

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

La adquisición de la herencia en el Derecho español

MANUEL ÁLBALADEJO GARCIA

Catedrático de Derecho civil
en la Universidad de Oviedo

SUMARIO: I. Preliminar.—II. La adquisición sucesoria en el Derecho español.—1. La adquisición del legado.—2. La adquisición de la herencia: regla general.—3. La adquisición *ipso iure*.—4. La adquisición *ex lege*.—5. La adquisición por aceptación: sus fundamentos.—III. La polémica adquisición *ipso iure*-adquisición por aceptación.—1. Previo.—2. El verdadero argumento a favor de la adquisición *ipso iure*: el artículo 661.—3. Textos legales neutros.—A) El artículo 657.—B) El artículo 1.006.—4. Los presuntos argumentos a favor de la adquisición *ipso iure*.—A) La designación con el nombre de *heredero* del que aún no aceptó.—B) El artículo 1.016.—C) Exigencias más rigurosas para la repudiación que para la aceptación.—D) El silencio del llamado que es interrogado *in iure*.—E) La herencia yacente.—F) La retroactividad de la repudiación.—G) El artículo 440.—5. Examen especial del artículo 661.—6. Argumentos a favor de la adquisición por aceptación.—A) El *ius delationis*.—B) La retroactividad de la aceptación.—C) La inexistencia de un breve plazo para la repudiación.—7. Conclusión.

I

PRELIMINAR

La sucesión *mortis causa* puede tener lugar a título universal o a título singular, que, para nosotros, es como decir que puede ser a título de herencia o a título de legado.

Para que se produzca una sucesión *mortis causa*, se requiere: 1.º La muerte de una persona (causante); 2.º Que otro (sucesor), en base a un llamamiento a la sucesión, asuma la titularidad o titularidades antes correspondientes al difunto.

La vacante que produjo la muerte de éste, se cubre cuando el llamado a ocuparla hace suya la herencia o el derecho que se le defirió, o sea, cuando los *adquiere*. Tal adquisición es, pues, la ocupación del puesto por el nuevo titular.

Y cabe preguntarse ahora: ¿cuándo y por qué se produce esa adquisición?

Se dice que hay dos sistemas de adquisición *mortis causa*: adquisición *ipso iure* y adquisición por *aceptación*. En líneas generales, en uno y otro las cosas pasan de la siguiente manera:

En aquél, la persona llamada a suceder, adquiere por el solo hecho de la delación (que normalmente coincide con la muerte del causante) (1). Apertura de la sucesión y adquisición de la herencia o del legado coinciden, pues, cronológicamente (salvo si la delación es posterior a la apertura). En éste, el llamado sólo adquiere mediante la aceptación. Hasta ésta no se convierte en sucesor. De forma que entre apertura y adquisición media un lapso de tiempo, más o menos largo, aunque luego la aceptación opera retroactivamente.

En el primer sistema, *desde la muerte hay un sucesor*, bien que éste tenga el poder de repudiar, o sea, el poder de *dejar de serlo*. Por eso es *sucesor provisional*. En este sistema, la aceptación es sólo la renuncia al poder de repudiar, convirtiéndose por ella, en *definitivo* el sucesor provisional.

En el segundo sistema, *desde la muerte no hay sucesor, sino meramente un sujeto llamado a serlo*. El poder que se confiere al llamado es el de *convertirse—aceptando—en sucesor*.

Al primer sistema se le llama romano y al segundo germánico. Lo cual no quiere decir que éste no se acogiese también en Roma, donde los *heredes necessarij* sucedieron *ipso iure*.

De cualquier manera, no queremos entrar—ni nos es necesario—en si se deba o no llamar, con exactitud, germánico al sistema de adquisición de la herencia *ipso iure*, y romano al de adquisición de la misma por aceptación. Porque sólo nos importa precisar que nosotros—aunque únicamente sea por no repetir constantemente las mismas expresiones—al hablar de sistema germánico nos referimos al de adquisición *ipso iure*, y al hacerlo de romano aludimos al de adquisición por aceptación, omisión hecha de que realmente sea o deje de ser verdadera, pura y exclusivamente germánico el uno o romano el otro.

Además es necesario puntualizar otra cosa: cuando hablemos de adquisición de la herencia entendemos referirnos a adquisición de las titularidades jurídicas hereditarias—del *ius* del causante—(es

(1) La delación puede ser también posterior a la apertura de la sucesión (por ejemplo, institución condicionada suspensivamente). En tales casos la muerte del causante sólo produce la apertura de la sucesión. Sobre lo anterior cfr. nuestro estudio *La sucesión «iure transmissionis»*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1952, pág. 926 y sigs., y allí bibliografía.

Para la exposición, a continuación, de las líneas generales de los sistemas de adquisición de la herencia, nos referiremos al caso normal de delación coincidente con la muerte del causante; es decir, con la apertura de la sucesión. Por eso hablaremos indistintamente, salvo advertencia, de que la herencia se adquiere al abrirse la sucesión, es decir, al morir el causante, o bien por la delación.

decir, adquirir sus propiedades, sus créditos, etc.). Salvo advertencia en contrario, dejamos al margen la cuestión de la posesión (aparte de problemas sobre que sea hecho o derecho).

Sobre ésta se pueden—por lo menos—plantear los mismos problemas que sobre aquellas titularidades, es decir, se puede estudiar también si en este o en aquel Derecho se sucede en la posesión *ipso iure* o por aceptación de la herencia.

De tal manera que son pensables cuatro sistemas: adquisición *ipso iure* de los derechos y de la posesión, adquisición *ipso iure* de aquéllos y por aceptación de ésta, adquisición por aceptación de aquéllos e *ipso iure* de ésta, y adquisición de todo por aceptación (2).

Como en este estudio nos ocuparemos sólo de la adquisición de la herencia, no hemos de indagar nada sobre los sistemas de adquisición de la posesión.

Sobre la base de lo dicho, pues, quede bien presente que, en nuestra terminología, romano y por aceptación, y germánico e *ipso iure*, son sinónimos.

II

LA ADQUISICIÓN SUCESORIA EN EL DERECHO ESPAÑOL

En el Derecho español impera el principio de que la sucesión a título particular—legado—se opera *ipso iure* y la sucesión a título universal—herencia—se produce—como regla general—por aceptación.

1. La adquisición del legado.

Lo referente al legado no es materia que ofrezca mayor dificultad o que, de cualquier forma, queramos tratar aquí. Baste decir que aunque nuestro Código no se exprese con la claridad del italiano (artículo 649: «El legado se adquiere sin necesidad de aceptación salvo la facultad de renunciar») e incluso puedan dar lugar a dudas ciertas normas relacionadas con el particular y aplicables igualmente a la herencia y al legado, la adquisición *ipso iure* del mismo se puede afirmar en base a artículos como los 881, 882 y 888 (3).

(2) No nos es necesario entrar en si determinados Derechos positivos exigen o no la aprehensión para adquirir la posesión.

(3) En el sentido del texto, la doctrina (aunque algunos hablen de *aceptación presunta* en vez de *adquisición ipso iure*). Véanse ROCA, en «Kipp», *Derecho de sucesiones*, traducción española del *Tratado* de ENNECCERUS, «Kipp», y «Wolff», V, 2.º, pág. 194; TRAVIESAS, *Legados*, en R. D. P., 1931, pág. 179; DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, III, Madrid, 1932, página 485; VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, V, 3.ª ed., Valladolid, 1926, págs. 510 y 511; LACRUZ, Notas a la traducción de BINDER, *Derecho de suce-*

2. La adquisición de la herencia: regla general.

Por lo que atañe a la herencia, vamos a intervenir en una polémica en la que las posiciones contrarias han sido fundamentalmente defendidas por García Valdecasas (Guillermo) y Roca Sastre. Sosteniendo aquél la adscripción de nuestro Derecho al sistema germánico, y éste al romano (4).

Sólo nos interesa dejar bien sentado, antes de seguir adelante, que, si bien, como regla general, la herencia—en nuestra opinión—se adquiere por aceptación, excepcionalmente ésta no se precisa en algunos casos, en los que se adquiere bien *ipso iure* bien *ex lege*.

Como esta terminología podría dar lugar a confusión, es preciso advertir que por adquisición *ipso iure*—como ya ha quedado expuesto—entendemos la adquisición que se produce por el mero hecho de tener lugar la delación. Y por adquisición *ex lege* entendemos la adquisición que tiene lugar no sólo por haberse producido la delación, sino por el hecho de que el llamado, aun sin realizar una aceptación propiamente dicha, observa una conducta—impropiamente llamada, por lo general, aceptación forzosa o presunta, etc.—a la que el ordenamiento jurídico atribuye *ex lege* el efecto de hacerle adquirir la herencia, efecto que, en el caso de propia y verdadera aceptación, se produce *ex voluntate*.

3. La adquisición *ipso iure*.

Ipso iure se adquiere la herencia en casos como los de los artículos 992-3.º; 996 *in fine* y 956.

Esta afirmación nuestra requiere ser explicada:

En ninguno de tales casos hay poder de repudiar (5), aunque

siones, Barcelona, 1953, pág. 320; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, tomo VI, 2.º, 2.ª ed., pág. 1326 (alega también Sánchez Román los artículos 799 y 889). Aunque el legado sea con carga (caso que literalmente, tanto el artículo 881 como los anteriores autores no abarcan), creemos que se adquiere *ipso iure*, ya que el posible perjuicio del legatario se puede evitar repudiándolo.

