

## POSESIÓN CIVILÍSIMA Y SAISINE HEREDITARIA: CONFUSIONES, CONTRADICCIONES Y DIVERSIDAD DE FUNCIONES EN LOS SISTEMAS ESPAÑOL Y FRANCÉS

*Naiví Chikoc Barreda*

Notaria de Québec  
Doctoranda en Derecho  
Universidad de Lleida

---

TITLE: *Civilísima possession and hereditary seizin: confusions, contradictions and distinctive functions under the Spanish and French systems.*

RESUMEN: Tanto la *saisine* hereditaria del Código napoleónico como la posesión civilísima del Código civil español se acomodan con dificultad al ordenamiento jurídico en el cual se insertan, generando confusiones conceptuales y contradicciones sistémicas que son la fuente de inacabables discusiones por parte de la doctrina. No obstante, El movimiento doctrinal que se articula alrededor de la posesión civilísima discurre por caminos muy distintos de aquellos a los ha dado lugar la *saisine* hereditaria, dando cumplida demostración de que son distintas las funciones que el legislador les ha encomendado, y sugiriendo, indirecta pero inevitablemente, lo equivocado de la asimilación de ambas figuras.

ABSTRACT: *Both hereditary seizin under the Napoleonic Code and «civilísima» possession under the Spanish Civil Code have difficulties adapting to the legal framework into which they are inserted, giving rise to misconceptions and systemic contradictions that are the source of endless discussions among the scholars. However, the direction taken by the doctrinal movement around «civilísima» possession differs from that followed by studies on hereditary seizin, which is a clear demonstration of the different legal functions they fulfil. This suggests, indirectly but inevitably, that it is erroneous to draw a parallel between these two institutions.*

PALABRAS CLAVE: Derecho de sucesiones, posesión civilísima, *saisine* hereditaria, aceptación hereditaria, transmisión de la posesión, adquisición de la herencia, testamento, sistema sucesorio español, sistema sucesorio francés.

KEY WORDS: *Inheritance law, «civilísima» possession, hereditary seizin, hereditary acceptance, transfer of possession, acquisition of inheritance, will, Spanish hereditary system, French hereditary system.*

SUMARIO. 1. INTRODUCCIÓN Y PROPÓSITO. 2. DIFICULTADES CONCEPTUALES, CONFUSIONES Y CONTRADICCIONES SISTÉMICAS. 2.1. *La saisine hereditaria como categoría distinta de la posesión.* 2.1.1. Origen y naturaleza de la *saisine*. El significado de la regla «*le mort saisit le vif*». 2.1.2. La indefinible *saisine* del Código civil francés. Críticas actuales a la noción. 2.2. *La posesión civilísima como verdadera posesión.* 2.2.1. La posesión civilísima como supuesto especial posesorio. 2.2.2. Irrelevancia de la discusión sobre la naturaleza de la posesión civilísima. 2.3. *Influencia de la posesión civilísima y de la saisine hereditaria en el sistema de adquisición hereditaria.* 2.3.1. El papel de la aceptación en el sistema español de transmisión hereditaria de la posesión. 2.3.2. La condición de heredero y la *saisine*. 3. FUNDAMENTO Y FUNCIONES. 3.1. *La saisine hereditaria como instrumento de control del título sucesorio.* 3.1.1. Discriminación entre herederos para la concesión de la *saisine*. 3.1.2. Función de control del título testamentario. 3.2. *La posesión civilísima como mero expediente técnico.* 3.2.1. El artículo 440 CC como «medio» de transmisión de la posesión. 3.2.2. La prescindibilidad de la posesión civilísima como medio de adquisición posesoria. 4. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

---

## 1. INTRODUCCIÓN Y PROPÓSITO

Las figuras de la posesión civilísima y de la *saisine* hereditaria son fuente de complicaciones y acarrear importantes interrogantes en el seno del Derecho sucesorio español y francés, respectivamente. Las cuestiones que se suscitan en relación con estas figuras conciernen la esencia y la configuración misma de la disciplina sucesoria. En el ordenamiento español, la complicada fórmula legislativa que reconoce la posesión civilísima abre el debate en torno a la tradición, romana o germánica, que sigue el Código civil en materia de adquisición hereditaria de la posesión e incluso, de la herencia. En cambio, en el Derecho francés, los cuestionamientos doctrinales no son de tipo sistémico, no suponen una ruptura de la opción legislativa por el sistema sucesorio de adquisición, sino de tipo conceptual y funcional.

Controvertidas desde su misma incorporación en los códigos civiles, sorprende que en la actualidad aún no queden resueltas las insatisfacciones que, desde el punto de vista doctrinal y legislativo, ambas instituciones generan<sup>1</sup>. Todas tienen en común el hecho de poner en jaque algunos de los fundamentos mismos del Derecho de sucesiones, desafiando los cimientos en los que están edificadas nociones tan centrales del Derecho privado como la propiedad y la posesión de los bienes. Partiendo de la naturaleza y alcance de estas cuestiones, nuestro propósito consiste en desentrañar los fundamentos que nutren a ambas instituciones, para determinar, respecto a cada una de ellas, la función que están llamadas a cumplir en el Derecho de sucesiones. De este modo, y por vía de consecuencia, queremos romper con la creencia generalizada de que la posesión civilísima y la *saisine* hereditaria comparten el mismo fundamento y responden a la misma finalidad.

Hemos dividido el presente trabajo en dos grandes secciones que siguen a esta primera sección introductoria, presentando en primer lugar la institución que plantea mayores problemas en cuanto al aspecto que se analiza, y dejando en segundo lugar la institución que acarrea menos dificultades o ninguna.

En la primera sección trataremos, por un lado, de las «confusiones», comenzando por la *saisine* hereditaria del Derecho francés, la cual se ha conceptualizado tradicionalmente en sentido negativo, es decir, distinguiéndola de una serie de materias con las que se ha confundido en el pasado, o se suele confundir en la actualidad, sin que se haya logrado definir positivamente a pesar de los encomiables esfuerzos de la doctrina. Cabe señalar que estas dificultades conceptuales no se presentan, o se presentan en un menor grado, en sede de posesión civilísima, cuyo concepto no es objeto de discusión. Por otro lado, y en un segundo momento, abordaremos el encuadre de ambas instituciones en el sistema sucesorio al cual

<sup>1</sup> Sirva para ilustrar la actualidad de la problemática, en el Derecho español, la monografía sobre el tema de GÓMEZ DÍEZ, J.J., *La posesión de los bienes hereditarios*, Reus, Madrid, 2010, y en Francia, el estudio crítico de DROSS, W., « La saisine successorale », *Répertoire du Notariat Defrénois*, 2004, pp. 471-497.

pertenecen, destacando, para el caso de la posesión civilísima del Derecho español, las contradicciones que la misma plantea desde el punto de vista sistémico.

Por su parte, la última sección del artículo la hemos consagrado al estudio de las funciones que ambas instituciones cumplen en el ordenamiento jurídico, por entender que sólo desvelando sus fines se puede vislumbrar con claridad la línea divisoria entre la posesión civilísima y la *saisine* hereditaria. Siguiendo el criterio escogido para estructurar nuestro trabajo, esto es, la importancia de las cuestiones que plantea cada institución según el aspecto que se examina, hemos colocado a la *saisine* hereditaria como primer enclave del análisis. El estudio doctrinal de esta institución ha recorrido los más oscuros trayectos desde su antiguo origen franco-medieval, hasta su laboriosa diferenciación de figuras afines, que se sella con un *constat d'échec* cuando se la quiere definir, llegando a su punto más crítico con la propuesta de derogación lanzada por algunos autores.

## 2. DIFICULTADES CONCEPTUALES, CONFUSIONES Y CONTRADICCIONES SISTÉMICAS

La concepción medieval de la *saisine* que la identificaba con la legitimación o investidura posesoria y al mismo tiempo con la propiedad de los bienes ocasionó en la doctrina francesa profundas confusiones a nivel conceptual dado lo irreconciliable de la noción con la tradición romana adoptada por el *Code* en sede de derechos reales (2.1). En cambio, la doctrina española acoge la «posesión civilísima» del heredero sobre la *universitas iuris* en que consiste la herencia, no viendo desde el punto de vista conceptual ninguna dificultad en la admisión de dicha categoría, por lo demás preexistente en las fuentes del derecho histórico español (2.2). Descartada la discusión sobre el concepto, queda desplazado el foco del análisis hacia el sistema de adquisición hereditaria de la posesión en el Código Civil español. En Francia, sin embargo, el indiscutible automatismo de la transmisión hereditaria deja hoy sin contenido cualquier debate en materia de adquisición de la herencia (2.3).

### 2.1. La *saisine* hereditaria como categoría distinta de la posesión

La *saisine* es una institución de oscuros orígenes que se remontan al antiguo Derecho germánico vigente en la época franca y cuyo contenido fue progresivamente transformado bajo el influjo del Derecho romano (A). Ante la ausencia legal de definición y de régimen normativo aplicable a la *saisine* como institución autónoma de Derecho de bienes en el *Code*, su enigmático resurgir para el Derecho sucesorio acarrea serios e irresolubles problemas conceptuales que han perdurado hasta nuestros días (B).

#### 2.1.1. Origen y naturaleza de la *saisine*. El significado de la regla «*le mort saisit le vif*»

El término *saisine* designa en el Derecho consuetudinario francés derivado de las antiguas costumbres germánicas, la forma medieval de la propiedad rural. Se trata de un concepto jurídico de contenido complejo que no encuentra equivalente en las categorías romanas de la propiedad y la posesión de los bienes sino que alude

genéricamente a las distintas maneras de sacar provecho del bien productivo por excelencia en la sociedad feudal: la tierra<sup>2</sup>. El contenido jurídico de la *saisine* se traducía en el disfrute de las utilidades del inmueble, y su adquisición resultaba de un acto solemne de investidura que legitimaba al titular frente a la comunidad para el ejercicio de dichas facultades.

La *saisine* supone la «legitimación exterior», en tanto públicamente consentida, del derecho real inmobiliario. De este modo, la idea del *enveloppe juridique* con la que Patault define la *saisine* logra reflejar las dos características principales de esta institución en el Derecho consuetudinario francés<sup>3</sup>. La locución recoge, por una parte, el elemento formal de la *saisine* que resulta del acto público y solemne de investidura, y por otra parte, el contenido comprensivo del conjunto de facultades de disfrute del bien que contrasta con el poder exclusivo del propietario en el sentido romano. En el Derecho germánico, la *saisine* se confundía con la propiedad y la posesión, de modo que aquel que cumpliendo las formalidades de investidura o de *Gewere*, tenía a su disposición un bien, era considerado públicamente como propietario y poseedor<sup>4</sup>.

La transmisión automática de la *saisine* en favor de los herederos más próximos del titular quedó cristalizada en la máxima *le mort saisit le vif, son hoir le plus proche et habile à lui succéder*. Una primera teoría sitúa el origen del principio en el antiguo Derecho franco-germánico, fruto de la necesidad de evitar la ruptura y la suspensión de la *saisine* después de la muerte del titular. La continuidad en la *saisine* sobre la tierra sería el reflejo de la fuerte cohesión familiar de la sociedad germánica que obligaba a la defensa de la integridad del fundo, garantía de los deberes familiares colectivos derivados del *condominium*<sup>5</sup>. Sin negar completamente los probables antecedentes germánicos de la regla, otra parte de la doctrina defiende sus orígenes medievales o autóctonos franceses. La ficción de que el «muerto» transfiere la *saisine* al heredero más próximo habría introducido una excepción en la concepción feudal de la propiedad rural que exigía la intervención del señor en las transmisiones inmobiliarias tanto entre

<sup>2</sup> PATAULT, A.-M., *Introduction historique au droit des biens*, PUF, Paris, pp. 22-23.

<sup>3</sup> *Idem*.

<sup>4</sup> En la época franca, se estableció la *saisine* de un año y día para la adquisición de los bienes inmuebles ocupados ilegítimamente o adquiridos de un no propietario. Bajo el influjo del Derecho romano, el régimen jurídico de la *saisine coutumière* cambió sensiblemente. Cuando se admitió el plazo romano de prescripción de 10 años para la adquisición de la propiedad inmobiliaria, la *saisine* de un año y día (*saisine d'un an et jour*) quedó desvirtuada en su función principal, y pasó a producir el único efecto de otorgar la posesión de los bienes, protegida desde ese momento por acciones especiales. La *saisine* pasó entonces a identificarse con la posesión, y no con la propiedad: GLASSON, E., *Histoire du Droit et des Institutions de France*, t. VII, *La féodalité. Le droit civil*, Librairie Cotillon, Paris, 1896, pp. 272-283.

<sup>5</sup> DEMOLOMBE, C., *Cours de Code Napoléon. Traité des successions*, vol. XIII, t. I, Paris, 1879, pp. 157-158 ; CHAUFFOUR, M.V., « La règle, le mort saisit le vif, expliquée par ses origines romaines et par le droit coutumier », *Revue de législation et de jurisprudence*, t. 74, nº 2, 1847, pp. 95-96 ; Simonnet, J., *Histoire et théorie de la saisine héréditaire dans les transmissions de biens par décès*, Auguste Durand, Paris, 1852, pp. 73-75.

vivos como por causa de muerte<sup>6</sup>. Se entendía que a la muerte del vasallo, retornaban los inmuebles que éste venía poseyendo al señor feudal en tanto titular del dominio eminente sobre los mismos, debiendo los herederos pagar los derechos de «*relief et de saisine*» para recuperar la *saisine* del difunto<sup>7</sup>. Gracias a la regla *le mort saisit le vif*, los herederos adquirirían la posesión de los bienes sin necesidad de cumplimentar el acto formal de investidura ni de esperar el transcurso de un año y día para ejercitar las acciones posesorias tendentes a la defensa de los mismos<sup>8</sup>. La *saisine* hereditaria era una «*saisine de droit*», adquirida por la sola fuerza de la costumbre, sin necesidad de investidura y con independencia de la aprehensión real de los bienes (*saisine de fait*)<sup>9</sup>.

Bajo la influencia del principio romano de universalidad de la sucesión, la *saisine* del heredero no quedaba limitada a los inmuebles sino que se extendía al conjunto de la herencia, y comprendía no sólo la propiedad sino también la posesión de los bienes<sup>10</sup>, pudiendo beneficiar de todas las ventajas de la situación posesoria de su autor, sin necesidad de ejecutar ningún acto de posesión<sup>11</sup>. Así entendida, la existencia de la *saisine* hereditaria en el Derecho consuetudinario francés contrasta con la solución romana según la cual el heredero adquiere la propiedad de los bienes, no así la posesión, que deberá aprehender materialmente<sup>12</sup>.

<sup>6</sup> THIERCELIN, M.H., « De la saisine héréditaire dans l'ancien droit français », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. 779, nº 1, 1871-1872, pp. 782-783; MERCIER, A., *Droit romain. De l'acquisition de l'hérédité et de l'acquisition par l'héritier de la possession des choses héréditaires. Droit français. De la saisine héréditaire*, Paris, 1858, pp. 115-117.

<sup>7</sup> En contra de esta explicación histórica de la regla «*le mort saisit le vif*», vid. PLANIOL, M., « Origine romaine de la saisine héréditaire », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. 449, 1885, p. 439 y ss, quien sostiene que la *saisine* hereditaria se fundamenta en el Derecho romano y no en las instituciones feudales de los derechos de «*rachat et relief*». La idea de PLANIOL radica en concebir la *saisine* consuetudinaria francesa como una *saisine de droit* que otorgaba no la posesión efectiva (la *saisine de fait*) sino un «*droit de posséder*».

<sup>8</sup> GLASSON, *op. cit.*, p. 283.

<sup>9</sup> PATAULT, *op. cit.*, p. 31; PROUDHON, J.B., *Traité des droits d'usufruit, d'usage personnel, et d'habitation*, t. I, 2e éd., V. Legier, Dijon, 1836, p. 125; OLIVIER-MARTIN, F., *Histoire du Droit français : des origines à la Révolution*, Éd. Domat Montchrestion, Paris, 1951, p. 53.

<sup>10</sup> CHAUFFOUR, *cit.*, pp. 91 y 95. Esta regla contraria al Derecho romano, evidencia a juicio del autor, la base germánica del Derecho de sucesiones francés: vid. p. 95. THIERCELIN, *cit.*, p. 784.

<sup>11</sup> THIERCELIN, *cit.*, p. 788. En este sentido, POTHIER, R. J., *Traité des successions*, t. VII, Paris, 1825, p. 145.

<sup>12</sup> Así aparece consagrado en un texto de Javoleno en D 41.2.23, según el cual «cuando somos instituidos herederos, aceptada la herencia, pasan ciertamente a nosotros todos los derechos, pero la posesión no nos pertenece si no ha sido tomada naturalmente». Para SIMONNET, *op. cit.*, pp. 78-79, los jurisconsultos romanos no podían transigir con la idea de una devolución ideal de la posesión ya que al primar la disposición testamentaria sobre los derechos de los parientes más próximos, resultaba siempre incierto a qué persona pasaría el patrimonio. Se prefirió entonces atribuir una cierta personalidad jurídica a la *hereditas jacens*. Conceder una posesión ideal al pariente de sangre hubiera atentado contra la regla según la cual el heredero se presume que ha sucedido inmediatamente al causante y no a ningún otro. Por el contrario, en el derecho germánico, no existe la menor incertidumbre sobre el destino del patrimonio, el cual pasa al heredero de sangre, considerado socialmente como el representante del difunto. Frente a esta opinión conviene apuntar que la regla romana de la intransmisibilidad de la posesión deriva directamente de la consideración de la posesión como hecho en el Derecho romano, y

A pesar del antagonismo romano y germánico en orden a la transmisión de la posesión, la *saisine* del heredero era reconocida tanto en las regiones de derecho escrito (*pays de droit écrit*), seguidoras de la tradición jurídica romana, como en las regiones francesas regidas por las costumbres germánicas (*pays coutumiers*). La diferencia residía en que mientras que en las primeras, el heredero instituido por el testador era destinatario de la *saisine*, en los países consuetudinarios, la *saisine* recaía exclusivamente en el heredero de sangre, pues *Deus solus heredem facere potest*, debiendo el instituido –considerado un mero sucesor en los bienes y no en la persona del causante– reclamar la entrega de los bienes al heredero legal<sup>13</sup>. Pero, ¿cómo se introdujo la máxima consuetudinaria en los *pays de droit écrit*?

