parte del tercero para que pueda considerarse digno de protección.

Por ello, trataremos a grandes rasgos unos problemas que sólo indirectamente pueden tener algún reflejo en el tema objeto de nuestro estudio. En efecto, importará la buena o mala fe del heredero ficticio para determinar el grado de su responsabilidad por las enajenaciones realizadas cuando el verdadero heredero no pueda obtener la restitución *in natura* de los adquirentes de buena fe protegidos por el ordenamiento. Aun así se trata, como es obvio, de relaciones internas entre el heredero *de iure* y el heredero *de facto* (16).

(14) Para el Derecho justinianeo cfr. BRUNETTI: *L'erede apparente* (artículo 933, Código civil italiano) en *Archivio Giuridico*, LV, 1895, págs. 115 y siguientes, esp. págs. 126-127.

(15) MAIERINI, op. y loc. cit., pág. 6, col. I; TARTUFARI: *Del possesso qual titolo di diritti*, Turín, 1888, vol. II, *Del possesso qual titolo apparente universale*, rúbr. 1, *Qual sia L'erede apparente*, página 430.

(16) Sin embargo, como veremos al estudiar el problema de la validez de las enajenaciones cumplidas por el heredero aparente en el derecho comparado.

¿Quién es heredero de buena fe? ¿Bastará la simple creencia subjetiva, la *opinio heredis*, o será necesario un título efectivo? (17).

Nuestro Código no regula expresamente la cuestión. Sin embargo, creemos aplicables las normas dictadas en general para la posesión de buena o mala fe. Nada se opone a ello. Si el heredero aparente es un poseedor de la herencia, aquellas disposiciones serán las que deben regir para determinar su buena o mala fe. A mayor abundamiento, el artículo 609 considera la sucesión testada e intestada como uno de los diferentes modos de adquirir la propiedad: por tanto, el artículo 433, que habla de "título o modo de adquirir", en general, se refiere no sólo a los poseedores a título singular, sino también a los que poseen a título universal. Por otra parte, los artículos 440 y 442 se refieren a la posesión de la herencia y al que suceda en la posesión por título hereditario.

Según el artículo 433, "se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide". Dos son, pues, los requisitos exigidos: título o acto jurídico que aparente una legítima adquisición e ignorancia por el poseedor de los vicios que la invaliden o la hagan ineficaz (18). El artículo 1.950 recoge, en cambio, el aspecto positivo de la *bona fides*: "la buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella y podía transmitir su dominio". Glosando ambas disposiciones podemos decir que "poseedor de buena fe es quien tiene la creencia de la legitimidad de su posesión": *opinio domini*, en el caso del poseedor a título singular; *opinio heredis*, tratándose de un poseedor a título universal.

En cuanto al requisito del título, en nuestra hipótesis, no se pueden admitir, según nuestro Derecho (arts. 658, 991, 1.271, § 2.º), otros títulos idóneos para atribuir la condición de heredero que no sean la ley y el testamento. Sólo muy excepcionalmente se admite el pacto sucesorio (arts. 831, 826, 825, 177, 1.315 en relación con el 1.331). Los artículos 1.952, 1.953 y 1.954 exigen para la *possessio ad usucapionem* que el título sea justo, verdadero (es decir, *real*, no putativo), válido (no totalmente nulo) y probado. No creemos que deban ser exigidas

hay, entre los autores franceses, una doctrina que exige tanto la buena fe de los terceros como la del *possessor pro herede*, para que aquellas sean eficaces y puedan oponerse al heredero real. De ser cierta esa opinión, la buena fe del heredero aparente tendría una influencia directa en el problema central de nuestro estudio. Pero la verdad es que la referida doctrina cuenta con escasos seguidores.

(17) La cuestión planteada fué causa de las más enconadas disputas en Italia bajo el Código de 1865. Vid. MONTEL: (*Sul concetto di erede apparente di buona fede*, en *Rivista di Diritto civile*, 1933, págs. 10 y sigs.), el cual resume toda la controversia, planteándola sobre un terreno diferente. Bajo el nuevo Código, la no necesidad del título se confirma hoy, argumentando a *fortiori*, del artículo 535, últ. ap. donde no se requiere la existencia de un título real, ni siquiera para la figura del heredero aparente de buena fe. Cfr. MENGONI, op. cit., páginas 83-84.

(18) Cfr. CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral* tomo II, sexta edición, Madrid, 1943, página 41.

todas estas condiciones al *possessor pro herede* de buena fe. A nuestro juicio, basta que, como cualquier poseedor *ad interdicta* en concepto de dueño y de buena fe—él posee “en concepto de heredero” con la *opinio heredis*—, apoye su creencia de que es legítimo heredero en un *título justo*, es decir, en nuestro caso, una de las causas de devolución hereditaria, cosa que a tenor del artículo 448, aplicado analógicamente, se presume sin necesidad de prueba, desde que posea en concepto de heredero, como propietario a título universal. No hace falta además un título verdadero y válido, únicamente exigido por el artículo 1.953 para la prescripción adquisitiva o usucapión. El *possessor pro herede* de buena fe no es un poseedor *ad usucapionem*. Lo será el tercer adquirente *a non domino* de quien aparece como legítimo heredero, cuando sea de buena fe (art. 1.950), y no deba estimarse que, en virtud de alguna norma o principio especial, adquirió válidamente de manera instantánea. Si para el concepto de heredero aparente se quiere encontrar un término de exacto y útil encuentro, no es en el *possessor ad usucapionem* donde se halla, sino más bien en el poseedor (“propietario aparente”) de quien el *usucapiens* recibió la cosa (19). Este poseedor será de buena fe, a efectos de la usucapión, si adquiere por medio de un título hábil para trasladar el dominio, verdadero y válido, ignorando el vicio que hace ineficaz la transmisión (no ser dueño el causante) (arg. arts 1.950 *a contrario* combinado con el 433, 1.952 y 1.953): aquél (poseedor en concepto de dueño, “propietario aparente”) será de buena fe—puede estar en mala fe—, a efectos de sus relaciones con el verdadero propietario. “si ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide”, sin otras limitaciones (artículo 433). Cabe, pues, que apoye su *opinio domini* tanto en un título verdadero afectado de nulidad relativa como en un título totalmente inválido afectado de nulidad absoluta e incluso meramente supuesto o putativo, por error de hecho o de derecho excusable (20).

Paralelamente, es *possessor pro herede* de buena fe quien se comporta como heredero, poseyendo la herencia en dicho concepto, con la *opinio heredis*, es decir, juzgando ser tal, sobre la base de una causa de devolución hereditaria, verdadera o creída, siempre que en el primer caso se ignoren los vicios que le afectan y en el segundo se trate de un error excusable, ya sea de hecho o de derecho (21).

Así, por ejemplo, deberá considerarse como heredero aparente de buena fe el que entra en posesión de la herencia sobre la base de un testamento más tarde declarado nulo, por haber sido otorgado con violencia, dolo, fraude o defecto de forma, o bien posteriormente revocado,

(19) Cfr. MIDIRI: *L'erede apparente e i diritti dei terzi con lui contrattanti*, en *Rivista di Diritto civile*, 1930, pág. 343; BONFANTE: *La dottrina dell'erede apparente e la buona fede del terzo nelle alienazioni dei beni ereditari*, en *Scritti Giuridici Varii*, I, *Família e Successione*, Turin, 1916, páginas 531 y siguientes.

(20) A esto último no obsta el artículo 2 C. c. C. F. DE CASTRO: *Derecho civil de España*, segunda ed. Madrid, 1949, páginas 526-530.

(21) Cfr. MONTIEL, op. cit., página 20, número 6.

con tal que ignore aquellos vicios o la revocación sobrevinida. Pero no sólo un título nulo, sino también un título putativo o supuesto debe valer para colocar al heredero aparente en la favorable condición de poseedor de buena fe, siempre que hubiese podido creer razonablemente que era llamado a la sucesión. Esto acontece cuando alguien se engaña sobre su vocación hereditaria por un error de hecho, como es el caso del que, ignorando la existencia de parientes más próximos del difunto, se introduce en la posesión de los bienes de la *hereditas* (22), o de derecho, como en el supuesto contemplado por la S. de 7 de diciembre de 1899 (23). En tales casos el heredero aparente no tiene un título efectivo, siquiera viciado, y, sin embargo, creemos que en nuestro Derecho cabe acoger la benigna decisión de Ulpiano (24), es decir, que ni aun entonces puede considerársele a aquél como poseedor de mala fe porque le falta la conciencia de su ilegitimidad; *dolo caret*, porque no obra con dolo. La buena fe puede fundarse, pues, tanto sobre un *error facti*, como sobre un *error iuris* excusable. Es cierto que, como dice De Angelis, se necesita un equitativo y prudente arbitrio judicial para decidir sobre la buena fe del heredero aparente, pero excluir sin más en esta materia el error de derecho como indóneo para servir de base a aquella cualidad, parece querer ser demasiado riguroso (25).

Sin embargo, a fuer de benignos, no se puede llegar hasta el extremo de admitir una buena fe *meramente subjetiva*, como pretende CONTRI, según el cual sería heredero aparente *bonae fides* aún quien se juzgase heredero, sin fundar su *opinion* ni siquiera en la creencia de que exista una causa de devolución hereditaria (título putativo) (26).

(22) MANRESA, siguiendo a SÁNCHEZ ROMÁN, admite la buena fe fundada en un error de hecho (*Comentarios al Código civil español*, IV, págs. 103 y siguiente); en cambio, a su juicio, la ignorancia de las leyes no puede servir de fundamento a la buena fe, pero sí el error en la aplicación de las mismas.

(23) Resolvió el siguiente caso, que refiere MANRESA (op. cit., página 102): Instituido un heredero con la condición de no casarse con determinada persona contraído, no obstante, matrimonio con ella, y obtuvo la posesión de los bienes hereditarios. Formulada la demanda por el heredero instituido para el caso de no cumplirse la condición, pidiendo la entrega de dichos bienes con todos los frutos producidos y debidos producir, y denegada esta última petición por no estimarse probada la mala fe del demandado, declara el Tribunal Supremo que si bien dicho demandado conocía la prohibición que el testador le impuso, no es, en efecto, esta circunstancia bastante para que necesariamente se le tenga como poseedor de mala fe, porque pudo creer, como así lo había venido sosteniendo, que la prohibición del testador era contraria a la moral, y, por tanto, no viciaba su título de heredero testamentario.

(24) Fr. 25, § 6 *Dig. de hered. pet.*, 5. 3: "Scire ad se non pertinere utrum is tantummodo videtur, qui factum scit, an et is qui in iure erravit? Putavit enim recte factum testamentum, cum inutile erat, vel cum eum alius praecederet agnatus, sibi potius deferri. Et non puto hunc esse praedonem qui dolo caret, quamvis in iure erret".

(25) DE ANGELIS: *L'erede apparente* (Studio sull'art. 933, Cód. civ. ital.) en *Il Filangieri*, 1908, página 54.

(26) CONTRI: *L'erede apparente di buona fede*, Florencia, 1902, págs. 9 y siguientes. Una crítica bastante completa del pensamiento de este autor

Examinado el concepto de heredero aparente de buena fe, resulta simplísimamente determinar quién debe reputarse heredero aparente de mala fe: todo aquel que no posea los bienes hereditarios con los extremos de la posesión de buena fe del párrafo 1.º del art. 433, según lo hemos venido interpretando (art. 433, 2.º); es decir, quién ha entrado en posesión de la herencia como heredero—*pro herede*—sin ningún título (real o, por lo menos, supuesto), con un título simulado (por ejemplo, un testamento falsificado) o con un título cuyos vicios conocía, y, en fin, quién posea alegando un error de hecho o de derecho, y por tanto un título putativo, si en contra de él se demuestra su dolo, la conciencia de su ilegitimidad, o la culpa grave por tratarse de error inexcusable.

Por último, conviene advertir que de acuerdo con el art. 434 la buena fe se presume siempre, y al que afirma la mala fe de un poseedor (en concepto de heredero) corresponde la prueba.

## II. La protección de los terceros adquirentes del heredero aparente

### § I. LOS TERCEROS Y EL VERDADERO "HERES" EN EL DERECHO ROMANO.

En el Derecho de Roma el problema de la protección de los terceros adquirentes del *possessor pro herede* frente al heredero reivindicante es muy debatido. Generalmente se admite que aquel sistema protegía ya de una manera indirecta al tercero, pero se discute sobre la época en que tal medida fué puesta en vigor.

Fundamental en la materia es el célebre Senadoconsulto Juveniano, emanado en el año 129 d. C. bajo el imperio de Adriano, al que se refiere Ulpiano en el fr. 20, § 6, Dig. *de hereditatis petitione*, V. 3 (27). Su contenido puede resumirse en los siguientes principios:

Por regla general el *possessor pro herede* de buena fe no debe obtener ninguna ventaja de las cosas hereditarias poseídas, pero no debe sufrir por ello daños patrimoniales. Por tanto, sólo debe restituir al verdadero *heres* aquello que *augmentó* su patrimonio y, así en el caso de que hubiera enajenado las cosas hereditarias, únicamente estará obligado a restituir el precio de las mismas, aun cuando éstas hayan parecido o hayan sido usucapidas por el comprador antes de la incoación del juicio.

puede verse en DE BERNARDINIS: *La condizione giuridica dell'eredità apparente nel Codice civile italiano (Contributo all'interpretazione dell'art. 933)*, en *Archivio Giuridico*, LXXIII, 1904, páginas 256 y siguientes.

(27) Sobre los diversos problemas que el mismo suscita, vid. LONGO: *L'incertezza dell'eredità apparente*, cit., págs. 81 y sigs. y bibliografía allí citada.

Por el contrario, el *possessor pro herede* de mala fe no sólo debe restituir al verdadero heredero todo aquello de que se ha enriquecido con la posesión de las *res hereditariae*, sino también reembolsarle lo que habría recibido si el patrimonio hereditario no hubiera sido ocupado ilegítimamente.

Conviene observar que el Senadoconsulto contemplaba apenas la situación jurídica del heredero aparente de cara a la *hereditatis petitio* del heredero real, y no se ocupaba de las relaciones entre el verdadero *heres* y los terceros derechohabientes sobre las cosas hereditarias a consecuencia de contratos realizados con el poseedor *pro herede*, porque tan sólo se propuso resolver cuestiones referentes a la *petitio hereditatis* y no a la *rei vindicatio*, que era la única acción intentable contra los terceros.

En el silencio del S. C. hay que estar a las consecuencias del famoso adagio romano *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse haberet*, del cual se deduce que los terceros que han adquirido del *possessor pro herede* son adquirentes *a non domino* y, por tanto, deben sucumbir frente a la reivindicación del *dominus*. Esto como regla general.

Veamos ahora los casos particulares.

Respecto a las enajenaciones a título gratuito, no hay lugar a duda de que cabía la reivindicación frente a los donatarios, incluso de buena fe. Y lo mismo debe ser admitido para el supuesto especial, considerado por Ulpiano (28), de una *datio* en *pignus*. Con relación a la venta que es el caso más discutido distinguiremos, según se trate de la venta de toda la *hereditas* o de cosas aisladas.

En cuanto al primer caso, según resulta de las fuentes (29), el verdadero *heres* puede dirigirse contra el tercer comprador, ya sea de buena o de mala fe, con la *hereditatis petitio utilis*, que como ha demostrado Longo (30), es una innovación que los compiladores justinianos hicieron, considerando al comprador como representante del *possessor pro herede*. Y siempre fué posible la deducción de una *specialis, rei vindicatio* para reclamar la *restitutio* de cada cosa.

Las dudas surgen a propósito de las enajenaciones de cosas singulares hechas por el heredero aparente.

Para éstas la mayor parte de los autores deducen una excepción al principio general antes enunciado, basándose en un texto de Ulpiano (lib. XV ad. ed. fr. 25, § 17, Dig. de *hered. pet.* V. 3):

“Item si rem distraxit bonae fidei possessor nec pretio factus sit locupletior, an singulas res, si nondum usuptae sint, vindicare peti-

(28) Fr. 25, § 14, Dig. de *hered. pet.* 5, 3.

