

**“El Derecho de Transmisión en el Derecho Sucesorio.
Solución a la problemática entre la tesis de la adquisición
directa y la tesis de la doble transmisión; desde los prismas
del Derecho Común, Foral y Comparado”**

Tesis doctoral

Programa de Doctorado en Derecho, Ciencia Política y Criminología

Autor: Jose María Carrau Carbonell

Directora: Dra. María José Reyes López

Diciembre de 2022



VNIVERSITATIS VALÈNCIA

Índice

CAPÍTULO 1	8
1.1. Introducción y metodología	9
1.2. El derecho de transmisión	12
1.2.1. Introducción	12
1.2.2. Concepto	15
1.2.3. Requisitos	17
1.2.3.1. Que una herencia testada o intestada se halle deferida a un heredero	17
1.2.3.1.1. Premisa: Sucesiones testamentarias y <i>ab intestato</i>	17
1.2.3.1.2. Primer requisito: la delación al transmitente	20
1.2.3.2. Segundo requisito: la aptitud del transmitente para suceder al causante originario	21
1.2.3.3. Tercer requisito: Supervivencia del transmitente al causante originario y fallecimiento sin ejercicio del <i>ius delationis</i>	23
1.2.3.4. Cuarto requisito: aceptación por el transmisario de la herencia del transmitente ..	25
1.2.3.5. Otros requisitos: posibilidad de exclusión por el causante originario	27
1.2.3.5.1. Institución condicional	27
1.2.3.5.2. Sustitución vulgar	29
1.2.3.5.3. Conclusión: imposibilidad de evitación del derecho de transmisión	30
1.2.3.6. Prescripción	31
1.2.4. Naturaleza jurídica	36
1.2.4.1. Introducción	36
1.2.4.2. Naturaleza jurídica del <i>ius delationis</i>	37
1.2.4.3. Naturaleza jurídica del derecho de transmisión	39
1.2.3.4.1. Derecho subjetivo	39
1.2.3.4.2. Situación jurídica secundaria	40
1.2.3.4.3. Facultad jurídica	41
1.2.3.4.4. Derecho potestativo	41
1.2.3.4.5. Situación jurídica interina	42
1.2.4.4. Corrientes doctrinales	42
1.2.4.4.1. PUIG PEÑA	42
1.2.4.4.2. ALBALADEJO	44

1.3. Planteamiento del problema jurídico a investigar y resolver	45
CAPÍTULO 2	47
2.1. Evolución histórica de la institución	48
2.1.1. Introducción	48
2.1.2. Derecho romano clásico	49
2.1.3. Derecho romano justiniano.....	54
2.1.4. Edad Media	56
2.1.5. Orígenes en el Derecho español	57
2.1.5.1. Las Partidas	57
2.1.5.2. Proyecto de Código Civil de 1851	60
2.1.5.3. Proyecto de 1882.....	61
2.2. Conclusión.....	63
CAPÍTULO 3	66
3.1. Interpretación del artículo 1006 del Código Civil.....	67
3.1.1. Interpretación teleológica o finalista	67
3.1.2. Interpretación literal	72
3.1.2.1. “Por la muerte del heredero sin aceptar ni repudiar”	72
3.1.2.2. “Pasará a los suyos”	73
3.1.2.3. “El mismo derecho que aquel tenía”	75
3.1.3. Interpretación sistemática.....	76
3.1.4. Interpretación histórica.....	79
3.2. Situación de la problemática en el Derecho común actual.....	80
3.2.1. Consideración previa.....	80
3.2.2. Posiciones doctrinales a favor de la tesis clásica.....	81
3.2.2.1. Introducción	81
3.2.2.2. Retroactividad de la aceptación.....	81
3.2.2.3. Unidad de delación.....	82
3.2.2.4. Carácter personalísimo de la designación de heredero.....	84
3.2.2.5. Subentrada del transmisario en la posición del transmitente.....	86
3.2.2.6. Título sucesorio	88
3.2.2.7. <i>Conditio iuris</i>	88
3.2.2.8. Principio registral del tracto sucesivo	89
3.2.3. Posiciones doctrinales a favor de la tesis moderna	91
3.2.3.1. Introducción	91

3.2.3.2. Doctrina precursora	91
3.2.3.3. La aceptación como requisito para suceder.....	92
3.2.3.4. Retroactividad de la aceptación.....	94
3.2.3.5. Vocación y delación	96
3.2.3.6. Llamamiento legal.....	99
3.2.3.7. Contraposición a la tesis clásica	101
3.2.4. Recapitulación	104
3.2.5. Evolución jurisprudencial	105
3.2.5.1. Introducción	105
3.2.5.2. Etapa clásica	105
3.2.5.3. Giro jurisprudencial: Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Septiembre de 2013.....	107
3.2.5.3.1. Supuesto de hecho	107
3.2.5.3.2. Fundamentación jurídica.....	108
3.2.5.3.3. Doctrina jurisprudencial	109
3.2.5.4. Doctrina posterior de la Dirección General de los Registros y del Notariado	113
CAPÍTULO 4.....	115
4.1. Consecuencias de la opción por una de las dos tesis.....	116
4.2. Impuesto de Sucesiones	117
4.3. Importancia en la práctica jurídica de optar por una u otra tesis.....	121
4.3.1. Capacidad para suceder	122
4.3.1.1. Tesis clásica.....	122
4.3.1.2. Tesis moderna	123
4.3.2. Repudiación de la herencia del causante originario en perjuicio de acreedores.....	127
4.3.3. Aceptaciones beneficiarias de la herencia del transmitente	128
4.3.4. Título en la sucesión ab intestato	129
4.3.5. Partición de las herencias	131
4.3.6. Disponibilidad del <i>ius delationis</i>	132
4.3.6.1. Introducción	132
4.3.6.2. Indisponibilidad.....	132
4.3.6.3. Disponibilidad	133
4.3.6.4. Conclusión.....	135
4.3.7. Aplicabilidad del derecho de transmisión en los legados.....	136
4.3.7.1. Introducción	136

4.3.7.2. Posición tradicional: adquisición automática	136
4.3.7.3. Posición moderna: necesaria aceptación	137
4.3.7.4. Conclusión.....	139
4.4. Derecho de transmisión y sucesión forzosa o legitimaria	140
4.4.1. Introducción	140
4.4.2. Tesis clásica del derecho de transmisión.....	141
4.4.3. Tesis moderna del derecho de transmisión.....	143
4.4.4. Conclusión.....	145
4.4.5. Situación del cónyuge viudo del transmitente.....	146
4.4.5.1. Introducción	146
4.4.5.2. Tesis clásica del derecho de transmisión.....	146
4.4.5.3. Tesis moderna del derecho de transmisión.....	147
4.5. Pluralidad de transmisarios	149
4.5.1. Introducción	149
4.5.2. Evolución histórica.....	150
4.5.3. Tesis general.....	152
4.5.4. Tesis especial.....	156
4.5.5. Incidencia en el problema jurídico	159
4.5.6. Pluralidad en sentido vertical	163
CAPÍTULO 5	164
5.1. Soluciones que aporta el Derecho foral.....	165
5.1.1. Aragón.....	166
5.1.2. Baleares	169
5.1.3. Cataluña.....	170
5.1.4. Galicia	173
5.1.5. Navarra	174
5.1.6. País Vasco	175
5.1.7. Conclusiones respecto al derecho foral	176
5.2. Soluciones que aporta el Derecho comparado	177
5.2.1. Soluciones que aportan los dos principales sistemas jurídicos europeos y el resto de países de nuestro entorno	177
5.2.1.1. Alemania	178
5.2.1.1.1. Análisis histórico.....	178
5.2.1.1.2. Regulación actual	180

5.2.1.2. Austria.....	180
5.2.1.3. Bélgica.....	181
5.2.1.4. Francia.....	181
5.2.1.4.1. Análisis histórico.....	181
5.2.1.4.2. Regulación actual.....	182
5.2.1.5. Italia.....	184
5.2.1.5.1. Análisis histórico.....	184
5.2.1.5.2. Regulación actual.....	184
5.2.1.6. Portugal.....	186
5.2.1.7. Suiza.....	186
5.2.2. Situación en el derecho latinoamericano.....	187
5.2.2.1. Argentina.....	187
5.2.2.2. Bolivia.....	188
5.2.2.3. Chile.....	188
5.2.2.4. Colombia.....	189
5.2.2.5. Costa Rica.....	190
5.2.2.6. Cuba.....	190
5.2.2.7. El Salvador.....	191
5.2.2.8. Ecuador.....	192
5.2.2.9. Guatemala.....	192
5.2.2.10. Honduras.....	192
5.2.2.11. México.....	193
5.2.2.12. Nicaragua.....	193
5.2.2.13. Paraguay.....	194
5.2.2.14. Perú.....	195
5.2.2.15. República Dominicana.....	195
5.2.2.16. Uruguay.....	196
5.2.2.17. Venezuela.....	198
5.2.3. Conclusión respecto del estudio de Derecho comparado.....	200
5.3. Conflictos de leyes.....	201
CAPÍTULO 6.....	203
6.1. Solución propuesta al problema jurídico.....	204
6.1.1. Introducción.....	204
6.1.2. Tesis propuesta.....	206

6.1.2.1. Introducción	206
6.1.2.2. Sucesión intestada	206
6.1.2.3. Sucesión testamentaria	210
6.1.2.4. Justificación.....	211
6.1.2.5. Problemática.....	213
6.1.2.5.1. Sucesión intestada	213
6.1.2.5.2. Sucesión testada	215
6.2. Conclusiones	218
6.2.1. Primera conclusión.....	218
6.2.2. Segunda conclusión.....	219
6.2.3. Tercera conclusión	220
6.2.4. Cuarta conclusión.....	223
6.2.5. Quinta conclusión.....	226
BIBLIOGRAFÍA.....	227

CAPÍTULO 1

Sumario

1.1. Introducción	9
1.2. El derecho de transmisión	12
1.2.1. Introducción	12
1.2.2. Concepto	15
1.2.3. Requisitos	17
1.2.4. Naturaleza jurídica	36
1.3. Planteamiento del problema jurídico a investigar y resolver	45

1.1. Introducción y metodología

Con este trabajo nos proponemos resolver un concreto problema jurídico que se produce en el seno de una institución a menudo desconocida por lo escaso de su regulación positiva.

Dicha institución se incardina en el Derecho sucesorio, se denomina derecho de transmisión, y el problema jurídico que trataremos de solventar es el que plantea la necesaria elección entre la tesis de la doble transmisión y la tesis de la adquisición directa; pues ambas conducen a resultados absolutamente diferentes cuando se aplican en la práctica.

La importancia del problema se observa en el hecho de que, además de discusiones doctrinales, la jurisprudencia ha sido fluctuante, y si bien ha sido tradicional la tesis de la doble transmisión, en los últimos años la tendencia se ha invertido, con la aparición de sentencias que optan por la tesis de la adquisición directa.

Para tratar de dar una solución que sea justificada, uniforme y definitiva; aplicaremos el método deductivo, sobre la base de los principios generales del Derecho sucesorio, y trataremos de seguir un *íter* lógico, llegando a proponer una tesis final a partir de un trabajo de investigación que utilice las técnicas exploratorias, históricas y comparativas necesarias.

Por ello, comenzamos el primer capítulo definiendo y concretando el problema que nos planteamos, para delimitar los contornos del que va a ser nuestro trabajo de investigación.

Así, partiremos de la institución del derecho de transmisión, con una explicación en profundidad de sus presupuestos de aplicación y una disquisición sobre su naturaleza jurídica.

Asimismo, definiremos las tesis de la doble transmisión y de la adquisición directa, con sus ventajas e inconvenientes, tratando de observar cuáles son sus fortalezas y debilidades respectivas si las ponemos en conexión con la realidad de las sucesiones.

Posteriormente, seguiremos en el segundo capítulo con un estudio de la evolución histórica de la institución, cuyos orígenes se remontan al Derecho romano, e investigaremos los mismos para conocer el punto de partida de la solución que en dicho ordenamiento se dio a un concreto problema, que como veremos se planteaba en la realidad práctica desde hace siglos.

También observaremos cuál ha sido su regulación histórica en el Derecho común desde las Partidas, con el fin de dilucidar si en dicha regulación o en la posterior evolución legislativa hubieran existido atisbos de una posible solución del legislador a nuestro problema, que por algún motivo hubieran podido desaparecer en la regulación actual.

A continuación, en el tercer capítulo, ya centrándonos en el único precepto que en la actualidad regula la institución objeto del presente trabajo, acometeremos una honda interpretación del mismo, analizándolo desde los primas teleológico, literal, sistemático, e histórico.

Tras ello investigaremos cuál es el estado de la cuestión o problema jurídico en la doctrina clásica y en la contemporánea, revisando lo publicado por autores partidarios de una y otra posición, desde incluso antes del nacimiento de la controversia hasta nuestros días, con el fin de entender los argumentos utilizados por unos y otros para poder realizar una crítica a los mismos, y comprobar en fin si debemos decantarnos por una de las dos tesis doctrinales o si en cambio ninguna nos parece completamente satisfactoria.

También analizaremos la esencial jurisprudencia, que en un determinado momento pasó de seguir una tesis a la contraria, removiendo así los cimientos de la institución, poniendo de suma actualidad el problema jurídico y originando discusiones que todavía carecen de una pacífica solución.

En el cuarto capítulo, observaremos las consecuencias que tiene en la práctica jurídica la aplicación de las diferentes teorías sobre el derecho de transmisión, para comprobar la trascendencia que en la realidad tiene la cuestión que se trata de analizar y resolver, tanto desde el punto de vista económico como en cuanto a los problemas que se originan en la práctica diaria del Derecho sucesorio, que se resuelven de un modo u otro según si se opta por la tesis clásica o por la tesis moderna del derecho de transmisión.

Entre ellos, merecerán una especial atención cuestiones como las relacionadas con el sistema legitimario de nuestro ordenamiento y su coexistencia en la realidad con el derecho de transmisión, o la de las particularidades en la aplicación de las diferentes posiciones cuando el esquema teórico no es el protagonizado por un único individuo sino que existe una pluralidad de transmisarios.

En el quinto capítulo, y dado que no podemos obviar la característica esencial del Derecho civil español, que es su diversidad, deberemos estudiar el problema desde la perspectiva del Derecho foral, analizando la regulación positiva de la institución en los diferentes ordenamientos patrios para así comprobar si la cuestión ha sido tratada por el legislador foral con una mayor profundidad, de modo que pueda servir dicho análisis para contribuir a la resolución del problema en el ámbito del Derecho común.

También en el quinto capítulo ampliaremos el enfoque, alejándonos del ordenamiento jurídico español para el estudio en líneas generales de la regulación positiva de algunos de los países de nuestro entorno, con el fin de descubrir si en ellos se producen situaciones similares para comprobar qué soluciones proponen sus leyes.

En este capítulo, dado lo inabarcable del Derecho comparado, deberemos acotar los límites de nuestro trabajo comparativo, y para ello únicamente nos centraremos, de un lado, en los dos sistemas que imperan en nuestro continente: el latino y el anglosajón, analizando su regulación actual pero también los conceptos jurídicos que por estructurar su Derecho sucesorio influyen en la cuestión; y de otro, en los ordenamientos latinoamericanos, dada la notable influencia que nuestro Derecho ha tenido en ellos y las posibles ramificaciones que por sus peculiaridades se hayan podido producir.

Finalmente, en el capítulo sexto, nos hallaremos en situación de proponer una novedosa tesis que aspire a solventar el problema jurídico planteado, justificando nuestra posición con los argumentos históricos, lógicos, y comparativos que hemos aprehendido en otros capítulos.

Someteremos dicha tesis a diferentes problemas teóricos surgidos a lo largo del trabajo para comprobar si responde adecuadamente a aquellas cuestiones en las que chocaban frontalmente los partidarios de la tesis clásica y los de la tesis moderna del derecho de transmisión.

Igualmente, también plantearemos si la tesis propuesta es capaz de responder adecuadamente a las cuestiones prácticas que se dan en la realidad del Derecho sucesorio y que deben solventarse coherentemente con lo que se mantiene desde el punto de vista doctrinal.

Por último, finalizaremos con una serie de cinco conclusiones que sinteticen el trabajo efectuado, condensando toda la investigación en la propuesta de solución dada al problema jurídico, justificando adecuadamente la misma; de modo que todo ello pueda servir de base para solventar la cuestión analizada, con una interpretación clara y comprensible de la institución que tal vez pueda poner fin a la disputa entre las tesis clásica y moderna del derecho de transmisión.

1.2. El derecho de transmisión

1.2.1. Introducción

Se ha definido tradicionalmente la sucesión *mortis causa* como la subrogación de una persona en los bienes, derechos y obligaciones transmisibles, dejados a su muerte por otra persona.

Pues bien, para que se produzca el fenómeno de la sucesión *mortis causa*, son necesarios cuatro requisitos esenciales y que funcionan de tal manera que no se puede dar uno sin que se cumpla el anterior.

Estos requisitos que debe cumplir el sucesor son: en primer lugar, que el heredero sea llamado a la sucesión, testamentariamente o ab intestato; en segundo lugar, que sobreviva al causante; en tercer lugar, que sea capaz de suceder; y en cuarto lugar, que acepte la sucesión.

En este trabajo vamos a estudiar una institución jurídica que se produce en el *iter* señalado y que se da cuando, cumpliéndose el primero de los requisitos, esto es, siendo una persona llamada a la sucesión de otra; cumpliéndose asimismo el segundo de supervivencia del llamado y el tercero de su capacidad para suceder; se incumple sin embargo el cuarto, consistente en la aceptación de la sucesión; pero no se incumple por repudiación, sino porque el sucesor fallece antes incluso de manifestar su voluntad de aceptar o repudiar.

Por tanto, podemos considerar que estudiaremos una institución que tiene su ámbito de aplicación cuando, cumplidos los requisitos de llamamiento, supervivencia y capacidad; no puede verificarse el cumplimiento del requisito de aceptación por causa de fallecimiento del sucesor.

Afirma PUIG PEÑA que “el ámbito temporal en que este *ius transmissionis* opera no es otro que el de la situación que media entre la delación de la herencia -entendida en su propia naturaleza de llamamiento sucesorio concretamente actualizado, determinante del *ius delationis*- y la aceptación de la misma, siendo tan sólo en esta fase en la que adquiere su pureza técnica.

No es posible, en efecto, hablar del *ius transmissionis* cuando media sólo el simple llamamiento o vocación sucesoria antes de producirse la delación *in concreto*, pues que el heredero sólo tiene aquí una situación expectante, sin un contorno jurídico patrimonial delimitado. Por otra parte, tampoco se puede hablar del derecho de transmisión cuando el heredero ya ha aceptado la sucesión, pues que entonces entra en posesión de sus derechos hereditarios y no tiene, por tanto, singularidad específica la transmisión que él haga de la herencia, salvando, claro está, las necesidades típicas que se derivan del campo hereditario en que se mueve el negocio transmisivo.”¹

Esta diferencia conceptual entre la vocación o llamamiento y la delación u ofrecimiento es, a nuestro juicio, esencial para comprender bien el funcionamiento de la institución que tratamos.

¹ PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil Español*. Tomo VI, 2ª Ed., Aranzadi, Pamplona, 1972, p. 443.

Es relevante entender su significado desde el punto de vista puramente conceptual y teórico, para posteriormente ver su influencia en el *ius transmissionis*. Así, respecto a lo primero, señala BOSCH CAPDEVILA que “la vocación es el llamamiento efectivo del designado como posible sucesor a consecuencia de la apertura de la sucesión. En el momento del fallecimiento del causante son llamados todos sus posibles sucesores, ya sea por haberlo dispuesto así el causante, ya sea por mandato de la ley; tal llamamiento comporta una legitimación para suceder, pero no una legitimación para adquirir, a diferencia de la delación. Efectivamente, la delación supone un paso más en el proceso de adquisición de la herencia, ya que consiste en atribuir al llamado la posibilidad inmediata de suceder mediante la aceptación. La delación tiene como presupuesto una previa vocación, pero no toda vocación conlleva delación.”²

La relación entre ambos conceptos y su influencia en el derecho de transmisión la explica muy claramente HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, al señalar que “hay, pues, delación sólo cuando el heredero llamado puede aceptar inmediatamente y adquirir la herencia ofrecida sin que ninguna circunstancia se lo impida. Cuando se interpone una condición hay vocación pero todavía no hay delación (...).

En este rápido recorrido a través del proceso sucesorio, vamos a situarnos, a fin de centrar nuestro tema, en la fase que se abre precisamente con la delación, es decir, desde el instante en que el heredero goza de la facultad de aceptar o repudiar la herencia ofrecida sin que nada se interponga ante su soberana decisión (...).

Pero puede ocurrir, y de hecho es frecuente, que, encontrándose la herencia en esta situación (*hereditas iacens*), bien sea por indecisión, por cualquier tipo de dificultad, por ignorancia incluso de su derecho a la herencia y hasta por haber decidido voluntariamente no aceptar ni repudiar, al llamado le sorprenda la muerte sin haber ejercitado el *ius delationis*, y entonces la ley tiene que resolver el problema de si el derecho a la herencia se transmite a los herederos eventuales de grado ulterior o a los propios herederos del llamado, y en este caso, si estos herederos adquieren con la herencia de este segundo causante la herencia del primero o si solamente adquieren el correspondiente *ius delationis*, esto es, el derecho de aceptarla o repudiarla.”³

Debe plantearse en este punto un aspecto preliminar que tiene trascendencia: el proceso sucesorio atraviesa varias etapas, de las que tres son claramente diferenciadas.

La primera se produce desde el fallecimiento del causante hasta la aceptación de los llamados, y es conocida como la fase de herencia yacente, en la que la herencia existe pero no los herederos como tales, por no haber aceptado ninguno aún. En esta fase, la herencia se encuentra abierta y deferida, pero aún no ha aceptado ninguno de los llamados, ya porque sólo existe vocación pero no delación (herederos bajo

² BOSCH CAPDEVILA, E., “Artículo 1006” en CAÑIZARES LASO, A.; DE PABLO CONTRERAS, P.; ORDUÑA MORENO, J.; VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.; *Código Civil Comentado*. Volumen II. Libro III. Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 1527.

³ HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, G., “La transmisión del *ius delationis*” en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*. Volumen IV. Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, p. 466.

condición suspensiva pendiente de cumplimiento), ya porque existiendo delación, aún no hay aceptación, por el motivo que sea.

La segunda fase se produce cuando los llamados aceptan la herencia, convirtiéndose en herederos, y se denomina la fase de comunidad hereditaria, una comunidad germánica en la que van entrando los llamados a medida que van aceptando, permaneciendo los que aún no lo han hecho en la fase anterior.

La tercera fase se produce con el negocio jurídico de la partición hereditaria, por la que se transforman las participaciones abstractas que los herederos tenían en la fase de comunidad hereditaria sobre el patrimonio relicto, en titularidades concretas sobre los bienes.

Pues bien, cada una de estas tres fases tiene un derecho subjetivo por objeto. En orden temporal inverso, el derecho que existe tras la partición es un derecho real, el de propiedad sobre los bienes adjudicados.

En la fase anterior, de comunidad hereditaria, el objeto de la misma es el llamado derecho hereditario, que existe desde la aceptación hasta la partición, que puede ser objeto de cesión, como permite el Código Civil en los artículos 1000, 1531 y 1533 y que puede ser objeto de anotación preventiva en el Registro de la Propiedad por el artículo 42.6 de la Ley Hipotecaria.

Pero la fase que nos interesa es la primera: la de la herencia yacente, regulada de modo escaso en nuestro Código Civil, que tan sólo se refiere a ella en algunos preceptos como el artículo 1934, el 902.4, o el 801 y siguientes. El objeto de esta herencia yacente, en nuestra opinión, no puede ser otro que el denominado *ius delationis*, es decir, el derecho de aceptarla o repudiarla que tienen los llamados a ella.

Y la institución que tratamos en este trabajo se produce dentro de esta fase de herencia yacente, precisamente cuando surge un obstáculo que impide momentáneamente pasar a la fase siguiente de comunidad hereditaria: la muerte del llamado en situación de herencia yacente sin ejercitar su *ius delationis*; supuesto previsto en nuestro ordenamiento, que regula de modo escueto una institución para solventar dicho problema: el derecho de transmisión.

1.2.2. Concepto

Esta institución denominada derecho de transmisión es definida por ROCA SASTRE como “aquel derecho que tienen los herederos del heredero que fallece en el intervalo comprendido entre la delación hereditaria a su favor y la aceptación o adición hereditaria futura, y en virtud del cual aquéllos hacen suya la facultad de aceptar o repudiar la herencia, o sea, el *ius delationis* atribuido a éste.

Por tanto, cuando se habla de derecho de transmisión sucesoria, se alude al proceso de traspaso o transmisión del *ius delationis*, perteneciente a un heredero muerto antes de aceptar o repudiar, el cual pasa a los herederos de éste.”⁴

Para PUIG BRUTAU, el derecho de transmisión “significa la perduración de los efectos del llamamiento al morir el llamado sin aceptar ni repudiar”⁵, definición en cierto modo original, pues mantiene que al fallecer el heredero, no se extingue el llamamiento, sino que perdura, pudiendo sus herederos aprovecharlo.

Y según PUIG PEÑA el *ius transmissionis* “es el derecho que la Ley concede a la persona llamada a una sucesión y que aún no ha ejercitado la facultad de aceptar o repudiar la herencia, a que sus sucesores, caso de morir, puedan llevar a efecto estos cometidos, en las condiciones y circunstancias que las leyes determinan.”⁶

Parece que dicho autor entiende con esta definición que el derecho de transmisión es una prerrogativa que se concede al transmitente, lo cual no deja de llamar la atención, puesto que lo tradicionalmente entendido es que es un derecho de los transmisarios, y consideramos que así es. Baste para ello la afirmación de que el transmitente, en el momento en que opera el derecho de transmisión, ha fallecido, y sólo desde dicho momento aparece el *ius transmissionis*, por lo que, siendo una persona fallecida, no puede ostentar ningún derecho, sino que lo ostentan sus herederos, transmisarios.

De forma más breve, entiende el mismo autor que “el derecho de transmisión extiende a favor de los sucesores del transmitente la facultad de aceptar o repudiar la herencia que había sido a él deferida”.⁷

También define la institución de forma muy concisa CASTÁN TOBEÑAS, diciendo que “se llama así a la facultad que tiene el heredero que ha adquirido el derecho a la herencia, aunque no haya llegado a posesionarse de ella, de transmitirlo a sus propios herederos.”⁸

Igualmente llama aquí la atención que considere el derecho de transmisión como una facultad del transmitente, lo cual discutimos, como hemos señalado. Y plantea el

⁴ ROCA SASTRE, R.M., *Estudios de Derecho Privado*. Tomo II. Sucesiones., Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 346.

⁵ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo V. Volumen 1º., Bosch, Barcelona, 1961, p. 212.

⁶ PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil Español...*, op.cit., p. 444.

⁷ PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil Español...*, op.cit., p. 457.

⁸ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Tomo VI. Derecho de Sucesiones. Volumen II., Séptima edición, revisada y puesta al día por MONTERO RÍOS, J.B., CASTÁN VÁZQUEZ, J.M., VALLET DE GOYTISOLO, J. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1973, p. 192.

autor en esta corta definición dos problemas que veremos posteriormente: la concreta naturaleza jurídica del derecho de transmisión y la disponibilidad del *ius delationis*.

Vistas así algunas de las definiciones doctrinales del derecho de transmisión que nos permiten obtener un concepto global de la institución, debemos pasar a plantear el problema jurídico objeto del presente trabajo.

Previamente conviene concretar la nomenclatura de los sujetos que protagonizan esta institución: causante originario es el sujeto que fallece primero; transmitente será su heredero que fallece sin aceptar ni repudiar; y transmisario o heredero favorecido será el heredero del transmitente que adquiere el *ius delationis* y en cuya actuación radica la esencia del derecho de transmisión.

La regulación de la institución en nuestro Derecho es extremadamente parca, hasta el punto de que sólo un precepto del Derecho común regula esta institución.

Dicho precepto es el artículo 1006 del Código Civil, a cuyo tenor “*Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía*”.

1.2.3. Requisitos

Como vimos anteriormente, para que se aplique esta institución son necesarios cuatro requisitos:

1.2.3.1. Que una herencia testada o intestada se halle deferida a un heredero
Ello supone, a su vez, una premisa y un requisito.

1.2.3.1.1. Premisa: Sucesiones testamentarias y *ab intestato*

La premisa, comúnmente aceptada por la doctrina, consiste en que el derecho de transmisión es una institución propia de la sucesión testada y de la intestada, y opera tanto cuando la sucesión entre el causante y el transmitente es de un tipo como cuando lo es del otro.

Así lo afirma la mayoría de la doctrina. Por todos ellos, baste citar a ESPINAR LAFUENTE, que señala que el derecho de transmisión “se aplica tanto a los herederos *ab intestato* como a los testamentarios, tanto a los legales como a los electivos. Cubre exclusivamente el supuesto de postmoriencia.”⁹

Si bien estamos de acuerdo con ello, hay algunos autores que discuten esta primera premisa.

Así, FERNÁNDEZ DOMINGO señala que “el *ius transmissionis* tiene lugar por imperativo legal, pero siempre que se trate de una sucesión testada; en otro caso, el propio mecanismo de la intestada evitaría esta situación.”¹⁰

Justifica su opinión el autor citado diciendo que “no estamos en presencia de ninguna *conditio iuris*, sino de una contingencia prevista por el ordenamiento; que presupone, además, la existencia de un testamento válido, sin que sea posible la consideración de un llamamiento legal. Y es que la muerte de un llamado legal en una situación intestada no confiere derecho alguno a los herederos del fallecido, sino que el mecanismo de la sucesión opera por su propia dinámica. El hecho de que exista o puedan existir coincidencias no dejaría, en todo caso, de ser meramente coyuntural.

Es evidente, por tanto, que esta figura se detiene en la contemplación del instituido voluntariamente por su causante (se trate o no de un heredero legítimo), anteponiendo su criterio de voluntariedad a la contingencia, ciertamente imposible en este caso, del *quantum* hereditario.”¹¹

Por tanto, entiende el autor que es preciso que la sucesión que se produce entre el causante originario y el transmitente sea una sucesión testada; por entender que la postmoriencia del heredero en la sucesión intestada tiene su solución en la aplicación de las normas que regulan este tipo de sucesión en el Código Civil.

⁹ ESPINAR LAFUENTE, F., *La herencia legal y el testamento. Estudio doctrinal y de derecho positivo*. Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1956, p. 243.

¹⁰ FERNÁNDEZ DOMINGO, J.I., *Ser heredero. Una defensa del criterio subjetivo*. Dykinson, Madrid, 2009, p. 157.

¹¹ FERNÁNDEZ DOMINGO, J.I., *Ser heredero...*, op.cit., p. 159.

Como punto de partida, y sin perjuicio de que profundizaremos en esta cuestión al proponer una solución en el capítulo 6, *a priori* no podemos estar totalmente de acuerdo con su posición si partimos de los principios clásicos del Derecho sucesorio, puesto que existen motivos positivos, sistemáticos y racionales para opinar como la mayoría de la doctrina.

Así, desde el punto de vista positivo, el artículo 1006 del Código Civil no hace en ningún momento referencia a que el derecho de transmisión tenga sólo lugar en la herencia testada. Si el legislador lo hubiere querido, habría utilizado el adjetivo “testamentario” al hablar del heredero, y no lo hizo, sino que simplemente habla de “heredero” refiriéndose, por tanto, a todos los posibles, sean testamentarios o *ab intestato*. En cambio, al tratar otras instituciones jurídicas, el legislador sí hace una clara diferenciación cuando ciertas normas deben aplicarse a un tipo u otro de sucesión, como ocurre en el artículo 982 del Código Civil sobre el derecho de acrecer.

Desde un punto de vista sistemático, como señalaremos al interpretar sistemáticamente el precepto, el artículo 1006 del Código Civil se sitúa dentro de la sección dedicada a la aceptación y repudiación de la herencia, cuyos preceptos son igualmente aplicables a la herencia testada e intestada.

Y desde el punto de vista racional, el derecho de transmisión prevé una contingencia que *a priori* el ordenamiento jurídico no tiene prevista con otra institución, ni en la sucesión testada, ni en la intestada: la postmoriencia del transmitente al causante originario sin haber ejercitado su *ius delationis*.

Por tanto, afirmar como hace el citado autor que el derecho de transmisión sólo opera si el causante originario otorgó testamento llamando al transmitente supondría afirmar la existencia de una laguna legal, salvo que existiera un mecanismo legal que hiciera innecesario el derecho de transmisión en la sucesión intestada.

Por todos estos argumentos, la doctrina casi en su totalidad entiende que el derecho de transmisión opera en ambas sucesiones.

Debemos recordar que nos referimos en todo caso a la sucesión entre causante originario y transmitente, que es la que nos interesa a efectos del *ius transmissionis*. Respecto a la sucesión entre transmitente y transmisario, rigen en ella las reglas generales, sin especialidad alguna ni interés a estos efectos.

Por ello, FERNÁNDEZ DOMINGO, que como hemos visto sostiene que entre el causante originario y el transmitente sólo opera el derecho de transmisión en la sucesión testada, sí es más flexible al tratar la sucesión entre el transmitente y el transmisario, permitiendo, aquí sí, que esta pueda ser testada o intestada. Señala que “esa nueva delación a la que acabamos de referirnos vendría a constituir la culminación de la transmisión hereditaria: ante la imposibilidad del llamado, el señalamiento legal de nuevos beneficiarios, que pueden serlo tanto los voluntarios como los legales. En definitiva, la expresión *los suyos* del Código civil resulta ser lo suficientemente amplia como para dar cabida a la voluntad del transmisario, si muere testado, o a la presunta, si fallece intestado.”¹²

¹² FERNÁNDEZ DOMINGO, J.I., *Ser heredero...*, op.cit., p. 159.

Dejando de lado que entendemos que el citado autor no utiliza propiamente los términos de “transmitente” y “transmisario”, confundiéndolos, lógicamente estamos de acuerdo en que la sucesión entre transmitente y transmisario puede ser voluntaria o legal; pero no lo estamos en los argumentos utilizados por este autor.

No es coherente considerar que la palabra “suyos” del precepto se refiera a sucesores testamentarios e intestados cuando antes se ha dicho que la palabra “heredero” sólo se refiere a los testamentarios; pues al utilizar el legislador el pronombre “suyo” lo está poniendo en relación con “heredero”. Es decir, “suyos” son “los del heredero”; y por tanto no hay diferenciación.

Para ser coherente, el autor citado debería haber seguido también la tesis de que el derecho de transmisión sólo se da cuando ambas sucesiones, la del causante originario al transmitente y la de éste al transmisario, son testamentarias.

Como ya hemos dicho, en principio, debemos posicionarnos del lado de la mayor parte de la doctrina, puesto que si el legislador no quiso especificar, tuvo que ser porque el derecho de transmisión es una institución que se da tanto en una sucesión como en otra.

Es más, el derecho de transmisión puede acontecer igualmente si la sucesión del causante originario al transmitente fue testada y la del transmitente al transmisario intestada; o viceversa.

Y ello por el tenor literal del precepto, por su ubicación sistemática, y porque es una institución que regula un supuesto no contemplado con ninguna otra regulación; como ya hemos señalado.

En definitiva, la posición particular que hemos visto, si bien es original, no es compartida por el resto de la doctrina, que suele afirmar que el derecho de transmisión opera en ambos tipos de sucesión sin plantearse la posibilidad contraria.

Entre ellos, GITRAMA, al decir que “por supuesto, el mecanismo se aplica en todo caso y a toda clase de herederos, legitimarios, voluntario o abintestato; y lo mismo si son personas físicas que si personas jurídicas, cuya extinción (equivalente a la muerte de las primeras) puede a veces motivar que las sucedan otras con los mismos derechos y obligaciones.”¹³

En el mismo sentido, por último, puede citarse a MANRESA, que sostiene lo mismo basándose en una interpretación histórica, diciendo que “a los preceptos de la ley de Partida sustituye en el art. 1006 una regla general, aplicable en todo caso y á toda clase de herederos, legítimos o testamentarios, voluntarios ó forzosos, ya sean los herederos personas físicas ó personas morales, siempre que éstas se extingan y sucedan otras legítimamente en sus mismos derechos y obligaciones.”¹⁴

Por todo ello, continuaremos este trabajo con la premisa de que la institución opera en ambos tipos de sucesión hereditaria, y ello respecto de ambas sucesiones, la del causante originario al transmitente; y la de éste al transmisario.

¹³ ALBALADEJO, M.; GITRAMA GONZÁLEZ, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XIV. Volumen 1º. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989, p. 285.

¹⁴ MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios al Código Civil Español*. Tomo VII. 4ª Ed., Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1914, p. 448.

1.2.3.1.2. Primer requisito: la delación al transmitente

El primer requisito comúnmente admitido para que surja el derecho de transmisión consiste en que la herencia del causante originario esté deferida, habiendo fallecido el causante originario y sobreviviéndole el transmitente, produciéndose además no sólo la vocación o llamamiento sino también la delación u ofrecimiento.

Según VALLET, “el derecho de transmisión (...) requiere que la delación se haya producido efectiva y definitivamente. Consiste precisamente en la posibilidad de transmitir *mortis causa* el *ius adeundi* o facultad de adquirir la herencia nacida por la delación. Es decir, que el heredero fallecido después de la delación, pero antes de la adquisición, transmite a sus herederos –sean familiares o extraños- esta facultad de aceptar”.¹⁵

Sobre este requisito, afirma PUIG PEÑA que es necesario “que se haya entrado en la fase de la delación de la herencia y articulado, por tanto, el *ius delationis* en la persona del sucesor, el cual no ha de haber ejercitado su derecho de opción.

El montaje técnico de este derecho se produce una vez que la herencia ha sido ya deferida y se ha articulado, como hemos dicho, el *ius delationis* en la persona del sucesor.”¹⁶

Decíamos que para que opere el derecho de transmisión se requiere vocación y delación. Así lo señala también DE LA CÁMARA, al decir que “el derecho de transmisión presupone pues: 1) Que la sucesión esté ya abierta, pues de lo contrario no podría transmitirse un derecho que, por hipótesis, no se tiene. Cosa distinta es que el llamado a la herencia fallezca antes que el causante o antes que el primer llamado en los casos de llamamientos sucesivos. En el primer supuesto podrá entrar en juego, en su día y cuando proceda, el derecho de representación o la segunda delación testamentaria, si existe (así, cuando se haya ordenado una sustitución vulgar), o funcionará un nuevo llamamiento a favor de quien proceda, una vez que haya muerto el causante. 2) Que la herencia esté “ofertada”, es decir, que exista un titular del *ius delationis*, conforme a lo antes dicho. 3) Que después de la apertura de la sucesión y antes de la aceptación fallezca el titular del *ius delationis*. Es entonces cuando el heredero llamado transmite a los suyos el mismo derecho que él tenía, a saber, el de aceptar o repudiar la herencia de que se trate.”¹⁷

Es por tanto esencial, que se haya entrado en fase de delación u ofrecimiento y no meramente de vocación o llamamiento: que se produzca el fallecimiento del causante y el ofrecimiento efectivo de la herencia a un concreto llamado heredero, que esté en situación de adirla inmediatamente mediante la aceptación.

Así lo clarifica ALBALADEJO al decir que “la delación es la atribución del *ius delationis* al llamado, y es en ese momento cuanto tal *ius* nace” puesto que “cuando con la sola apertura de la sucesión no se atribuye ya a un sujeto determinado el poder

¹⁵ VALLET DE GOYTISOLO, J., *Panorama del Derecho Civil*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1973, p. 305, 306.

¹⁶ PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil Español...*, op.cit., p. 447.

¹⁷ DE LA CÁMARA, M., *Compendio de Derecho Sucesorio*, La Ley, Madrid, 2011, p. 33.

actual de adquirir la herencia, la delación a su favor se retrasa hasta que, con la realización de un evento futuro, tiene lugar tal atribución”.¹⁸

Dicha delación se adquiere originariamente por el llamado y no derivativamente, puesto que el causante no la tenía en su patrimonio. Se adquiere además de modo automático, independiente de la voluntad del llamado, que no necesita realizar ninguna declaración de voluntad para adquirirlo.

Así lo observa JORDANO FRAGA, que señala que “mientras la adquisición de la herencia, como se ha dicho, dependerá, como regla general, de la propia voluntad adquisitiva (aceptación) del llamado a ella; la delación, por su mismo carácter de oferta adquisitiva (...) se adquiere por el llamado al margen de su voluntad de hacerlo.”¹⁹

Sobre la dicotomía vocación-delación, y su influencia en el *ius transmissionis*, dice GARCÍA GARCÍA que “no es posible la transmisión de la vocación ni de la delación, sino que ambas permanecen en la persona del llamado. Lo que hay es una sucesión en la vocación y en la delación del llamado.

El efecto de esta sucesión en la vocación y en la delación no es, por tanto, la transmisión *mortis causa* de una y otra, sino la transmisión *mortis causa* de los derechos derivados de las mismas, con la consecuencia de que tales derechos podrán ser ejercitados por los herederos del llamado, manteniéndose la vocación y la delación en el mismo. Por ello, lo que se transmite son los derechos derivados de la vocación, permaneciendo idéntica la vocación que tenía el segundo causante o transmitente respecto al primer causante.

Entre los derechos derivados de la vocación, es fundamental el *ius delationis*, es decir, el derecho de aceptar o repudiar la herencia.”²⁰

Se concluye de lo señalado que para el surgimiento del derecho de transmisión es precisa la delación al transmitente, esto es, la adquisición por el transmitente del *ius delationis* en virtud de un llamamiento sucesorio concreto; delación en la que por su fallecimiento sucederá el transmisario.

1.2.3.2. Segundo requisito: la aptitud del transmitente para suceder al causante originario

El segundo de los requisitos necesarios para que opere el *ius transmissionis* consiste en que efectivamente el transmitente, que ha sobrevivido al causante originario, tenga la capacidad necesaria para aceptar su herencia en el intervalo que transcurre entre la muerte del causante originario y la suya propia.

Este requisito no es sino una consecuencia de la necesaria delación a su favor que tratábamos anteriormente, y que supone que efectivamente el transmitente se encuentre en posición de adir la herencia mediante la aceptación.

¹⁸ ALBALADEJO, M., “La sucesión iure transmissionis”, *Anuario de Derecho Civil*, Vo.5., Núm. 3., 1952, p. 926.

¹⁹ JORDANO FRAGA, F., “Los acreedores del llamado a una sucesión *mortis causa*, ante el ejercicio por éste del *ius delationis*”, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1996, p. 20.

²⁰ GARCÍA GARCÍA, J.M., *La sucesión por derecho de transmisión*. Civitas, Madrid, 1996, p. 162, 163.

En este sentido, dice ROCA SASTRE que es necesario “que el heredero o coheredero fallezca durante tal situación de herencia deferida y siendo capaz para heredar”.²¹

Ello tiene un sentido lógico: si el heredero es incapaz de suceder, lo que se produce es un llamamiento frustrado, y por tanto no se aplica el derecho de transmisión, sino los mecanismos ordinarios previstos por el ordenamiento para los llamamientos frustrados: sustitución vulgar, acrecimiento, apertura de la sucesión intestada; o derecho de representación; según la sucesión sea testamentaria o *ab intestato*.

No debe confundirse el concepto de la capacidad para suceder con el de la capacidad legal, que es la que antes de la reforma operada en el Código Civil por la Ley 8/2021 se dividía por la doctrina tradicional entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, consistentes respectivamente en la aptitud para ser titular de relaciones jurídicas o para ejercitar derechos, distinción suprimida actualmente por ser reconocida tras la reforma la capacidad legal a todas las personas por el mero hecho de serlo, sin perjuicio de las medidas de apoyo correspondientes.

La capacidad para suceder es la manifestación de la capacidad legal consistente en la aptitud de una persona para ser heredera de otra, capacidad que se aprecia al fallecer el causante y que viene determinada por la ausencia de incapacidades absolutas o relativas.

Dicha capacidad de suceder del transmitente implica que no se halle incurso en ninguna de las causas de incapacidad absoluta ni relativa para suceder; y comprende del mismo modo que no se halle incurso en causa de indignidad sucesoria de las del artículo 756 del Código Civil.

Entre las incapacidades absolutas, que impiden suceder, se encuentran conforme al artículo 745 del Código Civil las de las criaturas abortivas no enteramente desprendidas del seno materno y las de las asociaciones o corporaciones no permitidas por la ley. Incapacidades relativas son las que inhabilitan para suceder a determinada persona, siendo clásicas las del confesor, del tutor y del notario. Por su parte, las causas de indignidad se fundan en razones subjetivas por la reprobable conducta del heredero hacia el causante, y son recogidas en el artículo 756 del Código Civil.

En la sucesión testamentaria, cuando el heredero voluntario es incapaz de suceder, el artículo 755 del Código Civil establece la nulidad de la disposición, si bien lógicamente será necesario el ejercicio de la acción prevista por el artículo 762, teniendo efectos retroactivos la sentencia que la declare.

En la sucesión intestada operará, en caso de incapacidad del llamado, como hemos dicho, el derecho de representación, siendo también necesario en la práctica que se ejercite la correspondiente acción de petición de herencia; salvo que en la propia declaración de herederos se haga constar de forma probada la incapacidad sucesoria del llamado y el llamamiento frustrado.

²¹ ROCA SASTRE, R.M., *Estudios de Derecho Privado...*, op.cit., p. 347.

ESPÍN CÁNOVAS menciona los artículos 761 y 857 del Código Civil, relativos al derecho a legítima de los descendientes del incapaz o desheredado, y lo separa del derecho de transmisión, al señalar que “en realidad más que de una excepción se trata de la falta de presupuesto básico del *ius transmissionis*, ya que ni el incapaz ni el que renuncia llegan a adquirir el *ius delationis*, por no poder o por no querer respectivamente, y por tanto es lógico que no puedan transmitirlo.”²²

Por tanto, como señalábamos, un requisito básico para la aplicación de la institución del derecho de transmisión es que el transmitente fallezca en tal situación de herencia no aceptada, pero en todo caso siendo capaz de suceder, siendo capaz de aceptarla, aunque sin llegar a hacerlo.

Todo ello se resume en una sentencia: que el transmitente adquiriera el *ius delationis*, es decir, el derecho de aceptar o repudiar la herencia.

Por supuesto, este requisito se refiere a la capacidad del transmitente respecto del causante originario.

Cuestión diferente es la capacidad del transmisario, y si la debe tener respecto del transmitente, como señalan los partidarios de la tesis clásica; o respecto del causante originario, como señalan los partidarios de la tesis moderna. A esta cuestión nos referiremos posteriormente en el capítulo 4.

También nos referiremos en el capítulo 5 a la diferenciación entre incapacidad sucesoria e indignidad sucesoria del transmisario en el ámbito del tratamiento del derecho de transmisión en las regiones forales.

1.2.3.3. Tercer requisito: Supervivencia del transmitente al causante originario y fallecimiento sin ejercicio del *ius delationis*

Define ALBALADEJO la institución señalando que “si aquel a cuyo favor se ha deferido una herencia muere antes de adquirirla- o sea, de suceder- sus sucesores pueden adquirir el derecho a tal adquisición- o sea, a tal sucesión-.”²³

Es necesario por tanto que el heredero sobreviva al causante y fallezca durante tal situación de herencia deferida. En puridad, a este sujeto debe denominársele el llamado y no el heredero, ya que no llega a serlo, si bien no distinguiremos en este punto, a efectos explicativos.

El requisito que tratamos es básico para entender el funcionamiento del derecho de transmisión: éste opera sólo y únicamente en caso de “postmoriencia” del heredero al causante.

Nunca, bajo ningún concepto, opera en caso de premoriencia, pues entonces lo que se produce es un llamamiento frustrado, que se solventa, como hemos señalado, según los casos, con otras instituciones, como son la sustitución vulgar, el acrecimiento, o el derecho de representación.

En el derecho de transmisión, el llamado existe al producirse la delación; no así cuando se aplica, por premoriencia del llamado, la sustitución vulgar o el derecho de

²² ESPÍN CÁNOVAS, D., *Derecho Civil Español*. Volumen V. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970, p. 47.

²³ ALBALADEJO, M., “La sucesión iure transmissionis”..., op.cit., p. 913.

representación, en los que el problema es contrario, precisamente la inexistencia de llamado hereditario al tiempo de fallecer el causante.

No viene al caso en este trabajo recordar qué ocurre en los casos de premoriencia en las sucesiones testada, intestada y forzosa. Baste señalar que existen normas que recuerdan la precisión que hemos hecho, como el artículo 766 del Código Civil, cuando señala que “*el heredero voluntario que muere antes que el testador, el incapaz de heredar y el que renuncia a la herencia, no transmiten ningún derecho a sus herederos, salvo lo dispuesto en los artículos 761 y 857.*” o el artículo 759 del Código Civil, cuando estipula que “*el heredero o legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos.*”

En definitiva, como concreta GOMÁ SALCEDO, “el derecho de transmisión juega en el período comprendido entre la apertura de la sucesión y la aceptación. Todos los llamados que cumplan los requisitos del art. 758, es decir, que vivan en ese momento y no sean incapaces, son potencialmente herederos y transmiten esa cualidad potencial a los suyos. Así resulta en el sentido positivo del art. 1006 y en sentido negativo del art. 766.”²⁴

El requisito que tratamos es, por tanto, doble: se requiere como hemos dicho la supervivencia del transmitente al causante originario, y se requiere también que fallezca sin aceptar o repudiar, es decir, sin ejercitar el *ius delationis*.

Respecto a esto último, nuestro Código Civil regula en los artículos 998 y siguientes dos tipos de aceptación: pura y simple, o a beneficio de inventario. Y dentro del primer tipo, la aceptación puede ser expresa o tácita. La aceptación pura expresa y la aceptación a beneficio de inventario no plantean problemas prácticos a estos efectos, puesto que deben constar documentalmente de modo expreso.

Sin embargo, la aceptación pura tácita, que según el artículo 999 tiene lugar por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero, puede plantear problemas derivados de su propia naturaleza jurídica, puesto que no es pacífica e indiscutida.

Y ello en sede de *ius transmissionis* es de indudable trascendencia, ya que si el transmitente acepta, aunque sea tácitamente, no tendrá lugar el juego del artículo 1006 del Código Civil que exige que fallezca sin aceptar ni repudiar.

Por ello, en la aplicación práctica de la institución, se debe ser extremadamente cuidadoso para discernir entre la transmisión del *ius delationis* y la sucesión en una herencia ya aceptada tácitamente.

Esta relación entre el derecho de transmisión y la aceptación tácita de la herencia es de tal relevancia que algunos autores sostienen que dicha aceptación tácita provoca que el derecho de transmisión tenga una aplicación muy restringida.

SOLIS VILLA entiende que “dada la amplitud con que el CC regula la aceptación tácita, se muestra el derecho de transmisión como un mecanismo algo excepcional, para casos, que no serán muy frecuentes, de llamados que han fallecido

²⁴ GOMÁ SALCEDO, J.E., *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral*. Tomo III. Familia y Sucesiones. Volumen II. Sucesiones hereditarias. Bosch, Barcelona, 2007, p. 1.202.

sin posibilidad material de aceptar la herencia (desconocimiento de su llamamiento, incapaces sin representación legal constituida, proximidad de las fechas de fallecimiento, etc.) o, en el extremo opuesto, llamados que, aunque conozcan su llamamiento, no han poseído nunca ni gestionado la herencia, ni tampoco interpusieron la acción de petición de herencia antes de fallecer, situación, como puede imaginarse, poco corriente.”²⁵

Admitimos, pues, que será de gran importancia averiguar si efectivamente se cumple o no el requisito de postmoriencia del transmitente sin aceptar ni repudiar, y que habrá que estar atento en la práctica a la posibilidad de la aceptación tácita, que evitaría el juego del derecho de transmisión.

En caso de darse la aceptación tácita por el llamado, éste adquiere la herencia, integrándose en su patrimonio la totalidad del caudal hereditario del causante; y si fallece después, su sucesión, que comprenderá tanto el patrimonio heredado como el que ya tenía, se regirá por los cauces ordinarios; no siendo de aplicación del derecho de transmisión.

Dicho ésto, consideramos que lo frecuente o infrecuente de la aplicación práctica de la institución del *ius transmissionis* no le resta un ápice de su interés doctrinal.

1.2.3.4. Cuarto requisito: aceptación por el transmisario de la herencia del transmitente

El cuarto requisito, comúnmente admitido por los partidarios de la tesis clásica y también por los partidarios de la tesis moderna, consiste en que el heredero del heredero fallecido acepte la herencia de éste.

Como dice ALBALADEJO, citado por PUIG PEÑA, “hace falta, no sólo la delación de la herencia a favor de un llamado (que aún no la aceptó o adquirió ni repudió), sino además la sucesión ya operada, la adquisición ya realizada de la herencia del transmitente. Pues si el llamado a la herencia de éste aún no es su sucesor, nos encontramos con que actualmente sólo tiene un *ius delationis* referente a la herencia del transmitente, pero aún no ha ocupado la posición jurídica de éste; no es, por tanto, titular de las relaciones jurídicas que compongan sus herencias. De manera que, como el *ius delationis* a la herencia del primer causante forma parte de la herencia del segundo causante, el llamado a ésta, que aún no sucedió, no es aún titular del *ius delationis* a la herencia del primer causante, puesto que aún no ocupa la posición jurídica del segundo”.²⁶

Ésta consideración se basa en la premisa, común a la tesis clásica y a la moderna, de que el *ius delationis* es un valor integrante de la herencia del transmitente.

Es de gran importancia insistir en que, en el fenómeno que tratamos, existen dos herencias, y por tanto dos *ius delationis*, uno para aceptar cada una.

²⁵ SOLÍS VILLA, C., “La aceptación improcedente (o tardía) de la herencia por los transmisarios y otras cuestiones conexas.” en PÉREZ-BUSTAMANTE, A.; VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A.; PÉREZ-COCA CRESPO, A.; PÉREZ GALLARDO, L.B., *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*. Tomo I. Dykinson, Madrid, 2013, p. 330.

²⁶ PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil Español...*, op.cit., p. 447.

De un lado, la herencia de causante originario a transmitente, cuyo *ius delationis* es el objeto del derecho de transmisión y cuyas vicisitudes estudiaremos en profundidad, *ius delationis* que es el que “pasa” según el artículo 1006 del Código Civil. Esta herencia debe encontrarse en situación de llamamiento o delación, habiendo fallecido el llamado, transmitente, sin aceptar ni repudiar.

De otro lado, la herencia del transmitente al transmisario, cuyo *ius delationis* adquiere el transmisario con la delación, que le permite aceptar dicha herencia del transmitente, siendo dicha aceptación un presupuesto exigido tradicionalmente para que tenga lugar la institución del *ius transmissionis* en la herencia del causante originario. Esta herencia producida por la muerte del transmitente debe encontrarse, según ha considerado la doctrina, necesariamente adida o adquirida por el transmisario mediante la aceptación.

Éste último requisito esencial de que el transmisario, ejercitando el segundo *ius delationis*, acepte la herencia del transmitente, es el que tratamos en este punto. Si no se da, si el transmisario no acepta la herencia del transmitente, lo que habrá serán sucesivos *ius transmissionis*.

Para que opere el derecho de transmisión, por tanto, es necesario que alguien adquiriera el *ius delationis* sobre la herencia del causante originario, mediante el ejercicio positivo de otro *ius delationis*, el que tiene el transmisario para aceptar la herencia del transmitente, convertirse en su sucesor, y ser así titular del primer *ius delationis*, el que recae sobre la herencia del causante originario, que es el que nos importa en este trabajo, sobre el cual pivota la institución del derecho de transmisión.

Todo ello, con independencia de que la aceptación por el transmisario de la herencia del transmitente sea pura o beneficiaria. Como señala con acierto MANRESA, “una vez aceptada la herencia del transmitente, ya simplemente, ya a beneficio de inventario, son libres para aceptar ó repudiar la anterior sucesión. Si ambas herencias fueron aceptadas con el beneficio de inventario, existirán tres patrimonios separados: el del primer causante, el del transmitente de la facultad de aceptar, y el de sus herederos. Si ambas herencias fueron aceptadas puramente, los tres patrimonios se confunden. Si la primera fue aceptada puramente, y la segunda con beneficio de inventario, se confunden los dos primeros patrimonios, mas queda separado el privativo de los herederos del transmitente. Y si a la inversa, la herencia del primer causante se acepta con beneficio de inventario, y la del segundo puramente, los bienes propios de aquél quedan separados y los otros dos se confunden.”²⁷

Esta consideración no es más que la aplicación al derecho de transmisión de los principios de confusión o separación de patrimonios prevista en los artículos 1003 y 1023 del Código Civil, según la aceptación sea pura y simple o a beneficio de inventario. A ello nos referiremos posteriormente.

Baste aquí señalar como corolario que tradicionalmente se ha considerado que es imprescindible que el transmisario acepte la herencia del transmitente, que no la

²⁷ MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios al Código Civil...*, op.cit., p. 451.

repudie, para así adquirir el *ius delationis* objeto de la institución del derecho de transmisión.

No obstante, en el capítulo 6 propondremos una tesis que implica que esta consideración tan sólo es aplicable a las sucesiones testamentarias, cuestión que será tratada más adelante.

1.2.3.5. Otros requisitos: posibilidad de exclusión por el causante originario

Además de los cuatro requisitos que hemos visto, sobre los que existe acuerdo doctrinal, algunos autores añaden otro para el funcionamiento del derecho de transmisión, y es un requisito de carácter negativo: que el causante originario no haya excluido el funcionamiento de esta institución.

Lo da por sentado la propuesta de redacción de la Asociación de Profesores de Derecho Civil que señala: “Artículo 468-15. Derecho de transmisión. 1. Salvo que lo haya excluido el causante, por la muerte del llamado a la herencia sin haberla aceptado ni repudiado pasa a sus propios herederos en la proporción en que lo sean el mismo derecho de aceptar o repudiar que él tenía. Si son varios pueden ejercer el derecho de forma independiente unos de otros. 2. La aceptación de la herencia del primer causante implica necesariamente aceptación de la del transmitente.”²⁸

La exigencia de este requisito no forma parte de la doctrina tradicional, sino que es propio de algunos autores concretos; que consideran que es posible que el causante evite que se dé el supuesto de hecho que origina el derecho de transmisión. Lógicamente, tan solo lo ven factible en la sucesión testamentaria, y aducen dos posibles mecanismos para evitarlo: el de la institución condicional y el de la sustitución vulgar.

1.2.3.5.1. Institución condicional

El artículo 790 y los siguientes del Código Civil regulan las disposiciones testamentarias condicionales, que se rigen por dichas normas y supletoriamente por las de las obligaciones condicionales. Pueden ser muy variadas: potestativas, casuales o mixtas, captatorias, positivas o negativas, suspensivas o resolutorias, a término, etc.

ALBALADEJO cree que “de cualquier manera, el causante tiene siempre el poder de excluir la transmisión del *ius delationis* y evitar así tener un heredero que no le plazca.”²⁹

También DÍEZ PICAZO señalando que “el causante puede impedir la transmisión del *ius delationis* del que llama a su herencia obligando a que lo ejercite necesariamente en vida, o disponiendo que si muere sin hacerlo se defiera la herencia a otra persona.”³⁰

²⁸ GALICIA AIZPURA, G., “Artículo 568-15” en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL; *Propuesta de Código Civil*. Tecnos, Madrid, 2018, p. 610.

²⁹ ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*. Librería Bosch, Barcelona, 1982, p. 47.

³⁰ DÍEZ PICAZO, L., GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*. Volumen IV, 10ª Ed., Tecnos, Madrid, 2006, p. 302.

Esta previsión únicamente puede discutirse, claro está, en la sucesión testada, en la que puede ser que el causante originario prevea que el llamado deba aceptar en un determinado plazo, o en vida, mediante una institución de heredero bajo término o condición suspensiva, prevista en el artículo 790 del Código Civil, que daría lugar a la administración de la herencia del artículo 801.

Es en este punto donde se hace esencial diferenciar vocación y delación. Como hemos dicho anteriormente, ambas son necesarias para que opere el derecho de transmisión.

Sin embargo, en este supuesto que tratamos, en que el testador nombra heredero bajo condición de que acepte en vida, habría vocación o llamamiento pero la delación u ofrecimiento no sería efectiva hasta que se diera la condición, por lo que en nuestra opinión realmente no se estaría evitando el juego del derecho de transmisión, ya que si el llamado muriera sin aceptar ni repudiar, no llegaría a haber delación por la retroacción de efectos de la condición suspensiva, y por la aplicación, pacífica en la doctrina, del artículo 759 a la institución bajo condición suspensiva (el heredero que muere antes de que se cumpla la condición no transmite derecho alguno a sus herederos); no siendo aplicable el artículo 799, que lo es a la institución bajo término incierto. A la misma conclusión se llegaría por la aplicación analógica del artículo 1114, dado lo previsto en el artículo 791 del Código Civil.

Se produciría por tanto en dicho supuesto un nuevo llamamiento, que tendría carácter originario por no haberlo sido el otro por incumplimiento de la condición.

Y si el nuevo llamado, ya puro y no condicional, y ya existiendo vocación y delación, muriera sin aceptar ni repudiar, entraría en juego entonces y sólo entonces el derecho de transmisión.

Por ello nos posicionamos en contra de la señalada opinión de algunos autores de que el testador puede evitar la aplicación del derecho de transmisión mediante el juego de las instituciones condicionales.

En el supuesto previsto por el autor citado, habría vocación o llamamiento pero no delación u ofrecimiento, y por tanto en un primer momento, previo al cumplimiento de la condición, no podría entrar en juego el derecho de transmisión, al no haber la posibilidad de adir la herencia por el heredero de forma inmediata y sin ningún obstáculo, puesto que el *ius delationis* se adquiere cuando existe efectiva delación u ofrecimiento, cuando efectivamente se puede aceptar o repudiar, y no cuando sólo hay vocación o llamamiento.

Además, la solución es aún más clara conceptualmente: para ser heredero, se requiere aceptar; luego el testador se contradeciría si nombrase heredero bajo condición de aceptar, puesto que no se puede ser heredero sin aceptar la herencia. Se trataría de una condición imposible contraria a lo señalado en el artículo 1116 del Código Civil.

Así lo ve también HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, al señalar que “transmitente y transmisario han de ser herederos puros, pues si el primero fallece antes de que la condición se cumpla no transmite derecho alguno a su heredero, según dispone el artículo 759, y si el llamamiento del transmisario fuere condicional,

la delación queda diferida y la transmisión no se perfecciona hasta que la condición se cumpla.”³¹

No obstante, a pesar de que consideramos clara y contundente nuestra argumentación en contra de la posibilidad de que el causante originario evite el juego del derecho de transmisión mediante la institución condicional, lo cierto es que una parte de la doctrina más autorizada sí lo admite.

1.2.3.5.2. Sustitución vulgar

Las sustituciones hereditarias son disposiciones testamentarias por las que un tercero es llamado a recibir una herencia o legado en defecto de una primera persona o después de esta. Entre ellas, se encuentra la sustitución vulgar, por la que una persona es llamada a una herencia o legado en defecto de otra.

Algunos autores recurren a la figura de la sustitución vulgar como recurso para que no se de el supuesto de hecho que origina la institución objeto del presente trabajo.

Así, PUIG PEÑA adopta la posición de permisión de que el causante enerve el derecho de transmisión, al decir que es necesario “que el causante no haya enervado este derecho, previendo la coyuntura mediante la designación, para este caso, de un sustituto vulgar”.³²

También lo considera así en la actualidad GARCÍA GARCÍA, al decir que “si el testador ha previsto que se produzca la sustitución vulgar para el caso de que el llamado fallezca sin aceptar ni repudiar su herencia, entonces es preferente la sustitución vulgar al Derecho de Transmisión, sencillamente porque la voluntad del testador es la ley de la sucesión, y entonces estamos ante un supuesto en que la sustitución vulgar ha sido establecida para ese caso concreto de fallecimiento del llamado sin aceptar ni repudiar la herencia.”³³

Nos llama poderosamente la atención que estos autores, en repetidas ocasiones, consideren que el causante originario pueda evitar el juego del *ius delationis* mediante la institución de la sustitución vulgar.

Desde una interpretación literal de la ley, debemos posicionarnos completamente en desacuerdo. En efecto, señala el párrafo primero del artículo 774 del Código Civil que “*Puede el testador sustituir una o más personas al heredero o herederos instituidos para el caso en que mueran antes que él, o no quieran, o no puedan aceptar la herencia.*”

El precepto es claro: la sustitución vulgar sólo puede preverse para los casos de premoriencia (“que mueran antes que él”); repudiación (“o no quieran”); o incapacidad (“o no puedan aceptar la herencia”) pero no para el supuesto de hecho de la postmoriencia.

A los efectos que aquí interesan, opera por tanto en caso de premoriencia, pues el precepto señala de forma taxativa que el testador puede ordenar sustitución vulgar

³¹ HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, G., “La transmisión del *ius delationis*” en *Homenaje...* op.cit. p. 469.

³² PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil Español...*, op.cit., p. 447.

³³ GARCÍA GARCÍA, J.M., *La sucesión por derecho de transmisión*, op.cit., p. 315, 316.

“para el caso en que mueran antes que él”; sin que el legislador haya previsto que pueda el testador prever la sustitución vulgar para otros casos que considere, además de los señalados legalmente.

Por tanto, la sustitución vulgar y el derecho de transmisión son instituciones con presupuestos absolutamente contrarios: la primera actúa en caso de previsión del testador y para el caso, entre otros, de premoriencia del heredero; sin embargo el segundo opera automáticamente y para el caso de postmoriencia del llamado al testador sin aceptar ni repudiar.

1.2.3.5.3. Conclusión: imposibilidad de evitación del derecho de transmisión

Una parte de la doctrina, sin embargo, viendo que los autores mencionados previamente planteaban la posibilidad de enervar el derecho de transmisión, han profundizado en la materia y han llegado a las mismas conclusiones negativas que hemos señalado nosotros.

Cabe destacar a HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, que estudia esta posibilidad de exclusión del juego del derecho de transmisión, y concluye señalando que no es posible, dado su carácter automático y legal.

Consideramos muy interesante su argumentación, desmontando uno por uno los supuestos ideados por otros autores para justificar la posibilidad de que el causante originario, en su testamento, excluya la aplicación del artículo 1006 del Código Civil.

Dice así que: “En principio, ni el primer causante ni el transmitente pueden disponer del *ius delationis* impidiendo el funcionamiento del artículo 1006, ya que este precepto es imperativo y por tanto escapa a la autonomía de la voluntad. El término *pasará* subraya con trazo firme el carácter necesario de la transmisión, no permitiendo ninguna disponibilidad sobre su aplicación. No obstante, entendemos que, a diferencia del transmitente, que en ningún caso puede alterar la regulación legal del *ius transmissionis*, el primer causante sí podría, al amparo del principio de la libertad de testar, introducir cláusulas en su testamento que indirectamente desvíen la transmisión normal del *ius delationis*. (...)”

Evidentemente, el testador (primer causante) puede influir en la trayectoria del *ius delationis*, encauzando la transmisión hacia determinados herederos, aunque no podrá evitar el *pase* directo de heredero a heredero, tal como ordena el artículo 1006.

1. Puede el testador, por ejemplo, instituir a *primus* bajo condición suspensiva de que acepte la herencia, de forma que si fallece sin aceptar (ni repudiar) tal hecho tenga el mismo valor que si hubiera repudiado, sustituyéndolo en este caso por *secundus*, añadiendo así, al amparo de la libertad de testar, un nuevo supuesto de sustitución vulgar por la vía de la institución condicional.

Pero en este caso, el testador no ha derogado el artículo 1006, ya que si *secundus* llega a ser heredero, *primus* no lo habría sido nunca y el artículo 1006 entraría en juego si *secundus* a su vez falleciera sin aceptar o repudiar, en cuyo caso el *ius delationis* se transmitiría a los herederos de *secundus* y este efecto el testador podrá retrasarlo pero no lo podrá eliminar definitivamente porque el *ius delationis*, cual espíritu errante, no descansará hasta encontrar un cuerpo, aunque sea el del Estado.

2. ¿Puede el testador prohibir el *ius transmissionis*, ordenando por ejemplo que si el instituido fallece sin aceptar o repudiar no transmita ningún derecho a sus herederos?