(4) Respectivamente, en *La adquisición de la herencia en el Derecho español*, en R. D. P., 1944, págs. 89 y sigs., y *La aceptación y la repudiación de la herencia en el Derecho común y en el foral*, en «Estudios de Derecho privado», II, Madrid, 1948, págs. 1 y sigs. Pretende mantener una postura ecléctica OLIVA—*Diccionario de Derecho privado*, I, Barcelona, 1950, págs. 230 y siguientes, especialmente pág. 236—, para el que «no es forzado ver la posición de nuestro Código, como la continuación de una tendencia histórica de predominio romano, pero sin llegar a encasillar a nuestro Código en los moldes indeformables de un supuesto sistema romano, en oposición irreductible con otro llamado germánico. Tal construcción sólo la entendemos posible en el terreno de la pura dogmática, mas no en el de las realidades legislativas». Realmente, así se soslaya dar una clara solución sobre si nuestro Código civil acoge el sistema de adquisición de la herencia *ipso iure* o por aceptación, o cuál sea la mezcla posible (?) de ambos que acoge.

(5) La imposibilidad de repudiar es acogida explícitamente por la doctrina, aunque no lo haga de una forma general. Por ejemplo, ROCA, en «Kipp», V,

para evitar posibles perjuicios (herencia con más pasivo que activo) se limita la responsabilidad del heredero *intra vires hereditatis* (6).

Ahora bien, si no se puede repudiar es absurdo negar que la delación produce *ipso iure* la adquisición, y sostener que atribuye sólo un derecho a aceptar *necesariamente*. Ello porque, además, siendo la aceptación retroactiva es evidentemente una opinión caprichosa la que sostenga que aún no hay un heredero (con responsabilidad limitada), sino un simple llamado a la herencia que ha de aceptar *necesaria y retroactivamente*.

Considérese que en el sistema de adquisición por aceptación, la delación atribuye no la herencia, sino simplemente un *ius delationis*, el cual confiere el poder de aceptar o repudiar (7). Dicho *ius delationis* falta si no existe facultad de repudiar. Luego si falta es porque la delación, que no lo atribuyó, no está encuadrada en el sistema de adquisición por aceptación.

Tal delación en los sistemas de adquisición *ipso iure* atribuye la herencia. Ahora bien, además de ésta (y según la protección progresivamente aumentada que comenzando por el *beneficium abstinenti* y por el *separationis* se ha querido dispensar al heredero), bien confiere un *ius repudiandi*, bien impone sólo una responsabilidad *intra vires hereditatis*.

Caso, este último, que es ante el que nos encontramos. Por lo que podemos reafirmar ser uno de los de adquisición de la herencia *ipso iure*. Y concluir que en el de la sucesión intestada del Estado, y en los de las herencias dejadas a los pobres o a los sordomudos que no supieren leer ni escribir, en nuestro Derecho no es, excepcionalmente, necesaria la aceptación para adquirirlas (8).

De cualquier modo la justificación de la excepción no es difícil. Si, normalmente, recibir herencias es beneficioso y no perjudicial, el legislador—que ha de dictar normas atendido el *id quod plerumque accedit*—ha preferido no conceder el poder de repudiar en supuestos en los que, no pudiendo hacerlo por sí el interesado, es más seguro evitar a éste posibles perjuicios mediante la limitación de su responsabilidad, que conceder aquel poder, que, a lo mejor si se ejercitase, podría perjudicar eventualmente a esos interesados (9).

1.º, pág. 56; ROYO, *Derecho sucesorio*. Sevilla, 1951, pág. 263. En contra, LACRUZ, ob. cit., pág. 170.

(6) Ni más ni menos que eso significa lo que se dice en el artículo 992, 3.º *in fine*, en el 957 *in fine* («se entenderá aceptada a beneficio de inventario») y en el 996 («lo aceptará a beneficio de inventario su tutor»).

(7) Cfr. nuestro trabajo citado en loc. cit., pág. 917.

(8) Por lo que se refiere a la sucesión intestada del Estado, algún autor español afirma explícitamente que no es necesaria la aceptación. Así, ROYO, ob. cit., pág. 263. También el Código italiano dice: que «la adquisición se opera sin necesidad de aceptación y la renuncia no es posible» (art. 586-1.º).

(9) Basta pensar en los numerosos ejemplos posibles en que la herencia repudiada—no importa ahora si con ánimo de perjudicar al llamado a recibirla o creyendo beneficiosa la repudiación—tenga un activo superior al pasivo.

En cuanto a la sucesión intestada del Estado, aparte de la justificación anterior, tiene siempre la de que alguien ha de recoger la sucesión, aunque sólo sea para liquidarla, y ese alguien debe ser el Estado si no quiere serlo cualquier otro llamado (10).

4. La adquisición *ex lege*.

Ex lege se adquiere la herencia en casos como los de los artículos 1.000, 1.002, 1.005, 1.019, etc. Porque aún en los Derechos en los que normalmente se adquiere la herencia mediante la aceptación, en determinados supuestos, tal adquisición se produce por disposición de la ley.

En dichos casos la doctrina suele hablar de aceptación tácita, o presunta, o necesaria, etc. Mas, realmente, se trata de casos de los que si suele ser lógico suponer que la conducta del sujeto responde a una voluntad de aceptar no manifestada expresamente, no es menos cierto que la ley toma en consideración la conducta de forma tal que, aún realizada con la expresa reserva de no aceptar, valdría como aceptación. Lo cual quiere decir que no se trata de verdadera aceptación, y que tal conducta se valora en sí y se le atribuye el efecto de provocar la adquisición, haya o no voluntad de aceptar.

Así, el artículo 934-3.º del Código italiano de 1865 dice: «La aceptación es tácita cuando el heredero realiza un acto que presupone necesariamente su voluntad de aceptar la herencia, y que no habría el derecho de realizar sino con la cualidad de heredero». Y el artículo 476 del Código de 1942, repite: «La aceptación es tácita cuando el llamado a la herencia realiza un acto que presupone necesariamente su voluntad de aceptar y que no habría derecho de hacer sino con la cualidad de heredero» (11). Y el artícu-

(10) La adquisición del Estado se opera *iure hereditario*. Por ello no es correcto opinar que no hay adquisición de herencia *ipso iure*, porque no hay adquisición *hereditaria*.

(11) Mientras que en el Derecho español se exige *alternativamente* a tenor del artículo 993, 3.º, acto que suponga necesariamente la voluntad de aceptar, o acto que no habría derecho a ejecutar sino con cualidad de heredero, en el Derecho italiano se advierte—así, por ejemplo, N. COVIELLO, *Delle successioni*, Parte generale, 4.ª ed. (reelaborada por L. Coviello), Nápoli, 1935, pág. 160—que el artículo 934, 3.º, del Código de 1865 (y el 476 del de 1942) parece exigir *cumulativamente* ambas cosas para que haya aceptación tácita, es decir, acto que presuponga la voluntad de aceptar y (y no o) que no hubiese derecho a realizar sin la condición de heredero. Pero se advierte, también, que realmente el segundo requisito es consecuencia del primero, pues no puede haber acto que sólo pueda realizar el heredero y que no presuponga la voluntad de aceptar.

Hemos de indicar que esta última advertencia es equivocada. Indudablemente a primera vista parece exacta, pero lo cierto es que quien realiza un acto propio de heredero, puede hacerlo, sin voluntad de aceptar. Falta de voluntad que podría patentizarse en una expresa declaración o protesta de no querer aceptar a pesar de realizar el acto propio de heredero. Quizá se dijese que esto sería contradictorio. Pero se puede responder que es posible querer proceder como heredero sin serlo. Si contra esto se arguye que no depende de la voluntad de

lo 999-3.º del Código español, dispone: «La aceptación tácita es la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero».

Ante normas como estas, o como las que a continuación indicamos, parte de la doctrina ha advertido que realmente se trata de casos de adquisición de la herencia *ex lege* (12), o bien de adquisición sin aceptación, por falta o pérdida del derecho a renunciar (13).

Cicu (14) duda que se pueda hablar de aceptación tácita.

Nosotros creemos que en tales supuestos, como en otros muchos, existe simplemente una atribución *ex lege* de la herencia. Así también, en el Código italiano de 1865, artículos 936, 937, 952, 953, 961; en el Código de 1942, artículos 477, 478, 485, 527; en el Código español, artículos 1.000, 1.002, 1.005, 1.019, etc.

En tales casos, el adquirente de la herencia no recibe ésta por aceptarla, sino que sucede lo siguiente: Al producirse la delación se le ofreció la herencia, o adquirió el derecho a la herencia. Aho-

los particulares al dar a los actos una u otra naturaleza (así, con referencia al caso concreto en estudio, POLANCO, *Delle Successioni*, 2.ª ed., Milano, 1937, II, pág. 188)—como si los que estipulan una venta le llaman donación, la cual denominación no modifica la naturaleza del acto—, cabría responder que el que actúa como heredero sin querer serlo no pretende modificar la naturaleza de su acto denominándolo con un nombre que no responda a tal naturaleza, sino que sólo pretende que tal acto no valga como aceptación. Y si se sostiene que, a pesar de ello, valdrá como tal, habrá quedado claro que lo que realmente sucede es que ese acto, encierre o no aceptación, vale como está. Es decir, que produce sus efectos aun sin ser aceptación. O lo que es lo mismo, que provoca la adquisición de la herencia, por sí, aparte e independientemente de la aceptación.

Conviene advertir, finalmente, que fué propuesto suprimir el segundo requisito exigido por el art. 934, 3.º, del Código italiano de 1865 como pleonástico. Pero en la R. G. núm. 28 se lee que no se le consideró así y que «para haber aceptación tácita no basta realizar un acto con la voluntad de aceptar, sino que es preciso también que el acto mismo sea tal que no pueda ser realizado sino por quien sea heredero». No está, sin embargo—como advierte Cicu, *Le successioni* (parte generale), Milano, 1947, pág. 73—claro qué cosa se haya querido significar con las anteriores palabras de la R. G., añade Cicu: «...que no basta que el acto se haya realizado con la voluntad de aceptar resulta ya del hecho de exigirse que el acto, por su propia naturaleza, presuponga necesariamente la voluntad de aceptar. Es decir, no se investiga si quien lo ha realizado ha tenido o no la voluntad de aceptar; se considera, por el contrario, que no tiene valor la voluntad declarada de no querer aceptar, no obstante la realización del acto: *protestatio contra factum non valet*. Requisito, por tanto, objetivo y no subjetivo. Por lo que puede dudarse si es exacto hablar de aceptación tácita. Sentado esto, se trata de ver si un acto que implica necesariamente voluntad de aceptar, podría ser realizado por el llamado, incluso independientemente de la cualidad de llamado».