(29) Fr. 13 § 4, Dig. de *hered. pet.* 5, 3: “Quid si quis hereditatem emerit, an utilis in eum petitio hereditatis deberet dari, ne singulis iudiciis vexaretur? Venditorem enim teneri certum est: sed finge non extare venditorem vel modico vendidisse et bonae fidei possessorem fuisse: an porrigi manus ad emptorem debeant? Es putat Gaius Cassius dandam utilem actionem.”

(30) Op. últ. cit., págs 35 y siguientes.

tor ab emptore possit? Et si vindicet, an exceptione non repellatur quod praeiudicium hereditati non fiat inter actorem et eum qui venum dedit, quia non videtur in petitionem hereditatis pretium earum, quamquam victi emptores reversuri sunt ad eum qui distraxit? El puto posse res vindicare, nisi emptores regressum ad bonae fidei possessorem habent" (31).

Se razona así: puesto que, según el Senadoconsulto Juvenciano, el heredero aparente de buena fe no debe recibir ninguna ventaja, mas tampoco debe sufrir daños patrimoniales, resulta que el heredero verdadero no podrá reivindicar de manos del tercero las cosas enajenadas, porque en este caso el *possessor pro herede bonae fides*, que está obligado a garantizar de evicción la cosa vendida, debería responder de todos los daños padecidos por el tercer adquirente a consecuencia de la reivindicación de la cosa comprada. Por ello, la *reivindicatio* promovida por el heredero de *iure* debe ser rechazada con una *exceptio*, no en consideración a los terceros (*ex persona emptori*), los cuales habiendo adquirido *a non domino* sucumbirían frente al verdadero dueño (*heres*), sino más bien atendiendo al *possessor pro herede* de buena fe (*ex persona venditoris*), para que su situación no sea agravada, como pretendía el Senadoconsulto (32).

En contra de esta *communis opinio* formada alrededor del famoso texto de Ulpiano se levantaron algunos autores, que no admitiendo ninguna excepción al *nemo plus iuris...* son partidarios de la procedencia de la *rei vindicatio*, en todo caso.

Apoyan su tesis en un fragmento del mismo juriconsulto clásico que contradice de forma clara a la L. 25, § 17, antes transcrita (33). Y para salvar la antinomia se propone la sustitución del *nisi* por un *etsi, licet o si quidem* (34). En cambio, Serafini, que es el más vigo-

(31) "Del mismo modo, si el poseedor de buena fe ha vendido los bienes hereditarios y no se ha enriquecido con el precio ¿puede el actor reivindicar del comprador las cosas singulares que no hayan sido todavía usucapidas? Y si las reivindicá, ¿no podrá ser repelido con la excepción de que no se haga juicio previo de la herencia (acerca del derecho sobre la *hereditas*) entre el actor y aquel que ha vendido, puesto que en la acción de petición de herencia no entra el precio de aquellas cosas, aún cuando los compradores vencidos puedan volverse contra el que enajenó? Yo creo que las cosas pueden ser reivindicadas, a no ser que los compradores tengan acción de regreso hacia el poseedor de buena fe".

(32) DORELLO: *Comment de jure civ.*, L. XIX, cap. 12; VOET: *Comment ad Pandectas "de hered. pet."*, n. 18; DE CRESCENZIO: *Il sistema del diritto civile romano*, vol. II, pág. 181; ARNDTS-SERAFINI: *Pandette*, vol. III § 534 y nota a dicho §; GLÜCK, op. cit., vol. V, pág. 779; DERNBURG, op. cit., págs. 54 y sigs.

(33) FR. 16, ULPIANO, lib. XV ad ed., § 7, Dig. 5, 3.

(34) FABER, op. cit. II, ad leg. 25, § 17, *de hered. pet.*, 5, 3, págs. 273 y siguientes; FRANCE: *Exegetisch-dogmatischer Commentar über den Pandekten-titel de hereditatis petitione*, a propósito de la L. 25, § 17, pág. 309; Vid. también HUREAUX, op. cit. III, números 210-211, el cual, juzgando arriesgado el cambio de los vocablos empleados en las fuentes, explica el texto por la eficacia suspensiva de la *exceptio praejudicii*.

roso adversario de la *communis opinio*, manteniendo el *nisi* en cuestión, intentó explicarlo con el mismo significado del *sed* (35).

Como en otras muchas ocasiones la ciencia interpolacionista ha venido a arrojar luz sobre una *vexata quaestio*, que hoy puede considerarse totalmente zanjada. En efecto, después de las sugerencias avanzadas por Mommsen, Eisele demostró la interpolación del inciso “*nisi... habent*” del fr. 25, § 17, Dig., V. 3 (36). Y Longo afirma que para el derecho clásico es difícil explicar este texto como no sea pensando en alteraciones justinianas. Todas las ingeniosas tentativas hechas con el deseo de dar un significado diverso a la partícula *nisi* deben ser abandonadas. La frase iniciada con esa palabra enuncia una restricción, muy característica de los compiladores, que hace prácticamente nula la opinión de Ulpiano *poco antes manifestada* (“*quamquam victi emptores reversuri sunt... puto posse res vindicare*”), porque como eran prácticamente bastante raros los casos en que la acción de regreso se podía negar (fuera del caso de renuncia, ninguno), se llegaría al resultado absurdo de privar al heredero de un derecho, por otra parte concedido a todo *dominus* de forma unánime por las fuentes (37).

Por tanto, toda la frase “*nisi emptores regressum ad bonae fidei possessorem habent*” es justiniana. De donde se deduce que la doctrina de aquella vieja *communis opinio* forjada sobre la base de la célebre L. 25, § 17, Dig. *h. t.*, es únicamente válida para el Derecho justiniano; mientras que la doctrina contraria, según la cual el heredero puede reivindicar en todo caso de los terceros adquirentes del *possessor pro herede*, es la que estuvo en vigor durante el período clásico.

Concluyendo: en el derecho romano clásico se admite sin restricciones la *rei vindicatio* contra el tercero que adquirió del heredero aparente de buena fe, cuando la *petitio hereditatis* no se puede dirigir contra el poseedor *pro herede*: los compiladores justinianos introdujeron, en cambio, la restricción del regreso por *evictio*, existiendo el cual niegan la reivindicación. Si no se llega entonces a proteger la *fides* de los terceros, concediendo una *exceptio ex persona emptori*, por lo menos Justiniano dió un paso decisivo en ese sentido otorgando una *exceptio ex persona venditore*, que indirectamente favorecía a aquéllos. En grado embrionario, es la primera manifestación que se encuentra en la historia del principio que más tarde había de triunfar en las legislaciones modernas.

## § 2. VALIDEZ DE LOS ACTOS DEL HEREDERO APARENTE EN EL DERECHO COMPARADO

En este párrafo nos proponemos dar una ojeada al problema que venimos examinando, en los derechos extranjeros que ofrecen más in-

(35) SERAFINI: *Nuova interpretazione del celebre frammento di Ulpiano*, L. 25, § 17, Dig. V. 3, en *Archivio Giuridico*, vol. XX, 1878, páginas 493-426.

(36) *Beiträge zur Erkenntniss der Digesten interpolationen*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, R. A., X 1889, páginas 296 y siguientes.

(37) *Op. cit.* páginas 191-200.



terés por su afinidad con el nuestro o por el carácter original de sus soluciones.

### 1. Doctrina y jurisprudencia francesas

El Código Napoleón no se ocupó de las enajenaciones realizadas por el heredero aparente. El artículo 777 se limita a decir que "l'effet de l'acceptation remonte au jour de l'ouverture de la succession". La doctrina y la jurisprudencia francesas, al enfrentarse con el arduo problema, intentaron colmar la laguna de la ley. Las soluciones propuestas pueden reducirse a dos (38):

Según una primera corriente de opinión, sistema o doctrina, las enajenaciones hechas en favor de un tercero por heredero aparente no deben considerarse nunca válidas en perjuicio del heredero real, aun cuando tanto el que enajena—a título oneroso o lucrativo—como el que adquiere actúen de buena fe. Los terceros no disponen más que de la usucapión para defenderse contra el heredero verdadero, si son de buena fe y poseen con justo título, o bien de la *prescriptio longi temporis*, si no tienen estas condiciones.

Los argumentos aducidos son de derecho estricto: el principio general *nemo dat quod non habet*, que tiene sus reflejos en los arts. 1.599 (según el cual la venta de cosa ajena es nula), 2.182 (a cuyo tenor "le vendeur ne transmet à l'acquireur que la propriété et les droits qu'il avait lui-même sur la chose vendue") y 2.124-2.125 (de los que resulta la nulidad de la hipoteca consentida por un tercero no propietario). No habiendo derogado el legislador los principios generales en atención a la buena fe del tercero o del heredero aparente, los terceros que adquieran de éste quedan expuestos a la *rei vindicatio* del verdadero heredero. *Dura lex, sed lex*.

La ley sólo admite unas cuantas excepciones al rigor de la máxima que sanciona la nulidad de las enajenaciones *a non domino*: artículo 2.279 ("en fait de meubles possession vaut titre"); artículo 132 (derogación concedida en beneficio del poseedor de los bienes del ausente que reaparece); artículo 790, para el caso del heredero renunciante, que obtiene la anulación de su renuncia; artículo 1.380 (39); artículos 2.005, 2.008 y 2.009, que establecen la validez de los contratos realizados por los terceros de buena fe con el mandatario después

(38) BRUNETTI (op. cit., págs. 119-120) presenta dos sistemas, mientras que MIDIRI, op. cit. págs. 324-329) expone cuatro doctrinas sobre los actos cumplidos por el heredero aparente en el derecho francés. Pero en realidad, la tercera y cuarta son variantes que limitan la amplitud de la segunda. Una de ellas, defendida por MERLIN y SIRENSIA, invoca el fr. 25. § 17. Dig. 5. 3. interpretado según la *communis opinio* ("exceptio ex persona venditoris"). La otra, seguida un tiempo por varios Tribunales de apelación, exige el concurso bilateral de la buena fe para que las enajenaciones hechas por el heredero aparente sean respetadas por el heredero real. Ambas encontraron escaso seguimiento y pronto fueron olvidadas.

(39) "Si celui qui a reçu de bonne foi, a vendu la chose, il ne doit restituer que le prix de la vente".

de la revocación del mandato; artículo 1.935, que contiene una excepción a favor del heredero del depositario que ha vendido de buena fe la cosa depositada, ignorando su origen. Fuera de éstas no es lícito encontrar otras que no hayan sido expresamente establecidas. Nada valen los razonamientos ni las opiniones propias (40).

La segunda opinión, defendida por algunos autores y comentaristas del *Code*, y que acabó por triunfar en la jurisprudencia práctica francesa, se basa en el respeto debido a la buena fe de los terceros y en la seguridad indispensable para hacer circular la propiedad en las adquisiciones a título oneroso. A tal fin, sostiene que todas las enajenaciones hechas por el heredero aparente son válidas, siempre que el tercero haya adquirido de buena fe y a título oneroso las cosas singulares de la herencia. La venta de ésta como *universitas* deja al comprador en el lugar del heredero aparente, y por ello—según esta doctrina—no puede hacer valer la condición de tercero. La protección se limita, pues, a las disposiciones a título particular (41).

Para justificar esta tesis se ha recurrido a muy diversos fundamentos. De Folleville (42) pretendió argumentar sobre la base de la “*saisine collective*” (43): sus principios permitirían descartar la aplicación de la regla “*nemo plus iuris...*” Los tribunales franceses aplicaron en algunos casos el concepto, pero pronto lo abandonaron.

Demolombe, reconociendo que el sistema de la nulidad es “*inexpugnable*”, manifestó sus mayores simpatías por el de la validez, declarándolo el sistema del porvenir, e intentó encontrar una justificación del mismo en los textos del *Code*, con el propósito de despejar el camino a la progresiva jurisprudencia francesa. Las disposiciones de los artículos 138 y 790 se explican, a su modo de ver, por la idea de un *mandato legal* muy amplio, conferido a los *envoyés en possession* de los bienes de un ausente y al heredero que recoge la sucesión en el lugar del heredero renunciante. Generalizando estas disposiciones, Demolombe sostenía que el heredero aparente debe en todos los casos ser considerado como el mandatario del verdadero heredero, autorizado no sólo para realizar actos de administración, sino también para disponer a título oneroso (44).

La teoría de Demolombe no fué aceptada por la jurisprudencia. Esta, prescindiendo de la lógica legalista, se inspiró en la equidad, re-

(40) Por todos, vid. LAURENT: *Principes de droit civil*, tercera ed., París, 1878, tomo IX, números 554 y sigs. páginas 632 y siguientes.

(41) Para la jurisprudencia, vid. DONNEDIEU DE VABRES: *Les actes de Phéritier apparent*, en *Revue Trimestrielle de Droit civil*, XXXIX (1940-41), páginas 385 y siguientes.

(42) *De la possession des meubles*, en *Revue pratique de droit français*, 1869, t. I, número 63 nota 2.

(43) Sobre la *saisine*, vid. la clara exposición de R. J. CORNEJO: *Trasmisión mortis causa y posesión hereditaria*, Buenos Aires, 1945, páginas 13-18.

(44) DEMOLOMBE: *Cours de Code civil*, tomo II, *De l'absence*, París, 1845, número 232, págs. 272-334. Para la crítica de DEMOLOMBE, vid. RENAULT: *Des actes accomplis par le titulaire apparent d'un droit*, Burdeos, 1917, página 76.

curriendo habilidosamente a la máxima *error communis facit ius* (45): el error común e invencible crea el derecho. Este viejo brocardo viene a quitar todo su valor al aforismo demasiado lógico y estricto *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*.

Crémieu, aceptando en todos sus términos la solución dada por la jurisprudencia práctica francesa al problema de la validez de las enajenaciones hechas por el heredero aparente, hizo una concienzuda crítica del fundamento aducido por los tribunales y propuso otra justificación al margen de la máxima *error communis facit ius*. Aparte de que la existencia de este principio en el derecho positivo francés le parece muy dudosa, a su juicio, el sistema de la jurisprudencia no es consecuente: la máxima en cuestión tiene un carácter absoluto que justificaría incluso la validez de las disposiciones a título gratuito y sobre toda la herencia, cosa que no reconoce la jurisprudencia. Por ello propone un nuevo fundamento: la *utilidad social*, y se declara partidario de una reforma legislativa por la que se consagre el sistema de publicidad integral con inscripción constitutiva y obligatoria, único medio de resolver un problema que, en el estado actual de la legislación francesa, parece insoluble (46).

La verdad es, sin embargo, que—salvo contadas excepciones—en Francia, a despecho de una norma especial de la ley, nadie discute ya la validez de la adquisición del tercero de buena fe que contrata con un heredero aparente, porque la jurisprudencia contemporánea la ha consagrado *expresamente*, explicando que se funda en una necesidad práctica y refiriéndola, por otra parte, a la *regla consuetudinaria* “*error communis facit ius*”, cuyas aplicaciones son bien conocidas y bastante diversas. Como dice Donnedieu de Vabres, en vano se volvería a plantear la cuestión sobre el terreno del derecho positivo, porque en defecto de un texto expreso *se ha formado una costumbre cuya consistencia es cierta* (47). Los límites jurisprudenciales del principio de la validez (adquisición a título oneroso y singular) tienen el mismo origen y se explican antes por la máxima “*consuetudo facit ius*” que por el aforismo “*error communis facit ius*”.

Resumiendo: en el derecho francés la jurisprudencia protege al tercero de buena fe y a título oneroso que adquiere cosas singulares de un heredero aparente, sobre la base de un error común e invencible. El comprador de toda la herencia y el donatario no son nunca mantenidos en sus adquisiciones.