La voluntad del testador es soberana y podría excluir a los herederos del instituido, pero entonces el *ius transmissionis* se desplazaría a la sucesión intestada, ya que si fallece el llamado sin aceptar y el testador cierra el paso a sus herederos, se abrirá la sucesión abintestato por frustración total del testamento y una vez determinado el heredero legítimo, si falleciera a su vez sin aceptar, volvería a dispararse el resorte del artículo 1006 a favor de sus propios herederos.(...)

3. (...) La voluntad del testador es ley de la sucesión y ciertamente podría desheredar o mejor dicho excluir a algunos parientes llamados por la ley a la sucesión abintestato e incluso a todos los parientes y a los herederos eventuales de los mismos, aunque con el límite del Estado, al cual obviamente no podrá excluir, pero esto tampoco significaría una derogación del artículo 1006, pues lo que el testador habría hecho en realidad es nombrar a un heredero testamentario condicional y dando un rodeo sustituirlo, si fallece sin aceptar, por el Estado, aunque sea a través de las normas de la sucesión legítima por la vía de la exclusión de todos los herederos abintestato. Si el Estado llega a heredar (...) será el único heredero, no siendo aplicable, por razones obvias, el artículo 1006.

En resumen: el principio de que la voluntad del testador es ley de la sucesión está íntimamente relacionado con la interpretación del testamento y el *favor testamenti* obliga a entender que en todos los casos anteriores, u otros similares, la verdadera voluntad del testador ha sido la de instituir herederos condicionales sobre la base de atribuir a la aceptación el valor de una condición positiva potestativa, cuyo incumplimiento produjera idéntico resultado práctico que la repudiación, con lo cual el *ius transmissionis* se traslada al campo de la sucesión intestada y en el caso extremo del Estado quedaría inoperante por falta de transmisarios.”³⁴

Bastan los argumentos expresados para concluir que, en nuestra opinión, este pretendido requisito de que el causante originario no excluya el derecho de transmisión, no tiene tal entidad, pues el testador realmente no puede excluir el juego del *ius delationis*, sino sólo determinar quién y en qué condiciones va a ser su heredero llamado.

Pero, una vez producida la delación u ofrecimiento de la herencia, si el llamado fallece sin aceptar o repudiar, se aplicará siempre el artículo 1006 del Código Civil, que tiene un indudable carácter imperativo.

1.2.3.6. Prescripción

Hay autores que añaden otro más a los cuatro requisitos clásicos que hemos estudiado: un requisito de carácter temporal.

Lo señala PUIG PEÑA estableciendo que es imprescindible “que los derechos a la sucesión del ascendiente no hayan prescrito.”³⁵

³⁴ HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, G., “La transmisión del *ius delationis*” en *Homenaje...op.cit.* p. 475-476.

³⁵ PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil Español...*, op.cit., p. 447.

Veremos en el capítulo 5 que este es un requisito que se exige expresamente en varios ordenamientos latinoamericanos.

En nuestro Derecho, no existe unanimidad sobre esta cuestión: una parte de la doctrina considera que nuestro ordenamiento no prevé expresamente un plazo para que el llamado acepte la herencia si no le intiman a ello; mientras que otros entienden que sí existe un plazo de prescripción para que el llamado acepte la herencia.

El Derecho civil español prevé tres acciones que deben diferenciarse: la acción para pedir que el llamado acepte o repudie; la acción de petición de herencia; y la acción para reclamar la partición de la herencia.

Así, en primer lugar, cualquier interesado pueda instar la aceptación y se presume la aceptación pura si el llamado deja pasar los treinta días del artículo 1005 del Código Civil.

En segundo lugar, habla el artículo 1016 de la prescripción de la acción para reclamar la herencia, y según la jurisprudencia el plazo de prescripción de la misma es de treinta años. Dicha acción de petición de herencia es la que compete al heredero real frente al heredero aparente que ha entrado en posesión de los bienes hereditarios.

Y en tercer lugar, el artículo 1965 señala la imprescriptibilidad de la acción para pedir la partición hereditaria, pero no cabe confundir este derecho a pedir la partición con el derecho a aceptar la herencia o *ius delationis*.

Si un sujeto, creyendo ser heredero, entra en posesión de la herencia, el heredero pueda reclamarla, mediante la acción a que nos referíamos en segundo lugar, que tiene un plazo de prescripción. Pero para ello deberá antes ser heredero mediante un ejercicio positivo del *ius delationis*.

Como señala ALBALADEJO, “la acción para reclamar la herencia compete al que ya es heredero, o sea al que ya aceptó o adquirió *ex lege*. Luego no es posible hablar de que se puede aceptar mientras que dure tal acción, que implica la previa aceptación o la previa adquisición *ex lege*.”³⁶

Se observa así claramente la diferencia conceptual entre la acción para reclamar la herencia de que trata el artículo 1016 y la cuestión del plazo para aceptar o repudiar que es la que nos interesa aquí.

La cuestión es si el transmitente tiene un plazo determinado para aceptar o repudiar la herencia del causante originario, y consideramos que no lo tiene, puede hacerlo mientras viva (salvo que se le exija hacerlo mediante la acción del artículo 1005), y si muere sin hacerlo, se aplicará el artículo 1006.

Sin embargo, a pesar de lo expuesto, una parte importante de la doctrina considera que en nuestro Derecho sí existe un plazo de prescripción para la aceptación de la herencia por el llamado.

Se discute cuál es dicho plazo, pero la mayoría de los autores que entienden que éste plazo existe, creen que dicho plazo es de treinta años, pues sostienen que es el mismo que se deduce del artículo 1016 sobre la acción de petición de herencia.

³⁶ ALBALADEJO, M., “La sucesión iure transmissionis”..., op.cit., p. 931.

Entre ellos, JORDANO FRAGA considera que del artículo 1016 del Código Civil “resulta que el plazo (de caducidad) para el ejercicio del *ius delationis*, entendido aquí, nuevamente, como opción entre aceptar (aceptación con sustantividad propia) o repudiar, coincide con el plazo (de prescripción) de la acción de petición de la herencia (o sea, según la interpretación doctrinal y jurisprudencial más seguida, de treinta años)”.³⁷

SOLÍS VILLA, tratando el precepto, dice que “es lógica la conexión de la duración del plazo para aceptar con la del plazo para ejercitar la acción de petición de herencia, que, de suyo, implica la aceptación tácita, pues supone *necesariamente la voluntad de aceptar* (art. 999.3). A mi juicio, lo más relevante de este artículo es que permite deducir, aunque se refiera en concreto a la aceptación a beneficio de inventario, que el plazo general para que el llamado que no está en situaciones especiales acepte la herencia es de treinta años desde que pudo aceptar, o sea, desde que tuvo certeza del fallecimiento del causante y de su llamamiento.”³⁸

En el mismo sentido, DÍAZ MARTÍNEZ sostiene que “cada uno de los delados dispondrá de treinta años para aceptar o repudiar, contados desde que se dieran los requisitos del art. 991 CC, es decir, desde que puedan manifestar con eficacia su voluntad de querer ser herederos”.³⁹

Como vemos, una parte de la doctrina entiende que la aceptación de la herencia tiene un plazo de prescripción e incluyen el requisito de que dicho plazo no se encuentre vencido entre los condicionantes necesarios para que se aplique el *ius transmissionis*.

No obstante, entendemos que éste pretendido requisito se ve diluido por la propia naturaleza jurídica de la institución de la prescripción, que no extingue un derecho sino que simplemente faculta al perjudicarlo para oponerla.

Así, como observa el mismo SOLÍS VILLA, “es posible transmitir a los herederos una delación prescrita, que los transmisarios podrán ejercitar (pues aún subsiste); frente a dicho ejercicio tardío podrán alegar la prescripción los beneficiados por su extinción (coherederos con derecho de acrecer o llamados posteriores). Así que es posible la aceptación tardía por los transmisarios aunque la delación haya prescrito (porque ya lo estaba cuando se transmitió o porque se ha consumado después), y será eficaz la aceptación si los afectados (coherederos que pierden el acrecimiento o llamados posteriores que dejan de tener delación) no se oponen negando su eficacia.”⁴⁰

Vemos por tanto que la exigencia del no transcurso del plazo de prescripción para que el transmitente “transmita” el *ius delationis* se ve reducida a una cuestión que en la mayor parte de los casos será puramente teórica. De un lado, porque será necesario que alguien oponga dicho transcurso para evitar que se aplique el derecho

³⁷ JORDANO FRAGA, F., *La sucesión en el “ius delationis”. Una contribución al estudio de la adquisición sucesoria “mortis causa”*. Civitas, Madrid, 1990, p. 73,74.

³⁸ SOLÍS VILLA, C., “La aceptación improcedente (o tardía) de la herencia...”, op.cit., p. 338.

³⁹ DÍAZ MARTÍNEZ, A., *De la herencia yacente a la aceptación tácita. Reclamaciones patrimoniales de terceros*. Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 226.

⁴⁰ SOLÍS VILLA, C., “La aceptación improcedente (o tardía) de la herencia...”, op.cit., p. 338.

de transmisión. Y de otro porque, ante dicha acción entablada por los perjudicados, los transmisarios siempre podrán alegar la aceptación tácita por el transmitente, figura que, por sus delicados contornos, será fácil de probar.

Como corolario, en el sentido expuesto, señala SOLÍS VILLA que “se puede concluir que la prescripción del *ius delationis*, por falta de aceptación en tiempo hábil, no impide su transmisión conforme al art. 1006 CC, pero es evidente que se transmite un derecho débil o claudicante, cuya subsistencia o eficacia depende de la voluntad de un tercero afectado por su ejercicio, que puede enervarlo o permitir su eficacia. Mientras no exista un acto de enervación u oposición, despliega extrajudicialmente todos sus efectos, por lo que ni el notario ni el registrador pueden oponerse a autorizar o inscribir una escritura de partición a la que concurra un transmisario que acepta tardíamente, si los otros coherederos no se oponen. En caso de oponerse, lo que supondrá excluir a dichos transmisarios de la partición, creo que queda cerrada la vía de la partición extrajudicial entre aquellos y tendrán que obtener antes sentencia declarativa de la prescripción del *ius delationis* ejercitado fuera de plazo. La verdad es que el supuesto no será muy frecuente, porque, casi con total seguridad, habrá habido una aceptación del falso transmitente que será alegada por sus herederos en vía de reconvencción, dando a su aceptación el valor de simple (e innecesaria) confirmación de la aceptación que hizo su causante.”⁴¹

Existen otros autores clásicos que consideran también que la prescripción incide en el derecho de transmisión pero difieren en el plazo aplicable.

Por todos ellos, cabe destacar a ALBALADEJO, que sostiene que existe un plazo para el ejercicio del *ius delationis*, pero que éste no es de treinta sino de quince años, por aplicación del artículo 1964 del Código Civil en su redacción anterior a la ley 42/2015 (ahora sería de cinco años). Así dice el autor que “disponiendo el art. 1930.2º que se extinguen por prescripción los derechos y acciones de cualquier clase que sean, y no marcando la ley plazo especial para el *ius delationis*, se extingue por el de quince años”.⁴²

Expuesta así la posición de quienes sostienen que el llamado debe aceptar antes de que prescriba su derecho a ello, debemos concluir reiterando que, sin embargo, nosotros creemos que no existe tal prescripción en la aceptación, ya que la posición de los artículos 1005 y 1006 no es casual, sino que obedece a una estructura prevista por el legislador, estando ambos preceptos en estrecha relación, dada la sistemática de nuestro Código Civil, como trataremos posteriormente al interpretar el artículo 1006.

Por ello, consideramos que la prescripción no tiene trascendencia en el estudio de la institución del derecho de transmisión en el ámbito del Derecho común español, que no señala expresamente que el llamado deba aceptar o repudiar en un plazo determinado si no es expresamente interpelado para ello por el cauce previsto por el legislador para tal fin.

⁴¹ SOLÍS VILLA, C., “La aceptación improcedente (o tardía) de la herencia...”, op.cit., p. 350.

⁴² ALBALADEJO, M., “La sucesión iure transmissionis...”, op.cit., p. 931.

En apoyo de esta posición cabe señalar que el legislador catalán también se ha dado cuenta de que la aceptación de la herencia no está sujeta a plazo de prescripción.

Así, el antiguo artículo 28 del Código Sucesorio catalán de 1991 establecía un plazo de prescripción de 30 años para que el llamado aceptara la herencia y sin embargo el artículo 461-12 de la Ley 10/2008, corregido por la Ley 6/2015, ya señala que el derecho a aceptar o repudiar la herencia no está sujeto a plazo.

1.2.4. Naturaleza jurídica

1.2.4.1. Introducción

Antes de adentrarnos en la materia, debemos reiterar una precisión de suma importancia. Cuando se produce el derecho de transmisión, realmente existen dos sucesiones hereditarias: la del causante originario al transmitente; y la del transmitente al transmisario. Debe quedar claro que, de la segunda, sólo es trascendente la transmisión del *ius delationis* sobre la primera herencia, que es a lo que se refiere el artículo 1006 del Código Civil, pero no el resto de vicisitudes de la misma.

Por ello, sólo nos referiremos a esta segunda sucesión para tratar lo que nos interesa a efectos de esta institución. Así, como ya hemos dicho anteriormente, si bien existe un *ius delationis* en la sucesión del transmitente al transmisario, por el que éste último puede aceptar o repudiar la herencia del transmitente, no nos interesa éste *ius delationis*, porque no es el que importa a efectos de la institución del derecho de transmisión, sino el *ius delationis* sobre la herencia del causante originario.

Ya hemos visto como uno de los requisitos de la institución es que el *ius delationis* sobre la herencia del transmitente lo ejercite positivamente el transmisario, aceptando su herencia, para adquirir el *ius delationis* sobre la herencia del causante originario.

De este modo, en lo sucesivo, nos referiremos a la sucesión del causante originario al transmitente, y a las implicaciones que se producen por la muerte de éste sin aceptar ni repudiar, pero no a la sucesión entre el transmitente y el transmisario.

De la misma forma, como regla general, nos centraremos en el caso básico: un causante originario, un transmitente, y un solo transmisario. En el capítulo 4, epígrafe 4.5., trataremos la compleja problemática que se produce cuando hay una pluralidad de transmisarios.

Dicho esto, DÍEZ PICAZO resume de forma muy correcta la naturaleza jurídica de la institución del derecho de transmisión al decir que “el *ius delationis* se transmite *mortis causa* a los herederos del llamado, al fallecimiento de éste. Para designar ese fenómeno, en virtud del cual los herederos del llamado ocupan la misma posición que éste tenía, se ha utilizado con frecuencia una terminología confusa y se ha hablado de derecho de transmisión o de sucesión *iure transmissionis*, con evidente inexactitud terminológica, pues no nos hallamos en presencia de un derecho de transmisión, sino, al revés, de la transmisión de un derecho o transmisión de la delación.”⁴³

En cuanto a la naturaleza jurídica concreta del derecho de transmisión, existen diferentes opiniones; y la opción por una u otra podría ser trascendente en relación con la elección entre la tesis de la adquisición directa y la tesis de la doble transmisión.

⁴³ DÍEZ PICAZO, L., GULLÓN, A., *Instituciones de Derecho Civil*. Volumen II. Tecnos, Madrid, 1979, p. 494.

Al respecto pueden seguirse distintas opciones, que se gradúan según la mayor o menos intensidad del derecho de transmisión para el transmitente y el transmisario; ello referido a la naturaleza jurídica del derecho de transmisión como institución jurídica, y no a la del *ius delationis* objeto del mismo.

GOMÁ SALCEDO observa la diferencia diciendo que “conviene distinguir claramente entre el derecho a aceptar o repudiar (*ius adeundi* o *delationis*) y el derecho de transmisión (*ius transmissionis*), en cuanto que el primero es objeto del segundo.”⁴⁴

También ALBALADEJO, señalando que “hace falta, pues, tratar de dos sucesiones: la sucesión en el *ius delationis* y la sucesión en la herencia del primer causante, respecto del cual el segundo causante no llegó a ser heredero, sino sólo a tener el derecho a serlo”.⁴⁵

Así pues, distinguiremos ambas naturalezas: *ius delationis* y *ius transmissionis*.

1.2.4.2. Naturaleza jurídica del *ius delationis*

La naturaleza jurídica del *ius delationis* es a nuestro juicio clara, pues consiste básicamente en el derecho que tiene el llamado durante la situación de yacencia de la herencia, y por tanto se trata de un derecho subjetivo que comprende el poder jurídico de aceptar o repudiar una herencia a la que una persona ha sido llamada.

No obstante, a pesar de que aparentemente ésta sea una posición pacífica en la doctrina, la realidad es que la concreción de dicha naturaleza jurídica no es resuelta de igual manera por los autores.

DÍEZ PICAZO, considerando que el *ius delationis* es un verdadero derecho subjetivo, señala que “cuando la herencia se defiere, se atribuye un poder al llamado efectivo para que la acepte o repudie. En nuestro sistema, que sigue básicamente las líneas del romano, no hay adquisición *ipso iure* de la herencia con poder de repudiación, sino poder de aceptarla o repudiarla.

A ese poder atribuido al llamado se le denomina *ius delationis*, cuya naturaleza jurídica es discutida en la doctrina. Se dice que el poder de aceptar o repudiar una sucesión no configura ningún derecho subjetivo, es un reflejo de la capacidad de obrar, un mero poder jurídico. Sin embargo, la posición dominante lo conceptúa como un derecho subjetivo, que engloba, como todo derecho de esa índole, poderes concretos. En el *ius delationis* serían el de aceptar o repudiar la herencia deferida, y el de realizar actos conservativos o de administración sobre los bienes hereditarios aún sin aceptarla.”⁴⁶

Vemos por tanto que su naturaleza jurídica es la de un derecho subjetivo que encierra un poder jurídico concreto.

Sin embargo, dice BOSCH CAPDEVILA que “a pesar de que se hable de *ius delationis*, no es un derecho, sino un poder de configuración jurídica que atribuye la legitimación para aceptar o repudiar la herencia.”⁴⁷

⁴⁴ GOMÁ SALCEDO, J.E., *Instituciones de Derecho Civil...*, op.cit., p. 1.205.

⁴⁵ ALBALADEJO, M., “La sucesión *iure transmissionis*”..., op.cit., p. 914.

⁴⁶ DÍEZ PICAZO, L.; GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil...*, op.cit., p. 301.

⁴⁷ BOSCH CAPDEVILA, E., “Artículo 1006”..., op.cit., p. 1528.

Como decíamos, debemos deslindar la naturaleza jurídica del derecho de transmisión, que nos interesa aquí, de la naturaleza jurídica del *ius delationis* que lo protagoniza, y así puede también decirse que el *ius delationis*, como derecho subjetivo, es concretamente un valor integrante de la herencia del transmitente, lo cual es comúnmente aceptado.

Señala ROCA SASTRE que “al patrimonializarse la herencia, se vio en el *ius delationis* un valor patrimonial, perfectamente transmisible a los herederos de llamado a heredar que falleciere antes de adir o de repudiar”.⁴⁸

Entendemos así que el *ius delationis* es un valor integrante de la herencia del transmitente, como pueden serlo otros muchos derechos subjetivos, y claramente tiene un carácter patrimonial, es un derecho más de los comprendidos en el artículo 659 del Código Civil, con la única peculiaridad de que su destino está predeterminado legalmente, sin que sobre él pueda decidir el transmitente, como ya observamos en previamente en este mismo capítulo.

Dice ROCA SASTRE que “el derecho de transmisión no es más que la aplicación de la regla general de transmisibilidad de todos los derechos, acciones y expectativas, y de la cual el *ius delationis*, ya considerado como un valor patrimonial, no había de constituir una excepción.”⁴⁹

También ALBALADEJO, que aclara de forma muy comprensible la institución y la naturaleza jurídica concreta del *ius delationis* como derecho subjetivo integrante de la herencia al establecer que “cuando el llamado fallece sin haber usado del *ius delationis*, es decir, sin haber optado en ejercicio de la facultad que aquél le confiere, por adquirir o por repudiar la herencia que se le ofrece, sus sucesores reciben la opción que él no utilizó, o, lo que es lo mismo, heredan el *ius delationis* que correspondía al llamado, su causante, del que les llega como uno más de tantos derechos que tuviese.

De modo que dichos sucesores del que habiendo sido llamado a una herencia, murió sin aceptarla ni repudiarla, encuentran en la herencia de él, igualmente que sus propiedades, créditos, etc., otro derecho aún: el derecho a la herencia que se le había deferido. Pudiendo, entonces, lo mismo que habría podido el difunto, bien aceptarla, bien repudiarla.”⁵⁰

La misma tesis sigue GOMÁ SALCEDO, concretando la naturaleza del *ius delationis* como derecho potestativo, al señalar que “el heredero llamado ostenta ya algo más que una simple expectativa; no ha consumado la adquisición y puede repudiar, pero es titular de un derecho potestativo consistente en la facultad de aceptar o repudiar, el llamado *ius adeundi vel repudiandi* (de *adeo*, aceptar una herencia) o *ius delationis*.”⁵¹

La posición de considerar que el *ius delationis* es, dentro de los derechos subjetivos, un derecho potestativo, es a nuestro juicio convincente.

⁴⁸ ROCA SASTRE, R.M., *Estudios de Derecho Privado...*, op.cit., p. 62.

⁴⁹ ROCA SASTRE, R.M., *Estudios de Derecho Privado...*, op.cit., p. 351.

⁵⁰ ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho Civil...*, op.cit., p. 44.

⁵¹ GOMÁ SALCEDO, J.E., *Instituciones de Derecho Civil...*, op.cit., p. 1.201.

La sigue también GARCÍA GARCÍA, que lo defiende diciendo que “el derecho de aceptar o repudiar una herencia es un poder en virtud del cual, el heredero puede influir en la situación jurídica preexistente de apertura de la sucesión y de herencia yacente, modificándola en el sentido de poder constituir el derecho definitivo sobre la herencia o de extinguir definitivamente el derecho sobre la misma, y ello mediante una actividad propia unilateral a través de un negocio jurídico que puede ser de efecto positivo (aceptación de herencia) o negativo (repudiación).”⁵²

No obstante, reiteramos que la concreción, dentro de la categoría de derecho subjetivo, de la naturaleza jurídica del *ius delationis*, no es unánime.

Así, HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS sostiene que el *ius delationis* es genéricamente una facultad jurídica, integrante de la herencia como derecho subjetivo, y que adquiere el transmisario, al señalar que “podríamos configurar el *ius delationis* como una facultad (*facultas adeundi vel repudiandi*) vinculada a la esfera personal del sujeto, incluida en el grupo de los denominados derechos de la personalidad (que en rigor no serían tales derechos sino facultades o poderes jurídicos) y dentro de ellos en el marco de los derechos a la libertad personal, como una manifestación de la libertad negocial, en armonía con el principio proclamado por el Código civil de que la aceptación y repudiación de la herencia son actos enteramente voluntarios y libres.”⁵³

En conclusión, la naturaleza genérica del *ius delationis* objeto del artículo 1006 del Código Civil no es problemática: se trata de un derecho subjetivo, que se integra en la herencia del causante originario junto con el resto de bienes, derechos y obligaciones a los que alude el artículo 659 del Código Civil.

Pero la concreción de la tipología de derecho subjetivo sí da lugar a una disparidad de opiniones, como se ha visto. Consideramos que dicha concreción no tiene trascendencia práctica en la aplicación de la institución, a pesar de lo cual, nuestra posición es la de que se trata de un derecho potestativo en cuanto a que encierra una posibilidad de actuación que permite crear, modificar o extinguir una situación jurídica, la de la sucesión del causante originario.

1.2.4.3. Naturaleza jurídica del derecho de transmisión

La naturaleza del derecho de transmisión como institución es menos sencilla que la del *ius delationis*, y prueba de ello es que la doctrina ha seguido diferentes posiciones.

1.2.3.4.1. Derecho subjetivo

En primer lugar, y a pesar de que aquí hemos deslindado ambas naturalezas jurídicas por considerar que es lo correcto, podrían confundirse y entenderse que el derecho de transmisión se trata de un verdadero derecho subjetivo, definido

⁵² GARCÍA GARCÍA, J.M., *La sucesión por derecho de transmisión*, op.cit., p. 260.

⁵³ HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, G., “La transmisión del *ius delationis*” en *Homenaje...op.cit.* p. 480.

tradicionalmente por la jurisprudencia como un poder jurídico atribuido a una voluntad y con aptitud para satisfacer intereses humanos.

Posiblemente esta opción sea incorrecta respecto del transmitente, puesto que entendemos que si se tratara para él de un derecho subjetivo, debería quedar a su arbitrio su ejercicio, y precisamente el derecho de transmisión opera cuando dicho transmitente no ejercita el *ius delationis*, y opera de manera automática, con lo que no es para él un derecho subjetivo.

Sin embargo, desde el punto de vista del transmisario, sí podría considerarse que el derecho de transmisión conlleva un derecho subjetivo si confundiéramos la naturaleza jurídica del *ius transmissionis* como institución de la del *ius delationis* objeto del derecho de transmisión, cuestión ésta que ya hemos dejado clara anteriormente.

Pero si nos centramos en el derecho de transmisión, no es éste un derecho subjetivo, puesto que al transmisario le llega como consecuencia de la actuación o, mejor dicho, de la falta de actuación, del transmitente, *ope legis*, y al operar, sí adquiere el transmisario un verdadero derecho subjetivo, el *ius delationis*, pero únicamente como consecuencia de la aceptación de la herencia del transmitente, como valor integrado en la misma, como efecto automático.

En conclusión, a pesar de su denominación, puede rechazarse la naturaleza de derecho subjetivo del *ius transmissionis* y atribuir esta posición a la confusión de este concepto con el de *ius delationis*.

BOSCH CAPDEVILA desentraña esta confusión terminológica observando que “aunque comúnmente aceptada, no es la más correcta la expresión *derecho* (de transmisión). Si el transmisario acepta la herencia del transmitente, la transmisión de la delación se produce *ex lege*, sin que el transmisario pueda oponerse a tal transmisión. El transmisario podrá ejercitar la delación, aceptando o repudiado la herencia del primer causante, pero no puede evitar que la delación forme parte de la herencia del transmitente. A este respecto, ni se tiene en cuenta la voluntad del transmisario, ni tampoco la del transmitente, que no puede evitar la transmisión *mortis causa* de la delación, ni hacerla entre vivos. Por tanto, el *ius transmissionis*, a pesar de su denominación, no es en realidad ningún derecho, sino la cualidad del *ius delationis* de ser transmitido.”⁵⁴

1.2.3.4.2. Situación jurídica secundaria

Descartada la consideración del *ius transmissionis* como derecho subjetivo, una segunda opción sería considerar que el derecho de transmisión es una situación jurídica secundaria que no alcanza a ser un derecho subjetivo.

Así, podría entenderse que nos encontramos ante un efecto reflejo de una norma, en la terminología de DE CASTRO, que beneficia a ciertas personas sin llegar a concederles un derecho subjetivo.

⁵⁴ BOSCH CAPDEVILA, E., “Artículo 1006”..., op.cit., p. 1529.

Pero no creemos que nos encontremos ante un efecto reflejo de una norma por el hecho de que en ellas es el Estado el que debe ejercitar su actuación y exigir su cumplimiento, y no ocurre así en la institución que estudiamos.

1.2.3.4.3. Facultad jurídica

En tercer lugar, podría considerarse el derecho de transmisión como una facultad jurídica, que se encuentra en situación de dependencia respecto de una situación principal, cuya suerte sigue, y que atribuye al sujeto la posibilidad de actuar libremente, pero siempre basada en dicha situación principal, y como consecuencia de la misma.

Como veremos, hay corrientes doctrinales que entienden que el derecho de transmisión es una facultad jurídica y no creemos que vayan muy desencaminadas. Se trata de una institución que opera a consecuencia de una situación jurídica de la que depende: fallecer el heredero sin aceptar ni repudiar; y como consecuencia, se atribuye a su heredero el *ius delationis* sobre la herencia del causante originario, siendo, por tanto, un ámbito de actuación libre, concedido por el ordenamiento jurídico, pero sin independencia propia, pues sólo opera unida a la situación principal que le sirve de precedente.

1.2.3.4.4. Derecho potestativo

En cuarto lugar, también podría considerarse el derecho de transmisión como un derecho potestativo, con una fuerza superior a una mera facultad jurídica pero sin llegar a constituir un derecho subjetivo, es decir, como el poder jurídico consistente en operar una modificación en una relación jurídica, ya sea creándola, cambiándola o extinguiéndola. Ya hemos visto anteriormente que el *ius delationis* sí puede considerarse como un derecho potestativo. Sin embargo, reiteramos que en este punto tratamos de encontrar la naturaleza del derecho de transmisión y no del *ius delationis* que la integra, cuya naturaleza ha sido vista anteriormente.

Posteriormente definiremos las dos teorías que centran este estudio; pero podemos adelantar en este punto que, si se sigue la tesis tradicional o de la doble transmisión, sí podría considerarse que se trate de un derecho potestativo, puesto que se atribuye al transmisario el poder jurídico consistente en hacer o no al transmitente heredero del causante originario mediante su decisión de ejercitar positiva o negativamente el *ius delationis* sobre la herencia del causante originario, produciendo un efecto jurídico mediante dicha decisión, el de crear una relación jurídica: hacer que el transmitente sea heredero del causante originario.

Si se sigue la tesis moderna o de la adquisición directa, también se podía incluir el derecho de transmisión como un derecho potestativo, puesto que el transmisario, a pesar de que no opera una modificación en una relación jurídica, sino que directamente hereda al causante originario al ejercitar positivamente el *ius delationis*; sí que se crea una relación jurídica que no existía y que no estaba llamada a nacer: la sucesoria entre transmisario y causante originario.

1.2.3.4.5. Situación jurídica interina

En quinto y último lugar, podría considerarse que el derecho de transmisión es una situación jurídica interina, que protege un derecho incierto o en fase de formación. Dentro de esta corriente, se podría entender que el derecho de transmisión es una expectativa de derecho, caracterizada por la incertidumbre sobre si se va a completar. También podría considerarse que nos encontramos ante una titularidad jurídica de pendencia, con la que se mantiene un *statu quo* hasta que sea sustituida por la situación definitiva de derecho subjetivo, con el fin temporal de proteger a un sujeto que transitoriamente esté indeterminado de un derecho subjetivo.

Sin embargo, consideramos que no puede admitirse que el derecho de transmisión sea una situación jurídica interina, por la simple razón de que no tiene por contenido un derecho en formación: el *ius delationis* sobre la herencia del causante originario está plenamente formado, existe desde que éste fallece, y el derecho de transmisión existe desde que fallece el transmitente sin aceptar ni repudiar, y no se trata de una expectativa que pueda tener el transmisario, puesto que no existe hasta que no fallece su causante, transmitente, sin haber ejercitado dicho *ius delationis*, pero desde que ocurre el fallecimiento, existe plenamente. No hay, por tanto, una gradación en la institución del derecho de transmisión: nace plenamente cuando se cumplen los presupuestos para su existencia.

En definitiva, consideramos que el derecho de transmisión es una institución sucesoria, como puede serlo la sustitución vulgar, la reserva viudal o el acrecimiento; y que tiene por contenido el *ius delationis* que tiene, este sí, la naturaleza de derecho subjetivo de valor patrimonial.

No obstante, para refrendar esta posición, veremos someramente dos importantes posiciones doctrinales.

1.2.4.4. Corrientes doctrinales

1.2.4.4.1. PUIG PEÑA

Según PUIG PEÑA, “se discute, ante todo, si estamos en presencia de un verdadero *ius*, como parece indicar la fórmula tradicional. En realidad, debemos distinguir, según que tengamos a la vista al heredero transmitente (*Secundus*) del causante originario (*Primus*) o al transmisario (*Tertius*). En relación al *Secundus* no se trata, en puridad, de un verdadero derecho que tenga toda la intensidad jurídica y potencia expansiva y defensiva, propia de los derechos subjetivos en sentido autónomo, sino más bien de una facultad sucesoria de carácter supernormativo para que, en caso de morir sin haber actualizado la decisión en orden a la herencia -con o sin conocimiento de la delación- se produzca la transmisión referida. Además, el derecho a que las cosas ocurran de esa manera no se tiene siempre y no puede, por tanto, configurarse como un propio derecho, puesto que esa facultad puede no existir si el causante originario la ha anulado nombrando, al efecto, un sustituto vulgar. Por otra parte, es una facultad que no puede actualizarse como los demás *ius*. Creemos, en efecto, que no cabe una transmisión *inter vivos*, pues si ésta se produce, entonces se entiende aceptada la herencia, conforme al art. 1000 en su párrafo primero. Lo

único que cabe es la disposición mortis causa de este derecho, concediendo el *ius delationis* a un heredero en particular o excluyendo los restantes.

En referencia a los transmisarios o beneficiarios definitivos de la delación, el contenido del *ius transmissionis* sí produce un verdadero derecho que se articula en toda la estirpe sucesoria *ope legis* (excepto cuando media, claro está, el nombramiento de un sustituto vulgar), a no ser que se haya producido testamentariamente la designación *in personam*. Articulado en toda la estirpe sucesoria, seguirá después la regla de la aceptación o renuncia de la herencia en general. El *ius delationis* se mantiene, pues, mientras quede alguno. En el entretanto, puede aceptar o repudiar por separado, y la parte del que repudia acrecerá la de los demás.”⁵⁵

De la opinión del autor citado llaman la atención algunas cuestiones. Ya nos hemos referido anteriormente a nuestra opinión radicalmente contraria a que se pueda evitar el juego del derecho de transmisión mediante la previsión de una sustitución vulgar.

Sobre la posibilidad de transmisibilidad *inter vivos* o *mortis causa* del *ius delationis* escribiremos en el capítulo 4.

Centrándonos por tanto en la naturaleza jurídica del derecho de transmisión, afirma el autor citado que, para el transmitente, se trata de una facultad jurídica y no de un verdadero derecho subjetivo, que en cambio sí lo sería para el transmisario. Como ya hemos avanzado anteriormente, podría considerarse que el derecho de transmisión sea una facultad jurídica para el transmisario, pero no respecto del transmitente, puesto que es algo que para él se produce automáticamente, no supone para él ninguna posibilidad de actuación, pues entra en juego automáticamente cuando muere sin ejercitar el *ius delationis*.

No obstante, sí podría plantearse que el derecho de transmisión sea una facultad jurídica para el transmitente si se piensa que, al ser llamado a la herencia del causante originario, puede tomar la decisión de no hacer absolutamente nada, es decir, provocar el juego del artículo 1006 del Código Civil, voluntariamente, mediante una decisión de inacción. En este hipotético caso, sí que sería para él una facultad jurídica, una posibilidad de actuar consecuencia de una situación jurídica. Ahora bien, este será un supuesto excepcional y que no puede considerarse como regla general para la determinación de la naturaleza jurídica de la institución.

Además, nos planteamos en dicho raro supuesto qué ventajas tendría para el transmitente el optar decididamente por no aceptar ni repudiar en vida la herencia del causante originario. Sólo se nos ocurre que podría haber en él una intención de liberalidad hacia los transmisarios, cuando el transmitente pensara que, si repudiase, iría dicha porción a personas distintas de los transmisarios, por acrecimiento o sustitución; o que, si aceptase, no sería capaz de conservar lo recibido del causante originario para transmitirlo después *mortis causa* a los transmisarios, y por ello decidiera no ejercitar el *ius delationis*. Como se puede observar, tal intrincado proceder no puede constituir una base sobre la que definir la naturaleza genérica del

⁵⁵ PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil Español...*, op.cit., p. 449.

derecho de transmisión. Además, el artículo 1.005 del Código Civil jugaría a favor de cualquier persona a la que dicho transmitente quisiera perjudicar.

Respecto al transmisario, entiende PUIG PEÑA que el derecho de transmisión es un derecho subjetivo, y ya hemos dicho anteriormente que entendemos que sí lo es el *ius delationis* que integra; pero no lo es la institución en sí misma del derecho de transmisión.

También es llamativa la opinión del autor sobre qué ocurre cuando, habiendo varios transmisarios, unos ejercitan el *ius delationis* positivamente y otros negativamente. A esta cuestión dedicaremos un epígrafe especial dentro del capítulo 4.

1.2.4.4.2. ALBALADEJO

ALBALADEJO concreta la naturaleza jurídica del derecho de transmisión señalando, simplemente, que “se trata de una verdadera transmisión. El *ius delationis* pasa del llamado a sus herederos.

Porque se trata de una transmisión, es correcta la terminología con que se designa el caso: *ius transmissionis*, derecho de transmisión, fórmula que abreviadamente expresa que el derecho a suceder en la herencia del primer causante lo tienen los herederos de quien no llegó a heredarle, porque éste se lo transmitió; y sucesión *iure transmissionis*, que significa que al suceder al primer causante, los herederos del segundo difunto reciben la herencia de aquél, no por haber sido llamados a ella, sino por haberles transmitido su derecho el que fue llamado.”⁵⁶

Se intuye aquí ya la opción de ALBALADEJO, precursor de la teoría moderna o de la adquisición directa, al hablar de que el transmisario tiene derecho a suceder en la herencia del primer causante, y de que recibe su herencia por haberle sido transmitido el *ius delationis*. A esta cuestión nos dedicaremos con profundidad en este trabajo.

Por todo ello, a la vista de las diferentes posiciones sobre la naturaleza del *ius transmissionis*, como ya hemos señalado, se trata de una institución sucesoria y creemos que lo verdaderamente importante es comprender la diferencia conceptual entre su naturaleza y la del *ius delationis* que lo protagoniza.

Concluimos así que una solución genérica pero correcta a la cuestión de la naturaleza jurídica del derecho de transmisión sea la de considerarla una institución jurídica propia del Derecho Sucesorio, que se integra por un derecho subjetivo denominado *ius delationis*.

⁵⁶ ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho Civil...*, op. cit., p. 45.

1.3. Planteamiento del problema jurídico a investigar y resolver

Habiendo ya introducido la institución jurídica que es objeto de la presente tesis, comprendiendo la naturaleza jurídica de la misma, es momento de determinar el problema jurídico esencial que plantea su aplicación, cuestión que sirve de eje al presente trabajo, cuya resolución se constituye en nuestro objetivo, y que consiste en determinar cuál de las dos teorías existentes sobre la materia es la correcta.

GARCÍA GARCÍA sintetiza la problemática existente en la aplicación del derecho de transmisión diciendo que “nadie discute que existan aquí dos sucesiones y dos herencias, la del primer causante y la del transmitente. Es más, la teoría clásica parte de que los bienes pasan por las dos herencias hasta llegar al patrimonio del transmisario. Tampoco se discute que entre los bienes que integran la herencia del transmitente esté el *ius delationis*. Lo único que se discute es si, al ejercitar el *ius delationis* en sentido positivo, el transmisario adquiere directamente los bienes del primer causante, como entiende la teoría de la adquisición directa, o lo hace a través de la integración de esos bienes en la masa hereditaria dejada por el transmitente.”⁵⁷

Existen por tanto dos tesis sobre la institución que estudiamos.

De un lado, la teoría de la doble transmisión o teoría clásica, conforme a la cual, el transmisario, al aceptar la herencia del transmitente, adquiere el *ius delationis* sobre la herencia del causante originario, con lo que se coloca en el lugar del transmitente, y siendo él, puede aceptar o repudiar la herencia del causante originario; de modo que el juego del derecho de transmisión es escalonado; el transmisario hace al transmitente heredero del causante originario. Esto es, el transmitente sucede al causante originario y el transmisario sucede al transmitente. Pero según esta tesis, el transmisario en ningún caso sucede al causante originario.

Lo que se produce es que el *ius delationis* que hubiera utilizado el transmitente de no haber fallecido, se integra en su herencia, y al aceptarla el transmisario adquiere dicho *ius delationis*, y colocándose en el lugar del transmitente, por el juego de la sucesión, lo ejercita, haciendo al propio transmitente heredero del causante originario. Y ello se produce fundamentalmente gracias al efecto retroactivo de la aceptación de herencia, consagrado en el art. 989 CC, conforme al cual “*los efectos de la aceptación y de la repudiación se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona a quien se hereda*”.

De otro lado, nos encontramos con la teoría de la adquisición directa o teoría moderna, conforme a la cual, el transmisario, al aceptar la herencia del transmitente, adquiere el *ius delationis* sobre la herencia del causante originario, que le permite aceptar o repudiar la herencia del causante originario pero, y aquí se halla la diferencia esencial, lo hace en su propio nombre. Por tanto, según esta tesis, el transmisario sucede directamente al causante originario mediante el ejercicio del *ius delationis* que ha adquirido al suceder al transmitente.

Es decir, el transmisario, con la aceptación de la herencia del transmitente, adquiere de él el *ius delationis* para aceptar la herencia del causante originario, pero

⁵⁷ GARCÍA GARCÍA, J.M., *La sucesión por derecho de transmisión*, op.cit., p. 286.

cuando lo ejercita, adquiere directamente del causante originario su herencia, y por tanto le sucede a él y no al transmitente en dicha herencia.

Por tanto, la esencia del problema jurídico, en la que deberemos trabajar, se halla en la diferencia última de estas dos teorías enfrentadas, que radica, al fin y al cabo, en quién sucede al causante originario tras el juego del derecho de transmisión: en la teoría clásica, es el transmitente el que sucede al causante originario; mientras que en la teoría moderna, es el transmisario el que sucede al causante originario.

Como puede observarse, ambas teorías son absolutamente contrapuestas, y la elección entre una u otra tiene una importancia esencial en determinados aspectos que trataremos a lo largo del trabajo, como son: quién debe tener capacidad para suceder al causante originario; qué intervención puede tener el cónyuge del transmitente; o qué herencia puede, o no puede, aceptar y repudiar el transmisario.

Para resolver el problema jurídico objeto del presente trabajo, estudiaremos en primer lugar la evolución histórica de la institución, con el ánimo de descubrir si a lo largo de la misma se encuentran elementos que puedan facilitar el entendimiento de la regulación actual y que permitan dilucidar si históricamente nuestro Derecho ha sido partidario de una u otra tesis.

Tras ello, profundizaremos en la escasa regulación positiva existente en el Derecho común, constituida por un único precepto legal, que analizaremos e interpretaremos extensamente; para a continuación estudiar las corrientes doctrinales existentes y la jurisprudencia habida sobre la materia.

Asimismo, evidenciaremos la trascendencia del problema jurídico desde el punto de vista práctico, observando las diversas contingencias en las que la opción por una u otra tesis lleva a resultados contrapuestos.

Finalmente, trataremos la regulación de la institución en el Derecho foral y comparado.

Todo ello lo estudiaremos con la finalidad de contraponer ambas teorías y de buscar una solución al problema jurídico planteado, proponiendo una aplicación de la institución sucesoria que no sólo sea la más acorde a Derecho sino también la más razonable en la práctica jurídica.

CAPÍTULO 2

Sumario

2.1. Evolución histórica de la institución	48
2.1.1. Introducción	48
2.1.2. Derecho romano clásico	49
2.1.3. Derecho romano justiniano	54
2.1.4. Edad Media	56
2.1.5. Orígenes en el Derecho Español	57
2.2. Conclusión	63

2.1. Evolución histórica de la institución

2.1.1. Introducción

En este capítulo analizaremos la evolución histórica del derecho de transmisión desde el Derecho romano clásico y justiniano, pasando tras ello al estudio de su situación en la Edad Media, y centrándonos después en la regulación en nuestro ordenamiento jurídico patrio desde sus inicios.

Consideremos que la investigación de una institución de Derecho civil requiere estar dotada de una previa inversión en su evolución histórica, dado lo cambiante del ordenamiento jurídico, puesto que en cada tiempo el legislador trata de resolver las cuestiones jurídicas según los principios imperantes en su momento; y en muchas ocasiones la adecuada comprensión y resolución de un problema jurídico se facilita enormemente si se conoce la evolución de la regulación positiva sobre el mismo.

No obstante, no pretendemos que este trabajo consista en un profundo análisis de la evolución histórica de la institución jurídica del derecho de transmisión, desviándonos así del principal objetivo del mismo, que no es otro que resolver la controversia entre la tesis clásica y la tesis moderna sobre el mismo para poder determinar cómo se sucede en los casos de postmoriencia del llamado.

Por ello, estudiaremos la historia del Derecho tratando de que ello sea un elemento que nos sirva para la resolución del problema jurídico concreto que plantea la presente tesis.

2.1.2. Derecho romano clásico

La regla general en el Derecho romano clásico era la de la intransmisibilidad de la cualidad de heredero. Como dice CASTRO LUCINI, “en el primitivo Derecho romano, la posibilidad de aceptar o repudiar la herencia era personalísima, es decir, inalienable e intransmisible, lo que se ha explicado por el carácter personalísimo del *heres* romano –sucesor en la jefatura familiar- y de la aceptación, que imprimió un sello funcionarista y no patrimonial al *ius delationis*.”⁵⁸

Observa VALIÑO que “la vocación o llamamiento a una herencia era para los romanos algo tan estrictamente personal que no podía cederse a otro el derecho a aceptar una herencia ofrecida (*delata*) pero todavía no aceptada, ni siquiera al heredero de aquella persona a quien se le había ofrecido.”⁵⁹

Señala ROCA SASTRE que, en el Derecho Romano, “cuando el llamado a la herencia fallece antes de adir, no transmite ningún derecho a sus herederos. Es la regla *hereditas nondum adita non transmittitur*. No obstante, esta regla casi pasó a ser excepción, dado el número y amplitud de los supuestos en que se admitía el criterio contrario: *transmisio Theodosiana* o *ex iure sanguinis*, *transmissio ex capite infantiae*, *transmissio ex iure patrio* y *transmissio Iustiniana* o *ex iure deliberandi*.”⁶⁰

Del mismo modo, PUIG PEÑA dice que el derecho de transmisión, “en un primer momento, en efecto, era absolutamente desconocido. En el Derecho de Roma, como es bien sabido, se consideraba al heredero como continuador de la titularidad familiar y política del causante, engarzado su nombramiento sólo con determinadas cualidades de la persona que recogía el *nomen* y, por adjudicación, el patrimonio hereditario. A causa de este personalismo del heredero, sólo podía serlo aquel que había sido designado; pero nunca otras personas, por muy cercano que fuera el parentesco que tuvieran con el causante. No era, pues, transmisible el derecho a ser heredero, ya que la designación se verificaba *intuitu personae*: era, como decimos en otro lugar, un *quid merae personae*.

Una excepción al principio de intransmisibilidad inter vivos del *ius delationis* es la llamada *in iure cessio hereditaris*, conforme a la cual el heredero legítimo en sentido estricto –es decir, el agnado próximo- tenía la facultad de transmitir la herencia a otros antes de la aceptación, con el efecto de que el transmisario se convertía en heredero. Han sido muy discutidas en la doctrina las razones que movieron al sistema jurídico romano para aceptar una excepción a la intransmisibilidad inter vivos del *ius delationis*. Unos creen que, más que una operación jurídica del signo sucesorio lo era del familiar (*ius familiae habendae*); otros entienden que, dada su contraposición total con el régimen sucesorio, no puede darse una explicación suficiente y aceptable, siendo una forma autónoma de

⁵⁸ CASTRO LUCINI, F., *Temas de Derecho Sucesorio. Contestaciones a los programas de oposiciones a Notarías y Registros de la Propiedad*. AGISA, Madrid, 1978, p. 546.

⁵⁹ VALIÑO DEL RÍO, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Quiles, Valencia, 1991, p.342.

⁶⁰ ROCA SASTRE, R.M., *Estudios de Derecho Privado...*, op.cit., p. 43.

sucesión; otros dicen que surgió para remediar inconvenientes de la antigua sucesión legítima, es decir, la falta de *successio in graduum*. Lo cierto y verdad es que esta figura subsistió hasta el Derecho justiniano, y que ha habido gran discusión en la doctrina sobre si se necesitaba la aceptación o si el cesionario se convertía en su heredero sin necesidad de aceptar. Una tesis que quizás explique todo el fenómeno es la que sostiene que el objeto de la *in iure cessio* no es el *ius delationis* –*hereditas delata*– sino la *hereditas acquisitas*, porque al ceder la herencia, implícitamente la acepta el cedente.”⁶¹

Estudia VALIÑO esta figura jurídica clásica diciendo que “la *in iure cessio* consiste en un proceso fingido, en el que intervienen: una persona que enajena y otra que adquiere, que están previamente de acuerdo y que, ante el magistrado, uno –el adquirente– declara que el objeto o el derecho (...) es suyo. El enajenante, por su parte, que en un proceso normal respondería utilizando una contra *vindicatio* o con la acción más adecuada, no pone ningún reparo a la afirmación del adquirente y se calla ante la misma, con lo que viene a dar a entender que está de acuerdo con lo afirmado por la otra parte; entonces, el Pretor, atribuye el objeto o el derecho reclamado al adquirente. Pues bien, la *in iure cessio* se aplica en derecho hereditario y es una de las pocas excepciones al principio de que “nadie puede dar lo que no tiene” (*nemo dat quid non habet*), puesto que se trata de que un agnado, heredero ab intestato y voluntario, que tiene derecho a adir la herencia, puede ceder a otro esa facultad de aceptar. Si la herencia hubiera sido ya aceptada se aplicaría el principio *semel heres semper heres* (“una vez heredero, siempre heredero”), por virtud del cual el heredero que aceptó adquiriría definitivamente la condición de sucesor, y ya no podía perderla. En este caso, la *in iure cessio* podría servir para transmitir los bienes, el contenido económico de la herencia, pero no la titularidad como heredero, de manera que el cedente seguiría siendo él responsable de las deudas de la herencia. La aparente paradoja de la *in iure cessio hereditaris* radica, pues, en que, quien todavía no es heredero, puede transmitir tal condición jurídica a un cesionario.”⁶²

Parece por tanto que la institución de la *in iure cessio hereditaris* no constituye el origen del derecho de transmisión, puesto que era una facultad que, como se ha dicho, tenía el heredero, siendo una transmisión voluntaria, que no operaba automáticamente, y por tanto, al requerir de un acto voluntario del llamado, se trataba más bien de una figura próxima a la aceptación tácita de la herencia que hoy regula el párrafo primero del artículo 1000 del Código Civil por la transmisión del derecho hereditario.

Difiere del derecho de transmisión en cuanto a que, al ceder, el llamado está aceptando la herencia tácitamente y cediendo, no el *ius delationis*, sino el derecho hereditario, que es el que tiene el heredero una vez aceptada la herencia y antes de la partición.

⁶¹ PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil Español...*, op.cit., p. 444-445.

⁶² VALIÑO DEL RÍO, E., *Instituciones de Derecho Privado...*, op.cit., p. 342.

Entendemos por ello que la *in iure cessio hereditaris* no es el germen del derecho de transmisión, sino que lo es del negocio jurídico de cesión del derecho hereditario.

Señala PUIG PEÑA que “conforme avanza el proceso de la legislación romana, va cambiando el signo hereditario y, con él, la normatividad y regulación de este derecho de transmisión. Primeramente se inicia un sistema de excepciones, que ya dicen mucho de la falta de rigidez en el sistema del Derecho aplicado. Estas excepciones se asentaron en el propio mecanismo técnico de las instituciones clásicas. Pero muy pronto se iniciaron verdaderos correctivos de fondo, que van desfigurando totalmente la antigua silueta prohibitiva. Nos referimos a la *transmissio ex iure sanguinis* y a la *transmissio ex capita infantiae*. Por la primera, que derogaba sustancialmente la prohibición establecida por las leyes Caducarias y las leyes Juliae et papia Popea de adir la herencia antes de abrirse el testamento, se dispuso que si los instituidos eran descendientes del testador y morían antes de la apertura del testamento, transmitían el *ius delationis* a sus herederos, siempre que asimismo fueran descendientes. Esta *transmissio* fue establecida por Teodosio II y por ello es denominada también en las Fuentes *transmissio theodosiana*. La *transmissio ex capita infantiae*, aunque apuntada también por Teodosio II, fue disciplinada por Valentiniano III. Se refería al caso del hijo de familia, instituido heredero, que fallecía antes de aceptar: si su padre no podía adir en su nombre, se entendía que había también transmisión. Esta *transmissio in capita infantiae*, se completaba con la *transmissio ex iure patri*, a que nos referimos en otro lugar.”⁶³

ROCA SASTRE también trata estas dos excepciones y las define al señalar que “las verdaderas excepciones surgieron en la época romano-bizantina. Éstas eran las cuatro siguientes:

- La *transmissio Theodosiana, o ex iure sanguinis*.- Era un producto de las leyes caducarias, y especialmente de la ley Papia Popaea, la cual prohibía que la adición hereditaria pudiera hacerse antes de la apertura del testamento (ante apertura tabulas). Y como si el heredero fallecía antes no transmitía el *ius delationis* a los suyos, Teodosio II dispuso que si los instituidos eran descendientes del testador, y morían antes de la apertura del testamento, esto no obstante, transmitían su *ius delationis* a sus herederos, siempre que, asimismo, fuesen descendientes.

- La *transmissio ex capita infantiae*.- Fue introducida también por Teodosio II y Valentiniano III. Si cuando un hijo infante era llamado heredero, su padre no podía adir en su nombre la herencia, falleciendo entre tanto dicho hijo de familia, se entendía que había transmisión.”⁶⁴

Por tanto, según lo visto, observamos que el germen histórico del derecho de transmisión parece encontrarse en la *transmissio ex iure sanguinis* o *transmissio theodosiana*, puesto que en ella ya se reúnen algunas de las características que la institución tiene en la actualidad. En efecto, operaba cuando un descendiente del causante era llamado testamentariamente, sobrevivía al causante y fallecía antes del

⁶³ PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil Español...*, op.cit., p. 445-446.

⁶⁴ ROCA SASTRE, R.M., *Estudios de Derecho Privado...*, op.cit., p. 348-349.

formalismo de la apertura del testamento y por tanto, según la ley, antes de poder aceptar o repudiar, teniendo a su vez descendientes. Consideramos éste el génesis de la institución que estudiamos.

En la actualidad, la casi totalidad de sucesiones testamentarias se basan en un testamento notarial abierto, por lo que sería verdaderamente extraño que el llamado fallezca sin haber podido conocer el contenido del testamento del causante, ya que éste es fácilmente accesible una vez obtenido el certificado de defunción y el del Registro General de Actos de Última Voluntad, requisitos que generalmente pueden completarse en unos días. Sin embargo, el supuesto de hecho de la *transmisión theodosiana* sí podría acontecer hoy en las escasas ocasiones que en la práctica se dan de sucesiones basadas en un testamento cerrado u ológrafo. En ambos casos, es más probable que un heredero designado en un testamento cerrado que todavía no se ha leído o en un testamento ológrafo que todavía no ha sido adverado pueda, sobreviviendo al causante, fallecer antes de que se cumplan dichos presupuestos formales que el Código Civil exige, que llevan un tiempo, y ello conllevará la aplicación del artículo 1006 del Código Civil, puesto que no puede haber aceptado ni repudiado antes, ya que, como afirma el artículo 991 de dicho cuerpo legal, “*nadie podrá aceptar ni repudiar sin estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar y de su derecho a la herencia.*”.

A pesar de lo dicho, es cierto que existe una importante diferencia entre la *transmissio ex iure sanguinis o theodosiana* del Derecho romano clásico y el moderno derecho de transmisión, puesto que la primera operaba sólo a favor de descendientes del heredero que a su vez debía ser descendiente del causante; mientras que el derecho de transmisión actual opera no a favor de descendientes sino a favor de herederos del transmitente, aunque sean extraños al propio transmitente, al causante originario, o a ambos.

Puede que la tesis moderna del derecho de transmisión tuviera un pleno reconocimiento si en la actualidad éste también operase sólo a favor de descendientes, puesto que en este caso tendría un mayor sentido considerar que el transmisario sucede directamente al causante originario, ya que al fin y al cabo, sería su descendiente, en una suerte de aplicación a los casos de postmoriencia de lo previsto para la premoriencia en el derecho de representación del artículo 814, párrafo tercero, en la sucesión testada, y del artículo 924 y siguientes para la intestada.

Sin embargo, el artículo 1006 del Código Civil habla de “los suyos” después de referirse a la “muerte del heredero”, y no puede considerarse una casualidad que el legislador optara por aplicar el derecho de transmisión a todo tipo de herederos y no sólo a los de la línea recta descendiente. Más adelante, en el capítulo 3, profundizaremos en este argumento al contraponer las dos tesis.

Continuando con la situación de la institución en el Derecho romano clásico, como veíamos, a medida que fue éste avanzando, fueron apareciendo excepciones al carácter personalísimo de la institución de heredero y a la intransmisibilidad del *ius delationis*. Señala en este sentido PUIG PEÑA que “estas excepciones son las siguientes:

1º. El sucesor que estaba en condiciones de pedir la restitución *in integrum* contra la repudiación u omisión de la herencia, si muere antes de ser restituido, transmite a sus herederos el derecho de obtener la restitución, lo que implica, claro está, la facultad de adquirir dicha herencia.

2º. El *heredes sui* del finado transmitía a sus herederos la herencia, puesto que él mismo la adquiría de pleno derecho al morir su ascendiente sin necesidad de adirla.

3º. Por la misma razón, se admitió que se transmitiese al *heredes sui* del heredero, cuando éste moría sin adir por un obstáculo independiente de su voluntad, o por mediar pleito sobre la validez del testamento o sobre el estado jurídico del heredero.

4º. El hijo de familia sólo podía adquirir las herencias que le eran deferidas mediante orden del padre (*iussu patris*) para adirlas, y claro es que la adquirirían para éste. Sin embargo, la adquisición era imposible si él moría antes de recibir la orden, bien que MARCO AURELIO lo hizo posible, en cuyo caso hay transmisión *ex iure patri*.

En estos casos, lo que sucede es que falta el *ius delationis*. Adquiriendo, en efecto, los *heredes sui*, *ipso iure*, la herencia y no un mero *ius delationis*, podrían transmitir el conjunto global de los derechos hereditarios o parte o algunos de ellos, no el *ius delationis*.⁶⁵

Por tanto, en estos últimos casos, nos encontramos también con presupuestos diferentes a los que construyen el derecho de transmisión; con instituciones con cierta vertiente germánica de la adquisición automática de la herencia, como ocurre en los legados.

⁶⁵ PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil Español...*, op.cit., p. 445-446.

2.1.3. Derecho romano justiniano

Desde la *transmissio theodosiana* de la etapa clásica, como hemos señalado, fueron apareciendo una serie de instituciones que daban paso a la que contemplamos, y un paso más se dio en la etapa justiniana.

El paso del derecho romano clásico al justiniano en lo tocante al derecho de transmisión lo resume adecuadamente ESPÍN CÁNOVAS, diciendo que “el Derecho romano consideró intransmisible el *ius delationis*, y sólo por vía de excepción se fue admitiendo en determinados casos su transmisión. Así la *transmissio Theodosiana* o *ex iure sanguinis* producía la transmisión si el descendiente instituido por un ascendiente fallecía antes de la apertura del testamento, pues en este caso se transmitía su derecho a adquirir la herencia a los descendientes del fallecido. Bajo JUSTINIANO la excepción se llegó a ampliar tanto que casi desvirtuaba el principio de la intransmisibilidad, pues si fallecía el heredero antes del año desde el día de la delación, transmitía a sus propios herederos el poder aceptar dentro de lo que restase de dicho año.”⁶⁶

Por tanto, vemos que en el Derecho romano justiniano se amplía la *transmissio Theodosiana* al permitir que operase el derecho de transmisión no sólo si el heredero fallecía antes de la apertura del testamento, como ocurría en el derecho romano clásico, sino también cuando fallecía dentro del año siguiente a la delación.

Define esta excepción del Derecho romano justiniano PUIG PEÑA al decir que “el sistema de permisibilidad de la transmisión entra ya en una fase amplia con Justiniano, que estatuye la llamada *transmissio ex iure deliberandi*. Conforme a ella, si el heredero llamado moría antes de transcurrido el año siguiente desde que tuvo noticias de la delación, o antes de expirar el plazo para deliberar, sus herederos, que fueran descendientes, podían dentro del tiempo que quedaba aceptar la herencia.

Después de Justiniano, ya se acepta de una manera general el *ius transmissionis*, regulándose en todo el Derecho posterior hasta la época de la codificación, en la que los diferentes textos legislativos lo consignan como regla general.”⁶⁷

Afirma ROCA SASTRE, respecto de esta etapa, que constituían excepciones a la intransmisibilidad del *ius delationis*: “- La *transmissio ex iure patrio*.- Fue introducida por JUSTINIANO. También descansa en la esencia de la patria potestad romana. El hijo de familia, aunque no fuera infante, necesitaba la autorización del padre (*iussus patris*) para adirla; pero si el hijo fallecía antes de estar autorizado por el padre para aceptarle, entonces también se producía transmisión.

- La *transmissio Justiniana*, o *ex iure deliberandi*.- Es la excepción más amplia y propia. Fue establecida por JUSTINIANO. Si el heredero llamado moría antes de transcurrido el año siguiente desde que tuvo noticia de la delación, o bien antes de haber expirado el plazo para deliberar, sus herederos que fueran descendientes podían, dentro del tiempo restante, aceptar la herencia.

⁶⁶ ESPÍN CÁNOVAS, D., *Derecho Civil Español...*, op.cit., p. 46.

⁶⁷ PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil Español...*, op.cit., p. 446.

Estas excepciones han sido interpretadas en sentido ampliamente generoso, de modo que la inexistencia del *ius transmissionis* en el Derecho romano es cosa casi excepcional.”⁶⁸

Como se puede desprender de lo anterior, en la *transmissio ex iure deliberandi* se mantiene el requisito que ya estipulaba la *transmissio theodosiana* de operar sólo a favor de descendientes del transmitente, aunque se omite la exigencia de que el transmitente sea a su vez descendiente del causante, operando cuando post muere el heredero, sea o no descendiente.

No obstante, se acota ya su ámbito temporal, puesto que sólo opera en caso de fallecer el llamado antes de un año desde la delación o antes de expirar el plazo para deliberar. Parece por tanto que esta *transmissio justiniana* se aplica en los casos de fallecimiento del heredero sin aceptar ni repudiar por causas diferentes a su propia voluntad. Ello diferencia esta institución de la actual, en la que opera el derecho de transmisión también cuando el heredero (transmitente) no ha querido aceptar ni repudiar en vida, incluso voluntariamente. Ello sin perjuicio de lo ya dicho respecto a la opinión de algunos autores sobre la prescriptibilidad del derecho a aceptar la herencia.

En definitiva, como señala GARCÍA GARCÍA, “a pesar de esa sucesiva ampliación de supuestos de transmisión, subsistieron durante mucho tiempo las limitaciones y condicionamientos con que fue visto el Derecho de Transmisión en el Derecho romano. Y se necesitó un revulsivo posterior, que vino a través del Código napoleónico, de la mano de Domat, para que se generalizara definitivamente la regla sobre la admisión del Derecho de Transmisión, que no pudo proporcionar el Derecho romano.”⁶⁹

⁶⁸ ROCA SASTRE, R.M., *Estudios de Derecho Privado...*, op.cit., p. 348-349.

⁶⁹ GARCÍA GARCÍA, J.M., *La sucesión por derecho de transmisión*, op.cit., p. 38.

2.1.4. Edad Media

Son de suma importancia, como hemos visto, los antecedentes remotos del Derecho romano; y también, como veremos, los antecedentes inmediatos de la codificación civil.

Sin embargo, respecto de las etapas intermedias de la historia del Derecho, no existe una clara línea que permita conectar sin atisbo de duda la institución, desde su surgimiento con la *transmissio theodosiana* y la *transmissio justiniana*, a través de instituciones intermedias, hasta la regulación decimonónica del derecho de transmisión.

Por todo ello, a modo de resumen de la etapa medieval, cabe observar, con GARCÍA GARCÍA, que “en la Edad Media surgieron una serie de autores que glosaron con extensión y profundidad los textos del Derecho romano. Es la doctrina de los glosadores, que posteriormente, en las citas que se hacían por los autores, fue denominada la Glosa (SALICETO, JACOBO DE RAVANIS, CIRO DE PISTOIA, ACCURSIO, etc.).

Más tarde, otros autores divulgaron los comentarios de la Glosa y también hicieron críticas a dichos comentarios en sentido favorable o adverso, según los casos. Se trata de los autores que modernamente han sido denominados los postglosadores o comentaristas, pero que nuestros autores clásicos denominaban los Doctores. Entre ellos, los más importantes son BÁRTOLO DE SASSOFERRATO y su discípulo BALDO DE UBALDI. Dichos autores hacen en sus obras continuas referencias a la sucesión por Derecho de Transmisión, en base a las leyes y textos romanos que ellos exponen y comentan.

Me refiero especialmente a la doctrina de estos dos autores porque son los que de modo más extenso se ocupan del Derecho de Transmisión, y porque sus opiniones van a ser seguidas por los autores posteriores, e incluso, de modo oficial, tuvieron predicamento en el Derecho castellano, hasta el punto de que los Reyes Católicos por una ley de 1499 dispusieron que, en caso de duda o a falta de ley, se aplicaran únicamente las opiniones de BÁRTOLO, BALDO, JUAN ANDRÉS y el ABAD. Y aunque en la Ley 1ª de Toro se derogó esta disposición, las opiniones de BÁRTOLO y de BALDO siguieron siendo fundamentales para la explicación de las leyes romanas, dada la penuria legislativa sobre el Derecho de Transmisión en toda la época anterior a la publicación del Código civil.”⁷⁰

⁷⁰ GARCÍA GARCÍA, J.M., *La sucesión por derecho de transmisión*, op.cit., p. 65, 66.

2.1.5. Orígenes en el Derecho español

2.1.5.1. Las Partidas

Las Partidas son el precedente más remoto de regulación del derecho de transmisión en nuestro ordenamiento patrio, concretamente la Partida 6ª, Título VI, Ley 2ª, cuyo contenido podemos recuperar gracias a MUCIUS SCAEVOLA. Señalaba este precepto, literalmente: “*Quanto tiempo deue ser otorgado por plazo a los herederos para auer el consejo sobredicho.*

Un año de plazo puede el Rey dar a los herederos, en que se consejen, si quisieren tomar la herencia, e que son establescidos o non: mas los otros juezes, les deuen dar nueve meses. Pero si entendieren que en menor tiempo, se podría acordar, bien les pueden menguar este plazo, dándoles cient días a lo menos. E si por aventura alguno de los herederos muriessse, ante que se cumpliesse el plazo, que les era puesto: aquel tiempo que la fincaua después de su muerte, deuelo auer su heredero para consejarse. Pero si se muriessse después del plazo, ante que se otorgasse por heredero, si este atal era extraño, el su heredero, non aura derecho ninguno en la herencia, sobre quel finado auia tomado plazo para consejarse. Mas si aquel que fino descendiesse de a liña derecha del testador que lo establescio por su heredero: entonce su heredero puede auer la herencia maguer aquel a quien heredaua, sea muerto después del plazo, que le fue dado para consejarse.”⁷¹

GITRAMA relaciona esta norma con la actual regulación del derecho de transmisión en el artículo 1006 del Código Civil diciendo que “los precedentes legales de este precepto se encuentran en la Ley 2ª, Título VI, Partida 6ª, si bien pormenorizaba según que no se hubiere extinguido el plazo concedido para deliberar, o ya hubiere expirado; y en este caso se distinguía, a su vez, entre herederos forzosos y voluntarios. La actual del artículo 1006 es una regla general aplicable en todo caso y a toda clase de herederos.”⁷²

Por su parte MANRESA interpreta la norma de las Partidas señalando que “con arreglo á la ley 2ª, tit. 6º, Partida 6ª, muerto el heredero dentro del plazo concedido para deliberar, transmitía á sus sucesores la facultad de decidir dentro del término que aún faltase por transcurrir. Pero si ese plazo había expirado ya, distinguíase entre los herederos forzosos y los voluntarios: los primeros aun podían aceptar la herencia dejada á su antecesor que murió sin aceptar; los segundos no, porque la herencia no admitida por el heredero no podía transmitirse á sus sucesores.”⁷³

Consideramos errónea esta interpretación. De la literalidad del precepto de las Partidas se puede deducir que si el heredero muere antes del plazo para aceptar, lo que quede de plazo corresponde a sus herederos *iure transmissionis*; pero si muere después, el legislador distingue según sea descendiente o extraño el transmitente, no el transmisario como señalaba el autor citado.

⁷¹ MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil comentado y concordado extensamente*. Tomo XVII., Obras de Q. Mucius Scaevola, Madrid, 1900, p. 470.

⁷² ALBALADEJO, M.; GITRAMA GONZÁLEZ, M., *Comentarios al Código Civil...*, op.cit., p. 285.

⁷³ MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios al Código Civil...*, op.cit., p. 447.