(12) D'AVANZO: *Istituzioni di Diritto civile*, 3.ª ed., Roma, 1950, pág. 182, y *Delle successioni*, Firenze, 1941, tomo I, § 47, págs. 111 y s.; MESSINEO: *Manuale di Diritto civile e commerciale*, 8.ª ed., vol. III, segunda parte. Milano, 1951, § 192, núm. 3, págs. 249 y 250.

(13) BARBERO: *Sistema istituzionale del Diritto privato italiano*, 3.ª ed., volumen II, Torino, 1951, número 1065, pág. 886.

(14) *Le successioni*, Parte generale. Milano, 1947, pág. 73.

ra bien, para llegar a hacerla suya se necesita *un acto más*—se necesita la delación + una determinada conducta del titular de ésta—que produzca la *adquisición*. Y ese acto o conducta es bien la *pro herede gestio*, bien la ocultación de un bien de la herencia, etcétera (actos que ocupan el lugar de la aceptación).

La diferencia entre los casos vistos de adquisición sin aceptación y el sistema de adquisición de la herencia *ipso iure*, es clara. En éste, la delación produce la adquisición. En aquél no se adquiere por la delación, sino por el acto que, además de aquélla, requiere la ley (*pro herede gestio*, ocultación de bienes de la herencia, etc.).

Para concluir diremos que como en adelante hablaremos, como sistemas contrapuestos del de adquisición *ipso iure* y del de adquisición por aceptación, entendemos que en esta bipartición los casos de adquisición *ex lege* caen dentro del segundo, ya que a los efectos que de dicha bipartición nos interesarán, la adquisición *ex lege* tiene la misma estructura esencial que la por aceptación, diferenciándose *ambas* de la *ipso iure* en que requieren otro acto *además* de la delación.

5. *La adquisición por aceptación: sus fundamentos.*

Hemos dicho que acogemos como regla general la de que en nuestro Derecho la herencia se adquiere por la aceptación. Y es preciso razonar nuestra posición, ya que la cosa es dudosa o, cuando menos, discutida.

Nos decidimos por tal opinión principalmente en base al examen de las líneas generales de nuestro sistema legal (15), a pesar de que de un examen concreto y aislado de los singulares artículos del Código sea posible entender que hay alguno que acoge consecuencias propias o principios peculiares del sistema de adquisición *ipso iure*.

De cualquier manera, si de un examen de normas concretas puede quedar incertidumbre sobre la admisión en nuestro Código del sistema romano, entendemos que más dudas quedan si se parte de la base de que el acogido es el germánico.

En definitiva, pensamos que la adscripción del Derecho español a aquel sistema se puede basar:

1.º En una visión de conjunto de nuestro Derecho sucesorio en la materia (16).

(15) Y quede bien claro que no es lo mismo «líneas generales» de un sistema, que «declaración de un principio general» de ese sistema. Aquéllas están constituidas por los *efectivos perfiles* de tal sistema. Las declaraciones generales o los principios generales, cuando no son inducidos del *examen del sistema*, sino simplemente *proclamados* en un texto legal, corren el riesgo de no haber sido llevados a la práctica.

(16) Así lo cree también ROYO, para el que, pese a preceptos aislados de raigambre germánica con más influjo nominal que efectivo, el sistema acogido

2.º En la mayor parte de los textos que pueden servir para resolver el problema.

3.º En la filiación histórica fundamental de nuestro régimen sucesorio.

4.º En la opinión de la doctrina no ya dominante, sino casi unánimemente acogida.

Positivamente la cosa discurría por los siguientes cauces:

La delación, testamentaria o abintestato—artículo 658—, es la atribución del *ius delationis* al llamado. Tal *ius* es un derecho a la herencia. De forma que antes de la aceptación no se es titular de ésta (no se *tiene la herencia*), sino *se tiene sólo un derecho a la misma* (artículo 991) (17).

La herencia se adquiere al aceptar—artículo 988 y siguientes—, cuya aceptación opera retroactivamente—artículo 989—hasta el momento de la apertura, por lo que se refiere a la sucesión en la titularidad de los derechos y en la posesión (artículo 440, que viene a ratificar el fundamental papel de la adición, papel no meramente confirmatorio de una adquisición anterior) (18).

III

LA POLÉMICA ADQUISICIÓN IPSO IURE—ADQUISICIÓN POR ACEPTACIÓN

I. *Previo.*

Hasta aquí la exposición de lo que creemos. Pero este estudio, como se verá en seguida, es fundamentalmente polémico y, por tanto, se trata no sólo de exponer nuestro pensamiento, sino de demostrar la debilidad de los argumentos en pro de que nuestro Derecho acoja como regla general la adquisición *ipso iure*, argumentos que pasamos a enumerar y criticar, y respecto de los que el propio García Valdecasas—máximo defensor de tal adquisición *ipso iure* en nuestro Derecho—ve y advierte, en la mayor parte de los casos, sus puntos flacos.

Por otro lado, no haremos exposición de la doctrina, que ya

es el romano (ob. cit., pág. 42). Y lo entiende LACRUZ—notas a la traducción española del Derecho de sucesiones de Binder, Barcelona, 1953, página 27—, según el cual «pesando los argumentos aducidos en favor de los dos sistemas, la balanza parece indicar que el romano, de mayor arraigo en nuestra legislación histórica, inspira también el actual».

(17) No citamos otros artículos porque, siendo discutida su exégesis, no nos resolverían nada, antes de determinar su verdadero sentido.

(18) Aunque discutido el sentido del artículo 440, atribuirle ya uno no juzga nada, porque, como veremos, cualquiera que se le atribuya, no afecta la solución del problema de la adquisición de la herencia.

dicho autor recoge perfectamente (19). Sólo advertiremos que con posterioridad a su trabajo sigue ganando adeptos la opinión contraria (20). Lo cual sólo puede ser debido a que encuentre más sólido apoyo en la ley, puesto que de los artículos del Código que puedan ofrecer un fundamento para la tesis germanista no es posible sacar más partido del que García Valdecasas saca.

2. *El verdadero argumento a favor de la adquisición ipso iure: el artículo 661.*

Realmente los argumentos de García Valdecasas se pueden reducir al artículo 661: «Los herederos suceden al difunto *por el hecho solo de su muerte* en todos sus derechos y obligaciones». De los demás él mismo desconfía, por regla general—como apuntábamos—indicando que son meramente *complementos* o bien que concuerdan mejor con el sistema germánico. Y aquellos otros de los que no desconfía—como el edificado sobre la eficacia retroactiva que el artículo 989 dispone para la repudiación—mostramos cómo también son inútiles.

3. *Textos legales neutros.*

Comencemos por desechar previamente los textos legales que no prueban nada ni a favor ni en contra del sistema romano ni del germánico, porque con ambos podrían coexistir, o bien tienen partes que chocan con ambos:

A) *El artículo 657.*—Artículo 657: «Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte.»

La dificultad está en precisar qué deba entenderse por «derechos a la sucesión».

Como dice García Valdecasas (21), si son los derechos que tenía el difunto y cuyo conjunto forma la herencia, entonces el artículo 657 estaría de más, pues vendría a decir lo mismo que el 661. Si, por el contrario, por «derechos a la sucesión» se entiende el derecho a adquirir la herencia—*ius delationis*—, entonces más bien significaría lo contrario del 661, pues, de adquirirse la herencia por la sola muerte del causante, sería contradictorio afirmar que por ésta se transmite el derecho a *adquirir la herencia*. Ello, aparte de la impropiedad que entrañaría hablar de *trans-*

(19) La adquisición cit. en loc. cit., pág. 105 y ss.

(20) Así, ROCA SASTRE en Estudios, cit., pág. 1 y ss.; ROCA en Kipp, ob. cit., V, 1.º, pág. 286; ROYO, ob. cit., págs. 41 y 42; LA CRUZ, ob. cit., págs. 26 y 27; RIERA AISA, *Adquisición de la herencia*, en Nueva Enciclopedia jurídica SEIX, II, págs. 418 y ss. Sigue a GARCÍA VALDECASAS GITRAMA, *La administración de la herencia en el Derecho español*, Madrid, 1950, pág. 32, el cual, sin embargo, se limita a afirmar que cree ser el sistema germánico «el que informa nuestro sistema de adquisición hereditaria». Por último, el propio GARCÍA VALDECASAS ha defendido su tesis de las objeciones que se le dirigieron: «De nuevo sobre la adquisición de la herencia», en R. D. P. 1951, pág. 991 y ss.

(21) La adquisición cit., en loc. cit., pág. 109.

misión del *ius delationis*, pues éste no lo tenía el difunto, sino que nace para el llamado.

García Valdecasas opta, a la vista de esas razones, por pensar que el artículo 657 no dice nada nuevo respecto a lo establecido en el 661 (22).

Nosotros debemos manifestar que la conclusión no es lícita, porque realmente entender que el artículo 657 repite lo dicho en el 661 supone adscribir aquél al sistema germánico, cuando lo cierto es que si bien no es un argumento pro romano, tampoco lo es pro germánico, ya que puede interpretarse en ambos sentidos, salvando la falta de exactitud en la expresión, falta que existe cualquiera que sea la interpretación que se le dé.