(45) A propósito de ésta consúltense LONIEWSKY: *Essai sur le rôle actuel de la maxime “error communis facit ius”*, Aix 1905; MORIN: *La sécurité des tiers dans les transactions immobilières et la maxime “error communis facit ius”*, en *Annales des Facultés de Droit et de Lettres d’Aix*, 1906, t. II, páginas 25 y sigs.; MAZEAUD: *La maxime “error communis facit ius”*, en *Revue Trimestrielle de Droit civil*, 1924, págs. 929 y sigs. y 953 y siguientes.

(46) CRÉMIEU: *De la validité des actes accomplis par l’héritier apparent*, en *Revue Trimestrielle de Droit civil*, 1910 páginas 73-82.

(47) Op. y loc. cit., página 390.

## 2. Derecho italiano

El Código de 1865 reguló expresamente la cuestión en el artículo 933, poniendo fin a las disputas que en Italia, lo mismo que en Francia, habían surgido en torno a la condición de los actos cumplidos por el heredero aparente. Dicho precepto disponía:

“L'effetto dell'accettazione risale al giorno in cui si è aperta la successione.”

Sono però sempre salvi i diritti acquistati dai terzi per effetto di convenzioni a titolo oneroso fatte di buona fede coll'erede apparente. Se questi ha alienato in buona fede una cosa dell'eredità, è soltanto obbligato a restituire il prezzo ricevuto o a cedere la sua azione contro il compratore che non lo avesse ancora pagato.”

Dos son, por tanto, las condiciones exigidas por el legislador italiano de 1865 para que queden a salvo los derechos adquiridos por los terceros: *a*) que se trate de actos a título oneroso; *b*) que dichos actos hayan sido realizados por el tercero estando de buena fe. No tiene, en cambio, ninguna influencia sobre la validez de los mismos la buena o la mala fe del heredero aparente (48).

Así se introducía al mismo tiempo una excepción al principio colocado a la cabeza de dicho artículo y otra a la máxima *nemo plus iuris*. En la Relación al Proyecto del guardasellos Pisanelli se daba la razón de la medida con escuetas palabras: “En el proyecto fué resuelta una cuestión importante, que tiene siempre dividida la doctrina y la jurisprudencia. Se declararon salvos los derechos adquiridos por los terceros en fuerza de convenciones a título oneroso hechas de buena fe con el heredero aparente. *Esto era requerido por la certeza de las transmisiones de la propiedad y para elevar el crédito inmobiliario en armonía con el nuevo sistema hipotecario*” (49).

El nuevo Código italiano dispone en su artículo 534:

“L'erede può agire anche contro gli aventi causa da chi possiede a titolo di erede o senza titolo.

Sono salvi i diritti acquistati, per effetto di convenzioni a titolo oneroso con l'erede apparente, dai terzi i quali provino di avere contrattato in buona fede.

La disposizione del comma precedente non si applica ai beni immobili e ai beni mobili iscritti nei pubblici registri, se l'acquisto a título di erede e l'acquisto dall'erede aparente non sono stati trascritti anteriormente alla trascrizione dell'acquisto da parte dell'erede o del legatario vero, o alla trascrizione della domanda giudiziale contro l'erede aparente.”

Como se ve, el § 2.º de este precepto reproduce con algunas variantes el § 2.º del artículo 933 del antiguo Código. Pero ahora resulta clarísimo que el requisito de la buena fe únicamente se refiere a los ter-

(48) Sobre estas condiciones, ampliamente vid. DE ANGELIS, op. cit., páginas 76-79 y MAJERINI, op. cit., páginas 80-81.

(49) Lib. III, página 27.

ceros y no al *possessor pro herede*, que puede ser tanto de buena como de mala fe.

Por otra parte, se ha invertido la carga de la prueba de la buena fe. En efecto, bajo el Código del 65 sosteníase, no sin alguna voz contraria (49 bis), que, de acuerdo con el artículo 702, la buena fe era siempre presumida, y que a quien la negase correspondería la prueba. El artículo 534 del Código del 42 pone fin a la duda en cuanto que impone de forma expresa al tercero la prueba de haber contratado de buena fe, considerando que esta cualidad representa un elemento constitutivo de la adquisición.

Pero la innovación más importante está contenida en el § 3.º Con relación a los terceros que han adquirido a título oneroso del heredero aparente derechos reales sobre bienes inmuebles o muebles registrados, el artículo 534 no se limita a exigir su buena fe; establece además un doble requisito, sin el cual, aun adquirido de buena fe, el derecho del tercero puede ser atacado: y es tanto la transcripción del título adquisitivo del heredero aparente como la, del título de adquisición del tercero, de manera que si ambas transcripciones faltan o si las dos, o incluso sólo una de ellas, han sido efectuadas después de la transcripción de la adquisición por parte del heredero o legatario verdadero o de la demanda en *petitio hereditatis* del heredero real, el derecho del tercero decae (50).

### § 3. EL PROBLEMA EN NUESTRO DERECHO

#### 1. Situaciones legales protectoras del tercero de buena fe

Ya hemos dicho que el artículo 989 se limita a decir que los efectos de la aceptación y de la repudiación se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona a quien se hereda, guardando silencio no sólo acerca de las relaciones del verdadero heredero con el aparente, sino también sobre las que median entre aquél y los terceros

---

(49 bis) ASCOLI: *Acquirente di buona fede dall'erede apparente*, en *Rivista di Diritto civile*, 1935, págs. 98-99; TARDIVO, op. y ioc. cit., páginas 196 y siguientes.

(50) Sobre la disposición, vid. los comentaristas del nuevo Código; STOLFI, N. y F.: *Il nuovo Codice civile commentato* (Libro delle successioni e donazioni), Nápoles, 1941, págs. 118 y sigs.; AZZARITI-MARTÍNEZ: *Diritto civile italiano secondo il nuovo codice. La successioni per causa di morte*, Padua, 1942 págs. 177 y sigs.; D'AVANZO, en *Codice civile. Libro delle successioni per causa di morti e delle donazioni* (comentarios dirigidos por M. D'AMELIO), Florencia, 1941, págs. 257 y sigs.; BUTERA: *Codice civile italiano commentato* (Successioni e donazioni), Turín, 1940, págs. 150 y sigs.; BRUNELLI-ZAPELLI: *Il libro delle successioni e donazioni*, Milán, 1940, págs. 149 y sigs. Y, sobre todo el estudio monográfico de FASANI sobre la *petitio hereditatis*, ya citado, que contiene un estudio muy completo de los artículos 533-535 del Código italiano de 1942. Vid. también MENGONI, op. cit., páginas 86-103.

causahabientes del *possessor pro possessore*. ¿Cuál será, pues, la condición de los actos dispositivos realizados por el heredero aparente?

Lógicamente, por efecto de la eficacia retroactiva de la aceptación de la herencia, y en virtud de la máxima *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet* (51), de donde se sigue la invalidez de la adquisición hecha *a non domino*, se debe admitir en todo caso la proponibilidad de la *hereditatis petitio* frente a los terceros. En efecto, la jurisprudencia ha reconocido expresamente la vigencia en nuestro Derecho de la regla *nemo dat quod non habet* (52): es la solución civil clásica, que en el conflicto entre el verdadero titular y los subadquirentes del titular aparente hace prevalecer el derecho del primero. En principio, sólo el propietario de una cosa tiene derecho a disponer de la misma (art. 348). Así, el artículo 1.857 señala entre los requisitos de la prenda e hipoteca el que la cosa pignorada o hipotecada pertenezca en propiedad al que la empeña o hipoteca. No obstante, en nuestro Derecho la venta de cosa ajena no está prohibida por ningún precepto legal, y tanto la doctrina (53) como la jurisprudencia (54) han reconocido la eficacia meramente obligatoria de la misma, posible por tratarse de un contrato consensual, que incluso, según algunos autores, no implica la obligación de transmitir la propiedad (55). El hecho de que se admita, dentro de estos límites, la validez de la venta (y también del legado de cosa ajena, según los ar-

(51) Fr. 54, ULPIANO, lib. XLVI, ad. ed., *Dig. de diversis regulis iuris antiqui*, 50, 17. También el fr. 20 pr., del mismo ULPIANO, lib. XXIX, ad Sabinum, *Dig., de adquirendo rerum dominio*, 41, 1: "Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum qui accipit, quam est apud eum qui tradit. Si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert. si non habuit, ad eum qui accipit nihil transfert". Vid., además, los §§ 1 y 2 del mismo fragmento.

(52) Sentencias del Tribunal Supremo 29 octubre 1915, 26 abril 1916, 7 enero 1926, entre otras.

(53) Vid. CASTÁN, op. cit., III, 6.ª ed., Madrid 1944, pág. 22; PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, en las anotaciones al "Derecho de obligaciones" de ENNECERUS, tomo II, vol. 2, Barcelona 1944, págs. 23-24; MENÉNDEZ, "Ensayo sobre la *venditio rei alienae* en el Derecho clásico y en las legislaciones modernas", en "Revista de Derecho privado", I, 1914, págs. 337 y ss.; GAYOSO, "Cuestiones sobre el contrato de compraventa. Concepto legal del mismo. Sus elementos esenciales", en "Revista de Derecho privado", VIII, 1921, págs. 218 y ss., esp. págs. 222-223; en contra, MIANRESA, "Comentarios", cit. tomo X, pág. 25.

(54) Vid. Sentencias del Tribunal Supremo 31 enero 1921 (promesa de venta) y 1 marzo 1949, y las de 19 diciembre 1946 y 28 junio 1927 (en tesis general), aunque negando aplicación al caso de autos por diversas razones. En contra: Sentencias 11 abril 1912, 26 junio 1924, 20 noviembre 1925 y 3 marzo 1929 (las dos últimas de modo no explícito). En cambio, sin vacilaciones, la Dirección General de los Registros declara en sus resoluciones que no es esencial al contrato de compraventa que el vendedor sea dueño de la cosa vendida (Resolución 6 diciembre 1898, 2 septiembre 1902 y 6 diciembre 1928). Sobre la jurisprudencia, vid. los comentarios de BONET, en "Revista de Derecho privado", XXXI, 1947, págs. 194 y 980-981.

(55) ALBADALEJO GARCÍA: *La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 181, 1927, páginas 409-500

tículos 861-863) no significa una derogación del principio general *nemo dat quod non habet* ni de la otra regla *res inter alios acta aliis nec nocere nec prodesse potest* (art. 1.257)—según la cual los negocios sobre un patrimonio ajeno son, por lo general, irrelevantes respecto al mismo (56)—, sino más bien su confirmación: el verdadero dueño podrá reivindicar la cosa vendida por otro donde quiera que ella se encuentre (*ubi rem meam invenio, ibi vindico*). El vendedor de una cosa ajena no transmite al comprador el dominio de la misma si previamente no la adquiere del propietario para hacerle su entrega.

Claro está que la ley, en casos muy excepcionales, a veces otorga o suple un poder de disposición sobre las cosas ajenas: artículo 863 (legado de cosa ajena propia del heredero o de un legatario); artículo 1.160, apartado 2.º (a propósito de los actos dispositivos del acreedor sobre dinero o cosas fungibles); artículo 1.738 (actos del mandatario realizados ignorando el fin del mandato), etc.

Con todo, existen situaciones legales en las que se da indirectamente y por vía de consecuencia, como rebote de la *negatio actionis* (57), una adquisición *a non domino*. Son excepciones al principio de la nulidad de los actos dispositivos de un titular aparente. Casos especialísimos son los artículos 1.765 y 1.778 del C. c. (58). Un carácter más general tienen las situaciones previstas en los artículos 464 Código civil y 34 L. H., aplicables a los terceros que adquieren de un heredero aparente. Veamos las condiciones exigidas para que aquéllos resulten protegidos frente al heredero real que intenta la *rei vindicatio*.

A) *Bienes muebles*.—El tercero que haya adquirido de buena fe una cosa mueble del heredero aparente resulta protegido frente al verdadero *heres* en virtud del artículo 464 del C. c. (59), tanto si su adquisición es a título oneroso como si es a título gratuito. La acción reivindicatoria de este último queda paralizada y, como consecuencia, el causahabiente del *possessor pro possessore* es mantenido en su adquisición. Más bien que de un poder jurídico de disposición de la cosa ajena, capaz de producir directamente una adquisición derivativa *a non domino* ("*a non herede*"), debe hablarse de una simple facultad o poder

(56) Así, CARIOTA-FERRARA: *I negozi sul patrimonio altrui*, Padua, 1936, páginas 61 y ss.

(57) Cfr. NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad Español*, en "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", 251, 1949, pág. 249.

(58) Más adelante (§ 3, núm. 2, págs. 700 y ss.) haremos el examen de estos y de otros preceptos.

(59) En el texto seguimos en sus líneas esenciales la interpretación del artículo 464, que nos parece más acertada. Vid. HERNÁNDEZ-GIL: *El giro de la doctrina española al torno al art. 464 del Código civil, y una posible interpretación de privación ilegal*, en "Revista de Derecho privado", 1944, págs. 419-517; *De nuevo sobre el art. 464 del Código civil*, ibidem, 1945, págs. 413-428; en contra últimamente SOLS GARCÍA: *Ensayo sobre la prescripción adquisitiva de bienes muebles*, en "Revista de Derecho privado", 1950, págs. 119-135. Para el derecho histórico vid. además, VALDEAVELLANO: *La limitación de la acción reivindicatoria de los bienes muebles en el Derecho español medieval*, en "Revista de Derecho privado", 1947, págs. 631 y ss.

de hecho que hace posible, de manera indirecta, la adquisición originaria del tercero de buena fe: en una palabra, hay *adquisición*, pero no *transmisión* "a non domino". El heredero aparente no tiene, pues, el poder de *enajenar* la cosa, sino la *posibilidad de hecho* de concurrir a la creación de los elementos constitutivos de una hipótesis (*fattispecie*, *Tatbestand*) a la que la ley liga, como consecuencia de la irreivindicabilidad, el nacimiento del derecho de propiedad en el tercer adquirente de buena fe y la extinción del derecho del antiguo propietario (heredero).

Aquellos elementos, requisitos o condiciones son:

1.º *Posesión del enajenante* (heredero aparente, *possessor pro herede*), que le legitima como titular (*legitimación* en el sentido específico y técnico de una presunción a favor de la pertenencia del derecho) (60), en virtud del artículo 448, la cual suscita en los terceros la idea de que se es propietario, o, lo que es lo mismo, da lugar a su buena fe. Pero como la presunción del artículo 448 es *iuris tantum*, cabe la prueba en contrario en el caso de falta de la diligencia mínima exigida en los negocios de tráfico (61).

2.º La *tradición* como requisito formal de la adquisición y de la buena fe ("La posesión de los bienes muebles *adquirida* de buena fe...") que, en el decir de Núñez Lagos, se levanta como elemento intermedio entre el contrato obligacional o causal (venta, donación, permuta) que une a transmitente y adquirente y la posesión legitimadora de éste (62). La ley no puede atribuir a la mera posesión el efecto de la adquisición: de otra suerte convertiría la posesión en propiedad con el único requisito de la buena fe; sólo quiere proteger al que adquiere de un poseedor en concepto de dueño (en este caso, a título de heredero) sobre la base de una contratación regular; es decir, *tal como* se adquiere de un verdadero propietario, con contrato y tradición. Pero de éstos, el elemento determinante, el que realmente produce la adquisición, es la *traditio*: los motivos de impugnación—vicios o defectos—que puedan afectar al contrato obligatorio (de modo especial la falta de derecho en el heredero aparente) no afectan a la adquisición en tanto que no repercutan en la tradición (63).

3.º *La buena fe del adquirente*, determinada por la creencia de tratar con el verdadero heredero y, por tanto, con el propietario. "La buena fe del poseedor—dice el artículo 1.950—consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella y podía transmitir su dominio"; y

4.º *La posesión del adquirente*, aunque parezca ocioso advertirlo, porque ésta es la que le legitima como titular frente a todos y enerva la acción reivindicatoria del heredero real. Si el tercero recibió la cosa

(60) Tal concepto se encuentra en CARIOTA-FERRARA, op. cit., núm. 38, páginas 76 y s.

(61) Cfr. NÚÑEZ LAGOS: *El enriquecimiento sin causa, en el Derecho español*, Madrid, 1934, pág. 77 y BÉRGAMO LLABRÉS, op. y loc. cit., págs. 254-255.