En las Partidas, por tanto, si el llamado muere una vez transcurrido el plazo, no transmite ningún derecho a sus herederos si es extraño; pero sí lo transmite si es descendiente en línea recta del causante.

Por tanto, en las Partidas nos encontramos con una regulación que admite el derecho de transmisión mientras no prescriba el plazo de aceptación; pero después sólo lo admite si el transmitente es descendiente directo del causante originario.

De la misma forma que comentábamos anteriormente respecto de la *transmissio Theodosiana*, la regulación de las Partidas podría ser acorde a la tesis moderna del derecho de transmisión, que sería la aplicable si el artículo 1006 del Código Civil lo hubiera previsto sólo para descendientes o sólo para herederos forzosos, como ocurría respectivamente en los ordenamientos históricos señalados.

En estos casos, como en las Partidas, tendría sentido afirmar, como hace la tesis moderna, que el transmisario sucede al causante originario, puesto que es descendiente directo suyo por ser heredero forzoso del transmitente, que a su vez es descendiente del causante.

Hemos visto que las Partidas permitían que operase el derecho de transmisión en dos casos: si el transmitente fallecía dentro del término para adir la herencia, por el tiempo restante; o si falleciendo después era descendiente en línea recta del causante.

El primero de los casos carece de vigencia, puesto que como hemos dicho, en la actualidad no existe en nuestra opinión un plazo de prescripción de la aceptación de la herencia, si no se le insta al llamado a ello por medio de la acción prevista en el artículo 1005 del Código Civil.

En el segundo de los casos, como decimos, se daría sentido a la tesis de la adquisición directa si nuestro Derecho actual en el artículo 1006 hubiera dicho que “por la muerte del heredero descendiente del testador sin aceptar ni repudiar pasará a sus herederos forzosos el derecho que aquel tenía” o “por la muerte del heredero forzoso sin aceptar ni repudiar pasará a los suyos el derecho que aquel tenía”.

Pero, como hemos visto al tratar los requisitos del derecho de transmisión, éste, hoy en día, opera tanto a favor de herederos voluntarios como legales, sean o no unos y otros de los herederos forzosos del artículo 806 del Código Civil.

De todo ello se deriva la conclusión de que, en un determinado momento, el legislador español optó por ampliar el derecho de transmisión a todo tipo de herederos, y dicho cambio no puede presumirse de ningún modo como una alteración casual. Necesariamente debió producirse por entender el legislador que el transmisario sucedía *iure transmissionis* al transmitente, no al causante originario, y por ello no era necesario exigir legalmente que tuviera una relación de parentesco con dicho causante originario. Esta suposición concordaría con la tesis clásica del derecho de transmisión y daría sentido a su vigencia.

En este sentido, MUCIUS SCAEVOLA puso en relación la regulación de las Partidas y la actual, y considera de mayor calidad la regulación histórica, utilizando uno de los argumentos más poderosos que existen a favor de la tesis clásica o de la doble transmisión: el de que, si se sigue la otra tesis, pueden acabar sucediendo al causante originario personas completamente extrañas a él.

Así, decía el citado autor que “acaso había más profundidad, más consistencia jurídica, más acomodamiento con los buenos principios en la doctrina antigua, que repugnaba la entrada de personas extrañas á la herencia, contra los cálculos acaso del testador y del mismo heredero. Cuando se trata de descendientes, el testador ha tenido en cuenta, con seguridad, el derecho que puede recaer sobre ellos por muerte del instituido. Pero no sucede así cuando los herederos de éste son extraños á él mismo y al testador; y además, parece que hay entonces algo anormal en esta transmisión del derecho, que viene á convertir en herederos directos y de primer término á personas no conocidas ni adivinadas por el testador, con daño de los derechos eventuales de los propios parientes del difunto, á que debería llamar ab intestato. Por otra parte, si no repugna que una vez adida la herencia, pase, como todas las demás cosas de su patrimonio, á los herederos del heredero, suscita alguna repugnancia que se transmitan, no ya los bienes, sino el derecho de aceptarlos ó repudiarlos, por cuanto hasta puede ocurrir que la aceptación de estos segundos herederos sea contraria á los propósitos que el primero abrigaba, viniendo, por lo tanto, á recibir más cantidad de bienes de los que se pensaba transmitirles.”⁷⁴

Observamos así que MUCIUS SCAEVOLA parece ser partidario de la tesis moderna o de la adquisición directa al decir, como hemos visto, que si el derecho de transmisión se permite cuando los transmisarios no son herederos forzosos, se produce un efecto extraño porque pueden suceder extraños al causante originario; posicionándose en contra de dicha admisión del derecho de transmisión cuando no hay un vínculo de parentesco entre transmitente y transmisario.

Además, el autor citado considera que, cuando el causante fallece y el heredero acepta, adquiere su patrimonio, lo hace suyo y puede dejarlo *mortis causa* a quien quiera, pues es suyo. Pero en cambio, si el heredero fallece sin aceptar ni repudiar, es extraño que se deje el *ius delationis* a una persona que nada tenga que ver con el causante originario, perjudicando a otros parientes suyos, pues en ese caso el patrimonio hereditario no ha llegado a formar parte del patrimonio del transmitente.

A la vista de lo que hemos señalado, sería también defendible que existía en dicha regulación de las Partidas un atisbo de la tesis moderna o de la adquisición directa: una vez expirado el plazo para deliberar, el legislador de esa época sólo permitía el ejercicio del *ius delationis* sobre la herencia del causante originario a los transmisarios que tenían con él parentesco por ser el transmitente su heredero forzoso.

Además, alguna razón debió existir para exigirse que, una vez finalizara el plazo para aceptar, sólo los descendientes pudieran transmitir el *ius delationis*, y la única que parece probable es la de considerar que al causante originario debía en todo caso sucederle alguien que estuviera en estrecha relación con quien es su llamado natural, sea testamentariamente o *ab intestato*, esto es, el transmitente, y dichas personas con estrecha relación sólo pueden ser herederos del transmitente si éste era descendiente.

Si ello se exigía, la razón era necesariamente que el legislador entendió que los transmisarios sucedían directamente al causante originario y por ello no podía

⁷⁴ MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil comentado...*, op.cit., p. 481.

permitirse que fueran personas completamente ajenas o extrañas a él, que hubieran sido nombradas por el transmitente sin relación alguna con el causante originario.

Todo ello parece conducir a la tesis moderna o de la adquisición directa; pero sin embargo existe un elemento distorsionador: no se entiende por qué el legislador distinguía según el plazo de deliberar hubiera o no prescrito; y por qué en el primer caso permitía ser transmisarios a los extraños y no así en el segundo caso.

Como veremos a continuación, hubo un determinado momento en el que el legislador cambió el criterio, eliminando la necesidad de parentesco entre los sujetos de la institución y dando paso, podría decirse, a la aplicación de la tesis clásica del derecho de transmisión.

2.1.5.2. Proyecto de Código Civil de 1851

No se encuentran referencias al derecho de transmisión en nuestro ordenamiento histórico desde la etapa de las Partidas. No las hay en el Fuero Juzgo ni en el Fuero Real. En efecto, parece que en esta materia se produce un salto desde las Partidas hasta la etapa de la codificación.

Por ello los orígenes del derecho de transmisión son ciertamente remotos, como observa GARCÍA GARCÍA, al señalar que entre los precedentes del Código Civil “cabe considerar una doble influencia a propósito del Derecho de Transmisión: por una parte, la influencia romana de las *transmisiones*, a través de Las Partidas y de los comentaristas del *Ius Commune*, en cuanto a la estructura y mecánica del Derecho de Transmisión; y, por otra, la influencia germánica por conducto del Código napoleónico, en cuanto sirve de palanca para la generalización de la regla del Derecho de Transmisión, si bien sobre la citada base romana de la adquisición de la herencia mediante la aceptación.”⁷⁵

Observamos así que, desde la redacción de las Partidas, el primer precepto legal español que hace referencia al derecho de transmisión tiene lugar con ocasión del Proyecto de Código Civil de 8 de Mayo de 1851, que fundamentalmente fue obra de GARCÍA GOYENA, cuyo artículo 836 señalaba en su primer inciso que “*Por muerte del heredero sin aceptar o repudiar la herencia, pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía, aunque haya muerto ignorando que le había sido deferida la herencia.*”

La redacción de este precepto supone ya un claro avance en relación con su inmediato antecedente que estudiábamos en las Partidas. Se observan dos diferencias esenciales: se omite toda referencia al parentesco entre los protagonistas y se omite asimismo toda referencia al plazo para la aceptación de la herencia.

GITRAMA comenta el citado precepto señalando que “en orden a precedentes legislativos, el artículo 1006 actual concuerda con el primer inciso del párrafo primero de los tres que tenía el artículo 836 del Proyecto de Código civil de 1851. El segundo inciso de aquel párrafo primero, inciso hoy desaparecido, apostillaba

⁷⁵ GARCÍA GARCÍA, J.M., *La sucesión por derecho de transmisión*, op.cit., p. 113, 114.

aunque haya muerto ignorando que había sido deferida la herencia. Los otros dos párrafos aludían al caso de que los herederos fueren varios.”⁷⁶

Por tanto, a los efectos que aquí interesan, vemos que la actual redacción del artículo 1006 es casi idéntica a la que se ideó en 1851, y que en ella tiene su precedente más claro. Únicamente difieren, como se ha comentado, en el último inciso que aclaraba que el *ius transmissionis* tenía lugar igualmente cuando el transmitente fallecía en la ignorancia de su derecho.

Dicho inciso tiene un origen desconocido, puesto que no proviene de la regulación de las Partidas. Su finalidad era la de aclarar que el derecho de transmisión se aplicaba con independencia de que el transmitente conociera o desconociera la muerte del causante originario y su derecho a la herencia.

Debemos plantearnos cuál fue la finalidad del legislador al introducir esta particularidad en la norma. Cabe pensar que, si se introdujo, fue para resolver la discusión jurídica sobre si era necesario el conocimiento del llamamiento por parte del transmitente, porque se discutía si el derecho de transmisión se aplicaba cuando el transmitente fallecía ignorando su derecho a la herencia. Posiblemente pudo plantearse la opción de considerar que, si el transmitente conocía su derecho a la herencia, transmitía su *ius delationis* a sus herederos; pero si lo desconocía, no lo transmitía, sino que se producía un llamamiento frustrado en la herencia del causante originario.

No obstante, ello es tan sólo una elucubración, pues lo cierto es que las normas jurídicas precisan necesariamente que pueda determinarse el hecho que da lugar a su aplicación, y tratar de demostrar el conocimiento o desconocimiento por parte del transmitente de su derecho a la herencia, una vez ha fallecido, es un hecho de difícil prueba.

Por todo ello, resulta realmente complicado saber el por qué de dicho inciso, que como vamos a observar, no tuvo una larga vida.

2.1.5.3. Proyecto de 1882

Tras el fracaso del proyecto de Código Civil de 1851, se inició una política de leyes especiales con el fin de crear un substrato para una ulterior codificación, promulgándose así diversas leyes, conocidas como “leyes generales”, que quedarían subsistentes tras entrar en vigor el Código.

A partir de 1880 se reanudó el afán codificador, y se agregó a la comisión de codificación un representante de cada una de las regiones forales.

La primera referencia al derecho de transmisión en esta última fase histórica la encontramos en el anteproyecto de Código Civil de 1882, cuyo artículo 1018 mantuvo en los términos citados el primer apartado del artículo 836 que hemos visto, señalando que “*Por muerte del heredero sin aceptar o repudiar la herencia, pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía, aunque haya muerto ignorando que le había sido deferida la herencia*”.

⁷⁶ ALBALADEJO, M.; GITRAMA GONZÁLEZ, M., *Comentarios al Código Civil...*, op.cit., p. 285.

En el texto definitivo, sin embargo, se suprimió el último inciso del mismo (“aunque haya muerto ignorando que le había sido deferida la herencia”).

Tras este proyecto, llegarían los proyectos de Ley de bases de Alonso Martínez y la de Francisco Silvela, y finalmente, la Ley de Bases de 11 de Mayo de 1888 y con ella la redacción ya definitiva del Código Civil, cuyo artículo 1006, que no se ha modificado desde su publicación por Real Decreto de 24 de Julio de 1889, señala que *“Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía.”*

2.2. Conclusión

De la evolución histórica estudiada se puede inferir que el derecho de transmisión ha atravesado varias etapas, que han discurrido desde la más absoluta restricción en el Derecho romano a su admisión actual.

Cada una de las regulaciones históricas de la institución ha tenido puntos de vista diferentes en lo que atañe a este trabajo; y fundamentalmente han resultado de interés tres fases de la evolución: la del derecho romano; la de las Partidas; y la reciente.

Como hemos visto, el origen del derecho de transmisión se halla en la *transmissio ex iure sanguinis* o *transmissio theodosiana*. Su ámbito de aplicación se daba exclusivamente en la sucesión testamentaria, cuando el llamado heredero que era descendiente del testador moría antes de la apertura de dicho testamento, en cuyo caso se permitió con carácter excepcional que transmitiera su *ius delationis* a sus herederos que fueren también descendientes.

Bajo el prisma de esta institución podrían perfectamente admitirse los postulados de la tesis moderna del derecho de transmisión, puesto que pivota sobre la institución del parentesco en línea recta descendente.

El Derecho romano permitió al transmisario suceder sólo cuando era descendiente del causante originario, y podría decirse que la razón para tal limitación se hallaba precisamente en que le sucedía directamente, como señalan los partidarios de la tesis moderna, sin que el patrimonio del causante lo recibiera en ningún momento el transmitente, que había fallecido antes de abrirse el testamento y, por tanto, desconociendo su condición de llamado a la herencia.

En la etapa justiniana la *transmissio theodosiana* se amplió, dando lugar a la *transmissio Justiniana*, o *ex iure deliberandi*, que como vimos se aplicaba cuando el llamado fallecía antes de transcurrir un año desde la delación o antes de expirar el plazo para deliberar, en cuyo caso sus descendientes adquirían el *ius delationis*. Seguía exigiéndose el parentesco entre transmisario, transmitente y causante originario y por ello presentaban una mayor semejanza con la tesis moderna del derecho de transmisión que con la denominada tesis clásica.

En lo que respecta al origen del derecho de transmisión en nuestro Derecho, hemos visto que se encuentra en las Partidas, cuya norma podía sintetizarse señalando que, si el transmitente fallecía antes de finalizar el plazo para aceptar, el derecho de transmisión se admitía con amplitud; pero si fallecía después, sólo se permitía su juego si el transmitente era descendiente del causante originario, pero no si era extraño.

Por tanto, parece que también cabría seguir bajo dicha regulación la tesis moderna, puesto que el legislador restringía el derecho de transmisión cuando el transmitente no tenía parentesco con el causante originario. Es decir, al legislador le repugnaba que, por fallecer el transmitente sin heredar, heredase un extraño no específicamente llamado por el causante originario, y si el legislador quería evitar este acontecimiento, posiblemente se debía a que consideraba que le sucedía directamente.

Y ello es lo que propugna la tesis moderna: que el transmisario sucede directamente al causante originario, y las Partidas evitaban el efecto pernicioso de esta tesis, puesto que evitaban que un transmisario extraño al causante originario le sucediese si a su vez había sido nombrado heredero por un transmitente extraño al causante.

Es decir, el legislador evitaba la posibilidad de que aconteciera que tanto transmitente como transmisario pudieran no tener parentesco con el causante originario. Permitía, al contrario de lo que ocurría en el Derecho romano, que al menos uno de ellos fuera extraño (el transmisario extraño nombrado por el transmitente descendiente); pero no ambos.

Ahora bien, queda por averiguar por qué ello incomodaba al legislador si el transmitente fallecía una vez transcurrido el plazo para aceptar, pero no le incomodaba tanto si fallecía antes; puesto que en este caso sí permitía que, siendo el heredero transmitente extraño o no al causante; su llamado a la herencia, extraño o no al transmitente, pudiera ejercitar el *ius delationis* por el tiempo que le quedaba al primero; con lo que, si todo acontecía en un breve lapso, podía darse la situación de que el causante nombrase heredero a un extraño, éste falleciera antes de aceptar, y su heredero, extraño respecto de él y respecto del causante originario, acabara sucediendo a este último.

Es difícil determinar por qué el legislador permitía que esto ocurriera si el transmitente moría antes de transcurrir el plazo, pero lo impedía si el transmitente moría después. La razón podría consistir en no favorecer al transmitente que no había sido diligente en la decisión sobre aceptar o repudiar la herencia, impidiendo que el patrimonio del causante fuere a parar a un extraño designado por dicho transmitente poco diligente. Pero consideramos, más bien, que se trataba de no perjudicar al heredero del transmitente que había fallecido sin que le hubiera dado tiempo a pronunciarse sobre la herencia del causante.

La tercera etapa histórica del derecho de transmisión comienza con el Proyecto de Código Civil de 1851 y llega hasta nuestros días.

En ella se permite ampliamente el derecho de transmisión, pero paradójicamente, se reduce su regulación a un único precepto que simplemente señala que el *ius delationis* se transmite al transmisario por la muerte del transmitente sin aceptar ni repudiar.

Este precepto rompe con la evolución histórica anterior, puesto que obvia toda referencia al parentesco entre los sujetos del derecho de transmisión y también al plazo para la aceptación del transmitente. Dicho cambio respecto a sus precedentes no puede interpretarse como un descuido del legislador, ni tampoco como una disminución en la calidad de la técnica jurídica a lo largo de los siglos.

Por ello, la única interpretación posible es la de que el legislador, conscientemente, consideró que si el llamado fallece sin ejercitar el *ius delationis*, éste lo pueden ejercitar sus herederos, tengan o no parentesco con el llamado o con el causante, y con independencia del tiempo transcurrido desde la muerte del causante hasta el fallecimiento del transmitente.

Y si se considera innecesario el parentesco con el causante, que tampoco ha llamado voluntariamente al transmisario, podría plantearse si ello es debido a que el legislador considera que el transmisario no sucede al causante originario, sino al transmitente. Esto es precisamente lo que propugna la tesis clásica; por lo que podría afirmarse que la codificación supuso el cambio de paradigma en el derecho de transmisión, suprimiendo la exigencia de parentesco entre el que finalmente recibe la herencia, transmisario, y el causante de la misma; por entender precisamente que no se suceden uno a otro, sino que el transmisario sucede al transmitente, habiendo sido libremente designado por él; y el transmitente sucede al causante originario, que igualmente lo designó; no requiriéndose por ello parentesco alguno entre causante y transmisario dado que éste no sucede a aquel.

En esencia, se observa que el legislador decimonónico se aparta del camino iniciado en las Partidas, y permite que opere el derecho de transmisión aunque causante, transmitente y transmisario sean por completo extraños entre sí.

El transmitente es llamado, bien voluntariamente en testamento por el causante, bien *ab intestato* por ser su pariente. No exigiéndose ningún parentesco al transmisario, ni con relación al transmitente ni con relación al causante originario, parece que el legislador considera que el transmisario a quien sucede es al transmitente, por quién sí es llamado, ya testamentariamente o ya *ab intestato*, pero no sucede al causante originario, y por ello no es necesario que tenga ningún tipo de parentesco con él.

Esto, como decimos, claramente reconduce la institución que estudiamos a los presupuestos de la tesis clásica, que sostiene que el transmisario sucede al transmitente y éste al causante originario por medio del ejercicio del *ius delationis* por el transmisario. Dicha tesis tiene como virtud, como se verá posteriormente, que cada uno de los sujetos sucede a quien le ha llamado voluntaria o legalmente y, por tanto, cada uno sucede a alguien con quien está ligado por un vínculo de parentesco o por una disposición testamentaria.

Trataremos en lo sucesivo de dar respuesta a esta dicotomía entre la tesis clásica y la tesis moderna, y lo haremos ya sobre el estudio de la actual redacción del artículo 1006 del Código Civil en su redacción dada por Real Decreto de 24 de julio de 1889.

CAPÍTULO 3

Sumario

3.1. Interpretación del artículo 1006 del Código Civil	67
3.1.1. Interpretación teleológica o finalista	67
3.1.2. Interpretación literal	72
3.1.3. Interpretación sistemática	76
3.1.4. Interpretación histórica	79
3.2. Situación de la problemática en el Derecho común actual	80
3.2.1. Consideración previa	80
3.2.2. Posiciones doctrinales a favor de la tesis clásica	81
3.2.3. Posiciones doctrinales a favor de la tesis moderna	91
3.2.4. Recapitulación	104
3.2.5. Evolución jurisprudencial	105

3.1. Interpretación del artículo 1006 del Código Civil

Señala el artículo 3 del Código Civil en su párrafo primero: “*Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.*”

3.1.1. Interpretación teleológica o finalista

Desde un punto de vista práctico, la finalidad de la institución del derecho de transmisión no es otra que asegurar la existencia de sucesores en caso de muerte del heredero sin aceptar ni repudiar.

Así lo entiende una gran parte de la doctrina científica. ALBALADEJO considera que “siendo su fin que adquiriera la herencia el llamado, el subrogar a otro en la titularidad de éste, sólo se justifica, excepcionalmente, en aquellos casos en que habiendo aquél podido adquirir la herencia deferida - por lo cual podría haberle transmitido su contenido dentro de su propia herencia- y no pudiendo hacerlo ya, por haber muerto, se seguiría, normalmente, para su sucesor, un perjuicio de la aplicación rigurosa de la indisponibilidad”.⁷⁷

Y así lo señala también SOLÍS VILLA, que dice que “descartada la razón de equidad; posiblemente el motivo fundamental sea asegurar la transmisión de las deudas, ensanchando el número de los posibles sucesores y, muy en segundo plano, que los herederos del llamado puedan recibir los bienes que éste habría adquirido, si hubiese aceptado la herencia.”⁷⁸

A pesar de que el autor descarte la equidad como fundamento del derecho de transmisión, otros autores opinan de modo distinto, entre ellos, JORDANO FRAGA, que precisamente entiende que “se trata de favorecer o amparar a los herederos del llamado-transmitente, y preservarles de los perjuicios que pudiera reportarles el fallecimiento *ante aditionem* de su causante. En efecto, el transmitente que fallece, siendo titular de una delación eficaz, sin ejercitarla, podría, de haberla ejercitado positivamente, haber transmitido a sus herederos, como un componente más de su herencia, los bienes relictos que a él corresponderían en la herencia del primer causante.”⁷⁹

En el mismo sentido, también BERROCAL LANZAROT entiende que la finalidad de la norma se encuentra en la equidad, pues considera que “la norma responde a la necesidad de favorecer a los herederos del transmitente, permitiéndoles participar directamente en una herencia en la que podrían haber participado indirectamente, si el llamado no hubiese fallecido antes de ejercitar la delación que tenía en la misma”.⁸⁰

⁷⁷ ALBALADEJO, M., “La sucesión iure transmissionis”..., op.cit., p. 950.

⁷⁸ SOLÍS VILLA, C., “La aceptación improcedente (o tardía) de la herencia...”, op.cit., p. 355.

⁷⁹ JORDANO FRAGA, F., *La sucesión en el “ius delationis”*..., op.cit., p. 173, 174.

⁸⁰ BERROCAL LANZAROT, A.I., “Naturaleza y alcance del derecho de transmisión”. En *Actualidad Civil*. Número 1. Wolters Kluwer, Madrid, 2014, p.4.

Por otro lado, desde un punto de vista teórico, si nos planteamos cuál ha sido la finalidad del legislador al regular el derecho de transmisión, la respuesta es evidente: se trata de dar solución en el Derecho sucesorio a un problema que no tiene otra regulación: el problema jurídico de la postmoriencia del heredero sin ejercitar el *ius delationis*.

Los problemas jurídicos de la premoriencia, la incapacidad y la repudiación del llamado heredero originan llamamientos frustrados cuya solución sí está regulada en nuestro ordenamiento: en la sucesión testamentaria, por este orden, mediante la representación *ex lege* del artículo 814.3, las sustituciones, el acrecimiento o la apertura de la sucesión intestada; y en la sucesión intestada, mediante el derecho de representación y el acrecimiento.

Sin embargo, la postmoriencia del llamado a la herencia da lugar a una situación en la que la herencia se encuentra yacente, pero nadie puede aceptarla porque el que lo debía hacer ha fallecido sin hacerlo, por lo que, para no eternizar la yacencia del patrimonio hereditario, el legislador español opta por la solución prevista en el artículo 1006 del Código Civil.

De este modo, podría decirse que la institución del derecho de transmisión es una de las soluciones que propone el legislador a la yacencia de la herencia.

No obstante, si profundizamos más y nos planteamos cuál ha sido la finalidad del legislador al regular el derecho de transmisión del modo que lo hizo en el precepto citado y no de cualquier otra forma, ya entramos en un terreno de mayor complejidad.

Podríamos elucubrar qué opciones tenía el legislador ante la situación de fallecimiento del heredero después del causante, sin aceptar ni repudiar la herencia.

En primer lugar, el legislador podría haber considerado que, al fallecer el heredero sin adquirir la herencia, se produjese la ineficacia del llamamiento y la apertura, directamente, de la sucesión intestada o; si se trataba de una sucesión intestada, el llamamiento al grado siguiente; incluyendo un supuesto específico en el artículo 912 del Código Civil.

Ésta hubiera sido una solución con cierta coherencia puesto que, si el testador llama a un heredero, o si lo llama abintestato la ley, y el llamado no puede heredar por fallecer sin aceptar; tiene lógica que se llame, mediante los órdenes de los artículos 930 y siguientes, a sus parientes más cercanos.

De haber optado el legislador por esta regulación, se aplicaría sin duda la tesis moderna, puesto que se llamaría a los parientes del causante, y no a los del heredero fallecido sin aceptar ni repudiar, y los llamados sucederían directamente al causante.

No obstante, es una solución que no estaría exenta de problemas en la sucesión testamentaria, puesto que podría conducir a resultados opuestos a la voluntad del causante. En efecto, si éste designa heredero voluntario a un extraño, es precisamente porque no quiere que le sucedan sus parientes, por lo que la ley conduciría a un resultado contrario a su verdadera voluntad, llamando a heredarle a los parientes a los que el causante no quiso nombrar.

En segundo lugar, el legislador podría haber previsto que, ante el supuesto de hecho en que nos encontramos, la herencia se declarara vacante y correspondiera al

Estado por falta de heredero llamado, incluyéndolo como supuesto específico en el artículo 956 y siguientes del Código Civil y en el Capítulo I del Título I del Real Decreto 1373/2009, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Esta solución solventaría los problemas señalados anteriormente: como no puede conocerse cuál hubiera sido la voluntad del causante de haber sabido que su llamado iba a fallecer sin ejercicio del *ius delationis*, se acude a una solución de compromiso, evitando a parientes que podrían no ser deseados por el causante, y llamando directamente al Estado, como si no hubiera ningún pariente con capacidad para heredar.

Sin embargo, no parece de justicia esta solución, puesto que antes que el Estado, deberían ser llamados los parientes más cercanos del causante, y no puede presumirse que el causante quisiera que le heredara el Estado antes que sus familiares, aunque éstos no hubieran sido llamados testamentariamente o no hubieran sido los primeros llamados *ab intestato*.

En tercer lugar, el legislador podría haber dispuesto que en el caso de postmoriencia del heredero sin aceptar ni repudiar, se aplicaran las mismas normas que en los llamamientos frustrados.

Es decir, que junto a los casos prototípicos de premoriencia, incapacidad o repudiación, se incluyera también el de postmoriencia.

Por tanto, si la sucesión fuere testamentaria, podría haber dispuesto el legislador que se aplicase la representación del artículo 814.3 del Código Civil si el llamado fuere descendiente (ello cabría en el tenor literal del precepto, a pesar de que se incardine en la sucesión forzosa), o que se llamase al sustituto vulgar previsto para el caso de postmoriencia (lo que implicaría adecuar la dicción del artículo 774 que prevé la sustitución para el caso de premoriencia pero no de postmoriencia); en su defecto, que acreciese a los coherederos (lo que también implicaría adecuar la dicción del artículo 982 que prevé premoriencia pero no postmoriencia); o en su defecto que se abriera la sucesión intestada (lo que igualmente implicaría adecuar la dicción del artículo 912.3 que, otra vez, sólo prevé premoriencia pero no postmoriencia).

Y si la sucesión fuere intestada, el legislador habría establecido en este caso que se aplicara el derecho de representación de los artículos 924 y siguientes. Ello no es tan alejado de la realidad positiva del Código Civil como ocurre en la sucesión testada en la que hemos visto que los mecanimos de solución de llamamientos frustrados sí hablan expresamente de la premoriencia, contrapuesta a la postmoriencia.

En efecto, podría decirse que el supuesto de hecho de la postmoriencia entra en la dicción del artículo 924 relativo al derecho de representación en la sucesión intestada, que dice que “*llámase derecho de representación el que tienen los parientes de una persona para sucederle en todos los derechos que tendría si viviera o hubiera podido heredar.*”

Por tanto, el precepto citado no exige como requisito el fallecimiento previo al causante, sino que su ámbito parece extenderse a todos los llamamientos frustrados

por cualquier motivo; si bien lo cierto es que históricamente este precepto solo ha venido aplicándose por la doctrina a los casos de premoriencia.

Así, dice ROCA SASTRE que “el derecho de representación presupone el hecho de la premoriencia del representado al causante, mientras que el derecho de transmisión presupone la sobrevivencia del transmitente al causante”.⁸¹

No obstante, podría considerarse que esta afirmación tradicional de la doctrina no es del todo cierta a la vista de la literalidad del artículo 924, que prevé dos contingencias para que opere el derecho de representación: la premoriencia del heredero (al decir “si viviera”) o su imposibilidad para heredar (al decir “si hubiera podido heredar”); y en éste último supuesto, podría incluirse tanto incapacidad y repudiación como, y esto es lo esencial, también la postmoriencia sin aceptación, pues ésta también es una circunstancia que le impide heredar.

Esto implica incluir dentro de los supuestos de aplicación del derecho de representación los casos de postmoriencia, como un supuesto más de llamamiento frustrado en la sucesión intestada, de modo que los parientes más cercanos (representantes) del transmitente sucederían al causante originario.

Esta solución de incluir la postmoriencia dentro de los supuestos de llamamientos frustrados podría parecer satisfactoria respecto de la sucesión intestada, pero no es aplicable respecto de la sucesión testamentaria, pues hemos visto que implicaría cambios legislativos que no se han producido: si el legislador no quiso incluir la postmoriencia en los artículos 774, 982 o 912, no puede interpretarse que fue por casualidad, pues en todos ellos habla de “morir antes”, y por tanto no pueden extenderse al supuesto de la postmoriencia.

Todo ello nos lleva a una conclusión que se convierte en elemento central de este trabajo: una interpretación novedosa del derecho de transmisión que no requeriría de modificación legislativa alguna, sino para la que bastaría con una modificación de la doctrina sobre los llamamientos frustrados adaptándola a lo que, a nuestro entender, podría ser la verdadera voluntad del legislador del Código Civil:

¿Y si el supuesto de la postmoriencia del heredero sin aceptar ni repudiar ya estuviera regulado plenamente en nuestro Derecho, con soluciones diferentes para la sucesión testamentaria e intestada? ¿Y si la interpretación doctrinal y jurisprudencial del sistema desde la codificación no hubiera sido la correcta?

Esta aventurada teoría parte de la consideración de que el supuesto de hecho que da lugar al juego del derecho de transmisión no tiene una regulación completa en los mecanismos que solventan los llamamientos frustrados en la sucesión testada (por no incluirse en los artículos 774, 982 ni 912) pero sí en la sucesión intestada (por caber en el tenor del artículo 924).

Y como consecuencia, el legislador habría dado solución al problema de la postmoriencia en la sucesión testamentaria con el derecho de transmisión del artículo 1006; pero no necesitó dar una solución especial en la sucesión intestada por existir ya el derecho de representación, que regula las consecuencias jurídicas del mismo supuesto de hecho en este tipo de sucesión.

⁸¹ ROCA SASTRE, R.M., *Estudios de Derecho Privado...*, op.cit., p. 350.

El resumen de esta tesis sería: derecho de representación en postmoriencia intestada; derecho de transmisión en postmoriencia testamentaria; y como corolario, adquisición directa en la sucesión intestada y doble transmisión en la sucesión testamentaria.

Ello, reiteramos, se fundamenta en que la postmoriencia no tiene en la sucesión testada otra regulación que la del artículo 1006 del Código Civil; pero en la sucesión intestada puede considerarse, según lo que hemos explicado, que se encuentra regulada en el artículo 924 del Código Civil.

Habiendo ya introducido esta posición novedosa, la dejaremos de momento para tratarla a fondo en el capítulo 6, y continuaremos ahora con el estudio de la interpretación del artículo 1006 del Código Civil.

3.1.2. Interpretación literal

3.1.2.1. “Por la muerte del heredero sin aceptar ni repudiar”

En esta primera frase del artículo 1006 del Código Civil existe una imprecisión, puesto que se llama heredero al llamado, cuando realmente aún no lo es por no haber aceptado.

Así lo ve LACRUZ, anotando a BINDER, al decir que “la apertura de la sucesión no supone la adquisición inmediata de la herencia; el CC desconoce la figura del heredero provisional tal como se construye el texto. Cosa distinta es que al llamado a heredar le llame impropriamente heredero en los arts. 1001, 1004, 1005, 1006, 1010, 1012, etc. En realidad, tal llamado a heredar no es propietario de las cosas hereditarias ni titular de los créditos y deudas, mientras no acepta.”⁸²

Sin embargo, FERNÁNDEZ ÁLVAREZ y PASCUAL DE LA PARTE consideran que no se trata de un error sino de un guiño a la tesis clásica, que considera que el transmitente es el “heredero” del causante originario una vez ejercitado el *ius delationis* por el transmisario. Señalan que “el Proyecto de Código Civil de 1851, en su artículo 836, hablaba de heredero; y el Anteproyecto de 1882, art. 1018, también utiliza esta palabra para designar al transmitente. De manera que muy bien se podría suponer que, no obstante la incorrección terminológica, los distintos y variados artífices que intervinieron en la confección histórica de nuestro Código Civil hasta plasmar el actual artículo 1006, tenían *in mente* que el transmitente debía de ser el heredero del primer causante, toda vez que utilizaban tal palabra (heredero) en todas las redacciones normativas.”⁸³

Vemos así que el hecho de que el precepto llame heredero al que propiamente sólo es llamado a la herencia se utiliza por estos autores de la tesis clásica como argumento, señalando que el legislador lo llamó así históricamente para hacer constar que es él quien sucede al causante originario. No puede desmerecerse esta argumentación basada en la interpretación literal e histórica del precepto.

Ante la interpretación literal de este inicio del precepto sólo caben dos opiniones: bien el legislador pecó de inconcreción al denominar genéricamente heredero al que sólo es llamado a la herencia; bien quiso el legislador solucionar los problemas teóricos del derecho de transmisión en el propio precepto dejando ya aclarado que es el transmitente el que sucede al causante.

Debe presuponerse en el legislador el conocimiento total del Derecho y el mayor de los estándares de calidad en la redacción de las normas, por lo que no es descabellada la tesis de los autores citados, si bien no consideramos prudente afirmar sin atisbo de duda que el legislador denominó heredero al transmitente para optar por la tesis clásica del derecho de transmisión.

⁸² BINDER, J., *Derecho de Sucesiones*, 2ª Ed., trad. J.L. LACRUZ BERDEJO. Labor, Barcelona, 1953, p. 176.

⁸³ FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, J.L.; PASCUAL DE LA PARTE, C.C., “Sobre el carácter meramente instrumental de la transmisión del *ius delationis* (ex artículo 1.006 del Código Civil). La posición jurídica del transmitente y del transmisario” en *Anuario de Derecho Civil*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1996, p. 1568.

3.1.2.2. *“Pasará a los suyos”*

Consideramos que el legislador utiliza a conciencia un término poco técnico como “pasar”, en lugar de hablar de “transmitir”, porque quiere remarcar la automaticidad del paso del *ius delationis* del transmitente al transmisario.

Con ello, se pone de manifiesto que la transmisión del *ius delationis* no es voluntaria, ni que sucede sólo en determinados casos, sino que “pasa” siempre del transmitente al transmisario, de manera automática, cuando el primero fallece sin ejercitarlo.

ESPINAR LAFUENTE se detiene en esta precisión terminológica y dice que “la ley no dice que el derecho se *transmita* (como lo dice el art. 657). Con más razón aún que en la sucesión hereditaria principal, no hay aquí dación ni transferencia, ni por tanto, sucesión en sentido propio, sino subrogación en la titularidad hereditaria del postmuerto.”⁸⁴

Con ello parece que el autor también hace referencia a la automaticidad del *ius delationis*, definido como subentrada o subrogación del transmisario en la titularidad que ostentaba el transmitente.

En este mismo sentido, afirma PUIG PEÑA, citando a la doctrina italiana, que “la expresión *pasará* que emplea el Código parece indicar que se produce una situación *ope legis* y que, por tanto, el legislador español viene a confirmar la tesis de algunos autores, según la cual no hay aquí *transmisión* en este sentido técnico. Así opina, por ejemplo, en el Derecho italiano NICOLO para quien el concepto propio de transmisión no es aplicable, en el presente caso, pues lo que hay es una atribución operada *ex lege*. Así, cuando el anterior Código italiano y otros, como el de Chile (art. 957) hablan de *transmisión* del derecho de aceptar o de repudiar, utilizan el término transmisión en un sentido general, no en sentido técnico y sólo se quiere indicar o poner en evidencia que la vocación –provocada por la muerte del causante y que era distinta de la del *de cuius*- está ligada por virtud exclusiva de la norma al *universum ius*, que pasa en cuanto tal a los herederos.

Nosotros creemos que la expresión *pasar* que emplea el Código, viene a representar lo mismo que transmitir y que aquí hay una verdadera *transmisión del ius delationis* si bien existe, desde luego, una sola vocación. Esta, en efecto -y de acuerdo con BARBERO- la consideramos intransmisible, pues la Ley no puede hacer que el llamado sea otro distinto del que lo fue; es decir, que el llamamiento se dirija a quien no se dirigía. Pero esto es distinto del derecho de aceptar y, por tanto, de que los efectos del llamamiento se produzcan en persona distinta. En conclusión, pues, la delación es la misma; pero el contenido de la delación (*ius delationis*) se transmite a los herederos, por lo cual cambia el sujeto que, en definitiva, puede adquirir la herencia, deferida una sola vez.”⁸⁵

Los argumentos que se utilizan son los propios de la tesis clásica, al señalarse que existe una sola delación, que es intransmisible, y que no puede ser llamada otra

⁸⁴ ESPINAR LAFUENTE, F., *La herencia legal y el testamento...* op.cit., p. 243.

⁸⁵ PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil Español...*, op.cit., p. 447.

persona distinta de la que lo fue, con independencia de que los efectos del llamamiento se produzcan en persona distinta.

Por tanto, parece que este autor entiende que la única vocación y la única delación existente es la del causante originario al transmitente; si bien el contenido de la delación, el *ius delationis* sí pasa al transmisario, quien, con la aceptación, hace al transmitente heredero del causante originario.

Lógicamente, los efectos del llamamiento se van a producir finalmente en el transmisario, que es quien finalmente adquirirá el patrimonio hereditario, pero lo adquirirá, según esta tesis, del transmitente, incluyendo en dicho patrimonio el que el propio transmitente adquirió del causante originario.

Centrándonos en la interpretación literal en la que nos encontramos en este punto, podemos observar la posición de NICOLO, de nuevo de manera mediata a través de su cita por PUIG PEÑA, que dice que “no quiere decir, como afirmamos antes, que, en opinión de algunos autores, no exista una verdadera transmisión en sentido técnico. NICOLO dice, en tal respecto, que la Ley emplea el término transmisión para poner en evidencia que la vocación de que era destinatario el *de cuius*, está ligada, por virtud exclusiva de la norma, al *universum ius* que pasa, en cuanto tal, a los herederos. La vocación no es, pues, sólo llamamiento a favor del llamado sino que, comprendiendo también virtualmente a los herederos de éste, es asimismo llamamiento virtual a favor de los mismos. Consecuencia de ello es que no hay una transmisión del *ius delationis*, sino que la muerte del Secundus es el requisito para que el llamamiento virtual que su propio llamamiento contiene a favor de sus herederos (Tertius) se convierta en llamamiento operante y actual a favor de éstos. Pero esta construcción desconoce la realidad de las cosas, pues aun cuando se sostenga que existe una sola delación, lo cierto y verdad es que los derechos derivados de la misma se articulan –es decir, pasan- a los herederos del llamado; por lo cual hay que deducir que existe verdadera transmisión.”⁸⁶

Nos parece original esta idea de que todo llamamiento implique a su vez un llamamiento virtual a los herederos del heredero para el caso en que muera sin ejercitar el *ius delationis*; y que considere que no hay transmisión del *ius delationis* sino sólo una suerte de presupuesto necesario para operar dicho llamamiento virtual.

Sin embargo, estamos de acuerdo en este aspecto con PUIG PEÑA, que considera que sí existe una verdadera transmisión, pues el *ius delationis* que tenía el transmitente pasa, idéntico, al transmisario, lo cual parece reforzar la tesis clásica.

Cuestión diferente es si dicha transmisión debe entenderse en sentido amplio o estricto: el término “transmisión” se suele relacionar a las enajenaciones voluntarias, y ello aplicado al Derecho sucesorio puede dar lugar a equívocos.

Por ello, JORDANO FRAGA es partidario de hablar de sucesión en el *ius delationis*, puesto que “hablar de transmisión del *ius delationis*, como, por otra parte, es usual (sin duda, por influencia de la terminología romana: *transmissio*) se presta al

⁸⁶ PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil Español...*, op.cit., p. 450.

equivoco de que existe en el artículo 1006 CC disposición del *ius delationis*, o de que el *ius delationis* es disponible.”⁸⁷

Por último, respecto a la interpretación de la expresión “los suyos”, es evidente que se refiere a los herederos del heredero transmitente, por la utilización del pronombre en relación al heredero que muere sin aceptar ni repudiar.

3.1.2.3. “El mismo derecho que aquel tenía”

El mismo derecho que él tenía, el que el transmitente tenía, es el *ius delationis*; el derecho de aceptar o repudiar la herencia del causante originario, esa misma herencia.

Sin embargo, algunos autores consideran que realmente el transmitente nunca llegó a poseer el *ius delationis*.

Así lo entiende HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, que cree que se debe diferenciar entre la titularidad del *ius delationis* y la patrimonialidad del mismo, al señalar que “la ley toma al transmitente como base o punto de conexión (mejor que como canal) para atribuir a quien sea su heredero el *ius delationis* del primer causante. El transmitente, en realidad, nunca tuvo en su esfera patrimonial el *ius delationis*, ya que no podía disponer de él en absoluto, como más adelante veremos; ni siquiera puede evitar ser titular de dicho derecho que la ley, por el hecho solo de la muerte del causante, le atribuye *ipso iure*, aun cuando el llamado quiera no recibirlo. En efecto, el llamado puede aceptar o repudiar la herencia, pero no ha de aceptar ni puede repudiar el *ius delationis*, ni menos transferirlo disponiendo de él concretamente *inter vivos* o *mortis causa*. El transmitente puede abstenerse, es decir, adoptar una actitud pasiva, pero nada más y no puede evitar que haga tránsito a su heredero (volveremos sobre este punto), pues no se transmite a través de su patrimonio sino *ope legis*.”⁸⁸

No estamos totalmente de acuerdo con esta afirmación. La titularidad y el poder de disposición de los derechos son nociones diferentes.

Como veremos posteriormente, el transmitente no puede disponer del *ius delationis*, ni elegir si adquirirlo o no, pero ello no significa que el mismo no entre en su patrimonio, lo cual se produce por el mero hecho de la delación, aunque no pueda transmitirlo, y por ello el Código Civil dice que el transmitente “tenía” el *ius delationis* sobre la herencia del causante originario.

⁸⁷ JORDANO FRAGA, F., *La sucesión en el “ius delationis”...*, op.cit., p. 128.

⁸⁸ HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, G., “La transmisión del *ius delationis*” en *Homenaje...* op.cit. p. 471.

3.1.3. Interpretación sistemática

El artículo 1006 del Código Civil se sitúa en el Libro III, Capítulo V y Sección IV. Si consideramos el derecho de transmisión como una institución, será útil estudiar su sistemática; y para ello puede ser interesante tratar los preceptos que lo anteceden y que lo siguen.

Respecto al precepto que le antecede, señala el artículo 1005 del Código Civil: “*Cualquier interesado que acredite su interés en que el heredero acepte o repudie la herencia podrá acudir al Notario para que éste comunique al llamado que tiene un plazo de treinta días naturales para aceptar pura o simplemente, o a beneficio de inventario, o repudiar la herencia. El Notario le indicará, además, que si no manifestare su voluntad en dicho plazo se entenderá aceptada la herencia pura y simplemente.*”

La colocación de este precepto no es casual. En efecto, trata un supuesto de hecho que puede ocasionarse durante la yacencia de la herencia, con carácter previo a que se aplique el derecho de transmisión del artículo 1006. Se trata del caso en el que estando la herencia deferida, el heredero no haya ejercitado su *ius delationis* pero esté vivo y con posibilidad de ejercitarlo aceptando o repudiando la herencia, existiendo alguien con interés en que lo haga y que no fallezca sin ejercitarlo dando lugar al juego del derecho de transmisión. La norma permite a este interesado intimar al heredero para que se pronuncie.

Como se estudiará en el capítulo 5, existen ordenamientos jurídicos que prevén un plazo de prescripción del ejercicio del *ius delationis*, un lapso de tiempo dentro del cual el llamado a la herencia debe aceptarla o repudiarla. A nuestro juicio, nuestro Código Civil no establece un plazo concreto para que el llamado acepte o repudie la herencia, pero sí protege los derechos de otros posibles llamados con una herramienta diferente: la del artículo 1005.

El *ius delationis* puede ser ejercitado por el llamado en cualquier momento, e incluso fallecer sin ejercitarlo transmitiéndolo a sus herederos. Pero puede que existan personas con interés en que el llamado manifieste su voluntad, como los llamados testamentariamente por sustitución en caso de repudiación o los coherederos en la sucesión abintestato a quienes acrecería su porción si el llamado repudiase. Estas personas tienen un interés cierto en que el llamado opte por aceptar o repudiar, puesto que en el segundo caso son ellos los que heredarían. También pueden existir otro tipo de interesados como los acreedores del llamado a la herencia que se negara a ejercitar el *ius delationis* en conciencia de que si fallece se aplicaría el derecho de transmisión y beneficiaría a sus herederos.

El ordenamiento podría haber protegido a estos posibles interesados estableciendo un breve plazo de prescripción para que el heredero ejercitase su *ius delationis*, como han hecho otros ordenamientos; pero el legislador de Derecho común optó por otra solución: permitirles que inciten al llamado al ejercicio del *ius delationis* mediante el uso de la facultad del artículo 1005.

La relación entre ambos preceptos la señalan FERNÁNDEZ ÁLVAREZ y PASCUAL DE LA PARTE, tomando además partido por la tesis clásica, afirmando

que “si por vía del art. 1005, vivo el transmitente (y para proteger a terceros interesados), se entiende aceptada por éste la herencia del primer causante, ¿por qué no se puede aceptar una solución similar, muerto ya el transmitente, aunque por vía del art. 1006 (en este caso por razones de equidad); entendiéndose que dicho transmitente aceptó en el último instante de su vida terrenal la citada herencia del primer causante, cuando el transmisario ejercita positivamente el *ius delationis* que de manera instrumental o funcional (a modo de título legitimador) se le transmite?”

El art. 1005 impone la aceptación porque el transmitente, a más de estar vivo, es designado/nombrado, vocado y delado.

El art. 1006, al haber fallecido el transmitente y al no ser el transmisario ni designado, ni vocado ni delado, sólo le puede dar la opción (=transmisión instrumental del *ius delationis*) de que, si quiere, puede cerrar el círculo de la adquisición hereditaria de su causante y transmitente, pero operando la aceptación o renuncia en cabeza de dicho transmitente”.⁸⁹

Este argumento sistemático es razonable. En los supuestos de hecho del artículo 1005, un interesado intima al llamado para que acepte o repudie, y si acepta, dicho llamado sucede al causante. Lo coherente con ello es interpretar el artículo 1006 en el sentido de que si fallece dicho llamado sin aceptar ni repudiar, sean sus herederos los que ocupando su lugar, ejerciten el *ius delationis* haciendo a dicho llamado que falleció, heredero del causante. Se trata de un argumento de peso en favor de la tesis clásica del derecho de transmisión. Siguiéndolo, el ordenamiento jurídico no contiene lagunas en esta materia: si el llamado no ejercita el *ius delationis*, los interesados en que lo haga pueden intimarle; y si fallece, se aplica el derecho de transmisión. En ambos casos, de ejercitarse positivamente el *ius delationis*, sucede el llamado hereditario.

Respecto al precepto que sigue al artículo 1006 del Código Civil, el artículo 1007 establece: “*Cuando fueren varios los herederos llamados a la herencia, podrán los unos aceptarla y los otros repudiarla. De igual libertad gozará cada uno de los herederos para aceptarla pura y simplemente o a beneficio de inventario.*”

Algunos autores como MANRESA consideran también este precepto en relación con el derecho de transmisión, y rechazan que el hecho de que se hallen uno detrás del otro se deba a que regulen un mismo fenómeno, al decir que “el precepto del art. 1007, por el lugar que ocupa parece complementar la doctrina del 1006 en el sentido de la mayor libertad posible; pero por su expresión y habérsele dado número distinto, parece la manifestación de una regla más general que aclara y desenvuelve el principio de la indivisibilidad de la aceptación, consignado en el art. 990.

Supone el art. 1007 la existencia de varios herederos llamados a una herencia, y decide que cada uno de ellos, con independencia de los demás, resuelve sobre la cuota que a él le corresponde en esa herencia, aceptándola del modo que mejor crea convenirle, ó repudiándola. Como los herederos del heredero que murió sin aceptar ni repudiar una herencia no son los llamados á ésta, ni la aceptan ó repudian por sí,

⁸⁹ FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, J.L.; PASCUAL DE LA PARTE, C.C., “Sobre el carácter meramente instrumental...”, op. cit., p. 1570.

sino en nombre de su antecesor, estimamos que aunque el precepto pueda servir, como vimos en su lugar, para completar la doctrina del artículo 1006, debe estudiarse separadamente como comprensivo de una doctrina más general que se relaciona más íntimamente con el art. 990.”⁹⁰

Como vemos, MANRESA es de los autores que directamente optan por la tesis clásica sin siquiera plantear la posibilidad de la tesis moderna o de la adquisición directa; tal y como trataremos en el epígrafe 3.2, pues señala que los transmisarios son herederos del transmitente y éste del causante originario.

Sin embargo, GITRAMA dice que “hemos aludido a este artículo 1007 al comentar el 1006, puesto que, por su contenido y por el lugar que ocupa, parece servir a la finalidad de complementar a aquél, así como, de paso, al 988, asignando el mayor ámbito posible a la voluntaria y libre facultad de aceptar –como sea- o de repudiar herencias. Pero también hay que reconocer, en aras de su generalidad, que viene a aclarar y desarrollar el principio de indivisibilidad de la aceptación contenido en el artículo 990 al proclamar que aceptación o repudiación no pueden hacerse en parte...”⁹¹

Observamos por tanto dos corrientes doctrinales en torno a la interpretación sistemática del artículo 1006 en relación con el artículo 1007 del Código Civil: los que niegan la relación existente entre ambos y los que la afirman.

En nuestra opinión, no puede creerse que la colocación de los preceptos legales sea arbitraria. Del mismo modo que hemos considerado al tratar el artículo 1005, entendemos que el artículo 1007 tiene una íntima relación con el artículo precedente. Lo determinante será saber si este precepto, al permitir la libertad de aceptación de cada heredero con independencia de los demás, se refiere a los llamados a la herencia directamente o si también se refiere a los que son llamados vía derecho de transmisión.

A ésta cuestión, que consideramos de gran importancia, nos referiremos en el capítulo 4 al estudiar las vicisitudes que ocurren cuando existe una pluralidad de transmitentes o de transmisarios.

⁹⁰ MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios al Código Civil...*, op.cit., p. 454.

⁹¹ ALBALADEJO, M.; GITRAMA GONZÁLEZ, M., *Comentarios al Código Civil...*, op.cit., p. 291.

3.1.4. Interpretación histórica

Ya hemos estudiado anteriormente la evolución histórica de la institución del derecho de transmisión desde la época del Derecho romano.

En este punto, sin embargo, nos interesa plantearnos cuándo y por qué se estableció la redacción actual del precepto; si hubo otras opciones; y si éste ha sufrido alteraciones en el devenir de los años.

El artículo 8º de la Ley de Bases de 11 de Mayo de 1888, en su base 18, respecto a la aceptación y repudiación de herencias, decía simplemente que “*se desenvolverán con la mayor precisión posible las doctrinas de la legislación vigente, explicadas y completadas por la jurisprudencia.*”

Y genéricamente en su base 15 señalaba que “*el tratado de las sucesiones se ajustará en sus principios capitales a los acuerdos que la Comisión general de Codificación, reunida en pleno con asistencia de los señores Vocales correspondientes y de los señores Senadores y Diputados, adoptó en las reuniones celebradas en noviembre de 1882, y con arreglo a ellos se mantendrá en su esencia la legislación vigente.*”

El artículo 1006 del Código Civil ha mantenido su redacción tal y como se estableció originariamente en el Real Decreto de 24 de Julio de 1889, y ello llama nuestra atención, puesto que desde entonces han sido numerosas las leyes que han introducido cambios en el Libro III del Código Civil. Destacan entre ellas la ley de 24 de abril de 1958, la ley de 13 de mayo de 1981, la ley de 1 de julio de 2015 y recientemente la ley de 2 de junio de 2021.

Es decir, el legislador español ha tenido múltiples ocasiones de cambiar la dicción del artículo 1006 y nunca lo ha hecho. Y ello a pesar de no ser, como ha quedado demostrado, un precepto pacífico que no dé lugar a problemas doctrinales y prácticos. En cualquiera de las reformas legales se podían haber solucionado dichos problemas mediante una redacción más clara del precepto, que dijera, entre otras cosas, a quién hereda el transmisario o a qué tipos de sucesión se aplica.

Sin embargo, no se ha hecho y creemos que ello se debe a una razón práctica: el legislador suele estar más atento a cambios demandados por la sociedad que a los que demanda la doctrina jurídica; en otras palabras, suele realizar modificaciones en aras a mejorar la justicia del Derecho privado, aunque sea en detrimento de la calidad técnica del ordenamiento.

Por ello, no podremos servirnos de diferentes versiones del precepto, ya que la redacción ha sido siempre la misma desde la entrada en vigor del Código Civil.

Esto puede ser positivo para la labor interpretadora, ya que nos permite pivotar nuestro trabajo sobre un precepto estable: el artículo 1006 del Código Civil.

3.2. Situación de la problemática en el Derecho común actual

3.2.1. Consideración previa

El eje de nuestro trabajo consiste en buscar una solución a la principal problemática que plantea el derecho de transmisión.

Como dice HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, “problema clave alrededor del cual giran todas las vacilaciones de la doctrina sobre la naturaleza jurídica del *ius transmissionis* es el de precisar a qué causante sucede el transmisario, si solamente al transmitente, y a través de él al primer causante, o si también sucede directamente a éste.”⁹²

Consideramos de extraordinaria importancia la revisión de las posiciones doctrinales mantenidas a lo largo de los años, el entendimiento de la argumentación jurídica de los autores para defender la tesis clásica o la tesis moderna, fuera una u otra la preferida por la jurisprudencia de cada tiempo.

⁹² HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, G., “La transmisión del *ius delationis*” en *Homenaje...op.cit.* p. 482.

3.2.2. Posiciones doctrinales a favor de la tesis clásica

3.2.2.1. Introducción

La tesis clásica del derecho de transmisión considera que el transmisario, cuando acepta la herencia del transmitente, recibe en ella el *ius delationis* sobre la herencia del causante originario, y si lo ejercita positivamente, lo hace como heredero del transmitente, como continuador de su personalidad jurídica por lo que, en virtud de la retroacción de efectos de la aceptación, hace al transmitente heredero del causante originario.

La consecuencia de la aplicación de esta tesis es, por tanto, que el transmisario sucede al transmitente y el transmitente sucede al causante originario. Por ello se la denomina también tesis de la doble transmisión.

Como su nombre indica, la tesis clásica o de la doble transmisión es la tesis comúnmente aceptada por la doctrina a lo largo de la historia, hasta el punto de que durante mucho tiempo ni siquiera se planteó la existencia de la tesis moderna.

Es el caso de MANRESA, que directamente parte de la admisión de la tesis clásica o de la doble transmisión, al decir que “como los herederos del heredero no son realmente los sucesores directos del primer causante, se deduce: 1º. Que la incapacidad relativa de esos herederos para suceder al causante primero, no es obstáculo para que acepten ó repudien en nombre de su antecesor, siempre que éste fuese capaz con relación á la herencia primera. (...)”⁹³

También ESPINAR LAFUENTE da por hecho la aplicación de la tesis clásica, diciendo que “los herederos del heredero intermedio se subrogan, en virtud de la ley, en la titularidad de este último, y como consecuencia de ello, en el derecho adquisitivo que es conexo a dicha titularidad. Hay un ejercicio mancomunado de este derecho adquisitivo, no a favor de ellos mismos como personas individuales, sino a favor de la herencia del postmuerto. Los bienes se traspasan de herencia a herencia. Se requiere una segunda transmisión (o adjudicación) para que entren en el patrimonio de los herederos del heredero.”⁹⁴

Al señalar el autor que los bienes se traspasan de herencia en herencia, entiende que el transmisario sucede al transmitente, y el transmitente al causante originario.

Esta tesis clásica es seguida por un gran número de autores en base a razonamientos comunes, si bien algunos de ellos introducen opiniones particulares o argumentos propios para sostener su posición.

Diferenciaremos las principales posiciones defensoras de la tesis según los argumentos esgrimidos a su favor.

3.2.2.2. Retroactividad de la aceptación

El propio ESPINAR LAFUENTE defiende la tesis clásica basándose en la mencionada retroactividad de la aceptación y entendiendo que el transmitente sucede al causante originario en el momento de su muerte cuando el transmisario ejercita positivamente el *ius delationis* pero, he aquí la peculiaridad de su posición, por

⁹³ MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios al Código Civil...*, op.cit., p. 452.

⁹⁴ ESPINAR LAFUENTE, F., *La herencia legal y el testamento...*, op.cit., p. 243.

entender que en la institución del derecho de transmisión se aplican los principios germánicos.

Dice que “tal amplitud en el Derecho moderno, se apoya, bien en la idea de que la propiedad de los bienes se adquiere con la aceptación (si el heredero fallece después de ella), bien en la idea implícita de que los adquiere desde la muerte del causante (si fallece antes de aceptar). El art. 1006 es, pues, una manifestación del principio germánico, de la adquisición *ipso iure*.”⁹⁵

Pensamos que en este punto el autor está desacertado. Es cierto que en nuestro ordenamiento, si bien prevalecen los principios romanos, también se atisban algunos preceptos propios del derecho germánico, como el artículo 657 de Código Civil, pero no creemos que el artículo 1006 sea uno de ellos.

En nuestro Derecho sucesorio, se aplica a la adquisición de herencia el principio romano de la necesidad de aceptación, con la única excepción de los legados, sobre los que ha existido cierta discusión doctrinal. Basta así para explicar su aplicación a nuestra institución la regla de la retroactividad de la aceptación del artículo 989 del Código Civil: la aceptación por el transmisario de la herencia del causante originario, ocupando según la tesis clásica el lugar del transmitente, retrotrae la sucesión de éste al causante al momento de la muerte de este último.

3.2.2.3. Unidad de delación

Otros autores justifican su posición a favor de la tesis clásica diferenciando entre unidad y pluralidad de delaciones, y optando por la unidad. Entienden que, una vez producido el juego del derecho de transmisión, es el transmitente el que sucede al causante originario, si bien ello se produce a través del ejercicio positivo del *ius delationis* por el transmisario. Y ello es así porque, en la sucesión del causante originario, únicamente existe una delación en la tesis clásica, siendo ésta la diferencia esencial con la moderna, en la que hay una delación al transmitente y otra a los transmisarios.

Entre estos autores se encuentra PUIG PEÑA, que señala que “se discute también si se trata de una nueva delación sucesoria. Creemos que no existe una nueva delación; ésta se mantiene idéntica y en los mismos caracteres y circunstancias que antes tenía, sólo que se extiende por vía de derivación, al establecerse el traspaso del derecho de aceptar o repudiar a los herederos del instituido que falta; es decir, a los transmisarios. Esta extensión no se produce por una subentrada de estos sucesores, ni por una autoentrada, en virtud de una representación post mortem, sino de una entrada por derivación transmisiva. La relación causante- transmitente se mantiene la misma; por tanto, lo que cuenta es sólo un cambio de personas, bajo el mismo régimen sucesorio”⁹⁶

No alcanzamos a entender la diferencia entre los términos de autoentrada, subentrada y entrada a secas, y por qué el autor rechaza las primeras y acepta la tercera. En todo caso, es claro que sigue la tesis clásica, por la que se produce una

⁹⁵ ESPINAR LAFUENTE, F., *La herencia legal y el testamento...*, op.cit., p. 244.

⁹⁶ PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil Español...*, op.cit., p. 450.

entrada de los transmisarios que, ocupando el lugar del transmitente, siendo él, ejerciten el *ius delationis*.

La relación entre los conceptos de vocación y delación, que ya se trató en el capítulo 1, es esencial para entender el problema jurídico que se plantea. Se diferencia la vocación o llamamiento en abstracto, de la delación o llamamiento concreto e inmediatamente ejercitable.

BERROCAL LANZAROT utiliza estos términos para defender la tesis clásica, señalando que “la vocación respecto de la herencia del primer causante radica en el transmitente, y no en el transmisario, el cual sólo tiene vocación respecto de la herencia del transmitente, pues si, respecto al primer causante sólo tiene vocación el transmitente y no el transmisario, y la vocación no se transmite, sino únicamente el derecho derivado de ella –delación–, por lo que no se explica técnicamente que el transmisario llegue a ser heredero directo del primer causante, pues mal puede suceder quien no tiene vocación, que es uno de los presupuestos de toda adquisición hereditaria. Luego, si la vocación es la propia del transmitente, no puede dar lugar a que los bienes respecto a los que se ejercita el *ius delationis* pasen o hagan tránsito a un patrimonio distinto del sujeto que tiene la vocación y que no ha sido objeto de transmisión” añadiendo que “se trata del derecho del transmitente derivado de su propia vocación y delación, y no de una nueva vocación y delación del transmisario. Por tanto, al ejercitar el transmisario el derecho del transmitente, se obtiene la misma consecuencia práctica que si el derecho lo hubiera ejercitado el transmitente, es decir que, los bienes de la herencia del primer causante se integran en la herencia del segundo causante, como si él mismo hubiera ejercitado el derecho, para desde esta herencia hacer tránsito los bienes al transmisario como heredero del propio transmitente”.⁹⁷

Como vemos, entre los partidarios de la tesis clásica se esgrimen argumentos diferentes para fortalecer su posición, pero todos ellos parten de una misma idea: al causante le sucede el transmitente, que es quien recibe la vocación sucesoria; y el transmisario recibirá posteriormente el patrimonio hereditario del causante originario, pero sólo como parte integrada en el patrimonio hereditario del transmitente, a quien únicamente sucede el transmisario.

Esta esencia de la tesis clásica se observa claramente en la doctrina de LACRUZ, que es uno de sus mejores exponentes, pues considera que “la aceptación por parte del transmisario de la primera herencia, determina que herede el segundo causante (o sea el primer instituido) y sólo a través de la herencia de éste, produciendo sus efectos en la herencia de éste, como parte de la herencia de éste, llega hasta la esfera jurídica del transmisario la sucesión del primer causante.

Los herederos favorecidos por el derecho de transmisión no pueden optar por aceptar la herencia del primer causante y repudiar la propia del transmitente, puesto que el *ius delationis* se halla ínsito en ésta; pueden hacer, en cambio, lo contrario.”⁹⁸

⁹⁷ BERROCAL LANZAROT, A.I., “Naturaleza y alcance...”, op.cit. p. 9.

⁹⁸ LACRUZ BERDEJO, J.L.; SANCHO REBULLIDA, F. de A.; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVARRÍA, J.; RIVERO HERNÁNDEZ, F.; RAMS ALBESA, J.; *Elementos de Derecho Civil*. Tomo V. Sucesiones. Dykinson, Madrid, 2004, p. 40.

Añade el mismo LACRUZ que “la adquisición de la herencia se verifica con efecto retroactivo al momento del fallecimiento del primer causante, cosa indispensable para que no se produzca una solución de continuidad en las relaciones jurídicas. El transmisario actúa siempre como sucesor universal del transmitente, y nunca como verdadero y directo heredero del primer causante: heredero es el segundo causante (transmitente), y por tanto si el transmisario repudia la herencia, podrán los acreedores de aquel aceptarla en virtud del art. 1001 CC.”⁹⁹

3.2.2.4. Carácter personalísimo de la designación de heredero

Hemos visto por tanto que se esgrimen en favor de la tesis clásica dos argumentos de tipo teórico o técnico: el de la retroactividad de la aceptación para la continuidad en las relaciones sucesorias; y el de la existencia de una única vocación y delación respecto de la sucesión del causante originario.

Pero además, los partidarios de la tesis clásica fundamentan sus posiciones en argumentos de tipo práctico o lógico. Sin duda, uno de los más poderosos es el de negar la tesis moderna por el hecho de que da lugar a que suceda al causante originario alguien que puede no tener ningún tipo de relación con él, ya que lo designa el transmitente y ello, en cierto modo, contraviene en la sucesión testada el carácter personalísimo del testamento del artículo 670 del Código Civil.

Este carácter voluntario de la designación de heredero en la sucesión testamentaria es uno de los mayores argumentos a favor de dicha tesis, y así lo observó LACRUZ diciendo que “el transmisario ha recibido del segundo causante el derecho a aceptar la herencia del primero, pero la ley no puede hacer que el transmisario sea directamente llamado a ella, puesto que el primer causante no ha pensado en él ni lo ha nombrado en el testamento.”¹⁰⁰

Dicho razonamiento es el más fácil de entender y uno de las fortalezas de la tesis clásica. Además de LACRUZ, otros partidarios de la tesis clásica como FERNÁNDEZ ÁLVAREZ y PASCUAL DE LA PARTE también se centran en el carácter personalísimo de la delación, al señalar que “solamente la persona delada, previamente designada (o, si se prefiere, nombrada) por el testador o por la Ley, con carácter único o preferente, exclusivo o excluyente, va a poder ser heredera del causante”.¹⁰¹

Este argumento que tratamos podría también verse en sentido inverso y utilizarse por los partidarios de la tesis moderna diciendo que, en la tesis clásica, al suceder el transmisario al transmitente, finalmente puede llegar a recibir la herencia del causante originario sin que éste haya pensado en él o, incluso, siendo indigno o incapaz para sucederle. No obstante, lo cierto es que, de ser así, la recibirá en todo caso como heredero del transmitente, como parte del caudal hereditario de éste. El

⁹⁹ LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones conforme a las leyes de 13 de mayo y de 7 de julio de 1981*. Librería Bosch, Barcelona, 1981, p. 55.

¹⁰⁰ LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos...*, op.cit., p. 55.

¹⁰¹ FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, J.L.; PASCUAL DE LA PARTE, C.C., “Sobre el carácter meramente instrumental...”, op. cit., p. 1548.

ordenamiento jurídico no puede impedir que unos bienes de los que una persona dispone *inter vivos* o *mortis causa* transiten posteriormente fuera del control de su voluntad y acaben siendo propiedad, tras diferentes transmisiones, de otra persona, desconocida o no deseada por el que fue titular originario y transmitió dichos bienes. Lo que esgrimen los partidarios de la tesis clásica, a nuestro juicio con razón, es que el patrimonio del causante no puede transmitirse directamente a alguien en quien no ha pensado al tiempo de otorgar su testamento o que, a falta de éste, pueda carecer de parentesco con el mismo.

Como decíamos, este importante argumento práctico en favor de la tesis clásica se basa, además de en consideraciones lógicas, en un precepto legal: el artículo 670 del Código Civil, que señala que “*el testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario. Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente*”.