Contra la interpretación de García Valdecasas se puede decir—como a él no se le oculta—que hace al artículo 657 un mero eco del 661 (lo que se puede pensar que siempre es mejor que contraponerlos, pero que ciertamente no muestra la utilidad del precepto. Y partiendo de la base de que se puede inutilizar un texto legal, parece mejor hacerlo con el 661, único apoyo en nuestro Código del sistema germánico), y que, de cualquier manera, *derechos a la sucesión*, es expresión que es preferible entender como *ius delationis* o *derecho a la herencia*, ya que, al fin y al cabo, el Código utiliza el término *sucesión* con harta frecuencia en el sentido objetivo de *herencia*. Lo cual daría al artículo 657 un sentido romano, sin más que considerar como imprecisión terminológica—siempre menor que la de entender «derecho a la sucesión» como expresión de sucesión *ipso iure*—la utilización de las palabras *se transmiten*.

B) *El artículo 1.006*.—El artículo 1.006: «Por la muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia, pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía.»

En este artículo se acoge la transmisión del *ius delationis* (23), según creemos. Pero no cabe duda de que previamente el 1.006 hay que resolver la cuestión del sistema de adquisición de la herencia que admite nuestro Código. Ya que si nos decidiésemos por el *ipso iure*, también se podría decir que el artículo 1.006 lo que acoge es la transmisión de la herencia—ya adquirida—a los herederos del heredero.

Por eso García Valdecasas (24) pone, exactamente, de relieve que el artículo 1.006 no aclara el problema, pero tampoco es incompatible con su tesis.

Ahora bien, una cosa queremos precisar: se trata de que en dicho artículo se habla de «derecho», en singular, cuando, según la terminología del propio Código—art. 659—, la herencia com-

(22) La adquisición citada, en loc. cit., pág. 109.

(23) Sobre él véase nuestro estudio cit., en loc. cit., pág. 912 y ss.

(24) La adquisición citada, en loc. cit., pág. 115. Remite a lo que dijo en ese primer trabajo en «De nuevos», cit. en loc. cit., pág. 995.

prende «todos los bienes, derechos y obligaciones...»; aunque, claro está, puede haber casos en que la herencia comprenda sólo *un derecho*.

Ello induciría, quizá, a entender que el 1.006 no alude a *los derechos* que componen la herencia, sino *al derecho* a la misma (*ius delationis*). Lo cual supondría ver reflejado en él el sistema romano (25, 26).

García Valdecasas, sin plantearse ese posible argumento, salva la cuestión entendiendo que ese «derecho» alude a la herencia misma como *univcrsum ius*.

Nosotros pensamos que incluso, para el que defienda la tesis germanista, cabría otra interpretación más apegada a la letra, y útil para el que rechace la corrección de aludir a la herencia utilizando el término *derecho*. Tal interpretación es la siguiente: en la adquisición *ipso iure* el *heredero provisional* recibe la herencia y el *derecho de repudiarla*. Y se puede entender que el artículo 1.006 significa que al morir el heredero sin aceptar ni repudiar pasará a sus herederos la herencia, ya que era *provisionalmente de aquél*, y además pasará también, a esos herederos del heredero, *el derecho de repudiar* que éste tenía.

Con ello se prueba que, en definitiva, el artículo 1.006 admite lo mismo el sistema germánico que el romano, por lo que no es punto de apoyo para excluir ninguno de los dos.

4. *Los presuntos argumentos a favor de la adquisición «ipso iure».*

Una vez desechados los artículos 657 y 1.006, mediante la demostración de que no sirven como argumentos en pro de ninguno de los dos discutidos sistemas de adquisición de la herencia, vamos a pasar a examinar y criticar los argumentos en favor del germánico, yendo de los más débiles a los más fuertes o, al menos, más aparentemente fuertes. Pero no sin dejar antes reiterado que tales argumentos, para el propio García Valdecasas (27), «no ofrecen siempre una prueba terminante», sino que los artículos sobre que se construyen «conducen más fácilmente con

(25) Sería equivocado pensar que creyendo esto excluíamos que el artículo 657 que habla de derechos, en plural, pueda aludir al *ius delationis*. En primer término puede haber varios *llamados*, es decir, varios *iura delationis*, por lo que el 657 puede hablar en plural. En segundo, tal cosa no se puede decir del artículo 1.006 que se refiere a la muerte del heredero, en singular, por lo que sólo alude a la transmisión de su *ius delationis*.

(26) Así como para nosotros el artículo 1.006, que acoge la transmisión del *ius delationis*, es—a los efectos de aclarar qué sistema de adquisición de herencia acoge nuestro Derecho—un artículo *neutro*, para ROCA, *Estudios* cit., páginas 24 y 25, es un argumento pro-romano, pues «se expresa en el sentido de que lo que se transmite a los herederos del heredero es... el derecho de aceptar o repudiar» y «dicho artículo 1.006 se guarda muy bien de expresar que lo transmitido es la *herencia en sí*».

(27) La adquisición cit., en loc. cit., pág. 113.

el sistema de adquisición *ipso iure* que con el de adquisición mediante aceptación».

A) *La designación con el nombre de heredero del que aún no aceptó.*—En muchos artículos del Código—por ejemplo, 1.001, 1.004, 1.005, 1.006, 1.010, 1.012—se designa con el nombre de heredero al que todavía no ha aceptado la herencia.

Realmente heredero es sólo el que ya la adquirió; luego el hablar de heredero antes de la aceptación supone acoger el sistema de que se adquiere antes de tal aceptación.

Ahora bien, tal argumento, basado sobre la suposición de que el legislador utilizó una terminología precisa y depurada, ni siquiera lo esgrime García Valdecasas, el cual no excluye que «simplemente se trate de un defecto de técnica» (28).

Ciertamente que se trata de que el legislador español utiliza inexactamente la palabra *heredero*, hasta el punto de hablar—como en el artículo 766—de *heredero* en un caso en el que el mal llamado heredero premuere al testador (29).

B) *El artículo 1.016.*—El artículo 1.016 dice que «fuera de los casos a que se refieren los dos anteriores artículos, si no se hubiere presentado ninguna demanda contra el *heredero*, podrá éste *aceptar a beneficio de inventario*, o con el derecho de deliberar mientras que no prescriba la acción para reclamar la herencia».

A continuación exponemos nuestro punto de vista sobre lo que el artículo 1.016 dice respecto al beneficio de inventario; pero primero queremos manifestar que, en todo caso, el legislador no estuvo muy feliz en dicho artículo, ya que también habla de que «el heredero podrá *aceptar...* con el *derecho de de-*

(28) La adquisición cit. en loc. cit., pág. 116.

ROCA—*Estudios* cit., pág. 27—que cree no poder sacarse valor alguno de una indudable incorrección terminológica. Igualmente LACRUZ, ob. cit., pág. 176.

(29) En este, como en otros muchos casos, es inútil querer argumentar exclusivamente sobre la base de las expresiones que la ley utiliza, pues éstas proceden, en muchas ocasiones, de una imprecisión terminológica que lo mismo autorizaría un argumento en pro que otro en contra.

Por ejemplo, la tesis germanista tiene el apoyo del sentido literal del artículo 1.002: «Los herederos que hayan sustraído u ocultado algunos efectos de la herencia *pierden la facultad de renunciarla...*» Ello permite creer que al morir el causante recibieron la herencia y esa facultad de renunciar que pierden después. Luego es que el sistema acogido es el de adquisición *ipso iure*.

Pero haciendo excesiva apreciación de las meras palabras, también se puede decir que—si el legislador ha acogido el sistema germánico y visto tan claramente las cosas como aquella precisión de expresión hace necesario suponer, para que nos sirva de argumento la propia expresión, entonces el artículo 1.005 *in fine* debería decir: «...: no la hace [la declaración], se tendrá la herencia *por no repudiada* (o bien *por definitivamente adquirida*), pues diciendo—como dice—que se tendrá *por aceptada*, hace presumir que un legislador tan metódico como hemos tenido que suponer antes, no hubiera empleado esta expresión de haber acogido el sistema germánico.

liberar, mientras no prescriba la acción para reclamar la herencia».

Ante ello cabe preguntarse: ¿es que el legislador olvidó que el derecho de deliberar es algo *anterior* a la aceptación? Sólo unos artículos más arriba—1.010, 2.º—se dice: «También podrá—el llamado, y no el heredero, como se expresa la ley—pedir la formación de inventario, *antes de aceptar o repudiar* la herencia para *deliberar* sobre este punto».

Si la aceptación es irrevocable, de poco le va a servir al heredero deliberar después de aceptar. Ahora bien, si para dar sentido en este punto el artículo 1.016 (que sólo se explica por un *lapsus* del legislador) nos obstinamos en montar cualquier extraña interpretación, es mucho de temer que fuésemos, en definitiva, a pagarla con la aceptación—que el artículo 997 proclama irrevocable—, considerándola revocable. Con lo que no solamente tendríamos enfrente el artículo 997, sino que habríamos desconocido que, por la propia naturaleza de las cosas, el derecho de deliberar es de deliberar *antes de decidirse*, pero que después de haber aceptado, bastante hace la ley con permitir limitar la responsabilidad, como a continuación veremos.

Y vamos al argumento de García Valdecasas (30), el cual deduce que «establece dicho artículo, dándose determinadas circunstancias, la pérdida de la facultad de aceptar a beneficio de inventario o con el derecho de deliberar por prescripción de la acción de reclamación de herencia. Ello implica la posibilidad de que esta acción prescriba antes de efectuar la aceptación; así pues, la *petitio hereditatis*, la acción propia y característica del que ya es heredero o, lo que es igual, del que ya ha adquirido la herencia, se tiene antes de la aceptación y puede llegar a prescribir antes de que ésta se realice. He aquí, pues, una prueba más de que se es heredero antes de aceptar».