(62) Op. últ. cit., pág. 78.

(63) Cfr. NÚÑEZ LAGOS, *ibidem*.



del heredero aparente por medio de la *traditio*, aun de buena fe, y luego pierde la posesión, que pasa de nuevo, por cualquier título, al heredero aparente, no podrá ser mantenido en su adquisición (64).

B) *Bienes inmuebles*.—El tercero que adquiera del heredero aparente fincas o derechos reales sobre las mismas resultará protegido por la fe pública registral, concurriendo los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Fundamental en la materia es el artículo 28 L. H.: “Las inscripciones de fincas o derechos reales adquiridos por herencia o legado—establece—no surtirán efecto en cuanto a *tercero* hasta transcurridos dos años desde la fecha de la muerte del causante. Exceptuándose las inscripciones por título de herencia testada o intestada, mejora o legado a favor de herederos forzosos” (65). Como hace notar Núñez Lagos, el tercero a que se refiere este artículo no es el heredero ni el legatario en ningún caso, porque el adquirente *mortis causa* no tiene nunca la condición de tercero. Pero este adquirente *mortis causa* puede transmitir los bienes a un tercero—tercero hipotecario del artículo 34—én perjuicio de un heredero de mejor derecho a quien correspondería la *petitio hereditatis*: tal titular de la acción de petición de herencia es el tercero a que se refiere el artículo 28. Hay, pues, tres personas en juego: un heredero aparente o presunto, que inscribe a su nombre los bienes de la sucesión (que no es tercero jamás); un comprador o adquirente de esos bienes (tercero hipotecario) y un heredero real (*tercero* del artículo 28), que reclama la herencia con la *hereditatis petitio*. Si entabla la acción en cualquier tiempo, antes de que el heredero aparente enajene los bienes, no se aplica la Ley Hipotecaria, sino solamente el Código civil. Si la entabla después de la venta o enajenación y antes de los dos años, tampoco está protegido el comprador. Si la ejercita después de los dos años, o si los herederos inscritos son herederos forzosos, la *petitio hereditatis* no cabe contra el tercer adquirente de los bienes (66).

Mas para que en este caso entre en juego la protección de la *fides publica* es necesario que se verifiquen todos los elementos que integran el supuesto de aplicación del artículo 34:

1.º *Inscripción del enajenante (heredero aparente)*. El artículo 14 determina que “el título de la sucesión hereditaria, a los efectos del Registro, es el testamento, el contrato sucesorio o la declaración judi-

(64) Vid. el curioso ejemplo de EWALD en NÚÑEZ LAGOS (“El Registro de la Propiedad Español”, loc. cit., pág. 249).

(65) El art. 16 dispone: “Los dueños de bienes inmuebles o derechos reales por testamento u otro título universal o singular que no los señale o describa individualmente podrán obtener su inscripción presentando dicho título con el documento en su caso que pruebe haberles sido aquel transmitido y justificando con cualquier otro documento fehaciente que se hallan comprendidos en él los bienes que traten de inscribir”. En realidad como observa NÚÑEZ LAGOS, este precepto es un residuo histórico innecesario, puesto que la doctrina del título universal está ya recogida en el art. 14 nuevo, en la última Ley Hipotecaria.

(66) Op. últ. cit., págs. 233-234.

cial de herederos abintestato" (67); añadiendo en su párrafo segundo que para inscribir bienes y adjudicaciones *concretas* deberán determinarse en escritura pública o por sentencia firme los bienes o parte indivisa de los mismos que correspondan o se adjudiquen a cada titular o heredero. Sin embargo, cuando se tratare de heredero único y no exista ningún interesado con derecho a legítima, ni tampoco comisario o persona autorizada para adjudicar la herencia, el título de la sucesión, acompañado de los documentos a que se refiere el artículo 16, bastará para inscribir directamente a favor del heredero los bienes y derechos de que en el Registro era titular el causante (art. 14, 3.º).

2.º *Inscripción del adquirente*. Hace falta, pues, una doble inscripción. El tercero del artículo 34 no es un tercero de inscripción como el del artículo 32, sino—como dice Núñez Lagos—un tercero de "sobrescripción".

3.º *Adquisición a título oneroso*. Las adquisiciones a título gratuito no resultan protegidas frente al heredero real (art. 34, 3.º).

4.º *Buena fe del adquirente*. Esto es, negativamente, la ignorancia o desconocimiento de la inexactitud registral en cuanto a las causas de nulidad o resolución no inscritas (arg. art. 34, 2.º y fin del 1.º); positivamente, la *opinio iuris* o creencia fundada en la inscripción a favor del heredero aparente de que éste es el verdadero heredero y puede transmitir o disponer del derecho (arg. art. 1.950 C. c.). El elemento subjetivo (*opinio*) se apoya siempre en un elemento objetivo (apariciencia), en esté caso reforzado por una presunción *iuris tantum* de legitimidad o pertenencia del derecho (art. 38). La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro (art. 34, 2.º) (68).

También aquí no existe una *transmisión*, sino una *adquisición a non domino*. El heredero aparente no tiene poder dispositivo alguno de carácter sustantivo sobre las cosas ajenas: se trata, como en materia de muebles, de un poder o posibilidad de facto de provocar con su actividad, por vía de consecuencia, la adquisición originaria del tercero, que se explica por la pérdida del derecho del antiguo dueño (heredero real) ante la necesidad ineludible de proteger al adquirente de buena fe (*negatio actionis*—extinción de dominio—, adquisición originaria de la propiedad). Creemos que únicamente cabría una solución positiva sobre la base de un poder de disposición del titular inscrito que diera lugar a una adquisición derivativa (transmisión). Entonces la inscripción del adquirente podría ser una *conditio iuris* para mantener *ex post facto* una transmisión ya operada. La buena fe no puede ser el

(67) Vid. *supra* I § 3.

(68) El concepto positivo de buena fe del tercer adquirente que se consigna en el texto lo hemos elaborado a partir de CARNELUTTI ("Teoria giuridica della circolazione", Padua, 1933, págs. 160 y ss.), teniendo en cuenta las disposiciones de nuestro Derecho y el concepto de legitimación más arriba sentada que difiere notablemente del que sigue aquel autor (cfr. op. cit., págs. 164 y ss.). En cuanto al momento en que debe ser exigida la buena fe, vid. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, II, 3, 1949, págs. 1231 y ss.

elemento determinante, porque si fuera un requisito constitutivo de la adquisición, lógicamente correspondería la prueba al tercero (69) y la ley no sentaría una presunción *iuris tantum* en favor de la misma. El tercero sólo *será mantenido en su adquisición— a non domino*, conviene no olvidarlo, y, por tanto, resoluble o anulable (“*resoluto iure dantis, resolvitur ius concessus*”) mientras que la ley no diga otra cosa— *una vez que haya cumplido el último requisito exigido* por el artículo 34 (inscripción de su derecho). Hasta entonces el heredero real no pierde su acción ni su derecho, ni tampoco lo adquiere el tercero que contrató con el heredero aparente (70).

Todo esto por lo que afecta a las adquisiciones del derecho hereditario “en concreto”. Veamos ahora lo que ocurre cuando se trata de

(69) En efecto, de todos es conocido el principio de derecho procesal según el cual *quien alega un derecho debe probar el hecho constitutivo de la misma* (CHIOVENDA: *Principi di diritto processuale civile*, 4.ª ed., Nápoles, 1928, páginas 783 y ss. y 788-791). En este caso el elemento constitutivo es la inscripción que origina una adquisición *a non domino* como rebote de la *negatio actionis*.

(70) Sigue la tesis del poder dispositivo del titular inscrito, localizando el momento de la adquisición en la inscripción, SANZ FERNÁNDEZ: *Comentarios a la Nueva Ley Hipotecaria*, Madrid, 1945, págs. 260 y ss. y 157; *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1947, I, págs. 265 y ss. y 318; centran en la buena fe todo el juego de las adquisiciones *a non domino*, GONZÁLEZ RODRÍGUEZ: *Bocetos jurídicos, I La buena fe y la seguridad jurídica*, en “Anales de la Academia Matritense del Notariado”, III, 1946, págs. 341-346, y VALLET DE GOYTISOLO: *La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública*, en “Revista de Derecho privado”, XXXI, 1947, págs. 947-948. Según el primero, el art. 34 sanciona una forma mixta de adquisición, derivativa para lo que conste en el Registro y originaria en cuanto a lo que no conste (op. cit., página 346). Para el segundo, no hay transmisión, sino que sólo adquisición *a non domino*. A su juicio, en la inscripción no reside ni la fuerza motriz ni la energía dinámica de la fe pública. “La inscripción a favor del transferente—afirma—, no concede a éste poder dispositivo alguno: sólo es un dato material, una apariencia legitimadora suficiente para servir de apoyo a la buena fe del adquirente. Y la inscripción de adquirente no es más que una *conditio iuris* para mantener y afianzar *ex post facto* una transmisión ya operada (según el mismo autor, en el momento del otorgamiento del título con valor de tradición a favor del tercero de buena fe). Si la fuerza motriz no reside en el Registro, ha de residir en el otro elemento de la adquisición del tercero: es decir, en la buena fe de éste” (op. cit., págs. 944, 948 y 951).

Por último, habla de adquisición *a non domino* como consecuencia de la irreivindicabilidad o como rebote de la *negatio actionis*, configurando la fe pública como modo de *retener o mantener*, NÚÑEZ LACOS: *El Registro de la Propiedad Español*, loc. cit., págs. 2-8 y 249. Vid., también del mismo autor, *Perfiles de la fe pública*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, II, 1, 1949, págs. 43 y siguientes. Ya antes insinuaba que “quizá tenga mejor porvenir la inscripción como modo de extinguir el dominio que el que ha tenido como modo de adquirirlo” (*Realidad y Registro*, en “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, 177, 1944, página 425). E inmediatamente más arriba escribía: “La inscripción es en sí inoperante para la adquisición de la propiedad. El desplazamiento de propiedad es debido a una *actividad* del titular inscrito, ante la necesidad ineludible de proteger al adquirente de buena fe. Únicamente *por esa actividad* del titular inscrito y *desde* la inscripción a favor del titular siguiente, es la inscripción verdadero modo de adquirir la propiedad, y quizá mejor de extinguir la propiedad”.

enajenaciones del derecho hereditario "en abstracto" (71) realizadas por el heredero aparente.

Salido es cómo el derecho, indiviso o no, individualizado sobre el conjunto de la herencia únicamente ingresa hoy en el Registro mediante anotación preventiva. "El derecho hereditario, cuando no se haga especial adjudicación a los herederos de bienes concretos, cuotas o partes indivisas de los mismos—dispone el art. 46 de la nueva L. H.—sólo podrá ser objeto de anotación preventiva." Y de armonía con esta disposición, el artículo 42 establece, en su número 6.º, que podrán pedir anotación preventiva en el Registro correspondiente los herederos respecto de su derecho hereditario, cuando no se haga especial adjudicación entre ellos de bienes concretos, cuotas o partes indivisas de los mismos. Supuesto esto, ¿gozará de la protección de la *fides publica* el comprador, no de cosas singulares, sino de toda la herencia, es decir, del derecho hereditario "en abstracto"? Si el heredero aparente anotó su derecho y después lo enajena a título oneroso a un tercero que anota su adquisición—todo ello en virtud de la facultad contenida en el último párrafo del artículo 46 (72)—, ¿será éste mantenido de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34?

Vimos en el lugar oportuno que en el derecho romano el comprador de una herencia como *universitas iuris* podía ser convenido por el heredero real con una *hereditatis petitio utilis*, cual representante del *possessor pro herede*, sin distinguir si había adquirido de buena o de mala fe. El verdadero *heres* podía también intentar contra el *emptor hereditatis* la *specialis rei vindicatio*, reclamando las cosas singulares pertenecientes a la herencia, si bien para evitarse la molestia de tener que introducir muchos juicios particulares le era más ventajoso promover aquella acción útil acordada, según parece, por Justiniano (73). La doctrina y la jurisprudencia francesas siguen el mismo criterio de excluir al comprador de una herencia, incluso de buena fe, de la protección concedida al tercer adquirente de un *possessor pro herede* (74).

Aparte del argumento histórico, los juristas franceses abonan esa solución con otras razones: a) El adquirente del derecho hereditario, habiendo sustituido al heredero aparente, no puede invocar la cualidad de tercero respecto del heredero real. El comprador de la herencia no debe ser igualado a los compradores de cosas singulares, puesto que representa al heredero aparente (*tamquam vicem heredis gerens*). Precisamente este fué uno de los motivos por los que en el

(71) Sobre la naturaleza jurídica del mismo vid., F. DE CASTRO: *Derecho Civil de España*, cit., págs. 584-85 y también pág. 565; A. DE COSSÍO: *Lecciones de Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1945, págs. 180 y sigs.; CHAMORRO: *Los derechos hereditarios*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 169, 1941, I, esp., págs. 331 y 333; NAVARRO AZPEITIA: *La contratación sobre derecho hereditario e indivisos en Cataluña*, en "La Notaría", 1944, páginas 21 y siguientes.

(72) "El derecho hereditario anotado podrá transmitirse, gravarse y ser objeto de otra anotación."

(73) Vid. *supra*, § 1.

(74) Vid. *supra*, § 2.

derecho romano se habilitó al verdadero *heres* para promover en contra suya la *utilis petitio hereditatis*. b) El artículo 1.696 del *Code civil* (correspondiente al 1.531 de nuestro Código) (74 bis), a cuyo tenor el que ha vendido una herencia sin especificar en detalle los objetos no está obligado más que a garantizar su cualidad de heredero; disposición que no tendría alcance práctico si el comprador de la herencia se pudiese defender de la evicción alegando su condición de tercero a título oneroso. c) El artículo 841 (1.067 del C. c. esp.) (75), por analogía; y d) Sobre todo, por una razón de oportunidad, al margen de las anteriores consideraciones jurídicas: la venta o cesión del derecho hereditario ("en abstracto") es para el cesionario una operación de naturaleza especulativa. Es, pues, justo que soporte los riesgos de un negocio mal estudiado. Por otra parte, constituye una operación excepcional, cuyos posibles daños no pueden perjudicar ni a la circulación de los bienes ni al crédito público. El cesionario o comprador de una herencia no tiene, por tanto, un interés legítimo para prevalerse de la apariencia hereditaria (76).

La verdad es que los argumentos de tipo jurídico alegados no son del todo convincentes. La prueba de ello está en que el nuevo Código italiano, como ya el de 1865, no hace distinción para la adquisición de cosas singulares o de toda la herencia (77). La primera razón puede considerarse superada. No es exacto que el comprador de la herencia se encuentre en la misma situación del heredero aparente, subrogándose en todos sus derechos y obligaciones. No es más que un sucesor a título singular (*pro emptore*), que debe ser considerado como un tercer adquirente del *possessor pro herede*. No representa, como sucesor a título universal, al heredero aparente. Es cierto que en el derecho romano se concedía la acción útil de petición de herencia al verdadero *heres* contra el *emptor hereditatis*, mas para ello se acudía a una  *fictio iuris*, con el fin de que no se viera obligado a promover innumerables juicios de reivindicación (*ne singulis iudiciis vexaretur*). Y aun así el comprador del *nomen hereditarium* no era totalmente igualado al verdadero *possessor pro herede* (78).

---

(74 bis) Art. 1.531 C. c.: "El que venda una herencia sin enumerar las cosas de que se compone, sólo estará obligado a responder de su cualidad de heredero".

(75) Art. 1.067 C. c.: "Si alguno de los herederos vendiere a un extraño su derecho hereditario antes de la partición, podrán todos o cualquiera de los coherederos subrogarse en lugar del comprador, reembolsándole el precio de la compra, con tal que lo verifiquen en término de un mes, a contar desde que esto se les haga saber".

(76) Cfr., CRÉMIEU, op. y loc. cit., pág. 68; DONNEDIEU DE VABRES, op. cit., página 401.