Basándose en este precepto, decíamos que muchos autores partidarios de la tesis clásica critican la tesis moderna por producir que herede al causante originario alguien designado no por él sino por el transmitente. FERNÁNDEZ ÁLVAREZ y PASCUAL DE LA PARTE afirman tajantemente que “se estaría vulnerando el art. 670, y estaríamos ante algo muy próximo al fraude de ley”.¹⁰²

Ya hemos visto que ESPINAR LAFUENTE trataba de propugnar, con desacierto en nuestra opinión, que el derecho de transmisión tenía base germánica. Además de ello, el mismo autor propuso entender a los transmisarios como legatarios del causante originario, diciendo que “el derecho de transmisión en su configuración actual, supone una excepción al principio de que la herencia no comprende las titularidades que el heredado tuviese sobre las esferas de otros. Sería quizá más racional que los herederos del heredero se subrogasen tan sólo en el derecho a los bienes de éste y ocupasen, por tanto, en la herencia principal, la posición de unos meros legatarios de cuota. Por lo menos, debería aplicarse tal restricción a los herederos del heredero electivo, y a los herederos electivos del heredero legal. De lo contrario se infringe el principio del carácter personalísimo de la titularidad de heredero. Una persona puede tener, por carambola, como heredero, a otra que no es copariante inmediato suyo, ni persona de su confianza o de su libre elección (tal vez un enemigo).”¹⁰³

A pesar de que la intencionalidad del autor es forzar un argumento que impida la rotura de la cadena de voluntades testamentarias, no estamos de acuerdo con su razonamiento y con que lo relacione con la figura de los legados.

Precisamente, si se sostiene que el transmisario sucede al transmitente, y el transmitente al causante originario; siempre hereda a cada uno el que éste o la ley ha designado; por mucho que ello tenga como consecuencia que los bienes del causante originario puedan acabar en manos de un desconocido, lo cual también puede pasar

¹⁰² FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, J.L.; PASCUAL DE LA PARTE, C.C., “Sobre el carácter meramente instrumental...”, op. cit., p. 1586.

¹⁰³ ESPINAR LAFUENTE, F., *La herencia legal y el testamento...*, op.cit., p. 244.

en una herencia ordinaria cuando el heredero vende o dona los bienes adquiridos. Ello no puede controlarse por el ordenamiento jurídico, sino en supuestos tasados legalmente como lo son los supuestos de la sucesión troncal en el Derecho foral, o las reservas y las sustituciones fideicomisarias en el Derecho común.

FERNÁNDEZ DOMINGO utiliza el mismo argumento tradicional del carácter personalísimo del heredero, pero lo explica de un modo innovador y dice que “la explicación es sencilla, si atendemos al criterio subjetivo: dado que un testador X, quiere que una persona determinada Y sea su heredero, Y será su heredero; y, sin perder esa condición (se es heredero de alguien aunque no se llegue a heredar), el hecho de la muerte de Y no impide que, por formar parte de su herencia la facultad inherente a su estatus hereditario de aceptar o renunciar la herencia de X, dicha facultad se transmita (ése es el auténtico sentido que ha de darse al *ius transmissionis*) a sus propios herederos, quienes, a su vez, podrán aceptar o renunciar tanto a su herencia como a la que X defirió en su favor; pero con las particulares consecuencias que acabamos de exponer.”¹⁰⁴

Pensamos que la tesis clásica ha sido la vigente durante muchos años porque sus principales argumentos son sencillos y comprensibles: de un lado, la retroacción de efectos de la aceptación; y de otro, la cualidad personalísima de la institución de heredero.

Por ello, no consideramos que sea necesario elaborar razonamientos forzados, como hemos visto y veremos que hacen algunos autores. El razonamiento jurídico va de lo sencillo a lo complejo, y resuelve cuestiones de dificultad en base a principios o normas básicas.

3.2.2.5. Subentrada del transmisario en la posición del transmitente

Hemos visto hasta aquí dos argumentos de tipo teórico en favor de la tesis clásica: el de la necesaria solución de continuidad en las relaciones sucesorias a través de la retroactividad de la aceptación, y el de la existencia de una única vocación sucesoria; y un argumento de tipo práctico: el de que en la sucesión testamentaria debe suceder al causante quien éste quiera, y no quien designe su sucesor.

Pero, además, los partidarios de la tesis clásica han ingeniado otros argumentos, relacionados con los anteriores, algunos de los cuales merecen ser destacados por su originalidad.

Destaca entre ellos, también en la tesis clásica, en el sentido que decimos, ROCA SASTRE, que diferencia dos instituciones someramente y toma partido por la tesis clásica, diciendo que “los llamados por derecho de representación son simples herederos del causante, mientras que los que se aprovechan del derecho de transmisión son herederos del heredero del causante.”¹⁰⁵

¹⁰⁴ FERNÁNDEZ DOMINGO, J.I., *Ser heredero...*, op.cit., p. 161.

¹⁰⁵ ROCA SASTRE, R.M., *Estudios de Derecho Privado...*, op.cit., p. 350-351.

Entiende por tanto que el transmisario hereda al transmitente y éste al causante originario, esto es, se produce una doble transmisión del patrimonio hereditario del causante originario.

La diferenciación que hace entre los llamados por derecho de representación y los llamados por derecho de transmisión es clara: en el primer caso heredan directamente al causante y en el segundo, según la tesis clásica, no.

Ello es de gran relevancia en la tesis original que en este trabajo propondremos, si bien no es éste el lugar de tratarla, pues esta diferencia en el modo de suceder se analizará posteriormente en el capítulo 6, cuando se plantee una solución como contrapunto a la tradicional distinción entre las tesis clásica y moderna.

Siguiendo con la primera de ellas, decíamos que su virtud es la facilidad de su comprensión y defensa. DÍEZ PICAZO, hablando de los transmisarios, sostiene que “a estos sucesores no les llama a su herencia el primer causante, no hay una nueva delación a ella. El *ius delationis* sobre la misma subsiste como tal, no pierde su esencia ni caracteres, y lo que ocurre es que cambian las personas que pueden ejercitarlo. De ahí que tales sucesores hayan de tener los requisitos de capacidad sucesoria en relación con su causante exclusivamente, no con el primero. Su causante ya los cumplió y por eso tenía el *ius delationis* que ha sido objeto de transmisión.”¹⁰⁶

Se intuye por tanto que el autor utiliza el argumento básico de la subentrada del transmisario en la posición del transmitente para ejercitar, como si él fuera, el *ius delationis*, haciéndole heredero del causante originario.

Este mecanismo es el que ha hecho que la tesis clásica haya sido la preponderante durante tanto tiempo: considerar que el transmisario ocupa el lugar del transmitente, como su sucesor, siendo él, y por tanto al ejercitar el *ius delationis*, le convierte en heredero del causante originario.

Dicha subentrada o subrogación, principio básico del derecho sucesorio, es un argumento difícilmente contestable.

Lo utiliza también GARCÍA GARCÍA, señalando que “la figura de la subrogación real también permite explicar lógicamente la teoría clásica de la integración de los bienes en la herencia del transmitente. Y ello porque, si todos los autores, de uno u otro signo, reconocen que el *ius delationis* forma parte de la herencia del transmitente, como bien integrado en ella, lo lógico es que los bienes que se adquieren en ejercicio de ese *ius delationis* pasen a sustituir a tal *ius delationis*, por subrogación real, pues se produce una sustitución de bienes. El *ius delationis* es sustituido por los bienes de la herencia del primer causante, ya que se obtienen como consecuencia del ejercicio de dicho *ius delationis*. En otro caso, se produce un salto en el vacío difícil de explicar, pues el derecho instrumental o potestativo, es decir, el derecho al derecho se incluye en una herencia, y en cambio, el derecho definitivo al que tiende ese derecho potestativo, íntimamente unido al mismo, se entendería que radica en otra herencia diferente.”¹⁰⁷

¹⁰⁶ DÍEZ PICAZO, L.; GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil...*, op.cit., p. 302.

¹⁰⁷ GARCÍA GARCÍA, J.M., *La sucesión por derecho de transmisión*, op.cit., p. 298.

3.2.2.6. Título sucesorio

Hemos visto que los autores tradicionales que mejor explican esta tesis son LACRUZ, ROCA SASTRE, PUIG PEÑA o DÍEZ PICAZO; pero también entre los autores más recientes se defiende esta tesis, tratando de utilizar argumentos innovadores.

Entre estos últimos es de destacar, como ya hemos citado, GARCÍA GARCÍA, por su estudio en profundidad de la institución en su tesis doctoral. Opta claramente por la tesis clásica, señalando que “el transmisario sucede al primer causante a través de la herencia del segundo causante, de tal manera que dicho transmisario es heredero inmediato del segundo causante o transmitente, y, a través de su herencia, es heredero mediato del primer causante”.¹⁰⁸

Lo justifica basándose en el concepto de título sucesorio, y criticando la tesis moderna, al decir que “desde la perspectiva de la teoría de que el transmisario adquiere directamente del primer causante, el título adquisitivo de éste habría que configurarlo como un título resultante de su relación con dicho primer causante. E, incluso, habría que diferenciar, conforme a la distinción comúnmente patrocinada por los autores de dicha teoría, entre el título sucesorio de adquisición del *ius delationis*, respecto al cual el título lo sería en relación con el transmitente, y el título sucesorio de adquisición de la herencia, respecto al cual habría que tener en cuenta el título resultante del primer causante.

Esta distinción da lugar a enormes inconvenientes. Ante todo, el transmisario tendría un título sucesorio diferente (monstruo de dos cabezas), según se contemplara la adquisición del *ius delationis* o de la herencia.”¹⁰⁹

Como vemos, parte de los argumentos de los partidarios de la tesis clásica son *a contrario*, criticando la tesis moderna, si bien no creemos que la virtud de una u otra tesis deba consistir en los defectos de la contraria sino en los argumentos que la fortalecen y la hacen acorde a los principios sucesorios que estructuran nuestro ordenamiento.

3.2.2.7. *Conditio iuris*

Siguiendo con la doctrina más reciente, otro argumento innovador a favor de la tesis clásica es el de introducir en la ecuación la figura jurídica de la *conditio iuris*.

Lo hacen FERNÁNDEZ ÁLVAREZ y PASCUAL DE LA PARTE, señalando que “en la *sucessio iure transmissionis* del art. 1.006 CC, se contempla el supuesto de un llamado a ser heredero (= transmitente) que se convertirá en tal cuando se cumpla la *conditio iuris* (de carácter suspensiva) de la que depende tal circunstancia, lo cual provocará el transmisario mediante la aceptación, merced a los efectos retroactivos de la condición (*conditio iuris*) cumplida.”¹¹⁰

¹⁰⁸ GARCÍA GARCÍA, J.M., *La sucesión por derecho de transmisión*, op.cit., p. 30.

¹⁰⁹ GARCÍA GARCÍA, J.M., *La sucesión por derecho de transmisión*, op.cit., p. 237.

¹¹⁰ FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, J.L.; PASCUAL DE LA PARTE, C.C., “Sobre el carácter meramente instrumental...”, op. cit., p. 1553.

Se trata de un argumento novedoso, contra el que no puede utilizarse el artículo 759 del Código Civil, ya que se trataría de una *conditio iuris* y no una *conditio facti*, dado que la aceptación es un requisito *sine qua non* para ser heredero.

Tampoco cabe razonar contra la misma que el transmitente fallecido no puede heredar por no poder adquirir ningún derecho tras la extinción de su personalidad jurídica, puesto que el carácter retroactivo de la aceptación faculta tal posibilidad, ya que cuando se cumple la *conditio iuris*, se produce una retroacción de efectos a la fecha de la muerte del causante.

Estos autores interpretan el funcionamiento del derecho de transmisión del siguiente modo: al fallecer el transmitente sin aceptar, el artículo 1006 del Código Civil impone la *conditio iuris*, para que herede, de que el *ius delationis* que transmite al transmisario, sea ejercitado en sentido positivo.

Ello se basa en un razonamiento meramente lógico: el transmitente, llamado heredero, reúne todos los requisitos para suceder al causante, pero muere sin llegar a aceptar. Para que sus herederos, transmisarios, puedan recibir el patrimonio del causante originario, se hace imprescindible dicha aceptación del transmitente, que es *conditio iuris* para adquirir la cualidad de heredero, y el artículo 1006 lo que hace es permitir que la aceptación la ejerciten los transmisarios.

Los autores señalados diferencian una transmisión instrumental del *ius delationis* y una transmisión real de la herencia, considerando que a la primera se refiere el precepto citado, y que la segunda se sujeta a la *conditio iuris* de que el *ius delationis* adquirido por la transmisión instrumental se ejercite en sentido positivo.

3.2.2.8. Principio registral del tracto sucesivo

Por último, debemos mencionar otro argumento a favor de la tesis clásica, no ya de tipo civil, sino de carácter registral.

Señala el artículo 20 de la Ley Hipotecaria en su penúltimo inciso que “*cuando en una partición de herencia verificada después del fallecimiento de algún heredero, se adjudiquen a los que lo fuesen de éste los bienes que a aquél correspondían, deberá practicarse la inscripción a favor de los adjudicatarios, pero haciéndose constar en ella las transmisiones realizadas.*”

El hecho de que el precepto hable de transmisiones realizadas, en plural, cuando regula la inscripción de sucesiones por derecho de transmisión, se interpreta como un argumento legislativo a favor de la tesis clásica, al considerarse que se refiere a las transmisiones del causante al transmitente y de éste al transmisario. Si la legislación hipotecaria exige la constancia tabular de “las transmisiones realizadas”, lo es porque hay una transmisión *mortis causa* del causante al transmitente y otra del transmitente al transmisario, aunque se abrevie el tracto como supuesto de excepción.

Así lo observa el registrador de la propiedad GARCÍA GARCÍA, que comenta dicho precepto diciendo que “el párrafo último del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, al regular este supuesto del llamado tracto abreviado, demuestra que hay aquí dos transmisiones sucesivas de unos mismos bienes, y no una sola transmisión que vaya directamente del primer causante hacia el transmisario. Los bienes han de pasar por

la herencia del transmitente, y de ahí que el artículo 20 de la Ley Hipotecaria exija que se haga constar la transmisión intermedia.

Por ello, he de descartar otra explicación de dicho precepto fuera del supuesto de tracto abreviado que el mismo regula, en consonancia con los demás párrafos del artículo. En consecuencia, no cabe entender que se refiere a la transmisión del *ius delationis*, por un lado, y a la supuesta transmisión directa del primer causante hacia el transmisario, ya que la Ley Hipotecaria se refiere aquí al tracto sucesivo abreviado de los bienes, lo que implica contemplar transmisiones sucesivas de unos mismos bienes.”¹¹¹

Señala por último al respecto, desde un punto de vista de técnica registral, que “no podía establecer una inscripción independiente a favor del citado transmitente, sino que regula un supuesto de tracto abreviado, en que los eslabones de la cadena se reflejan perfectamente en el asiento, pero la titularidad que se publica es la final a favor del adjudicatario transmisario, quedando consignada la transmisión intermedia a favor del transmitente.”¹¹²

Se trata de una razón de peso en favor de la tesis clásica: la existencia de otro precepto legal relativo al derecho de transmisión que concuerda sin duda con sus presupuestos.

Con ello, hemos estudiado ya los principales argumentos en favor de la tesis clásica, tanto los más tradicionales utilizados por la doctrina de mayor antigüedad, como los argumentos más recientes; los de tipo teórico y los de tipo práctico.

El conjunto de todos ellos conforman una tesis doctrinal coherente y completa que, sin embargo, no ha sido lo suficientemente categórica, razón por la que surgió la tesis moderna, también llamada de la adquisición directa, que pasamos a estudiar.

¹¹¹ GARCÍA GARCÍA, J.M., *La sucesión por derecho de transmisión*, op.cit., p. 296.

¹¹² GARCÍA GARCÍA, J.M., *La sucesión por derecho de transmisión*, op.cit., p. 395.

3.2.3. Posiciones doctrinales a favor de la tesis moderna

3.2.3.1. Introducción

La tesis moderna o de la adquisición directa parte también de que, cuando fallece el transmitente, el transmisario que acepta su herencia adquiere el *ius delationis* sobre la herencia del causante originario, pero se diferencia de la tesis clásica en que, cuando lo ejercita, le hereda directamente a él.

La diferencia por tanto con la tesis clásica radica en que, mientras que en ésta es el transmitente el que sucede al causante originario mediante el ejercicio por el transmisario del *ius delationis*; en la tesis moderna el transmisario, una vez adquirido el *ius delationis* como sucesor del transmitente, si lo ejercita positivamente, sucede directamente al causante originario.

3.2.3.2. Doctrina precursora

Con anterioridad al giro jurisprudencial propiciado por el Tribunal Supremo en 2013, no eran muchos los autores partidarios de esta tesis moderna o de la adquisición directa.

Sobre todos ellos destaca como firme defensor y precursor de esta teoría ALBALADEJO, cuya posición defendió con el siguiente planteamiento: “Una vez que se ha aceptado la herencia del transmitente y aceptado también la herencia cuyo *ius delationis* se le transmitió en aquélla, ¿a quién ha sucedido el adquirente?

Creo que es sucesor del transmitente en su herencia y en el *ius delationis* que forma parte de ella, y sucesor del primer causante en la herencia de éste. Pero sucesor de éste directamente –recta vía- y no a través del transmitente. Este es sólo un canal que transmitió el derecho a aceptarla.

Es evidente que el transmitente no transmite al adquirente la herencia del primer causante, sino el derecho a adquirirla. El transmisario sucede, pues, al transmitente en su herencia. En ésta encuentra el *ius delationis*, y al ejercitarlo, aceptando, se convierte también en sucesor del primer causante, cuya herencia no llegó a hacer suya el transmitente, ya que no la aceptó ni, de cualquier otro modo, la adquirió.

Por último, suceder al primer causante convierte al adquirente del *ius delationis* en heredero de aquél. Contra ello carece de validez afirmar que heredero sólo puede serlo el llamado (por lo cual sólo podría ser heredero del primer causante el transmitente, y el transmisario sería heredero de éste, aunque recibiese la herencia de aquél, o sea recibiría el contenido de tal herencia, pero no el título de heredero del primer causante), pues heredero es el que sucede como tal, aunque el derecho a la sucesión no lo tenga por ser llamado a ella, sino por haberlo adquirido del llamado.”¹¹³

Encontramos en estas líneas la esencia de la tesis moderna o de la adquisición directa, que defiende que el transmisario sucede directamente al causante originario, considerando al transmitente sólo como un canal a través del cual el primero adquiere el *ius delationis* para aceptar la herencia del segundo.

¹¹³ ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho Civil...*, op. cit., p. 46-47.

La esencia de la cuestión radica en que, según la tesis clásica, la herencia pasa a través del transmitente, en virtud del carácter retroactivo de la aceptación y en virtud de la ocupación por transmisario de la posición del transmitente; mientras que en la tesis moderna, defiende ALBALADEJO que el transmitente nunca llega a adir la herencia del causante originario porque él no la acepta. Ésta es la diferencia esencial: la adquisición o no por el transmitente de la herencia del causante originario.

Ahora bien, los partidarios de la tesis moderna entienden que el transmitente lo que sí ha llegado a tener es el *ius delationis*, adquirido desde la muerte del causante originario, y es ese mismo *ius delationis* el que, una vez adquirido por el transmisario, le permitiría suceder directamente, recta vía, al causante originario.

El segundo de los partidarios más destacados de la tesis moderna es JORDANO FRAGA, que considera, respecto de la herencia objeto del derecho de transmisión, que el transmisario tan sólo recibe del transmitente el *ius delationis*, al señalar que “la delación para la primera herencia (...) la recibe indirectamente, derivativamente: a través de la herencia del transmitente, y no directamente en virtud de un llamamiento autónomo a la sucesión del primer causante: el transmisario se limita a subentrar en la (subsistente) posición del llamado- transmitente, en la delación válidamente adquirida por éste para la herencia del primer causante.”¹¹⁴

De la misma forma que hemos visto para la tesis clásica, también en la tesis moderna los autores utilizan una serie de argumentos teóricos tradicionales y también otros más novedosos.

3.2.3.3. La aceptación como requisito para suceder

Entre los razonamientos tradicionales, se encuentra el consistente en que el transmitente no puede suceder al causante originario por no haber aceptado su herencia, puesto que no es él quien realiza dicha aceptación sino el transmisario tras su fallecimiento.

Los partidarios de la tesis moderna consideran que no se puede ser heredero sin aceptar la herencia directa y personalmente, nunca por medio de otro, y por ello el transmitente no puede ser heredero del causante originario.

Por tanto, la tesis moderna se basa fundamentalmente en el argumento de que el transmitente nunca ha llegado a adquirir la herencia porque nunca ha aceptado, y por ello consideran ilógico que el transmitente pudiera posteriormente transmitir *mortis causa* al transmisario la herencia del causante originario, ya que ésta nunca ha entrado en su patrimonio.

En cambio, lo que sí ha tenido en su patrimonio el transmitente es el *ius delationis*, puesto que lo adquirió de modo automático al fallecer el causante originario y ser llamado a su herencia, y por ello sí puede transmitir *mortis causa* al transmisario ese *ius delationis*, puesto que sí le ha pertenecido al transmitente.

De este modo, el transmisario sí sucede al transmitente en el *ius delationis* que éste adquirió *ipso iure* al fallecer el causante; pero no le sucede en la herencia del

¹¹⁴ JORDANO FRAGA, F., *La sucesión en el “ius delationis”...*, op.cit., p. 328.

causante puesto que el transmitente nunca llegó a adquirirla. En dicha herencia del causante originario, el transmisario sólo puede suceder directamente, recta vía.

Vemos que el argumento señalado se desarrolla a menudo *a sensu contrario*, es decir, no a favor de la tesis moderna, sino en contra de la clásica. Se señala que el transmitente, a pesar de ser llamado, no llega nunca a ser heredero y, por tanto, no puede suceder al causante originario; mientras que el transmisario, sin ser llamado, sí puede ser heredero, por haber adquirido el *ius delationis* del llamado. Esto es, el transmisario puede efectivamente ser heredero del causante sin ser llamado a su herencia, mediante el ejercicio del *ius delationis* recibido del transmitente. Ello supone una novedad frente a los presupuestos clásicos del Derecho sucesorio, que exige, para suceder a una persona, cuatro requisitos: ser llamado a la herencia, sobrevivir al causante, tener capacidad de heredar, y aceptar la sucesión.

Este argumento de la imposibilidad de suceder del transmitente por falta de aceptación unido a la posibilidad de suceder del transmisario merced al ejercicio del *ius delationis* adquirido, es el más repetido entre los partidarios de la tesis moderna.

Así, JORDANO FRAGA defiende que “es inexacto el planteamiento de quienes sostienen que, recibiendo el transmisario la delación para la primera herencia con la herencia del transmitente, una vez adquirida por aquél dicha primera herencia, sucedería en ésta también al transmitente, el cual sería, así, el único causante del transmisario adquirente de la primera herencia. En cambio, es evidente que la mecánica de la *transmissio ex* artículo 1006 CC, presupone necesariamente que el transmitente no adquirió ni legal ni voluntariamente la herencia del primer causante a que resultaba llamado y que, por ello, el transmisario, su heredero, no encuentra en la herencia del transmitente más que el *ius delationis* relativo a la primera herencia: la posibilidad de adquirirla si quiere, y no los bienes relictos que la componen.”¹¹⁵

Afirma que “el transmisario, en virtud del artículo 1006 CC, es verdadero titular, adquirente de la delación para la primera herencia, y la ejercita como derecho suyo o propio, no como derecho ajeno o de otro (el titular originario dejó, irremediablemente, de serlo con su muerte): la única particularidad estriba, en que lo es derivativamente: por sucesión *mortis causa* del titular originario, pero ello no afecta, en modo alguno, al contenido de esa delación, que, antes bien, el artículo 1006 CC deja expresamente inalterado en manos de su nuevo titular, sino a la determinación del actual sujeto titular de la misma: no hay un nuevo llamamiento, legal o testamentario, a la sucesión del primer causante (una delación directa), sino una sucesión en la posición de quien resultaba originariamente llamado (delación indirecta).”¹¹⁶

Por tanto, sostiene el autor que el transmisario, al adquirir el *ius delationis* del transmitente, lo ejercita para suceder directamente al causante originario, en virtud de una especial sucesión derivativa en el llamamiento hecho al transmitente, sucesión que tiene lugar por disposición legal, por mandamiento del artículo 1006 del Código Civil.

¹¹⁵ JORDANO FRAGA, F., *La sucesión en el “ius delationis”...*, op.cit., p. 318, 319.

¹¹⁶ JORDANO FRAGA, F., *La sucesión en el “ius delationis”...*, op.cit., p. 321.

Se trata de un argumento que no nos parece contrario a la dicción del precepto legal, puesto que la interpretación de “pasar al transmisario el mismo derecho que tenía el transmitente” concuerda con entender que el transmisario no adquiere un derecho diferente al que tenía el transmitente, sino el mismo, que es el derecho de suceder al causante originario.

3.2.3.4. Retroactividad de la aceptación

Otro de los autores más reconocidos que toman partido por la tesis moderna es GITRAMA, que da por hecho que el transmisario sucede directamente al causante originario. Siendo dicho autor consciente del argumento lógico utilizado por los partidarios de la tesis clásica de que a cada causante le debe suceder la persona nombrada por él testamentariamente o en su defecto designada por la ley por su parentesco, lo trata de rebatir diciendo que el derecho de transmisión tiene carácter excepcional, al decir que “no deja de parecer extraño que los herederos del instituido prematuramente muerto puedan ser personas del todo ajenas al testador, incluso de éste desconocidas. Como se ha dicho, parece que hay algo anormal en la transmisión de este derecho que viene a convertir en herederos directos y de primer término a personas no conocidas ni siquiera adivinadas por el testador, con daño de los derechos eventuales de los propios parientes del difunto, a los que quizá se debería llamar *abintestato*. Claro que, se añade, no puede negarse que el precepto del Código es una consecuencia precisa del principio informante de esta parte de la legislación, según el cual la herencia se entiende transmitida al heredero desde el momento mismo del fallecimiento del causante. Hay, pues, se agrega, un derecho adquirido en el heredero para cuya efectividad sólo se requiere la voluntad de aceptar la herencia. El derecho que pasa a los herederos del heredero, ex artículo 1006, es el que este último tenía; a saber, el de convertir en firme y definitiva la transmisión de la herencia mediante su aceptación expresa o tácita, o el de repudiarla.”¹¹⁷

En efecto, como se vió anteriormente, uno de los puntos que utilizan los partidarios de la tesis clásica consiste en que, de seguir la tesis moderna, sucede al causante originario una persona que puede no tener absolutamente nada que ver con él, pues quien lo nombra es el transmitente.

No creemos sin embargo que la retroactividad de la aceptación prevista en el artículo 989 del Código Civil sirva, como considera el citado autor, para justificar la tesis moderna. Dicha retroactividad implica que el transmisario sucede al transmitente, a la muerte de éste; y el que sucede al causante originario lo hace también en el preciso momento de su muerte. Por ello, los partidarios de la tesis clásica consideran que el transmitente sucede al causante en el momento de su muerte, mediante el ejercicio del *ius delationis* por el transmisario; y los partidarios de la tesis moderna consideran que el mismo transmisario sucede al causante originario también en el momento de su muerte.

¹¹⁷ ALBALADEJO, M.; GITRAMA GONZÁLEZ, M., *Comentarios al Código Civil...*, op.cit., p. 285-286.

Es decir, el argumento de la retroacción de la aceptación puede ser utilizado tanto por unos como por otros. Ahora bien, lo cierto es que sólo los partidarios de la tesis clásica pueden afirmar que en el momento de la muerte del causante le sucede alguien, el transmitente, que vivía en dicho tiempo. Esto es algo que no pueden afirmar tajantemente los partidarios de la tesis moderna, puesto que el transmisario puede nacer mucho después de la muerte del causante, y por ello consideramos que el argumento de la retroacción de la aceptación es una posición que fortalece la tesis clásica y no la moderna, como señalaba el anterior autor mencionado.

A pesar de ello, el argumento de la retroactividad de la aceptación es también uno de los utilizados tradicionalmente por los partidarios de la tesis moderna. CASTÁN TOBEÑAS, sin tomar partido, explica que, en la tesis moderna, “la retroactividad de la aceptación del adquirente del *ius delationis* debe producir el efecto de dar por adquirida por dicho adquirente la herencia del primer causante en el momento de la muerte de éste. El transmitente sólo ha adquirido el vehículo por el que el *ius delationis* ha ido a parar al adquirente, pero éste sucede directamente al primer causante de la herencia y al transmitente en la suya, y dentro de ella en el *ius delationis* que le posibilita la adquisición de aquella; es decir, que estamos ante dos sucesiones distintas de dos personas diferentes, requiriéndose por tanto doble capacidad sucesoria.”¹¹⁸

Por tanto, el modo que tienen los partidarios de esta tesis de encontrar su compatibilidad con la retroactividad de la aceptación consiste en entender que el transmisario, al ejercitar el *ius delationis*, sucede al causante originario en el mismo instante de su muerte. Ello porque, como observa ALBALADEJO, “el transmitente no transmitió un derecho a tenor del cual el adquirente pueda hacer que la herencia hubiese sido del transmitente. El transmitente sólo transmitió un derecho a hacer la herencia del que la aceptase. Así pues, pensamos que la retroactividad de la aceptación del adquirente del *ius delationis* debe producir el efecto de dar por adquirida por dicho adquirente la herencia del primer causante al momento de la muerte de éste”.¹¹⁹

RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA observa que dicho planteamiento origina el problema que citábamos de que al fallecer el causante podría no haber nacido el transmisario, y argumenta su solución diciendo que en la tesis moderna existe “la necesidad de considerar, a posteriori, que los bienes, derechos y obligaciones del primer causante no quedaron sin titular en momento alguno. Y, considerando que en el *ius transmissionis* únicamente media aceptación del transmisario por definición, no del transmitente, de modo que únicamente desde entonces puede jugar la retroactividad, se dice que ésta debe remontarse hasta la muerte del primer causante, y no únicamente hasta la del transmitente. De entenderse otra cosa, no existiría forma de localizar un titular para el período comprendido entre la muerte del primer causante y la del segundo: desde luego, no podría hacerse entendiendo que la aceptación del transmisario implica, en cierta forma, también la del transmitente,

¹¹⁸ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español...*, op.cit., p. 192.

¹¹⁹ ALBALADEJO, M., “La sucesión iure transmissionis”..., op.cit., p. 954.

pues, como se ha hecho constar, no cabe considerar que la aceptación de una persona pueda entenderse efectuada cuando ya ha fallecido.”¹²⁰

Por tanto, defiende el autor que la parálisis en la continuidad de las relaciones sucesorias se soluciona entendiendo que la aceptación del transmisario que le hace heredero del causante implica también la aceptación del transmitente, y que así la retroactividad origina que en el momento de fallecer el causante, su heredero llamado que es el transmitente, sí que vive y puede suceder, aunque en virtud del derecho de transmisión no será él quien le suceda sino el transmisario.

No nos parece convincente el argumento. Consideramos que la retroactividad de la aceptación sostenida por los partidarios de la tesis moderna tiene dos escollos: el primero, que en dicho momento del fallecimiento del causante, el transmitente aún no ha fallecido, aún vive y podía aceptar o repudiar, con lo que habría que retrotraer también el hecho de su muerte al mismo momento de la del causante originario para que el orden de los fallecimientos y aceptaciones sea correlativo; y el segundo escollo consistiría en que en el momento de la muerte del causante, el transmisario, que según esta tesis le debe suceder, puede que ni siquiera esté concebido.

Ambos problemas derivan de que el artículo 989 del Código Civil es una norma de retroacción de un acto jurídico que es la aceptación, pero no retrotrae hechos de la naturaleza como la muerte o el nacimiento de las personas.

3.2.3.5. Vocación y delación

Como vemos, en ambas teorías, según se explicó en el capítulo 1, es esencial diferenciar la vocación o llamamiento de la delación u ofrecimiento.

En el derecho de transmisión se produce una vocación al transmitente, y cuando fallece sin aceptar ni repudiar se produce otra vocación al transmisario. Esto podría considerarse pacífico doctrinalmente.

Pero las dos tesis se contraponen en lo relativo a la delación.

La tesis clásica entiende que existe una única delación, que se produce del causante originario al transmitente, aunque su lugar lo ocupen otros, y esta delación sea efectivamente ejercitada por otro en su nombre, como sucesor suyo.

La tesis moderna, sin embargo, entiende que, al morir el transmitente, además de la delación u ofrecimiento que se produjo a su favor, se produce otra delación a favor de los transmisarios en cuanto éstos ejercitan positivamente el *ius delationis* sobre la herencia del causante originario. Los autores tradicionales sostienen que es una delación derivada de la que se produjo al transmitente; otros modernos en cambio entienden que es una delación *ex novo*.

Afirman por tanto los partidarios de la tesis moderna que existen dos delaciones, cada una con su retroacción a la fecha de la muerte del causante originario.

Este argumento de la delación es el tercero de los argumentos básicos que propugnan los partidarios de la tesis moderna, junto a los ya anteriormente señalados:

¹²⁰ RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, P., “Un intento de superar las tesis opuestas sobre la situación del heredero del heredero”, *Diario La Ley*, número 7242, 2009, p. 10.

la no aceptación por el transmitente de la herencia del causante; y la retroacción de efectos a la fecha de la muerte del causante.

Al respecto, observa JORDANO FRAGA que “es fundamental tener en cuenta que los transmisarios no reciben una delación originaria para la primera herencia con la apertura de la segunda sucesión (del transmitente), sino que reciben derivativamente, a través de la herencia del transmitente, la misma delación, para la herencia del primer causante, de que aquel segundo causante era titular, en el momento de su fallecimiento.”¹²¹

El autor se posiciona a favor de la tesis moderna al decir que los transmisarios “si haciendo uso positivo de esa delación de que son titulares originarios, aceptan la herencia del transmitente, (...) al adquirir el conjunto de titularidades integradas en la segunda herencia, se convierten también en titulares derivativos de la delación para la primera herencia, delación que había adquirido originariamente el transmitente y que subsiste en su herencia al abrirse su sucesión: los transmisarios se convierten, pues, en adquirentes sucesivos del *ius delationis* del llamado-transmitente para la primera sucesión y vienen, por ello, a ocupar, respecto a la herencia del primer causante, la misma posición (de llamado) que tenía su propio causante-transmitente. Por lo que, si ejercen positivamente tal delación heredada, aceptando la primera herencia (...) se convierten –además de ser herederos del transmitente– en herederos del primer causante.”¹²²

Este argumento parte de una premisa correcta: existen dos sucesiones y dos *ius delationis*. De un lado, la sucesión del causante originario al transmitente con el *ius delationis* que permite aceptarla, y que es el objeto del artículo 1006 del Código Civil, el que se transmite. De otro lado, la sucesión del transmitente al transmisario y el *ius delationis* que permite aceptarla, y que no nos interesa a efectos del *ius transmissionis* puesto que el *ius delationis* que lo protagoniza es el de la primera de las sucesiones.

En opinión del autor citado, partiendo de que en la tesis moderna el transmisario, una vez acepta la herencia del transmitente y adquiere el *ius delationis* sobre la herencia del causante originario, si lo ejercita positivamente, sucede directamente al causante originario y se produce una adquisición directa de su herencia, relaciona dicha conclusión con el argumento señalado anteriormente de que el transmitente no puede heredar al causante porque no acepta su herencia. Al adquirir el transmisario el *ius delationis* sobre la herencia del causante originario, si lo ejercita positivamente, está aceptando personalmente su herencia, y no podría ser heredero en ella el transmitente, que no la ha aceptado. En definitiva, sería el razonamiento general que propugnan estos autores: no puede suceder al causante originario el transmitente porque no acepta su herencia.

Se considera en definitiva que el transmisario ha adquirido el *ius delationis* sobre la herencia del causante originario, pero que dicho *ius delationis* ya no es un derecho ligado a la personalidad del transmitente, y que por ello, si el transmisario

¹²¹ JORDANO FRAGA, F., *La sucesión en el “ius delationis”...*, op.cit., p. 298.

¹²² JORDANO FRAGA, F., *La sucesión en el “ius delationis”...*, op.cit., p. 316.

titular del mismo lo ejercita positivamente, hereda directamente a dicho causante originario, como aceptante de su herencia, y ello a pesar de no haber sido llamado directamente, puesto que como afirma ALBALADEJO, “heredero es el que sucede a título universal, aunque tal derecho a la sucesión no lo tenga por ser llamado a ella, sino por haberlo adquirido del llamado”.¹²³

Junto a ALBALADEJO, otro importante precursor de la tesis moderna es DE LA CÁMARA. En su opinión, “cuando actúa el *ius transmissionis* se sucede (aunque la cuestión es controvertida) al causante y no al titular del *ius delationis*, pero esta sucesión se opera gracias a que en la herencia de aquél figura como un elemento más el derecho de transmisión (es decir, el de aceptar o repudiar la herencia a que ha sido llamado el segundo causante). Por eso, el heredero del titular del *ius delationis* sólo puede acceder a la herencia del causante si a su vez acepta la herencia del transmitente, al revés de lo que ocurre en el caso del derecho de representación, pues este derecho no se pierde por el hecho de haber renunciado a la herencia de la persona a la que se representa (art. 928 del Código Civil). Esto, no obstante, es decir, aunque se sostenga que hay una sola transmisión, parece que el importe de la primera herencia debe adicionarse al de la segunda, lo cual es importante a efectos de la legítima y porción libre.”¹²⁴

La opinión del citado autor, como la del resto de partidarios de la tesis moderna, es la de que el transmisario adquiere el *ius delationis* del transmitente, pero sucede al ejercitarlo al causante originario. El autor añade la novedad de contraponer derecho de transmisión y derecho de representación, cuestión que a nuestro juicio, y *a priori*, no podemos considerar acertado, puesto que esta última es una institución que, en principio y según los presupuestos clásicos, opera entre otros en casos de premoriencia, mientras que el derecho de transmisión opera sólo en caso de postmoriencia, por lo que es un razonamiento que no nos parece útil para defender la tesis moderna.

Refiriéndose también a los conceptos de vocación y delación, sostiene finalmente RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA que “es perfectamente compatible afirmar que el llamamiento al transmisario es derivativo del que en su momento fue efectuado al transmitente de un lado, y que, una vez que ese transmisario acepta la herencia del primer causante, deviene, *recta via*, heredero suyo de otro lado.”¹²⁵

En definitiva, como hemos visto, los conceptos de vocación y delación se utilizan tanto por partidarios de la tesis clásica como por partidarios de la tesis moderna para defender una y otra posición.

Sobre la vocación y delación, y la influencia de estos conceptos en el derecho de transmisión, concluye GARCÍA GARCÍA diciendo que su aplicación favorece la tesis clásica, al considerar que “la formulación adecuada de la teoría clásica ha de consistir en tomar como referencia la vocación y delación del transmitente respecto al primer causante, que no se transmite ni se extingue con su muerte, sino que se transmite el mismo derecho derivado de ellas que tenía el transmitente. Esto significa

¹²³ ALBALADEJO, M., “La sucesión *iure transmissionis*”..., *op.cit.*, p. 955.

¹²⁴ DE LA CÁMARA, M., *Compendio de Derecho Sucesorio*..., *op.cit.*, p. 34.

¹²⁵ RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, P., “Un intento de superar...”, *op.cit.*, p. 5.

que, al ejercitar el transmisario positivamente el *ius delationis*, no está ejercitando un derecho propio, sino el derecho derivado de la vocación y delación del transmitente, y en consecuencia, el destino de los bienes de la herencia del primer causante ha de ser la integración en la masa hereditaria del transmitente, que es el que tiene vocación y delación respecto al primer causante, para desde allí pasar al patrimonio del transmisario.”¹²⁶

Como corolario, el mismo autor rechaza en base a este argumento la tesis moderna, considerando que “si respecto al primer causante sólo tiene vocación el transmitente y no el transmisario, y la vocación no se transmite, sino únicamente el derecho derivado de ella y de la delación, no se explica técnicamente que el transmisario llegue a ser heredero directo del primer causante, pues mal puede suceder quien no tiene vocación, que es uno de los presupuestos de toda adquisición hereditaria.

La explicación tiene que ser diferente: el transmitente tiene vocación respecto a la herencia del primer causante, y el transmisario ejercita el derecho derivado de esa vocación del transmitente. Luego si la vocación es la propia del transmitente, no puede dar lugar a que los bienes respecto a los que se ejercita el *ius delationis* pasen o hagan tránsito a un patrimonio distinto del sujeto que tiene la vocación y que no ha sido objeto de transmisión.”¹²⁷

3.2.3.6. Llamamiento legal

Hemos visto que son minoría los autores tradicionales que se posicionen a favor de la tesis moderna. Sin embargo, esta tesis ha encontrado un mayor predicamento entre la doctrina reciente.

Entre ellos, GOMÁ SALCEDO, que opina que “para poder aceptar o repudiar la herencia del causante es preciso antes aceptar la del primer llamado, pero, una vez hecho esto, y aceptada después, por ejercicio del *ius adeundi* ínsita en esta segunda herencia, la del causante, a quien se sucede es a éste y no al primer llamado.”¹²⁸

Los autores más modernos tienen la virtud de utilizar argumentos en cierto modo novedosos. Sostienen que el transmisario, en el momento en que recibe el *ius delationis* de la herencia del transmitente, se convierte en llamado del causante originario. Observamos aquí ya algo que no veíamos en la doctrina anterior: se considera que por virtud del *ius transmissionis* se produce un llamamiento *ex lege* al transmisario sobre la herencia del causante originario.

En este sentido, HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, partiendo de una premisa común a ambas teorías, opta por la tesis moderna, diciendo que “lo que encuentra el transmisario en la herencia del transmitente no es la herencia del primer causante, sino sólo el derecho a ella. El transmisario, pues, como un *prius* lógico, tiene que hacerse heredero del transmitente, el cual es su causante próximo, y a continuación, podrá ejercitar la alternativa de adir o repudiar la herencia del causante del transmitente. Si la acepta, y aunque no todos los autores están de acuerdo, el

¹²⁶ GARCÍA GARCÍA, J.M., *La sucesión por derecho de transmisión*, op.cit., p. 292.

¹²⁷ GARCÍA GARCÍA, J.M., *La sucesión por derecho de transmisión*, op.cit., p. 294.

¹²⁸ GOMÁ SALCEDO, J.E., *Instituciones de Derecho Civil...*, op.cit., p. 1.203.

transmisario se hace también heredero directo del primer causante, que ya ahora es causante suyo y no del transmitente. Hay, pues, dos herencias y dos delaciones, aunque el *ius delationis* de la primera está ínsito en el de la segunda.”¹²⁹

Podría sostenerse que la tesis que mantiene el autor se centra en que el llamado a la herencia del causante originario es el que en cada momento ostente en su patrimonio el *ius delationis* sobre su herencia. En un primer momento, lo es el transmitente, pero al fallecer sin ejercitarlo y pasar el derecho al transmisario, él es el llamado a la herencia del causante originario. El *ius delationis* conllevaría así la cualidad de llamado directamente a la sucesión del causante originario, cualidad que tendría cierto carácter dinámico, al ser llamado primero el transmitente y luego el transmisario. El sujeto que llegue a ejercitar dicho *ius delationis* en sentido positivo, aceptando, se convierte en su sucesor con carácter retroactivo, desde el fallecimiento del causante originario, conforme al artículo 989 del Código Civil.

Por tanto, según este argumento, tanto transmitente como transmisario son en algún momento llamados, pero heredero sólo lo es el último al aceptar la herencia del causante originario. En resumen: el transmisario, al ejercitar el *ius delationis* sobre la herencia del transmitente, adquiere el *ius delationis* sobre la herencia del causante originario, que estaba en el patrimonio de aquel; y al ejercitarlo aceptando, se convierte en heredero directo del causante originario.

Se operaría una especie de llamamiento legal, pues el causante originario llama al transmitente, pero si se produce la *conditio iure* de su fallecimiento sin ejercicio del *ius delationis*, se opera el segundo llamamiento al transmisario, y si éste lo ejercita positivamente, se convierte en heredero.

Existen dos herencias, dos delaciones, y según esta tesis una adquisición directa de la herencia del causante originario por el transmisario. El transmitente no hereda al causante originario, por no aceptar, y no recibe nada de su patrimonio, salvo el *ius delationis*, que se confiere directamente por el llamamiento, y que, por no ejercitarse, se transfiere, *ius transmissionis*, al transmisario, que sí lo ejercita y por ello sucede directamente al causante.

Este argumento del llamamiento legal consistente en que el llamamiento que corresponde al transmisario no es derivativo, sino que es directamente llamado por la ley por morir el transmitente sin haber aceptado ni repudiado, es explicado por HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS del modo siguiente: “Suscribimos la tesis de ALBALADEJO, en cuanto que el transmisario es heredero del primer causante, pero matizándola en el sentido de que, como ya hemos dicho, el *ius delationis* no pasa a través de la herencia del transmitente sino directamente, por ministerio de la ley, considerando en esta dirección más certera la fina tesis jurídica de NICOLO de que la delación comprende también virtualmente a los herederos del llamado, a quienes la ley llama originariamente.

Es significativo el esfuerzo que hace LACRUZ para explicar la transmisión de la primera herencia recurriendo a la figura del heredero *post-mortem* para concluir que

¹²⁹ HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, G., “La transmisión del *ius delationis*” en *Homenaje...op.cit.* p. 468.

el transmitente es el heredero del primer causante. Pensamos que LACRUZ llega a esta conclusión por la dificultad que ve en la transmisión del *ius adeundi*, ya que, como él mismo dice, la vocación está incorporada a la esfera personal del primer llamado y no puede desvincularse jamás de ella. Pero esto es en cierto modo equiparar la cualidad de llamado con la cualidad de heredero; cierto que ambas cualidades están vinculadas a la esfera personal, pero mientras que la cualidad de heredero no puede jamás separarse del sucesor, pues una vez se es heredero ya nunca se podrá dejar de serlo, la cualidad de llamado en cambio, aunque ligada a la personalidad, es eventual, pues se pierde por repudiación (y la ley llamará al sustituto, etc.) o por fallecer sin haber aceptado (y entonces llama al heredero). Por ello, la delación del transmisario es originaria suya y es distinta de la del transmitente. La delación del transmitente no se *desincorpora*, sino que muere con él y de la ley brota la nueva delación del transmisario.

Por otra parte, y eso es decisivo, sólo siendo heredero el transmisario se explica que su aceptación se retrotraiga a la fecha de la muerte del primer causante, o sea, más allá de la muerte del transmitente, lo que sería imposible si el transmisario sólo heredara a éste. Esta retroacción de efectos hasta la muerte del primer causante prueba que éste es la persona a quien directamente hereda el transmisario.”¹³⁰

Vemos así como la doctrina reciente trata de fortalecer la tesis moderna en base a argumentos novedosos: sostiene el citado autor su posición basándose en que la vocación o llamamiento al transmitente se desintegra al fallecer sin ejercitar el *ius delationis*, creándose una nueva vocación a favor del transmisario, que es original, diferente a la anterior, y que le permite ejercitar el *ius delationis* integrado en ella para suceder, recta vía, al causante originario.

Se trata de una argumentación clara, en nuestra opinión, y que fortalece la tesis moderna con argumentos de Derecho sustantivo, al basarse en la diferencia entre vocación y delación, que ya veíamos es utilizada tanto por los partidarios de una tesis como por los de la otra. No obstante, esta posición no está exenta de críticas, pues podría atacarse por incongruente con la literalidad de la ley, que dice “pasará el mismo derecho”; y no establece en ningún caso que “se llamará” al transmisario, por lo que no puede deducirse del precepto legal esta nueva vocación, aunque sí que pueda sostenerse por argumentos lógicos, en opinión del autor.

3.2.3.7. Contraposición a la tesis clásica

Como hemos observado, la doctrina más reciente trata de promocionar argumentos novedosos a favor de la tesis moderna, pero también recurren, como la doctrina clásica, a argumentos a contrario; tratando de rebatir los pivotes de la tesis clásica.

HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS explica la tesis clásica, pero toma partido por la tesis moderna, al señalar que “según la tesis dominante, subsiste la primera delación y el *ius delationis* que nació del primer llamamiento, con la muerte de su

¹³⁰ HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, G., “La transmisión del *ius delationis*” en *Homenaje...* op.cit. p. 485.

titular se transmite a sus sucesores, por lo que sólo cambia el sujeto que puede adquirir la herencia, una sola vez deferida, siendo el derecho a ella el mismo que tenía su transmitente.

Pero creemos que esta explicación del *ius transmissionis* no encaja perfectamente con la genuina naturaleza del *ius delationis*, ya que éste es un derecho personalísimo y de carácter extrapatrimonial.”¹³¹

De este modo, basándose en la naturaleza del *ius delationis*, rechaza HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS la tesis clásica, y dice que “no estamos de acuerdo con la posición de LACRUZ, cuyos argumentos no encajan bien con la naturaleza del derecho de transmisión, que institucionalmente postula sucesión verdadera del causante primero, y así ha de ser, ya que de lo contrario dicho causante quedaría privado de sucesor, pues el transmitente nunca lo fue, por no haber aceptado (la aceptación en nuestro sistema es indispensable), ni lo podrá ser ya, por haber fallecido, no siendo posible ser heredero post-mortem (sólo puede aceptar el vivo, siendo la aceptación un acto enteramente voluntario y libre), ni por representación (no se puede representar a un difunto).”¹³²

El autor utiliza por tanto, otra vez, el argumento central consistente en que el transmitente no puede heredar al causante originario por no haber aceptado su herencia y porque no es posible ser heredero post-mortem.

Entendemos que este reiterado argumento no es decisivo. Lógicamente, si se sigue la tesis moderna, se afirma que el transmitente no puede heredar al causante originario, pero ello es una consecuencia de la misma, y por tanto no creemos que pueda utilizarse también como causa o razonamiento de su elección.

Además, es fácilmente rebatible por los partidarios de la tesis clásica, que consideran que el transmitente sí acepta la herencia del causante originario, pero no lo hace personalmente, sino a través del transmisario que es continuador de su personalidad jurídica, y que al aceptar la herencia del transmitente, siendo él, mediante la retroacción de efectos de la aceptación, acepta la herencia del causante originario en el momento de su muerte.

Respecto al razonamiento de que no se pueda ser heredero post mortem, es de justicia señalar que realmente los partidarios de la tesis clásica no afirman lo contrario, sino que justifican el mecanismo mediante la retroactividad de la aceptación. Afirman que, al ejercitar el transmisario el *ius delationis*, hace al transmitente heredero del causante originario desde el momento de su muerte, y en ese instante el transmitente estaba vivo, le sobrevive y por tanto puede heredarle, aunque la aceptación la realiza a través del transmisario.

Respecto al argumento de la retroacción de la aceptación, como hemos dicho, no es exclusivo de la tesis de la adquisición directa, puesto que también los partidarios de la tesis clásica lo utilizan, pues consideran que la aceptación del transmisario produce retroacción de efectos, haciendo al transmitente heredero del causante

¹³¹ HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, G., “La transmisión del *ius delationis*” en *Homenaje...op.cit.* p. 469.

¹³² HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, G., “La transmisión del *ius delationis*” en *Homenaje...op.cit.* p. 484.

originario en el momento de su muerte; y al transmisario heredero del transmitente en el momento de la muerte de este.

Algunos autores partidarios de la tesis moderna tratan de justificar su posición diciendo que en la tesis clásica no podía operar la retroacción de la aceptación del transmisario a la muerte del causante originario. Pero reiteramos que los autores clásicos no lo pretenden. Su tesis se denomina también “de la doble transmisión” porque entienden que se producen dos sucesiones y dos retroacciones de efectos: al aceptar el transmisario la herencia del transmitente, como en cualquier herencia, por el artículo 989 del Código Civil, se entiende aceptada a la fecha de la muerte del transmitente. Y al ejercitar el *ius delationis*, convierte al transmitente en heredero del causante originario, y ello se retrotrae, por el mismo precepto legal, a la fecha de su muerte.

En definitiva, observamos que la tesis moderna, por ser una tesis más reciente, tiene una construcción argumental algo menos elaborada que la tesis clásica, y fundamenta su posición casi únicamente en la consideración de que el *ius delationis* que recibe el transmisario es un derecho a suceder al causante y que su ejercicio le hace sucederle directamente, no pudiendo en ningún caso el transmitente suceder al causante por no haber aceptado su herencia.

3.2.4. Recapitulación

En esta parte del trabajo hemos analizado de modo lineal las corrientes doctrinales que sustentan las tesis clásica y moderna del derecho de transmisión.

Unos y otros tratan de justificar su posición utilizando diversos razonamientos. Los autores tradicionales lo hacen en cierto modo contraponiendo sus argumentos; y así hemos estudiado cómo entre los partidarios de la tesis moderna son recurrentes los argumentos a contrario, que pretenden antes derruir los razonamientos de la tesis clásica que construir los de la tesis moderna.

Se observa sin embargo que entre los autores más recientes se trata también de encontrar razones sustantivas que de algún modo sean novedosas.

Intuimos así que la búsqueda de un elemento diferenciador que por fin pueda solucionar la dicotomía es una constante en la doctrina sin que, a la vista de la evolución histórica, se haya encontrado aún un concepto que permita poner término a la discusión doctrinal.

Ello no hace sino probar la dificultad del problema jurídico que tratamos puesto que pone en evidencia que, tras muchos años de discusión entre los autores, no se ha llegado a un punto de acuerdo que sea pacífico en la doctrina.

Es esta dificultad la que da valor al presente trabajo en el que tratamos de adoptar una posición novedosa respecto del derecho de transmisión.

La doctrina estudiada nos es de gran utilidad por proporcionarnos un sinfín de argumentos y contraargumentos. Sin embargo, no es definitiva porque no nos permite alcanzar un resultado óptimo.

Por ello debemos estudiar la que, junto a la historia y la doctrina, es la más importante de las fuentes de la investigación jurídica: la jurisprudencia. Ésta, cuyo carácter de fuente del derecho se discute por el tenor del artículo 1 del Código Civil, es sin embargo absolutamente esencial en la investigación del Derecho.

Más, si cabe, en nuestro caso, puesto que ha sido precisamente la jurisprudencia la que ha señalado en el curso de los años cuál es la corriente imperante en cada momento histórico respecto al *ius transmissionis*.

3.2.5. Evolución jurisprudencial

3.2.5.1. Introducción

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo se observa una evolución semejante a la que acontece en la doctrina, no porque aquella siga a ésta, sino porque la jurisprudencia es la que ha determinado en la práctica, en cada momento, cuál es la tesis a seguir. Así, a la vista de las sentencias los autores han ido posicionándose en favor de una u otra tesis, y ello se observa con mayor nitidez en la evolución jurisprudencial de los últimos años.

El Tribunal Supremo fue originariamente partidario de la tesis clásica pero recientemente dio un giro radical que removió los cimientos del clásico problema del derecho de transmisión, poniéndolo de la más absoluta actualidad.

Dejando claro de antemano que no la consideramos verdadera jurisprudencia, sí tendremos en cuenta las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, hoy denominada Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. Su carácter doctrinal y su precisión técnica han logrado que tenga gran influencia en el Derecho privado, hasta el punto de guiar en ocasiones la jurisprudencia de los tribunales.

Por todo ello, en este punto, estudiaremos conjuntamente las sentencias del Tribunal Supremo y las resoluciones de la Dirección General, tratando de encontrar en su carácter eminentemente práctico argumentos que nos conduzcan a una visión diferente de nuestro problema jurídico.

A diferencia del estudio doctrinal realizado anteriormente, ahora nos centraremos en el aspecto práctico, pues las construcciones teóricas carecerían de sentido si no se orientaran a resolver problemas de la realidad diaria.

3.2.5.2. Etapa clásica

Desde la publicación del Código Civil por Real Decreto de 24 de Julio de 1889, se dictaron algunas sentencias que tangencialmente trataban el derecho de transmisión, como las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de Mayo y de 10 de Diciembre de 1897, que señalaban que la repudiación de una herencia no puede presumirse, aunque transcurra algún tiempo y muera el heredero sin manifestar su voluntad, por lo que los herederos de ese heredero pueden en su nombre aceptarla.

Pero hubo que esperar casi setenta y cinco años hasta la publicación de la primera sentencia que opta patentemente por una de las dos tesis del derecho de transmisión: la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Mayo de 1963 (ROJ 995/1963).

En ella, se plantea la cuestión de la sucesión testamentaria de Doña Estíbaliz, cuya partición se efectúa por el contador partidor (Don Miguel Ángel) sin intervenir en ella los herederos nombrados (Don Alonso y Doña Carla), adjudicando a uno de ellos (Don Alonso) los derechos que la causante tenía en la sucesión de su madre (Doña Magdalena) y de un hermano (Don Jesús María); e interviniendo posteriormente Don Alonso en dichas particiones hereditarias manifestando ser adjudicatario de dichos derechos.

El Juzgado de Primera Instancia declaró nulas las particiones de la herencia de Doña Estíbaliz y la de las herencias de Doña Magdalena y Don Jesús María, y la Audiencia resolvió el recurso de apelación declarando rescindible la partición de la herencia de Doña Estíbaliz.

Se interpuso recurso de casación, entre otros motivos, y en lo que aquí interesa, porque al fallecer Doña Estíbaliz sin aceptar ni repudiar las herencias de su madre Doña Magdalena y su hermano Don Jesús María, sus derechos sobre dichas herencias debían transmitirse a ambos herederos, Don Alonso y Doña Carla, no admitiendo el demandante que el contador partidor pudiera atribuir dichos *ius delationis* únicamente a Don Alonso por ser derechos que no estaban perfectamente delimitados.

El Tribunal Supremo, en el considerando séptimo, simplemente señala que los transmisarios (Doña Carla y Don Alonso) ocupan el lugar de la transmitente (Doña Estíbaliz) y por tanto deben intervenir en la partición de la herencia del causante originario (respectivamente, la madre y el hermano de Doña Estíbaliz) para determinar los derechos que a ella (Doña Estíbaliz) correspondían en dichas herencias.

Como vemos, la sentencia no trata en profundidad la cuestión, pero sí que opta de forma tajante por la tesis clásica, al señalar que el transmisario ocupa el lugar del transmitente, y que debe intervenir en la partición del causante hereditario para determinar los derechos que en dicha herencia corresponden al transmitente.

Por tanto, reconoce que es el transmitente quien sucede al causante originario mediante la aceptación de la herencia por el transmisario, por decir que es al transmitente a quien corresponden determinados derechos sobre la herencia del causante originario.

Desde la publicación del Código Civil, la jurisprudencia ha sido casi unánime en su opción por la tesis clásica, y ello se observa tanto en el Tribunal Supremo como en las Audiencias. No desarrollaremos por tanto esta fase citando sentencias, por ser pacífico el posicionamiento en favor de la tesis clásica. Son muy pocos los casos en los que se ha optado por la tesis moderna, como es el supuesto de la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 17 de Septiembre de 2010.

La Dirección General de Registros y Notariado también ha sido constante en su posicionamiento a favor de la tesis clásica. No podemos deducirlo claramente de la resolución de 20 de Septiembre de 1967; pero sí de la de 23 de Junio de 1986, en la que se señala expresamente que el transmisario que acepta la herencia del transmitente encuentra en ella el *ius delationis* que le permite aceptar la herencia del causante originario, y si así lo hace, se engloban en la herencia del transmitente los bienes integrantes del caudal relicto del causante originario.

El Centro Directivo establece que el transmisario que acepta *se encuentra respecto de la sucesión del causante originario en la misma posición en que se hubiere encontrado el transmitente*, de modo que, si acepta, la masa patrimonial del causante se integra en la herencia del transmitente, pero si repudia, no se integra.

Además, la resolución plantea si cabe incluir, a efectos de cómputo de legítimas, en la herencia del transmitente el valor del *ius delationis*, aunque después se repudie la herencia del causante en su ejercicio por el transmisario.

Pero lo que importa a los efectos que aquí se estudian es que esta resolución opta decididamente por la tesis clásica al señalar que en caso de ejercicio positivo del *ius delationis*, el caudal relicto del causante originario se integra en el caudal relicto del transmitente, y ello acontece porque es el transmitente el que sucede al causante originario, recibiendo finalmente el transmisario el patrimonio hereditario total, como sucesor del transmitente.

También en la resolución de 22 de Octubre de 1999 se toma partido por la tesis clásica, al considerar que el usufructo del viudo del transmitente recae sobre todos los bienes de la herencia del causante originario, como consecuencia de que dicho caudal hereditario se integre en el caudal hereditario del transmitente, por señalar que entre los bienes sobre los que recae su legítima *han de ser incluidos los que el transmisario haya adquirido como heredero del transmitente en la herencia del primer causante*.

3.2.5.3. Giro jurisprudencial: Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Septiembre de 2013

3.2.5.3.1. Supuesto de hecho

La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Septiembre de 2013 es una de esos fallos jurisprudenciales cuya importancia en el Derecho privado es tal que será recordada por los juristas durante décadas al estudiar la institución del derecho de transmisión.

El supuesto de hecho de la misma es el siguiente: fallece Doña Cristina bajo testamento en el que además de ordenar legados en favor de una parroquia y de un asilo, nombraba herederos a sus hermanos, uno de los cuales, Don Julio, falleció posteriormente sin llegar a aceptar ni repudiar su herencia, dejando a su vez esposa e hijos. Los herederos designaron un contador partidor que hizo el cuaderno particional, al que se opuso uno de ellos, llamado Don Carmelo, por considerar que el mismo no mencionaba individualmente a los herederos de Don Julio con su cuota concreta.

El Juzgado de primera instancia desestimó la oposición formulada entendiendo que, en aplicación del artículo 1006 del Código Civil, no cabe realizar una individualización concreta de la parte que le corresponde a cada uno de los herederos del transmitente, toda vez que no se conoce quiénes son, dado que primero dichos transmisarios deben aceptar la herencia del transmitente, adquiriendo la condición de herederos de éste y, consecuentemente se posicionarán en los derechos y obligaciones del primer fallecido, convirtiéndose en herederos del causante originario.

Recurrió en apelación Don Carmelo por considerar que los transmisarios deben participar en la partición del causante originario en base a la retroacción de efectos de la aceptación de herencia del artículo 989 del Código Civil; pero la Audiencia desestimó el recurso, considerando que la clave de la cuestión radica en la

interpretación del artículo 1.006 del Código Civil, analizando previamente las dos posiciones que sobre su interpretación y alcance predominan: la teoría moderna de la adquisición directa o de la doble capacidad, defensora de que los bienes pasan directamente del primer causante al transmisario, cuando éste ejercita positivamente el *ius delationis*; y, la teoría clásica, conforme a la cual, existen dos movimientos o pasos de los bienes: uno primero desde el primer causante a la masa hereditaria del segundo causante y otro segundo, desde esa masa hereditaria del transmitente al transmisario que acepta las dos herencias.

Destaca la Audiencia que es mayoritaria la teoría clásica o de la doble transmisión en la jurisprudencia, y considera que, al ser más adecuada la teoría de la doble transmisión, el cuaderno particional es correcto y no cabe realizar una individualización concreta de la parte que le corresponde a cada uno de los herederos del transmitente en la herencia de su hermana, pues el derecho del citado transmitente en la herencia de la misma formará, a su vez, parte de su propia herencia en la que sí se individualizará entre los transmisarios, que le suceden a él y no al causante originario.

3.2.5.3.2. Fundamentación jurídica

El Tribunal Supremo introduce el tema de la *litis* en su fundamento jurídico primero diciendo: *El presente caso plantea como cuestión de fondo, de índole doctrinal y sustantiva, la fundamentación correcta a la situación producida en un procedimiento de división de la herencia en el que uno de los herederos, llamado a suceder, fallece antes de aceptar o repudiar la herencia, pasando a sus propios herederos el derecho que él tenía (...). Esta cuestión ha sido ampliamente debatida por la Doctrina científica dando lugar a la existencia de dos corrientes doctrinales: la denominada "teoría clásica" o "de la doble transmisión", según la cual en la sucesión por derecho de transmisión existen dos movimientos o pasos de los bienes, un primero desde el primer causante a la masa hereditaria del heredero transmitente y otro segundo, desde la masa hereditaria del citado transmitente al heredero transmisario que acepta las dos herencias; y la "teoría moderna", de la adquisición directa o de la doble capacidad, según la cual los bienes pasan directamente del primer causante al heredero transmisario cuando éste ejercita positivamente el denominado *ius delationis* (derecho a aceptar o repudiar la herencia).*

Hasta este punto, el Tribunal Supremo tan sólo resume en unas líneas cuáles son las dos teorías contrapuestas acerca del derecho de transmisión, pero no parece decantarse por ninguna de ellas.

Sin embargo, a partir de aquí, la sentencia contiene dos párrafos premonitorios de lo que después va a suceder. Todo ello en su fundamento jurídico segundo. El Tribunal comienza determinando la naturaleza de la institución, considerando que *el derecho de transmisión que contempla el citado precepto (ius transmissionis) refiere, sustancialmente, la cualidad del *ius delationis* de poder ser objeto de transmisión, esto es, la aplicación ex lege de un efecto transmisivo en la adquisición de la herencia por el que el derecho a aceptar o repudiar la herencia que tenía el heredero transmitente, que fallece sin ejercitarlo, pasa a sus propios herederos,*

denominados en este proceso como herederos transmisarios. De esta forma, fuera de la mencionada cualidad el derecho de transmisión, en sí mismo considerado, ni configura ni altera la naturaleza y caracterización del ius delationis, verdadera cuestión de fondo del caso planteado. Por lo demás, la transmisibilidad de la delación hereditaria debe enmarcarse en la progresiva flexibilización del rigorismo de la tradición romanística, que no admitía la transmisión de la cualidad de heredero (...).

Vemos en este punto que el Tribunal profundiza en la naturaleza de la institución y resalta, en su opinión, el carácter consustancialmente transmisible del *ius delationis*, señalando que el derecho de transmisión es un supuesto imperativo de su transmisibilidad en determinadas condiciones, pero partiendo de que la naturaleza del *ius delationis* no resulta alterada por la institución del *ius transmissionis*.

Pero lo importante es que ya se señala que la solución a la dicotomía entre las dos tesis depende del funcionamiento del *ius delationis*, afirmando a su vez que su transmisibilidad ha ido flexibilizándose con el paso del tiempo en los diferentes ordenamientos jurídicos.

A continuación, la sentencia se apoya en los precedentes del Código Civil para afirmar que *el ius delationis, que subsiste como tal, sin pérdida de su esencia o de sus caracteres en el curso de dicho fenómeno sucesorio.*

En estos últimos párrafos ya se deja entrever el camino que va a tomar la argumentación de la sentencia.

Cuando el Tribunal incide en la invariabilidad de la naturaleza del *ius delationis* a pesar de su transmisión, ya apunta que dicho derecho de aceptar o repudiar la herencia del causante originario es el mismo, ya esté en la esfera patrimonial del transmitente o en la del transmisario, y por ello sus efectos deben ser los mismos lo ejercite el llamado o su heredero por haber fallecido, con la inevitable conclusión de que, ya suceda el llamado heredero, ya el heredero de éste por derecho de transmisión, ambos suceden al causante originario por la identidad del *ius delationis* utilizado.

3.2.5.3.3. Doctrina jurisprudencial

Y así llega el juzgador al punto esencial de su argumentación, en el que se opera el cambio jurisprudencial en esta materia, y que por su vital importancia en este trabajo transcribimos.

Dice así: *Del contexto interpretativo realizado debe concluirse, como fijación de la Doctrina jurisprudencial aplicable a la cuestión debatida, que el denominado derecho de transmisión previsto en el artículo 1006 del Código Civil no constituye, en ningún caso, una nueva delación hereditaria o fraccionamiento del ius delationis en curso de la herencia del causante que subsistiendo como tal, inalterado en su esencia y caracterización, transita o pasa al heredero trasmisario. No hay, por tanto, una doble transmisión sucesoria o sucesión propiamente dicha en el ius delationis, sino un mero efecto transmisivo del derecho o del poder de configuración jurídica como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia que ex lege ostentan los herederos transmisarios;*

todo ello, dentro de la unidad orgánica y funcional del fenómeno sucesorio del causante de la herencia, de forma que aceptando la herencia del heredero transmitente, y ejercitando el ius delationis integrado en la misma, los herederos transmisarios sucederán directamente al causante de la herencia y en otra distinta sucesión al fallecido heredero transmitente.

La inalterabilidad del ius delationis, junto con la debida diferenciación de los procesos sucesorios en liza, determina, a su vez, que los derechos hereditarios de los herederos transmisarios se ejerciten plenamente conforme a la sucesión del causante de la herencia, ya testamentariamente o bien de forma intestada, quedando comprendidas en dicha ejecución sucesoria la concreción e individualización propia de las operaciones particionales cuando estas tengan lugar; sin que dicha ejecución venga condicionada por las disposiciones que deban seguirse respecto de la sucesión o partición de la herencia del heredero transmitente.