Una primera explicación es aquella que parte de la existencia de la *saisine* en el Derecho romano. El exponente principal de esta teoría es Planiol, quien se esfuerza en defender la continuidad histórica entre la *saisine* del Derecho medieval francés y las fuentes romanas. Según Planiol, a pesar de que el término *saisine* era extraño al Derecho romano, su existencia era innegable en el Derecho justiniano a partir de la supresión de la *missio in possessionem* como exigencia impuesta a los *bonorum possessores* para obtener la posesión de la herencia y la concesión a su favor del interdicto *quorum bonorum*. Con esta medida se daba al heredero el beneficio de la posesión legal que ostentaba el difunto, con independencia de toda aprehensión de hecho y sin intervención de ninguna autoridad judicial. De ahí que, para el autor, la *saisine* hereditaria se generalizara en ambos sistemas<sup>14</sup>. Lo cierto es que la teoría sobre el origen romano de la *saisine* hereditaria ha sido rechazada por la práctica unanimidad de la doctrina, lo que obliga a buscar razones de su incorporación en los *pays* de derecho escrito fuera de las fuentes romanas.

Una segunda postura atribuye la incorporación de la *saisine* hereditaria en el Derecho de los *pays de droit écrit* a un error de interpretación de los principios romanos y consuetudinarios por parte de los juristas medievales de estos territorios. En este sentido, sostiene Mercier que la máxima *le mort saisit le vif*, vigente en los *pays* consuetudinarios, recibió en las regiones de derecho escrito una significación alejada de su sentido original. Se interpretó que la máxima confería a los herederos no la propiedad, que ya tenían por la aceptación y para la que no necesitaban de una regla *ad hoc*, sino la posesión de los bienes de la herencia, legitimándolos en consecuencia para el ejercicio de las acciones posesorias y para la continuidad de la prescripción adquisitiva iniciada por el causante. De este modo, la máxima adquirió una dimensión esencialmente posesoria, derogando al principio romano de intransmisibilidad de la posesión. Producto de esta falsa interpretación, la *saisine* hereditaria, originalmente

---

no de la prevalencia del testamento como fuente de la vocación sucesoria respecto de la sucesión *ab intestato*.

<sup>13</sup> THIERCELIN, *cit.*, p. 789. Para SIMONNET, *op. cit.*, pp. 143-146, la extensión de la *saisine* a los herederos testamentarios en los *pays* de derecho escrito se asocia a la responsabilidad ilimitada del heredero testamentario por las deudas de la herencia, situación que inexistente en los *pays* de derecho consuetudinario.

<sup>14</sup> PLANIOL, *cit.*, pp. 447-452.

referida a la propiedad, se metamorfoseó en una noción de nuevo contenido que influyó a su vez en los redactores de las *Coutumes* a partir del siglo XIII tras la expansión del Derecho romano en las regiones del norte de Francia<sup>15</sup>.

Si partimos de que el objeto principal de la *saisine* hereditaria en su sentido primigenio era la transmisión al heredero del derecho de propiedad (*saisine de droit*)<sup>16</sup>, la evolución de la regla *le mort saisit le vif* sería el resultado de una mutua influencia de ambos sistemas jurídicos –el de derecho escrito y el consuetudinario– combinados con la reinterpretación de los principios romanos, tras la que se fue desdibujando la esencia de la *saisine* hereditaria consuetudinaria para quedar asimilada a la transmisión de la posesión. Esta parece ser la concepción de la *saisine* que informa el espíritu del *Code civil*.

### 2.1.2. La indefinible *saisine* del Código civil francés. Críticas actuales a la noción

De manera uniforme, las primeras interpretaciones de la *saisine* hereditaria en el *Code* se construyen sobre la base de la posesión (1). La reacción de la doctrina posterior parte de dos negaciones fundamentales: la *saisine* no debe confundirse con la transmisión de la propiedad ni tampoco de la posesión (2), pero fracasan en el intento de formular una definición satisfactoria de la institución (3).

#### 1) Primeros intentos de definición positiva

Rebelde a ser reducida a los estrictos moldes romanos, la *saisine* como modo de apropiación de los bienes no tiene cabida en la obra codificadora<sup>17</sup>. Sin embargo, la pervivencia de la regla consuetudinaria «*le mort saisit le vif*» en el artículo 724<sup>18</sup> evidencia la solución transaccional entre el sistema de costumbres y el sistema de derecho escrito adoptada por el Código Civil francés en materia sucesoria. Los autores del siglo XIX abandonan la dicotomía del antiguo Derecho entre *saisine de droit* (propiedad) y *saisine de fait* (posesión) y se esfuerzan por ofrecer un contenido unitario

<sup>15</sup> MERCIER, *op. cit.*, pp. 125-129.

<sup>16</sup> KLIMRATH, H., « Étude historique sur la saisine, d'après les coutumiers du Moyen Âge », *Travaux sur l'histoire du droit français, recueillis et précédés d'une préface par L.A. Warnkoenig*, t. II, Joubert, Paris, 1843, p. 348. La « *saisine de droit* » en el Derecho consuetudinario francés es para el autor, sinónimo de propiedad: *vid.* pp. 369-370. En contra de esta terminología: CHAMPEAUX, E., *Essai sur le «vestitura» ou saisine et l'introduction des actions possessoires dans l'ancien droit français*, Paris, 1898, pp. 201-202, quien considera que no hay más que una *saisine* y un solo modo de transferencia de la *saisine*, sea real, sea simbólico.

<sup>17</sup> Apunta CRÉTEAU, É., « La saisine héréditaire dans la doctrine du XIX siècle », *Revue historique de droit français et étranger*, nº 3, 2010, p. 428 que fuera de la materia sucesoria, la *saisine* parece más bien referir a una realidad del antiguo derecho que a una institución del Código Civil ya que este último, en materia de poder sobre las cosas, sólo reconoce la propiedad (plena o *demembrée*) y la posesión.

<sup>18</sup> Artículo 724 (versión original). *Les héritiers légitimes sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt, sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession: les enfants naturels, l'époux survivant et la République, doivent se faire envoyer en possession par justice dans les formes qui seront déterminées.*

de la *saisine* hereditaria en el nuevo Código Civil<sup>19</sup>. Todos parecen entenderse alrededor de la posesión como núcleo o elemento vertebrador de una noción de *saisine* que tiene por objeto la masa hereditaria en su conjunto y que se adquiere por los herederos desde el momento de la apertura de la sucesión y antes de toda aprehensión material de los bienes hereditarios. Una fórmula convertida en un clásico doctrinal es aquella que ve en la *saisine* «la investidura legal o de pleno derecho de la posesión»<sup>20</sup> o «la autorización legal para comportarse *de plano* como poseedor de la herencia»<sup>21</sup> y ejercitar las acciones del causante, tanto en su aspecto activo como pasivo, incluidas las acciones posesorias. Desde este punto de vista, los efectos de la *saisine* se reducen esencialmente a la toma de posesión respecto de los bienes hereditarios y del ejercicio de las acciones<sup>22</sup>.

De este modo, la atribución de pleno derecho de la posesión con independencia de todo señorío efectivo sobre los bienes en virtud de la máxima «*le mort saisit le vif*» introduce una excepción en la tradición romana seguida por el *Code*, la cual exige la presencia del *corpus* y el *animus* como elementos configuradores del hecho posesorio. Para explicar la anomalía, la doctrina del siglo XIX acude a las nociones de «*saisine civile*» o «*de droit*», dándoles un nuevo significado, no en el sentido de «*saisine de propiedad*», sino como sinónimo de «posesión civil»<sup>23</sup> o ficción de posesión<sup>24</sup>. Para algunos, se trataría no de la posesión *stricto sensu*, sino de una cualidad de la posesión

<sup>19</sup> POTHIER, *op. cit.*, p. 145, recoge estas dos modalidades de *saisine*, llegando a asimilarlas en sede sucesoria cuando comenta la máxima «*le mort saisit le vif*» en el art. 318 de la *Coutume de Paris*, al entender que con esta regla se transmite al heredero no sólo la propiedad, sino también la posesión, apartándose en este punto del Derecho romano. Pero los redactores del *Code* no retoman la distinción, y dan a la *saisine* una connotación puramente posesoria. «*Mais autre chose est la propriété, autre chose est la saisine*», diría el tribuno Jaubert, «*Rapport fait au tribunal, par le tribun Jaubert (de la Gironde), au nom de la section de législation sur le titre II livre III, du code civil*», en CONSEIL D'ÉTAT, *Motifs et discours prononcés lors de la publication du code civil, par les divers orateurs du conseil d'État et du tribunal*, Fermin Didot Frères, Paris, 1838, p. 409.

<sup>20</sup> MARCADE, V.-N., *Explication théorique et pratique du Code civil contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence*, t. III, 8<sup>e</sup> éd., Delamotte, Paris, 1892, p. 35; PROUDHON, *op. cit.*, p. 124; BAUDRY-LACANTINERIE, G., *Précis de droit civil*, t. 2, Larose et Forcel, Paris, 1888, p. 20.

<sup>21</sup> PLANIOL, M. y G., *Traité pratique de droit civil français*, t. IV, *Successions*, 2<sup>e</sup> éd., L.G.D.J., Paris, 1956, p. 323.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 289. Para BAUDRY-LACANTINERIE, *op. cit.*, p. 21, ejercer las acciones activa o pasivamente, es realizar un acto de posesión.

<sup>23</sup> Para PROUDHON, *op. cit.*, pp. 124-125, hay dos especies de *saisine*: la *saisine naturelle* o *de fait* y la *saisine civile* o *de droit*. La primera opera cuando el adquirente propietario toma posesión real y de hecho del fundo. La segunda es aquella que, conforme al antiguo adagio *le mort saisit le vif*, tiene lugar por la sola disposición legal, cuando declara que el heredero es *saisi* de pleno derecho de los derechos y acciones del causante. Utilizan el término «posesión civil», entre otros, DU CAURROY, A.-M., avec la collaboration de BONNIER, E., et Roustain, J.B.P., *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, Thorel, Paris, 1851, p. 286 y BAUDRY-LACANTINERIE, *op. cit.*, p. 20.

<sup>24</sup> THIERCELIN, *cit.*, pp. 790-791; BOILEUX, J. M., *Commentaire sur le code Napoléon : contenant l'explication de chaque article séparément, l'énonciation, au bas du commentaire, des questions qu'il a fait naître, les principales raisons de décider pour et contre, l'indication des passages des divers ouvrages ou les questions sont agitées et le renvoi aux arrêts*, 6<sup>e</sup> éd., Marescq et Dujardin, Paris, 1866, p. 35 ; DU CAURROY, *op. cit.*, p. 285.



que la hace susceptible de efectos civiles<sup>25</sup>. Estos efectos consisten en dotar al heredero beneficiario de la *saisine* de todas las ventajas del poseedor, estando legitimado para tomar por sí mismo y sin intervención de ninguna autoridad la posesión de los bienes hereditarios, ejercer las acciones posesorias frente a terceros detentadores y continuar la usucapión iniciada por el causante<sup>26</sup>.

## 2) Definición por eliminación

La *saisine* no equivale a transmisión de la propiedad. Siguiendo a Pothier<sup>27</sup>, entre los primeros comentaristas del *Code* se extendió la opinión que atribuía a la *saisine* el efecto de transmitir de forma inmediata el derecho sobre los bienes de la herencia a los herederos del sucesor beneficiario de la *saisine* si al menos éste sobrevivía un instante al difunto<sup>28</sup>, pero la doctrina posterior negó contundentemente dicha consecuencia. Los herederos desprovistos de la *saisine* transmitían igualmente a los suyos el patrimonio hereditario adquirido de su causante<sup>29</sup>, demostrándose que la transmisibilidad de la herencia es un efecto del fenómeno sucesorio, y no de la *saisine* en sí misma<sup>30</sup>.

No es dable, por otra parte, confundir la *saisine* hereditaria con la transmisión inmediata de la propiedad de los bienes, puesto que la misma recae sobre la integridad de la masa hereditaria (indivisibilidad de la *saisine*), tanto sobre los bienes que son objeto de la propiedad del heredero beneficiario de la *saisine* como de aquellos que constituyen la propiedad de los sucesores desprovistos de *saisine*. De este modo, los sucesores irregulares, los legatarios particulares y a título universal, así como los herederos testamentarios en presencia de reservatarios<sup>31</sup>, adquieren la propiedad desde la apertura de la sucesión, no así la *saisine*, que deberán obtener mediante la entrega o por el procedimiento de envío en posesión. En cambio, los herederos legítimos y los herederos testamentarios en ausencia de reservatarios ostentan la *saisine* sobre la totalidad de los bienes hereditarios pero no la propiedad sobre cada uno de ellos<sup>32</sup>. Por consiguiente, la discriminación legal en la atribución de la *saisine*

<sup>25</sup> DU CAURROY, *op. cit.*, p. 283; Demolombe, *op. cit.*, pp. 155-156.

<sup>26</sup> MARCADE, *op. cit.*, p. 35; DURANTON, A., *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 6, Thorel, Paris, 1844, p. 76; F. LAURENT, F., *Principes de droit civil français*, t. 9, Bruylant, Bruxelles, 1873, pp. 273-274.

<sup>27</sup> POTHIER, *op. cit.*, pp. 144-145.

<sup>28</sup> CHABOT DE L'ALLIER, G.-A., *Commentaire sur la loi du 29 germinal an XI, relative aux successions, formant le titre I<sup>er</sup> du livre III<sup>e</sup> du Code civil*, Rondonneau, Paris, 1805, p. 17; DURANTON, *op. cit.*, pp. 69-70.

<sup>29</sup> El fundamento alegado por DEMOLOMBE, *op. cit.*, p. 167 logra salvar la inexactitud de la explicación, al entender que de lo que se trataba era de la *saisine* de propiedad y no de la posesión.

<sup>30</sup> DU CAURROY, *op. cit.*, p. 286; MARCADE, *op. cit.*, p. 35; ACOLLAS, É., *Manuel de droit civil à l'usage des étudiants: contenant l'exégèse du Code Napoléon et un exposé complet des systèmes juridiques*, t. 2, Thorin, Paris, 1869, p. 46.

<sup>31</sup> Con el nombre de «reserva» designa el Código civil francés aquella parte del patrimonio hereditario de la cual el testador no puede disponer, sino que la ley «reserva» a determinados parientes del causante, llamados herederos reservatarios (art. 912).

<sup>32</sup> DEMOLOMBE, *op. cit.*, p. 180; PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, pp. 319-320.

supone la ruptura de la ecuación entre ésta y la transmisión de la propiedad por vía sucesoria.

*La saisine no equivale a transmisión de la posesión.* Razonando por eliminación, la doctrina contemporánea descarta, además, la sinonimia entre *saisine* y posesión hereditaria. La teoría de la ficción de posesión o de la «posesión civil» propuesta por los primeros comentaristas no recibió eco en la doctrina posterior. Se entiende que la posesión, como noción de hecho integrada por el *corpus* y el *animus*, no se concilia con la idea de una atribución desconectada de dichos presupuestos<sup>33</sup>, y su transmisión obedece a un régimen jurídico propio en el Código civil que opera con independencia de la atribución legal de la *saisine*<sup>34</sup>. La muerte no constituye una causa de interrupción de los efectos posesorios, por lo que los sucesores que no ostentan la *saisine* también continúan la posesión *ad usucapionem* iniciada por el causante, pueden invocar la prescripción adquisitiva a su favor y se benefician de la protección posesoria. Del mismo modo, la unión de posesiones tiene lugar en favor de heredero, que éste tenga o no la *saisine*<sup>35</sup>.

### 3) ¿Qué es la saisine? Constat d'échec en la doctrina

Por su complejidad conceptual, la *saisine* ha merecido los calificativos más desfavorables por parte de la doctrina. De ella se ha dicho que es una noción «inútil y anticuada»<sup>36</sup>, que «contradice todos los fundamentos» del derecho francés<sup>37</sup>, que «nada quiere decir y que no sirve para nada»<sup>38</sup>, una «cosa oscura», una «mera expresión jurídica que a causa de los recuerdos que despierta, carece absolutamente de nitidez y hace surgir toda suerte de controversias»<sup>39</sup>.

Ante el fracaso de los intentos de definición positiva basados en la transmisión de la posesión o de la propiedad de los bienes, y lo insatisfactorio de proceder por exclusión o eliminación, la doctrina contemporánea intenta construir la noción a partir de sus efectos.

Grimaldi presenta la *saisine* como la «habilitación legal» para el ejercicio de los derechos del causante, produciéndose de esta manera una disociación entre la

<sup>33</sup> MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., MAZEAUD, J., [et al.], *Leçons de droit civil*, t. IV, *Successions*, Montchrestien, Paris, 1999, pp. 434-435.

<sup>34</sup> MAURY, J., « Réquisitoire contre la saisine », en P.-H. Antonmattei (dir.), *Mélanges Christian Mouly*, Litec, Paris, 1998, p. 341.