(77) A propósito del art. 933 del Código italiano de 1865 vid. las justas observaciones de MAERINI, op. cit., pág. 82.

(78) Mientras que el *possessor pro herede* debía restituir el valor de los frutos consumidos de buena fe, en caso de que consumiéndolos se hubiera enriquecido, obligación tan rigurosa no incumbía al *emptor hereditatis*, que, como cualquier poseedor de buena fe a título singular, era dispensado en cualquier

El argumento deducido del art. 1.067, C. c. (art. 841, Código Napoleón) tiene escaso valor: se trata de una norma excepcional únicamente aplicable al supuesto en cuestión. Tampoco creemos que valga esgrimir en nuestro derecho el argumento de la falta de significado práctico del art. 1.531 del C. c., y ello por dos razones: aparte de que cuando el cesionario o comprador de la herencia adquiriese de mala fe habría que aplicarlo siempre, porque no pudiendo entonces merecer ninguna tutela, tendría que sufrir la evicción, también se aplicaría en la hipótesis de buena fe del adquirente, siempre que por cualquier motivo no registrase la venta o cesión realizada, único medio que, de ser posible, le pondría a cubierto frente a cualquier pedido del heredero real. Y como en nuestro sistema la registración no es, salvo el caso aislado de la hipoteca, obligatoria, sino meramente facultativa, resultaría en todo caso un amplio margen para aplicar el art. 1.531 en la falta del asiento respectivo.

Ahora bien, es esa misma posibilidad de invocar la protección de la fe pública registral, cuando figuren anotados el derecho hereditario del heredero aparente y la transferencia a título oneroso del mismo, la que parece hartamente dudosa y poco viable, aun dentro de los límites temporales asignados a esta clase de asientos por el art. 86.

En efecto, según entiende la mejor doctrina, los efectos de la anotación preventiva del derecho hereditario en abstracto son debísimos: 1.º Legitimación registral. Como dice la exposición de motivos de la Ley de 1944, "garantizar la simple titularidad de una *universitas iuris*". 2.º Otorgar un poder de disposición a los que hayan anotado el derecho hereditario, como se desprende claramente del párrafo 3.º del artículo 46 de la L. H. (79). 3.º Cumplir con la anotación el tracto sucesivo, sirviendo de enlace entre la inscripción a favor del causante y la que en su día se realice a nombre de los herederos después de la partición, o de la enajenación o gravamen hecha por todos los herederos durante la indivisión a favor de tercera persona (80).

Tanto la doctrina (81) como la jurisprudencia de la Dirección Ge-

---

caso, de restituir los frutos consumidos (Const. 2, Cod. Just. de *petitione hereditatis*, 3, 31).

(79) Vid. *supra*, nota 72.

(80) DE CASSO: *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, tercera ed., Madrid, 1946, pág. 447, nota 3; SANZ FERNÁNDEZ: *Comentarios*, cit., páginas 116-117. Entiende ROCA SASTRE (*Instituciones de Derecho Hipotecario*, II, 2.ª ed., Barcelona, 1946, pág. 395) que no hay inconveniente en reconocer estos débiles defectos a la anotación preventiva del derecho hereditario, pero en cuanto al último observa que, cuando todos los herederos disponen de un bien concreto de la sucesión, para que el acto dispositivo a favor de tercero pueda inscribirse, se requerirá la inscripción de adjudicación de la cosa enajenada a nombre de los herederos enajenantes, puesto que la anotación del derecho hereditario no puede servir, sin más, de soporte registral de la inscripción adquisitiva del tercero.

(81) Vid. JERÓNIMO GONZÁLEZ: *La comunidad hereditaria*, en "Revista Crítica de Derecho inmobiliario", 1931, págs. 183 y sigs.; ROCA SASTRE, op. cit., página 370.

neral de los Registros (82) y la Exposición de motivos de la Ley de reforma hipotecaria de 1944 (83) sostienen la inadaptación del derecho hereditario "en abstracto" a los principios hipotecarios, a causa de las limitaciones que en su efectividad sufren dichos principios, de tal modo que aquel derecho no puede gozar de la plena protección del sistema, ni le son aplicables rigurosamente los principios de publicidad, prioridad y especialidad

Como enseña Roca Sastre en rigor ha de estimarse que es total la inadaptación de los principios hipotecarios, sobre todo los de carácter substantivo, a las inscripciones (hoy anotaciones) de derecho hereditario; y esto por la sencilla razón de que estos principios responden a un régimen específico o exclusivo del dominio o derechos reales sobre fincas, o sea sobre *cosas singulares*. El patrimonio hereditario puede estar integrado por bienes inmuebles (regidos por el sistema inmobiliario registral), créditos (por ejemplo, títulos al portador, regidos por el art. 545 del C. de c.) y bienes muebles (regidos por el artículo 464 C. c.), cada uno de ellos sometido a un régimen característico, sin que pueda *extenderse* o *dominar* el conjunto patrimonial resultante, es decir, el patrimonio hereditario en su unidad, mucho más teniendo en cuenta que los elementos singulares que lo forman son irrelevantes en su individualidad frente a la *universitas* (84).

Por ello debe concluirse que, aun cuando el comprador de la herencia reúna las condiciones del art. 34, L. H.—siquiera en grado aproximativo, por lo que se refiere al requisito de la doble inscripción—, esto es, aunque adquiera a título oneroso el derecho hereditario en abstracto anotado, procediendo de buena fe, y después anote su título adquisitivo, no gozará nunca de la protección de la fe pública registral (85).

No creemos que sea deplorable ni grave que la Ley Hipotecaria,

(82) Resoluciones 29 agosto 1925 y 1 junio 1933, entre otras.

(83) "El derecho hereditario en abstracto—dice—ingresaré en el Registro mediante anotación preventiva. La indeterminación de su activo y pasivo durante dicha situación y la circunstancia de que muchas de sus partes integrantes escapan precisamente a la esfera del mismo, hace que los asientos registrales resulten insuficientes para exteriorizar la complejidad de elementos que lo integran. Por otra parte, si para la doctrina jurisprudencial no puede aquel derecho gozar plenamente de los privilegios del sistema, ni le son de aplicación rigurosa los principios de *especialidad* y *publicidad*, y se reconoce incluso que puede llevar la confusión a los libros del Registro, es evidente que éste debe concretar su función a garantizar la simple titularidad de una *universitas iuris*. Lógicamente se ha estimado que el derecho hereditario no puede continuar ingresando en forma de un asiento definitivo, como es la inscripción. La anotación preventiva es el medio más idóneo para exteriorizar una relación jurídica que, cual el derecho hereditario en abstracto, *no puede merecer la total protección del sistema*. Se confía de esta suerte evitar las dudas y litigios a que había dado lugar su actual forma de registración."

(84) Op. cit. págs. 371 y sigs.

(85) Vid. Roca, op. cit., pág. 968 y nota 1. Sin embargo, en el tomo I de la misma obra, 2ª ed., Barcelona, 1945, pág. 297, hace una afirmación totalmente opuesta.

mediando esas dos anotaciones, no pueda mantener en su adquisición al cesionario o comprador que de buena fe adquiriera a título oneroso toda la herencia o una cuota hereditaria sin concreción de bienes. No tiene nada de extraño que se permita la registración y luego se nieguen las principales defensas del sistema, porque ello es debido a una dificultad insuperable de tipo institucional. La Ley Hipotecaria no puede otorgar más de lo que puede, sin violentar los principios que la informan. El acceso al Registro del derecho hereditario se justifica por la concesión de una serie de efectos, incluso muy débiles o atenuados, que de otra suerte no tendría. La protección del comprador del *nomen hereditarium*, si se estima que es justa y responde a un interés digno de tutela, hay que buscarla fuera del Derecho Hipotecario y de los libros registrales de fincas y derechos reales sobre inmuebles, tal vez al calor de normas o principios substantivos.

En el apartado siguiente nos proponemos examinar la posibilidad de proteger, al amparo del Derecho civil puro, al tercero de buena fe que adquiere a título oneroso de un heredero aparente, más allá de lo que permite el juego de la *fides pública*. Pero desde ahora podemos ya adelantar que, aun cuando se admita esa extensión—cosa que, como se verá, es muy discutible—, no parece oportuno comprender el caso de la venta de una herencia, porque bien ponderado el argumento contrario presentado más arriba en último lugar (letra *d*), debe concluirse negativamente por la falta de un interés legítimo merecedor de esa protección. Por vía de regla, el *emptor hereditatis* es un aventurero que corre el riesgo de no haber adquirido más que una masa de deudas... o una herencia aparente. Se le puede exigir que calcule mejor su negocio y que estudie a fondo la titularidad de su causante hasta cerciorarse de la legitimidad de su derecho. Y no se diga en contra que para ello tropieza con las mismas dificultades que el comprador de una *res hereditaria* singular, porque éste tiene una *opinio iuris* del heredero vendedor, fundada en la fuerte apariencia de la posesión en concepto de dueño (art. 448) y de la inscripción (art. 38, Ley hipotecaria), mientras que la del comprador del *nomen hereditarium* se apoya en la apariencia simple más débil e imprecisa, de la *possessio* de una cosa incorporeal y de la anotación preventiva, que por sí sola le advierte ya de que se trata de un “derecho especial”, con trato registral diferenciado, sometido a todos los posibles peligros. Al primero se le puede excusar una falta de diligencia que no degeneren en culpa grave; al segundo se le debe exigir el máximo cuidado en averiguar el título del transmitente. En todo caso el comprador de una herencia no queda totalmente sin protección: siempre que sufriera la evicción del heredero real, tendría la garantía que le ofrece el artículo 1.531 Código de comercio.



2.º ¿CABE AMPLIAR DE ALGÚN MODO EN NUESTRO DERECHO LA PROTECCIÓN DE LOS TERCEROS ADQUIRENTES DEL HEREDERO DE FACTO?

Hasta aquí hemos visto en qué situaciones legales y dentro de qué límites resulta claramente protegido el tercero que adquiere de un heredero aparente. La cuestión que vamos a examinar ahora tiene bastante importancia. En efecto, al margen de esos casos de tutela legal expresa, quedan muchos otros supuestos en los que se hace necesario averiguar si, de acuerdo con nuestro ordenamiento, los adquirentes del *possessor pro herede* que se vean en la imposibilidad de recurrir a los arts. 464 del C. c. o 34 de la L. H., pueden invocar otras normas o principios, en virtud de los cuales resulten igualmente protegidos.

Tratándose de cosas muebles, el tercero de buena fe que adquirió del heredero aparente no será amparado por el art. 464 si no está en posesión de las mismas. También es dudoso que proceda aplicar este artículo cuando el negocio dispositivo no verse sobre cosas singulares, sino sobre una *universitas facti* de bienes inmuebles (por ejemplo, una biblioteca). Son los supuestos que los autores italianos suelen presentar como prueba del amplio alcance del art. 534 frente al 1.153 del nuevo Código (arts. 933 y 707, respectivamente, del Código del año 1865) (86) y de la insuficiencia del principio "en fait de meubles possession vaut titre", en base al cual la jurisprudencia francesa da por resuelto el problema de la validez de las enajenaciones relativas a bienes muebles hechas por el heredero aparente.

A pesar de las consideraciones apuntadas, somos también de la opinión de que en materia de muebles, dejando a un lado el primer caso, verdaderamente excepcional y curioso (87), no se debe siquiera plantear el problema del ensanchamiento de la tutela del tercero. Basta el art. 464 interpretado benignamente. Dentro del mismo cabe el otro supuesto de la universalidad de muebles. ¿Por qué limitar su alcance? Abona la solución afirmativa el hecho de que el Código español no contenga expresamente como el italiano la salvedad de las universalidades de muebles (art. 1.156).

Respecto a los inmuebles se dan en nuestro Derecho muchos supuestos que escapan a la protección del art. 34, L. H. Como es potestativa la inscripción, cabe perfectamente que por cualquier causa falte el asiento registral, y se vea el tercero que adquirió de buena fe y a título oneroso del presunto heredero sin defensa frente a la *rei vindicatio* del verdadero *heres*. Y es muy posible que resulte a descubierto sin culpa suya, por no haber podido inscribir su adquisición, en contra del principio del tracto sucesivo: el heredero aparente no inscribió su derecho sobre bienes concretos y determinados—no importa por qué motivo—y no está dispuesto a suplir el eslabón que falta para

(86) Vid. MAIERINI, op. cit., pág. 81; AZZARITI-MARTÍNEZ, op. cit., pág. 181; D'AVANZO, op. y loc. cit., pág. 259.

(87) Vid. *supra*, nota 64.

que su causahabiente obtenga el segundo asiento necesario al juego del artículo 34.

Y, como vimos, el comprador en globo de toda la herencia o de una parte alícuota de la misma queda a merced del heredero de mejor derecho, porque la anotación del *nomen hereditarium* no goza del privilegio de la fe pública registral.

En todos estos casos, ¿deberá perecer el tercero ante el heredero real que invoca los principios “*nemo plus iuris*”, “*resoluto iure dantis*”, “*res inter alios acta*” y “*ubi rem meam inuenio ibi vindico*”? ¿O podrá esgrimir alguna otra arma defensiva?

No faltan razones para apoyar la solución afirmativa: son los conocidos argumentos de la certeza y seguridad del tráfico, las exigencias del crédito, la equidad y la utilidad social.

Veamos, en rápida síntesis, los remedios de carácter técnico ofrecidos con ese fin.

A) En primer lugar puede presentarse la analogía *iuris*. El principio de la protección de los terceros adquirentes *a non domino* de buena fe y a título oneroso parece estar latente en numerosas disposiciones del Código. El tercero meramente civil, reuniendo esas condiciones, quedaría tutelado por el ordenamiento, aun cuando no tuviera la cualidad de tercero hipotecario.

Es cierto que el puro Derecho civil, sin necesidad de intervenir el Registro, protege a veces a los terceros adquirentes—en unos casos atendiendo a su buena fe; en otros, más numerosos, prescindiendo de ella—de cosas muebles o inmuebles, pero esto se explica o por la *negatio accionis* o por la concesión de un poder dispositivo expreso, ambas admitidas con carácter excepcionalísimo o como reflejo del principio contenido en el art. 464, C. c., lo que impide la aplicación analógica de unos preceptos poco aptos para deducir de los mismos el principio general de la tutela del tercero de buena fe que adquiere un bien inmueble a título oneroso del titular aparente.

Estos supuestos son:

a) El del art. 976 del Código civil. El art. 975 concede tan sólo una eficacia relativa a la enajenación del cónyuge viudo de bienes inmuebles sujetos a reserva, subordinándola a la no existencia de hijos o descendientes legítimos del primer matrimonio. En cambio, según el art. 976 “las enajenaciones de los bienes muebles hechas antes o después de contraer segundo matrimonio serán válidas, salva siempre la obligación de indemnizar”. Los hijos o descendientes legítimos del primer matrimonio sólo tienen derecho, por tanto, al valor o precio de lo enajenado. Ello representa una extensión del poder dispositivo limitado que corresponde al viudo respecto de los bienes adquiridos del premuerto a título lucrativo (88).

No creemos que de este precepto se pueda sacar ninguna consecuencia útil para el problema que examinamos. Aparte de que única-

(88) Sobre este artículo vid. HERNÁNDEZ-GIL: *De nuevo sobre el artículo 464 del Código civil*, loc. cit. pág. 426.

mente se refiere a bienes muebles y al caso excepcional de la reserva ordenada por el art. 968, el tercero adquirió aquí válidamente por tener el reservista un poder o facultad de disposición sobre las cosas muebles, expresamente otorgado de forma amplia por el Código. Se explica así que no se requiera la buena fe del adquirente ni del enajenante, y que no se distinga entre el título oneroso y el lucrativo. Ni siquiera constituye un reflejo del art. 464. Los supuestos son bien distintos.

b) El del art. 1.160, ap. 2.º, C. C.: “En las obligaciones de dar—establece este artículo—no será válido el pago hecho por quien no tenga la libre disposición de la cosa debida y capacidad para enajenarla. Sin embargo, si el pago hubiere consistido en una cantidad de dinero o cosa fungible, no habrá repetición contra el acreedor que la hubiese gastado o consumido de buena fe.”