Ahora bien, el razonamiento es equivocado, por lo siguiente:

El artículo 1.016 se refiere realmente al supuesto de petición del beneficio de inventario *aun después de ser heredero puro y simple*. Lo cual sólo quiere decir que tal heredero puede todavía limitar su responsabilidad al activo hereditario, convirtiéndose en heredero a beneficio de inventario. Ello porque el beneficio de inventario es simplemente un medio de limitar la responsabilidad y perfectamente independiente de la aceptación, aunque, claro está, sólo puede darse cuando haya aceptación, pues si no la hay no puede haber responsabilidad, y es, por tanto, innecesario limitarla. Pero puede pedirse a la vez que se acepta o después de haber aceptado. Y este último es el supuesto del artículo 1.016. Y que en nuestro Derecho se puede pedir el beneficio de inventario *después de ser heredero puro y simple*, es indudable que

(30) La adquisición cit., en loc. cit., pág. 115.

Reafirma su criterio, remitiendo a lo que dijo, en «De nuevos», cit., en loc. cit., pág. 995.

se sigue, más claramente que de cualquier otro artículo, de la lectura del 1.015, al decir éste que «cuando el heredero no tenga en su poder la herencia o parte de ella, ni haya practicado gestión alguna como tal heredero, los plazos señalados en el artículo 1.014—plazos para pedir el beneficio de inventario—se contarán desde el día siguiente al en que expire el plazo que el juez le hubiese fijado para aceptar o repudiar la herencia, conforme al artículo 1.005—al final de cuyo plazo adquiere la herencia, pues si se parte del supuesto de que en tal plazo repudió, sería absurdo que pidiese el beneficio de inventario—, o desde el día en que *hubiese aceptado* o hubiera *gestionado como heredero*».

Luego se puede afirmar que el artículo 1.016 no prueba que se es heredero—que se adquirió la herencia—antes de la aceptación, sino que sólo demuestra que incluso después de ser heredero—de haber aceptado, según nosotros—se puede *aún* solicitar el beneficio de inventario.

Y toda la confusión a que da lugar ese artículo procede de que habla de «*aceptar a beneficio de inventario*», en vez de «*pedir el beneficio de inventario*», cosa posible *después* de la aceptación (31).

Por lo demás, en los casos en que el Código lo permite, la posibilidad de utilizar el beneficio de inventario después de la aceptación se basa en que, concurriendo las circunstancias del artículo 1.015 o del 1.016, es razonable concederlo.

C) *Exigencias más rigurosas para la repudiación que para la aceptación.*—La aceptación, según el artículo 999, puede ser expresa o tácita. Diferentemente, la repudiación deberá hacerse en instrumento público o auténtico o por escrito presentado ante el juez competente para conocer de la testamentaria o del abintestato (artículo 1.008).

En resumen, la repudiación ha de ser expresa y solemne, mientras que la aceptación no ha de ser ni lo uno ni lo otro.

«Este rigor en la forma de la repudiación, en contraste con la de la aceptación—dice García Valdecasas (32)—, se comprende fácilmente por la distinta importancia de los efectos de una y otra en orden a la adquisición de la herencia. Mientras la aceptación simplemente confirma o consolida la adquisición hereditaria, la repudiación viene a destruir con efecto retroactivo una adquisición ya efectuada; la primera convierte al heredero de provisional en definitivo; la segunda priva al heredero de su cualidad de tal. En una palabra: mientras la aceptación sólo confirma o consolida una situación jurídica preexistente, la repu-

(31) Creemos que con nuestro razonamiento queda destruído el argumento que GARCÍA VALDECASAS construye sobre el artículo 1.016, y que es esa la forma exacta de plantear las cosas y no la refutación que ROCA intenta en sus *Estudios* cit., pág. 25 y 26.

(32) La adquisición citada, en loc. cit., págs. 113 y 114.

diación viene a destruir con efecto retroactivo esa misma situación. Y es por esta mayor gravedad de efectos de la repudiación por lo que se requiere para ella una forma solemne e indubitada, a diferencia de lo que ocurre con la aceptación.»

Concluyendo: para García Valdecasas las diferencias señaladas entre aceptación y repudiación son una prueba de que nuestro Código acoge el sistema germánico.

Realmente nada obliga a pensar así, y, por el contrario, resulta más convincente, al menos para nosotros, la explicación siguiente: la repudiación ha de ser solemne y expresa, porque en la práctica es el caso *excepcional*, y normalmente será *perjudicial* para el llamado. Por ello el legislador ha querido que conste en forma indudable que impida promover cuestiones sobre supuestas repudiaciones tácitas. Por otro lado, al que no desea aceptar una herencia le basta, si quiere, con desentenderse por completo del asunto, sin que para no pasar de *llamado* a *heredero* se le exija la repudiación. Esta exigencia de repudiación sólo se da en el caso de que sea interrogado *in iure*, cuyas razones veremos después. Mientras que la aceptación, en la inmensa mayoría de los casos, se verifica tácitamente, además de que casi todos los *llamados* suelen querer aceptar. Y añadir a las numerosas exigencias de una sucesión hereditaria la de aceptarla de forma expresa y solemne, sólo sería añadir una molestia inútil.

No se basa, pues, la diferente regulación de una y otra (solemne y expresa, y no solemne y tácita) en una diferencia de *importancia* (una *confirma* simplemente al ya heredero y otra *quita* la cualidad de heredero), sino en que la una es usual y —normalmente—favorable y la otra no (33).

El propio Código italiano de 1942, que acoge el sistema romano, admite la aceptación no solemne, expresa o tácita—artículos 474 y siguientes—, y exige que la renuncia se haga solemnemente—artículo 519—.

D) *El silencio del llamado que es interrogado «in iure»*.— El silencio del llamado, en caso de *interrogatio in iure*, equivale a aceptación, puesto que el artículo 1.005 dispone que, instando en juicio un tercer interesado para que el heredero acepte o repudie, deberá el juez señalar a éste un término que no pase de treinta días, para que haga su declaración; apercibido de que si no lo hace se tendrá la herencia por aceptada.

Ya hemos visto que realmente se trata de un caso de adquisición *ex lege*. Ahora bien, esto no quitaría un ápice de fuerza al argumento de García Valdecasas, si no careciese de ella por otras razones.

Pues bien, García Valdecasas entiende que si no se es here-

(33) Cfr. también ROCA: *Estudios* cits., págs. 21 y 22.

dero antes de aceptar—por haber adquirido *ipso iure*— resulta un tanto extraño que una actitud puramente pasiva tenga la virtud de producir la adquisición hereditaria, ya que lo consecuente sería entender que la herencia no se adquiere, si es precisa la aceptación para adquirirla y no se acepta en el término que fije el juez (34).

Pero a tal razonamiento cabe oponer otros, tanto o más sólidos que él:

En primer término, como el propio García Valdecasas reconoce, en Derecho justiniano el dejar pasar en silencio el *spatium deliberandi* tenía también el efecto de la adquisición. Y no cabe duda de que el sistema acogido era el de adquisición por aceptación.

En segundo término, aunque se pudiese entender que *en abstracto*, el artículo 1.005 armoniza mejor con el sistema de adquisición *ipso iure*, no se puede olvidar que, como hemos dicho hace poco, lo *normal y lo favorable* suele ser aceptar la herencia deferida, y las razones que abonan la exigencia de que la repudiación sea expresa y solemne, mientras que la aceptación pueda ser tácita, abonan igualmente la solución del artículo 1.005, exigiendo la repudiación y dando, en caso de silencio, la herencia por adquirida, puesto que todas aquellas consideraciones siguen siendo válidas para el supuesto de la *interrogatio in iure*, que sólo presenta la especialidad de que un interesado provoca una decisión—adquisición o no—, decisión que la ley le da por el camino usual de que, por todas aquellas consideraciones, el que no repudia es porque—como es normal—quiere la herencia. Al que insta en juicio para que el llamado se decida no le interesa que *accepte o repudie*—términos que utiliza el artículo 1.005—, sino que le interesa sólo que el llamado *adquiera o deje de ser llamado* (cosa que consigue con el artículo 1.005), pero no sería razonable pretender que, siendo lo normal la aceptación, se dé, ante el silencio, la herencia por repudiada.

Todo lo cual prueba que aunque quizá se pueda entender que, en abstracto, la solución del artículo 1.005 armoniza mejor con el sistema de adquisición *ipso iure*, puestos en la *realidad* de las cosas, dicha solución armoniza tanto con ese sistema como con el contrario, porque se trata de que, lo mismo en uno que en otro, lo usual es querer la herencia que se nos defirió, y suponer lo contrario sería algo así como disponer que, *abintestato*, sucediesen antes los ascendientes que los descendientes, que, siendo justamente lo contrario de lo que habitualmente quieren los causantes, obligaría a éstos a testar, sin dejarlos en la tranquilidad del que sabe que si no hace nada pasará lo que él desea.

En resumen, *de lege lata*, el Código, *independientemente* del sistema que adopte, puede anudar a una determinada conducta

(34) La adquisición cit. en loc. cit., pág. 114.

—silencio—unos determinados efectos—*adquisición*—(35), porque realmente se trata no de que acoja el sistema de adquisición *por aceptación*—que parece deja al margen de ésta al silencio, en cuanto que el que calla *no acepta*—, sino de que acoge el sistema de adquisición por aceptación *o ex lege* (el silencio provoca la adquisición *ex lege*) (36).

En cuanto al *fundamento* de la norma, es simplemente que el legislador ha dispuesto lo que le parece normal, y no que lo haya dispuesto *porque* acoja el sistema germánico. Fundamento aún más sólido si se tiene en cuenta que se ha de apercibir, además, al llamado de que si no repudia se tendrá la herencia por aceptada.

E) *La herencia yacente*.—El último argumento de los que utiliza García Valdecasas, dentro de este grupo de los que él no considera muy sólidos, es el de la falta de regulación en nuestro Derecho de la herencia yacente. «En resumen—dice—, la falta de una regulación de la herencia yacente en nuestro Derecho, si bien no constituye un argumento decisivo en pro de nuestra tesis, sí es un dato muy favorable» (37).