<sup>35</sup> PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, pp. 319-321 ; TERRE, F., LEQUETTE, Y., et GAUDEMET, S., *Droit civil: les successions, les libéralités*, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, Paris, 2014, p. 570; DROSS, *cit.*, nº 163; MAURY, *cit.*, p. 341; VIALLETON, « La place de la saisine dans le système dévolutif français actuel » en *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Dalloz & Sirey, Paris, 1961, p. 285; MALAURIE, P., *Les successions, les libéralités*, 4<sup>e</sup> éd., Defrénois, Paris, 2010, p. 91.

<sup>36</sup> BONNIN, A., *Etude critique de la notion de saisine*, Imprimerie Maulde, Paris, 1899, p. 91.

<sup>37</sup> J. MAURY, *loc. cit.*, p. 350.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 350.

<sup>39</sup> ACOLLAS, *op. cit.*, p. 42.

titularidad de los derechos, transmitida a todos los derechohabientes, y su ejercicio, que corresponde en exclusiva a aquellos que se benefician de la *saisine*<sup>40</sup>. Desde esta óptica, la *saisine* consistiría en el mecanismo legal que permite salvaguardar la integridad de la herencia, impidiendo la intromisión en la gestión de los bienes hereditarios de aquellos sucesores instituidos por testamento, y cuyo título debe ser verificado, por considerarlo el legislador especialmente susceptible de falsificación o irregularidad<sup>41</sup>. Es esta función de control o de «policía de la herencia» la que justifica la disociación excepcional entre la titularidad y el ejercicio de los derechos hereditarios. Sobre esta base, se ha llegado a afirmar la existencia de un principio sucesorio según el cual aquellos cuyos derechos a la herencia son establecidos de manera insuficiente no pueden ejercitarlos hasta que no sean debidamente controlados, creándose, por consiguiente, una verdadera «incapacidad legal de ejercicio» que afecta a los sucesores testamentarios<sup>42</sup>.

En su estudio crítico sobre la *saisine*, Maury apunta que semejante disociación conduce a sostener la existencia de una «aptitud jurídica» que no encuentra parangón alguno en las situaciones legalmente reconocidas de actuación eficaz en la esfera jurídica ajena (a través del mecanismo de la representación), porque en todas ellas el que ejercita los derechos actúa en nombre e interés de su titular, no siendo así en el caso del sucesor investido de la *saisine*, cuyo interés se opone precisamente al del sucesor desprovisto de ella<sup>43</sup>. En un esfuerzo por desentrañar la naturaleza jurídica de la *saisine*, el autor descarta, además, que se trate de un derecho subjetivo o de una prerrogativa jurídica, pues afirmarlo conduciría a encerrarse en un círculo vicioso. Siendo que la posesión no es un derecho subjetivo sino una situación de hecho, no puede defenderse la existencia de un «derecho» de posesión con independencia del señorío efectivo sobre los bienes<sup>44</sup>. Con justificado pesimismo, el autor concluye que la *saisine* es una noción rebelde a cualquier análisis, no pudiendo ser asimilada a ninguna de las instituciones civiles existentes<sup>45</sup>.

## 2.2. La posesión civilísima como verdadera posesión

En el sistema español no se plantea la dificultad terminológica que supone, para el Código civil francés, la presencia de una institución cuya única invocación la encontramos en sede sucesoria, sin hallar correspondencia alguna en el catálogo legislativo de los *ius ad rem*. En el sistema español, no se discute la calificación de la posesión civilísima como supuesto especial posesorio (A), y su admisión como verdadera y plena posesión vacía de contenido toda discusión sobre las contradicciones que la misma engendra en el plano conceptual (B).

<sup>40</sup> GRIMALDI, M., *Droit civil : successions*, 6<sup>e</sup> éd., coll. Manuels JurisClasseur, Litec, Paris, 2001, p. 405.

<sup>41</sup> *Idem*, pp. 405-406.

<sup>42</sup> DROSS, *cit.*, nº 22.

<sup>43</sup> MAURY, *cit.*, pp. 342-343.

<sup>44</sup> *Idem*, pp. 340-341.

<sup>45</sup> *Idem*, p. 344. Al mismo *constat d'échec* llega CRÉTEAU, *cit.*, p. 442, quien sugiere aceptar el término como parte de de esos «*concepts mous*» del Derecho francés.

### 2.2.1. La posesión civilísima como supuesto especial posesorio

En la actualidad, el concepto mismo de la posesión civilísima en el Derecho español goza de una pacífica unidad interpretativa, entendida como aquella posesión que se adquiere por ministerio de la ley y sin necesidad de aprehensión material de su objeto. La opinión contraria no refuta los presupuestos de la definición, sino que niega la existencia misma de la institución, considerando que la transmisión *ipso iure* de la posesión del causante al heredero es una idea extraña al Código civil<sup>46</sup>.

Aceptada por la doctrina la calificación de la posesión civilísima como un tipo de posesión que se caracteriza por su transmisión *ope legis* con independencia de la efectiva aprehensión<sup>47</sup>, sólo se trata de explicar las contradicciones aparentes que este especie de posesión engendra en relación con la teoría general de la posesión en tanto derecho real que se constituye por la conjunción del *corpus* y el *animus*. De este modo, el legislador español descarta eventuales confusiones terminológicas, al tiempo que abre una puerta a la discusión sobre el significado del calificativo «civilísima», que viene a colocar a la institución sucesoria fuera de los marcos del concepto clásico de posesión que exige el hecho material o natural de la aprehensión<sup>48</sup>.

El uso del adjetivo «civilísima» para calificar la situación posesoria *sine corpore* se extendió entre los intérpretes y glosadores del Derecho común, basándose a su vez en un texto de Baldo referido a un caso de *traditio* simbólica<sup>49</sup>. En este sentido se pronunciaban los comentaristas de la Ley 45 de Toro que excepcionalmente reconocía en favor del sucesor en el mayorazgo, la posesión sobre los bienes integrantes del mismo, sin necesidad de acto alguno de aprehensión material (*corpus*)<sup>50</sup> ni de voluntad

<sup>46</sup> ROCA SASTRE, R. M., «La adquisición hereditaria de la posesión», *RGLJ*, XXV, 1953, p. 333; GÓMEZ DÍEZ, *op. cit.*

<sup>47</sup> Especialmente crítico de la expresión «posesión civilísima» se muestra GARCÍA GARRIDO, M., «De la *bonorum possessio* a la posesión civilísima», *Revista de Derecho Notarial*, nº 55, 1967, p. 144, quien considera que «la posesión puede ser civil, en contraposición a la natural, o no civil, pero no puede ser más que civil o lo más civil que existe» (p. 116), y concluye diciendo que la misma es una noción vulgarísima, «no aportando nada nuevo que pueda servir para el progreso del Derecho» (p. 152).

<sup>48</sup> ALBALADEJO, M., «Art. 885», *Comentarios al Código Civil*, t. XII, v. 1, Edersa, Madrid, 1981, p. 313, explica la denominación de civilísima «por basarse no en hechos, sino en el precepto *civil* que la establece, en cuya virtud, aun no poseyendo *de verdad*, los efectos que se siguen para el heredero y la situación que se le atribuye la ley, son como si poseyese, por lo que *legalmente* es un poseedor, o si se quiere, es un poseedor *civilísimo*. »

<sup>49</sup> *Vid.* GARCÍA GARRIDO, «De la *bonorum possessio* a ...», *cit.*, p. 117.

<sup>50</sup> «Mandamos que las cosas que son de mayorazgo, agora sean villas, ó fortalezas, ó de otra qualquier calidad que sean, muerto el tenedor del mayorazgo, luego sin otro acto de aprehension de posesion, se transpase la posesion civil é natural en el siguiente en grado, que segun la disposicion del mayorazgo debiere suceder en él, aunque haya otro tomado la posesion dellas en vida del tenedor del mayorazgo, ó el muerto, o el dicho tenedor la haya dado la posesion de ellas. »

de poseer (*animus*)<sup>51</sup>. Esta posesión que hacía abstracción del señorío efectivo sobre los bienes prevalecía sobre toda situación fáctica contradictoria. La disposición citada es el antecedente en el Derecho histórico español del actual artículo 440 del Código civil que postula la transmisión de la posesión del causante al heredero.

Para explicar la «anomalía» de una situación posesoria carente del elemento material, se ha acudido a diversas denominaciones doctrinales que describen un tipo posesorio peculiar: posesión inmaterial o espiritualizada<sup>52</sup>, incorporal<sup>53</sup> o fingida<sup>54</sup>, que podría transformarse en posesión efectiva o de hecho por la aprehensión directa de los bienes, o mediante el ejercicio del interdicto de adquirir<sup>55</sup>. Separada del elemento fáctico que reposa en el hecho material de la aprehensión, la posesión civilísima ha sido calificada como «poder jurídico» o «derecho» que corresponde al heredero sobre los bienes que poseía el causante<sup>56</sup>. Algunos autores que defienden la naturaleza de la posesión civilísima como derecho transmisible, sostienen que lo transmitido no es el *ius possessionis*, propio del poseedor de hecho, sino el *ius possidendi* o *ius ad possessionem*, es decir, el *derecho a poseer*, a ocupar por sí la cosa<sup>57</sup>. A esta opinión se

<sup>51</sup> «Igualmente procede la traslación de la dicha posesión civilísima aunque el sucesor sea infante, furioso, mentecato, ó mudo y sordo por naturaleza; porque aunque á estos les falta ánimo y voluntad para adquirir, les suple este defecto la misma ley»: GÓMEZ, A., en P. Nolasco de Llano, *Compendio de los comentarios extendidos por el maestro Antonio Gómez a las ochenta y tres Leyes de Toro*, Imprenta Real, Madrid, 1795, p. 196.

<sup>52</sup> ESPÍN CÁNOVAS, D., «La adquisición de la posesión inmaterial en el Derecho español», en *Cien estudios jurídicos del profesor Dr. Diego Espín Cánovas: colección seleccionada desde 1942 a 1996*, III, Centro de estudios registrales, Madrid, 1998, p. 1589; MORALES MORENO, A.-M., *Posesión y usucapión: estudio de la posesión que conduce a la usucapión en el Código civil español*, CSIC, Madrid, 1972, p. 67.

<sup>53</sup> ECHEVARRÍA DE RADA, T., «Algunas cuestiones sobre el artículo 440 del Código Civil», en L. Martínez-Calcerrada y Gómez (coord.), *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, t. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, p. 1845; GARCÍA VALDECASAS, G., «De nuevo sobre la adquisición de la herencia», *RDP*, v. 35, 1951, nº 12, p. 993.

<sup>54</sup> GARCÍA VALDECASAS, G., «La adquisición de la herencia en el Derecho español», *RDP*, v. 28, 1944, nº 2, p. 108; GARCÍA GARRIDO, «De la *bonorum possessio* a ...», *cit.*, p. 124.

<sup>55</sup> GARCÍA VALDECASAS, «De nuevo sobre la adquisición de la herencia», *cit.*, p. 993; GARCÍA GARRIDO, «De la *bonorum possessio* a ...», *cit.*, p. 121; ECHEVARRÍA DE RADA, *cit.*, p. 1853; COCA PAYERAS, M., en C. Paz-Ares Rodríguez *et al.* (dir.), *Comentario del Código Civil*, t. I, Secretaría General Técnica, Centro de publicaciones, Madrid, 1991, p. 1190. *Vid.* STS (1ª) 21 octubre 2008, según la cual el interdicto de adquirir es el medio de convertir la investidura legal del art. 440 del Código civil en investidura real, y de este modo hacer notoria la posesión civilísima del heredero.

<sup>56</sup> ALBALADEJO, M., «Adquisición y pérdida de la posesión», *RDP*, v. 47, nº 2, 1963, pp. 117, 120. Para este autor, se adquiere la posesión como derecho por realizar el acto al que la ley liga tal adquisición (artículo 438 CC). Según CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. 2, v. 1, 14ª ed., Reus, Madrid, 1992, p. 665, precisamente la transmisibilidad de la posesión por vía hereditaria confirma su naturaleza de relación jurídica; CALVO MEJIDE, A., *La posesión en el Derecho hereditario*, Trivium, Madrid, 1991, p. 25. Para MARTÍN PÉREZ, A., «Art. 440», en M. Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. VII, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1993, p. 170, esta posesión «tiene todo el aspecto de un mero derecho creado por la ley y no de un hecho por obra del hombre». De esta calificación encontramos igualmente referentes en el Derecho histórico siguiendo a GÓMEZ, A., *op. cit.*, p. 195.

<sup>57</sup> ALBALADEJO, M., «Concepto, estructura y clases de posesión», *RDP*, v. 46, nº 7, 1962, p. 590; GARCÍA GARRIDO, M., *cit.*, p. 124, según el cual, sólo se entiende transmitida la posesión si los herederos ejercitan contra los poseedores actuales los interdictos posesorios; PUIG BRUTAU, F., *Fundamentos de Derecho Civil*,

le ha objetado que lo transmitido *ex lege* es la misma situación jurídica posesoria en que se encontraba el causante, ya sea como poseedor mediato o inmediato. En este último caso, el ordenamiento prescinde de la titularidad dominical que está en la base del derecho a poseer, para interesarse únicamente por las facultades derivadas del hecho posesorio del causante, y dentro de ellas, de un «derecho a seguir poseyendo» que corresponde al poseedor de hecho<sup>58</sup>. La transmisión del *ius possidendi* que habilita al heredero a tomar posesión de los bienes es propia de los sistemas que siguiendo los principios romanos, descartan la posesión civilísima como institución<sup>59</sup>.

## 2.2.2. Irrelevancia de la discusión sobre la naturaleza de la posesión civilísima

El defecto de ocupación no obsta, empero, al reconocimiento en favor del heredero, de la calidad jurídica de poseedor, dotada de plena legitimación para actuar la tutela posesoria mediante el ejercicio de los interdictos de adquirir y de recobrar la posesión por la perturbación o despojo acaecidos tanto antes como con posterioridad al fallecimiento del causante<sup>60</sup>. La posesión así concebida, es un derecho, y no un estado de hecho<sup>61</sup>.

---

t III, v. 1, Bosch, Barcelona, 1953, pp. 63 ss y V, Barcelona, 1961, p. 338. En contra: VALLET DE GOYTISOLO, J.-B., *Apuntes de Derecho sucesorio*, RDP, Madrid, 1955, pp. 897-898, para quien la posesión civilísima del artículo 440 del Código Civil no es una emanación del derecho a poseer, sino que es una posesión real y verdadera, aunque no material. Para MARTÍN PÉREZ, «Art. 440», *cit.*, p. 182, no puede hablarse de un derecho a poseer cuando el heredero tiene la condición de poseedor. En opinión de DE LOS MOZOS, J. L., «La adquisición de la posesión en los legados», *ADC*, v. 15, nº 4, 1962, pp. 868-870, no se trata de una posesión ideal ni fingida (lo que se finge es el *corpus*), ni una sucesión en el derecho de poseer (se puede poseer sin derecho), pero es una posesión sobre la masa hereditaria y no sobre bienes particulares, que da derecho a ocupar materialmente cada una de las cosas hereditarias por su propia autoridad.

<sup>58</sup> Este *ius possessionis* traducible en un «derecho a seguir poseyendo» se transmite por sucesión, del mismo modo que el resto de los derechos del causante: LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, t. III, *Derechos reales*, v. 1, *Posesión y propiedad*, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1990, p. 33. Por el artículo 440 del Código Civil, «el heredero ingresa, en el momento de aceptar y sin necesidad de contacto físico, en cualquier posesión que tuviere el causante, como propietario, usufructuario, depositante, depositario, arrendador, arrendatario, precarista: LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, V, *Sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 31.

<sup>59</sup> Es el sistema adoptado por el Derecho Civil de Cataluña, conforme al cual el heredero adquiere con la aceptación el *ius possidendi* o «derecho a poseer» los bienes de la herencia, pero no la posesión real: TORRELLES I TORREA, E., *La Possessió civilíssima i la possessió de l'hereu : sistemes d'adquisició de la possessió mortis causa*, Fundació Jaume Callís, Barcelona, 1994, pp. 34-35; PUIG I FERRIOL, L., en M. Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XXVIII, v. 1, Edersa, Madrid, 1982, p. 30. Según el artículo 411-6 del Código civil de Cataluña, que retoma el artículo 98-2 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, «el heredero que acepta la herencia sólo tiene su posesión si la toma, y se entiende que continúa la del causante sin interrupción».

<sup>60</sup> GARCÍA VALDECASAS, «De nuevo sobre la adquisición de la herencia», *cit.*, p. 994; ECHEVARRÍA DE RADA, *cit.*, p. 1849; DE LOS MOZOS, *loc. cit.*, p. 870; J.-B. VALLET, *op. cit.*, p. 291; GARCÍA GARRIDO, «De la *bonorum possessio* a ...», *cit.*, p. 124.

<sup>61</sup> «El hecho posesorio es hecho para la ley y surge cuando cumple las condiciones que ésta predetermina»: MARTÍN PÉREZ, «Art. 440», *cit.*, p. 181.

La posesión civilísima, erróneamente asimilada a la *saisine* francesa, y a la *Gewere* ideal del Derecho germánico, ha sido vista como una ficción legal de posesión<sup>62</sup>. Sin embargo, la idea de la ficción jurídica de posesión es rechazada por la doctrina mayoritaria<sup>63</sup>, al considerar que la posesión civilísima es real y verdadera posesión, aunque no material<sup>64</sup>. Lo que es objeto de ficción es el *corpus* posesorio o el hecho material de la aprehensión, del cual prescinde el legislador para derivar en favor del heredero el conjunto de efectos de la posesión<sup>65</sup>.