También se refiere a cosas muebles y, concretamente, a bienes fungibles. El que los recibió en pago de quien no tenía la libre disposición ni capacidad para enajenar, únicamente estará a salvo de la repetición si los gasta o consume, estando de buena fe. Hay en este supuesto una atribución patrimonial *solvendi causa*, válida dentro de ciertos límites, que nos inclinamos a justificar por caminos diferentes al del paralelismo con el art. 464 (89) o al que insinúa Vallet de Goytisolo (90). No se explica suficientemente aludiendo a la irreivindicabilidad de las cosas fungibles. En tanto que subsistan las llamadas circunstancias individualizantes (es decir, mientras que no se verifique la mezcla o confusión) pueden ser objeto de reivindicación (91).

Lo que hace el art. 1.160 es suplir la falta de capacidad o del poder de disposición sobre unas cosas propias (titularidad con facultad dispositiva subsanada)—y entonces dicho artículo no es propio de terceros (92)—o ajenas (poder de disposición otorgado sobre el patrimonio de otro, limitadamente a los bienes fungibles, para el caso de que quien los recibió creyendo que eran del deudor los hubiera gastado o consumido). La razón de esta excepcional medida se encuentra en la gran aptitud y facilidad de esas cosas para la circulación y el consumo. No sirve, pues, como argumento analógico. ¿Con qué base se induciría un poder dispositivo general sobre los inmuebles ajenos adquiridos a título oneroso y de buena fe por el tercero?

c) Artículo 1.205, 2.º del C. C., seguir el cual no tendrá lugar la rescisión “cuando las cosas objeto del contrato se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe”. En este caso, comprensivo lo mismo de los muebles que de los inmue-

(89) HERNÁNDEZ-GIL, *op. y loc. cit.*

(90) *Op. cit.*, pág. 936, nota 13: “El artículo 1.160, párrafo segundo—dice—, no se refiere a un supuesto de reivindicación—puesto que las cosas fungibles no son aptas a tal efecto por no ser identificables—, sino a un caso de devolución o no del equivalente”.

(91) Vid. JORDANO BAREA: *El cuasi-usufructo como derecho de goce sobre cosa ajena*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, I, 3, 1948, pág. 1012.

(92) Así, HERNÁNDEZ-GIL, *op. cit.*

bles, la adquisición—onerosa o lucrativa—del tercero de buena fe paraliza los efectos propios de la rescisión, sustituyéndose la impugnación y la consiguiente restitución por una indemnización de perjuicios (artículo 1.295, 3.º). Aparentemente parece que se protege al adquirente de buena fe. Pero bien vistas las cosas no es así. El art. 1.295 se refiere al juego de la acción rescisoria que, siendo de carácter personal, no puede afectar a los terceros adquirentes... Y, sobre todo, porque el tercero, antes de la impugnación, había adquirido en firme *a vero domino*. No existiendo una adquisición *a non domino*, mal se presta este artículo a servir de base a la analogía *iuris* (93).

d) Artículo 1.540 C. C.: "El que pierda por evicción la cosa recibida en permuta, podrá optar entre recuperar la que dió en cambio, o reclamar la indemnización de daños y perjuicios; pero sólo podrá usar del derecho a recuperar la cosa que él entregó mientras ésta subsista en poder del otro permutante, y sin perjuicio de los derechos adquiridos entre tanto sobre ella con buena fe por un tercero". Hernández-Gil interpreta este precepto como un caso de limitación de la procedencia de la acción reivindicatoria, que se compadece perfectamente con el régimen establecido para las adquisiciones mobiliarias por el art. 464. "Con toda evidencia resulta—escribe—que se mantiene la adquisición de la propiedad por el tercero; que ante él se detiene la acción restitutoria del permutante víctima de la evicción, cualquiera que sea la suerte del contrato; en una palabra: que no se le ampara al mismo con la ilimitada perseguibilidad de la acción reivindicatoria, toda vez que, si sólo puede recuperar la cosa del otro contratante, ello no será en méritos de una acción real, sino personal... Nótese, además—añade—, que no sólo se mantiene la adquisición de la propiedad por el tercero, sino también la de otros derechos reales, de forma que, aun cuando proceda la recuperación de la cosa, es preciso respetar aquéllos" (94).

De seguir esa interpretación, nos encontraríamos, pues, frente a un artículo aplicable no sólo a los muebles, sino también a los inmuebles, y comprensivo lo mismo de los actos a título oneroso que de los realizados a título gratuito—puesto que se refiere a la cosa objeto de la permuta en términos generales y no exige la onerosidad—, que consagra en un supuesto la validez de las adquisiciones *a non domino* por la *negatio actionis*, siempre que el tercero adquiera con buena fe (95). Y, entonces, sería caso de tenerlo en cuenta como base del procedimiento analógico indirecto.

Sin embargo, creemos que el precepto en cuestión se puede expli-

(93) Cfr., HERNÁNDEZ-GIL, op. cit., pág. 427, y VALLET DE GOYTISOLO, op. y loc. cit.

(94) Op. y loc. cit., pág. 428.

(95) Según HERNÁNDEZ-GIL, aunque la buena fe parece ir literalmente referida sólo al supuesto de la adquisición de derechos reales distintos del de propiedad, una consideración sistemática y ética aconseja extenderla también a la adquisición de la propiedad (op. y loc. cit.).

car por otros cauces (96). El permutante eviccionado sólo tiene una *actio in personam* (la redhibitoria) para recuperar la cosa que dió en cambio. Su juego se limita por fuerza a las relaciones *inter partes*, sin que pueda afectar nunca a los terceros adquirentes. No se trata, por tanto, de un artículo de terceros. La acción reivindicatoria no se limita o niega para sustituirla por otra de carácter personal; simplemente, no procede porque quien entregó una cosa (*traditio*), a consecuencia de un contrato de permuta, transmite—si ya la tenía—la propiedad (art. 609 C. C.). Los terceros que adquieren del permutante que responde de la evicción adquieren por ello en firme, *a vero domino*. El permutante que sufre la evicción tiene que respetar esas adquisiciones. El “derecho a recuperar la cosa entregada”, que la Ley le concede *a posteriori*, únicamente puede hacerse efectivo en tanto que aquélla subsista en poder de la otra parte. También se explica que la recobre entonces con los derechos reales limitados adquiridos sobre la misma en el espacio intermedio con buena fe por un tercero, y libre de los que pueda tener quien sabía que su causante estaba en condiciones de ser obligado a restituir. Una elemental razón de justicia imponía este límite.

e) Artículo 1.738 C. C.: “Lo hecho por el mandatario ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, es válido y surtirá todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fe”. He aquí una interesante disposición que se refiere a uno de los supuestos que originan la figura similar del “mandatario aparente” (97). Según ella, los terceros que contratan con él—a título oneroso o lucrativo, puesto que se silencia este extremo—de buena fe realizan una adquisición válida, que surtirá todos sus efectos. El mandatario cuyos poderes de disposición se extinguieron con el mandato y no obstante continúa actuando como tal, queda reducido a la condición de un mandatario de hecho sin poder dispositivo alguno. Con todo, los terceros adquirentes no pueden ser atacados por el *dominus*: siempre que obren de buena fe le opondrán la eficacia de los contratos que pactaron con el mandatario aparente (por ejemplo, la compra de una cosa mueble o inmueble). Nótese que también se exige la buena fe de este último.

A pesar de las analogías que median entre el mandatario y el heredero aparentes, no juzgamos factible una extensión del artículo que estamos analizando. No se puede extraer del mismo ningún principio o tendencia favorable a la tutela de los terceros que de buena fe contratan con el heredero aparente. Se trata de un precepto excepcionalísimo en el que se suple la falta de poder por extinción del mandato (más propiamente, de la representación); poder dispositivo, continuado *ex lege* en atención a la *bona fides* del mandatario y de los

(96) Como insinúa VALLET DE GOYTISOLO, op. y loc. cit.

(97) Vid., a este propósito, LÉAUTÉ: *Le mandat apparent dans ses rapports avec la théorie générale de l'apparence*, en “Revue Trimestrielle de Droit Civil”, 1947, págs. 287 y siguientes.

terceros, que ningún otro artículo concede al heredero aparente. Sus *enajenaciones* tienen por fuerza que ser nulas (art. 4, 1.º C. C.).

f) Artículo 1.765 C. C.: “Si el depósito ha sido hecho por una persona capaz en otra que no lo es, sólo tendrá el depositante acción para reivindicar la cosa depositada mientras exista en poder del depositario, o a que éste le abone la cantidad en que éste se hubiese enriquecido con la cosa o con el precio”. Con Hernández-Gil nos inclinamos a ver en este artículo, claramente referido a los bienes muebles (arg. art. 1.761 C. C.), un caso de *negatio actionis*, que contiene, a propósito de una particular relación jurídica (depósito), el desarrollo y la especificación de la doctrina general establecida por el artículo 464: el art. 1.765 parte del supuesto de que el acto dispositivo—a título oneroso o lucrativo—del depositario esté motivado por su incapacidad. “Si en su virtud, éste, contraviniendo las obligaciones que le corresponden (1.766), o mejor dicho, porque precisamente no le corresponden tales obligaciones, enajena la cosa objeto de la prestación, el depositario carece de acción para reivindicarla de terceros adquirentes. La acción de que dispone en todo caso es sólo personal. El depositario es un no titular de un derecho real que, sin embargo, lo transmite válidamente. A parte de la semejanza de las situaciones jurídicas producidas, permite el 1.765 una fundamentación análoga al 464; *el depositante debe buscar la confianza allí donde la puso*. Por esto la Ley limita su protección” (98). Aunque el art. 1.765 silencia toda alusión a la buena fe, creemos, siguiendo a dicho autor, que no debe entenderse que el propietario (depositante) carezca de acción reivindicatoria cuando la cosa, a consecuencia de un acto dispositivo del depositario, haya sido adquirida por terceros de buena o de mala fe. La tutela del interés del incapaz—que es la *ratio* de la norma—no se menoscaba porque a los terceros se les exija la buena fe, y no hay motivo para que éstos, en el supuesto especial del art. 1.765, reciban un trato más beneficioso y contrario a la regla general del art. 464 (99). A lo más el artículo en cuestión confirma en un caso concreto el principio “en fait de meubles possession vaut titre”).

g) Artículo 1.778 C. C.: “El heredero del depositario que de buena fe haya vendido la cosa que ignoraba ser depositada, sólo está obligado a restituir el precio que hubiese recibido o a ceder sus acciones contra el comprador en el caso de que el precio no se le haya pagado”. Nos encontramos frente a otro caso especial de *negatio actionis* referida a una determinada situación del contrato de depósito. Y hay adquisición a *non domino* de una cosa mueble por vía de consecuencia. Literalmente el precepto alude a la venta (título oneroso) y no exige la buena fe de los terceros para que sean mantenidos en sus adquisiciones; en cambio, se hace precisa la existencia de la buena fe del heredero enajenante. Caben dos soluciones: o interpretar el artículo como un desarrollo del 464, y entonces cabe extenderlo a toda

(98) Op. y loc. cit., pág. 426.

(99) Op. y loc. cit., pág. 427.

clase de enajenaciones (incluidas las realizadas a título lucrativo), concibiéndolo como una regla aun más especial, por la necesidad de la concurrencia de la buena fe, tanto en el que dispone como en el que adquiere (100), o entender el precepto en el sentido de un derecho todavía más singular, en atención a la exclusiva buena fe del enajenante y limitado a la venta. Los terceros podrían ser de buena o mala *fides* (101)

En cualquiera de las hipótesis está vedada su extensión analógica.

h) Artículo 1.897 C. C.: “El que de buena fe hubiera aceptado un pago indebido de cosa cierta y determinada, sólo responderá de las desmejoras o pérdidas de ésta y de sus accesiones, en cuanto por ellas se hubiese enriquecido. Si la hubiese enajenado, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo”. Hernández-Gil encuentra en esta disposición una similitud con los dos artículos anteriormente examinados: también limitaría la procedencia de la acción reivindicatoria. Y, referido a los bienes muebles, constituiría un punto de apoyo sobre el que es posible hacer descansar la base legal del artículo 464 (102). Con todo el respeto debido a su indiscutible autoridad de maestro, no compartimos esa opinión. De lo contrario, nos hallaríamos frente a un supuesto—otrosí referible a los inmuebles—en el que se mantienen las adquisiciones a título oneroso de los terceros, con tal que el *enajenante* sea de buena fe (a lo que se atiende es a la *bona fides* de éste, no a la de los terceros, que, por ello pueden estar de mala fe).

No hay que olvidar—como observa Vallet de Goytisolo—que el artículo 1.897 se refiere al pago de lo indebido. “Y sabido es—añade—que, tradicionalmente, el pago de lo indebido es válido y sólo da lugar, con carácter puramente personal, al juego corrector de la *condictio indebiti*. No necesitándose, por tanto, en este caso, para explicar la irreivindicabilidad de la adquisición del tercero, acudir a la virtud mágica de unas adquisiciones a *non domino*, que en este supuesto ni existen ni hacen falta” (103). En una palabra, no es un artículo de terceros: éstos adquieren en firme del presunto acreedor.

Hemos estudiado la posibilidad de inducir el principio de la protección de los terceros adquirentes sobre la base de ciertos precep-

(100) Así parece interpretarlo HERNÁNDEZ-GIL, op. y loc. cit.

(101) Otra interpretación le da VALLET DE GOYTISOLO (op. y loc. cit.). Según este autor, los artículos 1.765 y 1.778 se refieren a las relaciones entre el depositario incapaz y los herederos del depositario, respectivamente, con el depositante; pero no a las que puedan existir entre este último y el adquirente de las cosas depositadas. A su juicio el que dichos artículos limiten las obligaciones de los primeros, no supone la convalidación de la adquisición del tercero. Sólo prevén la imposibilidad de la reivindicación, sea por no hallarse la cosa, desconocerse su paradero, haberla destruido el tercero, etc. “Esto resultará palpable—añade—examinando atentamente el artículo 1.765. En efecto, ¿cómo puede ser válida la enajenación hecha por un incapaz?; y, siendo ineficaz, ¿cómo va a ser posible que el depositante pierda su acción reivindicatoria?”

(102) Op. y loc. cit.

(103) Op. y loc. cit.

tos del Código, que sólo muy de lejos pueden tener alguna relación con la materia. Haciendo el balance total de los artículos examinados se llega, como tuvimos ocasión de ver en cada caso, a la conclusión de que ello resulta imposible.

B) Aun queda por analizar un artículo: el 197 del C. C., que regula un supuesto, cuyos puntos de contacto con la figura del heredero aparente son—según la mayor parte de la doctrina—tan profundos que podría incluso dar lugar a una aplicación analógica directa (analogía *legis*).

Dice así: “Si después de la declaración de fallecimiento se presentase el ausente o se probase su existencia, recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren y tendrá derecho al precio de los que se hubieran vendido o a los bienes que con este precio se hayan adquirido; pero no podrá reclamar de sus sucesores, rentas, frutos ni productos obtenidos con los bienes de su sucesión, sino desde el día de su presencia o de la declaración de no haber muerto”.