En esencia, el razonamiento es, en líneas generales y sólo en cuanto nos importa, el siguiente: al haber, desde la muerte del causante, un heredero, aunque sea provisional, no se precisa la regulación de la herencia yacente, a diferencia de lo que pasa cuando, por adquirirse mediante la aceptación, no hay heredero en el espacio muerte-adquisición.

Admitida incluso la *absoluta* falta de una regulación dictada para la herencia yacente en nuestro Código, ello no apoya en modo alguno la tesis germanista (38).

1.º Porque hay formas de suplirla. Con lo cual la falta de regulación no implica la inadmisión de la herencia yacente.

(35) Cfr. en el mismo sentido ROCA: *Estudios* cit., pág. 23.

(36) GARCÍA VALDECASAS advierte—loc. cit., pág. 114—que «otros casos de aceptación *presunta* son los de los artículos 1.002, 1.018 y 1.019».

Ya explicamos que el primero y último son casos de adquisición *ex lege*.

Si con ellos se pretende reiterar lo dicho respecto al 1.005, reiteramos también nuestra opinión.

De cualquier manera, conviene advertir que el artículo 1.018, no es un caso de aceptación *presunta*—en la terminología de GARCÍA VALDECASAS, que es la común—ni de adquisición *ex lege*, según nuestra terminología, sino que, por lo menos para el caso de beneficio de inventario, es simplemente un supuesto de aceptación *no presunta* con el beneficio de inventario, beneficio que se pierde si por culpa o negligencia del heredero no se principiase o no se concluyese el inventario en los plazos y con las solemnidades prescritas. Queda, pues—con tal pérdida—la aceptación *pura y simple*, pero no es que se *presuma* la aceptación *por* la conducta culpable o negligente del heredero.

(37) La adquisición citada en loc. cit., pág. 115.

(38) Dejemos ahora al margen cualquier otra clase de razones en pro de la herencia yacente: artículo 1.934; ROCA: *Estudios*, pág. 24; LACRUZ: *Ob. citada*, pág. 27. RIERA ARISA, ob. cit. en loc. cit., pág. 421.

2.º Porque, aun admitido el sistema germánico, seguiría haciendo falta una regulación de la herencia yacente para los casos en que la delación sea posterior a la muerte.

De lo anterior se sigue que, *objetivamente*, la falta de regulación de la herencia yacente no es apoyo para la tesis germanista.

Ahora bien, aun sería posible sentar la hipótesis de que tal falta sea debida a que el legislador, *queriendo acoger el sistema germánico*—y *sin percatarse* de que también en éste la delación puede ser posterior a la muerte, o *percatándose* de ello, pero considerando tal caso de poca monta—, no creyó necesaria la regulación de la herencia yacente.

En el supuesto de esta hipótesis, nos encontramos no frente al primer argumento—la falta de regulación de la herencia yacente prueba la admisión del sistema germánico—, sino frente a otro, que sería éste: aunque tal falta de regulación no se considere objetivamente como prueba de que el Código acoge el sistema germánico, no cabe duda que permite suponer que el legislador ha debido querer acoger el sistema germánico cuando no trata de la herencia yacente.

García Valdecasas da este nuevo matiz a su argumentación en un trabajo posterior (39): En nuestra legislación falta la regulación de la herencia yacente. «Esto demuestra...—dice— que la herencia yacente no es una pieza *fundamental* en nuestro sistema de adquisición hereditaria...; sólo en supuestos excepcionales se halla la herencia sin titular desde que se abre la sucesión hasta que el heredero la adquiere. Son aquellos casos en que la delación y simultánea adquisición de la herencia se producen en fecha posterior a la muerte del causante; como el del heredero único, o todos los herederos, si son varios, instituidos bajo condición suspensiva, y el del heredero único solamente concebido al tiempo de morir el causante. Pero, por regla general, el llamamiento a la herencia y simultánea adquisición de la misma se produce en el momento de la muerte del causante, no habiendo lugar a que la herencia esté yacente, *lo que muy bien nos explica por qué el legislador no le prestó ninguna atención.*»

Ahora bien, reducido el argumento a la mera hipótesis, hipótesis sobre lo que el legislador *debió pensar* y sobre lo que le *pasó desapercibido*, o, aun percibiendo *despreció*, es evidentemente inconsciente, porque una de dos: si le pasaron desapercibidos todos los casos en que la delación es posterior a la muerte, es arriesgado edificar argumentos sobre lo que *debió haber pensado* un legislador tan distraído. Si los tuvo presentes, es inexplicable la omisión del legislador, porque la hipotética falta de frecuencia con que se dé una situación que se cree debe ser

(39) De nuevo, cit. en loc. cit., págs. 994 y 995.

regulada, no es causa para dejarla sin regular, salvo que, precisamente, se trate de una situación que se considere innecesario regular—se dé o no frecuentemente—, o bien que se considere suficientemente regulada, aunque realmente no lo esté.

Pero, claro está, que, en estos casos, si al legislador pareció innecesario dictar reglas sobre la herencia yacente o si creyó que bastaba para arreglar las cosas con lo que ya decía, no hay por qué pensar que la falta o insuficiencia de regulación se basan en que acogió el sistema de adquisición *ipso iure*. Y, en última instancia, si lo que se piensa que sucedió (fué que se olvidó de la pobre herencia yacente, tampoco hay fundamento serio para sostener que se olvidó de ella porque los casos en que es posible en el sistema germánico hacen poco bulto, cosa que no hubiera pasado de haber adoptado el sistema romano. Deduciendo de ello la enclenque conclusión de que el sistema acogido es aquél.

F) *La retroactividad de la repudiación*.—Argumento más fuerte en pro de su tesis considera García Valdecasas el de la retroactividad de la renuncia (artículo 989). Para él, en el sistema de adquisición por aceptación la renuncia no tiene por qué ser retroactiva, ya que no se es heredero hasta la aceptación, y el renunciante presupone que no se ha aceptado. Mientras que en el sistema de adquisición *ipso iure*, como se es heredero desde la muerte del causante, sí tiene sentido la retroactividad de la renuncia conforme a cuya retroactividad se entiende que el renunciante no ha sido heredero en ningún momento (40).

Pero a tal razonamiento se puede responder lo siguiente:

La retroacción de la renuncia no es argumento en pro del sistema germánico, porque tal retroacción tiene en nuestro Derecho papel distinto que en el germánico. En éste borra el carácter de heredero provisional, que se tenía a partir de la muerte del causante. En aquél borra el carácter *de llamado*, que se tenía, asimismo, a partir de tal muerte, pasando a ser *llamado desde dicha muerte*, el que lo sea en defecto del *llamado que repudió*. Es decir, en el sistema de adquisición por aceptación la retroacción de la repudiación hace que la delación a favor del segundo llamado se entienda producida al momento de morir el causante y no al momento en el que repudió el primer llamado. Porque se entiende que el repudiante nunca fué llamado.

Esto no tiene un alcance meramente especulativo, sino también práctico.

Por ejemplo: muere A, siendo llamado a sucederle B y, en su defecto C. C muere, a su vez, después que A, pero antes que repudie B. Por fin B repudia.

Si la repudiación de B tiene efectos retroactivos, se entenderá que C fué llamado a la herencia de A al momento de la

(40) La adquisición cit., en loc. cit., pág. 113.

muerte de éste. Por lo cual, habiendo muerto también C, sus herederos tendrán derecho a la herencia de A.

Si, por el contrario, la repudiación de B no tiene efectos retroactivos, como la delación a favor de C no se puede producir sino al repudiar B, momento en el que ya C ha muerto, éste no resulta llamado y no transmite su *ius delationis* a sus herederos.

La postura que defendemos es, asimismo, mantenida por Roca (41), quien advierte que la retroacción de la repudiación en nuestro artículo 989 hay que entenderla en el sentido del Código civil italiano de 1942, artículo 521, el cual dispone en su párrafo primero que el que renuncia a la herencia se considera que nunca ha sido llamado a ella.

Apreciación ésta íntegramente exacta y que, en definitiva, no significa que nuestro Código siga al italiano posterior, sino simplemente que ambos dicen lo mismo.

Ahora bien, García Valdecasas (42), al responder a Roca, afirma: «Por cierto que la misma disposición que el artículo 521, 1.º, del Código italiano de 1942 dictaba el artículo 945 del antiguo, cuya cita hubiera sido más oportuna que la del artículo 521 del nuevo, toda vez que no parece muy correcto interpretar un artículo del Código español por lo que dice un Código extranjero posterior a él. Pero esto se explica si se tiene en cuenta que el antiguo Código italiano seguía el sistema germánico.»

Con tales palabras no se destruye, desde luego, la objeción de Roca. Mas, a parte de esto, nos parecen inadecuadas, ya que ni Roca interpreta nuestro Código en función del italiano de 1942, ni, precisamente porque un sector de la doctrina pensaba que el de 1865 acogía el sistema germánico, era adecuado citar el artículo 945 de éste, sino el 521 de aquél—que acoge el sistema romano (43)—, ya que así se prueba que la retroacción de la repudiación no es coto cerrado del sistema germánico.

(41) *Estudios* cit., pág. 17. En igual sentido LACRUZ: *Ob. cit.*, pág. 26.

(42) De nuevo, *cit.*, en *loc. cit.*, pág. 992 y 993.

(43) Que lo acoge nos parece indudable: 1.º Porque así lo declara expresamente, artículo 459: «La herencia se adquiere por la aceptación...»—lo cual es definitivo en sí, y además por ser un artículo dictado después de la interminable discusión sobre el Código anterior, respecto de la adquisición de la herencia; 2.º Porque, aparte de proclamar el principio, la *regulación* de la materia es una aplicación del mismo.