En realidad, se llega al mismo resultado práctico, fingiendo el *corpus* que diciendo que es posesión espiritualizada, inmaterial o incorporeal, o que es un derecho transmisible<sup>66</sup>, si el heredero se beneficia de las consecuencias de toda situación posesoria. Que se considere la posesión como hecho, y por consiguiente, de imposible transmisión al heredero si éste no ha ocupado por sí la cosa, adquiriendo simplemente un mero *ius possidendi* o derecho a poseer como consecuencia de la *successio in universum ius defuncti*, con la consiguiente legitimación para actuar la tutela posesoria; o que se considere la posesión como poder jurídico o derecho transmisible *ope legis*, se llega a la conclusión de atribuir al heredero la condición de poseedor con los mismos efectos de la posesión fundada en la aprehensión material. Otra cosa es el momento en que estas consecuencias se producen, si desde la muerte o desde la aceptación.

<sup>62</sup> ROCA SASTRE, *cit.*, p. 382. CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.*, p. 689, la llama «posesión presunta o ficticia, independiente del hecho material y efectivo de la posesión». Considera PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, t. V, v. 1, 3ª ed., Barcelona, Bosch, 1990, pp. 306-307 que «lo ficticio viene de la forma en que está prescrita la protección. La apariencia de ficción desaparecería si el legislador supiera decir directamente lo que quiere».

<sup>63</sup> Para ESPÍN CÁNOVAS, *cit.*, p. 1589, en el artículo 440 se establece un efecto legal y no una presunción jurídica. Según VALLET DE GOYTISOLO, *op. cit.*, pp. 897-898, la posesión civilísima del artículo 440 del Código Civil no es una ficción legal ni una emanación del derecho a poseer, sino que es una posesión real y verdadera, aunque no material. En el mismo sentido, *vid.* COCA PAYERAS, *loc. cit.*, p. 1189. Estima MARTÍN PÉREZ, «Art. 440», *cit.*, pp. 181-182, que la ley no ha de fingir que existe un hecho (natural) de posesión, sino declarar existente un hecho (jurídico) posesorio.

<sup>64</sup> Ya desde el Derecho intermedio, se estimaba que, en cuanto a sus efectos, la posesión civilísima en nada difería de la posesión material: *vid.* GÓMEZ, *op. cit.*, p. 195: «ni es nueva especie de posesión, y distinta de las demás, ni dexa de ser tan verdadera como estas»; LLAMAS Y MOLINA, S., *Comentario crítico-jurídico-literario a las ochenta y tres leyes de Toro*, t. II, Gaspar y Roig, Madrid, 1853, p. 112, «la posesión que se transfiere por ministerio de la ley es real y verdadera y produce los mismos efectos que la que se adquiere por la natural aprehensión». En el mismo sentido se pronuncia la mayor parte de la doctrina: *vid.* MARTÍN PÉREZ, «Art. 440», *cit.*, p. 177; CALVO MEJIDE, *op. cit.*, p. 15; VALLET DE GOYTISOLO, *op. cit.*, pp. 897-898

<sup>65</sup> DE LOS MOZOS, *cit.*, p. 868, nota 12 y p. 869, nota 17, rechaza el concepto de posesión fingida al considerar que se trata de una posesión ideal, «en cuanto que finge el corpus, pero real, en cuanto puede actuar frente a la otra [la posesión material] y vencerla». En este mismo sentido se pronunciaba S. de Llamas y Molina, *op. cit.*, p. 112, cuando en su comentario a la Ley 45 de Toro deja sentado que al ordenar la transmisión *ipso iure* de la posesión, la ley suple el defecto del acto corporal o exterior de aprehensión, haciendo «como si» se este último presupuesto de hubiera cumplimentado.

<sup>66</sup> «Las situaciones fácticas de la herencia, abstraídas de su condición de hecho y espiritualizadas (lo que potencia su atribución *ipso iure*), entran en cierto modo a formar parte de la herencia como 'posiciones heredables'»: MORALES MORENO, *op. cit.*, p. 67.

Superado el escollo conceptual que supone un tipo de posesión sin *corpus* (el heredero posee sin necesidad de aprehensión efectiva de los bienes)<sup>67</sup> por medio de la atribución *ope legis* del «efecto posesorio», el centro de interés se desplaza hacia el encaje de la posesión civilísima en el sistema sucesorio del Código Civil español.

### 2.3. *Influencia de la posesión civilísima y de la saisine hereditaria en el sistema de adquisición hereditaria*

Situados inevitablemente en el círculo cerrado de la posesión de los bienes de la herencia, la doctrina española busca armonizar el precepto que la consagra con los principios que gobiernan, por una parte, la teoría general de la posesión, y por otra, el sistema de adquisición hereditaria adoptado por el Código civil (A). Mientras que en el Derecho español se trata de un problema no resuelto, el conflicto que desde el punto de vista de la transmisión hereditaria pudo haber suscitado la *saisine* en los albores de la codificación napoleónica carece de toda vigencia en la actualidad (B).

#### 2.3.1. El papel de la aceptación en el sistema español de transmisión hereditaria de la posesión

A través del pretendido nexo histórico entre los artículos 440 del Código civil español y 724 del *Code*, queda establecida en la doctrina y en la jurisprudencia la asimilación de la posesión civilísima española a la *saisine* francesa (1). En el centro del debate sobre la transmisión hereditaria de la posesión existe una preocupación de tipo sistémica sobre el rol de la aceptación del heredero dentro del sistema sucesorio, siendo la principal inquietud la necesidad de coordinar la adquisición de la herencia con la adquisición sucesoria de la posesión (2).

##### 1) *La saisine hereditaria como fuente de inspiración del artículo 440 del Código civil español*

La creación por el legislador de un tipo posesorio especial, que se transmite espiritualizadamente del causante al heredero, es una institución extraña a los principios jurídicos imperantes en el Derecho común que exigen la aprehensión material para la adquisición de la posesión siguiendo la más pura tradición romana<sup>68</sup>. La falta de consagración de la posesión civilísima como solución general en sede sucesoria en las fuentes patrias anteriores a la codificación obliga a reconocer la existencia de un principio directamente importado de otros sistemas jurídicos.

<sup>67</sup> El elemento volitivo o *animus* viene igualmente «creado» o «presumido» por la propia ley: CALVO MEJIDE, *op. cit.*, p. 24-25; DE LOS MOZOS, *cit.*, pp. 868-869.

<sup>68</sup> En el Derecho histórico, este principio romano recibió una derogación en lo relativo a la sucesión en los mayorazgos de la Ley 45 de Toro y la Novísima Recopilación. Otros supuestos de posesión civilísima se mencionan en CALVO MEJIDE, *op. cit.*, pp. 42-43 y en DUALDE, J., *La Posesión civilísima*, Aries, Barcelona, 1959.



La mayoría de los autores y la jurisprudencia dominante sitúan el origen del artículo 440 del Código civil español en el artículo 554 del Proyecto de Código Civil de 1851<sup>69</sup>, a su vez inspirado en el artículo 724 del Código napoleónico que recoge la institución de la *saisine* hereditaria<sup>70</sup>. La doctrina española ha asimilado de forma casi unánime la posesión civilísima con la *saisine* hereditaria, atribuyendo a ambas instituciones idénticas consecuencias<sup>71</sup>.

A esta explicación sobre el origen del artículo 440 Cc se opuso Roca Sastre, arguyendo que el Código civil español permaneció fiel al principio romano según el cual la posesión es intransmisible de pleno derecho al heredero, sino que ésta debe adquirirse por la aprehensión material. Prueba de ello es que el apartado primero del artículo 554 del Proyecto de 1851, el cual disponía la transmisión de la propiedad de los bienes hereditarios desde la muerte del causante, fue directamente incorporado en el artículo 661 Cc, no así el apartado segundo que pretendía introducir la regla de la transmisibilidad *ipso iure* de la posesión al heredero. Por lo tanto, al decir de Roca, este artículo no constituye el antecedente inmediato del artículo 440 Cc ni sirve de apoyo para sustentar la tesis germanista de la transmisión sucesoria de la posesión.

Esta opinión ha sido recientemente defendida por Gómez Díez, quien sostiene que el apartado primero del artículo 440 Cc no se inspira de la *saisine* francesa, sino fundamentalmente, del artículo 69 del Código de Zurich, el cual subordinaba la adquisición de la herencia a su aceptación por parte de los herederos (voluntarios o contractuales, pues el heredero legítimo adquiriría *ipso iure* la misma posesión del causante). A diferencia del artículo 724 del Código civil francés que atribuye la *saisine de plein droit* a los herederos, el artículo 440 optó por incorporar la aceptación hereditaria en el supuesto de hecho de la norma, con el fin de condicionar a su existencia, la adquisición de la posesión por el heredero<sup>72</sup>.

<sup>69</sup> Esta norma disponía que «los herederos suceden al difunto por el solo hecho de su muerte, no sólo en la propiedad, sino también en la posesión».

<sup>70</sup> GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, tomo II, Ignacio Boix, Madrid, 1852, p. 11, en el artículo 554 del Proyecto de 1851, pp. 10-11, citando las disposiciones de los códigos civiles sardo, francés y holandés favorables a la transmisión hereditaria de la posesión, afirma que «se ha preferido la doctrina de los códigos modernos a la del Derecho Romano y Patrio». En contra: GÓMEZ DÍEZ, *op. cit.* pp. 34-46. Según la STS (1ª) 3 junio 1947, «el principio jurídico de que los herederos son continuadores de la personalidad patrimonial del causante no tuvo en el Derecho romano la trascendencia de conceder a aquellos de pleno derecho la posesión de las cosas específicas que forman parte de la herencia [...] pero a esta doctrina se opone en el Derecho patrio el artículo 440 del Código Civil, que no se inspira en el Derecho romano, sino en el artículo 724 del Código Civil francés y responde a la idea germánica de la posesión [...] por donde se ve que en caso de herencia se produce para el heredero, en nuestro Derecho, la posesión llamada civilísima, que es la que se adquiere por ministerio de la ley, que tiene lugar en el momento de la muerte del *de cuius*, sin necesidad de aprehensión material de la cosa con ánimo de tenerla para sí, como el Derecho romano exigía».

<sup>71</sup> ROCA SASTRE, *cit.*, p. 334; ESPÍN, *cit.*, p. 1557; LLAMAS DE MOLINA, *op. cit.*, p. 1579; GARCÍA VALDECASAS, «La adquisición de la herencia en el Derecho español», *cit.*, p. 101. En contra: VIALLETON, *cit.*, p. 301, quien no ve en el Código Civil español ningún mecanismo análogo a la *saisine* francesa.

<sup>72</sup> Sobre el proceso de elaboración del artículo 440 CC, *vid.* GÓMEZ DÍEZ, *op. cit.*, pp. 34-46.

## 2) Transmisión hereditaria de la posesión y adquisición de la herencia

A pesar de la casi unanimidad doctrinal existente en cuanto a la recepción de la posesión civilísima en el Código civil español que supone el abandono del principio romano de intransmisibilidad hereditaria de la posesión, el juego de la aceptación como presupuesto normativo del artículo 440 divide las interpretaciones del precepto. La opinión más extendida en la doctrina subordina la adquisición de la posesión civilísima a la aceptación del llamado, entendiéndose que una vez operada la misma, el ordenamiento retrotrae los efectos de tal adquisición al momento de la muerte del causante. De este modo, la virtualidad retroactiva de la aceptación no sólo anularía la vacancia de las titularidades hereditarias, sino que cubriría también el interregno posesorio entre el fallecimiento y la aceptación. Para explicar la aparente contradicción que resulta del apartado segundo del artículo 440 según el cual el que repudia la herencia se entiende que no la ha poseído nunca<sup>73</sup>, algunos autores consideran que de lo que se trata no es de destruir una posesión civilísima existente durante la fase de la yacencia hereditaria (art. 440 II CCE), sino de borrar una situación posesoria material en la que podría encontrarse el repudiante<sup>74</sup>. Siguiendo esta interpretación, constatamos una falta de correspondencia entre los supuestos de hecho de ambos apartados del artículo 440, siendo que el primero recogería una posesión espiritualizada (civilísima) y el segundo vendría referido a una posesión material o de hecho (no civilísima).

Parece poco probable que el legislador tuviera en mente dos conceptos distintos de posesión en una misma disposición legal. Más sentido tendría entender que la posesión civilísima (única recogida en el artículo 440 del Código civil) se adquiere inmediatamente, aunque provisoriamente, desde la muerte del causante, y que la aceptación del llamado consolida esta adquisición (apartado I). Consecuentemente, la repudiación del que ha sido llamado destruye la posesión civilísima que le fue atribuida *ipso iure* (apartado II). En esta línea se sitúan los autores que nada ven de incompatible en el hecho de que el heredero ostente la condición de poseedor sin ser propietario de los bienes, a condición de que llegue a aceptar, con lo cual se consolida definitivamente la posesión hasta entonces provisoria<sup>75</sup>.

<sup>73</sup> HERNÁNDEZ GIL, A., *La posesión*, Civitas, Madrid, 1980, p. 317 no ve en los dos apartados del artículo 440 reglas contradictorias entre sí sino reglas correlativas, siendo una la contrapartida de la otra: «La aceptación es una *conditio iuris* de la que dependen los efectos de la transmisión. La repudiación es también una *conditio iuris*, pero de signo opuesto, en cuanto elimina dichos efectos».

<sup>74</sup> ALBALADEJO, M., «La adquisición de la herencia en el Derecho español», *ADC*, v. 8, nº 1, 1955, pp. 24-25; ROCA SASTRE, *cit.*, pp. 350-351, nota 43. Ver COCA PAYERAS, *cit.*, p. 1189 que sostiene en este sentido la inutilidad de recurrir al 440 II en el caso descrito, por considerar que la posesión realizada por el llamado repudiante, al no ser en concepto de dueño, no contradice la posesión civilísima del heredero.

<sup>75</sup> CALVO MEJIDE, *op. cit.*, pp. 65-68; ECHEVARRÍA DE RADA, *cit.*, p. 1849; Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, III, Civitas, Madrid, 1995, p. 613; HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M. D., *La herencia yacente*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 124; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., «Art. 440», en A. Cañizares Laso *et al.* (dir.), *Código Civil comentado*, v. 1, Cizur Menor, Navarra, 2011, p. 1797.

En los extremos de ambas concepciones sobre el momento de adquisición de la posesión civilísima se encuentran dos opiniones enfrentadas en cuanto al sistema de adquisición de la herencia adoptado por el Código civil español. Estas dos posiciones buscan armonizar ambos sistemas (adquisición de la posesión y adquisición de la herencia) mediante la demostración de que los mismos responden a idénticos principios y se inspiran de idénticas fuentes, lo que no cabría sostener la inspiración germánica para uno y la raíz romana para el otro.

En opinión de Roca Sastre, el Código civil español no innova en ninguno de los dos aspectos y sigue con fidelidad el sistema romano de adquisición hereditaria por aceptación y de no transmisibilidad automática de la posesión al heredero. Afirma este autor que debe darse al artículo 440 CC una interpretación conforme al principio romano de continuidad o transmisión de la posesión *ad usucapionem* que supone la atribución al heredero del derecho a completar la usucapión iniciada por su causante. El artículo 440 se limitaría a recoger la *successio possessionis* romana que permite al heredero aprovecharse del intervalo entre la delación y la aceptación para completar el tiempo requerido para la usucapión. Para el autor, no sólo el artículo 440 CC no es argumento para defender el sistema germano que postula la adquisición de la propiedad y de la posesión de los bienes hereditarios en el instante de la apertura de la sucesión, sino que es además una clara manifestación de los principios romanos en los que se asienta el edificio sucesorio del Derecho español.

En sentido contrario, para García Valdecasas, la posesión de los bienes hereditarios es adquirida automáticamente por el heredero en el momento de la apertura de la sucesión, si bien el mismo puede ulteriormente aceptar, con lo cual se consolida el efecto adquisitivo (artículo 440 I del Código Civil), o repudiar la herencia, despojándose por tanto, de un derecho adquirido (artículo 440 II del Código Civil)<sup>76</sup>. La norma del artículo 440 que recoge la posesión civilísima completaría, desde el punto de vista del autor, la del artículo 661 que consagra el sistema germano de adquisición hereditaria<sup>77</sup>. Consciente de la lógica contradicción que, para el sistema germánico, se deriva de la eficacia retroactiva de la aceptación que establece el artículo 989 CC, el autor concluye con asombrosa simplicidad que se trata, no de una contradicción, sino de la «inutilidad o inaplicabilidad de un artículo del Código»<sup>78</sup>. El reconocimiento por el legislador de la posesión civilísima del heredero sería, en opinión del autor, un corolario del sistema germánico de adquisición hereditaria imperante en el Código civil español que engloba, no solamente la transmisión *ope legis* de la herencia, sino también la atribución, sin necesidad de investidura u ocupación, de la posesión ideal o inmaterial sobre la misma.

<sup>76</sup> GARCÍA VALDECASAS, «La adquisición de la herencia en el Derecho español»... *cit.*, p. 108, el apartado II del artículo 440 carecería de sentido si la posesión no se hubiere transmitido antes de repudiar, por lo que es evidente que los poseía antes de la aceptación.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 109.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 113.

Las contradicciones sistémicas que genera la técnica de redacción empleada en el artículo 440 del Código civil y el concepto mismo de posesión civilísima han quedado suficientemente ilustradas en la breve exposición realizada y que a continuación recapitulamos.

De una parte, para los que admiten la existencia de la posesión civilísima, ésta supone la adopción del sistema germano de transmisión hereditaria de la posesión en tanto prescinde del hecho material de la aprehensión. Según la relevancia y la significación que se quiera atribuir a esta forma «germánica» de transmisión posesoria, se verá o no afectada la concepción general del sistema de adquisición de la herencia. Para la generalidad de la doctrina, la existencia de la posesión civilísima resulta perfectamente compatible con el sistema romano de adquisición hereditaria por aceptación, por lo que ambas ideas (transmisión *mortis causa* de la posesión y transmisión de la herencia) estarían desconectadas entre sí<sup>79</sup>.