Esta misma razón de inalterabilidad o subsistencia del ius delationis hace que cumplidos ya los requisitos de capacidad sucesoria por el heredero transmitente y, por tanto, la posibilidad de transmisión del ius delationis, la capacidad sucesoria de los herederos transmisarios en la herencia del causante deba ser apreciada cuando éstos acepten la herencia del fallecido heredero transmitente.

La argumentación que en estos párrafos contiene la sentencia merece ser estudiada detenidamente, y lo haremos diferenciando dos partes esenciales, la primera contenida en el primer párrafo; y la segunda en los siguientes.

Comienza diciendo que el *ius delationis*, en el derecho de transmisión, se mantiene inalterado, sin fraccionarse. Parece querer dar a entender que en la tesis clásica sí se fracciona por existir un *ius delationis* que tiene el llamado para aceptar la herencia del causante, que después se desgaja, se fracciona, se convierte, al fallecer el llamado, para pasar al transmisario.

No consideramos que esto sea lo que propugnan los autores partidarios de la tesis clásica, sino que sostienen que el mismo *ius delationis* que tenía el transmitente para aceptar la herencia del causante es el que después tiene el transmisario, ocupando su lugar. Es decir, la tesis clásica sostiene que el transmisario, cuando acepta la herencia del transmitente, encuentra en ella un derecho que por no haber sido utilizado no se ha extinguido ni que tampoco se desgaja, y este derecho no es otro que el *ius delationis*, que permite al transmisario hacer al transmitente heredero del causante originario.

No hay por tanto una delación hereditaria artificiosa. Hay dos delaciones totalmente naturales: la del causante originario al transmitente y la del transmitente al transmisario. Pero la primera se perfecciona después de la segunda, y por el mecanismo de la retroactividad de la aceptación, si el *ius delationis* se ejercita positivamente, el transmitente habrá heredado al causante originario en el mismo momento de la muerte de éste.

No podemos compartir la argumentación del Tribunal Supremo. Precisamente se crea artificiosamente una delación cuando se sigue la tesis de adquisición directa, puesto que nada unía al causante originario y al transmisario.

Consideramos enrevesado el razonamiento del Tribunal cuando establece que no hay una nueva delación sino un “efecto transmisivo del poder de configuración jurídica como un presupuesto necesario para justificar la legitimación del transmisario para aceptar la herencia del causante originario, dentro de la unidad del fenómeno sucesorio”.

Con esta frase parece que el Tribunal trata de justificar su opción por la tesis moderna utilizando como argumento la propia tesis moderna; al dar a entender que la finalidad de su argumentación es justificar que el transmisario suceda al causante originario, y que el único camino para ello es considerar el derecho de transmisión como el “efecto transmisivo del poder de configuración jurídica”, con la finalidad de sustentar la legitimación de los transmisarios para suceder a un causante originario con el que no tienen un vínculo creado por un llamamiento testamentario o abintestato.

Resulta así forzado el argumento, en cuanto a que parte de una conclusión no razonada para organizar la premisa con la que alcanzarla: ve necesario legitimar al transmisario para suceder al causante originario y crea el argumento de la transmisión de un poder inalterado para justificarse.

No consideramos que la pretendida unidad del fenómeno sucesorio sea un argumento de peso, puesto que dicha unidad no es necesaria. El Tribunal Supremo pretende alcanzar una unidad, no en cada sucesión de las comprendidas en el supuesto, sino en el conjunto. Se trata de un argumento fácilmente rebatible por los partidarios de la tesis clásica, que pueden decir que no existe tal unidad, sino dos sucesiones separadas, la del causante al transmitente, y la del transmitente al transmisario; y que en la primera de ellas los derechos del transmitente son ejercitados por el continuador de su personalidad jurídica, que no es otro que el transmisario. Ello no implica fraccionar el *ius delationis*, sino cumplir con lo previsto legalmente, y que éste pase del transmitente al transmisario, el cual lo ejercita representando a su causante, según afirman los partidarios de la tesis clásica.

La segunda parte de la argumentación del Tribunal Supremo se contiene en los últimos dos párrafos transcritos. Llama la atención que se señale que los derechos sucesorios del transmisario en la herencia del causante originario se ejercitan testamentariamente o *ab intestato* según el tipo de sucesión hereditaria del propio causante originario, con la finalidad de que, en la partición de herencia del causante originario, se trate al transmisario como un heredero más.

Recordemos que el transmisario es llamado heredero por el transmitente, ya sea con testamento o sin él, y por ello no es natural que el transmisario, llamado testamentariamente a la herencia del transmitente, pueda suceder *ab intestato* al causante originario, o viceversa; puesto que dicho causante originario llamó, testada o intestadamente, al transmitente y no al transmisario. Se crea un vínculo artificioso entre el transmisario y el causante originario, y se fundamenta este vínculo en un llamamiento testamentario o legal que ha tenido lugar entre causante y transmitente, pero no con el transmisario.

Como corolario de esta argumentación, se señala que una vez comprobado que el transmitente era capaz de suceder al causante, la capacidad sucesoria del

transmisario debe apreciarse en el momento de adquirir el *ius delationis*, esto es, cuando acepta la herencia del transmitente, pero, y he aquí lo trascendental, con relación al causante originario.

Esta es la característica esencial de la tesis moderna: consideran que el transmisario, ejercitando el *ius delationis*, sucede directamente al causante originario, testada o intestadamente según si el causante originario otorgó o no testamento, y debe ser capaz de sucederle en el momento de fallecer el transmitente.

Respetamos plenamente la doctrina jurisprudencial señalada en esta importante sentencia, pero lo cierto es que no podemos estar de acuerdo con ninguna de estas manifestaciones: el transmisario no puede suceder al causante originario porque éste no le ha llamado, ni por testamento ni sin él.

Y en el hipotético caso de admitirse que le sucediera, la capacidad sucesoria debería apreciarse en el momento de fallecer el causante originario y no el transmitente, y puede que en dicho momento el transmisario ni siquiera estuviera concebido.

Por último, reafirmando la importancia de la misma sentencia, reitera el Tribunal la doctrina jurisprudencial fijada dentro del fallo, estableciendo: *Todo ello, en aplicación de la doctrina jurisprudencial, que ahora se fija, en orden a que el denominado derecho de transmisión previsto en el artículo 1006 del Código Civil no constituye, en ningún caso, una nueva delación hereditaria o fraccionamiento del ius delationis en curso de la herencia del causante que subsistiendo como tal, inalterado en su esencia y caracterización, transita o pasa al heredero transmisario. No hay, por tanto, una doble transmisión sucesoria o sucesión propiamente dicha en el ius delationis, sino un mero efecto transmisivo del derecho o del poder de configuración jurídica como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia que ex lege ostentan los herederos transmisarios; dentro de la unidad orgánica y funcional del fenómeno sucesorio del causante de la herencia, de forma que aceptando la herencia del heredero transmitente, y ejercitando el ius delationis integrado en la misma, los herederos transmisarios sucederán directamente al causante de la herencia y en otra distinta sucesión al fallecido heredero transmitente.*

Éste último párrafo resume bien la tesis moderna que adopta el Tribunal Supremo, estudiada en profundidad en este trabajo, y fundamentada en la unidad de la sucesión del causante originario como argumento esencial que le lleva a considerar que no hay una nueva delación del *ius delationis* a favor del transmisario, sino el denominado “efecto transmisivo del poder de configuración jurídica” para que el transmisario suceda directamente al causante originario.

Por supuesto, tras esta importantísima sentencia, los tribunales han optado por aplicar la tesis moderna en los casos de derecho de transmisión.

En este sentido, entre otras, cabe destacar la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 30 de Junio de 2016 (ROJ: SAP SE 1720/2016) o la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 4 de noviembre de 2020 (ROJ: SAP GU 448/2020)

3.2.5.4. Doctrina posterior de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Tras el cambio propiciado por la sentencia del Tribunal Supremo anteriormente expuesta, la Dirección General de los Registros y del Notariado podía adoptar dos posturas: bien mantenerse en su anterior posición favorable a la tesis clásica; bien seguir el criterio del Tribunal Supremo, favorable a la tesis moderna y convertido en jurisprudencia posteriormente, basándose en el artículo 1.6 del Código Civil.

Esta segunda opción es la que decidió acoger el Centro Directivo en resolución de 26 de Marzo de 2014, reiterada entre otras en resoluciones de 11 de Junio y 6 de Octubre del mismo año y en la de 9 de Junio de 2018, en las que directamente transcribe los argumentos empleados por el Tribunal Supremo, optando claramente por la aplicación de la tesis moderna del derecho de transmisión.

Sin embargo, la Dirección General no se ha mantenido por mucho tiempo en lo propugnado por el Tribunal Supremo; puesto que desde entonces han sido publicadas diversas resoluciones que demuestran que el Centro Directivo no se siente cómodo aplicando la tesis moderna hasta sus últimas consecuencias.

En el capítulo 4 estudiaremos la doctrina seguida en cuanto a la intervención en la partición del cónyuge viudo del transmitente.

En este punto, merece destacarse la resolución de 22 de Enero de 2018. En el supuesto de hecho que da origen a la resolución, el transmitente designaba heredero a un hijo y legaba su legítima estricta a otro, con lo que, de seguir la tesis moderna, sólo el hijo designado heredero sería transmisario y sólo él sucedería directamente al causante originario.

Sin embargo, entiende la Dirección General que esta solución transgrediría el sistema legitimario y exige por ello que en la partición de la herencia concorra también el legatario del transmitente. Dice la resolución que *resulta imprescindible combinar los efectos del derecho de transmisión con la coexistencia de legitimarios no herederos como interesados en la herencia del denominado transmitente, a los efectos de exigir -o no hacerlo- su intervención en las operaciones de aceptación y partición de herencia.*

Considera que, si bien debe seguirse la tesis del Tribunal Supremo en lo relativo a la transmisión del *ius delationis*, que corresponde únicamente al transmisario (designado heredero por el transmitente), el cual es el único que puede aceptar directamente la herencia del causante, sin embargo no puede obviarse al legitimario del transmisario en la partición de la herencia, al decir que *el conjunto patrimonial activo y pasivo del causante deberían recaer en la masa patrimonial del transmitente, y por ende, la partición de los bienes de la masa del transmitente debe cumplir con las normas aplicables a su propia sucesión.*

Con ello, reconoce implícitamente que el caudal hereditario del causante originario no pasa directamente a los transmisarios, sino que se integra en la herencia del transmitente a los efectos de la legítima, lo cual es consustancial a la tesis clásica.

La propia resolución citada expresamente rechaza romper con la tesis consagrada por la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Septiembre de 2013. No

creemos que pueda mantenerse esta afirmación tras su argumentación: la tesis moderna exige obviar en cierto modo el cumplimiento de las legítimas en la herencia del causante originario, puesto que propugna que le suceden unos transmisarios, cuyos derechos legitimarios lo son generalmente respecto de otra herencia, que es la del transmitente. Exigir que en la herencia del causante se cumpla con el sistema legitimario supone necesariamente considerar que a dicho causante le suceden sus legitimarios, y cuando fallece el causante su legitimario es generalmente el propio transmitente, por lo que si se exige el cumplimiento de dicha legítima, necesariamente se considera que al causante le sucede el transmitente, y ello es contrario a la propia tesis moderna.

En definitiva, como dice PÉREZ RAMOS comentando la citada resolución, “la brillantez de los argumentos a favor de la adquisición directa palidecen cuando se trasladan a la práctica.”¹³³

¹³³ PÉREZ RAMOS, C., “¿Qué le pasa a la DGRN con el derecho de transmisión?”. En *El Notario del siglo XXI*. Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2018, p.145.

CAPÍTULO 4

Sumario

4.1. Consecuencias de la opción por una de las dos tesis	116
4.2. Impuesto de Sucesiones	117
4.3. Importancia en la práctica jurídica de optar por una u otra tesis	121
4.3.1. Capacidad para suceder	121
4.3.2. Repudiación de la herencia del causante originario en perjuicio de acreedores	127
4.3.3. Aceptaciones beneficiarias de la herencia del transmitente	128
4.3.4. Título en la sucesión ab intestato	129
4.3.5. Partición de las herencias	131
4.3.6. Disponibilidad del ius delationis	132
4.3.7. Aplicabilidad del derecho de transmisión en los legados	136
4.4. Derecho de transmisión y sucesión forzosa o legitimaria	140
4.4.1. Introducción	140
4.4.2. Tesis clásica del derecho de transmisión	141
4.4.3. Tesis moderna del derecho de transmisión	143
4.4.4. Conclusión	145
4.4.5. Situación del cónyuge viudo del transmitente	146
4.5. Pluralidad de transmisarios	149
4.5.1. Introducción	149
4.5.2. Evolución histórica	150
4.5.3. Tesis general	152
4.5.4. Tesis especial	156
4.5.5. Incidencia en el problema jurídico	159
4.5.6. Pluralidad en sentido vertical	163

4.1. Consecuencias de la opción por una de las dos tesis

La opción por la tesis clásica o por la tesis moderna del derecho de transmisión tiene indudables consecuencias, tanto en el ámbito de la realidad económica como desde el punto de vista de la práctica jurídica.

En cuanto a lo primero, la tesis clásica conlleva la sucesión del transmisario al transmitente y de éste al causante originario, mientras que la moderna implica que el transmisario sucede directamente al causante; y ello tiene gran trascendencia fiscal en el Impuesto de Sucesiones.

Respecto a lo segundo, la opción por una tesis u otra conlleva necesariamente su aplicación coherente ante una serie de cuestiones que se dan en la práctica jurídica. A título enunciativo, como observa acertadamente SOLÍS VILLA, se encuentran las siguientes: “¿Puede suceder al primer causante un transmisario indigno? ¿Los acreedores del transmitente pueden embargar los bienes de la herencia del primer causante además de los bienes de la herencia de aquél? ¿Pueden aceptar aquélla herencia por la vía del 1001 CC si el transmisario la repudia? ¿Los legitimarios del transmitente tienen derecho a que se compute en su herencia el valor de los bienes de la herencia del primer causante para determinar el montante de sus legítimas? ¿Puede partirse la herencia del primer causante sin la intervención de la viuda del transmitente? ¿El comisario del primer causante puede distribuir los bienes entre los transmisarios?”.¹³⁴

Estudiaremos por separado la trascendencia económico-fiscal y la trascendencia práctico-jurídica de la opción por la tesis clásica o por la tesis moderna del derecho de transmisión.

¹³⁴ SOLÍS VILLA, C., “La aceptación improcedente (o tardía) de la herencia...”, op.cit., p. 355.

4.2. Impuesto de Sucesiones

La opción por la tesis clásica o por la tesis moderna del derecho de transmisión tiene también incidencia en el ámbito fiscal, y posiblemente sea ésta su mayor relevancia práctica, puesto que seguir una u otra teoría conlleva la liquidación del Impuesto de Sucesiones y Donaciones de un modo o de otro.

En ambos casos, existirán dos hechos imponible por fallecimiento del causante originario y por fallecimiento del transmitente, pero la base imponible y el sujeto pasivo varía.

Así, de seguir la tesis clásica, se liquidará un impuesto en el que será sujeto pasivo el transmitente y caudal relicto el que deje el causante originario; y otro en el que será sujeto pasivo el transmisario y caudal relicto la suma del que deje el causante originario y del que deje el transmitente o, mejor dicho, el caudal relicto del transmitente, en el que se habrá integrado el heredado del causante originario.

Esta tesis sería menos gravosa fiscalmente por el hecho de que cada sujeto pasivo tiene un parentesco más cercano con el causante (transmisario con transmitente, transmitente con causante originario) por lo que se beneficiará de las reducciones y bonificaciones que las diferentes legislaciones autonómicas prevén; pero sin embargo produce una doble tributación en la sucesión de un mismo patrimonio (el del causante originario, que se incluye en el caudal de la herencia liquidada al transmitente; y después, cuando éste fallece sin que previsiblemente haya hecho uso de dicho patrimonio, se incluye en la liquidación del impuesto al transmisario como parte integrante del caudal del transmitente).

Sin embargo, de seguir la tesis moderna, se liquidará un impuesto en el que será sujeto pasivo el transmisario y caudal relicto el que deje el transmitente, y otro impuesto en el que será sujeto pasivo el transmisario y caudal relicto el que deje el causante originario, por sucederle directamente.

Esta tesis es más gravosa en la liquidación del impuesto en la herencia del causante originario (sucede el transmisario, con el que tendrá un parentesco más lejano y, por tanto, menores reducciones y mayor coeficiente multiplicador) pero menos gravosa en la liquidación del impuesto en la herencia del transmitente (porque el caudal hereditario comprenderá sólo su patrimonio y no el del causante originario).

En esencia, la problemática fiscal derivada de la institución del derecho de transmisión radica en si el caudal hereditario del causante originario se sujeta a una única tributación por Impuesto de Sucesiones (si se sigue la tesis moderna) o a una doble tributación (si se sigue la tesis clásica).

Como afirma JUÁREZ, “desde el punto de vista fiscal se plantea el problema de su consideración como una única transmisión *mortis causa* del primer causante a los herederos del heredero posmuerto o su consideración como una doble transmisión *mortis causa*: del primer causante al heredero posmuerto y del heredero posmuerto a sus herederos.”¹³⁵

¹³⁵ JUÁREZ GONZÁLEZ, J.; GALIANO ESTEVAN, J., *Todo Sucesiones*. Wolters Kluwer, Madrid, 2016, p. 467.

No existe ninguna norma fiscal que trate directamente el derecho de transmisión, pero deben tenerse en consideración tres de ellas.

En primer lugar, el artículo 24 de la Ley 29/1987 del Impuesto de Sucesiones y Donaciones señala que “en las adquisiciones por causa de muerte (...) el impuesto se devengará el día del fallecimiento del causante”.

En segundo lugar, el artículo 20.3 del mismo texto legal establece que “si unos mismos bienes en un período máximo de diez años fueran objeto de dos o más transmisiones *mortis causa* en favor de descendientes, en la segunda y ulteriores se deducirá de la base imponible, además, el importe de lo satisfecho por el impuesto en las transmisiones precedentes. Se admitirá la subrogación de los bienes cuando se acredite fehacientemente.”

Y en tercer lugar, el artículo 30 del Real Decreto 1629/1991 por el que se aprueba el Reglamento del mismo impuesto dice: “La participación atribuible al causante en bienes que estén integrados en herencias yacentes, comunidades de bienes y demás Entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado, se adicionará al caudal hereditario en la proporción que resulte de las normas que sean aplicables o de los pactos entre los interesados y, si éstos no constasen a la Administración en forma fehaciente, en proporción al número de interesados.”

Este último precepto ha sido utilizado por los partidarios de la tesis clásica por considerar que al incrementar el caudal relicto del transmitente con el existente en la herencia del causante originario, está suponiendo que el transmitente sucede al causante originario.

A favor de la tesis clásica se han posicionado la mayoría de la doctrina fiscalista, así como el Tribunal Económico Administrativo Central en su resolución de 1 de Febrero de 2006 y la Dirección General de Tributos en su consulta de 3 de Julio de 2007; todo ello con anterioridad al giro jurisprudencial del Tribunal Supremo en 2013.

Sin embargo, tras el cambio en la jurisprudencia, la Dirección General de Tributos ha cambiado su posición, adoptando la tesis civil del Tribunal Supremo, como se observa en la Consulta de 13 de Mayo de 2016 en la que señala que en los supuestos de aplicación del artículo 1006 del Código Civil, respecto de los bienes del causante originario, hay “una única transmisión” a efectos fiscales, esto es, que se liquida el impuesto por la sucesión del transmisario al causante originario; no incluyéndose dichos bienes en la liquidación de la sucesión del transmitente.

El propio Tribunal Supremo, en su sentencia de 5 de Junio de 2018 (ROJ STS 2183/2018) fija la tesis moderna como la que debe seguirse también en el ámbito fiscal. Tratándose de la sala de lo contencioso-administrativo, es lógico que en el inicio de su argumentación parta de una explicación sucinta de la institución del derecho de transmisión, definiendo los sujetos que en el mismo intervienen, seguida de un resumen de la trascendente sentencia de 11 de Septiembre de 2013.

En su fundamento tercero, en el que rechaza la posición seguida por el Tribunal Económico Administrativo Central, hasta dicho momento favorable al mantenimiento de la tesis clásica o de la doble transmisión en el ámbito fiscal; y no

sólo la rechaza, sino que expresamente amonesta al mismo por no aplicar el artículo 1.6 del Código Civil en orden al sistema de fuentes del Derecho por no haber seguido el cambio propiciado por el Tribunal Supremo en 2013.

Señala, como fundamento de la rectificación de doctrina que se opera en la misma, que *lo declarado por la Sala de lo Civil de este Tribunal Supremo, en las particulares características de la sentencia que hemos reseñado como expresivas de una clara voluntad de formar jurisprudencia definitiva sobre una materia necesitada de ella, nos vincula para la decisión del presente asunto, no sólo porque ha decidido, concluyentemente, que en el caso de ejercicio del ius transmissionis por los herederos del transmitente se produce una sola transmisión -no dos-, sino, lo que es más importante, porque tal decisión es prejudicial y determinante de la que nos corresponde adoptar ahora al interpretar la ley fiscal porque, a nuestro juicio, la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones -LISD- incorpora elementos y conceptos fiscales fundados a su vez en nociones que ha de suministrarnos necesariamente el Derecho civil (sucesión, transmisión, adquisición, aceptación, etc.), para definir las nociones de hecho imponible y el devengo.*

La sentencia utiliza como argumentos, además de la lealtad a lo dicho por la sala de lo civil, el de que sólo mediante la aceptación de la herencia se produce la adquisición de la misma y la consiguiente liquidación del Impuesto de Sucesiones, e incluso llega a considerar que la argumentación jurídica basada exclusivamente en normas tributarias, abstrayéndose de las normas civiles, alcanzaría también la conclusión de que la tesis moderna es la que debe seguirse, puesto que el principio de capacidad económica impide gravar dos sucesiones diferentes cuando una de ellas no ha sido aceptada.

Sorprendentemente, el Tribunal Supremo llega incluso a apoyarse en la definición del término “causahabiente” por la Real Academia Española para interpretar el artículo 5 de la Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, con el corolario de entender que la aceptación es necesaria para el devengo del impuesto, y que como el transmitente fallece sin aceptar ni repudiar, no puede liquidársele el mismo.

Concluye, en fin, la sala, diciendo que *en atención a todo lo expuesto y, fundamentalmente, en consideración a la jurisprudencia establecida en la sentencia 539/2013, de 11 de septiembre de 2013, de la Sala de lo Civil de este Tribunal Supremo, es que se produce una sola adquisición hereditaria y, por ende, un solo hecho imponible, no dos hechos imponibles ni dos devengos del impuesto, corolario de lo cual es la afirmación final de la reseñada sentencia civil según la cual "los herederos transmisarios sucederán directamente al causante de la herencia y en otra distinta sucesión al fallecido heredero transmitente".*

Debemos extraer dos conclusiones de la sentencia expuesta. La primera, como hecho, es la aplicación de la tesis moderna o de la adquisición directa en el plano fiscal ordenada por la sala de lo contencioso administrativo. La segunda, que los argumentos utilizados por la misma no pueden ser valorados positivamente en nuestro trabajo por ser, los unos, mera reiteración de los esgrimidos por la sala de lo

civil; y los otros, la aplicación de razonamientos tributarios a situaciones de hecho civiles.

Respetamos plenamente que, en aras a la unidad en la aplicación de las normas, deba seguirse en el plano tributario la misma tesis del derecho de transmisión que rija en el Derecho civil. Esto lo exige el principio de seguridad jurídica del artículo 9 de la Constitución.

Ahora bien, no podemos tomar en consideración que el Tribunal razone que la necesaria aceptación de la herencia es causa suficiente para seguir la tesis moderna. De ser así, carecería de todo sentido nuestro trabajo y también la histórica problemática doctrinal y jurisprudencial del derecho de transmisión.

Recordemos que es evidente que para suceder se debe aceptar. La tesis clásica no se aparta de ello, pero entiende que el transmisario, como sucesor del transmitente, en ejercicio del *ius delationis*, hace a este sucesor del causante originario. Ni la tesis clásica ni la tesis moderna dejan huérfana de aceptación a la herencia del causante originario. Unos consideran que la acepta el transmitente a través del transmisario y otros que la acepta directamente el transmisario.

Según la tesis que se siga, en el plano fiscal deberá liquidarse de un modo u otro el Impuesto de Sucesiones. Y no consideramos que en la referida sentencia, el Tribunal Supremo haya argumentado de forma favorecedora para esclarecer el problema jurídico que en este trabajo se plantea.

Dicho esto, lo cierto es que en el ámbito fiscal la sentencia ha marcado el camino a seguir por la jurisprudencia fiscal. En este sentido se han pronunciado los tribunales desde entonces, como se observa recientemente en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de Febrero de 2022; o en la del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid de 28 de Mayo de 2022; que concluyen que fallecido el heredero sin aceptar ni repudiar, el heredero de este que acepta la herencia del causante, hereda directamente de este, existiendo un solo hecho imponible en el impuesto, y por ello el plazo de prescripción debe contarse en función de la fecha del fallecimiento del causante, no de la del transmitente, ni desde la fecha de aceptación de la herencia.

4.3. Importancia en la práctica jurídica de optar por una u otra tesis

Del análisis general efectuado en el capítulo anterior se puede colegir que en la tesis clásica, el mecanismo sucesorio es ordinario: el causante tiene un llamado que, por virtud del ejercicio del *ius delationis* por el transmisario, acaba sucediéndole; y el transmitente tiene un llamado que también le sucede. El transmitente sucede al causante originario y el transmisario sucede al transmitente.

Por ello, al fin y al cabo, los efectos son muy semejantes a los que se producen en las sucesiones ordinarias cuando el llamado sí acepta, fallece, y le sucede su heredero. Ello, según SOLÍS VILLA, “supone la confusión en la práctica de las dos situaciones (sucesión en la delación o sucesión en los derechos adquiridos por la aceptación de la delación) y sus efectos, y quizá explique tan profusa aplicación del derecho de transmisión.”¹³⁶

Sin embargo, en la tesis moderna, el mecanismo sucesorio no es el ordinario, puesto que es el transmisario quien sucede al causante originario en su herencia y al transmitente en la suya y en el *ius delationis* sobre la primera.

Ello ocasiona que la opción por la tesis clásica o por la tesis moderna conlleven necesariamente la opción por una solución concreta a diversos problemas que se dan en la práctica jurídica, dado que cada una de dichas tesis tiene una vocación de aplicación global y coherente.

Trataremos algunas de estas cuestiones prácticas en este momento y dejaremos otras dos, por su importancia, para un estudio específico a continuación, que son las relativas a las implicaciones sobre la sucesión forzosa y a los supuestos de pluralidad de transmisarios.

¹³⁶ SOLÍS VILLA, C., “La aceptación improcedente (o tardía) de la herencia...”, op.cit., p. 338.

4.3.1. Capacidad para suceder

4.3.1.1. Tesis clásica

Si se sigue la tesis clásica, como el transmisario sólo sucede al transmitente, únicamente debe tener capacidad sucesoria para heredarle a él, pero no para suceder al causante originario.

Así, dice ROCA SASTRE que “en el derecho de transmisión los herederos favorecidos deben tener capacidad sucesoria en relación con el transmitente, aunque no la tengan respecto del causante originario de la sucesión.”¹³⁷

Observa GITRAMA que “puede ocurrir que por el juego de este artículo 1006 llegue la herencia primitiva a una persona que adoleciese de una incapacidad relativa para suceder directamente al primer causante (el sacerdote, confesor en la última enfermedad, el Notario autorizante del testamento, el tutor, etc., en los respectivos casos de los artículos 752, 753 y 754), pero que reciban su herencia de modo indirecto por haber fallecido el heredero primeramente llamado, que no era incapaz de suceder respecto del primer causante. Es obvio que en casos tales no sería aplicable el inciso último del artículo 755 (disposición a nombre de persona interpuesta que favorece al incapaz), por más que de facto opere aparentemente el mecanismo de la interpretación de personas a través del artículo 1006. Y, lo mismo que en orden a la incapacidad relativa para suceder, cabría estimar en relación con la indignidad sucesoria (art. 756).”¹³⁸

Parece acertado este argumento de la tesis clásica. Si parte de que el transmisario sólo sucede al transmitente, no le son aplicables causas de incapacidad respecto del causante originario, y no cabe aludir frente a ello la nulidad de las disposiciones testamentarias a favor de un incapaz bajo persona interpuesta que prevé el artículo 755 del Código Civil; puesto que en el derecho de transmisión la premisa es la involuntariedad en el fallecimiento del transmitente sin ejercitar el *ius delationis*.

El transmitente fallece sin aceptar ni repudiar, y cuesta imaginar que lo haga urdiendo un plan para que un transmisario incapaz pueda así suceder al causante originario que no pudo instituirle directamente, sino sólo a través de la institución de un transmitente dispuesto a fallecer sin ejercitar el *ius delationis*.

No obstante lo dicho, también hay partidarios de la tesis clásica que exigen al transmisario la doble capacidad, lo cual tiene la ventaja de evitar que el caudal hereditario llegue finalmente a un transmisario que adolecía de alguna causa de incapacidad en relación al causante, primer titular de dicho caudal.

Entre ellos, FERNÁNDEZ ÁLVAREZ y PASCUAL DE LA PARTE, que afirman que “es claro que el transmitente ha de tener plena capacidad sucesoria respecto del primer causante en cuanto que es titular (*pendente conditione*, como se dejó explicado) del *ius delationis*. Pero, a su vez, al transmisario, excepto el requisito de existencia (al no ser heredero del primer causante) le afectan las demás causas de incapacidad sucesoria, en cuanto que actúa o ejercita el contenido del *ius delationis*.

¹³⁷ ROCA SASTRE, R.M., *Estudios de Derecho Privado...*, op.cit., p. 350-351.

¹³⁸ ALBALADEJO, M.; GITRAMA GONZÁLEZ, M., *Comentarios al Código Civil...*, op.cit., p. 288.

No podrán actuar el *ius delationis*, con relación a la herencia del primer causante, los transmisarios incapaces (con incapacidad relativa), ni los indignos, respecto del mismo; en cuanto que la aceptación es portada por el transmisario. Y ello, aun cuando la aceptación por parte del transmisario tenga carácter auxiliar, a fin de cerrar el círculo y consolidar el proceso de adquisición hereditaria y la cualidad de heredero, que opera en la persona del transmitente; y aunque, por tanto, con tal aceptación, el transmisario no adquiera la cualidad de heredero respecto del primer causante.

En efecto, la manifestación de voluntad que emite el transmisario al aceptar, tiene tan magna entidad que, de hacerlo en uno u otro sentido, convertirá o no en heredero del primer causante al transmitente”.¹³⁹

4.3.1.2. Tesis moderna

Si se sigue la tesis moderna, sin embargo, los requisitos de capacidad son diferentes por argumentos consecuentes con sus principios: el transmisario sucede al causante originario, y por tanto, debe tener capacidad para sucederle; pero también debe tener capacidad para suceder al transmitente, puesto que es un presupuesto necesario para recibir el *ius delationis*.

Así lo entiende ALBALADEJO, señalando que “para suceder en el *ius delationis* se requiere: 1º. Capacidad para suceder al transmitente. 2º. Capacidad, además, para suceder al primer causante a cuya herencia da derecho el *ius delationis*.”¹⁴⁰

Siguiendo dicha tesis, establece RIPOLL JAÉN acerca de la capacidad sucesoria que “cuestión distinta es la capacidad exigible en el transmisario para ser heredero que la ha de tener respecto del transmitente y también, hoy sin género de dudas, para serlo del causante primero u originario, para el supuesto, claro está, de que acepte su herencia. Es la tesis de la Doble Capacidad.”¹⁴¹

Tesis de la doble capacidad, que así se llama también a la tesis moderna, que al afirmar que el transmisario sucede al causante originario, le exige capacidad sucesoria respecto a él, y también respecto al transmitente, pues de él adquiere el *ius delationis* cuando le sucede.

Esta tesis es seguida hoy en día como hemos visto por GOMÁ SALCEDO, que sostiene, respecto a sus consecuencias, que “el transmisario ha de ser capaz de suceder al primer causante y al transmitente, a diferencia de lo que ocurre en el derecho de representación en el que basta con la capacidad para suceder al causante, no al representado.”¹⁴²

Por tanto, la necesidad de una doble capacidad del transmisario con respecto al transmitente y al causante originario es un corolario necesariamente derivado de la opción por la tesis moderna, puesto que si el transmisario sucede directamente al

¹³⁹ FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, J.L.; PASCUAL DE LA PARTE, C.C., “Sobre el carácter meramente instrumental...”, op. cit., p. 1582.

¹⁴⁰ ALBALADEJO, M., “La sucesión iure transmissionis”..., op.cit., p. 957.

¹⁴¹ RIPOLL JAÉN, A., *Derecho de Transmisión: lo innecesario, lo prohibido...*, op.cit., p. 3.

¹⁴² GOMÁ SALCEDO, J.E., *Instituciones de Derecho Civil...*, op.cit., p. 1.203.

causante originario, sólo puede ser así porque reúna los requisitos necesarios para sucederle: ser llamado, sobrevivirle, ser capaz de sucederle, y aceptar su sucesión; en este caso mediante el ejercicio del *ius delationis* adquirido.

Así lo ve también HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, que afirma tajante que “el transmisario, por su parte, ha de sobrevivir al transmitente y ser capaz y digno no sólo con respecto a él sino también con relación al primer causante.”¹⁴³

Vemos por tanto que la mayoría de autores partidarios de la tesis moderna opta por exigir doble capacidad.

Sin embargo, dada la complejidad de la cuestión, en ambos grupos doctrinales, partidarios de la tesis clásica y moderna, existen autores que en materia de capacidad optan por aplicar postulados propios de la tesis opuesta a la que siguen, como ya hemos visto anteriormente con FERNÁNDEZ ÁLVAREZ y PASCUAL DE LA PARTE.

También JORDANO FRAGA, que siendo partidario de la tesis moderna, sostiene sin embargo que el transmisario sólo precisa ser capaz de suceder al transmitente pero no necesita ser capaz de suceder al causante originario. Dice que “el transmisario no recibe la delación para la primera herencia directamente, no es sujeto de un llamamiento a la primera sucesión –por lo que resulta erróneo exigirle las mismas condiciones de capacidad que para cualquier llamado a la sucesión del primer causante- sino que recibe esa delación indirectamente, a través del transmitente, de la herencia de éste. El transmitente es aquel que resulta llamado a la sucesión del primer causante, es él quien ha de reunir las condiciones de capacidad para sucederle, reunidas las cuales, se convierte en titular originario de la delación para la primera herencia. El transmisario que, al adquirir la herencia del transmitente, se convierte en su heredero, recibe, con la herencia del transmitente, la titularidad de la delación para la primera herencia que en aquella segunda herencia se contiene, y la recibe, haciendo suya (adquiriendo derivativamente) la delación que otro (su causante- transmitente) había adquirido originariamente para la sucesión del primer causante: es decir, la adquiere, tal y como se había concretado, como había surgido para aquél de quien la hereda. Por consiguiente, las condiciones de capacidad respecto del primer causante son exigibles en el transmitente: en el *dante causa* de la delación, para que ésta surja, nazca, y el transmitente la adquiera (originariamente); pero no en el causahabiente de la misma, al que le basta con la capacidad necesaria para adquirir *mortis causa* (derivativamente) esa delación ya concretada (nacida), adquirida por su causante- transmitente y subsistente en su herencia: la capacidad para suceder al transmitente.”¹⁴⁴

Consecuentemente con esta posición, permite el autor que sucedan al causante originario transmisarios que puedan incurrir en causa de indignidad para con él, y lo justifica diciendo que es “congruente con la *ratio* inspiradora del artículo 1006 CC: si esa *ratio* es ofrecer a los herederos del transmitente la posibilidad de colocarse en la misma posición que si el transmitente hubiese adquirido la primera herencia, que éste

¹⁴³ HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, G., “La transmisión del *ius delationis*” en *Homenaje...* op.cit. p. 469.

¹⁴⁴ JORDANO FRAGA, F., *La sucesión en el “ius delationis”...*, op.cit., p. 327, 328.

hubiera podido adquirir de no fallecer, el que sucedan *iure transmissionis* al primer causante personas respecto de él indignas, les coloca también en la misma posición – perfectamente irreprochable- que si el que podía haber sido transmitente (de haber muerto sin adquirirla) hubiese adquirido la herencia del primer causante, y los herederos del adquirente de la primera herencia hubieran recibido, con la herencia de éste, los bienes relictos de la del primer causante respecto del que son indignos.”¹⁴⁵

Hecho este inciso, reiteramos que la mayoría de autores partidarios de la tesis moderna opta por exigir la doble capacidad.

En la práctica, ello puede dar lugar a algunos problemas, como el que plantea esta tesis moderna cuando el transmisario ha sobrevivido al transmitente pero ni siquiera se hallaba concebido al morir el causante originario.

De seguir la tesis moderna en sus parámetros comunes, y no en los de JORDANO FRAGA, como el transmisario debe tener capacidad sucesoria en relación al causante originario, no podrá sucederle si no está concebido al morir aquel, con lo que el causante se quedará sin llamado, debiendo abrirse la sucesión intestada o, en caso de que ya lo sea, pasar al grado siguiente. De ser varios los transmisarios, si al morir el causante originario uno había nacido y otro no se hallaba concebido, sólo el primero podrá ejercitar el *ius delationis* que reciba del transmitente a su muerte, aún cuando en dicho momento ya ambos estén vivos, y sólo el primero sucedería al causante originario.

Estos problemas que se generan en la práctica si se sigue la tesis moderna no serán ocasionales, puesto que entre el fallecimiento del causante y el del transmitente puede mediar un largo período de tiempo, durante el cual se produzca el nacimiento los transmisarios.

Por otra parte, seguir la tesis de la doble capacidad da lugar a un obstáculo difícilmente salvable si nos encontramos ante una sucesión del causante originario que se defiere por testamento: el de permitirle remitir una causa de indignidad respecto de un heredero que no puede conocer.

Lo explica GARCÍA GARCÍA, como corolario del artículo 757 del Código Civil que trata la remisión de la indignidad, diciendo que “no sería posible aplicar este precepto, ni la lógica posibilidad de remisión o perdón, en el supuesto de transmisario indigno respecto al primer causante, pues éste, en caso de haber hecho testamento, instituyó heredero únicamente al segundo causante, sin que contara ni pudiera contar con el transmisario, ya que en ese momento no sabía ni podía saber si el transmitente iba a fallecer sin aceptar su herencia y le iba a heredar otra persona por Derecho de Transmisión. Y si esto es así, nunca podría plantearse el problema del perdón o rehabilitación del transmisario indigno, pues no le era posible al primer causante saber que iba a ser heredero. Sería, por tanto, de imposible aplicación el artículo 757 CC a este supuesto, y ello representaría una desigualdad inadmisibles para los transmisarios, en comparación con los herederos de la sucesión ordinaria y directa, pues mientras los herederos indignos por sucesión ordinaria podrían ser rehabilitados, el transmisario nunca podría serlo, al no haber sido llamado por el

¹⁴⁵ JORDANO FRAGA, F., *La sucesión en el “ius delationis”*..., op.cit., p. 330.

testador, lo que atentaría contra el principio de igualdad constitucional del artículo 14 de la Constitución.”¹⁴⁶

Por estas situaciones de desigualdad que origina la exigencia de la doble capacidad, existen autores partidarios de la tesis moderna que optan por distinguir las incapacidades relativas de la indignidad, entendiendo que la segunda se debe aplicar al transmisario, por tener un carácter subjetivo, pero no las primeras, por no ser previsibles, al no poder preverse la muerte del transmitente sin aceptar.

Entre estos autores se encuentra BOSCH CAPDEVILA, que considera que “el transmisario debe ser digno de suceder al causante (...). Por el contrario, las causas de inhabilidad no se aplican al transmisario, lo que tiene su justificación en la aleatoriedad de la concurrencia de la causa de inhabilidad, que podría dar lugar a resultado indeseados; así, por ejemplo, cuando el primer causante otorga testamento ante un determinado notario, no puede prever que, quizás, en virtud del *ius transmissionis*, este notario le acabará sucediendo *mortis causa*.”¹⁴⁷

¹⁴⁶ GARCÍA GARCÍA, J.M., *La sucesión por derecho de transmisión*, op.cit., p. 210, 211.

¹⁴⁷ BOSCH CAPDEVILA, E., “Artículo 1006”..., op.cit., p. 1531.

4.3.2. Repudiación de la herencia del causante originario en perjuicio de acreedores

En caso de que un heredero repudie una herencia con el fin de perjudicar a sus acreedores, el Código Civil prevé un mecanismo subrogatorio en el artículo 1001, cuyo primer inciso señala que “*Si el heredero repudia la herencia en perjuicio de sus propios acreedores, podrán éstos pedir al Juez que los autorice para aceptarla en nombre de aquel.*”

La opción por la tesis clásica o por la moderna puede tener consecuencias sobre la aplicación de esta institución.

Dice LACRUZ que “es discutible si, repudiada la primera herencia por el transmisario, los acreedores legitimados para aceptarla ex. Art. 1001 son los del segundo causante (según la tesis de que el transmisario sólo es sucesor de éste), o los del propio transmisario (tesis de que éste es, además, sucesor directo, aunque mediato, del primer causante).”¹⁴⁸

Lógicamente, la legitimación activa de los acreedores para el ejercicio de la acción del artículo 1001 del Código Civil dependerá de la tesis que se siga sobre quién sucede al causante, puesto que sólo podrán ejercitar dicha acción los acreedores del heredero deudor.

Así, si se sigue la tesis clásica, serán los acreedores del transmitente los que podrían impugnar la repudiación hecha por el transmisario, ya que según sus parámetros el transmisario se ha colocado en lugar del transmitente y, siendo él, repudia la herencia del causante originario.

En principio, no podrían ejercitarla los acreedores del transmisario porque él no sería el llamado a la herencia del causante. Sin embargo, consideramos que sí debe permitírseles impugnar dicha repudiación efectuada en ejercicio del *ius delationis* siempre y cuando se efectúe en perjuicio de los derechos de sus propios acreedores, puesto que el transmisario es conocedor de que si el transmitente hereda al causante, se verá incrementado el caudal relicto del transmitente que él heredará y que quedará abierto a posibles embargos de sus acreedores.

Si se sigue la tesis moderna, sin embargo, serían los acreedores del transmisario, únicamente, los que podrían impugnar la repudiación de la herencia del causante, puesto que es dicho transmisario el llamado a sucederle, y serían sus acreedores los únicos perjudicados por la repudiación. No podrían impugnarla los acreedores del transmitente, puesto que según la tesis moderna, éste deja de ser llamado a la herencia en el momento en que fallece sin ejercitar el *ius delationis*.

¹⁴⁸ LACRUZ BERDEJO, J.L. et al, *Elementos de Derecho Civil...*, op.cit., p. 40.

4.3.3. Aceptaciones beneficiarias de la herencia del transmitente

La importancia de optar por la tesis clásica o la tesis moderna del derecho de transmisión se observa claramente cuando la herencia del transmitente tiene más pasivo que activo, es decir, tiene más deudas que bienes con los que pagarlas; y sin embargo la herencia del causante originario arroja un resultado positivo.

En estos casos, la opción por una u otra tesis puede influir notablemente en la decisión de los transmisarios.

Así, de seguir la tesis clásica, los transmisarios aceptarán a beneficio de inventario la herencia del transmitente y ejercitando el *ius delationis* aceptarán la herencia del causante originario, pero ello ocasionará que los bienes del causante originario se integren en el caudal hereditario del transmitente para responder con éstos de sus deudas, y una vez estas satisfechas, que puedan recibir los transmisarios el sobrante.

Sin embargo, de seguir la tesis moderna, se da ocasión a una oportunidad económica en favor de los transmisarios, que aceptarán a beneficio de inventario la herencia del transmitente, con la finalidad de responder de sus deudas tan sólo con los bienes hereditarios del transmitente en los términos del artículo 1.023 del Código Civil, y una vez hecho esto, habiendo adquirido el *ius delationis*, aceptarán la herencia del causante originario, recibiendo directamente su caudal hereditario sin que éste quede afecto a las deudas del transmitente, puesto que lo recibirán “recta vía”, sin que haga tránsito por el caudal del transmitente.

De este modo, de tener deudas el transmitente, favorece a los transmisarios la aplicación de la tesis de la adquisición directa, puesto que les permite disfrutar libremente del caudal hereditario del causante originario sin que se vea afectado por las deudas del transmitente.

No obstante, en este caso podría plantearse la cuestión de si el *ius delationis*, integrado en la herencia del transmitente, como derecho que permite aceptar o repudiar la del causante originario, se incluiría entre los bienes de la herencia del transmitente sujetos a la responsabilidad personal e ilimitada por sus deudas.

La respuesta dependerá de si se considera dicho *ius delationis* como un derecho valorable económicamente, o como un derecho personalísimo inapreciable.

Optamos por esta segunda opción, como tratamos en el capítulo 1, por dos razones: de un lado, porque el *ius delationis* no es un derecho enajenable, convertible en un valor económico líquido con el que satisfacer a acreedores; y de otro, porque si el hecho de que el *ius delationis* forme parte de la herencia del transmitente supusiera que se sujeta lo que con él se adquiriera al pago de sus deudas, ello sería necesariamente porque rige la tesis clásica: el caudal hereditario del causante originario se integraría en el caudal del transmitente para responder de sus deudas; y en este caso no tendría sentido siquiera la mera existencia de la tesis moderna.

4.3.4. Título en la sucesión ab intestato

En la sucesión testada, el título sucesorio es el testamento. El del causante designa al transmitente y el de éste al transmisario o a los transmisarios.

En la sucesión intestada, el título sucesorio es el acta de declaración de herederos, que en todo caso se tramita notarialmente con arreglo a las prescripciones del artículo 209 bis del Reglamento Notarial, y en ellas el seguimiento de la tesis clásica o el de la tesis moderna del derecho de transmisión plantea un problema jurídico de tipo práctico.

De seguir la tesis clásica, en el acta de declaración de herederos del causante originario fallecido intestado, se designa heredero al transmitente, incluso cuando al tramitarla éste ya haya fallecido sin aceptar ni repudiar, puesto que él va a ser el heredero si los transmisarios ejercitan positivamente el *ius delationis*.

Sin embargo, si seguimos la tesis moderna, en el acta de declaración de herederos del causante originario, habiendo fallecido ya al tramitarla el transmitente, se debería designar herederos a los transmisarios, puesto que según esta tesis son los sucesores del causante originario.

Esto plantea problemas de procedimiento: de haber fallecido ya el transmitente testado, habría que incluir en el acta del causante originario el testamento del transmitente, y designar herederos del causante originario a los llamados por el transmitente, sin saber aún si van a ejercitar positiva o negativamente el *ius delationis*. Y de haber fallecido el transmitente intestado, habría que tramitar antes su acta de declaración de herederos para, posteriormente, declararlos herederos del causante originario en su acta.

Por último, de seguir vivo todavía el transmitente, se le declararía heredero en el acta, con lo que ésta quedaría viciada después de cerrada si falleciera sin ejercitar el *ius delationis*, ya que los herederos del causante originario según la tesis moderna serían los llamados por el transmitente.

No obstante, la realidad es que en ello hay una cierta imprecisión terminológica, pues en las actas de declaración de herederos lo que se determina es quienes son los llamados, no los herederos, que no lo son hasta que no acepten.

Por tanto, se siga la tesis moderna o la clásica, en el acta de declaración de herederos del causante originario se debe declarar llamado al transmitente, y si éste fallece sin aceptar ni repudiar, serán sus llamados, testamentaria o intestadamente, los que, por el sólo hecho del llamamiento, adquirirán el *ius delationis* sobre la herencia del causante originario.

En ejercicio de dicho *ius delationis*, sucederá el transmitente o sucederán los propios transmisarios al causante originario, según se siga una u otra tesis del derecho de transmisión.

Pero además, existe otro problema en la práctica cuando se sigue la tesis moderna y la sucesión del causante originario es intestada: es posible que falleciendo intestado el causante originario, se declare heredero al transmitente, que fallezca sin aceptar ni repudiar, falleciendo a su vez el transmisario sin aceptar ni repudiar, y falleciendo así varios sub transmisarios sucesivos sin aceptar ni repudiar; de modo

que podría llegarse a un punto en que, siguiendo la tesis moderna, el llamado heredero del último transmisario ya se encuentre más allá del cuarto grado respecto de dicho causante originario, con lo que a pesar de ser llamado (porque en el testamento o la declaración de herederos de su causante próximo le corresponda así), no podría suceder *ab intestato* a quien según la tesis moderna corresponde, que es el causante originario, por infringir ello el artículo 954 del Código Civil.

En la práctica, al tramitar la declaración de herederos de cada transmitente/transmisario fallecido sin aceptar ni repudiar, se deben declarar herederos a quienes lo sean respecto del mismo, habilitándoles para aceptar o repudiar su herencia; pero al comprender dicha herencia un *ius delationis* sobre la herencia de un causante originario con el que le separan más de cuatro grados, supondría la adquisición de un derecho inservible.

Podría ello solucionarse de dos modos: bien a través de la institución de la incapacidad sucesoria, señalando que el declarado heredero del último transmitente es incapaz de suceder abintestato al causante originario, produciéndose un llamamiento frustrado en su herencia; bien incluyendo en la declaración de herederos del último transmitente una subdeclaración de herederos respecto a la herencia del causante originario, por no poder en ésta última declararse al mismo heredero que en la del transmitente, ya que excedería del cuarto grado respecto al causante originario, aunque no excediera de dicho grado respecto al transmitente.

Ambas soluciones nos parecen demasiado artificiosas, sobre todo si como contrapunto se encuentra la posibilidad de acudir a la tesis clásica, que no plantearía nunca este problema, puesto que el llamado a la herencia del causante sería el transmitente, quien le sucedería mediante el ejercicio positivo del *ius delationis* por el transmisario.

4.3.5. Partición de las herencias

Como en toda herencia, la partición se debe llevar a cabo por los herederos. Cuando acontece el derecho de transmisión, ello origina en ocasiones problemas prácticos.

Como punto de partida, la partición de la herencia del transmitente la ejecutarán sus herederos (los transmisarios); y la partición de la herencia del causante originario la ejecutarán sus herederos y los transmisarios (herederos del transmitente) que hayan ejercitado positivamente el *ius delationis*, ya porque se sigue la tesis clásica e intervienen representando al heredero, que es el transmitente, ya porque se sigue la tesis moderna y ellos mismos son herederos directos del causante originario.

En el caso de que el transmitente haya designado, para su partición, un contador partidor, observa GARCÍA GARCÍA que “el contador partidor nombrado por el segundo causante tiene facultades para hacer la partición de los bienes procedentes de la herencia del primer causante, siempre que no sea necesario concretar o determinar previamente el lote de bienes que corresponde al transmitente, por ser éste heredero único del primer causante. Si existe coheredero o coherederos del transmitente, dicho contador partidor no podría determinar por sí solo los bienes que corresponden al transmitente, pues para tal concreción sería necesaria la intervención del contador partidor nombrado por el primer causante, o en otro caso, la intervención de los coherederos del transmitente.”¹⁴⁹

Observa así el autor que cuando el causante tuvo varios llamados a su herencia y uno de ellos murió sin aceptar ni repudiar, el contador partidor designado por éste, de seguir la tesis clásica, podrá hacer la partición de la herencia del transmitente por sí sólo, pero no teniendo su cargo justificación alguna en la herencia del causante, para partir ésta deberán concurrir los transmisarios, ocupando el lugar del transmitente, con los demás llamados del causante originario, para practicar la partición de éste, y una vez hecho esto quedar así determinado cómo se compondrá el caudal hereditario del transmitente sobre el que sí recae el cargo de dicho contador partidor. La aplicación de la tesis clásica implicará así que para que el contador partidor pueda llevar a cabo su función, previamente los transmisarios deberán consentir el modo de partir la herencia del causante originario.

Sin embargo, de seguir la tesis moderna, dada la estancaneidad que conlleva entre ambas sucesiones, el contador partidor podrá partir la herencia del transmitente; y en la herencia del causante originario, al que sucederán directamente los transmisarios, y en la que no tiene justificación alguna la intervención del contador partidor designado por el transmitente, los transmisarios deberán concurrir en la partición con el resto de sus llamados, para suceder directamente al causante una vez esté dicha partición ejecutada.

En definitiva, se observa que las vicisitudes prácticas para pasar de la fase de herencia yacente a la finalización de la partición dependen en gran medida de la tesis que se siga sobre el derecho de transmisión.

¹⁴⁹ GARCÍA GARCÍA, J.M., *La sucesión por derecho de transmisión*, op.cit., p. 387.

4.3.6. Disponibilidad del *ius delationis*

4.3.6.1. Introducción

Una cuestión frecuentemente discutida por la doctrina es la posibilidad o imposibilidad de disponer del *ius delationis* existente sobre la herencia del causante originario, disposición o transmisión que competiría al transmitente.

Ésta es una cuestión diferente a la que constituye el eje de nuestro trabajo, por lo que sólo profundizaremos en ella en la medida en que consideremos que puede ser de utilidad para solventar la dicotomía esencial que nos planteamos.

No debemos confundir esta cuestión sobre la posibilidad de que el transmitente libremente disponga del *ius delationis* sobre la herencia del causante originario con la que vimos en el capítulo 1 sobre la posibilidad de que el propio causante originario evitara el juego del derecho de transmisión excluyéndolo testamentariamente.

Sobre la libre disponibilidad por el transmitente del *ius delationis*, en la doctrina existen dos posiciones encontradas: la de los partidarios de la posibilidad de su disposición y la de los contrarios a la misma.

4.3.6.2. Indisponibilidad

LACRUZ considera que “el transmitente es dueño de nombrar heredero a quien crea oportuno; pero, como ocurre con las deudas y con los derechos personalísimos, no puede destinar particularmente el llamamiento ínsito en su patrimonio, el cual pasa por ministerio de la ley a sus herederos, en la proporción en que lo sean y no en otra.”¹⁵⁰

Es decir, entiende, y estamos absolutamente de acuerdo con ello, que el transmitente, como cualquier persona, puede nombrar herederos a quienes quiera; pero que el *ius delationis* no puede ser objeto de legado, y ello porque su destino ya está previsto legalmente en el artículo 1006 del Código Civil, que tiene carácter imperativo.

Refuerza dicha posición el mismo LACRUZ al señalar que “claro que el llamado a una herencia puede ordenar, a su vez, que tal herencia pase a uno solo de sus sucesores universales, o a un legatario, pero entonces ya no dispone del *ius delationis*, sino de una herencia definitivamente adquirida, porque por el hecho de realizar tal asignación singular la herencia se entiende aceptada. Así se deduce del art. 1000.1 CC, que considera adida la herencia cuando el heredero la vende, dona o cede a un extraño, a todos sus coherederos o a alguno de ellos: de donde cabe deducir (como del texto restante del precepto) que el destinatario de un vocación hereditaria no puede atribuirle singularmente, y que disponer de la sucesión a que uno está llamado equivale a aceptarla.”¹⁵¹

Lo ve del mismo modo DÍEZ PICAZO, señalando que “el *ius delationis* no puede ser objeto de actos de disposición. Si ello ocurriese, la disposición equivale a aceptar la herencia. Así se deduce, del artículo 1000.1, que entre los casos en que se entiende aceptada la herencia recoge el de venta, donación o cesión de su derecho

¹⁵⁰ LACRUZ BERDEJO, J.L. et al, *Elementos de Derecho Civil...*, op.cit., p. 40.

¹⁵¹ LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos...*, op.cit., p. 54.

por el llamado (al que impropiaamente denomina heredero). La regla es aplicable a los negocios *inter vivos*, pero también creemos que a los *mortis causa*, por la equivalencia entre disposición del *ius delationis* y aceptación de la herencia. Si el llamado deja el *ius delationis* en su testamento a uno de sus herederos, ha aceptado la herencia, y ésta es la que dejará en realidad.”¹⁵²

Por tanto, dicho *ius delationis* debe corresponder a los herederos del transmitente y no a cualquier otra persona. Se podría entender que, siendo un bien integrante de la herencia, el *ius delationis* sobre la herencia del causante originario estaría desgajado de la sucesión del transmitente, por estar su destino predeterminado legalmente, tal y como ocurre, por ejemplo, con los bienes reservables en la reserva viudal del artículo 968 del Código Civil o en la lineal del artículo 811 del mismo cuerpo legal.

Siguiendo esta consideración, si dicho *ius delationis* tiene un destino predeterminado, es ajeno a la voluntad del transmitente, que no puede disponer de él de otra forma que no sea ejercitándolo y evitando así el juego del *ius transmissionis*. Por ello, su única influencia es la designación de los transmisarios.

Podría pensarse que, al igual que en la reserva lineal los reservatarios suceden al causante originario; también en el derecho de transmisión los transmisarios suceden al causante originario por no haber podido el transmitente en ningún caso disponer del *ius delationis*. Ello lógicamente supondría un argumento a favor de la tesis moderna. Sin embargo, la indisponibilidad del bien recibido no parece suficiente argumento, pues existen otros derechos personalísimos de los que no puede disponer el causante y que no por ello implican que sus herederos no le sucedan en ellos, como son los derechos morales de autor en sede de propiedad intelectual.

De igual modo, el hecho de que el transmitente no pueda legar el *ius delationis* no parece suficiente razón para entender que el transmisario sucede directamente al causante originario.

4.3.6.3. Disponibilidad

Una opinión diferente en lo relativo a la transmisibilidad del *ius delationis* es la de ALBALADEJO, que no afirma directamente su disponibilidad por el transmitente, pero sí la posibilidad de influencia en su destino, cuando señala que “la voluntad del transmitente puede influir en que el *ius delationis* que no usó, vaya a unas personas en vez de a otras. E influye efectivamente cuando nombra herederos suyos a quienes no lo serían abintestato.

En mi criterio el transmitente puede disponer *mortis causa* del *ius delationis* siempre que la disposición la realice de modo que no implique aceptación de la herencia. Y como sólo están en ese caso, en expresión del art. 999.2º del CC, los actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejercitar sino con la cualidad de heredero, resulta que podrá disponer del *ius delationis* por acto que, abarcándolo, no se refiera singularmente a él, porque en tal caso no puede ni presumirse que encierre voluntad de aceptar la herencia, y ni

¹⁵² DÍEZ PICAZO, L.; GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil...*, op.cit., p. 302.

siquiera que al realizarlo se haya pensado en que alcanzaba al *ius delationis*. Lo que ocurre, no exclusivamente en el caso de que instituya herederos universales distintos de los intestados, sino también cuando los nombra herederos o legatarios en un sector patrimonial en el que se halle el *ius delationis* (como si dice *Dejo por herederos a A y B, a aquél en mis bienes personales, a éste en los heredados o que pueda heredar de mi familia*), o cuando ordena un legado de parte alícuota (como si dice *Por cuartas partes dejo mis bienes a A, B y C, como herederos, y a CH como legatario*).”¹⁵³

Lógicamente, como hemos señalado, el transmitente puede instituir herederos voluntarios a quienes no lo serían abintestato, es decir, a quienes no sean parientes del causante originario, influyendo así en el destino del *ius delationis*. Pero no consideramos que ello lleve a afirmar que el transmitente puede disponer de él, puesto que en ese caso no se altera la literalidad del artículo 1006 del Código Civil, es decir, el transmitente no señala un destino diferente al legalmente previsto, sus herederos.

El segundo caso previsto por ALBALADEJO también lo ha considerado GARCÍA GARCÍA, al observar que “cabe tal disposición *mortis causa* por parte del transmitente, atribuyendo los bienes de una futura herencia a un determinado heredero o a un legatario. No se ve por qué no iba a ser admisible que un determinado testador, previendo que más adelante le pudiera corresponder una determinada herencia futura o una parte de ella, decida en su testamento atribuir los bienes que procedan de esa herencia o algunos de ellos a determinadas personas distintas de los herederos de su propia herencia.

La eficacia de una disposición de estas características es evidente, por no existir ningún obstáculo legal y tener que estar a la voluntad del testador, que es la ley suprema de la sucesión.

Y respecto a la interpretación de esta disposición eficaz, es más adecuado considerar que el heredero o legatario elegidos específicamente para esos bienes han de tener en su momento la facultad de aceptar o repudiar (*ius delationis*), que no entender que recibirán automáticamente unos bienes concretos sin posibilidad de ejercitar respecto a ellos la opción típica del *ius delationis*.

Y es mejor esa solución que no la de entender que con la disposición del *ius delationis* o de los bienes de una herencia futura, el testador aceptó tácitamente la herencia, ya que una disposición testamentaria, según hemos visto, no puede tener eficacia de una aceptación tácita, dado que el testamento, al ser negocio *mortis causa*, sólo adquiere eficacia a partir de la muerte, cuando ya no existe el testador, y por ello, no puede decirse que aceptó una herencia antes de deferírsele a él.”¹⁵⁴

Este supuesto sí podría tal vez, sin embargo, considerarse como un caso de disponibilidad del *ius delationis*, pues en él, el testador sí designa los herederos concretos que van a recibir el mismo. No obstante, cuando tratamos la disponibilidad

¹⁵³ ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho Civil...*, op. cit., p. 46.

¹⁵⁴ GARCÍA GARCÍA, J.M., *La sucesión por derecho de transmisión*, op.cit., p. 276, 277.

del *ius delationis*, no nos referimos a este supuesto, sino al caso de que el testador pueda transmitirlo a otras personas.

En los casos observados, lo que hace el testador es designar cuáles de los herederos reciben el derecho, pero al fin y al cabo, designa herederos, y son éstos quienes suceden *iure transmissionis*, luego no altera el destino legal, sino que sólo selecciona unos herederos para recibir el *ius delationis*.

En estos casos, no tiene el testador libertad para transmitir el *ius delationis* a quien no sea su heredero, por lo que sólo limitadamente podría hablarse de disponibilidad del mismo.

4.3.6.4. Conclusión

Posiblemente una conclusión taxativa y adecuada a esta cuestión sea la que da HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, señalando que “el heredero electo (transmitente) no puede disponer del *ius adeundi* en absoluto. El *ius adeundi* es intangible y se hurta a cualquier manipulación por parte del transmitente; si lo toca, por poco que sea, se deshace y se convierte en herencia aceptada. Tal es la fragilidad del *ius delationis* que no sólo no cabe aceptarlo, pues se adquiere *ipso iure*, sino que el transmitente no puede renunciarlo abdicativamente ni desasirse de él de ninguna forma, pues no puede interrumpir la delación; ni puede enajenarlo ni disponer de él bajo ningún concepto, ya sea a título de legado o de institución de algunos herederos con exclusión de otros, o de todos en distinta proporción a sus cuotas hereditarias. En todos estos casos, por aplicación del artículo 1001 del Código Civil, no habría transferencia del *ius adeundi* sino enajenación o disposición de herencia tácitamente aceptada.”¹⁵⁵

Por tanto, puede colegirse que el *ius delationis* es un derecho intransmisible fuera del ámbito del artículo 1006 del Código Civil, por tener un destino predeterminado legalmente en caso de no ejercitarse por su titular.

Se observa así que el poder del titular del *ius delationis* en la fase de herencia yacente es limitado, puesto que puede ejercitarlo él pero no alterar su destino transmitiéndolo; mientras que, en la fase siguiente de la herencia, la de comunidad hereditaria, sí se permite la transmisión del derecho hereditario, regulada en los artículos 1531 y 1533 del Código Civil.

Ello es lógico, puesto que en esta última fase, el heredero ya lo es por haber aceptado, y su derecho es plenamente transmisible por derivar de un acto propio como es la aceptación; mientras que en la fase que tratamos, la de la herencia yacente, el *ius delationis* lo recibe el transmitente de modo automático, *ex lege*, por fallecer el causante, estando además su destino previsto legalmente para el caso de no ejercitarlo.

¹⁵⁵ HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, G., “La transmisión del *ius delationis*” en *Homenaje...op.cit.* p. 479.

4.3.7. Aplicabilidad del derecho de transmisión en los legados

4.3.7.1. Introducción

La aplicabilidad del derecho de transmisión en la figura de los legados es una de las cuestiones que, si bien tienen sumo interés, no trataremos en profundidad, por considerar que es importante centrarnos en solventar el concreto problema jurídico objeto del trabajo.

Baste a efectos enunciativos señalar lo siguiente: si se sigue, como ha ocurrido tradicionalmente, la tesis de la adquisición automática de los legados, al menos en los de cosa específica y determinada del artículo 882 del Código Civil, no puede operar el derecho de transmisión, puesto que al adquirirse automáticamente, no necesitan aceptación y, por tanto, no existe *ius delationis* que el legatario pueda transmitir a sus sucesores.

Sin embargo, si se considera exigible la aceptación de los legados, ya surge la posibilidad fáctica de fallecimiento de un legatario sin aceptar ni repudiar su legado, con lo que entraría en juego la discusión sobre si el artículo 1006 del Código Civil, o al menos la institución jurídica del derecho de transmisión, es igualmente aplicable al caso del legatario fallecido sin aceptar ni repudiar su legado.

4.3.7.2. Posición tradicional: adquisición automática

La postura tradicional de la doctrina acerca de los legados era la de que estos se adquieren automáticamente por el legatario al fallecer el causante, sin perjuicio de la posibilidad de repudiación, con base a lo previsto en el artículo 882 del Código Civil, que señala que *“Cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere, y hace suyos los frutos o rentas pendientes, pero no las rentas devengadas y no satisfechas antes de la muerte.*

La cosa legada correrá desde el mismo instante a riesgo del legatario, que sufrirá, por tanto, su pérdida o deterioro, como también se aprovechará de su aumento o mejora.”

A favor de ésta tesis está también el argumento de lo previsto en el artículo 888 del Código Civil que dice que *“Cuando el legatario no pueda o no quiera admitir el legado, o éste, por cualquier causa, no tenga efecto, se refundirá en la masa de la herencia, fuera de los casos de sustitución y derecho de acrecer”.*

Se observa en dicho precepto que, al contrario de lo que prevé nuestro ordenamiento para la sucesión universal, no distingue las causas de ineficacia del legado, y no menciona expresamente la premoriencia, como sí hacen para el heredero los artículos 774, 982 o 924 del Código Civil, aunque sí admite como mecanismo solutorio tanto la sustitución vulgar como el derecho de acrecimiento.

Por ello, podría pensarse que el artículo 888 del Código Civil se aplica tanto en caso de premoriencia como de postmoriencia, precisamente porque el legado no precisa aceptación, que dicho precepto ya soluciona los supuestos de postmoriencia del legatario, y que por ello no es posible el juego del derecho de transmisión.

Es esta la postura tradicional, seguida tanto por partidarios de la tesis clásica como por partidarios de la tesis moderna del derecho de transmisión, que excluyen su aplicabilidad en los legados.

Así, dice ALBALADEJO que “como, según ya he expuesto, los legados se adquieren por su delación, sin necesidad de aceptarlos, pero pudiendo renunciarlos, el legatario lo es ya desde la delación, luego no siendo su *ius delationis* (por llamarle así) una facultad de hacerse legatario aceptando, sino un simple poder dejar la transmisión de tal *ius delationis* a sus sucesores, cuando el legatario muere sin haber aceptado ni repudiado, no es realmente una transmisión del derecho a optar por ser o no legatario, sino una transmisión del legado ya adquirido y juntamente de la facultad de deshacerse de él (repudiándolo) o de renunciar a deshacerse (aceptándolo).