La doctrina dominante así lo entiende: NATOLI: *L'amministrazione dei beni ereditari*, I, Milano, 1947, número 10 y ss.; CASATTI-RUSSO: *Manuale di Diritto civile italiano*. Torino, 1947, pág. 165; AZZARITI Y MARTÍNEZ: *Successioni per causa di morte e donazioni*, 2.ª ed. Padova, 1948, pág. 22; D'AVANZO: *Delle successioni e delle donazioni*. Firenze, 1941, I, pág. 74 y ss.; STOLFI (NICOLA Y FRANCESCO): *Il nuovo Codice commentato. Libro delle succ. e delle donazioni*, Napoli, 1941, pág. 10; MESSINEO: *Manuale di Diritto civile e commerciale*, 8.ª edición, vol. III, segunda parte. Milano, 1951, pág. 254 y ss.; BARBERO: *Sistema istituzionale del Diritto privato italiano*, 3.ª ed. II. Torino, 1951, pág. 875 y 876; BARASSI: *Le Successioni per causa di morte*, 3.ª ed., Milano, 1947, pág. 33 y

G) *El artículo 440.*—Dice el artículo 440:

«La posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción, y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia.

El que válidamente repudia una herencia se entiende que no la ha poseído en ningún momento.»

García Valdecasas considera que tal artículo es complemento del 661 (41), proclamando la adquisición *ipso iure* de la posesión, aunque suscita dudas, cosa que no hace éste.

Según otra opinión, el artículo 440 no sanciona la adquisición de la posesión *ipso iure*, cuando muere el causante, sino que, por el contrario, precisamente acentúa la importancia de la aceptación, al disponer que la posesión *se entiende transmitida*—retroactividad de tal aceptación—desde el momento de la muerte, *en el caso de que llegue a adirse la herencia* (45).

No vamos a entrar en los argumentos de García Valdecasas ni en el examen de la opinión contraria. Baste sólo poner de relieve que, según aquel autor, las dudas que ofrece el artículo 440, en su primer párrafo, quedan desvanecidas con la atenta lectura del párrafo segundo, que viene a precisar el verdadero sentido del artículo: «El que válidamente repudie una herencia se entiende que no la ha poseído en ningún momento.» «Este precepto—dice García Valdecasas—carecería de sentido si la posesión no se hubiese adquirido antes de repudiar; ahora bien, si el repudiante poseía los bienes hereditarios antes de repudiar, es evidente que los poseía antes de la aceptación, pues presupuesto necesario de la repudiación es que no se haya aceptado aún; luego es manifiesto que la posesión se adquiere antes de la aceptación, en el momento de la muerte del causante» (46).

Ahora bien, ese segundo párrafo del artículo 440 verdaderamente ni aclara las dudas que pudiese haber suscitado el primero, ni prueba que se poseía antes de la aceptación, porque con dicho segundo párrafo no se pretende borrar una posesión transmitida *ipso iure*—y, por tanto, antes de la aceptación—, sino que se pretende sólo borrar los efectos del hecho de que el llamado hubiese sido *realmente* poseedor antes de aceptar o repudiar, y

ss.; RUGGIERO Y MAROI: *Istituzioni di Diritto privato*, 8.ª ed., Milano, 1950, I, pág. 385; CICU: *Le Successioni, parte generale*. Milano, 1947, pág. 68 y ss.

No falta, sin embargo, quien sostenga que la adquisición se produce *ipso iure*. Así RADAFLLI: *L'eredita giacente*, Milano, 1948, pág. 98 y ss.; BUTERA: *Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*. Torino, 1940, páginas 14 y 15.

(44) La adquisición cit., en loc. cit., pág. 107.

(45) En tal sentido, por ejemplo, LACRUZ: Ob. cit., pág. 26. Últimamente sobre adquisición hereditaria de la posesión, véase ROCA (contra la interpretación germánica jurisprudencial del artículo 440). «La adquisición hereditaria de la posesión», en R. G. L. J., número extraordinario 1953, pág. 333 y ss.; GARCÍA VALDECASAS: De nuevo, cit., en loc. cit., págs. 993 y 994.

(46) La adquisición, cit. en loc. cit., pág. 108.

al final se hubiese decidido por la repudiación. Borra—dentro de lo que sea posible—no una previa posesión *civilísima* y *necesaria*, a tenor del párrafo primero, sino una *eventual* posesión previa *no civilísima* (47).

Pero, además de lo dicho, conviene advertir que, cualquiera que sea la interpretación que se dé al artículo 440, éste no implica la adopción por el Código de un sistema determinado de adquisición de la herencia, porque se refiere sólo a la posesión y no a la titularidad del contenido de esa herencia.

De forma que, aun para los que, como García Valdecasas, piensen que el artículo 440 dispone la adquisición *ipso iure* de la posesión, queda patente lo siguiente: con tal interpretación el artículo 440 sería un complemento de la adquisición *ipso iure* de la herencia, siempre que *previamente* se haya demostrado que nuestro Código acoge la adquisición *ipso iure* de la herencia. Ahora bien, a falta de tal demostración, la referida interpretación germánica del artículo 440 no prueba que éste sea *complemento* alguno, sino sólo prueba que *respecto a la posesión* se ha seguido el sistema de transmisión *ipso iure*, que es perfectamente compatible, como el propio García Valdecasas (48) afirma explícitamente, con la admisión por nuestro Código de la adquisición de la herencia por aceptación.

5. Examen especial del artículo 661.

En conclusión, podemos repetir—vistos ya todos los argumentos en favor del sistema germánico—que *el único* sólido en que basar la adscripción de nuestro Derecho a tal sistema es el artículo 661, entendido en su sentido literal (49).

De él, como sabemos, piensa García Valdecasas que es el fundamental y que sienta el principio característico del Derecho germánico (50). Y en este punto lleva razón. No cabe negar que el artículo 661—en su sentido literal—es un argumento indudable a favor del sistema germánico (51).

Por ello es inútil decir, como Roca (52), que se trata de un precepto que por su situación (disposiciones generales de las sucesiones) proclama un principio abstracto y general a *todos* los sistemas legislativos, los cuales siempre refieren al momento de la muerte del *de cuius*, con auxilio de la retroacción o sin ella,

(47) En el mismo sentido que nosotros, opina LACRUZ, ob. cit., pág. 27 y ROCA: *La adquisición hereditaria de la posesión*, pág. 351, nota 43.

(48) La adquisición citada en loc. cit., pág. 90 y pág. 103.

(49) El T. S. no aclara la cuestión, limitándose a repetir la expresión del artículo 661. Por ejemplo, sentencia de 13-III-1952. «Por virtud del artículo 661 del C. c., los herederos por el solo hecho de la muerte suceden al difunto en todos sus derechos y obligaciones.»

(50) La adquisición cit. en loc. cit., pág. 106 y 107.

(51) Así lo cree también LACRUZ, ob. cit., pág. 26

(52) *Estudios* cit., págs. 19 y 20.

el fenómeno de la adquisición hereditaria y la obtención del título de heredero, pues como necesariamente habrá de haber un heredero, que en último caso será el Estado, siempre se producirá una aceptación y, con ella, la retroacción correspondiente, de modo que en todo caso resultará aplicado dicho artículo 661.

Con exactitud responde García Valdecasas (53) que no deja de ser curioso que se alegue como razón para desvirtuar el artículo y prácticamente para anularlo la de ser una disposición general—dicho con otras palabras: fundamental—en materia de sucesiones, y que tampoco se comprende cómo se haya podido ver en el artículo 661 la proclamación de un principio general a todos los sistemas legislativos.

Pensamos que realmente Roca trata de dejar sentado que, de cualquier manera, siempre hay un heredero *desde* la muerte del causante—por aplicación del sistema germánico o por la retroacción de la aceptación en otro caso—. Mas tal cosa es *aparte* del sentido literal del artículo 661, porque éste—con tal sentido—no proclama que *desde* la muerte hay siempre, en definitiva—ya que en definitiva habrá un aceptante—, un heredero, sino que proclama otra cosa: que el heredero *lo es sólo por el hecho de la muerte del causante*.

Por lo cual, el 661 no resulta literalmente aplicado cuando, aun siendo heredero *desde* la muerte del causante—por efecto retroactivo—, tal título se adquiere *por* la aceptación y no *por el solo* hecho de dicha muerte. Pues que el artículo 661—en tal sentido literal—decide no una cuestión de tiempo—desde cuándo—, sino una cuestión de fundamento—por qué: por la muerte o por la aceptación—.

En definitiva—como dice Royo (54)—, ese artículo, considerado *aísladamente* y en su *tenor literal*, es de la más pura *éstirpe germánica*.

Se trata, pues, de interpretarlo *aislada y literalmente*—en cuyo caso resultará germánico, pero chocará con otros preceptos—o bien de buscar el sistema que acoge el código a través de una interpretación sistemática, en la que las *palabras* del solo artículo 661 no puedan prevalecer sobre el *sentido* que se obtenga de la *totalidad* de las disposiciones referentes a la adquisición de la herencia.

Concluyendo: el sentido literal del 661 es *inadmisibile* en nuestro Derecho, porque, como luego veremos, hay argumentos más fuertes que apoyan el sistema romano. Por ello, o se admite que tiene otro sentido o se admite que fué un *lapsus* del legislador.

Hemos demostrado cómo *todos* los artículos—salvo éste—en que se pretende apoyar el sistema germánico no fundamentan la admisión del mismo. Ni siquiera uno de ellos impide que poda-

(53) De nuevo cit. en loc. cit., pág. 992.

(54) Ob. cit., pág. 41.

mos afirmar que el sistema acogido es el romano. Pero, además de esa crítica negativa, expondremos a continuación cómo en otra serie de artículos se puede apoyar—positivamente—la admisión de este sistema.

Queda, pues, el artículo 661 como único argumento frente al sólido apoyo que en el Código se ofrece para la tesis antigermanista. Y en tal caso la elección no es dudosa; sobre los *dichos*—661—deben triunfar los *hechos*.