La posición minoritaria se decanta por el tratamiento unitario de la adquisición de la herencia y de la posesión sobre la misma. Una primera opinión ve en el automatismo de la transmisión hereditaria de la posesión un argumento en favor de la introducción en el Código civil español del sistema germano de adquisición hereditaria<sup>80</sup>. Sin embargo, la oscuridad redaccional del artículo 440 del Código civil ha sido igualmente aprovechada por otra opinión minoritaria en sentido contrario a la última evocada<sup>81</sup> para oponerse a la presencia de una institución de raigambre germánica como es la posesión civilísima del heredero, y por consiguiente, ha servido para defender la coherencia del sistema de transmisión hereditaria tanto en lo que atañe a las titularidades activas y pasivas del caudal, como a la posesión sobre los bienes que lo integran.

### 2.3.2. La condición de heredero y la *saisine*

El debate en torno a la influencia de la *saisine* en el sistema de adquisición hereditaria del Código Civil francés no presenta hoy más que un interés histórico. Si en un principio

<sup>79</sup> Con acierto ha defendido LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., «Posesión y usucapión de bienes hereditarios en el Derecho civil de Cataluña», *RGD*, 555, 1990, p. 8672, la independencia de ambos sistemas y la justificada diferencia de posturas legislativas en materia de transmisión hereditaria de la posesión. Para el autor, esta diferencia se deriva del doble aspecto del fenómeno posesorio, como hecho jurídico y como relación jurídica próxima a la relación de propiedad (*possessio ad usucapionem*). La posesión como relación jurídica separada e independiente de la titularidad dominical explicaría su autonomía y especificidad como objeto de transmisión dentro del mecanismo sucesorio.

<sup>80</sup> GARCÍA VALDECASAS, «La adquisición de la herencia en el Derecho español»... *cit.*, p. 108.

<sup>81</sup> ROCA SASTRE, *cit.*, seguido recientemente por GÓMEZ DÍEZ, *op. cit.*, ver específicamente, pp. 146-147, 161, 245. En opinión de este último autor, la puntuación del texto legal es decisiva. Lo entendido por la norma no es la transmisión de la posesión al heredero, sino tan sólo «sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante» (p. 57). De este modo, el heredero que adquiere la posesión de los bienes hereditarios (con la aprehensión material) se entiende que los ha poseído sin interrupción durante el tiempo intermedio entre la delación y la adquisición de la posesión, siempre que no medien interferencias de terceros (pp. 58-59).

pudo confundirse la investidura posesoria que la *saisine* suponía con el alcance de la responsabilidad por las deudas, y por consiguiente, con el principio de continuación de la personalidad jurídica del causante, la doctrina y la jurisprudencia no tardaron en resaltar la transmisión *ipso iure* del patrimonio hereditario, separando la *saisine* de los efectos derivados de la condición de sucesor en la universalidad (1) y desterrando toda idea de adquisición condicional a la aceptación de la herencia. (2).

### 1) *La saisine y la responsabilidad por las deudas de la herencia*

Dentro del elenco de confusiones a las que dio lugar la introducción de la *saisine* en el Código civil francés, se encuentra la pretendida relación entre esta institución y la responsabilidad por las deudas de la herencia. Siguiendo la opinión de Pothier según la cual la *saisine* suponía que todos los derechos y obligaciones del causante se transmiten a sus herederos desde el instante mismo del fallecimiento<sup>82</sup>, los redactores del *Code* y una parte de la doctrina del siglo XIX asociaron la regla consuetudinaria «*le mort saisit le vif*» con el principio romano de continuación de la personalidad del causante por los herederos<sup>83</sup>.

La interpretación del artículo 724 del *Code* se sitúa en el origen de la confusión entre la *saisine* y la responsabilidad *ultra vires* por el pasivo hereditario. Algunos autores vieron en la obligación de pagar las deudas de la herencia una suerte de *conditio iuris* («*sous la condition d'acquitter toutes les charges de la succession*») de la que el legislador hacía depender la investidura del heredero «*saisi*» del conjunto de derechos y acciones del causante.

Aubry y Rau parten de la distinción entre «sucesores universales propiamente dichos», que son a juicio de los autores los verdaderos representantes del causante, y los impropiaamente llamados sucesores universales o a título universal, que sin representar a la persona del causante, tienen vocación a la totalidad o a una parte alícuota de la herencia. Sólo a los primeros correspondería la obligación ilimitada por las deudas hereditarias, mientras que a los segundos, en tanto meros beneficiarios del activo líquido, no cabría más que atribuirles una responsabilidad (a título de contribución y no de obligación) en la medida del valor de los bienes recibidos<sup>84</sup>. El heredero de sangre y el heredero testamentario *saisi* serían –según esta doctrina– «sucesores a la persona», mientras que el heredero testamentario en concurso con un heredero forzoso («reservatario»), el legatario a título universal y el sucesor irregular conformarían la categoría de «sucesores en los bienes».

<sup>82</sup> POTHIER, *op. cit.*, p. 145.

<sup>83</sup> En la exposición de motivos sobre la ley relativa a las sucesiones, en *Code civil des français*, Chez Firmin Didot Libraire, tome I, Paris, 1804, p. 134, el consejero de Estado Treilhard confunde la *saisine* con la continuación de la persona: lo que las *coutumes* habían tan enérgicamente expresado en la regla «*le mort saisit le vif*» es que el heredero ocupa el lugar del causante.

<sup>84</sup> AUBRY, C. et C. RAU, C., *Droit civil français: d'après la méthode de Zachariae*, t. 6, 4<sup>e</sup> éd., Librairie Générale de Jurisprudence, Paris, 1873, pp. 253-260.

Para Laurent, el hecho de que el Código Civil otorgue la *saisine* a los primeros y se la retire a los segundos supone romper con el principio romano según el cual todo heredero voluntario es representante personal del causante, y en esta condición, responsable de las deudas hereditarias incluso con su propio patrimonio. El legislador francés habría optado, al contrario, por vincular la *saisine* a la continuación de la personalidad del causante, y a la obligación *ultra vires* por el pasivo de la herencia<sup>85</sup>.

A esta interpretación se opuso la jurisprudencia de la Corte de Casación francesa en la célebre sentencia *Toussaint de Gérard*, de 13 de agosto de 1851, que reconoce en toda universalidad la existencia de una dimensión activa (derechos) y pasiva (obligaciones), y por consiguiente, a todo beneficiario de una fracción de la universalidad de la herencia como personalmente obligado a responder *ultra vires hereditatis* por las deudas del causante. En este sentido, no cabe la distinción entre el heredero legal, y el que sucede por la voluntad del hombre, por lo que el heredero legítimo, así como el sucesor irregular, el sucesor universal y el sucesor a título universal instituido por testamento, responden del mismo modo y con la misma extensión, de las deudas de la herencia, esto es, confundiendo su patrimonio personal con el patrimonio hereditario. Esta jurisprudencia deja sentado que la categoría de «sucesores en los bienes» (*successes aux biens*), propia del antiguo derecho consuetudinario, no tiene cabida en el *Code Civil*, para el cual sólo existen continuadores de la persona del causante (*successes à la personne*)<sup>86</sup>.

Demolombe desarrolla esta idea, rechazando que la representación del causante y la obligación de responder *ultra vires* por las deudas de la herencia se considere un efecto de la *saisine* legal, cuando en realidad resultan de la sucesión *in universum ius defuncti*, de manera que todo sucesor universal o a título universal, investido o no de la *saisine*, será, exclusivamente en esta calidad, continuador de la personalidad del causante y responsable de las deudas hereditarias incluso con su patrimonio personal<sup>87</sup>. A pesar de algunas sentencias posteriores contrarias a los principios del caso *Toussaint*<sup>88</sup>, la opinión doctrinal mayoritaria se mantuvo fiel a esta jurisprudencia fundamental.

## 2) La *saisine* y la aceptación de la herencia

La contradicción entre los artículos 777 y 785 del *Code* en cuanto a los efectos de la aceptación y la repudiación de la herencia plantearon un nuevo foco de discusión doctrinal en torno a la *saisine*. Se trataba de determinar si la misma era atribuida por el legislador bajo la condición suspensiva de la aceptación, o si, por el contrario, producía sus efectos con independencia de ella. Nuevamente encontramos en las enseñanzas de Pothier la primera huella doctrinal del problema, cuando afirmaba que la *saisine*

<sup>85</sup> LAURENT, *op. cit.*, pp. 275-276.

<sup>86</sup> Véase un análisis detallado de la cuestión en PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, pp. 288-308.

<sup>87</sup> DEMOLOMBE, *op. cit.*, pp. 168-169.

<sup>88</sup> *Vid.* sentencias de 1 de agosto de 1904 y de 28 de febrero de 1927 en materia de fiscalidad sucesoria, citadas y comentadas por PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, pp. 298-299.

quedaba «*en suspens*» mientras el heredero no tomara partido por la aceptación o la renuncia de la herencia: si el heredero aceptaba la sucesión, se presumía que había sido investido de la *saisine* desde el momento de la muerte del causante; si la repudiaba, se entendía que nunca lo había sido<sup>89</sup>. Sobre esta base, algunos autores propusieron la teoría de que la *saisine* nunca se revertía en perjuicio del heredero, contra el cual no podían ser reclamados los créditos de la herencia mientras no hubiere manifestado su voluntad en el sentido de aceptarla<sup>90</sup>.

La doctrina mayoritaria denunció tempranamente lo infundado de esta opinión, destacando el automatismo de la transmisión hereditaria como el rasgo fundamental de esta institución. La atribución de la investidura en que ésta consiste opera de pleno derecho, sin necesidad de manifestación de voluntad alguna por parte del heredero<sup>91</sup>. Por consiguiente, se entiende que la ley presume la aceptación, confiriendo al heredero el derecho de renunciar a la herencia ya adquirida (*nul n'est héritier qui ne veut*), que en caso de tener lugar, anula los efectos legales hasta entonces producidos. La aceptación, en cambio, confirma y vuelve irrevocable la situación existente desde la apertura de la sucesión, por lo que no opera como una condición suspensiva de la *saisine*, sino que los efectos de ésta última son atribuidos bajo la condición resolutoria de la renuncia<sup>92</sup>.

El Código civil francés adopta en este punto la tradición germánica de las *coutumes* y rechaza el principio romano de la yacencia hereditaria que supedita la adquisición de la herencia al presupuesto de la aceptación del llamado. Este sistema de adquisición automática del patrimonio hereditario no puede entenderse separado del fenómeno de la *saisine*, llegando incluso a identificarse con él por una parte de la doctrina, de modo que es el carácter automático e instantáneo de la *saisine* el que ha servido para fundamentar o explicar el sistema francés de adquisición hereditaria desde la muerte del causante. Así lo entiende Dross, para quien la incorporación de la *saisine* al *Code* no supone la intención de resucitar una forma ancestral de apropiación de los bienes, sino que responde a la necesidad de reafirmar el principio de su transmisión automática por causa de muerte<sup>93</sup>.

### 3. FUNDAMENTO Y FUNCIONES

La pretendida analogía entre los artículos 440 del Código Civil español y 724 del *Code* queda desvirtuada cuando se les examina desde el prisma de la función que ambas normas están llamadas a desempeñar. La *saisine* opera como instrumento en manos de los sucesores legales y en su caso, de la autoridad judicial, para controlar la solidez del título de legatarios y herederos testamentarios (3.1). La función de la posesión

<sup>89</sup> POTHIER, *op. cit.*, p. 144.

<sup>90</sup> CHABOT DE L'ALLIER, *op. cit.*, p. 211.

<sup>91</sup> DEMOLOMBE, *op. cit.*, pp. 171-177; DU CAURROY, *op. cit.*, p. 286.

<sup>92</sup> DEMOLOMBE, *op. cit.*, p. 171; BOILEUX, *op. cit.*, p. 37.

<sup>93</sup> DROSS, *cit.*, nº 10.

civilísima, en cambio, queda reducida a la de mero medio o expediente legal que justifica la atribución al heredero de las consecuencias del hecho posesorio (3.2).

### 3.1. *La saisine hereditaria como instrumento de control del título sucesorio*

Para desentrañar la verdadera función de la *saisine* se hace imprescindible proceder a una breve descripción de su régimen legal, identificando la posición de los distintos sucesores respecto de la misma según las prescripciones del *Code* (A). A diferencia de la posesión civilísima del Código Civil español, la *saisine* hereditaria constituye un privilegio de exclusividad asociado al título sucesorio legal en detrimento del título testamentario (B).

#### 3.1.1. Discriminación entre herederos para la concesión de la *saisine*

El discernimiento legislativo para la concesión de tal investidura pasa necesariamente por una jerarquización de las distintas categorías de sucesores susceptibles de concurrir a la herencia. Contrariamente a los *pays de droit écrit*, donde el heredero instituido por voluntad del testador era «*saisi*», en los *pays de coutume*, solamente el heredero legítimo se beneficiaba de la *saisine*, debiendo el sucesor voluntario –jamás considerado «heredero», pues *Dieu seul fait héritier*– pedir la entrega a aquél. Los redactores del Código napoleónico prefirieron la solución consuetudinaria, sobre la base de que el testamento, antes de ser verificado, carecía de virtualidad, una concepción alejada de la tradición romana, donde el testamento era considerado válido a menos que se probará su nulidad<sup>94</sup>. La necesidad de asegurar la integridad del patrimonio hereditario contra las interferencias de aquellos que se apoyaban en un título sucesorio jurídicamente más «frágil» justificaba de cierto modo el privilegio del sucesor legal.

Este tratamiento de favor hacia unos sucesores en perjuicio de otros obedece a razones de política legislativa impregnadas de consideraciones sociales. En un primer momento, solamente el heredero de sangre era considerado legítimo, quedando el cónyuge y el hijo natural alejados legalmente de la masa hereditaria al quedar excluidos de la *saisine*. Explica Maury que la oposición entre herederos legítimos y sucesores irregulares a los efectos de la *saisine* obedecía a la lógica de estructuras familiares basadas en el parentesco legítimo, único considerado suficiente para fundamentar la representación personal del causante por sus causahabientes. La *saisine* era una prerrogativa inherente al parentesco consanguíneo. Los que quedaban apartados de la misma se consideraban sucesores «de segundo plano» –el cónyuge, y aquellos parientes, que a pesar de compartir vínculos consanguíneos con el causante, lo hacen

<sup>94</sup> MALEVILLE, J., *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, t. II, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1807, pp. 196-197.



fuera del marco legítimo del matrimonio— quedando por consiguiente obligados a reclamar su parte ante la familia legítima<sup>95</sup>.

En un segundo momento, y debido a la promoción jurídica de los hijos naturales y del cónyuge viudo al rango de herederos legítimos, el espectro subjetivo de la *saisine* quedó ampliado consecuentemente. La evolución social marcada por un concepto de familia nuclear que encontró acogida en la nueva regulación de la *saisine*, no fue, sin embargo, suficiente para desvirtuar la concepción familiar que constituye el fundamento primero del sistema sucesorio francés, en el que sigue viéndose como «sospechosa» la intromisión del sucesor extraño al círculo familiar. La *saisine* tiene por único objeto levantar la sospecha que pesa sobre el título de los sucesores testamentarios, no obedeciendo a otra explicación que a la duda *a priori* que tiene el legislador acerca del valor del testamento en el cual los instituidos pretenden fundar sus derechos a la herencia<sup>96</sup>.

El círculo de sucesores beneficiarios de la *saisine* en el Derecho consuetudinario francés coincide sustancialmente con la categoría actual. Así lo señala Vialleton, quien ve en la negación de la *saisine* a los sucesores testamentarios una influencia latente del *droit coutumier*, según el cual cuando los *légataires universels* (verdaderos herederos a los cuales el *Code* les retira el nombre de «*héritiers*», vocablo que reserva en exclusiva para los sucesores legales) entraban en concurso con los herederos de sangre, su vocación se caracterizaba por una cierta inferioridad natural, quedando algo de esto en el espíritu del *Code*<sup>97</sup>.

La *saisine* es atribuida prioritariamente a los herederos legítimos (art. 724), y sólo en ausencia de herederos reservatarios, a los herederos testamentarios (art. 1006), que son los «*légataires universels*» en la terminología del *Code*. Son herederos legítimos los parientes consanguíneos llamados a la herencia (incluidos los parientes naturales desde el 25 marzo 1896), así como el cónyuge supérstite (desde el 23 diciembre 1958). En cambio, se encuentran excluidos de la *saisine* los herederos testamentarios en concurso con herederos reservatarios, los legatarios a título universal, los legatarios a título particular y el Estado (desde 1958, el único «sucesor irregular»), a los cuales se les impone el cumplimiento de una formalidad adicional para ser investidos de la *saisine*. Los herederos testamentarios que concurren con herederos reservatarios (art. 1004), los legatarios a título universal (art. 1011) y los legatarios particulares (art. 1014) deberán pedir la entrega de los bienes objeto del legado a los sucesores «*saisis*», mientras que aquellos instituidos por testamento ológrafo o místico en ausencia de reservatarios (art. 1008) y el Estado (art. 811), tendrán que someterse al procedimiento judicial de «envío en posesión» para adquirir la *saisine* hereditaria.

<sup>95</sup> MAURY, *cit.*, p. 345.

<sup>96</sup> DROSS, *cit.*, nº 23.

<sup>97</sup> VIALLETON, *cit.*, p. 287.