Todo depende de la naturaleza jurídica que se atribuya al derecho que adquieren los sucesores del declarado fallecido (“*envoyés en possession définitif des biens de l’absent*”, “*immessi nel possesso definitivo dei beni dell’assente*”). Si se estima que no son verdaderos herederos, sino *adjudicatarios* que carecen de la posesión perfecta, configurándose la posición jurídica de los herederos del ausente al igual que la de los herederos sometidos a condición resolutoria, tienen toda la razón los autores que presentan este caso como una de las figuras concretas de heredero aparente (104). En efecto, los herederos sometidos a condición resolutoria no adquieren el dominio pleno de la herencia hasta que se tenga la certeza de que la condición no se cumple (en el caso del ausente declarado fallecido, cuando se comprueba su muerte). Entretanto su dominio es revocable y, en consecuencia, la validez de sus actos dispositivos depende de la condición resolutoria: si ésta se verifica, se resolverán *ex tunc* lo mismo que la propiedad sobre la *res hereditariae*. Así, el heredero del declarado fallecido se encontraría en una situación muy similar a la del *possessor pro herede*, sobre todo por lo que afecta a las relaciones con los terceros que contraten con él creyéndolo verdadero y pleno heredero. Siguiendo el hilo de estas consideraciones se nos ofrecería que, de no decir nada el artículo 197 C. C., el ausente que retorna después de la declaración de fallecimiento tendría derecho a recobrar sus bienes, aun de manos de los terceros adquirentes: pero aquella norma vendría a sentar una

---

(104) “MUCIUS SCAEVOLA” (*Código Civil*, t. III, 5.<sup>a</sup> ed.) habla en la página 884 de “adjudicatarios” y en la pág. 887 dice que el estado jurídico que crea la declaración de fallecimiento del ausente no da lugar, por lo que a los bienes se refiere, ni a una relación absoluta de dominio ni a una relación posesoria perfecta.

Consideran al heredero por declaración de fallecimiento del ausente, que luego resulta vivo, como una figura particular de heredero aparente, DE ANGELIS (op. cit. pág. 52, § 7), MIDIRI (op. cit., pág. 338) y TARTUFARI (op. y loc. cit., § 492), entre otros.



excepción al principio "resoluto iuris dantis, resolvitur ius concessus" con la frase "tendrá derecho al precio de los bienes que se hubieran vendido o a los bienes que con este precio se hayan adquirido", que deja a salvo las enajenaciones onerosas.

Un paso más y, generalizando a todos los supuestos de heredero aparente (105), llegaríamos a la conclusión de que, aplicando analógicamente el art. 197 C. C., resultarían siempre protegidos los terceros adquirentes a título oneroso, sin más condiciones (obsérvese que no se requiere la buena fe).

Sin embargo, a nuestro juicio, tal aplicación analógica del art. 197 cae por su misma base. Los sucesores del declarado fallecido son unos verdaderos herederos, con los mismos derechos y obligaciones que todos los herederos. Tienen la libre disposición de los bienes por título oneroso, sin ninguna limitación de tiempo ni de clase de título (así, podrá venderlos, permutarlos, darlos en hipoteca, transigir sobre ellos, darlos en pago, etc.). Esto se deduce del mismo art. 197, que otorga al ausente que regresa el derecho a sus bienes en el estado en que se encuentren y al precio de los que se hubieran vendido o a los bienes que con este precio se hayan adquirido, lo cual, como razona Serrano y Serrano, debe interpretarse en sentido amplio. Y, sobre todo, esta amplitud de atribuciones a título oneroso se desprende de la circunstancia de que el art. 196, que es el que pone limitaciones a la facultad de disponer, tan sólo lo hace para la disposición a título gratuito y únicamente en los cinco primeros años: si la excepción es que no pueden disponer dentro de ciertos límites, la regla será que pueden hacerlo en los restantes casos: "Un heredero que es como todos los demás, que tiene la libre disposición a título oneroso y a título gratuito, después de transcurrido el plazo, no se puede decir que carezca de la posesión perfecta, porque *lo que adquiere es el dominio pleno sobre los bienes y derechos de la herencia en la misma extensión que el ausente tuviera*. El derecho del ausente que retorna no es idéntico al del here-

---

(105) "La generalización se impone—afirma JOSSEKAND (*Cours de Droit civil positif français*, París, Sirey, vol. III, 1930, pág. 548, n. 1.025) a propósito de los artículos 132 y 136 del Código Napoleón: todo heredero aparente a quien la opinión pública otorga la cualidad de sucesor, debe poder cumplir, sobre los bienes hereditarios, actos definitivos, oponibles al verdadero heredero: no existe razón para distinguir según que aquél haya estado ausente en el sentido jurídico de la palabra o según que, sin ser ausente, haya descuidado hacer valer sus derechos y tomar posesión de la herencia". Según AUBRY y RAU (*Cours de Droit civil français*, 5.<sup>a</sup> ed., t. X, París, 1918, págs. 16-17, en nota), el artículo 132 (equivalente al 197 de nuestro Código) resuelve virtualmente la cuestión para el caso de la ausencia; y su disposición puede ser invocada *a fortiori* para el caso de que el pariente más próximo haya dejado a los parientes más alejados tomar posesión de la herencia a la que él estaba llamado. Apoyándose en el mismo artículo admítan una excepción al sistema de la validez por ellos propugnado; y es el caso del heredero aparente que haya aprehendido la herencia sin ningún título o con un título emanado de la voluntad del hombre, que se encuentre afectado de nulidad o revocación, porque, a su juicio, no se puede extender las disposiciones del artículo 132—que se refiere a un título fundado sobre la misma ley—a la hipótesis donde se trata de un título voluntario.

dero que resulte por aplicación de una condición resolutoria, ni la posición jurídica de los herederos del ausente igual a la de los herederos sometidos a condición resolutoria" (106). El retorno del ausente declarado muerto no tiene efectos retroactivos (*ex tunc*), sino presentes (*ex nunc*), desde el día de su presencia o de la declaración de no haber fallecido; por tanto, el dominio de los herederos del ausente no es un dominio revocable. Lo más que se puede decir es que la titularidad conjunta sobre los elementos del patrimonio del ausente, ya sean los mismos, ya los que los hayan sustituido, ésta afecta a la *especial* condición resolutoria de la vuelta del ausente, que, como es tan improbable, está privada por la Ley de las consecuencias que naturalmente tendría (107). En realidad, se trata de una titularidad plena y perfecta, con determinados límites en el poder dispositivo a título gratuito, sujeta a un término final dependiente de un evento *incertus an incertus quando*, cuyo advenimiento provoca tan sólo efectos de presente.

Así pues, la situación jurídica del heredero por declaración de fallecimiento del ausente que más tarde resulta existir, no tiene ninguna similitud con la hipótesis del heredero aparente, ni, mucho menos, constituye una figura particular de *possessor pro herede*. En consecuencia, hay que descartar la aplicación analógica directa del art. 197 del Código civil. Por otra parte, este precepto no sanciona ninguna protección en beneficio de los terceros adquirentes del poseedor de la herencia del ausente declarado muerto. Los terceros que contratan con él a título oneroso adquieren en firme, como si negociaran con un heredero verdadero, aunque tengan conocimiento de la existencia del ausente. Y lo mismo si hubieran contratado a título lucrativo con el heredero después del plazo señalado en el art. 196, 2.º No se puede exigir la buena fe a quienes traen causa de un titular con dominio pleno y poder de disposición expreso. El límite que impone el art. 197 al derecho del ausente que vuelve respecto a las enajenaciones a título oneroso cumplidas por su presunto sucesor, no tiene su base en la tutela del tercer adquirente de buena fe (requisito que no se exige), sino en la anterior concesión del título de heredero y de poderes dispositivos al que fué introducido en la *possessio* de los bienes del declarado muerto, lo cual es totalmente ajeno al juego de la apariencia jurídica y de la protección de terceros. En este caso la apariencia jurídica es tan fuerte e intensa... que corresponde a la realidad misma. Por ello, el artículo 197 se limita a regular las relaciones que median entre el ausente y sus sucesores.

Finalmente, siguiendo la tesis contraria, se llegaría a una consecuencia absurda: como se recordará, el problema del heredero aparente está enfocado desde el punto de vista hipotecario por el art. 28 L. H., que impone una limitación temporal al juego de la fe pública registral;

---

(106) SERRANO Y SERRANO: *La ausencia en el Derecho español*. Madrid, 1943, páginas 410-411, 419-421 y 413.

(107) Cfr., SERRANO Y SERRANO, op. cit., pág. 414.

aplicar analógicamente, de modo puro y simple, el artículo 197 a todo heredero aparente equivaldría a hacer de mejor condición al adquirente que no inscribe que al que inscribe, puesto que a éste le afectaría la limitación del artículo 28. Y no se puede ni pensar en aplicar por analogía este último artículo al adquirente no inscrito, porque ello supondría generalizar indebidamente una norma que parte por su propia esencia de la base de que entre en escena el Registro.

C) Además de la analogía *iuris* o *legis*, el tercero en trance de sucumbir frente al heredero real tendría el recurso de colocarse bajo la sombra cobijadora e indulgente del rancio brocardo *error communis facit ius*, tan caro a la jurisprudencia francesa (108).

No creemos que en nuestro Derecho valga resucitar viejos latines que permiten todo, al socaire de una virtud mágica. Ya en Francia, Louis Crémieu—y antes que él Wahl—puso de relieve la inconsistencia del principio. No vamos a repetir aquí toda su crítica, pero sí aludiremos a los dos principales argumentos aducidos. Uno se refiere al fundamento legal de la máxima, invocada en uno de los considerandos del aviso del Consejo de Estado francés del 2 de julio de 1807, no puede tener la fuerza de ley prescrita para su parte dispositiva; el otro afecta a las consecuencias del mismo: basándose en el mismo los tribunales deberían sancionar no sólo la validez de las enajenaciones a título oneroso sobre cosas singulares, sino también la de los actos a título gratuito e incluso de las cesiones de toda la herencia (109).

La jurisprudencia francesa no aplicó nunca en toda su extensión el principio del error común. En realidad éste fué la pantalla empleada para introducir el otro principio de la apariencia del derecho (110),

(108) Vid. *supra*, II, § 2, n. 1, pág. 673.

(109) WAHL, en "Revue Trimestrielle de Droit civil", 1908, pág. 126 y siguientes; CREMIEU, *op. cit.*, págs. 75-76.

(110) JOSSERAND, *op. y loc. cit.*, parifica el brocardo *error communis facit ius* y el principio de la apariencia del derecho. Pero lo cierto es—como observa justamente D'AMELIO—que la doctrina de la apariencia jurídica no se debe confundir con el principio del error común. En efecto, "el *error communis*—dice el mismo autor—es la opinión errada de la colectividad; es la convicción general en fuerza de la que todos creen que el estado de hecho corresponde al estado de derecho. Una vez constituida esta opinión general, es esta misma la que engaña a las personas de buena fe, independientemente de la conducta o comportamiento de la persona a la que el error se refiere. En la apariencia del derecho juega principalmente, por el contrario, dicho porte exterior, que es causa del engaño del tercero... De aquí se sigue también que la comprobación de la buena fe en el tercero es entendida con diverso criterio en uno y otro caso, ya que si la opinión pública está en error ésta crea el derecho, y la opinión individual no puede reaccionar contra la común constitutiva de una legalidad que es respetada; mientras que en la apariencia del derecho, si la sagacidad del tercero o sus informaciones la han advertido del engaño, no está ya en condiciones de poder invocar la apariencia, aunque otros la invoquen contemporáneamente con razón. En fin, la gratitud del negocio jurídico concluído no es decisiva en el *error communis*, como lo es en la apariencia del derecho, ya que mientras el tercero no puede beneficiarse de la misma más que para las convenciones a título oneroso, el *error com-*

con sus límites naturales (111), en la falta de un sistema positivo protector de los subadquirentes.

D) Y aquí tenemos la última tabla salvadora a la que el tercero podría agarrarse antes de sucumbir: el principio general de la apariencia jurídica.

Entre los autores extranjeros, principalmente entre los italianos, se discute vivamente si la apariencia jurídica es o no un principio general del derecho (112). A pesar de los esfuerzos hechos en pro de la solución positiva, la que predomina en la doctrina es la tesis contraria (113). En nuestro ordenamiento no hay duda de que rige el principio general de la irrelevancia de los negocios sobre el patrimonio ajeno, respecto del mismo. Una aplicación de tal principio se encuen-

---

*munis* excusa toda actividad jurídica que sea por él determinada" (op. y loc. cit., págs. 552-553, número 6).

La jurisprudencia francesa, no queriendo llevar a sus últimas consecuencias la máxima *error communis facit ius*, la limitó con los requisitos de la buena fe, referida al sujeto que la invoca (Vid. sentencias en CRÉMIEU, op. y loc. cit., págs. 64-65), y de la onerosidad, requisitos que más bien son propios de la doctrina de la apariencia del derecho. Así es que, de hecho, como se dice en el texto, los tribunales franceses aplican el principio de la apariencia jurídica con el ropaje de la máxima *error communis*, que no pasa de ser un comodín hábilmente encontrado para legitimar el uso de la doctrina de la apariencia.

(111) Buena fe u *opinio iuris* y onerosidad. Sin embargo, a juicio de SORGIA: (*Apparenza giuridica e dichiarazioni alla generalità*, Roma, 1934, páginas 45-46), admitido el principio de que la apariencia que produce confianza (*fides*) debe tener el valor de realidad, es antijurídico limitarlo para ciertos casos de negocios que modifican el mundo exterior y en los cuales han tratado terceros, que tienen el derecho de pedir que la situación jurídica no sea mudada, una vez que haya nacido legalmente. Por ello se declara partidario de una reforma substancial del principio de la onerosidad y auspicia la aplicación integral del principio de la apariencia tal como se admite en el derecho austríaco (§ 824 de C. c.), por responder mejor a la seguridad del tráfico y a la estabilidad de la vida jurídica. MIRABELLI: (*De! diritto dei terzi secondo il Codice civile italiano*, II, Roma, 1891, pág. 191), más moderadamente, juzga que se debe extender la protección a los casos de donaciones hechas por razón de matrimonio y a los subadquirentes a título oneroso del donatario.

Por nuestra parte, creemos que el adquirente por título gratuito no tiene un interés digno de tutela ("qui certat de damno vitando anteponendus si qui certat de lucro captando").

(112) En sentido afirmativo, vid. SORGIA, op. cit., pág. 185, y sobre todo en su estudio posterior. *Ancora in tema d'apparenza del diritto*, en *Rivista di Diritto privato*, 1936, I, págs. 121-154; MOSSA: *La dichiarazione cambiaria*, en *Rivista del Diritto commerciale*, 1937, I, págs. 305 y sigs.; D'AMELIO, op. y loc. cit., págs. 577 y sigs. Negativamente: MESSINA: *La simulazione assoluta*, en *Rivista del Diritto commerciale*, 1908, I, pág. 37, nota; STOLFI: *L'apparenza del diritto* Módena, 1934, págs. 27 y sigs., y 28; CARIOTA-FERRARA op. cit., página 106; SEGNI: *Osservazioni in tema d'eredità apparente*, en *Il Foro italiano*, 1925, I, págs. 104 y sigs.; MENCONI, op. cit., págs. 77 y siguientes. Una posición intermedia mantiene BOLAFFI: *Le teorie dell'apparenza del diritto*, en *Rivista del Diritto commerciale*, 1934, I, páginas 131 y siguientes.

(113) Vid. VERGA: *Osservazioni in tema di apparenza*, en *Rivista di Diritto privato*, 1940, I, páginas 103 y siguientes.

tra, para las enajenaciones de derechos reales, en la regla *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse haberet* (114).

Ahora bien, puesto que—como observa Cariota-Ferrara (115)—en los diversos casos en los que la apariencia prevalece sobre la realidad existe propiamente una relevancia de los negocios cumplidos por el titular aparente respecto al patrimonio del titular efectivo, esos casos no pueden constituir más que *excepciones* de aquel principio. Reconducir estos supuestos a otro principio general (principio de la apariencia) es cosa imposible, porque no son concebibles dos *principios generales* contrarios y al mismo tiempo operantes en igual esfera jurídica, que aquí es la de los negocios sobre el patrimonio ajeno. Si es cierto que la irrelevancia es el principio general, las situaciones antes examinadas no son sino casos excepcionales de relevancia, introducidos por razones particulares. Dado esto, hay que excluir *para todos* esos casos la interpretación analógica, porque es tarea del legislador y no del intérprete la de derogar las normas y los principios generales del sistema (115 bis).