Creemos preferible afirmar que el sentido—sentido *no* literal—del artículo 661 completa el del 657 (dando a éste una exégesis romana). Así que sería como decir: el derecho a suceder se adquiere al morir el causante—salvo los casos de delación posterior a la muerte (657)—, y los llamados se entiende que, *cuando aceptan*, han sucedido al difunto por el solo hecho de su muerte (661) (55).

Ya comprendemos que se puede sostener que precisamente lo que dice el 661 es que la aceptación no es necesaria, y que al hablar de que se sucede *por el solo hecho de la muerte* del causante, excluye que, como pensamos nosotros, pueda afirmarse que la sucesión *implica* la aceptación.

Ahora bien; presupuesta la aceptación, el hablar de que se sucede por el *solo* hecho de la muerte del causante, puede aludir a la exclusión de cualquier otro requisito pensable.

De no admitir esta interpretación, y partiendo de la base de la contradicción entre el 661 y los textos prorromanos que después veremos, no tenemos obstáculo en decir que no nos importan las *meras palabras (flatus vocis)*, incompatibles con la *regulación* acogida en otros artículos, porque puestos a decidirnos preferimos—como dijimos—los hechos a los dichos, máxime si se tiene en cuenta que en la proclamación de un principio se puede decir algo que no se quería hacer o que después no se lleva a la práctica. No tenemos muy lejano el artículo 1.016 para comprobar que también el legislador puede equivocarse. De manera que pensamos que, en todo caso, el artículo 661 fundamenta la adquisición del sistema germánico en nuestro Código, de la misma forma que el 1.016 fundamenta la del derecho de deliberar *después de haber aceptado*. Es decir, que ni uno ni otro fundamentan nada.

No cabe duda de que, dando al 661 su sentido literal, es necesario sacrificar un artículo de las «Disposiciones generales» de las sucesiones: el 657, el cual, en tal caso, queda vacío de sentido, porque sería una repetición de aquél (ya que interpretando este 657 a la romana, sólo se conseguiría que dijese lo contrario

(55) LACRUZ—ob. cit., pág. 26—cree posible afirmar que el 661 se limita a «señalar de una parte cómo toda la energía del fenómeno sucesorio radica en el momento inicial de la muerte del causante, de tal modo que entonces se produce la vocación de todos los llamados...», y de otra parte cómo merced al efecto retroactivo de la aceptación, las relaciones jurídicas del causante no quedan vacantes en momento alguno».

del 661). Ahora bien; partiendo de la necesidad del sacrificio, es mejor—como ya adelantábamos—llevarlo a cabo con el 661, porque, al fin y a la postre, desaparecido el obstáculo de éste, ya todos los artículos de nuestro Código son interpretables a la romana. Mientras que si el eliminado es el 657, el 661, triunfante de momento, seguirá tropezando con los textos, que a continuación veremos y que sólo son explicables si se admite que el Código acogió el sistema de adquisición de la herencia por aceptación.

En definitiva, si en nuestro Código no aparecen por ningún lado las consecuencias del sistema germánico, que en el 661 se anuncia; si la regulación positiva—reflejada al tratar de la aceptación, como es natural—es la romana; si ciertamente el legislador, acogiendo ideas o expresiones de origen germánico y romano, pudo incurrir en contradicción; si—como dice Royo (56)—en ninguna realización que merezca el calificativo de sistema puede verse un conglomerado de principios yuxtapuestos al azar, sin conexión e interdependencia, hay que admitir que el artículo 661—en su interpretación germánica, incluso, si se quiere, única posible—*no forma parte de nuestro sistema de adquisición de la herencia* y es sólo una desgraciada frase del legislador.

6. Argumentos a favor de la adquisición por aceptación.

A) *El ius delationis*.—Examinemos ahora las razones que fundamentan la afirmación de que nuestro Código acoge el sistema de adquisición por aceptación. La principal es una, con la que basta y sobra: la de que nuestro Código regula el *ius delationis* o derecho a la herencia, derecho que no existe en el sistema germánico, en el que se adquiere la herencia *ipso iure* y sólo, juntamente con ella, un derecho a *repudiarla* (57).

Dicho *ius delationis* consiste en el poder de optar por adquirir o no, ello mediante la celebración de los negocios jurídicos de aceptación o de repudiación. Los cuales son actos de ejercicio. Es decir, aceptar o repudiar son manifestaciones de un único poder: el *ius delationis* (58).

A diferencia de él, el derecho de repudiar, característico del sistema germánico, supone sólo el poder de *deshacer* la adquisición ya verificada. Y en este caso la aceptación—renuncia al derecho de repudiar—no se contempla y regula en un plano de igualdad con la repudiación, sino que constituye una figura secundaria que queda en la penumbra.

Por lo cual la regulación—como hace nuestro Código (artículos 988 y sigs.)—en dicho plano de igualdad de aceptación y de repudiación supone la admisión del *ius delationis* como con-

(56) Ob. cit., pág. 42.

(57) Cfr. nuestro estudio cit. en loc. cit., pág. 917.

(58) Cfr. nuestro citado estudio en loc. cit., págs. 921 y es.

cepto *central* en esta materia y, consiguientemente, del sistema romano.

Por otro lado, el artículo 991 dice que «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». Lo cual implica que se considera que antes de la aceptación y de la repudiación se tiene un derecho a la herencia—*ius delationis*— y no que se es titular de ésta, con derecho a dejar de serlo.

Además de este argumento cabe alegar los que exponemos a continuación.

B) *La retroactividad de la aceptación.*—La retroacción de la aceptación—artículo 989—es cosa inexplicable sin la admisión del sistema romano, ya que si se adquirió por la sola muerte del causante, es evidente que la aceptación que quita *ex nunc* el poder de repudiar (ya que es una renuncia al mismo) no necesita ser retroactiva, puesto que el heredero lo es *desde antes* (59).

Contra esto es inútil alegar, como hace García Valdecasas—aunque reconociendo, como reconoce, la fuerza de la objeción—(60):

1.º Que este argumento de la retroacción de la aceptación se neutraliza con el de que si se da por acogido el sistema romano, cabe objetar que es entonces inexplicable la retroacción de la repudiación.

Tal alegación es improcedente, porque, como ya hemos visto, la retroacción de la repudiación es explicable también en el sistema romano.

2.º Que, contra la admisión del sistema germánico en nuestro Código, la objeción de la retroactividad de la aceptación no se basa en una contradicción, sino a lo sumo en la inutilidad o inaplicabilidad de parte de un artículo del Código, por innecesario y superfluo. Pues tal retroacción no va contra la adquisición *ipso iure*, sino que, presupuesta ésta, está simplemente de más.

Piénsese que, de acoger el sistema germánico, ya habría, al menos, dos pasajes del Código, innecesarios y superfluos: el artículo 657 y la parte del 989 correspondiente a la aceptación. Y, aunque sólo sea por cuestión de cantidad, preferimos considerar inútil sólo el 661.

Aparte de que es posible rechazar la contraobjeción de García Valdecasas, advirtiendo que no se trata realmente de que sea admisible el sistema germánico, arrumbando la retroactividad de la aceptación; sino de que esta retroactividad es una prueba de que

(59) En el mismo sentido y en el de lo que a continuación decimos, véase ROCA: *Estudios*, cits., pág. 15 y ss.; LACRUZ: *Ob. cit.*, pág. 26.

(60) La adquisición cit. en loc. cit., pág. 111 y ss., véase sobre esto y lo que a continuación decimos.

el sistema acogido es el romano, puesto que en otro caso la norma sobre tal retroactividad sería innecesaria.

C) *La inexistencia de un breve plazo para la repudiación.*— La inexistencia de un breve plazo para la repudiación, cosa propia del sistema germánico, es otro argumento a favor del romano y, consiguientemente, objeción para los defensores de aquél. Objeción que, por lo demás, también García Valdecasas (61) indicaba, advirtiendo cómo es «la mayor incongruencia quizá, de nuestro Código, en su regulación de la adquisición hereditaria». Incongruencia, para él, a tenor de su posición. Muestra, para nosotros, de lo inexacto de esa posición.

7. *Conclusión.*

En conclusión, como puede verse a través de las anteriores páginas, las objeciones que García Valdecasas indica como posibles a su tesis tienen para nosotros más peso que los propios argumentos aducidos en apoyo de ésta. Los cuales, a su vez, son posibles objeciones a nuestra opinión.

Se trata, pues, de no desconocer unos u otras, sino de que, al estudiarlos, pesen más aquéllos o éstas en el ánimo del que los considera. Por ello se puede decir que de las líneas generales de su trabajo—aparte de cuestiones de detalle—sólo no compartimos las conclusiones. El parte de que «lo que ni siquiera cabe discutir, mientras no sea derogado el artículo 661, es que el principio básico de la adquisición hereditaria en nuestro Derecho se ajusta perfectamente al tipo germánico». Su propósito es «armonizar con ese principio los preceptos de inspiración romana contenidos en el mismo Código». Tarea a la que dedica su trabajo, esforzándose, «no sin confesar las grandes dificultades que ello ofrece, en encontrar algún sentido y aplicación, dentro del sistema de tipo germánico, a preceptos legales que no pueden desmentir su procedencia romana» (62).

Y en esta tarea de armonizar textos con un principio que considera indestructible—el del artículo 661—hace García Valdecasas todo lo que—sobre la base de nuestro Código—se puede hacer.

En tal sentido su trabajo sólo es atacable por la no excesiva solidez de los materiales que el Código le proporciona.

Ahora bien; nosotros discrepamos de él, porque hemos realizado una labor distinta: la de tratar de demostrar que, ante los demás textos legales, es preferible no sostener el principio que *literalmente* expresa el artículo 661.

La diferencia de nuestra conclusión procede, pues, fundamentalmente, sólo en un diferente punto de partida.

(61) La adquisición cit. en loc. cit., págs. 116 y ss. y De nuevo, cit. en loc. cit., pág. 992.

(62) De nuevo, cit. en loc. cit., págs. 991 y 992.