### 3.1.2. Función de control del título testamentario

Para el legislador de 1804, la *saisine* era un beneficio exclusivo de la familia legítima, mientras los otros sucesores, obligados a pedir la entrega o el «envío en posesión» a la autoridad, quedaban colocados en una posición subalterna<sup>98</sup>. En el fondo, lo que existe es una clara preferencia por la sucesión legal en detrimento de la sucesión testamentaria, cuyo título debe ser controlado y verificado por aquellos en los que el legislador deposita previamente su confianza<sup>99</sup>.

La doctrina contemporánea más autorizada atribuye a la *saisine* una función inequívoca consistente en el control de la vocación sucesoria derivada del testamento, función también denominada de «policía» de la herencia. En el caso de la sucesión *ab intestato*, esta función de verificación y control del título no resulta necesaria, puesto que la ley es la fuente creadora del derecho, a excepción del Estado, considerado un sucesor irregular y por lo tanto, sujeto al procedimiento del envío en posesión judicial. Aquí la función de control del título queda excepcionalmente sustituida, teniendo en cuenta la vocación subsidiaria del Estado, por la función de garantía de los derechos de los sucesores preferentes. Por el contrario, en el supuesto de sucesión testamentaria, se parte del prejuicio jurídico del origen «dudoso» del título, debido al riesgo de falsedad inherente a la propia naturaleza del acto. Para Dross, se trata de un principio fundamental que gobierna la apertura de la sucesión imponiendo una obligación de control cuyo alcance depende del mayor o menor grado de fiabilidad del título en que se apoya el sucesor.

De este modo, la extensión del poder de control otorgado al heredero *saisi* varía en función de su categoría, por lo que una vez conferida la *saisine*, ésta se reorganiza jerárquicamente en el interior del círculo de beneficiarios. Los herederos reservatarios ejercen un control sobre el título que inviste al legatario universal, al legatario a título universal y al legatario particular. La amplitud de dicha función de control se justifica por la necesidad de proteger la integridad de su reserva. Por su parte, los otros herederos *ab intestato* verifican la sinceridad del título de los legatarios a título universal y a título particular, pero de no existir herederos reservatarios, el art. 1006 les retira esta misión frente a los legatarios universales<sup>100</sup>. En cuanto a estos últimos, sólo les está permitido conocer del título del legatario particular y del legatario a título universal<sup>101</sup>.

La *saisine* es una pieza esencial en el engranaje fundacional del sistema sucesorio francés, un instrumento en manos del legislador para la construcción de un sistema normativo articulado en torno a la idea básica de la supremacía de la sucesión legal.

<sup>98</sup> MAURY, *cit.*, p. 345.

<sup>99</sup> GRIMALDI, *op. cit.*, p. 417.

<sup>100</sup> No obstante, aquellos que han sido instituidos por testamento ológrafo o místico deben someterse al envío en posesión judicial, según el artículo 1008 del *Code*.

<sup>101</sup> CRÉTEAU, *cit.*, p. 435.

Esta es la razón por la cual, pese a sus indudables contradicciones y dificultades de interpretación, la *saisine* ha permanecido en este ordenamiento jurídico hasta la actualidad<sup>102</sup>. Si repasamos las principales críticas a la institución, vemos que en el fondo los ataques se dirigen contra los principios en los que se asienta el sistema. Es lo que cabe deducir de las voces que se alzan contra la discriminación entre las fuentes de la vocación sucesoria que se halla en el fundamento de su atribución.

Así lo admite Acollas, quien califica de irracionales los motivos por los que se atribuye la *saisine*, esto es, la deferencia del legislador por el heredero de sangre y la necesidad de respetar la reserva, cuyo único resultado es complicar la liquidación de la sucesión<sup>103</sup>, concluyendo que se trata de una de las materias menos científicas del Derecho francés<sup>104</sup>. Lo mismo cabe afirmar entre quienes sostienen la inutilidad de la *saisine* sobre la base de las incoherencias de la regulación legal, de lo «poco razonable» y de lo «extraño» de sus consecuencias<sup>105</sup>. Cuando Maury califica la *saisine* de mecanismo inútil que «no quiere decir nada ni sirve para nada», ha hecho previamente un análisis de su función, situándola en lo que él considera su verdadero campo de actuación, esto es, el control de las disposiciones testamentarias en beneficio de los herederos *ab intestato*<sup>106</sup>. Su rechazo es en realidad negación de un sistema en el cual la *saisine* es un elemento disonante que responde exclusivamente a la necesidad de someter a un control previo un título que, al proceder de la voluntad del hombre y no de la ley, merece ser examinado en cuanto al fondo —¿afecta a los intereses de los herederos de sangre?— y a la forma —¿ha sido falsificado?<sup>107</sup>

Entre los críticos de la institución, es Dross quien con mayor exactitud pone de relieve la función de la misma. Rebate en primer lugar la necesidad de acudir a la *saisine* como expediente explicativo de una serie de efectos que se le atribuyen —en particular, la gestión y administración del patrimonio hereditario— para finalmente preguntarse por su finalidad, que es a su juicio, la de controlar la vocación sucesoria testamentaria. El autor aboga por la supresión de todo sistema de control *a priori* de los testamentos, considerando que si esta función se suprime, dejaría de tener sentido la subsistencia de la *saisine*<sup>108</sup>. No es contraproducente que en este argumento coincida uno de sus

<sup>102</sup> Analizando la *saisine* desde el punto de vista de la transmisión sucesoria de la posesión, BONNIN, *op. cit.*, pp. 82-90, se pregunta si se puede simplemente prescindir de ella. Teniendo en cuenta que el Código Civil francés adopta la teoría romana de la posesión, considera el autor que la transmisión hereditaria de la misma puede operarse con total independencia de la *saisine*. Piensa que la misma no cumple ninguna función, y que a diferencia de otros planteamientos doctrinales, no es la piedra angular del sistema francés de transmisión hereditaria. Propone, por consiguiente, «deshacerse de ella», aplicar el artículo 711 para la transmisión de la propiedad, y seguir los principios del derecho común para la posesión. A juicio del autor, la *saisine* debería haber desaparecido, pero han decidido resucitar una palabra que ya estaba «más que muerta» a principios del siglo.

<sup>103</sup> ACOLLAS, *op. cit.*, p. 51.

<sup>104</sup> *Ibidem*, nota 1, p. 59.

<sup>105</sup> MAURY, *cit.*, pp. 347 y ss.

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 347.

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 345.

<sup>108</sup> DROSS, *cit.*, nº 30 y conclusiones.

mayores defensores, Vialleton, cuando afirma que equiparar a todos los sucesores universales supondría romper con las «ideas recibidas» al eliminar el «rol de discriminación» de la *saisine*<sup>109</sup>. La demostración está en que legislador decidió mantener la institución a pesar de las reformas de 1995 y de 2001 relativas al título de las sucesiones en el Código Civil. Su supresión hubiera significado un cambio en los principios fundacionales en los que se asienta el sistema sucesorio francés, que hasta la fecha, no ha encontrado cabida en la *mens legislatoris*.

### 3.2. La posesión civilísima como mero expediente técnico

A diferencia de la *saisine* hereditaria cuya función ha quedado expuesta anteriormente, la posesión civilísima se perfila como un mero medio o instrumento legal que legitima al heredero para comportarse frente a terceros como verdadero poseedor de los bienes hereditarios (A). El análisis de los efectos tradicionalmente atribuidos a la posesión civilísima prueba su condición de expediente alternativo, y por consiguiente, «prescindible», dentro de un ordenamiento jurídico dotado de normas expresas atributivas de las consecuencias derivadas de la posesión (B).

#### 3.2.1. El artículo 440 CC como «medio» de transmisión de la posesión

Es precisamente bajo una perspectiva finalista que la posesión civilísima aparece claramente diferenciada de la *saisine* hereditaria, institución a la cual la mayoría de la doctrina atribuye el origen de su reconocimiento normativo. Contrariamente a lo que sucede con la *saisine*, la función de la posesión civilísima es la de ofrecer al heredero, independientemente de la naturaleza legal o voluntaria del título sucesorio, el conjunto de ventajas inherentes a la condición de poseedor.

Apunta Calvo Mejide que la finalidad de la posesión civilísima reside en la necesidad de proteger la integridad del caudal hereditario, para la preservación de los intereses, principalmente del futuro heredero, pero también de los acreedores del causante, evitando el vacío posesorio durante el interregno entre la apertura de la sucesión y la aceptación de la herencia<sup>110</sup>. Para lograr este objetivo, el Derecho ordena la transmisibilidad al heredero, o al llamado, según la interpretación que se le dé al artículo 440 CC, de una posesión de tipo inmaterial o incorporal, que supone el traslado de los efectos jurídicos propios de la posesión que venía ostentando su causante, durante el tiempo que media entre la delación y la aceptación de la herencia, ya sea por virtud del efecto retroactivo de ésta, o por la sola apertura de la sucesión. Estos efectos consisten en conceder al heredero la facultad de entrar en la posesión de los bienes hereditarios, la continuidad en la posesión a efectos de usucapión, y la protección posesoria por medio del ejercicio de los interdictos de retener y de recobrar la posesión.

<sup>109</sup> VIALLETON, *loc. cit.*, p. 301.

<sup>110</sup> CALVO MEJIDE, *op. cit.*, p. 26.

Atendiendo a sus efectos, los autores coinciden en catalogar la atribución *ipso iure* de la posesión civilísima como un «medio adquisitivo»<sup>111</sup>, una «técnica»<sup>112</sup>, una «forma de adquisición posesoria»<sup>113</sup>, un «instrumento» o «herramienta metodológica»<sup>114</sup> de transmisión de la posesión con la finalidad de proteger los bienes de la herencia. Constituye el «medio o formalidad que adopta el derecho para transmitir por vía hereditaria la posesión»<sup>115</sup>. Es, en definitiva, un «expediente para que el heredero pueda aprovecharse de los efectos jurídicos de la posesión de su causante»<sup>116</sup>. Siendo el fin del artículo 440 del Código civil conferir al heredero la condición de poseedor de los bienes hereditarios con los consiguientes efectos que la misma trae consigo, la posesión civilísima puede considerarse comprendida dentro de los «medios y formalidades» que prevé la ley en el artículo 438 *in fine* del Código civil para adquirir la posesión<sup>117</sup>.

En la expresión «medios y formalidades» del artículo 438 del Código se recogen todos aquellos supuestos en que la adquisición se apoya en un «derecho a poseer»<sup>118</sup> o, en expresión de Lacruz, en un «derecho a seguir poseyendo», porque lo que cabe transmitir por esta vía son sólo derechos<sup>119</sup>. Según Martín Pérez, la aceptación sería para la tesis mayoritaria el «acto» que marca el momento adquisitivo de la posesión civilísima; mientras que para la posición que defiende su atribución *ipso iure* desde el fallecimiento, no habría ni acto ni formalidad, pero ello no obsta a su clasificación dentro de los medios legales que establece el artículo 438 de manera genérica, para referir a la adquisición posesoria que se origina por ministerio de la ley<sup>120</sup>.

Para este autor, la posesión civilísima reconocida en el artículo 440 CC responde a una «necesidad del orden jurídico» que está en el fundamento del fenómeno sucesorio: la continuación de la personalidad del causante por el heredero<sup>121</sup>. Tal investidura posesoria emanaría como consecuencia lógica del subingresso del mismo en las

<sup>111</sup> COCA PAYERAS, *loc. cit.*, pp. 1188-1189.

<sup>112</sup> PUIG BRUTAU, *op. cit.*, p. 307

<sup>113</sup> VALLET DE GOYTISOLO, *op. cit.*, p. 286.

<sup>114</sup> KUNZ, L., «*Possessio civilissima* in Spanish and German Law: Protecting Possession between Fact and Fiction», en E. Descheemaeker (dir.), *The Consequences of Possession*, Edinburgh University Press, 2014, p. 166.

<sup>115</sup> MORALES MORENO, *op. cit.*, p. 68.

<sup>116</sup> ROCA SASTRE, *cit.*, p. 379.

<sup>117</sup> En esta afirmación coincide la mayoría de la doctrina. En contra: R.-M. Roca Sastre, *loc. cit.*, pp. 378-379, nota 98, quien considera que es forzado ver en la muerte del poseedor, una de las «formalidades legales establecidas para adquirir la posesión».

<sup>118</sup> MARTÍN PÉREZ, A., «Art. 438», en M. Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. VI, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1993, p. 162.

<sup>119</sup> LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, t. III... *cit.*, p. 49.

<sup>120</sup> MARTÍN PÉREZ, «Art. 438», *cit.*, pp. 163-164: «Sin embargo, aún sin constituir acto ni formalidad, es adquisición establecida o determinada por la ley, y bajo esta condición genérica participa de la fundamentación adquisitiva que se toma en cuenta».

<sup>121</sup> MARTÍN PÉREZ, «Art. 440», *cit.*, p. 177.

relaciones jurídicas transmisibles *mortis causa*<sup>122</sup>. En esta misma idea de continuidad se funda De los Mozos para explicar la ficción del *corpus* posesorio mediante la atribución *ex lege* al heredero del «concepto posesorio del causante (...) porque así parece necesario al mantenimiento de la paz social»<sup>123</sup>. Así como el mecanismo hereditario responde a la exigencia jurídica de impedir la vacancia de las titularidades, la razón práctica de la posesión civilísima está en evitar el vacío posesorio, a fin de «que no se suspenda ni un momento la posesión, que los bienes no se hallen en ningún tiempo sin poseedor propio»<sup>124</sup>.

Es precisamente la sucesión hereditaria que aquí se invoca como fundamento lógico de la posesión civilísima, el mismo argumento de la tesis que niega la existencia de la institución en el Derecho español. El heredero, en tanto continuador de la personalidad del causante, adquiere como parte del *ius* transmisible derivado del señorío posesorio del causante, las acciones tendientes a la tutela posesoria, el derecho a completar el tiempo para adquirir por usucapión, y a hacer suyos los frutos de los bienes hereditarios después del deceso<sup>125</sup>, pero no la posesión, que ha de resultar de la aprehensión material.

De este modo, la posesión civilísima del heredero compartiría el mismo fundamento del sistema que se niega a reconocerla, ya que con su atribución se logran precisamente los mismos fines que con su no atribución, tal como lo demuestran las idénticas consecuencias que se producen en los sistemas que adoptan posiciones contrapuestas en esta sede. Los resultados prácticos que se obtienen en ambos sistemas desmienten el supuesto antagonismo de ambas posturas legislativas, y abren la pregunta relativa a la «necesidad» de este expediente normativo –la posesión civilísima– para la consecución de los fines perseguidos.

### 3.2.2. La prescindibilidad de la posesión civilísima como medio de adquisición posesoria

La existencia en el Código Civil de normas atributivas de los efectos posesorios con independencia del reconocimiento de una posesión civilísima en el heredero justifica la pregunta sobre la utilidad de este mecanismo en el ordenamiento español (1). En esta línea de reflexión se sitúa el argumento que desconoce a la posesión civilísima como base jurídica de la obligación de entrega de legado que pesa sobre el heredero ex artículo 885 del Código Civil (2).

<sup>122</sup> Para MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil*, comentado por P. de Apalategui, t. VIII, 4ª ed., Reus, Madrid, 1948, p. 330, la causa remota de transmisión de la posesión es la sucesión hereditaria; la causa próxima es la aceptación de la herencia.

<sup>123</sup> DE LOS MOZOS, *cit.*, p. 868.

<sup>124</sup> MANRESA, J. M., *Comentarios al Código Civil Español*, t. IV, 5ª ed., Reus, Madrid, 1931, p. 145.

<sup>125</sup> ROCA SASTRE, *cit.*, p. 386.

### 1) *Atribución de la consecuencia posesoria*

La respuesta a esta pregunta podemos encontrarla de algún modo en el pensamiento de Roca Sastre, quien después de librarse a un riguroso análisis histórico-comparativo de los sistemas germano y romano de adquisición hereditaria de la posesión, concluye que sus diferencias «se deben en gran parte a circunstancias históricas y a variantes conceptuales y hasta terminológicas», pues a fin de cuentas, en los dos se obtiene el mismo resultado práctico<sup>126</sup>. Para el autor, cabe interpretar el artículo 440 del Código civil en un sentido compatible con el sistema romano, entendiendo que lo que este precepto recoge es la denominada *successio possessionis* del Derecho romano, que supone la no interrupción de la posesión *ad usucapionem* por la muerte del causante, la cual pasa como continuada al heredero<sup>127</sup>. El principio de intransmisibilidad de la posesión que según el autor, rige en el Derecho español, no impide que el heredero pueda aprovecharse de los efectos jurídicos de la posesión de su causante, pues la protección posesoria por medio de los interdictos y la continuidad de la usucapión quedan aseguradas como consecuencia de la sucesión en los derechos.

Ambas teorías se distinguen por las consecuencias que asignan al artículo 440 CC. La tesis romana opuesta a la posesión civilísima interpreta el precepto en el sentido de permitir al heredero la continuidad en la usucapión iniciada por el causante<sup>128</sup>. Lejos de negar al heredero el conjunto de efectos posesorios, se los otorga, pero no como resultado de su condición de poseedor, sino en tanto consecuencia de la *successio in universum ius defuncti*. Por el contrario, para la tesis germana, el artículo 440 CC consagra la transmisión hereditaria de la posesión, reconociendo en el heredero la existencia de una situación posesoria de idéntica naturaleza jurídica que la del causante.

*Usucapión.* Para la concepción germánica, el artículo 1934 CC está fundamentado en la posesión civilísima reconocida en el artículo 440 CC, habiendo entre ellos una relación de complementariedad<sup>129</sup>. Ambos preceptos son manifestaciones de un mismo

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 335.

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 346.