A decir verdad, el principio general de la apariencia del derecho sólo se justifica en aquellos ordenamientos que tienen un sistema de publicidad defectuoso (116). “Donde no es fácil sincerarse sobre la realidad de ciertas situaciones jurídicas—escribe D’Amelio—es necesario proteger la buena fe de quien tomó la apariencia por la realidad y se ha comportado en consecuencia. Donde, por el contrario, la ley con los sistemas de publicidad pone al contratante en condición de asegurarse del verdadero estado de las cosas, no es necesario elevar a principio jurídico la máxima de que el ser está en el parecer. Todas las legislaciones modernas van integrando y reforzando los sistemas de publicidad... no solamente para las transmisiones inmobiliarias, sino también para múltiples negocios jurídicos de otra naturaleza..., unas veces haciendo depender del cumplimiento de la formalidad la validez

(114) Vid. CARIOTA-FERRARA, op. cit., págs. 17 y sigs. y 62 y siguientes.

(115) Op. cit., página 107.

(115 bis) Observa muy justamente COVIELLO L. que el principio general es que las adquisiciones *a non domino* son siempre nulas, a pesar de la buena fe del adquirente, y si en algunos casos, en homenaje a las legítimas expectativas de los terceros la ley deroga el principio, se trata de disposiciones excepcionales que hay que interpretar restrictivamente. En verdad—añade—es misión del legislador y no del intérprete determinar en qué casos debe darse prioridad a la expectativa del tercero respecto del titular del derecho, que queda sacrificado (*La rappresentanza dei non concepti e la buona fede dei terzi*, en *Il Foro italiano*, 1932, I, páginas 1316 y siguientes).

(116) Así, según D’AMELIO, en el Derecho italiano la doctrina de la apariencia del derecho ha tenido fortuna a causa del defectuoso sistema de publicidad contenido en el sistema legislativo. Y más adelante, concluye: “Es una doctrina inspirada por la realidad de la vida y por las condiciones imperfectas de nuestro sistema publicitario en el derecho. Hay que servirse de ella dentro de justos límites. Una vez más se presenta en el Derecho el problema de los límites” (Op. y loc. cit., página 555).

Conviene, pues, retener esta idea: el principio de la publicidad desplaza al principio de la apariencia jurídica.

misma del acto, y otras, *consecuencias jurídicas de notable importancia, particularmente respecto a los terceros* (como es, por vía de regla, el caso de nuestra Ley Hipotecaria). *Estos encuentran en el sistema de publicidad la mayor tutela. Entonces no pueden invocar la apariencia del derecho, salvo que ésta resulte del cumplimiento errado o fraudulento de la misma publicidad* (art. 34 L. H.) (117). En general se puede decir que el sistema de la publicidad y el de la apariencia tienen un camino paralelo. Donde la realidad se afirma, la apariencia no cuenta ya" (118).

Con otras palabras: los presupuestos de la apariencia en nuestro sistema de Derecho privado, por lo que afecta a los inmuebles, son la inscripción en el Registro, la buena fe y la intervención de terceros; en materia de muebles, los dos últimos más la posesión (119).

En el ordenamiento positivo español resulta, pues, que fuera de los límites consentidos por el juego del artículo 464 y de la *fides publica* no cabe ampliar de ningún modo la validez de las enajenaciones cumplidas por el heredero aparente ni la protección de los terceros adquirentes del mismo. Los remedios de carácter técnico presentados en favor de la extensión (la analogía del Derecho y de la ley, la máxima "error communis facit ius" y el principio de la apariencia jurídica) no permiten convalidar ni mantener las adquisiciones que los terceros realicen sin reunir los elementos necesarios según la ley para que tenga lugar su tutela.

Sentada la solución que nos parece más segura de *iure constituto*, pasamos a examinar el problema de *iure constituendo*.

### 3. El problema desde el punto de vista políticolegislativo

Después de las consideraciones hechas anteriormente no creemos que sea oportuno, ni conveniente, ni necesario, dictar una disposición

(117) Los sublineados y paréntesis son nuestros.

(118) Op. y loc. cit.

(119) Sin embargo, por lo que a los inmuebles se refiere, debe tenerse en cuenta que como ha revelado VALLET DE GONTISOLO (op. y loc. cit., páginas 939 949 y 952), la posesión en concepto de dueño y la presunción correspondiente del art. 448 C. c. pueden tener un efecto negativo, limitador del juego de la *fides publica* y de la presunción del art. 38 L. H. Ello tendría importancia en nuestro caso si se siguiera la opinión de aquellos que como AZARITI y MARTÍNEZ (op. cit., pág. 182), STOLFI, N. y F. (op. cit., pág. 119) y MENGONI (op. cit., págs. 81 y sigs.) estiman que, en las relaciones con los terceros, se debe considerar heredero aparente a todo el que, independientemente de la posesión de los bienes hereditarios, asuma un comportamiento tal que engendre en ellos la razonable creencia de estar frente al heredero verdadero. Entonces esa creencia caería por su base y la presunción legitimadora del artículo 38 L. H. quedaría reemplazada por la del art. 448 C. c., siempre que los bienes hereditarios fueran poseídos de forma manifiesta por otro, en concepto de dueño. Lo normal será, en cambio que el heredero aparente esté en posesión de las *res hereditarias*, "en concepto de heredero", y junte las presunciones de los artículos 448 y 38 L. H. En todo caso, la del segundo artículo le legitimará por sí sola, si no es contradicha por la del primero.

que expresamente deje a salvo los derechos adquiridos por cualquier clase de terceros de buena fe que contraten a título oneroso con el heredero aparente.

En el Derecho italiano y en el Derecho francés se explica, de una parte, la necesidad de un precepto especial que, en atención a la seguridad del tráfico, consagre la validez de los actos dispositivos del *possessor pro herede* y, de otra, los esfuerzos doctrinales o jurisprudenciales tendentes a suplir la laguna de la ley, porque los sistemas inmobiliarios de esos países se proponen, principalmente, resolver los conflictos entre los causahabientes de un mismo titular, no regulando registralmente los posibles conflictos entre causahabientes sucesivos ni los que median entre los adquirentes *a non domino* y el titular real de un derecho. Como los terceros no encuentran protección en el sistema de publicidad, se torna precisa la adopción de medidas especiales que aseguren la estabilidad de las adquisiciones de un titular aparente. De lo contrario, se verían amenazadas de nulidad de acuerdo con los principios del derecho civil puro (“*nemo plus iuris*”, etc.).

Nuestro Derecho, en cambio, ofrece, bajo ciertas condiciones, la más amplia tutela a los terceros adquirentes que confiaron en la exactitud del Registro. Extender la protección más allá de los límites necesarios para que entre en juego la *fides publica* equivaldría a hacer inútil el Registro de la Propiedad. Por sucesivas generalizaciones se llegaría a la protección total del tercero no inscrito; en efecto, pocas diferencias hay entre el que adquiere de un heredero aparente y el que adquiere de un titular aparente cualquiera. Las mismas razones invocarían los que contratasen con un propietario ficticio.

Como tuvimos ocasión de ver, lo normal en puro Derecho civil es que los actos de disposición del titular aparente (en nuestro caso, heredero) sean nulos, y que, por tanto, el titular real goce de prioridad respecto de los ulteriores adquirentes del titular aparente. Mas en atención a la seguridad del tráfico, el Derecho concede medios para cambiar este sistema. En cuanto a los inmuebles, el medio es el Registro de la Propiedad, que alterando los términos de la cuestión otorga prioridad al tercer adquirente que inscribe respecto del titular real no inscrito y sanciona por esa vía una adquisición *a non domino*. Ahora bien, esta subversión de principios está condicionada rigurosamente por la intervención del Registro, y fuera del mismo no es lícito extenderla. El que quiera obtener una posición inatacable ha de cumplir lo que el Derecho le impone para ello; si no lo hace, allá él. El ordenamiento no tiene por qué excederse caritativamente tutelando a quien no se ha acogido a los medios de protección que él pone en sus manos. Tanto más cuanto que el principio de seguridad jurídica no juega exclusivamente a favor del tercero, sino también en beneficio del titular real, ya que supone inseguridad la posibilidad de verse afectado o incluso privado de un derecho por actos ajenos. Es cierto que también el titular verdadero puede precaverse inscribiendo; pero en igualdad de circunstancias, si ninguno de los dos ha inscrito, parece justo mantener, aun así, el derecho del titular real. El tercero, si quiere gozar de los

beneficios del sistema, tiene que provocar una mutación, adelantándose con el asiento.

Una reforma legislativa, en el sentido de extender la protección a todo tercero de buena fe y a título oneroso, tampoco se justificaría pensando en los casos excepcionales que quedan fuera del ámbito de la *fides publica*. Por el deseo de comprender generosamente a esos supuestos que escapan a la tutela del sistema se haría totalmente innecesario el Registro.

Ya razonamos en el lugar oportuno (120) que, por lo que afecta a los actos dispositivos del derecho hereditario en abstracto, no hay mal mayor en negarles la protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. En todo caso, si se estima que son merecedores de tutela hay que buscar ésta al margen del Registro de la Propiedad, por ejemplo, creando un Registro de patrimonios, lo cual podrá ser más o menos discutible, pero tendría la ventaja indudable de no alterar los principios del sistema inmobiliario ni los del ordenamiento privado.

En cuanto al otro supuesto (121), del tercer adquirente que no puede inscribir por faltar la previa inscripción del heredero aparente, pensamos que también cabe una solución satisfactoria sin violentar los principios hipotecarios.

La doctrina se ha planteado ya el problema de si juega el artículo 34 L. H. cuando en el momento de adquirir el tercero está pendiente de inscripción el título del transferente. Villarés Picó sostiene que en estos casos no entra en juego el artículo 34, sino el 32 (122). Pero muy justamente hace observar Vallet de Goytisolo que la protección del artículo 32 es insuficiente (123). A su juicio, cuando el título del transferente es inmatriculado después de la adquisición de un tercero, a éste (ni aun pasados los dos años de suspensión de efectos que para el caso establece el artículo 207 L. H.) no le protege la fe pública, puesto que no adquirió de quien tiene su derecho inscrito (123 bis). En cambio, si la finca se hallaba ya inmatriculada e inscrita a nombre de un causante inmediato o mediato del transferente, y el tercero ha adquirido en vista del posible enlace registral entre la inscripción vigente y el título del transferente, su adquisición será protegida por la fe pú-

(120) Vid. *supra* II, § 3, núm. 1, pág. 688.

(121) Vid. *supra* II, § 3, núm. 2, pág. 700.

(122) VILLARÉS PICÓ: *La posesión y el Registro*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1947, página 437.

(123) Op. y loc. cit. página 946.

(123 bis) Vid., sin embargo, MOLINA Y RAVELLO: *Comprensión de la fe pública registral*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1948, págs. 770 y siguientes, el cual interpretando el principio de la fe pública registral, respecto a las inscripciones que por vía de inmatriculación no hayan cumplido el plazo de los dos años a partir de la primera inscripción, entiende que tratándose de un causahabiente a título oneroso del titular registral le comprende la fe pública, puesto que ésta se basa en la confianza en el Registro, no haciendo falta que el derecho esté ya inscrito en el momento de la disposición, cosa que se puede hacer con posterioridad, apoyándose en la garantía del principio de la igualdad.



blica, siempre que el título de dicho transferente llegue a ser inscrito dando entrada al del tercer adquirente. La base del derecho inscrito y el enlace sin obstáculos entre éste y el título del transferente crean la fe del adquirente, que aquí está basada en un dato condicional: que el título del transferente llegue en realidad a poderse inscribir (124).

Creemos que no existirán dificultades insuperables para establecer el enlace necesario al tracto sucesivo, aun en la hipótesis de que el heredero aparente no se preste a colaborar con el tercer adquirente para que éste goce de la protección registral, si se aplica analógicamente el artículo 312 del Reglamento Hipotecario (125). Conseguidas las dos inscripciones, la del transferente y la del tercero, éste podrá invocar el artículo 34 frente al heredero de mejor derecho.

En méritos de todo lo expuesto, podemos formular ya nuestra opinión acerca del problema que nos ocupa: y es que convendrá mantener el actual sistema hipotecario, que asegura satisfactoriamente una amplia tutela a los terceros que adquieren de buena fe y a título oneroso del *possessor pro herede*.

Es cierto que las legislaciones que tienen un sistema de publicidad integral para las transmisiones de propiedad y de derechos reales, haciendo de la inscripción en el Registro un elemento *constitutivo* de la transmisión y un medio de publicidad absoluta, todo conflicto entre el heredero real y los terceros que han adquirido de buena fe del heredero aparente se encuentra regulado naturalmente por la aplicación de los principios que constituyen la base del sistema. En efecto, la inscripción es *obligatoria* lo mismo para los cambios de titularidad *mortis causa* que para las enajenaciones entre vivos. En el régimen de los libros fundiarios, el heredero o el legatario debe, en el día de la apertura de la sucesión, requerir una inscripción en las oficinas o circunscripciones legales. Si no inscribió su derecho y un pariente más lejano, o incluso un extraño, obtienen la inscripción a título de heredero, este último es considerado como un verdadero heredero, y los que hayan adquirido de buena fe del presunto heredero inscrito son cubiertos por la inscripción. Cuando el heredero real se da a conocer no puede nunca evicciónarlos; simplemente tiene el derecho de reclamar al heredero aparente los daños indirectos y de accionar subsidiariamente contra el Estado, responsable por la negligencia de sus agentes, que son culpables de no haber realizado una comprobación suficiente antes de proceder a la inscripción (126).

Efectos correspondientes a la inscripción en el libro fundiario tiene en el derecho alemán el "certificado hereditario" (*Erbschein*). Hasta que este documento no es declarado nulo, quien se indica en él como

(124) Op. y loc. cit., página 950, nota 77.

(125) Aplicación analógica que es defendida por ROCA SASTRE en el tomo I de sus *Instituciones*, últ. ed., página 735.

(126) Seguimos en texto, con algunas ligeras variantes, la exposición de CRÉMIER, op. y loc. cit., página 48 nota 1.

heredero se presume tal (§ 2.365 B. G. B.) (127), y las disposiciones a título oneroso o lucrativo cumplidas por el heredero aparente sobre un objeto de la herencia producen todos los efectos, excepto cuando la otra parte conozca la inexactitud del certificado o sepa que el tribunal había requerido su restitución por no ser exacto (§ 2.366 B. G. B.). Es decir, la ley atribuye la *fides publica* al certificado hereditario.

No obstante las posibles ventajas que pueda reportar un sistema semejante, no creemos que deba ser adoptado en sustitución del nuestro. No es este el lugar apropiado para terciar en la vieja disputa entre los partidarios de la inscripción constitutiva y los que pregonan bien alto las excelencias de nuestra Ley Hipotecaria (128). Basta decir que los muchos inconvenientes de aquélla quedan hartamente superados con un buen sistema de protección de los terceros adquirentes de buena fe. Ir más allá no parece aconsejable cuando, en los mismos países en que rige la inscripción constitutiva y obligatoria, se advierte una fuerte tendencia en sentido contrario.

---

(127) Sabido es cómo en nuestro derecho el Registro de actos de Última Voluntad y los certificados expedidos sobre el contenido del mismo están desprovistos de cualquier efecto semejante al que otorga al *Erbschein* el § 2.365 del B. G. B. Admitir lo contrario equivaldría a dar a aquel Registro una eficacia de *fides publica*, en cierto modo análoga a la del Registro de la Propiedad, lo cual no parece sostenible.

(128) Últimamente, defienden el sistema de la inscripción constitutiva y obligatoria; ROBLES ESPINOSA: *La publicidad substantiva*, en *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, 1947, págs. 608 y siguientes; GALLARDO RUEDA: *Fe pública registral en Información Jurídica*, 1949, págs. 205 y sigs.; *Fe pública y seguridad jurídica*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, II, 1, 1949, página 98. Para la apología del actual sistema hipotecario, vid. VALLET DE GOYTISOLO, op. y loc. cit., págs. 932 y 959-60; y, sobre todo, de forma insuperable, NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad Español* (Memoria presentada al Primer Congreso Internacional del Notariado Latino, Buenos Aires) citada.



# **ESTUDIOS LEGISLATIVOS**