A tenor de eso, el transmisario del *ius delationis* que no usó el legatario llamado, desde que le sucede es ya titular de su legado al que estaba llamado (y murió sin aceptar ni repudiar), porque no es que dentro de aquella herencia encuentre, como un derecho más, el *ius delationis* al legado, sino que encuentra éste mismo (o, mejor, los bienes que los compongan) formando parte de ella provisionalmente. Por lo que, si quiere, puede renunciarlos, pero si los acepta, resulta que los recibe del transmitente (de cuya herencia formaban ya parte provisionalmente, como he dicho), y sucede en ellos a éste, y no al primer causante, como antes afirmé para el caso de la herencia.”¹⁵⁶

GITRAMA se plantea la cuestión de los legados y el *ius transmissionis*, optando también por la postura tradicional germánica al señalar que “el artículo 1006, ¿es también aplicable a los legados? Muerto el legatario sin aceptar o no el legado –caso de que ello se requiere para la efectividad de la atribución- pasará a sus herederos el derecho que él tenía. Con todo, es pacífica la doctrina en estimar que la delación del legado produce directa e inmediatamente la adquisición del mismo sin necesidad de su aceptación, bien que pueda ser renunciada por el legatario. Según ello, no tiene el legatario un *ius delationis* sobre el legado de la naturaleza del que compete al heredero sobre la herencia, sino que desde la apertura de la sucesión la delación produce la adquisición del propio legado (arts. 881 y 882 del Código civil). Vale decir que, respecto de los legatarios no se duda de que rige el sistema germánico de adquisición hereditaria y, por consiguiente, no cabe pensar en una cascada de sucesivas aceptaciones o repudiaciones.”¹⁵⁷

4.3.7.3. Posición moderna: necesaria aceptación

Sin embargo, a pesar de lo dicho hasta ahora, la Dirección General de los Registros y del Notariado en resolución de 19 de Septiembre de 2002 consideró que los legados también precisan de aceptación y, siendo así, serían aplicables de modo paralelo todos los problemas del derecho de transmisión.

¹⁵⁶ ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho Civil...*, op.cit., p. 48.

¹⁵⁷ ALBALADEJO, M.; GITRAMA GONZÁLEZ, M., *Comentarios al Código Civil...*, op.cit., p. 289.

Así lo ve MANRESA, que es tajante al respecto, diciendo que “el precepto del art. 1006 es también aplicable á los legados, como prueba el art. 889.”¹⁵⁸

Se refiere el autor al segundo inciso del citado artículo 889 del Código Civil, que dice que “*Si muriese antes de aceptar el legado dejando varios herederos, podrá uno de éstos aceptar y otro repudiar la parte que le corresponda en el legado*”.

Esta posición se pondría en relación con lo que veremos posteriormente respecto de la pluralidad de transmisarios, y llegaría a la conclusión de que los legatarios transmisarios sí podrían unos aceptar y otros repudiar el legado deferido al legatario transmitente pero no aceptado por él, en una suerte de derecho de acrecimiento.

Tras la citada resolución, en la actualidad, suele sostenerse esta tesis de la necesaria aceptación de los legados, y así RIPOLL JAÉN dice que “una insuficiente interpretación del Derecho Romano, excluía del derecho de transmisión al transmitente legatario, fundándose erróneamente en que el legado no requiere su aceptación, lo que dista mucho de la realidad histórica y actual. Baste recordar, en el primer caso, las discusiones entre Sabinianos y Proculeyanos, sobre este punto, prevaleciendo la opinión de estos últimos que exigían la aceptación y, en el segundo, considerar el principio, expresión de la libertad jurídica, sancionador de que *Nadie adquiere derechos sin el concurso de su voluntad*, aunque la voluntad, en caso de legados, tenga su expresión más genuina en la entrega de la cosa y su recepción o, lo que es lo mismo, en la posesión.”¹⁵⁹

Esta cuestión de la aplicabilidad del derecho de transmisión a los legados tiene su importancia al ponerla en relación con la dicotomía entre las tesis clásica y moderna del derecho de transmisión, si se opta por considerar que efectivamente el *ius transmissionis* es aplicable a los legados.

En este caso, si se sigue la tesis moderna, se llegaría al contrasentido de entender que si el legatario muere sin aceptar el legado; el heredero del legatario adquiriría dicho legado del causante originario. Ello carece de todo sentido y así lo observa la doctrina. Incluso los partidarios de la tesis moderna excepcionan de su aplicación los legados, como BOSCH CAPDEVILA, que considera que “el derecho de transmisión también tiene lugar en los legados, aunque con diferencias importantes respecto al *ius transmissionis* hereditario. Partiendo de la base de que el bien legado ya formará parte de la herencia del legatario, la transmisión de la delación supondrá que el heredero del legatario podrá *consolidar* la adquisición hecha por el legatario transmitente mediante la aceptación, o extraer el bien legado del patrimonio del transmitente mediante la repudiación del legado. Si la adquisición automática del legado hace que éste se integre en la herencia del legatario transmitente, debe concederse que a quien sucede en este caso el transmisario es al transmitente, y no al primer causante, y que el legado debe computarse dentro del *relictum* del transmitente a los efectos del cálculo de la legítima. Tales consecuencias, contrarias a

¹⁵⁸ MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios al Código Civil...*, op.cit., p. 452.

¹⁵⁹ RIPOLL JAÉN, A., *Derecho de Transmisión: lo innecesario, lo prohibido...*, op.cit., p. 2.

las que se han apuntado respecto al derecho de transmisión de la herencia, se justifican por el distinto régimen adquisitivo de herencia y legado.”¹⁶⁰

Posiblemente esta diferencia de criterio pueda entenderse como un argumento en contra de la tesis moderna: se puede seguir una tesis u otra, pero si se admite su aplicabilidad a los legados, lo que es una cuestión discutida, lo que no parece de recibo es imponer una excepción en una institución cuyo razonamiento debe ser uniforme.

Entendemos que se puede defender la necesidad de aceptación de los legados o su adquisición automática, y en el primer caso se puede defender o no la aplicabilidad del *ius delationis* vía artículo 889 del Código Civil.

Pero si así se hace, y se opta por considerar que los legados deben ser aceptados y que si el legatario fallece sin aceptar ni repudiar, se aplica el derecho de transmisión, se debe ser coherente y consecuente con la tesis, clásica o moderna, que se siga respecto de la herencia.

4.3.7.4. Conclusión

En nuestra opinión, nuestro ordenamiento acoge la solución germánica de la adquisición automática de los legados sin perjuicio de la facultad de repudiarlos en los artículos 881 y 882 del Código Civil; y ello supone que no existe un *ius transmissionis* como el del artículo 1006 del Código Civil, sino una institución propia que permite que se transmita la facultad de repudiar.

Pensemos en el testador que instituye heredero a un hijo y le lega un bien. Si el hijo fallece sin manifestarse, se aplicaría el derecho de transmisión respecto de la herencia; pero no respecto del legado, que ya habría adquirido desde la muerte del causante.

De este modo, el heredero de dicho hijo encontraría en el caudal relicto el *ius delationis* para aceptar o rechazar la herencia deferida al causante y también encontraría en dicho caudal el bien legado a su causante unido a la facultad de repudiar dicho legado.

¹⁶⁰ BOSCH CAPDEVILA, E., “Artículo 1006”..., op.cit., p. 1533.

4.4. Derecho de transmisión y sucesión forzosa o legitimaria

4.4.1. Introducción

La sucesión legitimaria o forzosa se define tradicionalmente como aquella que se defiere necesaria e imperativamente por ministerio de la ley, sin tener en cuenta las disposiciones del causante e incluso a pesar de lo señalado en ellas.

En la aplicación del derecho de transmisión, la posible existencia de legitimarios del causante originario no tiene trascendencia, puesto que el artículo 1006 del Código Civil habla de la muerte del heredero, y a los legitimarios se les puede dejar su legítima por título de herencia o legado.

Sin embargo, sí es de suma importancia la existencia o inexistencia de legitimarios del transmitente.

Y ello porque, de seguir la tesis clásica, el transmitente va a suceder al causante originario, se va a incrementar el patrimonio hereditario de aquél, y por tanto, se va a incrementar el *quantum* de sus herederos forzosos.

En cambio, en la tesis moderna, el transmitente no va a recibir nada del causante originario, sino que le suceden los transmisarios, y por tanto los legitimarios del transmitente en nada se ven afectados, puesto que su legítima sólo recae sobre el caudal relicto del transmitente, en el que únicamente se encuentra como valor el *ius delationis* pero nunca el contenido patrimonial de la herencia del causante originario. En principio, tampoco podrían los legitimarios del transmitente pretender ostentar un derecho sobre dicho *ius delationis*, puesto que es un derecho cuyo destinatario viene predeterminado legalmente, siendo éste el heredero del transmitente, sea o no sea legitimario, aunque esto no es pacífico en la doctrina, ya que hay quienes entienden que dichos legitimarios del transmitente ostentan un derecho sobre el *ius delationis* que debe materializarse cuando los transmisarios sucedan al causante.

Observa PÉREZ RAMOS que “para la tesis de la doble transmisión, en la escritura de partición de la herencia del primer causante es necesario la concurrencia, presentes o representados, tanto de los herederos, legatarios de parte alícuota, cónyuge viudo y legitimarios del primer causante como, en la medida que se adjudican bienes del primer causante en pago de la cuota hereditaria del transmitente, los mismo sujetos, pero relativos al transmitente.

En cambio, para la teoría de la adquisición directa, basta con el consentimiento de los herederos, legitimarios y viudo del primer causante, más los herederos del transmitente (los transmisarios), pero en cambio no se necesita la concurrencia del cónyuge viudo del transmitente, sus legatarios de parte alícuota o sus legitimarios no herederos, ya que los bienes del primer causante no se integran en la herencia del transmitente”.¹⁶¹

Profundicemos en esta influencia de la sucesión forzosa en la elección entre las tesis clásica y moderna sobre el derecho de transmisión.

¹⁶¹ PÉREZ RAMOS, C., “El legitimario del transmitente, que no sea transmisario, no tiene que consentir la partición de la herencia del primer causante”. En *El Notario del siglo XXI*. Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2019, p.188.

4.4.2. Tesis clásica del derecho de transmisión

Decíamos que en la tesis clásica aparece un nuevo problema jurídico: el de los herederos forzosos del transmitente cuando no son también sus herederos voluntarios.

SOLÍS VILLA señala que “cuando los transmisarios (que aceptan y adquieren la herencia del primer causante o una cuota de ella) son también los únicos interesados en la herencia del transmitente, la identidad será total. Pero no la habrá si en la herencia del transmitente concurre también algún legatario de parte alícuota (sea un legitimario al que se le lega su legítima, sin más especificación, o un no legitimario al que no se quiere instituir heredero, pero sí darle una *pars bonorum*).

Cuando haya identidad de interesados dará igual, a efectos prácticos, aplicar, sin más averiguaciones, el artículo 1006 CC, y con mayor motivo si se sigue la doctrina clásica (doble transmisión) sobre la forma en que sucede el transmisario al primer causante, pues al integrarse los bienes de la herencia de dicho primer causante en la herencia del transmitente, de quien los reciben los transmisarios, serán tenidos en cuenta dichos bienes para el cálculo de las legítimas (818 CC) que sean carga de la herencia del transmitente, a quien suceden directamente los transmisarios (en el *ius delationis* y en los bienes que procura su ejercicio procedentes del primer causante).”¹⁶²

Sin embargo, sí se plantean problemas cuando el transmitente tiene un heredero voluntario diferente a sus herederos forzosos, puesto que habrá que decidir si dichos legitimarios tienen que calcular su legítima únicamente sobre el caudal hereditario del transmitente o si, una vez ejercitado positivamente el *ius delationis* por el transmisario, los legitimarios calcularán su legítima sobre el caudal total, sumado el proveniente del causante originario que ha recibido el transmitente.

En este último sentido lo entendemos, puesto que según los parámetros de la tesis clásica, y dada la retroacción de aceptaciones, el transmisario hereda del transmitente un único caudal hereditario en el que se encuentra incluido el que el transmitente heredó del causante originario. Por ello, los legitimarios del transmitente sí pueden reclamar su porción legitimaria sobre el caudal total.

Sin embargo, debemos decir que esta posición no es pacífica en la doctrina. SOLÍS VILLA sigue una solución diferente, aunque lo hace desde un punto de vista genérico y sin discernir entre la tesis clásica y la moderna. Sostiene que debe tenerse en cuenta el valor del *ius delationis* para la computación de legítimas pero que ello no supone que dichos bienes estén afectos a su pago, al señalar que “es dudoso que el cómputo del valor de la delación suponga también la afección directa de los bienes de la herencia del causante inicial al pago de las legítimas a cargo del transmitente, sin más argumento que el de ser de aquélla procedencia los bienes que corresponden al transmisario. Parece excesivo aplicar el art. 806 CC a bienes que nunca han sido del transmitente, sino, que, a lo más, (para los que niegan la sucesión directa del transmisario) se les ha hecho pasar fugazmente por la herencia del transmitente, para

¹⁶² SOLÍS VILLA, C., “La aceptación improcedente (o tardía) de la herencia...”, op.cit., p. 352, 353.

salir inmediatamente hacia el patrimonio del transmisario, si es heredero único o a la comunidad hereditaria exclusiva de transmisarios, si son varios. Parece más adecuado a la independencia de las dos sucesiones (la del causante inicial y la del transmitente) que si éste no ha dejado bienes suyos suficientes para pagar las legítimas así computadas, puedan sus legitimarios (como acreedores del transmisario por sus legítimas) embargar los bienes procedentes de la herencia del primer causante, con fundamento en la acción de complemento que regula el art. 815 CC; y, si la hubiese repudiado y careciese de bienes propios suficientes para pagar las legítimas así computadas, ejercitar el derecho del artículo 1001 CC, en la medida de sus legítimas insatisfechas.”¹⁶³

Entiende el autor por tanto que los bienes del causante originario sí se deben tener en cuenta a efectos de computación de legítima de los legitimarios del transmitente, pero que no existe la afección *pars bonorum* sobre los bienes procedentes de dicho causante originario, sino tan sólo una acción de complemento de legítima.

Consideramos que la teoría que propugna puede ser apta dentro de la tesis moderna del derecho de transmisión, pero no en la tesis clásica, en la que, al fallecer el transmitente y ejercitar positivamente el transmisario su *ius delationis* sobre la herencia del causante originario, se produce una confusión de patrimonios: se entiende que el transmitente ha sucedido al causante originario al fallecer éste; y que el transmisario ha sucedido al transmitente al morir éste, en todo su patrimonio hereditario, en el que se incluía el procedente del causante originario, tanto a los efectos que favorecen al transmisario como a los efectos que le pueden perjudicar, pues por ello tenía también la posibilidad de aceptar la herencia del transmitente y repudiar la del causante originario si consideraba que ello iba a suponerle un gravamen excesivo por tener que satisfacer una mayor porción a los legitimarios del transmitente.

¹⁶³ SOLÍS VILLA, C., “La aceptación improcedente (o tardía) de la herencia...”, op.cit., p. 357.

4.4.3. Tesis moderna del derecho de transmisión

De seguir la tesis moderna o de la adquisición directa, la sucesión forzosa tiene una influencia diferente. Como decíamos anteriormente, los legitimarios no herederos del transmitente calcularán su legítima sobre el caudal relicto del transmitente, y éste no se va a ver aumentado ni disminuido por el hecho de que su heredero, el transmisario, acepte en ejercicio del *ius delationis* la herencia del causante originario ya que, según esta tesis moderna, le sucederá directamente a él.

Decíamos antes que, como mucho, se podría entrar a discutir si el *ius delationis* que sí recibe el transmitente, y que no ejercita, debe tener un valor económico, que deba tenerse en cuenta para el cálculo de la legítima de los herederos forzosos del transmitente.

Nos hemos posicionado anteriormente en contra de ello. Sin embargo, señala SOLÍS VILLA que “si se sigue la doctrina de la sucesión directa del transmisario al causante inicial, los legitimarios herederos y únicos interesados en la herencia del transmitente encontrarán en la herencia del primer causante los bienes que habrían hallado en la del transmitente, por lo que no sufren perjuicio alguno, aun en el caso de que sus legítimas se calculen solo sobre el valor neto del caudal relicto del transmitente, como sostienen los defensores de la teoría estricta de la sucesión directa, que niega a los legitimarios del transmitente que no sean sus herederos (art. 815 CC) cualquier intervención en la herencia del primer causante, que para ellos es completamente ajena. Precisamente, pensando en los legitimarios no herederos del transmitente (que, en rigor, deberían quedar excluidos de la sucesión al primer causante) se moderan los efectos de la sucesión directa (por razones de justicia) para que estos legitimarios no sufran perjuicio, mediante la computación del valor del *ius delationis* en el cálculo de sus legítimas.”¹⁶⁴

En caso de seguir esta variante dentro de la tesis moderna, surgirá un nuevo problema: cómo valorar, a efectos de fijación de legítimas, el *ius delationis*.

Consideramos que no quedaría otra opción que valorarlo en la misma cuantía que el caudal relicto del causante originario. Esta solución propugna, como veíamos, SOLÍS VILLA, que considera que “parece justo, entonces, que en el cómputo de las legítimas del transmitente, se incluya a efectos de la reconstrucción *ad valorem* del patrimonio del transmitente (art. 818 CC), el valor de la delación, que sí es susceptible de valoración; esta protección es muy necesaria en un sistema como el nuestro en el que el deudor de la legítima no está obligado a instituir herederos a sus legitimarios (art. 815 CC) y vemos como la facultad de elegir el título por el que se satisface la legítima origina casi siempre el conflicto entre el transmisario (que puede ser un extraño) y los descendientes o la viuda del transmitente. Esta computación no disminuye ni coarta la libertad del transmisario para aceptar o repudiar la herencia del primer causante (art. 988 CC).”¹⁶⁵

Otros autores sin embargo entienden que el *ius delationis* no tiene carácter patrimonial, como JORDANO FRAGA, que critica la posición patrimonialista del

¹⁶⁴ SOLÍS VILLA, C., “La aceptación improcedente (o tardía) de la herencia...”, op.cit., p. 353.

¹⁶⁵ SOLÍS VILLA, C., “La aceptación improcedente (o tardía) de la herencia...”, op.cit., p. 357.

ius delationis y señala que “la insuficiencia de este argumento es patente por la falsedad manifiesta de la premisa de que se parte (todo lo heredable tendría naturaleza patrimonial).”¹⁶⁶

Lo argumenta diciendo que “la extrapatrimonialidad no es incompatible con la heredabilidad. La extrapatrimonialidad sí significa, en cambio, necesariamente indisponibilidad, pero ésta, a su vez, es compatible con la sucesión *ope legis*, producida por la ley sin disposición ni *inter vivos* ni *mortis causa* por parte del titular originario, en la titularidad extrapatrimonial del causante subsistente tras su fallecimiento (e incluida *ex lege* en la herencia), en favor de su heredero (el adquirente de la herencia).”¹⁶⁷

Seguimos esta última corriente: preferimos sostener que se trata de un derecho, el de aceptar la herencia, personalísimo y no valuable económicamente.

Así, de seguir la tesis moderna, entendemos que debe hacerse con todas sus consecuencias, entre las que destaca la no afectación del derecho de transmisión a las legítimas de los herederos forzosos del transmitente.

Es ésta una cuestión de indudable trascendencia en la práctica, sobre todo si se sigue la tesis moderna pero se modera en el sentido expuesto por SOLÍS VILLA, entendiendo que el transmisario sucede directamente al causante originario, pero que en el cómputo de las legítimas de los herederos forzosos del transmitente debe tenerse en cuenta el valor del *ius delationis*.

Es una solución con la que, como hemos dicho, no estamos de acuerdo, pero que no por ello carece de coherencia, si se sostiene que el transmisario sucede al causante originario en su patrimonio hereditario, pero al transmitente en el *ius delationis*, que por tanto debe computarse para las legítimas.

Además, en la práctica, esta solución suele evitar controversias. Observa SOLÍS VILLA que “en la práctica notarial se aplica con frecuencia el art. 1006 CC, interviniendo también en la partición de la primera herencia los legitimarios no herederos y el cónyuge viudo del transmitente, aquéllos por virtud de los arts. 806 y 839 CC, siendo escasa la litigiosidad a que da lugar por la inclinación natural de los notarios a buscar las soluciones más seguras y acreditadas, lo que supone, por lo general, seguir la teoría de la sucesión directa tal como la concibe ALBALADEJO. La teoría estricta o rigurosa, a tenor de la cual los legitimarios del transmitente no tienen derecho alguno en la herencia del primer causante, que es totalmente independiente de la del transmitente, tiene bastantes defensores, pero muy poca repercusión práctica (porque se estima injusta en sus resultados), quedando relegada al ámbito de los estudios doctrinales”.¹⁶⁸

¹⁶⁶ JORDANO FRAGA, F., “Los acreedores del llamado...”, op. cit., p. 49.

¹⁶⁷ JORDANO FRAGA, F., “Los acreedores del llamado...”, op. cit., p. 51.

¹⁶⁸ SOLÍS VILLA, C., “La aceptación improcedente (o tardía) de la herencia...”, op.cit., p. 357.

4.4.4. Conclusión

Se trata, en definitiva, de una cuestión controvertida. En nuestra opinión, cuando se opta por la tesis clásica o por la tesis moderna, deben seguirse sus consecuencias de modo coherente.

Por ello, si se sigue la tesis clásica, el transmisario recibe del transmitente una herencia en la que ya se encuentra la del causante originario, aceptada indirectamente vía *ius delationis*, y por tanto los legitimarios del transmitente pueden computar su legítima sobre el total.

Y si se sigue la tesis moderna, el transmisario sucede directamente al causante originario, y nada pueden reclamar los herederos forzosos del transmitente sobre dicha herencia, que les es extraña, sin que sirva el argumento de valorar el *ius delationis* que sí recibió el transmisario del transmitente, puesto que pudo ejercitarlo positiva o negativamente, y es un derecho con un fuerte carácter personal que impide patrimonializarlo, que además se desgaja de la sucesión por mandato del artículo 1006 del Código Civil.

Y ello a pesar de que el transmisario, heredero voluntario del transmitente, podría perjudicar a los legitimarios de éste, negando la posibilidad de que el transmitente hubiera aceptado tácitamente en vida la herencia del causante originario, para aplicar el derecho de transmisión en su versión moderna con el fin de perjudicar a los herederos forzosos del transmitente y que reciban una legítima inferior. Éstos últimos, en su caso, podrán recurrir a la doctrina sobre el abuso de derecho del artículo 7.2 del Código Civil.

Esta conclusión de que la tesis moderna conlleva la innecesidad de intervención de los legitimarios del transmitente es compartida por PÉREZ RAMOS, que señala que “en la partición de la herencia del primer causante no tienen por qué intervenir ni consentir los legitimarios ni herederos del transmitente, puesto que ni son legitimarios del primer causante ni son sus herederos.

Sí que deben intervenir en la partición de la herencia del transmitente, que es el lugar donde se debe agregar el valor del *ius delationis* para calcular la legítima individual y donde, en su caso, deben consentir los legitimarios del transmitente que su legítima –cuyo importe se ha incrementado- no se satisfaga con bienes del primer causante.”¹⁶⁹

¹⁶⁹ PÉREZ RAMOS, C., “El legitimario del transmitente...”, op.cit., p.194.

4.4.5. Situación del cónyuge viudo del transmitente

4.4.5.1. Introducción

La opción por una u otra tesis del derecho de transmisión tiene una especial trascendencia para un sujeto diferente a los protagonistas del mismo: el viudo del transmitente, que será beneficiado en la tesis clásica y perjudicado en la moderna; de un modo semejante al que veíamos anteriormente para el resto de legitimarios del transmitente.

Por las especiales características de la legítima de dicho cónyuge viudo, consideramos trascendente estudiarlo por separado.

4.4.5.2. Tesis clásica del derecho de transmisión

En la tesis clásica, como el transmitente sucede al causante originario, el patrimonio hereditario del primero se ve incrementado con lo que recibe de su causante originario. Por ello, el usufructo que constituye la legítima del viudo recae sobre una mayor masa hereditaria, ya que no sólo comprende el patrimonio hereditario del transmitente, sino que éste se ha aumentado por confusión con el del causante originario.

Entonces se plantea si el viudo del transmitente, cuya legítima, mientras no se commute, no se concentra en ningún bien sino en todo su patrimonio, debe intervenir en la decisión de los transmisarios de aceptar o repudiar, en ejercicio del *ius delationis*, la herencia del causante originario.

Si se considera el *ius delationis* como un bien más de los que integran la herencia del transmitente, la respuesta sólo debe ser positiva. Igual que debe intervenir en la venta de un bien antes de la partición, también deberá intervenir en la decisión de aceptar o repudiar, pues su usufructo recae sobre todo el patrimonio hereditario mientras no se concrete en la partición.

Si, en cambio, se considera que el *ius delationis* se sujeta a una delación especial y desgajada que, por ministerio de la ley, corresponde sólo a los herederos del transmitente, sólo ellos deberán decidir sobre el sentido de su ejercicio.

Nos posicionamos a favor de esta segunda opción.

Ya hemos dicho que el *ius delationis* es un valor integrante de la herencia del transmitente, pero entendemos que, por el tenor del artículo 1006 del Código Civil, se somete a una sucesión separada, y pasa directo a los herederos del transmitente, sin que le afecte la legítima del viudo en cuanto a su ejercicio, cuya decisión sólo corresponde a aquellos, por su carácter personalísimo.

Ello sin perjuicio de que, si los transmisarios ejercitan el *ius delationis* en sentido positivo, según la tesis clásica, hacen al transmitente heredero del causante originario, por lo que se ve incrementada la masa hereditaria, y el viudo se ve beneficiado ya que su usufructo legítimo se extiende sobre una herencia mayor.

En este sentido, cabe recordar que la resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 22 de Octubre de 1999, citada anteriormente y dictada en una época en la que prevalecía la tesis clásica, otorga derecho al viudo del

transmitente a intervenir en la partición que realicen los transmisarios, por considerar que su legítima se extiende a todos los bienes del caudal hereditario del causante originario.

4.4.5.3. Tesis moderna del derecho de transmisión

Sin embargo, si se sigue la tesis moderna o de la adquisición directa, el transmisario sucede al transmitente en el *ius delationis* y al causante originario en la herencia.

Se plantearán los mismos problemas señalados anteriormente sobre si el viudo debe intervenir en la decisión del transmisario por cuanto su legítima comprende dicho *ius delationis*; pero en cambio, una vez los transmisarios ejerciten positivamente el *ius delationis*, como los transmisarios suceden directamente al causante originario al ejercitar el *ius delationis*, la legítima del viudo del transmitente no recaerá sobre dicho caudal procedente del causante originario, por lo que en nada le afecta dicha decisión, en la que se plantea si debe intervenir, al cónyuge viudo del transmitente, ya que el patrimonio hereditario del transmitente, sobre el que recae su legítima, permanece inalterado, y el patrimonio del causante originario pasa directo a los transmisarios.

Así lo observa GALÁN, al señalar que “no parece que esta intervención de la viuda del transmitente le otorgue propiamente un derecho de usufructo en la sucesión del primer causante, por lo que la teoría moderna evita también el problema de la aparición de un doble usufructo viudal, para el caso de concurrir la viuda del transmitente con la del primer causante, supuesto que precisaba su configuración como usufructo sucesivo”.¹⁷⁰

Esta es la posición que siguió durante cierto tiempo la anteriormente llamada Dirección General de los Registros y del Notariado, que en sus resoluciones de 26 de Marzo y de 11 de Junio de 2014, abandonando explícitamente el criterio acogido en la de 22 de Octubre de 1999 consideró que *en las operaciones divisorias de la herencia de la primera causante no es necesaria la intervención del cónyuge del transmitente y sí tan sólo la de la transmisaria*.

Es esta una posición que claramente tenía como perjudicado al viudo del transmitente, cuya legítima recae sobre un patrimonio más limitado sólo por el hecho de que su cónyuge no aceptase en vida la herencia del causante originario.

Sin embargo, recientemente, la Dirección General, en resolución de 26 de Mayo de 2021, confirmando el camino iniciado en las de 5 y 11 de abril y 6 de junio de 2019 y 3 de febrero de 2021, ha modificado su criterio exigiendo, no sólo que en la partición de la herencia del causante originario intervenga el viudo del transmitente, sino que además, se exprese la causa de dicha intervención, señalando si se va a adjudicar o no bienes dicho viudo, y en este último caso si ello se debe a un acto de liberalidad.

¹⁷⁰ GALÁN DIAZ, R., “El derecho de transmisión, con especial atención a la consolidación de la tesis de la adquisición directa”. En *El Notario del siglo XXI*. Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2017, p.146.

El supuesto de hecho era el de un causante fallecido con dos hijos a los que designaba herederos. Fallecido uno de los hijos intestado con viuda e hijo, sin aceptar ni repudiar la herencia de su padre, resultó por tanto su sucesor su hijo, sin perjuicio de los derechos legitimarios de su viuda. En la partición de herencia del primer causante intervinieron tanto su hijo, como su nieto y la viuda del hijo premuerto, que simplemente consintió dicha partición como viuda del transmitente.

El Centro Directivo comienza su argumentación señalando que *la obligada protección de los herederos forzosos exige entender que, a efectos de determinar el importe de la legítima, el ius delationis también se computa, porque en sí es susceptible de valoración económica por lo mismo que es susceptible de venta. (...) Aunque el transmisario que ejercita positivamente el «ius delationis» adquiere la condición de heredero directamente del primer causante, su contenido viene delimitado por la vocación al transmitente; al formar tal derecho parte de la herencia del transmitente, con ese derecho –y, por ende, con la herencia del primer causante– debe satisfacerse a los legitimarios del transmitente.*

Tras estas premisas, en las que partiendo de la tesis moderna o de la adquisición directa, propugna la defensa de los legitimarios del transmitente, con la premisa ya sentada en anteriores resoluciones de que el viudo del transmitente debe necesariamente intervenir en la partición de la herencia del causante originario, la Dirección General da un paso más, y entiende que la intervención del viudo del transmitente en la herencia del primer causante no puede consistir solamente en declarar que presta su consentimiento a dicha partición; sino que *debe hacerse una adjudicación o especificarse en qué concepto presta ese consentimiento, es decir, cuál es el concreto título material que constituye la causa de que no reciba ninguna adjudicación. Sienta finalmente su doctrina diciendo que dicho viudo del transmitente debería expresar que renuncia a su legítima en la herencia del transmitente –y entonces ya no sería partícipe de esa comunidad sobre los bienes de la herencia del primer causante–, o que sin renunciar a esa legítima no recibe nada en la partición porque está conforme con que los demás partícipes reciban excesos de adjudicación a título gratuito; o que ha recibido dinero extrahereditario u otros bienes o, que se extinguen créditos que ostentan frente a ese cónyuge los demás partícipes por el mismo importe del exceso de adjudicación; o por cualquier otra causa válida en Derecho.*

En nuestra opinión, el contenido de la citada resolución peca de incoherencia, puesto que es incompatible con los parámetros de la tesis moderna o de la adquisición directa, ya que atribuye al viudo del transmitente un derecho patrimonial, no sólo sobre el *ius delationis*, sino sobre la propia herencia del causante originario, exigiendo que el viudo renuncie a una adjudicación concreta de bienes de dicha herencia; lo cual no puede admitirse sin admitir previamente que dicha herencia del causante originario se integra en la del transmitente, es decir, que el transmitente sucede al causante originario, en definitiva, que realmente rige la tesis clásica o de la doble transmisión.

4.5. Pluralidad de transmisarios

4.5.1. Introducción

El esquema tradicional de estudio del derecho de transmisión parte de la existencia de un causante, un transmitente y un único transmisario.

Sin embargo, consideramos que el estudio de supuestos de pluralidad de transmisarios podría ayudarnos a resolver dudas que plantean las tesis clásica y la tesis moderna del Derecho de transmisión.

Como hemos señalado previamente, no nos referiremos a la herencia del transmitente, puesto que no plantea ningún problema especial, ya que en ella la pluralidad de herederos tiene las mismas reglas que en todas las herencias, previstas en el artículo 1007 del Código Civil.

Baste señalar, como reitera PUIG PEÑA, que respecto de la herencia del transmitente “cuando son varios los favorecidos por el derecho de transmisión, podrán unos aceptar y otros repudiar la herencia; así como también cada uno gozará de libertad para aceptar la herencia puramente, o a beneficio de inventario”.¹⁷¹

Sin embargo, sí hay particularidades respecto de la herencia del causante originario en el juego del derecho de transmisión, puesto que los transmisarios pueden: aceptar todos la herencia del causante originario; repudiarla todos; o aceptarla unos y repudiarla otros; y ante estas situaciones hay diferentes consecuencias.

Si la aceptan o repudian todos ellos, no se plantearán peculiaridades diferentes de las que acontecen cuando es uno sólo el transmisario y que ya hemos tratado anteriormente; pero si unos aceptan y otros repudian, sí se da lugar a una serie de cuestiones de interés para el problema jurídico que aquí se trata de resolver.

¹⁷¹ PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil Español...*, op.cit., p. 458.

4.5.2. Evolución histórica

El Proyecto de Código Civil de 1851 decía en su artículo 836: “Si son varios los herederos y hay discordancia, aceptarán los que quieran, y los que no quieran, no; pero los que acepten, lo harán por la totalidad. Si la discordia fuere sobre aceptar á beneficio de inventario ó sin él, se aceptará á beneficio de inventario y aprovechará a todos los coherederos.”

Por tanto, la solución del Proyecto era una suerte de acrecimiento: siendo varios transmisarios, los que aceptaran la herencia del causante originario la recibirían en su totalidad; salvo que hubiere desacuerdo sobre si aceptar puramente o de forma beneficiaria, en cuyo caso se aplicaba ésta última.

Como observa GITRAMA, “se complica la cuestión si siendo al menos dos los herederos llamados a la herencia primitiva y muertos (por ejemplo, en accidente) sin ejercitar su opción, y siendo dos o más aquellos a los que se transmite el *ius delationis*, unos quieren aceptar y otros no, unos quieren hacerlo pura y simplemente y otros en forma beneficiaria. El Proyecto de Código de 1851 resolvía que los aceptantes se harían con la totalidad de la herencia y que si la discordia versaba sobre aceptar o no a beneficio de inventario, se entendería que sí en provecho de todos; es decir, que la aceptación sería beneficiaria. El legislador del Código civil seguramente estimó suficiente el precepto del artículo 1007, que después veremos y que acusa mayores generalidad y libertad que el Proyecto de 1851.”¹⁷²

Al respecto señaló MUCIUS SCAEVOLA que “nuestro proyecto de 1851 seguía el camino trazado por el Código francés. El de 1882 cambió de rumbo y estableció que podrían unos herederos aceptar la herencia y otros renunciarla, pero que los que aceptaran tomarían la totalidad; y que en el caso de querer aceptarla todos, unos simplemente y otros á beneficio de inventario, se entendería aceptada toda del último modo.”¹⁷³

Ya con arreglo al Proyecto de 1851, se observó la existencia de la problemática doctrinal, como hemos visto, y como observó MANRESA diciendo que “a pesar del rigor de los principios, según los cuales todos los herederos del transmitente obran en nombre de éste, cuya aceptación debía ser indivisible, no vemos inconveniente en admitir que uno de ellos acepten y otros repudien la primera sucesión, porque cada uno de dichos herederos es, con independencia de los demás, representante de su personalidad una é indivisa, y como tal, usa del derecho que correspondía á su respectivo causante con libertad; pero es preciso que los que acepten no lo hagan en parte, sino por entero, esto es, que ellos sólo abarquen toda la cuota que correspondía á su causante, quedando los demás como extraños á la herencia primera.

Ahora bien, si convienen en la aceptación todos ó varios, supuesta en los otros la libertad de renunciar, esa aceptación, por analogía con lo preceptuado en el art. 1007, y dada la omisión de la regla que daba el proyecto de 1851, podrá hacerse por unos puramente y por otros á beneficio de inventario, ya que los acreedores y legatarios no se perjudican, los coherederos son todos libres, y la anomalía que parece envolver

¹⁷² ALBALADEJO, M.; GITRAMA GONZÁLEZ, M., *Comentarios al Código Civil...*, op.cit., p. 287.

¹⁷³ MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil comentado...*, op.cit., p. 481.

esta solución se halla aceptada por el Código en el citado art. 1007, que establece una regla más general que la de dicho precepto, é inspirada en un criterio de mayor libertad.”¹⁷⁴

Parece por tanto que el autor deja entrever que los principios del Derecho conducirían a obligar a los transmisarios a aceptar o repudiar, todos en conjunto, la herencia del causante originario; pero el legislador ha querido ser más flexible y permite que unos transmisarios acepten y otros repudien dicha herencia, una vez aceptada la del transmitente.

Introduce así MANRESA lo que podría ser una tesis general, precedida de la tesis especial que, según admite, sería la lógica según los principios del Derecho. Veamos ambas.

¹⁷⁴ MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios al Código Civil...*, op.cit., p. 451.

4.5.3. Tesis general

El punto de partida de la tesis general es la permisividad de que cada transmisario libremente pueda aceptar o repudiar la herencia del causante originario, una vez adquirido el *ius delationis* por aceptación de la herencia del transmitente; puesto que como afirma el artículo 988 del Código Civil, la aceptación y repudiación de la herencia son actos voluntarios y libres, y el artículo 1007 del Código Civil permite a cada heredero aceptar o repudiar, no pudiendo considerarse fortuita la ubicación de este precepto justo después de tratar el derecho de transmisión. Aunque, como veremos posteriormente, éste precepto podría tener una interpretación alternativa.

Es la posición seguida mayoritariamente por la doctrina, como observamos en la propuesta de redacción de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, cuyo artículo correspondiente dice que “Si son varios pueden ejercer el derecho de forma independiente unos de otros”.¹⁷⁵

La idea de partida señalada la sostiene PUIG BRUTAU, aunque no taxativamente, seguramente por lo que luego diremos, al señalar que “cuando el segundo causante tiene varios herederos, esto es, cuando son varios los favorecidos por el derecho de transmisión, seguramente podrán unos aceptar y otros repudiar la herencia del primer causante, o aceptarla unos puramente y otros a beneficio de inventario.”¹⁷⁶

Del mismo modo sigue esta tesis ROCA SASTRE al decir que “cuando los favorecidos por el derecho de transmisión son dos o más herederos, hay base para sostener que podrán unos aceptar y otros repudiar la herencia, así como cada uno gozará de libertad para aceptar la herencia puramente, o a beneficio de inventario. El artículo 1007 del Código Civil así lo establece respecto de los herederos directos del causante, y creemos que no hay fundamento alguno para sostener distinto criterio cuando sean herederos indirectos por vía del derecho de transmisión.

Este criterio es el dominante en la legislación comparada (Italia- Austria, etc., e incluso Alemania en cuanto a la facultad de repudiar, que es lo que es objeto del derecho de transmisión). En cambio, en Francia, el art. 782 del Código Napoleón dispone que si los varios herederos no se ponen de acuerdo acerca de la aceptación o de la repudiación, deberá ser aceptada la herencia forzosamente, si bien a beneficio de inventario.”¹⁷⁷

Y PUIG PEÑA explica el funcionamiento de esta tesis seguida mayoritariamente, al decir que “si alguno de los herederos beneficiarios del *ius transmissionis*, ejercitando este derecho, repudia la primera herencia, se produce -según la doctrina dominante- un acrecimiento sucesorio a favor de los coherederos del repudiante y no una delación de cuota vacante a favor de los otros posibles herederos del primer causante, ya que las palabras *el mismo derecho*, que emplea el

¹⁷⁵ GALICIA AIZPURA, G., “Artículo 568-15”..., op.cit., p. 610.

¹⁷⁶ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*..., op.cit., p.214.

¹⁷⁷ ROCA SASTRE, R.M., *Estudios de Derecho Privado*..., op.cit., p. 352.

art. 1006, hay que entenderlas en el sentido de significar que el *ius delationis* pasa íntegro o en bloque al grupo de herederos del heredero”.¹⁷⁸

En definitiva, entienden los autores citados que, habiendo varios transmisarios que aceptan la herencia del transmitente, son luego cada uno libres de aceptar o repudiar la del causante originario, y que si alguno lo repudia, su derecho acrece a los otros transmisarios aceptantes.

Se niega directamente y sin siquiera plantearlo que dicha parte repudiada pudiera pasar a otros herederos del causante originario, lo cual, desde nuestro punto de vista, sería interesante.

Se trataría como vemos de observar qué ocurre si se produce un llamamiento frustrado al repudiar uno de los transmisarios la herencia del causante originario. Hay dos posibles soluciones.

La primera, que siguen los autores citados, es entender que directamente se opta por el acrecimiento de su derecho a favor del resto de transmisarios, basándose en la expresión *el mismo derecho* del Código Civil, entendiendo que el carácter imperativo de la institución veda cualquier posibilidad de optar por otras vías como una posible sustitución o el llamamiento a los herederos *ab intestato*. El fundamento radicaría en que no se dan los presupuestos de aplicación de una sustitución legal, como la del artículo 814 del Código Civil, por haber repudiación; pero sí se dan los presupuestos del derecho de acrecer del artículo 982 del Código Civil, que se darían en la institución del derecho de transmisión, aunque no por voluntad de un testador, sino del mismo legislador, que llama a varias personas (los transmisarios) a una misma herencia (la del causante originario), lo cual es un argumento que presenta estrechos vínculos con la tesis moderna del derecho de transmisión.

Esta argumentación la explica BOSCH CAPDEVILA diciendo que “se podría argumentar para ello que los cotransmisarios forman un grupo, existiendo entre ellos un llamamiento conjunto del que carecen el resto de coherederos del primer causante, así como que el art. 1006 CC utiliza la expresión *el mismo derecho*, que parte de la doctrina interpreta en el sentido de significar que el *ius delationis* pasa en bloque al grupo de transmisarios.”¹⁷⁹

La segunda posible solución sería aplicar a la vicisitud que tratamos las reglas ordinarias de los llamamientos frustrados. Entendemos que no habría que acudir a las soluciones que nuestro ordenamiento aporta en sede de sucesión voluntaria, puesto que el artículo 1006 del Código Civil no tiene nada de sucesión voluntaria, sino a las soluciones que da en sede de sucesiones legales. Es decir, considerar que, si uno de los transmisarios, una vez aceptada la herencia del transmitente, repudia la del causante originario, se produce un llamamiento frustrado, que al acontecer por repudiación, no permite el juego del derecho de representación, sino la aplicación del artículo 981 del Código Civil, y por tanto, el acrecimiento.

¹⁷⁸ PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil Español...*, op.cit., p. 458.

¹⁷⁹ BOSCH CAPDEVILA, E., “Artículo 1006”..., op.cit., p. 1532.

Como vemos, ambas soluciones llevan a un mismo punto: el acrecimiento a favor del resto de transmisarios; pero creemos que es más razonable aplicar la segunda posición por ser su argumentación a nuestro juicio más coherente.

Del mismo modo cuando es sólo un transmisario, en cuyo caso, de repudiar, se produce un llamamiento frustrado en dicha herencia por repudiación, desde el instante del fallecimiento del causante originario, por el principio de retroactividad de la repudiación, con lo que debe solventarse conforme a las reglas generales de los llamamientos frustrados; puesto que se entendería que el transmitente, por boca del transmisario, ha repudiado; y por tanto se produce un llamamiento frustrado al transmitente, con lo que, de ser sucesión testada, se aplicarían sucesivamente la sustitución vulgar, el acrecimiento o la apertura de la intestada; y de ser sucesión intestada, se aplicaría la representación.

En el caso de pluralidad de transmisarios que estudiamos, la solución del acrecimiento es también la que escogen legalmente algunos ordenamientos de Derecho comparado, como veremos en el capítulo 5.

Así lo hace el derecho argentino, cuyo artículo 2290 del Código Civil y Comercial señala en su segundo inciso que si los transmisarios no se ponen de acuerdo en aceptar o renunciar la herencia deferida a su causante, los que la aceptan adquieren la totalidad de los derechos y obligaciones que corresponden a éste. También, indirectamente, el derecho uruguayo, cuyo artículo 1052 dice en su último inciso que “si la herencia deferida a una persona se transmite a sus herederos, según el artículo 1040, puede cada uno de los transmisarios aceptar o repudiar su cuota.” Y lo mismo, finalmente, el ordenamiento venezolano, pues señala el artículo 1008 de su Código Civil que “si estos herederos no están de acuerdo para aceptar o para renunciar la herencia, el que la acepta adquiere solo todos los derechos y queda sometido a todas las cargas de la herencia, considerándose al renunciante como extraño.”

Otro modo de ver las cosas que permite justificar la posición de que los transmisarios puedan unos aceptar y otros repudiar la herencia del causante originario en ejercicio del *ius delationis* es el que utiliza el argumento de la separación de patrimonios.

Éste argumento es de más fácil comprensión que el del acrecimiento, y lo propugna GARCÍA GARCÍA, con la consideración de que “hay aquí, en principio, dos masas patrimoniales a efectos de la partición de herencia: una, compuesta por aquellos bienes que proceden de ejercicio del *ius delationis* y que sustituyen a éste por subrogación real; y otra masa de bienes, la de los bienes propios del transmitente, ya adquiridos por él, que no proceden del primer causante.

Esta teoría de la separación de patrimonios es compatible con la teoría clásica que aquí se sigue, en virtud de la cual, aceptada la herencia del primer causante por los transmisarios, los bienes de la primera herencia se integran en la herencia del transmitente. Y es compatible, porque esa masa patrimonial separada, lo es respecto a lo demás bienes del transmitente, pero formando parte ambas masas de una unidad superior que es la herencia del propio transmitente.

Lo que ocurre es que no se puede olvidar el destino diferente de esos bienes, que han de ser adjudicados a aquellos transmisarios que hayan ejercitado positivamente el *ius delationis*, y no a los que hayan renunciado a la herencia del primer causante, sin perjuicio de sus derechos sobre los restantes bienes que componen la herencia del transmitente, no afectados por esa renuncia a la herencia del primer causante.

Por tanto, la idea de patrimonio separado ha de aplicarse en el sentido de que los bienes de ese patrimonio separado corresponden exclusivamente a los transmisarios que hayan aceptado la herencia del primer causante, y en la partición de los mismos no se pueden hacer compensaciones ni comunicaciones con los demás bienes de la herencia del transmitente.”¹⁸⁰

¹⁸⁰ GARCÍA GARCÍA, J.M., *La sucesión por derecho de transmisión*, op.cit., p. 376, 377.

4.5.4. Tesis especial

Hemos partido de la premisa de que, siendo varios los transmisarios, una vez acepten la herencia del transmitente, pueden libremente cada uno de ellos de forma independiente, aceptar o repudiar la herencia del causante originario.

Pero podríamos aventurarnos a dilucidar si sería factible que ésta premisa fuere incorrecta; y que no existiera tal libertad para aceptar unos y repudiar otros la herencia del causante originario, una vez aceptada por ellos la herencia del transmitente y recibido así el *ius delationis* sobre la herencia del causante originario.

El fundamento de éste pensamiento radicaría en entender que los transmisarios, al aceptar la herencia del transmitente, son los sucesores del transmitente, se colocan en su lugar, y como son él, sólo pueden mostrar una voluntad, única, sin error obstativo posible.

Ello se debe a la naturaleza de comunidad germánica que tiene la comunidad hereditaria de los transmisarios sobre la herencia del transmitente que han aceptado, que implica que debe adoptar sus decisiones en conjunto, en unidad. Del mismo modo que para disponer sobre un bien hereditario antes de la partición se necesita el concurso de todos, para ejercitar el *ius delationis* todos ellos deberían actuar; puesto que además se trata el *ius delationis* de un derecho dotado de unidad y no fraccionable.

Ésta solución es la apuntada por el Código napoleónico, como hemos mencionado anteriormente, y no nos parece ni mucho menos desacertada.

Ya lo intuyó MUCIUS SCAEVOLA, si bien optó por la solución general, al decir que “el Código, en el art. 1007, permite que unos herederos acepten y otros repudien, y que unos acepten simplemente y otros á beneficio de inventario. Criterio francamente liberal y expansivo, no debe merecernos protesta ni censura alguna.

Para llegar á esta solución, los legisladores han tenido que vencer aparentemente un poderoso obstáculo que no perdieron de vista los de 1882. La herencia no puede aceptarse sólo en parte; el heredero difunto puede transmitir el derecho a sus sucesores propios; pero el derecho íntegro, el de aceptar totalmente ó el de repudiar totalmente, tal como él le tenía.

Sin duda alguna, los autores del Código han caído en la cuenta de que esta dificultad se halla resuelta en las reglas del derecho de acrecer. Trátase de varios llamados á la misma herencia sin especial designación de partes.”¹⁸¹

Por tanto, el autor observa como el *ius delationis* se transmite con unidad a los transmisarios, pero entiende que cada uno de ellos puede individualmente ejercitarlo aceptando o repudiando la herencia del causante originario, porque en caso de repudiar, su *ius delationis* acrece a los otros transmisarios por cumplirse, según el autor, los presupuestos del derecho de acrecer, ya que han sido llamados los transmisarios a una misma herencia, la del causante originario, sin especial designación de partes.

¹⁸¹ MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil comentado...*, op.cit., p. 482.

En el ámbito concreto del ordenamiento germánico, con sus peculiaridades en esta materia, que estudiaremos posteriormente, BINDER también observa la tesis especial que decíamos anteriormente, al señalar que “si existieran varios herederos transmisarios, entonces debería pensarse que la herencia transmitida era una parte integrante de la que les había sido inmediatamente diferida, sobre la cual, por consiguiente, los coherederos sólo podrían disponer mancomunadamente, y asimismo sólo mancomunadamente aceptar y repudiar.”¹⁸²

La aplicabilidad de esta posición de la mancomunidad en la decisión del ejercicio del *ius delationis* en nuestro ordenamiento radica en que, cuando son varios los herederos y aceptan la herencia, se conforma la comunidad hereditaria, que tiene corte germánico, puesto que hasta la partición, todos son titulares conjuntos de los bienes que integran la herencia aceptada, y si entre ellos se encontrare un *ius delationis* sobre otra herencia, también todos ellos deben decidir en conjunto sobre su ejercicio, al igual que sólo los herederos pueden vender un bien antes de la partición si lo hacen de modo conjunto.

En estos casos, en que los transmisarios ya han aceptado la herencia del transmitente, pero aún no se han pronunciado sobre la del causante originario; la situación de la herencia entre causante originario y transmitente (o entre causante originario y transmisarios si se sigue la tesis moderna) es de herencia yacente, por no haber sido aún aceptada, teniendo como objeto el *ius delationis*; pero la situación de la sucesión entre el transmitente y los transmisarios es de comunidad hereditaria, sin haberse producido ya una partición que permita hablar de un derecho de propiedad ejercitable individualmente, y aunque dicha partición se hubiere efectuado, no podría comprender el *ius delationis* que por los motivos expuestos previamente en el presente capítulo no es susceptible de ser adjudicado a un transmisario y no a otro, ya que la ley lo adjudica a todos los transmisarios conjuntamente.

Así, como decimos, podría intuirse que, si la comunidad hereditaria tiene naturaleza germánica, y si en estos casos incluye un *ius delationis*, no se puede aplicar al mismo principios diferentes de los que se aplican al resto de bienes que la integran, y por tanto el ejercicio de dicho *ius delationis* sobre la herencia del causante originario debe ser conjunto.

También intuyó esta posición ALBALADEJO, aunque optó por aplicar el artículo 1007 del Código Civil y permitir la aceptación separada, al decir que “los sucesores del transmitente en el *ius delationis* pueden ser varios. En tal caso, dado que aunque, en los términos ya vistos, es posible recibirlo a título singular, no se puede atribuir a ninguno concretamente, suceden en él conjuntamente todos los adquirentes –que sean capaces de adquirirlo- de la herencia o legado de que forme parte.

Y ya convertidos en titulares del mismo, llega el momento de ejercitarlo, aceptando o no la herencia del primer causante.

¹⁸² BINDER, J., *Derecho de Sucesiones...*, op.cit., p. 180.

La mayoría de los Códigos admiten que los diversos titulares puedan aceptar o repudiar la herencia del primer causante separada e independientemente unos de otros. Así el nuestro (art. 1007).”¹⁸³

Por tanto, ALBALADEJO, sin seguir esta tesis especial que planteamos, sí la deja entrever, aunque sin profundizar opta por la tesis que considera que siguen la mayoría de ordenamientos, y considera aplicable a los transmisarios el artículo 1007 del Código Civil, sin plantear la posibilidad de que éste precepto sólo se refiriese a los transmitentes, herederos directos, pero no a los herederos *iure transmissionis*.

¹⁸³ ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho Civil...*, op. cit., p. 47- 48.

4.5.5. Incidencia en el problema jurídico

La cuestión de la pluralidad de transmisarios tiene su importancia en el problema jurídico que investigamos, puesto que las soluciones que hemos visto que se aportan a dicha cuestión por la doctrina deben confrontarse con las tesis clásica y moderna.

El artículo 1007 del Código Civil señala en su primer inciso que *cuando fueren varios los herederos llamados a la herencia, podrán los unos aceptarla y los otros repudiarla*. La interpretación mantenida tradicionalmente sostiene que también es aplicable a los herederos transmisarios respecto de la herencia del causante originario.

En la tesis clásica, los varios transmisarios son llamados a la herencia del transmitente, pero no a la del causante originario, sino que, a través del *ius delationis*, hacen al transmitente heredero del causante originario; pero únicamente el transmitente fue el llamado a dicha herencia. Así, debiera considerarse que el artículo 1007, al hablar de los herederos “llamados” a la herencia, sólo se referiría a la pluralidad de transmisarios, respecto de la herencia del transmitente; o a la pluralidad de transmitentes, respecto de la herencia del causante originario; pero no a la pluralidad de transmisarios respecto de la herencia del causante originario, puesto que no son ellos los llamados, sino el transmitente.

Entendemos que de seguir la tesis clásica, los transmisarios en su conjunto, al aceptar la herencia del transmitente, ocupan su lugar, reciben el *ius delationis* que les permite aceptar o repudiar la herencia del causante originario; y si lo ejercitan en sentido positivo, el que sucede al causante es el transmitente, a través de la decisión de los transmisarios.

Ello supone que todos los transmisarios deben decidir en conjunto sobre el ejercicio del *ius delationis*. Cuando varios transmisarios aceptan la herencia del transmitente, se colocan en su lugar, son el transmitente, y una única persona, con una única voluntad; son una comunidad germánica, que debe actuar de forma conjunta, y por tanto pueden todos optar por aceptar o todos por repudiar, pero sólo habrá una única aceptación o repudiación, porque sólo el transmitente va a suceder al causante originario, y no es posible que en una misma persona converjan voluntades contrapuestas ni está permitida la aceptación parcial.

No obstante, nuestro ordenamiento es más flexible y por razones prácticas excepciona la aplicación de los principios generales y parece permitir que alguno de los transmisarios repudie la herencia del causante originario, dando lugar a que acrezca al resto la herencia, pero no el *ius delationis*, puesto que al repudiar un transmisario, ya lo ha ejercitado.

Por tanto, lo que sigue la mayoría de la doctrina es que, siendo varios transmisarios, los que acepten la herencia del causante originario serán los que harán al transmitente heredero del causante originario, ficcionando que sólo las voluntades aceptantes conformarán la del transmitente para suceder a su causante. Tras ello, el patrimonio del causante originario pasa al transmitente, y de éste a los transmisarios, pero según la doctrina, sólo a los que ejercitaron el *ius delationis* en sentido positivo.

No consideramos esta excepcionalidad admisible puesto que, si se sigue la tesis clásica, una vez los llamados a la herencia del transmitente, sean todos o no, acepten su la herencia, se convierten en transmisarios, todos los ellos ocupan el lugar del transmitente, y no pueden decidir sobre la herencia del causante originario por mayorías, ya que son una comunidad germánica, ni se puede entender que, de los varios transmisarios, baste con que uno acepte la herencia del causante originario para que el transmitente le suceda.

Ni tampoco se puede admitir que posteriormente, el patrimonio de dicho causante originario se desgaje del patrimonio hereditario del transmitente y pase sólo a los transmisarios que ejercitaron positivamente el *ius delationis* y no a los que repudiaron la herencia del causante originario pero sí habían aceptado la del transmitente, puesto si la habían aceptado, no es discutible que suceden al transmitente en su herencia.

Si se sigue la tesis clásica, el transmitente recibe todo el patrimonio del causante originario, y los transmisarios suceden al transmitente, y no pueden desgajarse los dos patrimonios hereditarios; de forma que el del transmitente lo reciban todos los transmisarios, y sin embargo el del causante originario sólo los que ejercitaron positivamente el *ius delationis*.

Por todo ello, preferimos entender que los transmisarios, en comunidad germánica, deben aceptar o repudiar conjuntamente la herencia del causante originario. Como hemos visto, ya algunos autores intuyeron que los transmisarios, al aceptar la herencia del transmitente, según la tesis clásica, ocupan su lugar, son él, y como comunidad germánica deben actuar en conjunto.

En cambio, si se sigue la tesis moderna del derecho de transmisión, los transmisarios reciben el *ius delationis* del transmitente, pero al ejercerlo suceden directamente al causante originario.

Aquí sí podría admitirse el acrecimiento en aplicación del artículo 1007 del Código Civil: como los transmisarios suceden directamente al causante originario, si alguno ejercita el *ius delationis* y repudia, se produce un llamamiento frustrado en la herencia del causante originario a uno de sus herederos, como si cualquier otro heredero ordinario repudiase una herencia: de modo que, siendo testada, se aplica la sustitución vulgar, y como en este caso no existe, acudimos al acrecimiento por cumplirse los presupuestos del artículo 982 del Código Civil; y siendo intestada, se opta directamente por el acrecimiento por el artículo 981.

En definitiva, entendemos que la solución del acrecimiento al caso de pluralidad de transmisarios cuando alguno no quiere la herencia del causante originario sólo es admisible bajo la aplicación de los parámetros de la tesis moderna, pero no de la tesis clásica.

Esta solución es coherente con lo que disponía el Proyecto de 1851 y con lo que se recoge en algunos ordenamientos latinoamericanos, como veremos más adelante.

A título de ejemplo, el Código Civil de la República Dominicana, tras regular el derecho de transmisión, señala en su artículo 782 que “si estos herederos no están de acuerdo para aceptar o repudiar la herencia, debe ésta aceptarse a beneficio de inventario.”

Se parte por tanto de la tesis que sostenemos, supuesta la aplicación de la tesis clásica, es decir, que la herencia del causante originario debe ser aceptada o repudiada por todos los transmisarios como comunidad hereditaria, y señala como particularidad que si no están de acuerdo, se deberá aceptar a beneficio de inventario, con lo que no se verán perjudicados los transmisarios que querían repudiar la herencia del causante originario, ni tampoco los que querían aceptarla, puesto que no se verifica la confusión de patrimonios.

Esta idea es esencial para sostener nuestra opción por la aceptación o repudiación conjunta. Hemos dicho que, dentro de los parámetros de la tesis clásica no estábamos de acuerdo con la solución del acrecimiento porque desgajaba el patrimonio hereditario del causante originario del patrimonio hereditario del transmitente, siendo el primero para los transmisarios aceptantes y el segundo para todos. Y no estábamos de acuerdo porque la aceptación simple de herencia produce la confusión de patrimonios que recoge el artículo 1003 del Código Civil.

Por tanto, si el transmitente hereda al causante originario, se confunde su patrimonio con el del causante originario; es un único patrimonio que pasa a los transmisarios, confundiéndose a su vez con el suyo por la aceptación que hicieron.

Sin embargo, una excepción a la confusión de patrimonios es la aceptación a beneficio de inventario, en virtud del artículo 1023 del Código Civil, que sería trasladable al supuesto que tratamos: cuando los transmisarios aceptan puramente la herencia del transmitente, se confunden sus patrimonios; adquieren el *ius delationis*, y si, como sostenemos, ocupando el lugar del transmitente, lo ejercitan todos positivamente, aceptando puramente, el transmitente sucede al causante, y se confunden el patrimonio hereditario del causante y el del transmitente; y con ello, se confunden en uno todos los patrimonios: el hereditario del causante, el hereditario del transmitente y el de los transmisarios.

Las premisas que apuntamos son afirmadas por MANRESA, al decir que “si ambas herencias fueron aceptadas con el beneficio de inventario, existirán tres patrimonios separados: el del primer causante, el del transmitente de la facultad de aceptar, y el de sus herederos. Si ambas herencias fueron aceptadas puramente, los tres patrimonios se confunden. Si la primera fue aceptada puramente, y la segunda con beneficio de inventario, se confunden los dos primeros patrimonios, mas queda separado el privativo de los herederos del transmitente. Y si á la inversa, la herencia del primer causante se acepta con beneficio de inventario, y la del segundo puramente, los bienes propios de aquél quedan separados y los otros dos se confunden.”¹⁸⁴

Por ello no admitíamos que algunos transmisarios, tras aceptar la herencia del transmitente, repudiaran algunos la del causante originario y otros a la vez sí la aceptaran; puesto que ello iría en contra de la confusión de patrimonios, principio del derecho sucesorio.

Sin embargo, como hacía nuestro derecho histórico, y como hacen algunos ordenamientos latinos, si se estipula que cuando no haya acuerdo de los

¹⁸⁴ MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios al Código Civil...*, op.cit., p. 451.

transmisarios, se entienda aceptada por todos la herencia del causante originario a beneficio de inventario, ello solventa los inconvenientes vistos: se confunde el patrimonio del transmitente y el de los transmisarios por su aceptación simple; pero se separa el patrimonio del causante originario por la aceptación beneficiaria.

Ahora bien, en todo caso se obliga a los transmisarios a actuar conjuntamente como comunidad germánica que son en el ejercicio del *ius delationis*, con todo lo cual quedaría resuelto el problema de la pluralidad de transmisarios en la tesis clásica.

Sin embargo, si se aplicara la tesis moderna, decíamos que los transmisarios suceden directamente al causante originario, y no hay razón para establecer esta obligación de aceptar todos puramente, repudiar todos o aceptar todos a beneficio de inventario. Como los transmisarios suceden directamente al causante originario, cada transmisario podría aceptar o repudiar libremente la herencia del causante originario, no habiendo razón alguna para obligarles a actuar en conjunto, ya que cada transmisario es libre para decidir si quiere que su patrimonio se confunda con el del causante originario, recibiendo también las deudas de éste y respondiendo con sus propios bienes.

4.5.6. Pluralidad en sentido vertical

Otro supuesto que se da en la práctica es el de la posible continuación del derecho de transmisión cuando también el transmisario fallece sin aceptar ni repudiar la herencia del transmitente, por lo que se convierte en transmitente y transmite a sus herederos el *ius delationis* sobre la herencia de su causante.

Una vez aceptada por los subtransmisarios la herencia del transmisario transmitente, adquieren el *ius delationis* sobre la herencia del transmitente, y en ella el *ius delationis* sobre la herencia del causante originario, pudiendo ejercitarlo en sentido positivo o negativo. Y así sucesivamente.

Observa esta posibilidad HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS al ver que “nos hemos referido hasta ahora al supuesto del derecho de transmisión representado simplemente por tres sujetos, primer causante, transmitente y transmisario. Pero este esquema puede extenderse en sentido horizontal o vertical, bien por concurrir varios transmisarios en una misma sucesión o por fallecer un transmisario sin haber aceptado ni repudiado la herencia de su transmitente, en cuyo caso se convierte en transmitente de segundo grado a favor de sus propios herederos, que serán a su vez transmisarios de segundo grado, transmitiéndose en cadena, de causante en causante, las sucesivas delaciones, de suerte que el transmisario final las encuentra en el último eslabón, agregadas y yuxtapuestas, por lo que deberá aceptar en orden cronológico todas las herencias hasta alcanzar la primera; más, si repudia alguna de las intermedias, la corriente del derecho de transmisión se corta a partir de la herencia repudiada.”¹⁸⁵

No consideramos que esta circunstancia de concatenación de *ius transmissionis* pueda servirnos para resolver la dicotomía que entre la tesis clásica y la moderna, por lo que no profundizaremos en ella.

¹⁸⁵ HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, G., “La transmisión del *ius delationis*” en *Homenaje...op.cit.* p. 471.

CAPÍTULO 5

Sumario

5.1. Soluciones que aporta el Derecho foral	165
5.1.1. Aragón	166
5.1.2. Baleares	169
5.1.3. Cataluña	170
5.1.4. Galicia	173
5.1.5. Navarra	174
5.1.6. País Vasco.	175
5.1.7. Conclusiones respecto al derecho foral	176
5.2. Soluciones que aporta el Derecho comparado	177
5.2.1. Soluciones que aportan los dos principales sistemas jurídicos europeos y el resto de países de nuestro entorno	177
5.2.2. Situación en el derecho latinoamericano	187
5.2.3. Conclusión respecto del estudio de Derecho comparado	200
5.3. Conflictos de leyes	201

5.1. Soluciones que aporta el Derecho foral

Nuestro ordenamiento jurídico privado se caracteriza, como nuestro país, por su diversidad.

La coexistencia de diferentes ordenamientos forales es una de las principales características del Derecho Civil, y por ello no es posible realizar un estudio completo de una institución si no se tiene en cuenta lo contenido en las llamadas compilaciones forales.

Por esta razón, consideramos que debemos completar lo visto hasta ahora con un enfoque foralista del tema, si bien limitándonos a la legislación existente, con el fin de tratar de estudiar una perspectiva diferente que tal vez nos sirva de punto de apoyo para entroncar soluciones a los problemas jurídicos planteados.

5.1.1. Aragón

El Decreto Legislativo 1/2011 por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las leyes civiles aragonesas, contiene una regulación del derecho de transmisión más completa que la del ordenamiento civil común, pues hace referencia al mismo en varios preceptos.

El principal de ellos es el artículo 354, según el cual “1. Salvo expresa previsión en contrario del disponente, por la muerte del llamado sin aceptar ni repudiar la herencia se transmite por ministerio de la ley a sus herederos, en la proporción en que lo sean, el mismo derecho que él tenía a aceptarla o repudiarla.

2. La transmisión del derecho a aceptar o repudiar la herencia del causante solo tiene lugar en favor del llamado que acepta la herencia del transmitente; si son varios los que la aceptan, cada uno puede ejercitar el derecho transmitido con independencia de los otros y con derecho preferente de acrecer entre ellos.

3. Conforme a lo dispuesto en el artículo 278, el usufructo de viudedad del cónyuge del transmitente se extenderá a los bienes así adquiridos por los herederos de éste, sin perjuicio del que, en su caso, previamente corresponda al cónyuge del primer causante.”

Basta la mera lectura del precepto para observar que algunas de las cuestiones que en el Derecho común plantean problemas doctrinales han sido tratadas directamente por el legislador foral aragonés. Veremos en primer lugar las de carácter accesorio, y después la que realmente interesa a efectos de este trabajo: la opción entre la tesis moderna y la clásica.

De un lado, llama la atención que directamente excluye el carácter imperativo de la institución al decir que éste tiene lugar “salvo expresa previsión en contrario del disponente”. Es decir, que en el ordenamiento foral aragonés sí se permite que el causante señale que si su heredero muere sin aceptar ni repudiar, pase el llamamiento a otra persona; ya se articule ello mediante una especie de sustitución o directamente como una especial previsión testamentaria. En todo caso, deja clara la norma que el testador puede señalar que si el llamado fallece y no ha ejercitado el *ius delationis*, no se aplique el derecho de transmisión, sino que se articule un segundo llamamiento a favor de otra persona por él designada.

Al respecto, opina MERINO HERNÁNDEZ que “la expresión *previsión en contrario* no es precisamente la más afortunada. Hubiera sido preferible hablar de *previsión diferente*, pues las determinaciones que, al respecto, haga el causante primero pueden ser muy variadas, incluso no enteramente contrarias a la transmisión que el precepto prevé en su defecto: por ejemplo, puede disponer que, por muerte de su heredero sin aceptar ni repudiar la herencia, el *ius delationis* no se transmita a los herederos de su causahabiente, sin otra especificación, supuesto en el que deberá entenderse que lo que desea es que entren en juego los demás mecanismos «sustitutorios», voluntarios o legales (sustitución ordinaria, sustitución legal, derecho de acrecer o sucesión intestada), y aquí sí habrá una previsión contraria a la de la norma; pero también puede decidir que, en tales circunstancias, el derecho hereditario en cuestión pase a unos determinados herederos de entre los que tenga

por él llamados en primer lugar, pero no a otros, y aquí la previsión ya no será enteramente contraria.”¹⁸⁶

Por otra parte, se observa en los números primero y segundo que, en caso de pluralidad de transmisarios, se opta por la tesis que sigue la generalidad de la doctrina en Derecho común: que los que acepten la herencia del transmitente puedan por separado e independientemente aceptar o repudiar unos y otros la del causante originario, de modo que sólo se beneficien de ella y la reciban los que la acepten, en una suerte de acrecimiento o expansión. Por ello, si hay varios herederos del transmitente, y sólo algunos aceptan la herencia del causante originario, se deberán desgajar las dos sucesiones: la del transmitente la recibirán todos sus herederos aceptantes; pero la del causante originario únicamente la recibirán los transmisarios que hayan ejercitado positivamente el *ius delationis*. Ello implica, a nuestro juicio, tomar partido por la tesis moderna; puesto que supone reconocer que los transmisarios suceden al transmitente en su herencia, pudiendo unos aceptarla y otros repudiarla; y los que la acepten y adquieran el *ius delationis* suceden si lo ejercitan en sentido positivo al causante originario en su propia herencia, pudiendo por ello unos aceptarla y otros repudiarla.