<sup>128</sup> No obstante, ROCA SASTRE, *cit.*, p. 350, parece en ocasiones asignar al artículo 440 CC un radio de acción mayor, cuando admite que la posesión se entiende transmitida a los herederos, «a los efectos de la usucapión e incluso de la tutela posesoria».

<sup>129</sup> HERNÁNDEZ-GIL, *op. cit.*, p. 316; HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, *op. cit.*, pp. 117-118; MORALES MORENO, *op. cit.*, p. 68; RODRÍGUEZ MORATA, F., «Art. 1934», en M. Albaladejo García y S. Díaz Abalart (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XXV, v. 1, Edersa, Madrid, 1993, pp. 131-132; LALAGUNA, E., «Adquisición de la posesión de los bienes hereditarios», *RGLJ*, XCVI, 2, 1988, p. 169; MONJE BALMASEDA, O., «La prescripción a favor y en contra de la herencia yacente», *Revista del poder judicial*, nº 65, 2002, pp. 355-356. En contra: GARCÍA HERRERA, V., *La usucapión a favor de la herencia yacente*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 266-267, para quien la posesión civilísima no existe antes de la aceptación, y por lo tanto, no puede explicar la norma del artículo 1934 CC. Lo que justifica la continuidad de la usucapión son razones prácticas basadas en el aspecto dinámico de la herencia yacente.

principio<sup>130</sup>, pero tienen distinto ámbito de aplicación. El artículo 1934 CC regula la usucapión iniciada por el causante y consumada durante la fase de yacencia, mientras que el artículo 440 CC autoriza el subingresso del heredero aceptante en la relación de usucapión, aprovechándose del tiempo intermedio entre delación y aceptación, o adquiriendo directamente el derecho usucapido (tesis de la transmisión posesoria con la aceptación). La continuidad en la usucapión sobre la base de la posesión civilísima no prevalece frente a la posesión efectiva de los bienes hereditarios por un coheredero<sup>131</sup> o un tercero<sup>132</sup> en concepto de dueño.

Según la concepción romanista, el artículo 1934 CC confiere a la herencia yacente los efectos adquisitivos de la prescripción, pero sin que ello implique la existencia de una posesión civilísima en favor del heredero<sup>133</sup>. El artículo 1934 CC recoge el principio romano según el cual el deceso del usucapiente es irrelevante en orden a la prescripción adquisitiva iniciada por éste. Por su parte, en virtud del artículo 440 CC, el heredero recibe el beneficio de la usucapión consumada durante la yacencia hereditaria<sup>134</sup>. Si ésta no se ha producido, se entiende que la posesión material, una vez tomada por el heredero, le ha sido transmitida ininterrumpidamente desde la muerte del causante (*successio possessionis*)<sup>135</sup>. Para Gómez Díez, la norma del artículo 1934 CC funcionaría como un mecanismo excepcional de protección de la herencia que queda «desvalida» durante la yacencia, dada la ausencia de propietario, no así tras la aceptación, por tener entonces la herencia, un titular que la gestione y administre<sup>136</sup>. En opinión de este autor, es perfectamente compatible la continuación de la usucapión durante la yacencia hereditaria sin necesidad de posesión real en virtud del artículo

<sup>130</sup> ESPÍN CÁNOVAS, *cit.*, p. 627.

<sup>131</sup> *Vid.* la STS (1ª) 12 abril 1951, según la cual la posesión civilísima no es apta para la usucapión, ya que para este efecto se requiere una posesión real y efectiva, corporal. En el mismo sentido, la STS (1ª) 4 abril 1960, en la que se admite que no puede un coheredero, apoyándose en la posesión civilísima, impedir la usucapión por otro coheredero que durante treinta años mantuvo, en nombre propio, la posesión real y efectiva. En sentido contrario a esta última sentencia se pronuncia el Tribunal Supremo en la STS (1ª) de 20 octubre 1989, al disponer que no puede un coheredero adquirir un bien de la herencia por prescripción adquisitiva en contra de otro coheredero, pues en virtud del 440, la transmisión de la posesión se realiza en favor de todos los cotitulares de la comunidad hereditaria, y no en beneficio exclusivo y privativo de alguno de ellos. Es doctrina jurisprudencial constante desde 1985 en sede de sucesión en los títulos nobiliarios la preferencia de la prescripción adquisitiva sobre la posesión civilísima, la cual carece de eficacia legitimadora frente a una posesión legal, real y efectiva. *Vid.* recientemente, la STS (1ª) de 14 febrero 2011, STS (1ª) de 15 diciembre 2010 y STS (1ª) 3 noviembre 2009.

<sup>132</sup> COCA PAYERAS, *cit.*, pp. 1189-1190; MARTÍN PÉREZ, «Art. 440», *cit.*, p. 185; SÁNCHEZ, *cit.*, p. 1797; GARCÍA GARRIDO, «De la *bonorum possessio a...*», *cit.*, p. 152; MANRESA, *op. cit.*, t. IV, 1931, p. 148.

<sup>133</sup> GÓMEZ DÍEZ, *op. cit.*, pp. 156 - 170.

<sup>134</sup> En el sistema romano seguido por el Derecho sucesorio catalán, este efecto se produce por mor de la ficción de «continuidad sin interrupción» en la posesión del causante que establece la ley retroactivamente en favor del heredero que toma materialmente la posesión: TORRELLES I TORREA, *op. cit.*, pp. 49-50. Sólo puede ser considerado poseedor *ad usucapionem* el heredero que toma posesión efectiva: LALAGUNA, «Posesión y usucapión de bienes hereditarios...», *cit.*, p. 8683.

<sup>135</sup> GÓMEZ DÍEZ, *op. cit.*, pp. 174-175. Será en el momento de la aprehensión material cuando se producirán los efectos jurídicos a favor y en contra de la herencia: TORRELLES I TORREA, *op. cit.*, p. 49.

<sup>136</sup> GÓMEZ DÍEZ, *op. cit.*, p. 173.



1934 CC, y la transmisión ininterrumpida de la posesión en favor del heredero que la ha tomado efectivamente a tenor del artículo 440 CC<sup>137</sup>.

*Protección posesoria.* La tutela interdictal de los bienes hereditarios es considerada por algunos autores la función principal de la posesión civilísima<sup>138</sup>, llegando incluso a afirmarse que se trata del único efecto que cabe extraer del artículo 440 CC<sup>139</sup>. Otras opiniones niegan que el artículo 440 sea una norma de legitimación interdictal en favor del heredero o del llamado a la herencia<sup>140</sup>, o consideran simplemente innecesario acudir al expediente de la posesión civilísima para justificar la atribución al llamado de las acciones posesorias<sup>141</sup>. Todas las opiniones coinciden en afirmar la transmisibilidad al heredero, como consecuencia de la sucesión en los derechos, de las acciones posesorias resultantes del despojo o perturbación sufrido por el causante poseedor, siendo irrelevante a este respecto, cualquier postura que se tome sobre la posesión civilísima<sup>142</sup>. La discrepancia doctrinal aparece cuando se trata de justificar –no de admitir– la legitimación para actuar la defensa posesoria de los bienes hereditarios durante la yacencia hereditaria.

Con independencia de que se admita o no la posesión civilísima, y del momento en que la misma tiene lugar –con la aceptación o desde el fallecimiento– la actuación procesal en defensa de los bienes hereditarios en favor del llamado es en la práctica reconocida por la doctrina mayoritaria. Un argumento de tipo cronológico basado en la legitimación expresa ofrecida por el artículo 1652 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, anterior a la entrada en vigor del Código Civil, sostiene el fundamento autónomo de la protección posesoria del llamado a una herencia. Si tenemos en cuenta que el precepto fue redactado cuando prevalecía en el Derecho español la concepción romana de transmisión hereditaria de la posesión, sería ilógico pretender fundar la legitimación interdictal en una institución consagrada *a posteriori* (la posesión civilísima del artículo 440 CC)<sup>143</sup>. No obstante, el argumento de la anterioridad de la norma procesal no es atendible si no puede demostrarse su encaje en el régimen sustantivo actual de la posesión que le ha de servir de base.

<sup>137</sup> *Ibidem*, p. 174.

<sup>138</sup> Para KUNZ, *cit.*, p. 166, el recurso a la posesión civilísima como ficción legal está encaminado a garantizar la protección posesoria.

<sup>139</sup> GARCÍA GARRIDO, «De la *bonorum possessio a...*», *cit.*, pp. 124, 152. Es el ejercicio de los interdictos el medio legal de adquisición de la posesión por el heredero, el cual, antes de su ejercicio, no se encontraba investido de la posesión real.

<sup>140</sup> GÓMEZ DÍEZ, *op. cit.*, pp. 61 y siguientes.

<sup>141</sup> GUTIÉRREZ BARRENGOA, A., y MONJE BALMASEDA, O., «La administración y representación de la herencia yacente en el Derecho español», *Ética y jurisprudencia*, nº 3, 2004, pp. 34-35.

<sup>142</sup> Según HERNÁNDEZ-GIL, *op. cit.*, pp. 319-320, éste no es argumento para sostener la transmisibilidad al heredero de las acciones posesorias desvinculada de la posesión del causante, puesto que lo transmitido es la posesión.

<sup>143</sup> LALAGUNA, «Posesión y usucapión de bienes hereditarios...», *cit.*, p. 8680; ESPÍN, *cit.*, p. 71.

Puestos en relación el remedio procesal y la norma sustantiva reguladora de la posesión civilísima, la tutela sumaria de la posesión (antiguos interdictos de retener y de recobrar la posesión) reclamada por el llamado no sería incompatible con la interpretación germana del artículo 440 CC que subordina la adquisición de la posesión civilísima a la aceptación hereditaria. Teniendo en cuenta que la razón de ser de tal protección se encuentra en la necesidad de conservación y mantenimiento del patrimonio hereditario, el acto a tal fin encaminado es un acto de administración provisional que no supone voluntad alguna de adquirir la condición de heredero (artículo 999.4 del Código civil). La posesión del llamado no debe, por tanto, identificarse con la posesión civilísima del heredero ex artículo 440 CC<sup>144</sup>. Esta postura es rechazada por la doctrina germana de adquisición posesoria desde la muerte del causante, que fundamenta la legitimación interdictal en la posesión civilísima otorgada por el artículo 440 CC desde la apertura de la sucesión<sup>145</sup>.

La interpretación romanista del artículo 440 CC actualmente defendida por Gómez Díez no ve inconveniente en atribuir al heredero la legitimación interdictal desligada de la posesión sobre los bienes, no encontrando las acciones posesorias fundamento en la condición de poseedor del demandante sino en la del causante<sup>146</sup>. Entiende el autor que en el supuesto regulado por el artículo 1652 de la LEC, la lesión posesoria se produce contra el heredero, que a pesar de no estar investido de la posesión de su causante, se ve impedido de aprehenderlos por su propia autoridad<sup>147</sup>. El mismo fundamento –continúa el autor– cabe deducir de la actual regulación de la tutela posesoria en la LEC (Ley 1/2000 de 7 de enero), donde se prescinde de la referencia a la posesión del «causante», pues lo que importa no es si el heredero demandante es un poseedor, como si la ocupación material de los bienes por un tercero lo ha colocado en la situación de «despojado» de una posesión que le corresponde, aunque no la haya adquirido<sup>148</sup>.

Las anteriores explicaciones convergen en el mismo argumento, con lo cual se demuestra nuevamente la esterilidad de las discusiones en torno a la posesión

<sup>144</sup> HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M. D., «Algunos aspectos sobre la herencia yacente», *RDP*, v. 86, nº 6, 2002, p. 465; LALAGUNA, «Posesión y usucapión de bienes hereditarios...», *cit.*, p. 8680. Esta idea ya la avanzaba, pero desde la perspectiva romanista, ROCA SASTRE, *cit.*, pp. 359-360, quien sostenía que el ejercicio de las acciones posesorias cabría entenderlo comprendido dentro de los actos de conservación provisional, mediante una «interpretación generosa» del artículo 999.4 CC.

<sup>145</sup> Según ECHEVARRÍA DE PRADA, *cit.*, p. 1851, la función del artículo 999.4 CC es establecer la eficacia de los actos de administración en relación con la adquisición de la herencia y no el de facultar al llamado para el ejercicio de las acciones posesorias. En el mismo sentido, GÓMEZ DÍEZ, *op. cit.*, pp. 94-95.

<sup>146</sup> GÓMEZ DÍEZ, *op. cit.*, pp. 72-73.

<sup>147</sup> *Ibidem*, p. 71: «aunque el heredero no posea, la aprehensión de los bienes por un tercero constituye un despojo».

<sup>148</sup> *Ibidem*, pp. 91-92. Desde la posición romana del Derecho catalán se entiende que el heredero pueda ejercer los interdictos y ocurre el despojo entre la muerte y la toma de posesión de los bienes, pues en virtud de los efectos retroactivos de la aceptación, el heredero adquiere el *ius possidendi* desde el fallecimiento y puede ejercer la tutela interdictal: PUIG I FERRIOL, *cit.*, p. 31.

civilísima como causa y fundamento del conjunto de efectos que a ella se le atribuyen y que bien podrían sostenerse con independencia de ella.

## 2) *La entrega de legado y la posesión civilísima*

En la óptica de una parte de la doctrina, la disposición legal que impide al legatario tomar posesión de la cosa legada por su propia autoridad, y la correlativa obligación del heredero a su entrega encuentra su justificación en la posesión civilísima del heredero. El legatario de cosa propia y determinada del testador, a pesar de su condición de propietario (artículo 882 CC), no tiene la posesión, y por eso debe pedirla a quien de derecho la ostenta (el heredero ex artículo 440 CC). Desde esta perspectiva, la posesión civilísima del heredero sería el fundamento lógico del artículo 885 CC. Lo que persigue la norma es asegurar la unidad del patrimonio hereditario, para la satisfacción de los créditos contra la herencia y de los derechos legitimarios, de cuyo cumplimiento es responsable el heredero<sup>149</sup>.

Frente a esta posición, otros autores consideran que el artículo 885 CC no es un corolario del 440 CC ni presupone la existencia de la posesión civilísima. Esta concepción asienta el origen y fundamento del precepto en el *interdictum quod legatorum* creado por el Derecho justiniano, en cuya virtud el heredero estaba legitimado para reclamar la restitución de los bienes legados indebidamente detenidos por los legatarios con la finalidad de retener la cuarta falcidia<sup>150</sup>. Prueba de la autonomía del principio de adquisición de la posesión de los legados respecto a la posesión civilísima es la existencia de una norma análoga en el sistema sucesorio catalán que adopta la tesis romana de intransmisibilidad hereditaria de la posesión<sup>151</sup>.

Reconociendo el antecedente romano antes referido del artículo 885 CC, De los Mozos sostiene que la posesión civilísima es el recurso técnico que, bajo la doble influencia –romana y germánica– vertebró la disciplina de la adquisición de la posesión en los legados. Para el autor, el puente que permite armonizar el precedente romano (*interdictum quod legatorum* desgajado de la *bonorum possessio*) y la plasmación de la posesión civilísima en las codificaciones europeas reside en la función del heredero,

<sup>149</sup> ALBALADEJO, «Artículo 885», *cit.*, p. 311; CALVO MEJIDE, *op. cit.*, p. 64; MANRESA, J. M., *Comentarios al Código Civil Español*, t. VI, v. 2, 8ª ed., Reus, Madrid, 1973, p. 556; DE LOS MOZOS, *cit.*, p. 918. *Vid.* la STS (1ª) 3 junio 1947, según la cual el art. 885 que impide al legatario tomar posesión del bien legado por su propia autoridad trae causa de la investidura legal de la posesión hereditaria en favor del heredero.

<sup>150</sup> ROCA SASTRE, *cit.*, p. 352; GARCÍA GARRIDO, M., «Posesión civilísima y legado», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ursicino Álvarez Suarez*, Universidad Complutense, Madrid, 1978, pp. 172-173; SALOMÓN SANCHO, L., «L'Adquisició de la possessió en els llegats d'efectes reals en el dret romà clàssic i la seva influència en els ordenaments jurídics del nostre entorn cultural», *Revista de Dret Històric Català*, nº 2, 2003, p. 232-233. *Vid.* STS (1ª) 25 enero 1936. Esta sentencia casó la sentencia recurrida que ordenaba al legatario de una finca devolverla al heredero sobre la base de que este último había adquirido su posesión desde la muerte del causante según el 440 CC, por contradecir la doctrina del Derecho romano vigente en Cataluña.

<sup>151</sup> Artículos 427-22 y 411-6 del Código civil de Cataluña.

como ejecutor de la voluntad del testador y garante de la integridad de la herencia. Para el autor, la posesión civilísima recogida en el artículo 440 CC es fruto de la evolución jurídica de la regla que se origina en el primitivo interdicto romano y que tiene por objeto el reconocimiento de la función del heredero<sup>152</sup>. La posesión civilísima se perfila en este punto como instrumento de protección de aquellos derechos cuya preferencia respecto de los legados justifica la cohesión del caudal hereditario en manos del heredero<sup>153</sup>.

Si bien los legatarios tienen que pedir la entrega del bien legado al heredero, la posesión civilísima no sirve (o no basta) para explicar el fundamento de esta entrega, ya que el mismo debe buscarse en el respeto a las legítimas, es decir, en el derecho del legitimario<sup>154</sup>. El hecho de que la posesión civilísima no se oponga en absoluto a este fundamento, sino que más bien se acomode perfectamente al mismo, como quedó expuesto en el párrafo anterior, no hace de dicha institución la explicación o la razón última de esta consecuencia. Esto demuestra lo inadecuado de establecer una ecuación entre posesión civilísima y entrega de legado.

#### 4. CONCLUSIÓN

La pretendida analogía entre la posesión civilísima y la *saisine* hereditaria no resiste a un análisis finalista de ambas instituciones. La interpretación basada únicamente en los antecedentes históricos del art. 440 del Código Civil y no en el contenido material de las instituciones en juego conduce a su errónea equiparación por la doctrina. En el ordenamiento jurídico español, el interés científico de la posesión civilísima se reduce al sistema de adquisición hereditaria de la posesión y de la propiedad de los bienes. Una vez trazado el origen germánico de la disposición que consagra la posesión civilísima, la principal preocupación doctrinal ha consistido en buscar la manera de encuadrarla en el sistema romano de adquisición hereditaria. La claridad terminológica del precepto, que no deja margen a la duda sobre su objeto de regulación, esto es, la transmisión de los efectos posesorios del causante al heredero, ubica al intérprete, de manera imperativa, en el terreno de la posesión, y no en otros, como ha ocurrido en el Derecho francés, dada la utilización de un término, la *saisine*, distinto de la posesión y sin vínculo aparente con ella.

El conflicto doctrinal en materia de posesión civilísima es un falso conflicto. Pero esta idea ya la encontramos implícitamente en el pensamiento de Roca Sastre, para quien las análogas consecuencias prácticas de las teorías romana y germánica de transmisión

<sup>152</sup> DE LOS MOZOS, *cit.*, pp. 877-878.

<sup>153</sup> Como apunta GÓMEZ DÍEZ, *op. cit.*, p. 212, «el heredero tiene derecho a poseer esos bienes porque le corresponde la ejecución del testamento, el pago de las deudas, la liquidación del caudal relicto y, por tanto, la administración de los bienes».

<sup>154</sup> En este argumento coincide el sistema romano catalán, donde la entrega del legado se fundamenta en la protección de la legítima y de los créditos contra la herencia, de cuya satisfacción depende la cuantía económica del derecho del legatario: ROCA TRÍAS, E., en M. Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XXIX, v. 2, Edersa, Madrid, 1984, p. 77.

hereditaria de la posesión diluyen sus aparentes contradicciones. Teniendo en cuenta que ambas posturas toman por fundamento la necesidad de continuidad en las relaciones jurídicas del causante, el fenómeno de la sucesión hereditaria bastaría para explicar la atribución al heredero de los efectos de la situación posesoria de su causante. De ello resulta que la defensa de la integridad de la herencia que supone la legitimación para actuar la tutela posesoria frente a terceros, no deriva de la posesión civilísima, sino del título hereditario en sí mismo. Mucho menos cabe inferir de la posesión civilísima, a diferencia del sistema sucesorio francés, una función específica de protección o de garantía de los intereses de unos herederos frente a otros, dado que su atribución opera en favor de *todos* ellos, con total independencia de la fuente de la vocación hereditaria. Acaso cabría sostener dicha función frente a los legatarios, únicos sucesores excluidos de la misma por el Código Civil. Sin embargo, la exigencia de entrega del legado al sucesor particular no persigue otro fin que la protección del derecho legitimario, a lo que no responde el sistema de posesión civilísima, aunque no lo contradiga. Existiendo normas y principios sucesorios habilitantes que permiten la obtención de los efectos relativos a la protección posesoria, la continuación en la usucapión y la entrega de legado, el instituto de la posesión civilísima queda desvirtuado y se convierte en un «refuerzo», un añadido, un expediente o medio para quienes encuentran en él el complemento lógico de unos efectos directamente vinculados a preceptos concretos e independientes de aquel, como son los artículos 1934, 661, 999.4 y 885 del Código Civil. A este contexto normativo autosuficiente, le sobra la posesión civilísima.

En cambio, no cabe prescindir de la *saisine* hereditaria en el Derecho francés. Originada en las ancestrales costumbres germánicas, y mal asimilada por las regiones de derecho escrito de tradición romana, la imperturbable figura cuyo nombre omitió pronunciar el legislador del *Code*, desafía las más acabadas construcciones del Derecho civil. Múltiples instituciones y principios se han invocado en el malogrado intento de definirla. Ni la transmisión *ipso iure* de la herencia, ni la investidura posesoria del heredero, ni la capacidad o habilitación legal para el ejercicio de las titularidades hereditarias, ni el fundamento de la continuación de la personalidad del causante o de la responsabilidad ilimitada por las deudas: nada satisface por completo cuando se pretende encerrarla en un concepto. La doctrina afirma unánimemente que la *saisine* no equivale a la posesión en el Derecho francés, cuya transmisión obedece a un régimen normativo autónomo aplicable tanto a los beneficiarios de la *saisine* como a los excluidos de ella. La indefinible *saisine* cumple en el *Code* una función de policía (*police*) de la herencia, siendo atribuida a aquellos que el legislador coloca en la cima de la jerarquía sucesoria, con el consiguiente efecto discriminador hacia aquellas categorías de sucesores que se encuentran en un rango inferior: los sucesores testamentarios y los sucesores irregulares. Entre la *saisine* y la garantía de los derechos de determinados herederos existe una perfecta adecuación de fines. El Derecho de sucesiones francés necesita de ella, como piedra angular de un sistema basado en la primacía de la sucesión legal sobre el título testamentario, que es necesario controlar y supervisar en aras de proteger los valores familiares en los que se fundamenta.

## BIBLIOGRAFÍA

ACOLLAS, É., *Manuel de droit civil à l'usage des étudiants: contenant l'exégèse du Code Napoléon et un exposé complet des systèmes juridiques*, t. 2, Thorin, Paris, 1869.

ALBALADEJO, M., «Art. 885», *Comentarios al Código Civil*, t. XII, v. 1, Edersa, Madrid, 1981, pp. 310-334.

ALBALADEJO, M., «Adquisición y pérdida de la posesión», *RDP*, v. 47, nº 2, 1963, pp. 117-125.

ALBALADEJO, M., «Concepto, estructura y clases de posesión», *RDP*, v. 46, nº 7, 1962, pp. 588-604.

ALBALADEJO, M., «La adquisición de la herencia en el Derecho español», *ADC*, v. 8, nº 1, 1955, pp. 3-30.

AUBRY, C. et RAU, C., *Droit civil français: d'après la méthode de Zachariae*, t. 6, 4<sup>e</sup> éd., Librairie Générale de Jurisprudence, Paris, 1873.

BAUDRY-LACANTINERIE, G., *Précis de droit civil*, t. 2, Larose et Forcel, Paris, 1888.

BOILEUX, J. M., *Commentaire sur le code Napoléon : contenant l'explication de chaque article séparément, l'énonciation, au bas du commentaire, des questions qu'il a fait naître, les principales raisons de décider pour et contre, l'indication des passages des divers ouvrages ou les questions sont agitées et le renvoi aux arrêts*, 6<sup>e</sup> éd., Marescq et Dujardin, Paris, 1866.

BONNIN, A., *Etude critique de la notion de saisine*, Imprimerie Maulde, Paris, 1899.

CALVO MEJIDE, A., *La posesión en el Derecho hereditario*, Trivium, Madrid, 1991.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. 2, v. 1, 14<sup>a</sup> ed., Reus, Madrid, 1992

CHABOT DE L'ALLIER, G.-A., *Commentaire sur la loi du 29 germinal an XI, relative aux successions, formant le titre 1<sup>er</sup> du livre III<sup>e</sup> du Code civil*, Rondonneau, Paris, 1805.

CHAMPEAUX, E., *Essai sur le «vestitura» ou saisine et l'introduction des actions possessoires dans l'ancien droit français*, Paris, 1898.

CHAUFFOUR, M.V., « La règle, le mort saisit le vif, expliquée par ses origines romaines et par le droit coutumier », *Revue de législation et de jurisprudence*, t. 74, nº 2, 1847, pp. 74-97.

COCA PAYERAS, M., en C. Paz-Ares Rodríguez, et al. (dir.), *Comentario del Código Civil*, t. I, Centro de publicaciones, Madrid, 1991, pp. 1187-1190.

*Code civil des français*, Chez Firmin Didot Libraire, tome I, Paris, 1804.

CONSEIL D'ÉTAT, *Motifs et discours prononcés lors de la publication du code civil, par les divers orateurs du conseil d'État et du tribunal*, Fermin Didot Frères, Paris, 1838.

CRETEAU, É., « La saisine héréditaire dans la doctrine du XIX siècle », *Revue historique de droit français et étranger*, nº 3, 2010, pp. 423-442.

- DE LOS MOZOS, J. L., «La adquisición de la posesión en los legados», *ADC*, v. 15, nº 4, 1962, pp. 865-920.
- DEMOLOMBE, C., *Cours de Code Napoléon. Traité des successions*, vol. XIII, t. I, Paris, 1879.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, III, Civitas, Madrid, 1995.
- DROSS, W., « La saisine successorale », *Répertoire du Notariat Defrénois*, 2004, pp. 471-497.
- DU CAURROY, A.-M. avec la collaboration de E. BONNIER et J.B.P. ROUSTAIN, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, G. Thorel, Paris, 1851.
- DUALDE, J., *La Posesión civilísima*, Aries, Barcelona, 1959.
- DURANTON, A., *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 6, Thorel, Paris, 1844.
- ECHEVARRÍA DE RADA, T., «Algunas cuestiones sobre el artículo 440 del Código Civil», en L. Martínez-Calcerrada y Gómez (dir.), *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, t. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, pp. 1839-1854.
- ESPÍN CÁNOVAS, D., «La adquisición de la posesión inmaterial en el Derecho español», en *Cien estudios jurídicos del profesor Dr. Diego Espín Cánovas: colección seleccionada desde 1942 a 1996*, III, Centro de estudios registrales, Madrid, 1998, pp. 1541-1629.
- GARCÍA GARRIDO, M., «De la *bonorum possessio* a la posesión civilísima», *Revista de Derecho Notarial*, nº 55, 1967, pp. 114-152.
- GARCÍA GARRIDO, M., «Posesión civilísima y legado», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ursicino Álvarez Suarez*, Universidad Complutense, Madrid, 1978, pp. 159-173.
- GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, tomo II, Ignacio Boix, Madrid, 1852.
- GARCÍA HERRERA, V., *La usucapión a favor de la herencia yacente*, Dykinson, Madrid, 2008.
- GARCÍA VALDECASAS, G., «De nuevo sobre la adquisición de la herencia», *RDP*, v. 35, nº 12, 1951, pp. 991-995.
- GARCÍA VALDECASAS, G., «La adquisición de la herencia en el Derecho español», *RDP*, v. 28, nº 2, 1944, pp. 89-123.
- GLASSON, E., *Histoire du Droit et des Institutions de France*, t. VII, *La féodalité. Le droit civil*, Librairie Cotillon, Paris, 1896.
- GÓMEZ DÍEZ, J.J., *La posesión de los bienes hereditarios*, Reus, Madrid, 2010.
- GÓMEZ, A., en P. Nolasco de Llano, *Compendio de los comentarios extendidos por el maestro Antonio Gómez a las ochenta y tres Leyes de Toro*, Imprenta Real, Madrid, 1795.
- GRIMALDI, M., *Droit civil : successions*, 6<sup>e</sup> éd., Litec, Paris, 2001.

GUTIÉRREZ BARRENGO, A., Y MONJE BALMASEDA, O., «La administración y representación de la herencia yacente en el Derecho español», *Ética y jurisprudencia*, nº 3, 2004, pp. 9-55.

HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M. D., «Algunos aspectos sobre la herencia yacente», *RDP*, v. 86, nº 6, 2002, pp. 460-476.

HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M. D., *La herencia yacente*, Bosch, Barcelona, 1995.

HERNÁNDEZ GIL, A., *La posesión*, Civitas, Madrid, 1980.

KLIMRATH, H., « Étude historique sur la saisine, d'après les coutumiers du Moyen Âge », *Travaux sur l'histoire du droit français, recueillis et précédés d'une préface par L.A. Warnkoenig*, t. II, Joubert, Paris, 1843, pp. 339-399.

KUNZ, L., «*Possessio civilissima* in Spanish and German Law: Protecting Possession between Fact and Fiction», en E. Descheemaeker (dir.), *The Consequences of Possession*, Edinburgh University Press, 2014, pp. 141-170.

LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, t. III, *Derechos reales*, v. 1, *Posesión y propiedad*, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1990.

LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, V, *Sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2004.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., «Posesión y usucapión de bienes hereditarios en el Derecho civil de Cataluña», *RGD*, 555, 1990, pp. 8671-8689.

LALAGUNA, E., «Adquisición de la posesión de los bienes hereditarios», *RGLJ*, v. XCVI, nº 2, 1988, pp. 159-216.

LAURENT, F., *Principes de droit civil français*, t. 9, Bruylant, Bruxelles, 1873.

LLAMAS Y MOLINA, S. *Comentario crítico-jurídico-literario a las ochenta y tres leyes de Toro*, t. II, Gaspar y Roig, Madrid, 1853.

MALAUURIE, P., *Les successions, les libéralités*, 4ª ed., Defrénois, Paris, 2010.

MALEVILLE, J., *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, t. II, 2ª ed., Paris, 1807.

MANRESA, J. M., *Comentarios al Código Civil Español*, t. IV, 5ª ed., Reus, Madrid, 1931.

MANRESA, J. M., *Comentarios al Código Civil Español*, t. VI, v. 2, 8ª ed., Reus, Madrid, 1973.

MARCADE, V.-N., *Explication théorique et pratique du Code civil contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence*, t. III, 8ª ed., Delamotte, Paris, 1892.

MARTÍN PÉREZ, A., «Art. 438», en M. Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. VI, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1993, pp. 178-205.

MARTÍN PÉREZ, A., «Art. 440», en M. Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. VII, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1993, pp. 169-186.

MAURY, J., « Réquisitoire contre la saisine », en P.-H. Antonmattei (dir.), *Mélanges Christian Mouly*, Litec, Paris, 1998, pp. 335-351.



MAZEAUD, H., Mazeaud, L., Mazeaud, J. [et al.], *Leçons de droit civil*, t. IV, *Successions*, Montchrestien, Paris, 1999.

MERCIER, A., *Droit romain. De l'acquisition de l'hérédité et de l'acquisition par l'héritier de la possession des choses héréditaires. Droit français. De la saisine héréditaire*, Paris, 1858.

MONJE BALMASEDA, O., «La prescripción a favor y en contra de la herencia yacente», *Revista del poder judicial*, nº 65, 2002, pp. 345-362.

MORALES MORENO, A.-M., *Posesión y usucapión: estudio de la posesión que conduce a la usucapión en el Código civil español*, CSIC, Madrid, 1972.

MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil*, comentado por P. de Apalategui, t. VIII, 4ª ed., Reus, Madrid, 1948.

OLIVIER-MARTIN, F., *Histoire du Droit français : des origines à la Révolution*, Éd. Domat Montchrestien, Paris, 1951.

PATAULT, A.-M., *Introduction historique au droit des biens*, PUF, Paris, 1989.

PLANIOL, M. Y RIPERT, G., *Traité pratique de droit civil français*, t. IV, *Successions*, 2ª ed., L.G.D.J., Paris, 1956.

PLANIOL, M., « Origine romaine de la saisine héréditaire », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. 449, 1885, pp. 437-453.

POTHIER, R. J., *Traité des successions*, t. VII, Paris, 1825.

PROUDHON, J.B., *Traité des droits d'usufruit, d'usage personnel, et d'habitation*, t. I, 2ª ed., V. Legier, Dijon, 1836.

PUIG BRUTAU, F., *Fundamentos de Derecho Civil*, t. III, v. 1, Bosch, Barcelona, 1953.

PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, t. V, v. 1, 3ª ed., Barcelona, Bosch, 1990.

PUIG I FERRIOL, L., «Art. 98 Compilación de Cataluña», en M. Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XXVIII, v. 1, Edersa, Madrid, 1982, pp. 19-33.

ROCA SASTRE, R. M., «La adquisición hereditaria de la posesión», *RGLJ*, XXV, 1953, pp. 333-387.

ROCA TRÍAS, E., «Art. 222 Compilación de Cataluña», en M. Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XXIX, v. 2, Edersa, Madrid, 1984, pp. 61-89.

RODRÍGUEZ MORATA, F., «Art. 1934», en M. Albaladejo García y S. Díaz Abalart (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XXV, v. 1, Edersa, Madrid, 1993, pp. 123-132.

SALOMÓN SANCHO, L., «L'Adquisició de la possessió en els llegats d'efectes reals en el dret romà clàssic i la seva influència en els ordenaments jurídics del nostre entorn cultural», *Revista de Dret Històric Català*, nº 2, 2003, pp. 203-242.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., «Art. 440», en A. Cañizares Laso *et al.* (dir.), *Código Civil comentado*, v. 1, Cizur Menor, Navarra, 2011, pp. 1795-1798.

SIMONNET, J., *Histoire et théorie de la saisine héréditaire dans les transmissions de biens par décès*, Auguste Durand, Paris, 1852.

TERRE, F., LEQUETTE, Y., GAUDEMET, S., *Droit civil : les successions, les libéralités*, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, Paris, 2014.

THIERCELIN, M.H., « De la saisine héréditaire dans l'ancien droit français », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. XXI, n<sup>o</sup> 1, 1871-1872, pp. 779-791.

TORRELLES I TORREA, E., *La Possessió civilíssima i la possessió de l'hereu: sistemes d'adquisició de la possessió mortis causa*, Fundació Jaume Callís, Barcelona, 1994.

VALLET DE GOYTISOLO, J.-B., *Apuntes de Derecho sucesorio*, RDP, Madrid, 1955.

VIALLETON, H., «La place de la saisine dans le système dévolutif français actuel» en *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Dalloz & Sirey, Paris, 1961, pp. 283-301.

Fecha de recepción: 11.03.2016

Fecha de aceptación: 08.06.2016