Decimos que parece optar por la tesis moderna por la siguiente razón: si se opta por la clásica, los transmisarios suceden al transmitente, ocupan su lugar, y por tanto, son los continuadores de su personalidad jurídica, por lo que en puridad sólo pueden tener un comportamiento unitario, puesto que actúan como si fueran el transmitente para ejercitar el *ius delationis*. Sin embargo, al permitir el derecho aragonés que actúen libremente aceptando o repudiando la herencia del causante originario, ello sólo se justifica si son sus sucesores y gozan por tanto de libertad de aceptación o repudiación, y ello implica, a nuestro juicio, optar por la tesis moderna o de la adquisición directa de la herencia del causante originario por los transmisarios.

De otra parte, y siguiendo con lo que constituye el núcleo de este trabajo, la dualidad entre la tesis clásica y la tesis moderna, observamos en el párrafo segundo del artículo 354 una dicción que podría dar a entender que se opta claramente por la tesis moderna al hablar del derecho a aceptar o repudiar la herencia “del causante”. Sin embargo, no creemos que ello pueda afirmarse de modo taxativo. El precepto diferencia las figuras de causante, transmitente y llamado o transmisario, y señala que el derecho de aceptar la herencia del causante sólo tiene lugar a favor del llamado que acepta la herencia del transmitente. Es decir, está exigiendo la aceptación de la herencia del transmitente para que el transmisario adquiera el *ius delationis* pero no dice en ningún momento de forma tajante que el transmisario suceda al causante originario y no al transmitente.

Respecto al tercer inciso del artículo 354, se remite al artículo 278, que a su vez señala que: “Los bienes adquiridos como consecuencia de la transmisión del derecho a aceptar o repudiar la herencia quedan sujetos al usufructo de viudedad del cónyuge del transmitente, conforme a lo previsto en el apartado 3 del artículo 354; y los

¹⁸⁶ MERINO HERNÁNDEZ, J.L.; ARGUDO PÉRIZ, J.L.; HERNÁNDEZ GIRONELLA, F., “Aceptación y repudiación de herencia”, *El Justicia de Aragón*, 2012, p. 44.

adquiridos por el acrecimiento derivado del consorcio foral regulado en el apartado 3 del artículo 374, al del cónyuge del consorte fallecido.”

Podría decirse que se basa en los presupuestos de la tesis clásica, puesto que extiende el usufructo de viudedad del cónyuge del transmitente a los bienes que proceden de la herencia del causante originario. Ello implica reconocer que dicho caudal hereditario del causante originario hace tránsito por el patrimonio del transmitente, puesto que sólo sobre él se extiende el usufructo de su cónyuge.

Dicho reconocimiento supone optar en este punto por la tesis clásica, puesto que si el patrimonio del transmitente llega a incluir el del causante originario, es porque le sucede, y por tanto, se reconoce que los transmisarios suceden al transmitente y éste al causante originario, teniendo por ello el viudo del transmitente el derecho de disfrute de los bienes que ha heredado su cónyuge del causante originario.

Por todo lo dicho, la regulación del derecho de transmisión en el artículo 354 del derecho foral aragonés es en cierto modo contradictoria, puesto que parece optar por la tesis moderna cuando trata la pluralidad de transmisarios, al permitir que cada uno libremente acepte o repudie la herencia del causante originario; mientras que parece optar por la tesis clásica al ocuparse de la posición del cónyuge del transmitente, por extender su usufructo a los bienes adquiridos a consecuencia del derecho de transmisión.

No obstante, la doctrina civilista aragonesa parece partidaria de la tesis moderna. Entre ellos, MERINO HERNÁNDEZ que justifica dicha postura, como muchos partidarios de dicha tesis, con argumentos en contrario de la tesis clásica, afirmando que “si el transmisario no llegaba a ser heredero directo del primer causante, todas las condiciones, modos, gravámenes y similares por él impuestas a su primer llamado quedarían sin efecto ni cumplimiento, dado que el transmisario, al no ser heredero suyo, no se vería obligado a su realización; con lo que se podría estar defraudando gravemente la voluntad sucesoria de ese primer causante, así como las expectativas de terceros nacidas a su amparo.”¹⁸⁷

No podemos estar de acuerdo con esta afirmación, puesto que incluso siguiendo la tesis moderna, carecería de sentido imponer al transmisario unas cargas o condiciones que el causante originario ordenó en testamento a su llamado, el transmitente, puesto que si lo hizo fue por razón de la persona del llamado que finalmente no será su heredero, por lo que, siéndolo el transmisario, podría discutirse si le serían o no le serían trasladables dichas cargas o modos.

Por último, la compilación aragonesa se refiere a un derecho de transmisión en sede de pactos sucesorios en el artículo 387, si bien no se trata propiamente de la misma institución objeto del presente trabajo.

¹⁸⁷ MERINO HERNÁNDEZ, J.L.; ARGUDO PÉRIZ, J.L.; HERNÁNDEZ GIRONELLA, F., “Aceptación y repudiación...”, op. cit., p. 47.

5.1.2. Baleares

El Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares carece de referencia alguna al derecho de transmisión, por lo que se aplica supletoriamente la regulación del Código Civil y el artículo 1006, conforme a lo previsto en el primer artículo de la citada compilación.

5.1.3. Cataluña

La ley 10/2008 del libro IV del Código Civil de Cataluña dedica su artículo 461-13 al derecho de transmisión, señalando que “1. Si el llamado muere sin haber aceptado ni repudiado la herencia deferida, el derecho a suceder mediante la aceptación de la herencia y el de repudiar se transmiten siempre a sus herederos.

2. Los herederos del llamado que haya muerto sin haber aceptado ni repudiado la herencia la pueden aceptar o repudiar, pero solo si previamente o en el mismo acto aceptan la herencia de su causante. Si los herederos que aceptan esta segunda herencia son diversos, cada uno de ellos puede aceptar o repudiar la primera, independientemente de los demás, y con derecho preferente de acrecer entre ellos.”

El primer inciso de este precepto tiene idéntico significado al artículo 1006 del Código Civil, aunque los términos utilizados diferentes. Merece destacarse su mayor precisión al tratar del “llamado” y no del heredero, pues ciertamente el transmitente es llamado cuando fallece pero no heredero porque no ha aceptado.

También es interesante cómo el legislador catalán ha querido enfatizar el carácter imperativo de la institución con el adverbio “siempre”; distanciándose así de otros ordenamientos forales, como el aragonés, que permiten que el causante pueda eludir la aplicación del derecho de transmisión.

De otro lado, como señala GARCÍA VILA, “ya no habla de que se transmite *el mismo* derecho que tenía el transmitente. Y eso es importante, porque este término había servido a una de las tesis enfrentadas sobre el derecho de transmisión, aduciendo la literalidad de la norma. Lo cierto, sin embargo, es que, y desde la perspectiva contraria, ya ALBALADEJO había señalado que se transmitía el mismo derecho derivado de la delación a favor del transmitente, y lo hacía precisamente para oponerse a las tesis negadoras de una verdadera transmisión, las cuales afirmaban que lo que había en realidad en el fenómeno del *ius transmissionis* era una atribución *ope legis* del derecho a aceptar o repudiar.”¹⁸⁸

El segundo inciso del precepto recoge un requisito que es común en todos los ordenamientos por ser consustancial a la institución: el transmisario debe aceptar la herencia del transmitente para adquirir el *ius delationis*.

Además, en cuanto a la pluralidad de transmisarios, también sigue el criterio más extendido: el de la libertad de cada transmisario para aceptar o repudiar la herencia del causante mediante la técnica del acrecimiento entre ellos. Como hemos dicho anteriormente, ello podría ser indicativo de que se opta por la tesis moderna, puesto que en la clásica, si es el transmitente el que sucede mediatamente al causante, su voluntad, integrada por la de los transmisarios, debe ser unívoca al aceptar o repudiar.

Sin embargo, como ya hemos señalado en otras ocasiones, la regulación de la situación de pluralidad de transmisarios no parece argumento de peso para afirmar inequívocamente que se opte por la tesis moderna; sino que más bien parece que son

¹⁸⁸ GARCÍA VILA, J.A., *Breves notas sobre la transmisión del ius delationis en el derecho catalán*.

razones de utilidad las que motivan a los diferentes legisladores a regular dicho problema jurídico con la flexibilidad observada.

Dicho lo cual, la doctrina especializada en este ordenamiento foral considera que el derecho catalán opta por la tesis moderna del derecho de transmisión, dada la regulación de la capacidad sucesoria del transmisario.

Señala en este sentido BOSCH CAPDEVILA que “el transmisario sucede al primer causante. Ello no es sino una consecuencia de la propia naturaleza del derecho de transmisión. El transmitente no ha adquirido la herencia del primer causante, sino que lo único que tiene, y lo que transmite, es la legitimación para aceptar o repudiar dicha herencia del primer causante. El transmisario sucede al transmitente en la herencia de éste, y al primer causante en la suya. Con esta tesis resulta que podrá ser heredero del causante una persona completamente desconocida para dicho causante (quien el transmitente haya designado como heredero), si bien al transmisario, como sucesor también del primer causante, se le deberán aplicar las causas de indignidad respecto al mismo (así lo establece explícitamente, para el derecho catalán, el art. 412.8.3 CcC, precepto introducido *ex novo* por el CcC).”¹⁸⁹

El precepto citado por el autor para justificar que el ordenamiento catalán opte por la tesis moderna, artículo 412.8.3, señala *in fine*: “La indignidad del transmisario respecto al causante determina la ineficacia del derecho de transmisión.”

Ello sí nos permite afirmar de modo concluyente que el Código Civil de Cataluña opta por la tesis moderna o de la adquisición directa: al exigir al transmisario capacidad para suceder al causante originario, la conclusión es que le sucede, una vez ejercitado el *ius delationis*.

Como afirma GARCÍA VILA, se “acoge la tesis de la sucesión directa, porque la doble capacidad sólo puede ser exigida si se entiende que el transmisario sucede directamente al causante.”¹⁹⁰

El hecho de que el tenor literal del precepto sólo se refiera al “causante” no deja lugar a dudas sobre que se refiere al causante originario y no al transmitente. Para ser transmisario y adquirir el *ius delationis* se requiere *per se* capacidad para suceder al transmitente.

Ahora bien, llama la atención la escasa concreción respecto de las causas y consecuencias de dicha “ineficacia del derecho de transmisión”.

Respecto de las causas, se señala sólo que el transmisario no debe incurrir en causas de indignidad (las del artículo 412-3) pero no se dice nada respecto de las causas de inhabilidad (las del artículo 412-5, equivalentes en cierto modo a las de incapacidad relativa del Derecho Común). Ello puede interpretarse de dos modos: bien que se refiere a ambas por hacerlo el título del precepto; o bien que el legislador considera que el transmisario inhábil sí puede suceder al causante originario, al contrario de lo que ocurre con el transmisario indigno.

Ésta última tesis tiene cierto sentido por las diferencias entre indignidad e incapacidad-inhabilidad. Las causas de indignidad conllevan un reproche moral que

¹⁸⁹ BOSCH CAPDEVILA, E., “Artículo 1006”..., op.cit., p. 1530.

¹⁹⁰ GARCÍA VILA, J.A., *Breves notas sobre la transmisión...*, op.cit.

hace injusto suceder a una persona a la que se ha lesionado, calumniado o cuyo testamento se ha destruido, por ejemplo, y hacen injusto heredarla incluso cuando se le herede *iure transmissionis* por haber fallecido el heredero llamado sin aceptar ni repudiar, puesto que afectan directamente a la relación causante-transmisario.

Sin embargo, las causas de inhabilidad no pueden afectar al transmisario porque éste no ha podido “captar” la voluntad del causante siendo, por poner dos ejemplos, su Notario o confesor, ya que el transmisario no podía saber que el llamado heredero por el causante iba a fallecer sin aceptar ni repudiar, convirtiéndose en transmitente.

En cuanto a las consecuencias de la sanción que impone el precepto indivado, señala el mismo que si el transmisario es indigno respecto del causante, se produce la ineficacia del derecho de transmisión, pero no señala las consecuencias de dicha ineficacia.

Lógicamente, la principal consecuencia es que el transmisario no podrá suceder al causante originario. Entendemos que se producirá por tanto un llamamiento frustrado al transmisario, pues según la tesis moderna que sigue el precepto, él es el que sucede al causante, y no puede ser sustituido por otro porque fue designado por el transmitente para su propia herencia y no por el causante originario. Con ello, no queda otra solución que la de entender que se produce un llamamiento frustrado en la herencia del causante originario, debiendo solventarse por los mecanismos habituales (sustitución vulgar, acrecimiento, apertura de la sucesión intestada, o representación, según los casos), que conllevarán un nuevo llamamiento y la ineficacia del que se produjo a favor del transmitente.

Esto último tiene su interés, puesto que es un efecto indeseado pero automático en la tesis moderna: si se exige al transmisario capacidad respecto del causante por entender que le sucede; y el transmisario resulta ser incapaz o indigno, no puede suceder al causante originario. En este caso no puede considerarse producido el llamamiento frustrado en la herencia del transmitente, puesto que designó un heredero que sí era capaz respecto de él, pero no respecto del causante originario. Y tampoco tiene sentido lógico considerar producido un llamamiento frustrado en la herencia del causante originario, puesto que su llamado fue el transmitente, y éste era capaz cuando el causante originario murió.

Es éste uno de los argumentos por los que no podemos ser partidarios de la tesis moderna, como se ha estudiado ya previamente.

Finalmente, se refieren también al derecho de transmisión en el ordenamiento catalán otros dos preceptos.

En primer lugar, el artículo 427-17, que trata el derecho de transmisión en los legados, admitiendo su existencia con ciertas excepciones por considerar que los legados no se adquieren automáticamente sino que deben aceptarse.

En segundo lugar, el artículo 431-24 respecto de los heredamientos, si bien no trata propiamente el derecho de transmisión porque, como en el derecho aragonés, se refiere a la premoriencia del heredero al heredante en dichos pactos sucesorios.

5.1.4. Galicia

La Ley 2/2006, de 14 de Junio, de Derecho Civil de Galicia carece de regulación alguna sobre el derecho de transmisión.

Por tanto, y dado lo previsto en el artículo 13 del Código Civil así como en el artículo 1.3 de la citada compilación gallega, regirá la norma de Derecho común.

5.1.5. Navarra

Debemos partir de que el ordenamiento navarro tiene la especialidad de seguir el sistema de adquisición automática de la herencia, propio del derecho germánico. Por ello, le son trasladables las consideraciones que se realizarán con el estudio de dicho ordenamiento sobre la existencia de un tipo de derecho de transmisión cuyo *ius delationis* se integra básicamente por la facultad de repudiar una herencia que ha sido adquirida automáticamente por el fallecimiento del causante y la supervivencia del llamado.

La Ley 1/1973, de 1 de Marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, regula el derecho de transmisión en su Ley 317, que señala: “El derecho del heredero a aceptar o renunciar la herencia se transmite a sus propios herederos, pero éstos no tendrán tal derecho si hubieren renunciado de su causante; si fueren varios, podrán ejercitar el derecho independientemente unos de otros.”

Observamos que la regulación es parca, si bien es más completa que la del Derecho común, pues exige al transmisario la aceptación de la herencia del transmitente para adquirir el *ius delationis*.

Destaca la regulación de la pluralidad de transmisarios, de modo semejante a la contenida en las compilaciones catalana y aragonesa, puesto que les permite actuar con independencia, como si cada uno de ellos hubiere adquirido un *ius delationis* sobre la herencia del causante originario.

Como ya se ha señalado, en nuestra opinión, no es una regulación coherente con la tesis clásica del derecho de transmisión, que propugna que el heredero del causante originario es el transmitente, mediante el ejercicio del *ius delationis* por los transmisarios. Sólo razones de utilidad pueden justificar dicha solución, ya que en puridad la voluntad de aceptar o repudiar del transmitente, ejercitada por los transmisarios, debe ser unívoca, y por tanto todos ellos deben ejercitar un único *ius delationis*, siendo una comunidad germánica, deben actuar por unanimidad, y no por mayorías, como si fueran una comunidad romana.

Por último, como también ocurre en el derecho aragonés y catalán, también se hace referencia a la institución en la regulación en la Ley 180 de los pactos sucesorios de institución, si bien no se hace de modo propio, puesto que trata de casos de premoriencia y no de postmoriencia.

5.1.6. País Vasco

La Ley 5/2015, de 5 de Junio, de Derecho Civil Vasco, no contiene referencias sobre el derecho de transmisión.

Por ello, y en aplicación del sistema de fuentes previsto en su artículo 3 y en el artículo 13 del Código Civil, regirá lo previsto en el artículo 1006 del Código Civil.

5.1.7. Conclusiones respecto al derecho foral

Del breve estudio efectuado sobre la existencia o inexistencia de regulación foral de la institución del derecho de transmisión se deduce que son las regiones forales del noreste peninsular las únicas que contienen una regulación del mismo, y en los tres casos se trata de una regulación mucho más amplia que la del Derecho común.

En lo que nos atañe, observamos que ni Aragón, ni Cataluña, ni Navarra, toman partido claramente por una de las dos tesis del derecho de transmisión, puesto que como hemos visto existen argumentos que podrían llevarnos a considerar que optan tanto por una como por otra tesis, por lo que la regulación foral no constituye una herramienta que permita de modo definitivo argumentar en favor de la tesis clásica o de la tesis moderna del derecho de transmisión.

Por lo demás, todas ellas prestan una especial atención al problema de la pluralidad de transmisarios, optando por permitir que a cada uno acrezca lo que los demás repudien, lo cual implicaría como ya hemos explicado una posición favorable a la tesis moderna del derecho de transmisión, puesto que si permiten que cada transmisario acepte o repudie su parte y juegue el derecho acrecimiento, ello sólo puede deberse a que consideran que los transmisarios suceden directamente al causante originario.

Pero como hemos señalado, creemos que el motivo que movió al legislador foral a optar por esta opción fue más un principio de utilidad o justicia que una consciente toma de partido por la más reciente de las tesis que tratan el derecho de transmisión.

5.2. Soluciones que aporta el Derecho comparado

5.2.1. Soluciones que aportan los dos principales sistemas jurídicos europeos y el resto de países de nuestro entorno

Para entender la institución y tratar de solucionar el problema jurídico, consideramos indispensable la observancia de los ordenamientos jurídicos de países de nuestro entorno, fundamentalmente la de aquellos que han sido tenidos en cuenta por el legislador para la redacción de nuestras leyes civiles.

Veremos por separado los de mayor importancia, teniendo en cuenta que en Europa los ordenamientos civiles parten fundamentalmente de uno de los dos sistemas clásicos: el romano y el germánico. De dichos sistemas han bebido los diferentes ordenamientos europeos; y las diferencias entre uno y otro en el ámbito de la adquisición de la herencia son esenciales a efectos de nuestra institución.

Así, señala HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS que “el *ius transmissionis* es una consecuencia del sistema romano de adquisición de la herencia, que exige la aceptación expresa o tácita para ser heredero. Por el contrario, en el sistema germánico de adquisición *ipso iure* (sistema de la *saisine*), no hay necesidad de aceptación y no se plantea el problema de la transmisión del *ius delationis*, ya que el llamado se convierte automáticamente en heredero, salvo que repudie. Aquí, el heredero del primer llamado, o mejor, heredero, con la herencia de éste y formando parte de la misma, adquiere el patrimonio del primer causante; en el sistema romano (que es el que parece seguir nuestro Código civil) en cambio, el heredero del llamado (no del heredero) adquiere con la herencia de éste y formando parte de la misma, sólo la opción a aceptar o repudiar la herencia del primer causante.”¹⁹¹

Veremos los principales ordenamientos jurídicos de nuestro continente, con el fin de descubrir si la regulación del derecho de transmisión en ellos puede arrojar luz sobre el problema jurídico que tratamos de resolver en el presente trabajo.

Partiremos de una consideración de BINDER que debemos aplicar también a nuestro estudio: “En cuanto al Derecho comparado, es ciertamente muy útil, pero la simple indicación de instituciones sucesorias discordantes en legislaciones extranjeras, que es lo único posible en el marco de una enciclopedia, distaría mucho de ser propiamente Derecho comparado; en realidad toda exposición jurídico-comparativa del Derecho de sucesiones habría de exceder necesariamente los límites de una enciclopedia.”¹⁹²

Por tanto, trataremos de que el estudio de esta parte del trabajo no resulte simplemente en la enumeración de la regulación del derecho de transmisión en diferentes ordenamientos, sino que de ella puedan entresacarse esquemas, ideas, o posiciones que puedan sernos de utilidad en la investigación de nuestro problema jurídico.

¹⁹¹ HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, G., “La transmisión del *ius delationis*” en *Homenaje...* op.cit. p. 467.

¹⁹² BINDER, J., *Derecho de Sucesiones...*, op.cit., prólogo.

5.2.1.1. Alemania

5.2.1.1.1. Análisis histórico

Debemos partir del principio general de adquisición automática de la herencia salvo repudiación que existe en el Derecho alemán.

Refiriéndose al Código Civil alemán en su redacción de 1900, señala MUCIUS SCAEVOLA, sobre el derecho de transmisión, que “el derecho del heredero á repudiar la sucesión es transmisible por herencia.

Si el heredero falleciere antes de expirar el plazo para la repudiación, se considera prorrogado dicho plazo hasta el vencimiento del término concedido á su sucesor al mismo efecto de aceptar ó repudiar la herencia.”¹⁹³

Por tanto, en su redacción originaria, el derecho de transmisión en Alemania no tiene como objeto el *ius delationis* entendido en el sentido románico; sino simplemente la facultad de repudiación; de modo que si el heredero muere antes del transcurso del plazo, dicha facultad de repudiar la herencia del causante originario pasa a los transmisarios, que la pueden ejercitar durante todo el plazo que tienen para repudiar la herencia del transmitente. Transcurrido dicho plazo, ambas herencias se consideran aceptadas por el efecto automático de la adquisición de la herencia, propia del ordenamiento germánico.

En esencia, podría decirse que el derecho de transmisión, como institución, también existe en el derecho germánico, aunque con un contenido opuesto al de los ordenamientos latinos.

Así, según GARCÍA GARCÍA, “la transmisión germánica supone también la transmisión de la facultad de aceptar y repudiar, pues, aunque el heredero haya adquirido la herencia automáticamente, la adquiere de modo provisional, de tal manera que queda pendiente de confirmación definitiva tal adquisición mediante el ejercicio de la facultad de aceptación, o bien de extinción retroactiva, si se ejercita la facultad de repudiación.

Por tanto, también en el sistema germánico el Derecho de Transmisión comprende la facultad de aceptar o repudiar, aunque el efecto sea diferente de la transmisión romana, ya que la aceptación significa, no la adquisición de la herencia, sino la confirmación de una adquisición ya producida en el momento de la muerte del primer causante. Y la repudiación de la herencia significa la no adquisición definitiva de la herencia, borrando retroactivamente la adquisición provisional que tuvo lugar a favor del primer heredero a partir de la muerte del primer causante.”¹⁹⁴

También refiriéndose al ordenamiento germánico y a sus esenciales diferencias con el romano, dice BINDER: “Nótese que esta vocación no significa en el Derecho vigente, como la delación de la herencia en el Derecho romano, el comienzo de la posibilidad de adquirir la herencia por medio de una declaración de voluntad, sino que ésta, sin más, es transmitida al llamado, aun cuando le quede reservado el derecho a rechazarla (arts. 1922, 1942). Ser llamado significa, por consiguiente, el supuesto de hecho: ser heredero, la consecuencia jurídica de este supuesto de hecho.

¹⁹³ MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil comentado...*, op.cit., p. 49.

¹⁹⁴ GARCÍA GARCÍA, J.M., *La sucesión por derecho de transmisión*, op.cit., p. 63, 64.

Y mientras, y por definición, la vocación se extingue en el Derecho romano con la muerte del llamado, y sólo en casos excepcionales es transmitida a sus herederos, según el Derecho vigente la herencia se adquiere por el llamado en el momento de la apertura, y por ende pasa también a sus herederos, empero ciertamente con el derecho que tenía el llamado a rechazarla (art. 1952). Sin embargo, ello no puede significar que la vocación hereditaria se transmita a los herederos del primer llamado, por muerte de éste sin aceptar ni repudiar, inmediatamente, por obra de la ley y como herederos del causante originario: tal suposición sería inconciliable con la esencia del nuevo llamamiento. Por el contrario, el que ingresa en la herencia mediante derecho de transmisión la adquiere, no como heredero del primer causante, sino del primeramente llamado a ella.”¹⁹⁵

Por tanto, BINDER toma partido, en el derecho germánico, por la que sería la tesis clásica, al entender que el transmisario hereda al transmitente. Sus argumentos, si bien referidos a un sistema muy diferente al nuestro, son también válidos para los ordenamientos de corte romano, pues se basan en la existencia de llamamientos diferentes al transmitente y al transmisario. Al hablar de que se produce un nuevo llamamiento al transmisario, ello le conduce a entender que, si dicho llamamiento nace al morir el transmitente, el transmisario es llamado a su herencia, y no a la del causante originario, puesto que, cuando éste falleció, el llamamiento se produjo a favor del transmitente, y era un llamamiento diferente. Por tanto, hay dos herencias, dos vocaciones, y ello no es sino lo que sostiene la tesis clásica o de la doble transmisión.

No debemos olvidar que el derecho de transmisión tiene en el ordenamiento germánico como objeto, no el *ius delationis*, sino la facultad de repudiación.

Señala en este sentido BINDER que “el derecho de repudiación se transmite, asimismo, con la herencia, al heredero del heredero provisional (§ 1952, II: transmisión en sentido impropio). Éste no sucede, por tanto, en la vocación, sino que es sólo heredero de su propio causante, es decir, del transmitente, de cuya herencia forma parte la del primer causante. Si rechaza la herencia que se le transmite, entonces ésta no se tiene como no recaída en él, sino como no recaída en su inmediato causante, pues para que hubiera cuestión sobre si recaía o no en él, habría debido aceptarla el transmitente.”¹⁹⁶

Vemos aquí que se sigue una suerte de tesis clásica, pero con una construcción diferente, debido a que lo que se transmite es la facultad de repudiar, y su ejercicio sólo puede tener ese sentido; de modo que la construcción del derecho de transmisión sería la siguiente: si el transmisario repudia la herencia del causante originario, el transmitente no le sucede; y ello sólo lo puede hacer si no repudia la del transmitente, puesto que en caso de repudiar la del transmitente, ya no opera la transmisión.

Esta opinión la sostiene también GARCÍA GARCÍA, que llega incluso a propugnar que el derecho germánico tiene una influencia decisiva en la formación de la institución que estudiamos, señalando que “el Derecho germánico recogido en el

¹⁹⁵ BINDER, J., *Derecho de Sucesiones...*, op.cit., p. 25-26.

¹⁹⁶ BINDER, J., *Derecho de Sucesiones...*, op.cit., p. 180.

Droit Coutimier de varias regiones francesas, admitió el Derecho de Transmisión, lo que indudablemente influyó, a través del propio DOMAT, en la consagración de la regla general de la transmisión en el Código napoleónico, y de aquí pasó a los demás Códigos influidos por el mismo.”¹⁹⁷

5.2.1.1.2. Regulación actual

Basándose en su característica histórica de adquisición automática de la herencia y de transmisión de la facultad de repudiar, señala el artículo 1952 del BGB que “1. El derecho del heredero de repudiar la herencia es heredable. 2. Si el heredero muere antes del transcurso del plazo de repudiación, dicho plazo no termina antes del transcurso del plazo de repudiación para la herencia del heredero. 3. Cada uno de los varios herederos del heredero puede repudiar la parte de la herencia correspondiente a su porción hereditaria”.

De dicha regulación no puede deducirse claramente la toma de partido por una u otra de las tesis del derecho de transmisión. No obstante, por la regulación histórica del mismo consideramos, como hemos dicho, que el legislador alemán sería, en su caso, partidario de la tesis clásica.

Sí que llama la atención el tercer párrafo del precepto, que soluciona los casos de pluralidad de transmisarios del mismo modo que lo hacen las legislaciones forales españolas, esto es, permitiendo a cada transmisario que actúe libremente respecto de la herencia del causante originario. Ello, como ya hemos justificado, nos parece que sólo cabe admitirlo bajo los parámetros de la tesis moderna del derecho de transmisión, en la que cada transmisario sucede directamente al causante originario, con lo que cobraría sentido que cada uno pudiera separadamente aceptar o repudiar.

Por ello, nos parece una regla incoherente en un ordenamiento que, como es el caso del germánico, ha optado tradicionalmente por la tesis clásica considerando que es el transmitente el que sucede al causante originario.

5.2.1.2. Austria

Establece el artículo 809 del ABGB que “si el heredero (llamado) fallece antes de haber aceptado o repudiado la herencia a él deferida, entonces, si el (primer) causante no lo ha excluido o no ha designado sustitutos, le suceden sus herederos en el derecho de aceptar o repudiar la (primera) herencia.”

De esta regulación nos llaman la atención dos cuestiones: en primer lugar, que el legislador austríaco señale expresamente que los transmisarios suceden al transmitente en el derecho de aceptar o repudiar la herencia. Por tanto, *a sensu contrario*, podría considerarse que en lo que no suceden los transmisarios es en la herencia del causante, lo cual implica una toma de posición favorable a la tesis clásica del derecho de transmisión. Sin embargo, el razonamiento nos parece demasiado aventurado como para realizar categóricamente tal afirmación.

En segundo lugar, es destacable que expresamente se prevea la posibilidad de que el causante excluya la aplicación del derecho de transmisión a través de una

¹⁹⁷ GARCÍA GARCÍA, J.M., *La sucesión por derecho de transmisión*, op.cit., p. 62.

sustitución específica para el caso de postmoriencia del heredero sin aceptar ni repudiar; cuestión que ya se ha tratado anteriormente referida a nuestro derecho patrio.

5.2.1.3. Bélgica

El Código Civil belga dedica dos preceptos al derecho de transmisión. De un lado, el artículo 781 contiene la regla general señalando que “cuando aquel a quien se defiere una sucesión fallece sin haberla repudiado o sin haberla aceptado expresa o tácitamente, sus herederos pueden aceptarla o repudiarla por sí mismos”.

Este precepto plantea una duda idiomática, puesto que la expresión “*de son chef*” con que concluye puede interpretarse de dos formas, cada una de las cuales implica optar por una de las teorías del derecho de transmisión.

Así, podría interpretarse dicha frase “por sí mismos” como “por su cuenta”, en cuyo caso se entendería que dichos herederos suceden al causante, es decir, que se opta por la tesis moderna.

Sin embargo, también puede entenderse que dicha expresión tan sólo se refiere a que los transmisarios pueden decidir si aceptar o repudiar a su libre elección, pero en todo caso sucediendo al transmitente, como propugna la tesis clásica.

De otro lado, el artículo 782 señala que “si estos herederos no están de acuerdo en aceptar o repudiar la herencia, deberá ser aceptada a beneficio de inventario”.

Esta es una solución muy favorable a la tesis clásica: exigir una unidad de actuación a los transmisarios tiene como única razón posible el considerar que ocupan el lugar del transmitente y en su nombre aceptan o repudian la herencia del causante originario.

5.2.1.4. Francia

5.2.1.4.1. Análisis histórico

Ya hemos señalado a lo largo del trabajo que la influencia del Derecho francés fue históricamente decisiva a través del Código napoleónico.

El artículo 781 del mismo establecía que “cuando aquel a quien pertenezca una herencia, hubiese muerto sin haberla repudiado, o aceptado expresa o tácitamente, sus herederos podrán aceptarla o repudiarla por derecho propio”.

Observa GARCÍA GARCÍA en el primer inciso las trazas del sistema germánico de adquisición de la herencia, diciendo que “el propio artículo 781 alude a aquel a quien pertenezca una herencia, partiendo ya de la base de que el transmitente es dueño de la herencia por el solo hecho de la muerte de su causante, a diferencia del sistema español, según interpretación dominante, en la que insistiremos más adelante.

Como es sabido, el Código civil francés sigue un sistema germánico de adquisición de la herencia, sobre la base de que la adquisición se produce sin necesidad de aceptación, a pesar de lo cual existe el Derecho de Transmisión, en el sentido de que el heredero del heredero tiene la opción de aceptar; en cuyo caso

confirma una adquisición ya producida, o de repudiar, en cuyo caso deja de ser heredero con efectos retroactivos, como si no lo hubiese sido nunca.”¹⁹⁸

Y el artículo 782 del Código napoleónico decía que “si estos herederos no están conformes en cuanto a la aceptación o repudiación, deberá aceptarse con beneficio de inventario”.

Observamos así en este último precepto que se optó, en caso de pluralidad de transmisarios, por exigirles una actuación conjunta, solución que hemos defendido ya anteriormente, por ocupar dichos transmisarios aceptantes el lugar del transmitente y porque, siendo él, sólo pueden tener una voluntad unívoca; tesis que como corolario tiene la opción por la tesis clásica del derecho de transmisión, por entender que el transmitente sucede al causante mediante la facultad de opción ejercitada unívocamente por los transmisarios.

Lo considera así también GARCÍA GARCÍA, contrario a nuestra posición de exigir actuación conjunta a los transmisarios. Al tratar el precepto francés, indica que “el fundamento del nuevo sistema del *Code* se basa en la misma idea que la del antiguo Derecho consuetudinario: que hay que partir de la posición del transmitente. Y si éste tenía que adoptar un criterio unitario, sin que fuera posible la aceptación parcial de la herencia, sus herederos, que ocupan su lugar, no pueden dividir la posición unitaria que deriva de su causante. El fundamento es, por tanto, el criterio de la indivisibilidad de la aceptación, sobre la base de que el conjunto de transmisarios está ejercitando el derecho único que tenía el transmitente, por lo que, si éste no pudo aceptar parcialmente, tampoco podrán hacerlo unos transmisarios y repudiar otros. Esto significa, en definitiva, prescindir de toda idea de adquisición directa respecto al primer causante, por parte de los transmisarios, pues se tiene en cuenta la previa existencia del transmitente, que es el que da esa unidad de actuación a los transmisarios.

Ahora bien, este sistema ha merecido fuertes críticas por parte de los propios autores franceses y belgas que lo han estudiado, y tales críticas son acertadas, pues la imposición de una aceptación obligada a todos los transmisarios contra su voluntad cuando hay discrepancia de criterio entre los mismos, va contra el principio de libertad de la aceptación y la repudiación, y contra el concepto mismo de derecho subjetivo, que, prescindiendo ahora de los diferentes elementos y criterios que componen dicho concepto, es evidente que entre ellos cobra un papel decisivo la voluntad y la libertad de la persona.”¹⁹⁹

5.2.1.4.2. Regulación actual

En la actualidad, el Código Civil francés contiene las normas relativas a la aceptación y repudiación de la herencia en los artículos 771 y siguientes, que conviene transcribir, por referirse los últimos a los primeros para regular la institución del derecho de transmisión.

¹⁹⁸ GARCÍA GARCÍA, J.M., *La sucesión por derecho de transmisión*, op.cit., p. 137, 138.

¹⁹⁹ GARCÍA GARCÍA, J.M., *La sucesión por derecho de transmisión*, op.cit., p. 217, 218.

Así, señala el artículo 771 que “No se puede obligar al heredero a optar antes de que venza un período de cuatro meses desde la apertura de la sucesión.

Al final de este período, puede ser requerido, mediante un acto extrajudicial, para decidirse por iniciativa de un acreedor de la sucesión, un coheredero, un heredero de un rango posterior o el Estado.”.

Dice el artículo 772 que “Dentro de los dos meses siguientes a la citación, el heredero debe tomar una decisión o pedir tiempo adicional al juez cuando no ha podido cerrar el inventario iniciado o cuando justifica otros motivos graves y legítimos. Este período se suspende de la solicitud de prórroga hasta que se toma la decisión del juez.

De no haber aprovechado la expiración del período de dos meses o el período adicional concedido, se considera que el heredero está aceptando pura y simplemente.”

Añade el artículo 773 que “En ausencia de citación, el heredero conserva la opción de optar, si no ha hecho acto de heredero y si no es tenido como heredero aceptante puro y simple de conformidad con los artículos 778, 790 o 800.”

Y el artículo 774 dice que “Las disposiciones de los artículos 771, 772 y 773 se aplican al heredero de rango siguiente llamado a la sucesión cuando el heredero de primer rango renuncia a la sucesión o es indigno. El período de cuatro meses previsto en el artículo 771 corre desde el día en que el heredero siguiente tiene conocimiento de la renuncia o indignidad.”

Finalmente, el artículo 775, que trata el derecho de transmisión, dice que “Las disposiciones a las que se hace referencia en el artículo 774 también se aplican a los herederos de la persona que muere sin haber optado. El período de cuatro meses corre desde la apertura de la sucesión de este último.

Los herederos del que muere sin optar ejercen la opción por separado, cada uno por su parte.”

Por último, el artículo 780 señala en sus dos primeros párrafos que “La facultad de opción prescribe por el transcurso de diez años desde la apertura de la sucesión.

El heredero que no ha decidido en este plazo es reputado como renunciante.”

Vista así la regulación actual de la aceptación y repudiación en el Code francés, cabe extraer como principal consideración que se limita temporalmente el ámbito de actuación del derecho de transmisión: como regla general se señala un plazo de cuatro meses prorrogable en dos más para aceptar o repudiar.

De este modo, si el llamado fallece dentro de dicho período, sus herederos también dispondrán de dicho plazo para aceptar o repudiar, a contar desde el fallecimiento del llamado.

Sin embargo, no se observa una opción clara por ninguna de las tesis del derecho de transmisión.

Es de destacar que se abandona la posición histórica de exigir unanimidad de actuación a los transmisarios, al permitir el artículo 775 que cada uno acepte o repudie separadamente, según su interés. Ello podría interpretarse como un abandono de la tesis clásica para optar por la tesis moderna, como ya hemos explicado en otros puntos del trabajo.

Finalmente, el artículo 809.3 señala que la sucesión queda vacante si transcurren seis meses desde la apertura de la sucesión sin que los herederos se hayan manifestado. Es decir, se señala un plazo de prescripción para el ejercicio del *ius delationis*.

5.2.1.5. Italia

5.2.1.5.1. Análisis histórico

El legislador español siempre ha tenido en cuenta el Derecho italiano, hasta el punto de que es uno de los ordenamientos jurídicos privados europeos que más semejanzas tiene con el nuestro.

Ello es así desde hace siglos. GITRAMA observa que en el “Proyecto de 1851, sin duda que fue tenido en cuenta el artículo 939 del Código italiano de 1865.”²⁰⁰

Dicho artículo 939 señalaba que “Si muere aquel a cuyo favor se abrió una sucesión, sin haberla aceptado expresa o tácitamente, transmite a sus herederos el derecho de aceptarla”.

GARCÍA GARCÍA observa la diferencia entre este precepto y su correlativo en el Código Napoleónico, y dice que “mientras en el Código civil francés se dice *aquel a quien pertenezca la herencia*, el Código civil italiano alude a *aquel a cuyo favor se abrió una sucesión*; porque sigue los pasos del sistema romano de adquisición, en el que la muerte sólo determina la apertura de la sucesión, y no la pertenencia o adquisición, como en el Derecho francés.”²⁰¹

5.2.1.5.2. Regulación actual

Señala el artículo 479 del Código Civil italiano de 1942: “Si el llamado a la herencia muere sin haberla aceptado, el derecho de aceptarla se trasmite a los herederos.

Si estos no están de acuerdo para aceptarla o repudiarla, el que acepta adquiere todos los derechos y queda sujeto a todas las obligaciones, mientras que permanece ajeno el que renuncia.

La renuncia a la herencia del transmitente incluye la renuncia a la herencia que se le transfiere”.

Al respecto observó MESSINEO que “el derecho de aceptar una herencia (o de renunciar a ella), en cuanto no haya sido ejercitado todavía por el llamado al que la misma es deferida, y en cuanto no haya prescrito todavía, se transmite *ipso iure* –en caso de muerte de él- a su sucesor a título universal (heredero): derecho de transmisión: *ius delationis* (art. 479), puesto que aquel derecho forma parte del caudal hereditario del *de cuius* (transmitente), como uno de los elementos o componentes del mismo. Por tanto, quien acepte por efecto de transmisión, sucede por derecho del transmitente, no por derecho propio; y sucede mediatamente.

Los herederos del transmitente no están comprometidos el uno por la decisión de los otros, en cuanto al ejercicio del poder de aceptación o de renuncia transmitido a

²⁰⁰ ALBALADEJO, M.; GITRAMA GONZÁLEZ, M., *Comentarios al Código Civil...*, op.cit., p. 285.

²⁰¹ GARCÍA GARCÍA, J.M., *La sucesión por derecho de transmisión*, op.cit., p. 141.

ellos (art. 479, segundo apartado). Por consiguiente, es concebible que el uno acepte y renuncien los otros; y viceversa.

En particular, acerca de la renuncia, obsérvese que quien renuncia a la herencia cuyo derecho de aceptación se le ha transmitido, permanece extraño a ella; y que tal renuncia no importa renuncia a la herencia propia del transmitente. Pero –viceversa– quien renuncia a la herencia del transmitente, es considerado renunciante también respecto a la herencia a este último deferida (art. 479, tercer apartado), porque, como se ha señalado, el derecho de aceptar aquélla es elemento, o parte, de la herencia propia del transmitente; y, el haber renunciado a la totalidad, se entiende haber renunciado también a la parte.

Obsérvese que la transmisión a que nos hemos referido tiene por contenido, no la cualidad de heredero –intransmisible por sí– sino, más bien, el contenido económico de tal cualidad.”²⁰²

Al señalar el autor que el transmisario sucede mediatamente, quiere decir que sucede a través de su causante, el transmitente y éste al causante originario; y por tanto, que la tesis que se aplica es la clásica o la de la doble transmisión; puesto que en la tesis moderna, el transmisario no sucede mediatamente, sino inmediatamente, al causante originario.

Dice que el transmisario sucede por derecho del transmitente, siendo éste un valor integrante de su herencia. Y reitera el autor su posicionamiento por la tesis clásica al considerar admisible que el transmisario acepte la herencia del transmitente y repudie la del causante originario; pero inadmisibles que repudie la del transmitente y acepte la del causante originario, pues en tal caso no adquiere el *ius delationis*, el derecho de aceptar o repudiar dicha herencia del primer causante.

Observamos que el ordenamiento italiano trata la institución como la transmisión del “derecho de aceptar”, a diferencia del ordenamiento español, que habla del derecho de aceptar o repudiar.

FERNÁNDEZ ÁLVAREZ y PASCUAL DE LA PARTE interpretan esta diferencia a favor de la tesis clásica, y la utilizan para justificar su argumento de que la delación al transmitente está sujeta a la *conditio iuris* de que el transmisario ejercite positivamente el *ius delationis* que recibe del transmitente, retrotrayéndose todo al fallecimiento del causante, y sucediéndole así el transmitente.

Señalan que “se podría pensar que el legislador italiano, de manera deliberada, no quiso ni consideró oportuno incluir expresamente en la tipificación de la transmisión del *ius delationis*, la facultad de renunciar a la herencia. Y ello a fin de evitar la duda interpretativa sobre quién haya de ser el heredero del primer causante. Quizás, se podría haber pensado o razonado de la siguiente manera: si la renuncia opera y tiene lugar en la persona del transmitente, y por eso no contempla expresamente la Ley su transmisión al transmisario, en esa misma persona habrá de operar y tener lugar la aceptación hecha por el transmisario, en el ejercicio del *ius delationis* que recibe.

²⁰² MESSINEO, F., *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo VII. Trad. S. Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa- América, Buenos Aires, 1956, p. 251.

En fin, probablemente dicho legislador (aunque nada se diga, así parece deducirse o inducirse del art. 479.1, por todo lo expuesto) pensó en articular la transmisión del *ius delationis* como una transmisión instrumental y supeditada a la adquisición de la cualidad de heredero por parte del transmitente ya fallecido (adquisición de tal cualidad de heredero por el transmitente, merced a la aceptación verificada por el transmisario, que operaría a modo de *conditio iuris*); siguiendo o pudiendo haber seguido una construcción de tal transmisión muy próxima a la aquí defendida y sostenida por nosotros”.²⁰³

5.2.1.6. Portugal

No aporta ninguna novedad la legislación de derecho privado portuguesa, pues señala el artículo 2058 del Código Civil de Portugal que “1. Si el sucesor llamado a la herencia fallece sin haberla aceptado ni repudiado, transmite a sus herederos el derecho de aceptar o repudiar. 2. La transmisión sólo se verifica si los herederos aceptaran la herencia del fallecido, lo que no los impide repudiar; queriendo, a la herencia a la que éste fuera llamado.”

5.2.1.7. Suiza

El derecho suizo presenta en esta materia semejanzas con el alemán, señalando el artículo 569 del ZGB que “Si muere un heredero (provisional, llamado) antes de la repudiación o aceptación de la herencia, entonces la facultad de repudiar se transmite a sus herederos. El plazo para repudiar comienza para estos herederos en el momento en que tienen conocimiento de la adquisición provisional (delación) de la (primera) herencia por su causante, y termina, como mínimo, con el transcurso del plazo que a los mismos se concede para repudiar la herencia de su propio causante (transmitente). Si repudiando los herederos la (primera) herencia, ésta se adquiere provisionalmente por otros herederos que previamente no habían sido llamados, entonces comienza para éstos el plazo desde el momento en que tengan conocimiento de la repudiación”.

Observamos así que en el derecho suizo, como ordenamiento de corte germánico, el derecho de transmisión no tiene por objeto el *ius delationis* entendido ampliamente, sino el derecho de repudiar la herencia, debido al sistema de adquisición *ipso iure* existente en dicho ordenamiento; lo que junto a la existencia de plazos preclusivos de la repudiación, obliga a fijar un conjunto de normas sobre la adjunción de los plazos que de por sí tienen los transmisarios para repudiar la herencia del transmitente al plazo que éste ya consumió sin repudiar la herencia del causante originario, habiéndose por ello originado dicha adquisición automática de la herencia por el llamado.

²⁰³ FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, J.L.; PASCUAL DE LA PARTE, C.C., “Sobre el carácter meramente instrumental...”, op. cit., p. 1559.

5.2.2. Situación en el derecho latinoamericano

Una gran parte de los ordenamientos jurídicos de los países latinoamericanos tienen una estructura y contenido basada en el español, por las semejanzas culturales e idiomáticas, por historia y, por qué no decirlo, por la calidad jurídica que atesoró nuestro Derecho privado en los siglos pasados.

Trataremos por separado diversos ordenamientos jurídicos latinoamericanos.

5.2.2.1. Argentina

Hasta hace poco, señalaba el artículo 3419 del Código Civil de la República Argentina que “El heredero que sobrevive un solo instante al difunto, transmite la herencia a sus propios herederos, que gozan como él la facultad de aceptarla o repudiarla”.

Y señalaba a continuación el artículo 3420 que “El heredero, aunque fuera incapaz o ignorase que la herencia se le ha deferido, es sin embargo propietario de ella, desde la muerte del autor de la sucesión”.

Por tanto, la solución por la que optaba el legislador argentino era algo confusa.

Por un lado parecía aplicar la solución germánica de la adquisición automática de la herencia, al señalar que el transmitente lo que transmitía era la herencia, ya adquirida.

Pero por otro lado decía inmediatamente después que los transmisarios tenían la facultad de aceptar o repudiar, es decir, que adquirirían el *ius delationis*, lo cual parecía contradictorio con lo anterior; y más aún cuando, como vemos, el precepto siguiente señalaba que el heredero, aunque muriese ignorando la delación, era propietario de la herencia desde el fallecimiento del causante, lo cual es claramente germánico.

Ambos preceptos podían coligarse considerando que, en realidad, al fallecer el transmitente sin aceptar ni repudiar, el transmisario adquiría el *ius delationis* y, cuando lo ejercitaba positivamente, se entendía que el transmitente había adquirido la herencia desde el mismo instante del fallecimiento del causante originario, con el efecto retroactivo de la aceptación ejercitada por el transmisario. Es decir, lo que propugna la tesis clásica del derecho de transmisión.

El 1 de Enero de 2016 entró en vigor el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Merece destacarse el artículo 2288, que señala en su primer inciso que “El derecho de aceptar la herencia caduca a los diez años de la apertura de la sucesión. El heredero que no la haya aceptado en ese plazo es tenido por renunciante.”

Por tanto, se parte de que el derecho de transmisión tiene una vigencia temporalmente limitada al plazo de diez años desde el fallecimiento del causante originario, durante el cual puede darse el fallecimiento del transmitente sin aceptar ni repudiar y, por tanto, la transmisión del *ius delationis* al transmisario.

Pero si transcurren dichos diez años sin que el transmitente ni el transmisario acepten o repudien, se entiende que el transmitente ha repudiado y se produce un llamamiento frustrado que se solventaría por las reglas correspondientes, distintas a la del derecho de transmisión.

Y la institución del derecho de transmisión se contiene en el nuevo cuerpo legal argentino en el artículo 2890, conforme al cual, “Si el heredero fallece sin haber aceptado ni renunciado la herencia, el derecho de hacerlo se transmite a sus herederos.

Si éstos no se ponen de acuerdo en aceptar o renunciar la herencia deferida a su causante, los que la aceptan adquieren la totalidad de los derechos y obligaciones que corresponden a éste.

La renuncia de la herencia del causante fallecido sin aceptar ni renunciar una herencia a él deferida, implica también la renuncia a ésta.”

El primer inciso del precepto es muy semejante al de nuestro ordenamiento, y solventa los problemas interpretativos de la anterior regulación a los que hacíamos referencia.

Sin embargo, dicho primer inciso no da señales claras de optar por la tesis clásica o la moderna, y tampoco lo hace su tercer inciso, puesto que es claro que si los transmisarios renuncian a la herencia del transmitente, no adquieren el *ius delationis*, llamado allí derecho de opción, y por ello se entiende que renuncian también a la herencia del causante originario. Y ello es común a las tesis clásica y moderna.

Señala por último el artículo 2291 que “El ejercicio del derecho de opción tiene efecto retroactivo al día de la apertura de la sucesión.”

En definitiva, con la regulación actual, no creemos que el derecho argentino pueda ayudarnos a solucionar nuestro problema jurídico.

5.2.2.2. Bolivia

Señala el artículo 1017 del Código Civil de 1976 que “Si el llamado a la sucesión muere antes de aceptar o renunciar la herencia, el derecho se transmite a sus herederos”.

Solución igual o incluso menos clara que la que aporta nuestro Derecho. Se regula la institución del derecho de transmisión, pero no se nos ofrecen datos suficientes para dilucidar si se opta por una u otra tesis.

5.2.2.3. Chile.

Dice PUIG PEÑA al tratar el derecho de transmisión que nuestro artículo 1006 del Código Civil es una “fórmula que ha sido reproducida en la mayoría de los Códigos sudamericanos e incluso impresa en algunos, como el Código de Chile, conforme al cual, si el heredero o legatario cuyos derechos a la sucesión no han prescrito fallece antes de haber aceptado o repudiado la herencia o legado que se le ha deferido, transmite a sus herederos el derecho de aceptar o repudiar dicha herencia o legado, aun cuando fallezca sin saber que se le ha deferido.”²⁰⁴

Lógicamente, este comentario está referido a la legislación chilena vigente en el momento de elaborar el autor su obra, pero igualmente merece destacar que parece

²⁰⁴ PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil Español...*, op.cit., p. 446.

que el legislador chileno copiase la redacción legal española y la intentase completar con algunas novedades.

En primer lugar, la de incluir la figura del derecho de transmisión en los legados, cuestión que se trata en otro lugar del trabajo.

En segundo lugar, la de incluir la necesidad de no prescripción de la acción de petición de herencia, elemento temporal que es interesante, pues se exige que el transmitente fallezca antes del transcurso del plazo de prescripción, pero nada dice sobre el plazo que tiene el transmisario para el ejercicio del *ius delationis*.

Creemos que si trasladamos este elemento al ordenamiento patrio, podría ser influyente en la opción por la tesis clásica o la moderna. De seguir la tesis clásica y aplicarla a la regulación chilena, también será exigible que el transmisario ejercite el *ius delationis* antes de la prescripción de la acción hereditaria del transmitente, puesto que es el transmitente el que, con la aceptación del transmisario, sucede al causante originario.

Sin embargo, de seguir la tesis moderna, como el transmisario, adquiriendo el *ius delationis* del transmitente, no le sucede a él sino al causante originario al ejercitarlo positivamente, podría dudarse si le será aplicable a él el plazo de prescripción de herencia, y desde cuándo se computaría dicho plazo, si desde la muerte del causante originario, o desde la muerte del transmitente.

Ésta relación entre el derecho de transmisión y la prescripción de la *actio petitio hereditatis* ya se ha desarrollado anteriormente.

En tercer lugar, otra particularidad de la regulación chilena es la de incluir la clarificación de que el derecho de transmisión opera incluso en caso de desconocimiento del transmitente, lo que a *sensu contrario* implica que también operará en caso de conocimiento de la delación por el transmitente.

Consideramos que éste es un inciso innecesario en nuestro ordenamiento, ya que la repudiación de la herencia sólo puede ser expresa, como se deduce del artículo 1008 del Código Civil, tanto en su regulación anterior como posterior a la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Es decir, que el transmitente, para evitar el juego del derecho de transmisión, necesariamente tiene que aceptar o repudiar la herencia, puesto que si fallece sin haberlo hecho, ya voluntaria o involuntariamente, operará el derecho de transmisión del *ius delationis* a favor de sus herederos, transmisarios, sin que ello deje de acontecer por fallecer sabiendo que se le había deferido una herencia.

En la actualidad, el artículo 957 del Código Civil Chileno es idéntico al comentado anteriormente, añadiendo únicamente un inciso final en el que se señala que “No se puede ejercer este derecho sin aceptar la herencia de la persona que lo transmite”.

5.2.2.4. Colombia

Señala el artículo 1014 del Código Civil colombiano que “Si el heredero o legatario cuyos derechos a la sucesión no han prescrito, fallece antes de haber aceptado o repudiado la herencia o legado que se le ha deferido, transmite a sus herederos el derecho de aceptar dicha herencia o legado o repudiarlos, aun cuando

fallezca sin saber que se le ha deferido. No se puede ejercer este derecho sin aceptar la herencia de la persona que lo transmite.”

Al respecto observa ARMELLA que “si un heredero o legatario fallece sin aceptar ni repudiar la herencia o el legado, puede hacerlo su hijo, por ejemplo, siempre que existiese al tiempo del fallecimiento de su padre. Esto es, el heredero transmitido no necesita existir al tiempo del fallecimiento del primer causante (transmitente), sino al abrirse la sucesión del segundo causante (transmisor).”²⁰⁵

El legislador colombiano, al igual que ocurre con otros latinoamericanos, exige expresamente que la institución del derecho de transmisión se dé antes de la prescripción del derecho de aceptar o repudiar.

Merece destacarse la peculiaridad de que conste legalmente que el derecho de transmisión se da tanto respecto a los herederos como respecto de los legatarios, con que se sigue la doctrina romana de aceptación de legados.

Por lo demás, la regulación de la institución no es exhaustiva y no permite dilucidar si se opta por la tesis clásica o la de la doble transmisión; puesto que simplemente admite la transmisibilidad del *ius delationis* y exige la aceptación por el transmisario de la herencia del transmitente para adquirirlo; pero no señala si el transmisario sucede efectivamente al transmitente o al causante originario.

5.2.2.5. Costa Rica

Señala el artículo 530 del Código Civil que “Si el heredero muriese antes de aceptar la herencia, sus herederos podrán hacer uso del tiempo que falte del término en que debe hacerse la aceptación”.

Nos encontramos así ante una parca regulación, que no deja en absoluto claro si se opta por una tesis o por la otra; sino que simplemente faculta a los transmisarios a utilizar el tiempo que falte hasta la prescripción de la aceptación, pero sin señalar si en caso de usarlo heredan al causante originario o al transmitente.

5.2.2.6. Cuba

Establece el artículo 529 de su Código Civil que “Si muere el heredero sin aceptar ni renunciar a la herencia, se trasmite a sus herederos el mismo derecho que él tenía”.

Contiene así la legislación cubana una regulación del derecho de transmisión tan escueta como la española. Por ello pueden seguirse en la doctrina cubana indistintamente la tesis clásica y la moderna.

Entre los partidarios de la primera, SOLANO TRUEBA señala que “Considero más satisfactoria la explicación que brinda la teoría clásica porque en cuanto al título sucesorio adquisitivo del transmisario, la distinción que sostienen los autores de la teoría de la adquisición directa va en contra de una realidad que opera en esta sucesión: los bienes de la herencia se adquieren por el ejercicio del *ius delationis*, en forma de subrogación real. En virtud de la teoría clásica o de la doble transmisión, el

²⁰⁵ ARMELLA, C.N. (coord.), *Regímenes Sucesorios en Iberoamérica y España*. Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, p. 365.

transmisario al ejercitar positivamente la opción en que consiste el *ius delationis*, sucede al primer causante no de modo directo, sino a través de la herencia del transmitente. En dicha teoría, el título sucesorio adquisitivo del transmisario es el que le une con el transmitente. El transmisario adquiere por el título que deriva de su relación y de su vocación con el transmitente, por ejemplo, por título testamentario si el transmitente le instituyó heredero en testamento; y por título sucesorio *ab intestato* si es heredero de tal clase en relación con él, prescindiendo del título sucesorio derivado del primer causante.

En fin, cuando el transmisario acepta la primera herencia se produce como resultado que los bienes de dicha herencia se integran en la segunda herencia, y consiguientemente, por el título sucesorio que tiene el transmisario en relación con el transmitente, el primero adquiere tales bienes.”²⁰⁶

La autora por tanto se centra en el título adquisitivo del transmisario para aplicar la tesis clásica en el ordenamiento cubano, considerando que el título sucesorio que le permite adquirir es el que recibe del transmitente; y que no existe título alguno que le una al causante originario. Aplica, por tanto, los presupuestos generales de dicha tesis, considerando que quien sucede a dicho causante originario es el transmitente, y de él pasa el caudal al transmisario.

Lo explica también en base a la distinción entre vocación y delación, diciendo que “la vocación se mantiene en el transmitente, en el llamado, se incorpora a su esfera personal, y no se atribuye *ex novo* al transmisario, quien ejercita los derechos derivados de la vocación que tenía su transmitente. El transmisario no adquiere *ex lege* una nueva vocación. Por ello, el objeto del Derecho de transmisión, es decir, lo que se transmite, no es el llamamiento mismo sino los derechos derivados del llamamiento, y entre esos derechos se encuentra como fundamental el *ius delationis*, o sea, el derecho de aceptar o repudiar la herencia.”²⁰⁷

5.2.2.7. El Salvador

El artículo 958 del Código Civil salvadoreño es idéntico al precepto que regula el derecho de transmisión en Ecuador, que a continuación veremos. Contiene también en los artículos 963, 1129 y 1140 la necesidad de supervivencia al transmisario y las relaciones entre el derecho de transmisión, el de sustitución y el de acrecimiento, de modo idéntico al regulado en Uruguay, por lo que nos remitimos a lo que veremos posteriormente.

La única especialidad reseñable la estipula el artículo 1288, que dice que “El derecho de transmisión establecido para la sucesión por causa de muerte en el artículo 958, no se extiende a las donaciones entre vivos”.

Es una cuestión que no nos habíamos planteado, por el hecho de que en el ordenamiento español está claro que la aceptación de las donaciones debe hacerse

²⁰⁶ SOLANO TRUEBA, I., “La sucesión *iure transmissionis* del artículo 529 del Código Civil cubano.” en PÉREZ-BUSTAMANTE, A.; VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A.; PÉREZ-COCA CRESPO, A.; PÉREZ GALLARDO, L.B., *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*. Tomo I. Dykinson, Madrid, 2013, p. 378.

²⁰⁷ SOLANO TRUEBA, I., “La sucesión *iure transmissionis*...”, op.cit. p. 370.

por el donatario en vida del donante, conforme a los artículos 629 y 630 del Código Civil, por lo que no es posible trazar paralelismos, siendo la institución, en el derecho español, exclusiva para las adquisiciones *mortis causa*.

5.2.2.8. Ecuador

El artículo 999 de su Código Civil establece que “Si el heredero o legatario cuyos derechos a la sucesión no han prescrito, fallece antes de haber aceptado o repudiado la herencia o legado que se le ha deferido, transmite a sus herederos el derecho de aceptar o repudiar dicha herencia o legado, aun cuando fallezca sin saber que se le ha deferido. No se puede ejercer este derecho sin aceptar la herencia de la persona que lo transmite.”

Como vemos, es prácticamente idéntico este precepto al estudiado respecto del Derecho colombiano, por lo que pueden extenderse a este punto los comentarios realizados anteriormente.

5.2.2.9. Guatemala

En Guatemala, parece que la institución del derecho de transmisión se desconoce, puesto que se prevén otros mecanismos para suplirla.

Así, señala el artículo 1031 de su Código Civil que “El término para aceptar la herencia es de seis meses a contar de la muerte del testador, si el heredero se encuentra en el territorio de la República y de un año si está en el extranjero. Si pasa el término de la aceptación sin que nadie se presente a reclamar la herencia, ni haya heredero a quien manifiestamente pertenezca, o han renunciado los que tenían derecho a ella, se declarará vacante, arreglándose a las prescripciones del Código Procesal.”

Por tanto, ante la eventualidad del fallecimiento del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia, el derecho guatemalteco señala que si transcurre el plazo previsto, la herencia se declara vacante, si no hay heredero a quien manifiestamente pertenezca la herencia.

5.2.2.10. Honduras

Establece el artículo 936 del Código Civil hondureño que “Si el heredero o legatario cuyos derechos a la sucesión no han prescrito, fallece antes de haber aceptado o repudiado la herencia o legado que se le ha deferido, transmite a sus herederos el derecho de aceptar dicha herencia o legado, o repudiarlos, aun cuando fallezca sin saber que se le ha deferido. No se puede ejercer este derecho sin aceptar la herencia de la persona que lo transmite”.

Por tanto, como ocurre con otros ordenamientos de Sudamérica, se señala un plazo de prescripción para la aceptación o repudiación, durante el cual puede operar el derecho de transmisión. Además tiene la peculiaridad de admitirlo tanto para la herencia como los legados, signo de que sigue la tesis romana de la necesaria aceptación de éstos últimos.

Por otro lado, el último inciso reseña que el *ius delationis* también se considera como valor integrante de la herencia del transmitente, puesto que sólo se puede

ejercitar el derecho de aceptar o repudiar la herencia del causante originario, si previamente se acepta la del transmitente y se adquiere dicho derecho.

Sin embargo, también carecemos aquí de elementos que nos ayuden en la dicotomía entre la tesis clásica y la tesis moderna.

5.2.2.11. México

El ordenamiento mexicano tiene la característica de su pluralidad, por lo que, centrándonos en el Código Civil Federal, señala su artículo 1652 que “El derecho de reclamar la herencia prescribe en diez años, y es transmisible a los herederos” y en el artículo 1659 que “Si el heredero fallece sin aceptar o repudiar la herencia, el derecho de hacerlo se transmite a sus sucesores”.

Por tanto, el ordenamiento mexicano regula el derecho de transmisión de forma semejante al español y, respecto a la prescripción, de forma parecida al resto de ordenamientos latinoamericanos, es decir, de forma muy escueta.

Es de destacar que establece que lo que se transmite es “el derecho de hacerlo”, refiriéndose al derecho de aceptar o repudiar la herencia del causante originario, pero sin señalar si el transmisario le sucede a él o al transmitente.

Por tanto, ninguna especialidad reviste este ordenamiento, más allá de la presunción de aceptación a beneficio de inventario por el artículo 1678, que señala que “La aceptación en ningún caso produce confusión de los bienes del autor de la herencia y de los herederos, porque toda herencia se entiende aceptada a beneficio de inventario, aunque no se exprese.”

5.2.2.12. Nicaragua

El artículo 982 del Código Civil de Nicaragua dice en su primer inciso que “Para ser capaz de suceder es necesario existir naturalmente al tiempo de abrirse la sucesión; salvo que se suceda por derecho de transmisión, pues entonces bastará existir al abrirse la sucesión de la persona por quien se transmite la herencia o legado. Se entiende por derecho de transmisión el que tienen los herederos de una persona para aceptar o repudiar la herencia o legado que ella no había aceptado ni repudiado, aun cuando fallezca sin saber que se le ha deferido. No se puede ejercer este derecho sin aceptar la herencia de la persona que lo trasmite.”

En cierto modo es original este ordenamiento jurídico por definir el derecho de transmisión como institución, mientras que la mayoría de los otros simplemente explican lo que ocurre por el fallecimiento del transmitente sin ejercitar el *ius delationis*.

Además, precisa que no es necesario que el transmisario viva al fallecimiento del causante originario, bastando que viva al fallecimiento del transmitente.

Ello podría ser un argumento a favor de la tesis clásica, puesto que podría entenderse el requisito como una exigencia de que se viva al tiempo de la muerte de la persona a la que se sucede; y que el transmisario sucede al transmitente y éste al causante originario; esto es, hay una doble transmisión.

Aunque el mismo argumento podría aducirse a *sensu contrario* a favor de la tesis moderna: si se establece la regla general de la necesidad de supervivencia del

heredero al causante, y se dice “salvo que se suceda por derecho de transmisión”, es porque se da por hecho que cuando se sucede por derecho de transmisión, el transmisario sucede al causante originario.

En efecto, da la impresión de que el ordenamiento nicaragüense opta por la tesis moderna o de la adquisición directa, por decir que bastará existir al tiempo de la muerte de la persona “por quien” se transmite, dando a entender que el transmisario sucede, “por” el transmitente, al causante originario.

No obstante, no creemos que el precepto señalado dé suficientes pistas para considerar que el derecho nicaragüense opte claramente por una u otra tesis, puesto que dicho “por quien” podría interpretarse también como “a través de quien”, en cuyo caso, se consideraría que el transmisario recibe la herencia del transmitente, integrando la herencia del causante originario, lo que implicaría optar por la tesis clásica.

Por lo demás, la regulación nicaragüense se asemeja a otras vistas anteriormente en la extensión de la institución a los legados y en la prohibición expresa de ejercitar el derecho sin aceptar la herencia del transmitente.

Además, establece el artículo 1190 del mismo cuerpo legal que “El derecho de transmisión, establecido por el artículo 982, excluye al derecho de acrecer”; y lo completa el artículo 1193 diciendo que “El derecho de transmisión excluye al de sustitución. Y el de sustitución al acrecimiento”.

En nuestra opinión, partiendo de las premisas clásicas de la sustitución y el acrecimiento, éstos preceptos serían innecesarios, puesto que tanto la sustitución como el acrecimiento son instituciones que se dan en las sucesiones testamentarias cuando se producen llamamientos frustrados por varias causas, entre ellas la premoriencia; pero no en caso de post moriencia, ámbito de juego el derecho de transmisión. No obstante, el artículo 1178 no lo explicita al regular el derecho de acrecer; ni tampoco el artículo 1191 al regular la sustitución vulgar, única permitida en Nicaragua, sino que más bien parece admitir la sustitución para los casos de post moriencia.

5.2.2.13. Paraguay

En Paraguay, rige el sistema germánico de adquisición automática de la herencia con la facultad de repudiarla. Así lo señala su artículo 2450 del Código Civil que dice en su primer inciso que “El heredero adquiere la herencia desde la muerte del causante, bajo reserva de su facultad de renunciarla.” Y se señala un plazo de ciento cincuenta días para ejercitar esta repudiación.

Por ello, el Código Civil de Paraguay reviste la especialidad en el derecho de transmisión de prever que lo que se transmite es la facultad de repudiar, y así lo recoge su artículo 2451, cuyo primer inciso señala que “La facultad de renunciar pasa a los herederos de quien hubiere fallecido antes de vencer el plazo sin ejercerla. El plazo legal se juzgará en este caso prorrogado por el tiempo necesario para aceptar o repudiar la herencia del propio causante.”

Observamos que la regulación no dista mucho de la de los ordenamientos de corte romano, pues la única peculiaridad consiste en que el *ius delationis* se integra por la facultad de repudiar; igual que en el derecho germánico.

Esto es, al fallecer el causante originario, el transmitente adquiere automáticamente la herencia, pero fallece antes de poder repudiarla. Tras ello, el transmisario adquiere automáticamente la herencia del transmitente, en la que se integra la facultad de repudiar la del causante originario, facultad que se prorroga en tanto subsista la facultad de repudiar la herencia del transmitente.

Por ello, en realidad, no hay un juego del *ius transmissionis* propio, puesto que, si nada se repudia, todo se adquiere finalmente por el transmisario cuando transcurren ciento cincuenta días del fallecimiento del transmitente.

5.2.2.14. Perú

El ordenamiento jurídico peruano reviste la particularidad de presumir la aceptación de la herencia por el hecho de transcurrir un plazo sin que el heredero ejercite el *ius delationis*. Dice el artículo 673 que “La herencia se presume aceptada cuando ha transcurrido el plazo de tres meses, si el heredero está en el territorio de la República, o de seis, si se encuentra en el extranjero, y no hubiera renunciado a ella. Estos plazos no se interrumpen por ninguna causa.”

Respecto al derecho de transmisión, señala el artículo 679 del Código Civil de Perú que “El derecho de aceptar o renunciar la herencia, se trasmite a los herederos. En tal caso, el plazo del artículo 673 corre a partir de la fecha de la muerte del primer llamado.”

Por tanto, el Derecho peruano regula la institución con algunas peculiaridades, puesto que existe en los mismos términos que en España, pero sujeto a la regla especial del plazo de presunción de aceptación.

Así, si fallece el causante originario, y su heredero fallece sin aceptar ni repudiar transcurridos tres o seis meses desde el fallecimiento, según el caso, se entiende aceptada su herencia. Sin embargo, si fallece antes de que pasen dichos tres o seis meses, se torna en transmitente y su derecho, el *ius delationis*, pasa al transmisario, que tiene el plazo de tres o seis meses desde su muerte para aceptar la herencia del transmitente y aceptar o repudiar la del causante originario.

En el supuesto de que transcurran tres o seis meses desde la muerte del transmitente, primer llamado, sin que el transmisario ejercite su derecho, deberán entenderse aceptadas por la presunción del artículo 673 tanto la herencia del transmitente como la del causante originario.

Por lo demás, la presunción de aceptación es una diferencia demasiado ostensible con nuestro ordenamiento como para que podamos tratar de encontrar argumentos en el ordenamiento peruano que sirvan a nuestro problema jurídico.

5.2.2.15. República Dominicana

Establece el Código Civil de la República Dominicana en su artículo 781 que “Si aquel a quien corresponde una sucesión, muere sin haberla repudiado o aceptado expresa o tácitamente, sus herederos pueden aceptarla o repudiarla por sí.”

Contiene este precepto una regulación tradicional del derecho de transmisión, en la que únicamente llama la atención el inciso final “por sí”, que podría interpretarse como que el *ius delationis* que ejercitan los transmisarios no lo hacen colocándose en lugar del transmitente, sino desde su cualidad de herederos directos del causante originario, “por si mismos como herederos directos”, siguiéndose así la tesis moderna.

Así, si se considera que el transmisario, al aceptar la herencia del transmitente, adquiere el *ius delationis*, pero no lo ejercita subrogándose en la posición del transmitente, sino directamente, *por sí*, sucedería al causante originario en su patrimonio, y al transmitente en el suyo, en el que se incluiría el *ius delationis* sobre la herencia del causante originario.

Le sucedería “por sí”, directamente, y no a través del transmitente, con que habría una adquisición directa, que es lo que propugna la tesis moderna.

Parece por tanto que el Derecho dominicano optaría por la tesis moderna; aunque sólo en caso de que interpretemos las palabras “por sí” en el sentido expuesto.

Por lo demás, el artículo 782 trata los casos de pluralidad de transmisarios, que se estudió en el epígrafe 4.3., y lo hace de forma que sólo permite seguir la tesis clásica, como hemos señalado, por señalar que “Si estos herederos no están de acuerdo para aceptar o repudiar la herencia, debe ésta aceptarse a beneficio de inventario.”

Así, parece contradictorio que el artículo 781 presente indicios para optar por la tesis moderna y sin embargo el artículo 782 presente indicios para optar por la tesis clásica, por exigir una actuación conjunta de los transmisarios, determinando que, bien acepten o bien repudien todos de acuerdo.

Esta dualidad, a falta de otros argumentos, impide que podamos señalar taxativamente que el Código Civil de la República Dominicana opta por una tesis o por la otra.

5.2.2.16. Uruguay

Estipula el artículo 1040 del Código Civil de Uruguay que “Si el heredero o legatario, cuyos derechos a la sucesión no han prescrito, fallece antes de haber aceptado o repudiado la herencia que se le ha deferido, transmite a sus herederos el derecho de aceptar o repudiar dicha herencia o legado, aun cuando fallezca sin saber que se le ha deferido. Pero no se podrá ejercer este derecho sin aceptar la herencia de la persona que lo transmite”

Este precepto no ofrece novedades con respecto a lo comentado acerca de otros ordenamientos de Latinoamérica, pues regula el derecho de transmisión de forma muy semejante, con las características que hemos observado: limitación de su campo de acción mediante la prescripción; extensión de su aplicación a los legados; expresión de que no es necesario que el transmitente conozca la delación; y exigencia de aceptación por el transmisario de la herencia del transmitente; características todas ellas comunes a otros ordenamientos de su entorno.

Pero el Código Civil de Uruguay también hace referencia al derecho de transmisión en otros puntos. Así, el artículo 1052 trata la pluralidad de transmisarios, lo cual se comenta en el epígrafe 4.3. El artículo 1038 dice que si se sucede por derecho de transmisión basta existir al tiempo de abrirse la sucesión de la persona por quien se transmite la herencia o legado, precepto que merece la misma consideración que antes hemos hecho respecto de la regulación en Nicaragua. El artículo 864 dice que “El derecho de transmisión excluye al de sustitución y el de sustitución al de acrecimiento”; y reitera el artículo 1048 que “El derecho de transmisión, establecido por el artículo 1040 excluye el derecho de acrecer”. No comentaremos estos preceptos, bastando la consideración ya hecha de que los presupuestos son diferentes: post moriencia frente a premoriencia.

Sobre la dualidad que nos interesa entre la tesis clásica y moderna, ANIDO BONILLA entiende que el Derecho Uruguayo opta por la tesis moderna, considerando que surgen “del mismo Código Civil textos que determinan que el transmisario heredara al llamémosle primer causante, por derecho de transmisión –y no al transmitente-, al quien hereda por derecho propio (o de representación, etc., pero no por transmisión); recibiendo así el transmisario del transmitente sólo el *ius delationis*, mas no la herencia. El primer argumento conducente a ello surge del mismo artículo 1040 en cuanto establece que se transmite *el derecho de aceptar o repudiar dicha herencia*. Es aquí que si en el patrimonio del transmitente se encontrare ya la propiedad de la herencia del primer causante, al fallecer aquél sus herederos adquieren por modo sucesión su herencia dentro de la que se encontraba la del primer causante. Es así que el artículo 1040 nos permite distinguir la categoría de bienes que formaban el patrimonio del segundo causante –transmitente- y que transmisibles por modo sucesión son adquiridos por sus herederos, considerándolos *sub specie universitatis* en forma unitaria, y una segunda categoría de bienes que está formada por ese grupo de bienes –y deudas- considerados unitariamente (*sub especie universitatis*) que integran la herencia del primer causante, del cual no se transmite su propiedad y posesión sino algo distinto, que es *el derecho de aceptar o repudiar dicha herencia*. Tan es así que dichas herencias son susceptibles de dos aceptaciones distintas, para adquirir en forma definitiva (o culminar el proceso adquisitivo) de la herencia del primer causante es necesario que el transmisario otorgue dos negocios jurídicos autónomos; ambos negocios jurídicos son aceptación, pero son autónomos, ya que uno tiene por objeto la herencia del transmitente y el otro la herencia del primer causante. Lo que demuestra que se trata de dos herencias susceptibles de dos consecuentes aceptaciones. Si fuere una misma herencia ¿para qué otorgar dos aceptaciones?”²⁰⁸

Recoge el autor varios argumentos a favor de la tesis de que el transmisario sucede directamente al causante originario. Considera que el transmisario, al aceptar la herencia del transmitente, recibe el *ius delationis* sobre la herencia del causante originario y al ejercitarlo positivamente, le sucede a él.

²⁰⁸ ARMELLA, C.N. (coord.), *Regímenes Sucesorios...*, op.cit., p. 917-918.

Fundamentalmente se basa en la consideración de que el patrimonio del causante originario no llega a integrarse en el patrimonio del transmitente, y por tanto no puede el transmisario recibir dicho patrimonio hereditario del causante originario integrado en la herencia del transmitente, sino que debe adquirirlo directamente mediante el ejercicio del *ius delationis* que, éste sí, recibe del transmitente.

Al existir dos patrimonios, sostiene el autor, son necesarias dos aceptaciones autónomas por el transmisario, que conllevan dos sucesiones separadas, vinculadas entre sí únicamente porque la posibilidad de adir la del causante originario la adquiere el transmisario al adir su herencia.

No obstante, dichos argumentos podrían ser rebatidos por los partidarios de la tesis clásica que, como el autor citado, aceptan la existencia de dos patrimonios, y aceptan la existencia de dos aceptaciones; pero consideran que con la aceptación por el transmisario de la herencia del transmitente, se coloca en su lugar y es en dicho lugar en el que acepta la herencia del causante originario, subentrando en su posición jurídica, siendo el transmitente. Ello, con el efecto retroactivo de las aceptaciones, provoca que al fallecer el causante originario le herede el transmitente, y al fallecer el transmitente le herede el transmisario.

Consideramos que el autor citado no defiende sus argumentos de la mejor manera posible al preguntarse por qué serían necesarias dos aceptaciones si sólo hay una herencia; puesto que parte de la errónea premisa de que la tesis clásica entienda que exista una única herencia. La tesis clásica sostiene que hay dos herencias: la del causante originario y la del transmitente, teniendo cada una un sucesor diferente. Pero con la única peculiaridad de que la aceptación del transmitente la ejercita, a través de una construcción legal, si se quiere ficticia, el transmisario. Y que finalmente éste deviene en titular de los dos patrimonios hereditarios, pero lo hace porque el del causante originario es adquirido por el del transmitente, y siendo ya entonces un único patrimonio hereditario, lo adquiere el transmisario.

5.2.2.17. Venezuela

Señala el artículo 1007 del Código Civil de Venezuela que “Si la persona en cuyo favor se ha abierto una sucesión, muere sin haberla aceptado expresa o tácitamente, trasmite a sus herederos el derecho de aceptarla.”

De esta regulación llama la atención que lo que se transmite al transmisario no es el *ius delationis* sino sólo la facultad de aceptar la herencia. Podría parecer que el transmisario tiene la posibilidad, una vez aceptada la herencia del transmitente, de aceptar la herencia del causante originario, pero no de repudiarla.

Sin embargo, no es así, puesto que el artículo 1008 les ofrece la posibilidad de repudiar, al decir que “Si estos herederos no están de acuerdo para aceptar o para renunciar la herencia, el que la acepta adquiere solo todos los derechos y queda sometido a todas las cargas de la herencia, considerándose al renunciante como extraño.”

Reviste este precepto la especialidad de que soluciona la repudiación de un transmisario mediante el acrecimiento en favor de los aceptantes.

Y señala el artículo 1009 que “Los herederos que hayan aceptado la herencia del heredero fallecido, podrán renunciar a la herencia que se había deferido a este último y que no había aceptado todavía; pero la renuncia de la herencia del heredero fallecido envuelve la de aquella que se le había deferido.”

Esta regla no es más que la consecuencia del funcionamiento del *ius transmissionis*: el transmisario adquiere el *ius delationis* sobre la herencia del causante originario cuando acepta la herencia del transmitente. Y si no acepta la herencia del transmitente, no llega a adquirir el *ius delationis*, luego no puede ya aceptar la del causante originario por no haber adquirido la facultad de hacerlo.

5.2.3. Conclusión respecto del estudio de Derecho comparado

El estudio de la regulación positiva del derecho de transmisión en otros ordenamientos jurídicos refuerza la naturaleza compleja de la institución, por quedar patente que ninguna de las regulaciones estudiadas se posiciona de forma tajante en favor de una tesis o de la otra.

Tan sólo en el derecho histórico francés vemos un cierto posicionamiento en favor de la tesis clásica y, por virtualidad del mismo, en otros ordenamientos que le han seguido.

Sin embargo, en los países con ordenamientos privados de corte germánico, el mecanismo de la adquisición automática de la herencia diluye la trascendencia práctica de la institución.

Por su parte, en los países de latinoamericanos, influidos en gran medida por el derecho castellano, es plausible que no se haya tratado de solventar legislativamente una problemática que el propio ordenamiento español no tiene solucionada.

En definitiva, desde el punto de vista estrictamente positivo, el estudio de las diferentes regulaciones del derecho de transmisión en otros países refuerza la importancia de la problemática que tratamos de resolver, dado que en ninguno de ellos existe una posición tajante del legislador en favor de una u otra tesis.

Sin embargo, sería necesario un profundo estudio de la doctrina existente en los países de nuestro entorno, que por su extensión excede de las pretensiones del presente trabajo, para saber si esa inexistencia de solución legislativa al derecho de transmisión ha originado en el Derecho comparado una problemática doctrinal semejante a la que existe en nuestro ordenamiento, en el que durante décadas se ha seguido la tesis clásica para posteriormente, por un cambio jurisprudencial, pasar a la tesis moderna.

Ignoramos por tanto, y es de justicia reconocerlo, si la ausencia de opción legislativa por la tesis clásica o por la tesis moderna ha originado en otros países una problemática doctrinal de importancia semejante a la producida en nuestro país, y en caso afirmativo, si la doctrina de alguno de los países reflejados ha alcanzado mediante argumentos novedosos una solución que fuera analógicamente aplicable a nuestro ordenamiento. Pero podemos presumir que no ha sido así, dado que si doctrinalmente se hubiera alcanzado una opción pacífica sobre una u otra tesis en cualquiera de los mencionados ordenamientos, es razonable pensar que dicha tesis doctrinal habría cristalizado con el tiempo en una reforma legislativa que, a la vista de lo estudiado, no se ha producido.

5.3. Conflictos de leyes

Dada la libertad de circulación que impera en nuestros días, pueden darse situaciones de verdadera complejidad cuando en la aplicación del derecho de transmisión interviene un elemento de extranjería; el cual puede acontecer por varios motivos, como el de que tengan nacionalidad diferentes alguno de los protagonistas o residencias habituales en países diferentes el causante y el transmitente; dificultad que se puede incrementar cuando además se entremezclen dichos problemas propios del derecho internacional privado con cuestiones relativas al derecho intertemporal.

A título de ejemplo, en nuestro ordenamiento jurídico, hasta la entrada en vigor del Reglamento UE 650/2012 al que haremos referencia, la ley aplicable a la sucesión venía determinada por la nacionalidad del causante, conforme al artículo 9.8 del Código Civil, y sin embargo tras la entrada en vigor del citado Reglamento, el punto de conexión se desplazó a la residencia habitual del difunto.

El estudio en profundidad del fenómeno sucesorio en el ámbito del derecho internacional privado excede de nuestras pretensiones, pero sí es conveniente cuando menos dejar señalado aquí la incidencia que dicha cuestión tiene sobre la problemática que es objeto de estudio en el presente trabajo.

Así, si las leyes aplicables a la sucesión del causante y del transmitente son diferentes, habrá que determinar cuál de las dos es la que determina la aplicación de la tesis clásica o moderna del derecho de transmisión.

La solución apriorística consistiría en señalar que es la ley reguladora del causante originario la que debe determinar las consecuencias que tenga el hecho de la postmoriencia de su llamado sin aceptar ni repudiar la herencia, dado el principio legal de unidad de la ley reguladora de la sucesión, que tiene como consecuencia que todas las vicisitudes que se produzcan en torno a la sucesión del causante deben ser solventadas por la legislación que rija dicha sucesión, con independencia de que uno de los llamados tuviera nacionalidad o residencia habitual en un estado diferente y su propia sucesión deba llevarse conforme a una ley diferente.

Al respecto, cabe señalar que el considerando 9 del Reglamento UE 650/2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo señala que “el ámbito de aplicación del presente Reglamento debe abarcar todos los aspectos de Derecho civil de la sucesión por causa de muerte, es decir, cualquier forma de transmisión de bienes, derechos y obligaciones por causa de muerte, ya derive de una transmisión voluntaria en virtud de una disposición mortis causa, ya de una transmisión abintestato.”

Por tanto, el ámbito de aplicación del Reglamento incluye la institución del derecho de transmisión.

Y el artículo 23.2.e) señala que la ley que resulte aplicable a una sucesión regirá “la transmisión a los herederos y, en su caso, a los legatarios, de los bienes, derechos y obligaciones que integren la herencia, incluidas las condiciones y los efectos de la aceptación o renuncia de la herencia o del legado.”

De ello parece extraerse que si la ley aplicable a la sucesión del causante es una ley determinada, dicha legislación estatal se aplicará a los efectos de la aceptación o repudiación por el llamado y, añadimos, en nuestra opinión también se aplicará a los efectos de la no aceptación ni repudiación por el llamado, y por tanto, al derecho de transmisión.

Consideramos por ello que debe atenderse a la ley que regula la sucesión del causante originario para determinar el funcionamiento del derecho de transmisión si su llamado transmitente muere sin aceptar ni repudiar, con independencia de la ley que regula la sucesión de dicho transmitente.

Ahora bien, entendemos igualmente que será la ley reguladora de la sucesión del transmitente la que determine cómo adquiere su llamado transmisario el *ius delationis*.

Y una vez ello quede determinado, habrá que aplicar la legislación reguladora de la sucesión del causante para observar cómo el transmisario recibe el patrimonio del causante originario: bien “recta vía”, aplicando la tesis moderna; bien integrándose dicho patrimonio en el caudal relicto de la herencia del transmitente, aplicando la tesis clásica.

CAPÍTULO 6

Sumario

6.1. Solución propuesta al problema jurídico	204
6.1.1. Introducción	204
6.1.2. Tesis propuesta	206
6.2. Conclusiones	218
6.2.1. Primera conclusión	218
6.2.2. Segunda conclusión	219
6.2.3. Tercera conclusión	220
6.2.4. Cuarta conclusión	223
6.2.5. Quinta conclusión	226

6.1. Solución propuesta al problema jurídico

6.1.1. Introducción

Después de haber estudiado en profundidad los antecedentes históricos, la situación doctrinal y jurisprudencial e incluso el Derecho comparado de nuestra institución, no podemos posicionarnos de forma tajante en favor de ninguna de las dos teorías.

Y ello no se debe a tibieza o falta de contundencia, sino que dicha falta de opción contundente por una u otra de las alternativas es, en definitiva, un claro posicionamiento en favor de nuestra propia tesis que en este capítulo presentaremos.

Decíamos que no podemos alinearlos con unos autores ni con otros. Ello es así porque consideramos que ambas tesis, en especial la moderna, adolecen de defectos cuando tratan de aplicarse a la universalidad de casos prácticos que pueden acontecer en una sucesión hereditaria.

Si bien es cierto que la tesis clásica ha sido la imperante en nuestra tradición jurídica, como hemos visto a lo largo del trabajo plantea algunos problemas sobre su justificación, siendo el principal de ellos el de la retroacción de la sucesión del transmitente al causante en virtud de una aceptación que verdaderamente no formula él sino el transmisario.

A pesar de dichos inconvenientes, como dijimos, nuestra posición de partida era favorable a la tesis clásica por considerar que era la más congruente con los principios y mecanismos del Derecho sucesorio; pero lo cierto es que no se trata de una tesis que nos convenciera en cuanto a su general aplicabilidad a todos los supuestos de la sucesión testada e intestada.

Sin embargo, respecto a la tesis moderna del derecho de transmisión, nuestra opinión ha sido frontalmente opuesta. Desde un punto de vista histórico, sólo podríamos encontrar antecedentes remotos que justificaran dicha teoría en la *transmissio theodosiana* del Derecho romano, y sólo para casos de sucesión intestada, en los que la línea recta descendente pudiese justificar una sucesión del nieto al abuelo. Pero además, desde un punto de vista argumental, no consideramos que exista motivación jurídica que justifique convertir al transmisario en heredero directo del primer causante que no le ha llamado por testamento ni tampoco *ab intestato*.

En la práctica, esta tesis a nuestro juicio *contra natura*, origina multitud de problemas de difícil resolución. Pondremos dos ejemplos prácticos, como muestra de los muchos que se producen al aplicar la tesis moderna.

El primero de ellos: si la sucesión del causante es intestada, y le hereda su padre, y también es intestada dicha sucesión del padre transmitente; y al transmitente le sucediera *ab intestato* un primo suyo, dicho primo, transmisario, según los presupuestos de la tesis moderna, debería suceder directamente al causante, pero ello no sería posible por exceder del cuarto grado del parentesco, ex art. 954 del Código Civil.

El segundo de ellos: si a la sucesión del causante originario es llamado un transmitente capaz de sucederle pero que muere sin aceptar ni repudiar, el heredero de dicho transmitente, transmisario, debe ser capaz de suceder al causante originario según la tesis moderna; pero si está incurso en causa de incapacidad, resultará que se produce un llamamiento frustrado en la herencia del causante originario, que en realidad sí llamó a una persona capaz de sucederle: el transmitente.

La solución en todo caso para los partidarios de la tesis moderna pasaría por articular un tercer tipo de sucesión: la sucesión *iure transmissionis*, que sería la que uniría a transmisario y causante, con unas reglas y un título sucesorio independientes de las que regían la sucesión entre causante y transmitente y de las que rigen la sucesión entre transmitente y transmisario.

Pero lo cierto es que la sucesión *iure transmissionis* no supone un nuevo *ius delationis* a favor del transmisario y proveniente del causante originario. No se puede sostener, como hace la tesis moderna, que al fallecer el transmitente sin ejercitar su *ius delationis*, nace uno nuevo sobre la herencia del causante originario y a favor directamente del transmisario, pues éste no ha sido llamado.

Por todos los argumentos expuestos, baste afirmar, siguiendo a FERNÁNDEZ ÁLVAREZ y PASCUAL DE LA PARTE que “la aceptación por el transmisario de la herencia del primer causante, no le hace adquirir la cualidad o condición de heredero respecto del mismo, al no ser persona delada (testamentaria ni abintestato).²⁰⁹

²⁰⁹ FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, J.L.; PASCUAL DE LA PARTE, C.C., “Sobre el carácter meramente instrumental...”, op. cit., p. 1579.

6.1.2. Tesis propuesta

6.1.2.1. Introducción

Con ocasión del estudio de la interpretación finalista del artículo 1006 del Código Civil vimos que el supuesto de hecho del derecho de transmisión, que es la postmoriencia del llamado sin aceptar ni repudiar, no tenía otra regulación en la sucesión testamentaria que el indicado precepto; por no existir otra solución legal a la postmoriencia del llamado testamentariamente, ya que los preceptos que resuelven los llamamientos frustrados mediante la sustitución vulgar y el acrecimiento se circunscriben a la premoriencia, incapacidad o repudiación. En cambio, en la sucesión intestada, sí podía entenderse dicho caso de postmoriencia comprendido en la regulación del derecho de representación, puesto que el tenor del artículo 924 del Código Civil no la excluye.

Ello nos llevó a una interpretación novedosa del derecho de transmisión que no requeriría de modificación legislativa alguna, sino para la que bastaría con una modificación de la doctrina sobre los llamamientos frustrados adaptándola a lo que, a nuestro entender, podría ser la verdadera voluntad del legislador del Código Civil.

Podemos explicar nuestra tesis con la siguiente cuestión: ¿Y si el supuesto de la postmoriencia del heredero sin aceptar ni repudiar ya estuviera regulado plenamente en nuestro Derecho, con soluciones diferentes para la sucesión testamentaria e intestada, sin que la doctrina y jurisprudencia hubieran interpretado adecuadamente el sistema?

Esta aventurada teoría parte de la consideración de que el supuesto de hecho que da lugar al juego del derecho de transmisión no tiene cabida entre los llamamientos frustrados en la sucesión testada (por no incluirse en los artículos 774, 982 ni 912 del Código Civil) y por ello se recoge en una regulación específica en el artículo 1.006 del Código Civil; pero en cambio dicho supuesto de hecho de la postmoriencia sí tiene cabida en la regulación de los llamamientos frustrados en la sucesión intestada (por caber en el tenor del artículo 924 del Código Civil).

El resumen de nuestra tesis, que desarrollaremos, sería: derecho de representación en postmoriencia intestada; derecho de transmisión en postmoriencia testamentaria; puesto que la postmoriencia no tiene en la sucesión testada otra regulación que la del artículo 1.006 del Código Civil; pero en la sucesión intestada ya está regulada en el artículo 924 del Código Civil.

Y ello, al aplicarlo al problema jurídico central del trabajo, daría lugar a la siguiente pregunta retórica: ¿Y si se aplicara la tesis moderna en la sucesión intestada y la tesis clásica en la sucesión testamentaria? Expliquémonos.

6.1.2.2. Sucesión intestada

En la sucesión intestada, no parece que el artículo 924 y siguientes del Código Civil excluyan la postmoriencia, por no circunscribir su ámbito de aplicación a la “muerte antes del causante”.

Recordemos que dicho precepto señala que “*llámase derecho de representación el que tienen los parientes de una persona para sucederle en todos los derechos que tendría si viviera o hubiera podido heredar.*”

“Si viviera” es evidente que se refiere al supuesto de hecho de la premoriencia del llamado intestado, que no vive al efectuarse su llamamiento y que por tanto ha premuerto. Pero en la frase “o si hubiera podido heredar” se debe tener por comprendido tanto el caso de incapacidad sucesoria como también el supuesto de hecho de la postmoriencia del llamado intestado. No incluye, en cambio, el caso de repudiación del llamado, que pudiendo no ha querido heredar, ya que se solventa mediante el acrecimiento de los artículos 922 y 981 del Código Civil.

Puede interpretarse por ello que el legislador incluye en el ámbito del artículo 924 del Código Civil el supuesto siguiente: el causante fallece intestado, el heredero llamado fallece sin aceptar ni repudiar, y por tanto se da el supuesto del precepto, pues “no ha podido heredar”, por haber postmuerto sin aceptar ni repudiar la herencia.

Como consecuencia, se aplica el derecho de representación, y el representante, que es siempre pariente del causante originario, le hereda directamente; como hereda directamente el representante al causante en todos los supuestos de aplicación del derecho de representación.

Es decir, se aplica la máxima de la tesis moderna del derecho de transmisión de que el llamado herede directamente al causante y no al postmuerto.

En el derecho de representación rigen los estándares de la tesis moderna: la sucesión directa del “transmisario” (representante) al causante originario, por vía de aplicación, no ya del artículo 1.006 sino del artículo 924, es decir, no existiría el derecho de transmisión en favor del llamado del “transmitente”, sino un supuesto más de aplicación del derecho de representación que favorece al pariente del “transmitente”, al que aquí llamaríamos “representado”.

Ello tendría sentido lógico-finalista porque, al fin y al cabo, el causante originario y el representante (transmisario) serían parientes, pues rige el artículo 921 del Código Civil: el heredero llamado a la sucesión del causante intestado es por proximidad de parentesco, y dado que postmuere, sus descendientes le pueden representar, y por tanto los representantes son siempre parientes del causante (estirpe, suelen decir los artículos 930 y siguientes del Código Civil, por derecho de representación y no por derecho propio).

Por tanto, según nuestra tesis, en la sucesión intestada (siempre hablamos de la sucesión entre causante y transmitente), no existiría propiamente el derecho de transmisión, sino la institución de la representación entendida más ampliamente; y no llamaríamos a los sujetos transmitente y transmisario sino representado y representante.

A esta tesis que proponemos podría objetarse lo dispuesto en el artículo 928 del Código Civil, que dice que “*no se pierde el derecho de representar a una persona por haber renunciado su herencia*”, dado que según la doctrina del derecho de transmisión, el transmisario debe siempre haber aceptado la herencia del transmitente para poder recibir el *ius delationis*.

Los que consideran que la aceptación de la herencia del llamado que postmuere es un requisito imprescindible entenderán que sin ese presupuesto de adquisición del *ius delationis* el transmisario no puede suceder al causante originario, independientemente de que se siga la tesis clásica o la moderna; y que ello invalida nuestra teoría que propugna que en la sucesión intestada apliquemos el derecho de representación a la postmoriencia del llamado.

Sin embargo, lo cierto es que el tener del citado precepto refuerza nuestra tesis de que en la sucesión intestada, la aplicación del derecho de representación implica que el descendiente del postmuerto sucede directamente al causante, hasta el punto de que lo hace con independencia de que haya repudiado la herencia de dicho postmuerto; dado que además dicho postmuerto puede haber fallecido testado o intestado, habiendo o no habiendo designado heredero a dicho descendiente que, con independencia de ello, le representa en la sucesión del causante originario.

Consideramos que dicha exigencia de adquisición por el transmisario del *ius delationis* mediante la aceptación de la herencia del transmitente es una consecuencia de la aplicación pacífica durante décadas de la tesis clásica del derecho de transmisión, que hacía imprescindible que el transmisario subentrara en la posición jurídica del transmitente para que siendo él, su continuador de la personalidad, pudiera aceptar la herencia del causante y hacerle a dicho transmitente su sucesor, razón por la que se exigía siempre como *prius* dicha aceptación por el transmisario de la herencia del transmitente; y ello debe ser así cuando se aplica el derecho de transmisión en las sucesiones testamentarias, que según nuestra posición entendemos debe hacerse conforme a los parámetros de la tesis clásica.

Pero lo que en este trabajo proponemos es una total ruptura con la aplicación de los parámetros clásicos del derecho de transmisión a la sucesión intestada, por considerar que en ella el supuesto de hecho problemático tiene su solución positiva en el derecho de representación, en el que por la postmoriencia, el representante sucede al causante originario con independencia, como señala el artículo 928 del Código Civil, de que haya aceptado o repudiado la herencia del representado; precisamente porque le sucede directamente, lo cual es pacífico entre los partidarios de la tesis moderna del derecho de transmisión.

En la sucesión intestada, regiría por tanto el artículo 928 y el representante sucedería directamente al causante originario, sería llamado por su parentesco con el llamado postmuerto, con independencia de lo que éste hubiera previsto en su testamento, y por tanto, con independencia de que, si el representante (transmisario) hubiere sido llamado a la herencia del representado (transmitente), hubiera aceptado o repudiado la herencia del representado (transmitente) que falleció sin aceptar ni repudiar.

En definitiva, del mismo modo que el nieto puede suceder al abuelo por derecho de representación aunque hubiera repudiado la herencia del padre premuerto o incapaz; también puede suceder al abuelo por derecho de representación aunque repudie la herencia del padre postmuerto sin aceptar o repudiar la herencia del abuelo. Y ello precisamente porque a quien se sucede es al causante y no al

representado-transmitente; y justamente por ello le puede suceder directamente con total independencia de lo que acontezca en la herencia de dicho postmuerto.

En esencia, por tanto, la conclusión en sede de sucesión intestada sería taxativa: en postmoriencia no se aplica el derecho de transmisión en sus parámetros clásicos, sino el derecho de representación por el que el representante sucede recta vía al causante originario.

El derecho de transmisión en su concepción clásica, por la que se produce una doble transmisión, y el transmitente hereda al causante mediante el ejercicio por el transmisario del *ius delationis*, quedaría para los casos de sucesión testamentaria entre causante y llamado; aplicándose en caso de sucesión intestada el derecho de representación, que conlleva una sucesión directa del representante al causante.

Es esencial en la aplicación de esta tesis que se propone partir de la premisa de que en la sucesión intestada, en la que se aplicará a la postmoriencia del llamado la institución del derecho de representación, la condición de representante vendrá dada por el parentesco con el representado; mientras en la sucesión testamentaria, en la que se aplicará a la postmoriencia del llamado la institución del derecho de transmisión en sus parámetros clásicos, la condición de transmisario vendrá dada por su designación como heredero por el transmitente, con independencia de su parentesco.

Y por la propia naturaleza del derecho de representación, la tesis que lo explica es la que sería la tesis moderna en el derecho de transmisión, puesto que en la institución de la representación los representantes suceden directamente al causante, y ello no es antinatural ya que los representantes son siempre parientes del causante, aunque con un parentesco más lejano que el llamado que postmuere; y por tanto no se produce ningún efecto extraño a la presumible voluntad del causante.

Ello es concordante con los presupuestos históricos de la *transmissio theodosiana*, que exigía en los casos de postmoriencia el parentesco entre el causante y quien definitivamente le sucediera. Y lo refuerza la dicción del artículo 925 del Código Civil, que sólo permite el derecho de representación en la línea recta descendente, nunca en la ascendente, y en la colateral sólo en favor de hijos de hermanos; como consecuencia de dicho principio de troncalidad proveniente del Derecho romano.

Además, veremos que se solventan los problemas de capacidad que planteaba la tesis moderna del derecho de transmisión. Con nuestra tesis, en la sucesión intestada, el representante (el que sería transmisario) debe tener capacidad para suceder al causante, y no al representado (el que sería transmitete), y es indiferente si es capaz o incapaz de suceder a dicho representado, puesto que sucede directamente al causante por razón de su parentesco con él.

Dice ROCA SASTRE que “el derecho de representación sólo exige que el heredero llamado por efecto del mismo tenga capacidad sucesoria en relación con el causante, independientemente de que la tenga o no en relación con el representado.”

210

²¹⁰ ROCA SASTRE, R.M., *Estudios de Derecho Privado...*, op.cit., p. 351.

También se resuelven con esta tesis los problemas que nos planteábamos con respecto a la pluralidad de transmisarios puesto que, como veremos, si existe una pluralidad de representantes, heredarán por estirpes, en los términos del artículo 926 del Código Civil, pudiendo además libremente cada uno de ellos aceptar o repudiar la herencia del causante, acreciendo en este caso a sus coherederos.

6.1.2.3. Sucesión testamentaria

En la sucesión testamentaria, sin embargo, no cabe incluir la postmoriencia en los artículos que solventan los llamamientos frustrados (774, 982, 912) puesto que todos hablan expresamente de la premoriencia, y por ello no puede solucionarse la postmoriencia con la sustitución vulgar, a pesar de que como vimos existían autores que propugnaban lo contrario entendiendo que el derecho de transmisión podía eludirse por un testador mediante la institución de la sustitución vulgar, cuestión que ya quedó zanjada.

En este tipo de sucesión, por su propia naturaleza, falta el presupuesto que sí se da en la sucesión intestada de que el heredero llamado siempre sea pariente del causante, pues en la sucesión testamentaria el llamado puede ser extraño; y para evitar que en caso de postmoriencia sucedan al causante personas extrañas llamados por su heredero que postmuere, se aplica el artículo 1.006 en su tesis clásica o de la doble transmisión, sucediéndole al causante su llamado, transmitente, por medio de la aceptación del transmisario en ejercicio del *ius delationis*.

La conclusión sería que en la sucesión testamentaria sí se aplica el derecho de transmisión con sus presupuestos clásicos y con la teoría de la doble transmisión, el transmisario sucede al transmitente y al ejercitar el *ius delationis* hace al transmitente heredero del causante originario.

Por las características intrínsecas de este tipo de sucesión, es lógico que el que suceda al causante sea aquel a quien éste ha llamado en su testamento, el transmitente, aunque el *ius delationis* lo ejercite, subentrando en su lugar, su propio heredero, el transmisario.

La finalidad del derecho de transmisión sería evitar que a una persona que testó le sucedan personas extrañas, no ya designadas por él, lo que es lícito e intrínseco al testamento, sino extraños designados por su heredero llamado, lo cual sería contrario al carácter personalísimo del testamento consagrado en el artículo 670 del Código Civil.

El problema jurídico de la capacidad sucesoria se resolvería, como posteriormente veremos, con los presupuestos clásicos: el transmisario la deberá tener respecto del transmitente y el transmitente la deberá tener respecto del causante originario.

Y respecto al problema jurídico de la pluralidad de transmisarios, consideraremos que debería aplicarse la solución del derecho francés clásico: requerir la unidad de actuación de los transmisarios porque, al ocupar el lugar del transmitente, y aceptar o repudiar en dicho lugar, deben tener una voluntad unívoca; en los términos que se estudiaron en el capítulo 4, al cual nos remitimos; sin perjuicio de lo que se dirá en las conclusiones.

6.1.2.4. Justificación

La tesis que proponemos tiene la ventaja de que no conlleva la necesidad de operar ninguna modificación legislativa, ya que tan sólo presupone que el legislador ubicó de forma asistemática el artículo 1.006 del Código Civil, en sede de aceptación y repudiación, común a la sucesión testada e intestada.

Ahora bien, debemos recordar que nos estamos refiriendo siempre al tipo de sucesión entre causante originario y transmitente, y no a la sucesión entre transmitente y transmisario, pues en dicha sucesión no se plantean problemas, ya que el heredero transmisario no postmuere sin aceptar ni repudiar.

Es indiferente así que la sucesión entre el llamado que postmuere y su heredero sea testada o intestada. Para comprobarlo, veamos los cuatro escenarios posibles y las consecuencias que lleva la aplicación de la tesis aquí propuesta:

a. La sucesión entre causante y transmitente es testada, y la sucesión entre transmitente y transmisario es testada. Se aplica el derecho de transmisión en sus parámetros clásicos, y el transmisario, nombrado por el transmitente en su testamento, y posiblemente extraño al causante originario, adquiere el *ius delationis*, lo ejercita positivamente, y hace al transmitente heredero del causante originario, que había designado como heredero a dicho transmitente, que es quien le sucede.

b. La sucesión entre causante y transmitente es testada, y la sucesión entre transmitente y transmisario es intestada. Se aplica el derecho de transmisión en sus parámetros clásicos, y el transmisario, pariente del transmitente llamado *ab intestato*, y posiblemente extraño al causante originario, adquiere el *ius delationis*, lo ejercita positivamente, y hace al transmitente heredero del causante originario, que había designado como heredero a dicho transmitente, que es quien le sucede.

c. La sucesión entre causante y transmitente (aquí denominado representado) es intestada, y la sucesión entre transmitente (aquí denominado representado) y transmisario (su heredero) es testada. Se aplica el derecho de representación, es representante el descendiente del transmitente-representado (artículo 924 del Código Civil), y no el llamado por él a su propia herencia en su testamento. Dicho representante, pariente del transmitente-representado, podrá aceptar la herencia del causante originario y sucederle directamente a él, como pariente suyo que es.

d. La sucesión entre causante y transmitente (aquí denominado representado) es intestada, y la sucesión entre transmitente (aquí denominado representado) y transmisario (aquí denominado representante) es intestada. Se aplica el derecho de representación, y es representante el descendiente del transmitente-representado (artículo 924 del Código Civil), que en este caso será también su heredero en su propia sucesión por haber fallecido intestado. Dicho representante puede aceptar la herencia del causante originario y sucederle directamente a él, como pariente suyo que es.

En definitiva, en la sucesión testada, se aplica el derecho de transmisión en su tesis clásica: el transmisario adquiere el *ius delationis* del transmitente y le hace heredero del causante originario. Hereda al causante quien él designó en testamento.

En la sucesión intestada, se aplica el derecho de representación, y el representante, que es siempre pariente del representado, sea o no llamado por él a su herencia, hereda directamente al causante, de quien también es pariente. Hereda al causante un pariente de un grado más lejano, no por derecho propio, sino por derecho de representación.

Esta tesis es congruente con la naturaleza jurídica de ambas instituciones (derecho de transmisión y derecho de representación) y así se puede deducir de lo que afirman tanto los partidarios de la tesis clásica como de la moderna del derecho de transmisión.

Entre los primeros, señala ROCA SASTRE que “en uno y otro caso se adquiere un *ius delationis*; pero en el caso de derecho de representación se obtiene por vía de llamamiento directo de la ley, mientras que en el del derecho de transmisión se obtiene por vía indirecta de transmisión. Allí hay una vocación inmediata a favor de la estirpe, sin idea alguna de subrogación adquisitiva, mientras que aquí se produce una verdadera subrogación o adquisición de un *ius delationis*, ya perteneciente a otro. Los llamados por derecho de representación son simples herederos del causante, mientras que los que se aprovechan del derecho de transmisión son herederos del heredero del causante. En la representación sucesoria hay un simple fenómeno de vocación o llamamiento sucesorio directo, mientras que en el derecho de transmisión hay un fenómeno de transmisión, como lo demuestra la misma denominación del derecho en cuestión”.²¹¹

Entre los segundos, señala ALBALADEJO que “tanto en la sucesión *iure repraesentationis* como en la sucesión *iure transmissionis* hay una sola delación de la herencia del causante.

En la sucesión *iure repraesentationis* tal delación atribuye un *ius delationis* directa y originariamente al denominado representante. En la sucesión *iure transmissionis* la delación atribuye el *ius delationis* al transmitente, y luego, de éste, derivativamente, lo adquiere el transmisario.

Por ello, en la sucesión *iure repraesentationis* hay sólo un titular del *ius delationis*, mientras que en la sucesión *iure transmissionis* hay dos titulares sucesivamente.”²¹²

Consideramos por tanto que en la sucesión intestada no existe el derecho de transmisión en su concepción clásica, sino que se aplica el derecho de representación y el llamado “transmisario”, que en realidad debe ser llamado “representante”, heredaría directamente al causante de la herencia en virtud de un llamamiento directo que realiza la propia ley por su parentesco con el representado, con independencia de que haya sido llamado o no a su herencia y de que la haya aceptado o renunciado.

No se aplicarían los presupuestos del *ius transmissionis* que exigen para ello que el transmisario haya adquirido el *ius delationis*, dado que el representante heredaría directamente al causante.

²¹¹ ROCA SASTRE, R.M., *Estudios de Derecho Privado...*, op.cit., p. 350.

²¹² ALBALADEJO, M., “La sucesión *iure transmissionis*”..., op.cit., p. 960.

Sin apuntar esta solución, lo cierto es que los partidarios de la tesis moderna consideran que existe una nueva delación en favor del transmisario, y si ésta delación existe por llamamiento legal, por su parentesco, no tiene sentido exigirle que acepte la herencia del transmitente-representado, puesto que la ley le llama directamente a la herencia del causante por su parentesco, con independencia de las vicisitudes que acontezcan en la herencia del representado.

Así lo ve JORDANO FRAGA al justificar su posicionamiento, pues señala que “si el llamamiento del transmisario a la primera herencia es autónomo (tampoco, entonces, éste será un verdadero transmisario: nada se le transmite, no adquiere derivativamente), ¿por qué exigir la adquisición de la herencia del transmitente (que puede ser gravosa) para poder adquirir la del primer causante?. Tal exigencia deviene, si se acepta la autonomía del llamamiento, a la primera herencia, de los herederos del llamado fallecido (su independencia de la sucesión del transmitente), arbitraria y caprichosa.”²¹³

Vemos así que algunos partidarios de la tesis moderna la basan en presupuestos que son congruentes con la tesis que aquí proponemos, consistente en que cuando el causante originario fallece intestado y su llamado postmuere sin aceptar ni repudiar, se aplica el derecho de representación y son los parientes los que suceden, independientemente de lo que el postmuerto haya podido ordenar en su testamento para su herencia, puesto que aquí se sucede directamente al causante.

La conclusión inevitable es clara: el derecho de transmisión del artículo 1006 del Código Civil es una institución propia y exclusiva de la sucesión testamentaria, y en ella se aplica en sus presupuestos clásicos.

Esta tesis es además congruente con la historia de nuestra institución, pues el origen del derecho de transmisión se encuentra en el Derecho romano clásico, concretamente en la *transmissio ex iure sanguinis* y la *transmissio ex capita infantiae*, llamada *theodosiana*, referidas ambas a la sucesión testamentaria.

6.1.2.5. Problemática

No sería admisible plantear nuestra novedosa tesis sin tratar de someterla a la problemática práctica para observar si su desarrollo se desenvuelve adecuadamente frente a problemas de diversa índole, que agruparemos aquí según si la sucesión principal es intestada o testamentaria.

6.1.2.5.1. Sucesión intestada

Cabe plantear qué ocurriría si en la sucesión intestada el único heredero, hijo del causante, postmuere sin aceptar ni repudiar, y sin descendientes ni hijos de hermanos que le representen. Recordemos que según nuestra tesis, a la sucesión intestada no se le aplica el derecho de transmisión sino el derecho de representación, sucediendo el representante directamente al causante. En el caso enunciado, el llamado a la herencia postmuere al causante, pero sin resultar aplicable el derecho de representación en favor de sus descendientes ni de hijos de hermanos, por no

²¹³ JORDANO FRAGA, F., *La sucesión en el “ius delationis”...*, op.cit., p. 100.

haberlos, no pudiendo aplicarse más allá el derecho de representación por estar así proscrito en el 925 del Código Civil.

Por tanto, siguiendo con nuestra tesis, habría que aplicar los mecanismos de los llamamientos frustrados, considerar que se ha producido un llamamiento frustrado en la herencia intestada del causante por haber sido designado un llamado que postmurió sin tener quien le representara, y habría que pasar al siguiente orden de la sucesión intestada, conforme al artículo 921 del Código Civil, del mismo modo que ocurre cuando en una sucesión intestada el único llamado premuere sin descendientes que le representen.

El problema sería menos complejo si en este caso el hijo llamado intestadamente postmuere sin aceptar ni repudiar, dejando varios hijos, uno de los cuales como representante repudia la herencia del causante. Sería el problema equivalente al de pluralidad de transmisarios que vimos en el capítulo 4, y que nos planteaba la duda de si estos debían actuar de consuno o si cada uno tenía libertad para aceptar o repudiar, operándose un acrecimiento entre ellos.

Aplicando nuestra tesis, dado que nos encontramos en sucesión intestada, se aplicaría el derecho de representación en el que los representantes suceden directamente al causante, y existiendo varios descendientes del representado, uno de los cuales repudia la herencia del causante, se produciría un llamamiento frustrado en la herencia del causante por repudiación de uno de los herederos, con lo que aplicaríamos las reglas generales de la sucesión intestada, y por tanto el acrecimiento, y por los artículos 922 y 981 del Código Civil su parte acrecería a sus hermanos y todos ellos sucederían independiente y directamente al causante originario en la proporción que correspondiera a su padre postmuerto.

No se exige, por tanto, una actuación unánime de los representantes, descendientes del representado, sino que cada uno es libre para aceptar o repudiar la herencia del causante en la proporción en que le corresponde, dada la aplicación del artículo 926 del Código Civil y la división de la herencia por estirpes.

Si, en el mismo supuesto, en lugar de varios, fuere uno sólo el hijo del heredero postmuerto sin aceptar ni repudiar, y dicho hijo, representante, repudiase la herencia del causante, también se produciría un llamamiento frustrado en la herencia del causante por repudiación del único heredero, y aplicaríamos las reglas generales de la sucesión intestada, y por tanto habría que llamar al grado siguiente por su propio derecho, en aplicación del artículo 923 del Código Civil, del mismo modo que veíamos anteriormente para el caso de postmoriencia sin descendientes.

Unos y otros heredarán al causante directamente, puesto que en la sucesión intestada no habría derecho de transmisión, sino que el problema quedaría resuelto con los mecanismos del derecho de representación, por permitirlo el artículo 924 del Código Civil.

En cuanto al problema de la capacidad sucesoria, como dijimos, los representantes deben tenerla respecto del causante, puesto que le suceden directamente a él, como admite pacíficamente la doctrina, no precisando tener capacidad sucesoria respecto del representado que postmuere.

De igual modo, no habría lugar al problema de la posible intervención del cónyuge del heredero postmuerto, dado que por aplicar el derecho de representación, no existe un *ius delationis* que forme parte de la herencia del mismo y sobre el que tenga sus derechos legitimarios, sino un nuevo llamamiento directo a los representantes para suceder directamente al causante.

En conclusión, la postmoriencia del llamado sin aceptar ni repudiar sería un caso más de llamamiento frustrado en la sucesión intestada resuelto mediante el derecho de representación.

6.1.2.5.2. Sucesión testada

Siendo testamentaria la sucesión entre el causante y su heredero, nuestra tesis aplica el derecho de transmisión en sus parámetros clásicos, considerando que el transmitente sucede al causante mediante la aceptación por el transmisario.

Un problema que se plantea al aplicar nuestra tesis del derecho de transmisión es el del ámbito de aplicación del artículo 814.3 del Código Civil, que dispone que *“Los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos”*.

Así, si hemos dicho que en la sucesión intestada, el derecho de representación cubre la postmoriencia del llamado sin aceptar ni repudiar, ¿qué ocurre en la sucesión testada con el llamado derecho de representación o sustitución vulgar legal del artículo 814.3 del Código Civil?; ¿por qué no aplicarlo también a la postmoriencia?

Ante tal pregunta, caben dos posibles opiniones:

En primer lugar, cabría considerar que la institución regulada en el artículo 814.3 no es aplicable en los casos de postmoriencia. Tradicionalmente, el ámbito de aplicación de este precepto es el de los llamamientos testamentarios a descendientes, frustrados por su premoriencia, entendiendo la doctrina que comprende todo lo dejado por el testador al premuerto. La razón fundamental para adoptar esta posición sería considerar que la postmoriencia ya se encuentra regulada en el artículo 1.006 con la institución del derecho de transmisión.

En segundo lugar, podría entenderse que la institución regulada en el artículo 814.3 sí es aplicable en los casos de postmoriencia; por entender que, siendo de aplicación en la sucesión testamentaria el artículo 1.006 del Código Civil, un supuesto de excepción al mismo debe ser el contemplado en el artículo 814.3 del Código Civil, con la finalidad de proteger los derechos legitimarios de los descendientes del descendiente postmuerto sin aceptar ni repudiar. El fundamento de la excepcional aplicación del precepto dentro del ámbito del derecho de transmisión radicaría en el sistema de la sucesión legitimaria o forzosa del Derecho común español.

El caso práctico que podría generar controversia sería el siguiente: si una persona (causante) nombra en testamento heredero a un hijo (transmitente) que postmuere sin aceptar ni repudiar teniendo hijos a los que lega su legítima pero habiendo nombrado heredero en su testamento a un extraño (transmisario).

Si aplicamos sin más el artículo 1006 del Código Civil y la tesis del derecho de transmisión en sus presupuestos adoptados en este trabajo, al causante le heredaría *iure transmissionis* el transmitente, y a éste el extraño designado por él en testamento, que recibiría la herencia del transmitente, incluyendo la heredada del causante gracias a su ejercicio del *ius delationis*, de modo que los hijos del transmitente verían incrementada su cuantía legitimaria ya que el caudal hereditario del transmitente integraría el del causante, mediante el ejercicio por el transmisario del *ius delationis*.

Por ello, creemos que el ámbito de aplicación del artículo 814.3 del Código Civil no entra en colusión con el derecho de transmisión, toda vez que éste último no puede ser evitado por el testador mediante el juego de la sustitución vulgar, por lo que carece de sentido excepcionar este supuesto en la aplicación genérica del derecho de transmisión según los parámetros de la tesis clásica, ya que los derechos legitimarios de los herederos forzosos del transmitente van a estar siempre determinados por el caudal hereditario de éste, que será mayor o menor, según si el transmisario, ocupando su lugar, ejercita positiva o negativamente el *ius delationis*, produciendo con carácter retroactivo la sucesión del transmitente al causante.

En cuanto al problema de la pluralidad de transmisarios en los casos de sucesión testamentaria entre causante y transmitente, nos remitimos a la tesis propuesta en el punto del trabajo en que se trató esta problemática: la de considerar que, aplicando la tesis clásica del derecho de transmisión, como es el transmitente el que sucede al causante, su voluntad integrada por la de los transmisarios debe ser unánime, no siendo posible que una misma persona acepte y repudie la sucesión del causante.

De este modo, a pesar de los problemas prácticos que ello origina, la aplicación estricta de la tesis clásica entendemos que exige una actuación unánime de los transmisarios en el ejercicio del *ius delationis*, como comunidad hereditaria germánica que conforman, a la que no se podría aplicar el régimen de mayorías propio de la comunidad romana que propugnan algunos autores considerando que la repudiación por un transmisario de la herencia del causante originario en ejercicio del *ius delationis* origina el acrecimiento en favor de los demás transmisarios.

Por tanto, pensamos que siendo varios transmisarios, una vez queda determinado quiénes conforman la comunidad hereditaria por haber aceptado la herencia del transmitente, todos ellos de consuno, como comunidad germánica, deben ejercitar positiva o negativamente el *ius delationis* que encuentran en dicho caudal para así hacer o no al transmitente sucesor del causante originario.

De otra parte, en cuanto a la capacidad sucesoria de los transmisarios, nuestra tesis clásica defiende la necesaria capacidad respecto al transmitente, y la de éste respecto al causante, porque es el transmitente el que sucede al causante y el transmisario el que sucede al transmitente, no siendo por tanto precisa una capacidad sucesoria del transmisario respecto del causante originario; al contrario de lo que ocurre en la sucesión intestada, en la que como se ha señalado aplicamos directamente el derecho de representación.

Finalmente, en cuanto a la intervención del cónyuge del transmitente, aplicando la tesis clásica del derecho de transmisión, el *ius delationis* es un valor ínsito en el

caudal hereditario del mismo, por lo que su ejercicio por los transmisarios, en caso de que dicho cónyuge del transmitente ostente un usufructo universal sobre el caudal hereditario, deberá contar con el asentimiento del cónyuge, de modo que si los transmisarios ejercitan positivamente el *ius delationis*, harán al transmitente sucesor del causante y el usufructo del cónyuge viudo se extenderá sobre la totalidad del caudal.

6.2. Conclusiones

6.2.1. Primera conclusión

Tras el estudio pormenorizado de la institución objeto del presente trabajo, desde los puntos de vista histórico, sistemático, doctrinal y comparado; hemos logrado proponer una solución a la problemática dicotomía entre la tesis clásica y la tesis moderna del derecho de transmisión, lo cual supone por tal hecho una meta que desconocíamos si se alcanzaría al inicio del trabajo.

Toda tesis consiste fundamentalmente en la búsqueda de una solución a un problema existente a través de una investigación original; y en el ámbito del Derecho, podría decirse que supone el estudio y la resolución de un problema jurídico.

Nuestro trabajo parte de una situación de controversia acerca de una institución jurídica, el derecho de transmisión, sobre la que existen dos posiciones encontradas, la clásica y la moderna; posiciones que han sido seguidas igualmente por doctrina y jurisprudencia, de modo que tanto la una como la otra gozan de una consolidada posición.

De este modo, aventurarse a tratar de arrojar algo de luz sobre el problema jurídico podría haber dado lugar a una obra que simplemente consistiera en la recopilación de los razonamientos de unos y otros, sin alcanzar la posibilidad de proponer una solución coherente e innovadora.

Ello no hubiera supuesto un fracaso, sino la clara constatación de que la regulación legal del derecho de transmisión es insuficiente, y de que por ello coexisten las dos tesis, clásica y moderna, que encuentran en el artículo 1.006 del Código Civil interpretaciones contradictorias debido a la falta de diligencia del legislador en su redacción.

Sin embargo, la evolución del presente trabajo nos ha dado la oportunidad de brindar una solución a la división entre la tesis clásica y la tesis moderna del derecho de transmisión que permita la aplicación uniforme, pacífica y coherente de la institución.

Ello es enormemente positivo, ya que dota a este trabajo de una vocación superior, que es la que tienen las mejores investigaciones científicas, y que consiste en la averiguación de una solución novedosa y efectiva al problema planteado.

6.2.2. Segunda conclusión

El resultado del presente trabajo reside en la siguiente proposición: cuando la sucesión entre el causante y el llamado que fallece sin aceptar ni repudiar es testamentaria, se aplica el derecho de transmisión del artículo 1.006 del Código Civil conforme a los parámetros de la tesis clásica, de modo que el transmisario, que es el heredero del transmitente, en ejercicio del *ius delationis*, hace al transmitente sucesor del causante originario. Hay una doble transmisión: el transmisario sucede al transmitente, y el transmitente sucede al causante originario.

Sin embargo, cuando la sucesión entre el causante y el llamado que fallece sin aceptar ni repudiar es intestada, se aplica el derecho de representación del artículo 924 del Código Civil, cuyo tenor no está circunscrito a la premoriencia y no excluye por tanto su aplicación al supuesto de hecho de la postmoriencia del llamado. Dicha aplicación del derecho de representación, por su propia naturaleza jurídica, se asemeja a la tesis moderna del derecho de transmisión, ya que el representante, que se determina por ser descendiente del representado postmuerto, sea o no sea su heredero, sucede directamente al causante, produciéndose una adquisición directa por el representante de la herencia del causante originario.

La solución propuesta, por tanto, no ha consistido, como podía ser previsible al inicio del presente estudio, en la opción por una u otra de las tesis; sino en la revisión de la interpretación de la norma y de su ubicación sistemática para proponer que la institución del derecho de transmisión sea solamente aplicable, y en su corte clásico, a la sucesión testamentaria; por considerar que en la sucesión intestada el problema se resuelve mediante otra institución jurídica, la del derecho de representación, que tiene un funcionamiento semejante al que propugnaban los partidarios de la tesis moderna del derecho de transmisión, y que permite al descendiente del llamado fallecido suceder directamente al causante.

6.2.3. Tercera conclusión

La propuesta de solución presentada en este trabajo no proviene de una técnica inventiva o imaginativa, sino del estudio pormenorizado de la evolución histórica del derecho de transmisión desde la época del Derecho romano clásico hasta nuestros días, de la investigación científica sobre las diferentes corrientes doctrinales, así como del estudio de su regulación actual en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno.

La ausencia, tanto en el Derecho histórico como en el comparado, de una positivación por parte del legislador del problema objeto del presente trabajo, indicaba que la solución no podía consistir en la proposición de una nueva redacción del artículo 1.006 del Código Civil que clarificase la situación, sino que debía encontrarse en el sistema existente, mediante una reinterpretación de las normas que permitiese dar coherencia a la institución y que fuese pacífica con su regulación histórica, puesto que lo contrario supondría presumir la existencia de un error mantenido durante siglos.

Con ocasión del estudio de la evolución histórica de la institución, vimos que el germen de la institución se encuentra en la *transmissio Theodosiana* o *ex iure sanguinis* del derecho romano clásico, aplicable en la sucesión testamentaria a la postmoriencia del descendiente llamado, en favor de sus propios descendientes; que fue posteriormente ampliada en la etapa justiniana mediante la *transmissio Justiniana* o *ex iure deliberandi*. Se caracterizaba por tanto el nacimiento de la institución por su aplicabilidad a la sucesión testamentaria y por su designio de proteger o favorecer a la línea recta descendente.

En nuestro ordenamiento, comprobamos que la regulación más extensa que históricamente ha tenido el derecho de transmisión tuvo lugar en las Partidas, en las que actuaba con total amplitud antes de caducar el plazo de aceptación de la herencia, pero una vez transcurrido el plazo de aceptación, sólo operaba si el transmitente era descendiente directo del causante; de modo que podía interpretarse que el legislador quería limitar la aplicabilidad del derecho de transmisión cuando el transmitente era extraño al causante, lo cual necesariamente sólo se puede dar en la sucesión testamentaria pero no es posible en la intestada, y que por tanto el ámbito originario de regulación de la institución del derecho de transmisión era el de la sucesión testamentaria.

Ello lleva además a la consideración de que el nacimiento de la tesis clásica fue un mecanismo teórico de solución que, por considerar siempre sucesor del causante al transmitente, permitía una pacífica aplicación del derecho de transmisión incluso cuando el testador designaba sucesor a un extraño que fallecía después sin aceptar la herencia habiendo designado sus propios sucesores; y de ahí que la regulación posterior del Proyecto de Código Civil de 1851 ya omitiera toda referencia al plazo de caducidad de la aceptación y, fundamentalmente, al parentesco entre causante y transmitente.

El estudio interpretativo del artículo 1.006 del Código Civil fue el que nos hizo avistar la solución que iba a proponerse al problema jurídico, cuando con ocasión de

la interpretación teleológica o finalista de la norma comprobamos que el problema que se trata de solucionar, la postmoriencia del llamado sin aceptar ni repudiar la herencia, carecía de otra solución posible en la sucesión testamentaria, porque todos los preceptos que regulan los llamamientos frustrados contemplan exclusivamente la premoriencia; pero sin embargo dicho problema de la postmoriencia sí que podría tener cabida en la sucesión intestada en la regulación del derecho de representación del artículo 924 del Código Civil, cuyo ámbito de actuación no se observa tan restringido en la letra de la ley.

La profundización en la vasta doctrina acerca de la institución ha permitido observar la existencia de dos posiciones totalmente encontradas: la de los partidarios de la tesis clásica y la de los partidarios de la tesis moderna. Destacan entre los primeros LACRUZ, PUIG PEÑA, ROCA SASTRE, DÍEZ PICAZO, y algunos más modernos como FERNÁNDEZ ÁLVAREZ y PASCUAL DE LA PARTE. Entre los segundos destaca sobre todos ellos su creador, ALBALADEJO, seguido también por otros como DE LA CÁMARA, JORDANO FRAGA o GITRAMA. Todos, defensores de una u otra tesis con argumentos plenamente razonados, pero sin que ninguno plantease una solución original a la problemática del derecho de transmisión.

La controversia doctrinal no tuvo un reflejo jurisprudencial durante muchos años en los que preponderó la tesis clásica, hasta la importantísima sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Septiembre de 2013, que por primera vez significó un cambio de rumbo y la toma de partido por la tesis moderna del derecho de transmisión. La antigua Dirección General de Registros y Notariado siguió el camino marcado por el alto tribunal, pero sin adoptar la tesis moderna de forma pacífica y estable, fruto de lo cual surgieron una gran cantidad de resoluciones que trataban de parchear los problemas prácticos que se originan por la aplicación de dicha tesis.

Así, la observancia de las posiciones doctrinales y de la evolución histórica y jurisprudencial de la institución permitía comprobar la persistencia de las dos posturas enfrentadas, pero no facilitaba la toma de partido por ninguna de ellas.

Ante ello, el estudio del Derecho comparado parecía que podía arrojar luz sobre la problemática, fundamentalmente el de los ordenamientos semejantes al nuestro, ya por su influencia sobre el patrio, como el francés; o ya por la influencia del nuestro sobre el suyo, como los latinoamericanos.

Sin embargo, observamos que las diferentes regulaciones de la institución del derecho de transmisión en los países estudiados no tomaban partido por una u otra de las tesis, y ni tan siquiera permitían observar la conciencia del legislador sobre la existencia de una controversia entre las mismas, siendo por tanto totalmente ajenos a la problemática. Por esto, la dicotomía entre la tesis clásica y la tesis moderna del derecho de transmisión era plenamente trasladable a dichos ordenamientos, sin que la regulación positiva contenida en los mismos mostrase la opción por uno u otro.

En definitiva, la investigación de los preceptos relativos al derecho de transmisión nos permitió observar las diferencias existentes entre los países en cuestiones trascendentales como la del plazo para la aceptación o la de la pluralidad de transmisarios, pero como decimos no sirvió para poder afirmar tajantemente la

postura por la tesis clásica o la moderna, y consecuentemente tampoco para poder obtener argumentos con los que defender una u otra en nuestro ordenamiento; puesto que aparentemente en los mismos no se había generado una controversia del calado jurídico de la acontecida en nuestro país.

Todo ello nos llevaba al mismo punto de partida: ni la doctrina, ni la jurisprudencia, ni el Derecho comparado, habían logrado una solución pacífica y estable a la problemática del derecho de transmisión.

Sin embargo, quedó patente que tanto la regulación histórica como la actual de otros países legislaban el derecho de transmisión obviando señalar taxativamente quién es el que sucede efectivamente al causante, si el transmitente o el transmisario.

No podíamos tomar dicha aparente ignorancia del problema como un descuido histórico y universal, de modo que si históricamente y comparadamente, el derecho de transmisión había sido regulado y aplicado de forma pacífica, ello implicaba necesariamente que la solución a nuestro problema jurídico no podía pasar por una nueva regulación de la institución, sino por una adecuada interpretación de las normas.

6.2.4. Cuarta conclusión

El Derecho siempre persigue a la realidad, y trata de solventar problemas que se dan en la vida cotidiana mediante la aplicación de normas jurídicas. Todo problema jurídico requiere por ello de una solución que sea plausible tanto en la teoría como en su aplicación práctica.

La propuesta contenida en el presente trabajo, que parte de la interpretación del sistema sucesorio español, ha consistido en proponer un mecanismo diferente para la sucesión testamentaria y para la sucesión intestada, considerando que una y otra no podían tratar de igual manera al problema del llamado que fallece sin aceptar ni repudiar, y que la solución debe ser diferente según si el llamado que postumiere es voluntario o legal, del modo en que lo hacía el Derecho romano y también el contenido en las Partidas.

La interpretación actual de las normas contenidas en el Código Civil nos condujo a esta solución por cuanto la regulación de los llamamientos frustrados es totalmente diferente en la sucesión testamentaria y en la intestada. En la primera, los mecanismos de solución restringen su ámbito de aplicación a la premoriencia, pero no así en la segunda.

Ello, interpretado conjuntamente con el artículo 1.006 del Código Civil nos ha llevado a la expuesta conclusión de que el mismo es tan sólo aplicable en la sucesión testamentaria, en la que por ausencia de mecanismos que solucionen la postmoriencia, el citado precepto implica con su aplicación clásica que el transmitente sucede al causante mediante el ejercicio del *ius delationis* por el transmisario.

Tesis que no conlleva la orfandad de solución para la postmoriencia en la sucesión intestada, porque la interpretación de los preceptos que regulan el derecho de representación es totalmente aplicable al problema práctico de la postmoriencia del llamado sin aceptar ni repudiar la herencia. Y precisamente dicho artículo 924 y los siguientes del Código Civil tienen una naturaleza semejante a la que propugnaban los partidarios de la tesis moderna del derecho de transmisión, ya que en el derecho de representación es el representante, denominado aquí así y no transmisario, el que sucede directamente, recta vía, al causante.

Dicho representante es necesariamente descendiente del llamado a la herencia del causante, fallecido sin aceptar ni repudiar, ya que el derecho de representación tiene lugar en la línea descendiente y en ocasiones en la colateral, conforme al artículo 925 del Código Civil.

Ello lleva a la siguiente consecuencia: siendo intestada la sucesión entre causante y su llamado que postumiere, existe necesariamente parentesco entre ambos, y aplicándose el derecho de representación a la postmoriencia del llamado, también existirá necesariamente parentesco entre el representante y el causante a quien sucede directamente, lo que dota de total coherencia a su aplicación.

Esta solución teórica que hemos propuesto al problema jurídico objeto del presente trabajo tiene la virtud de ser de plena aplicación práctica, requisito que

consideramos imprescindible para que realmente el presente estudio pueda tener una vocación de general aplicación.

La propuesta de que en las sucesiones testamentarias se aplique el derecho de transmisión clásico y en las sucesiones intestadas se aplique el derecho de representación conlleva en la práctica jurídica la necesaria conclusión de que, según sea testada o intestada la sucesión entre el causante y su llamado que postmuere, se apliquen las reglas clásicas del derecho de transmisión o las del derecho de representación a las diversas contingencias relativas a la sucesión, ya sean estas referentes a la capacidad sucesoria, a la pluralidad de transmisarios o a la intervención del cónyuge del llamado postmuerto.

Todas estas vicisitudes que transcurren paralelas a la cuestión primordial de quién sucede al causante deben tener una solución coherente y aplicable, ya que lo contrario supondría la proposición de una imaginativa tesis que será inaplicable en la realidad práctica.

Hemos comprobado por este motivo la total coherencia de la tesis propuesta, al someterla a los problemas que se suceden en la práctica jurídica.

Así, respecto a la capacidad sucesoria, nuestra tesis implica que, siendo testamentaria la sucesión entre el causante y el llamado que postmuere, el transmisario (designado heredero por el transmitente, sea en testamento o sin él) debe tener capacidad para suceder al transmitente, y el transmitente debe tener capacidad para suceder al causante.

Sin embargo, si la sucesión entre el causante y el llamado que postmuere es intestada, el representante (descendiente del llamado que postmuere), debe tener capacidad para suceder directamente al causante.

También solventa nuestra tesis el problema práctico que planteaban los partidarios de las tesis clásica y moderna respecto a la vulneración del carácter personalísimo del testamento.

En nuestra propuesta, siendo testamentaria la sucesión entre el causante y el llamado que postmuere, aplicamos el derecho de transmisión del artículo 1.006 del Código Civil en su corte clásico, de modo que el transmisario sucede tan sólo al transmitente, que le ha llamado de forma testamentaria o intestada, y el transmitente sucede al causante, que le ha designado heredero.

Siendo en cambio intestada la sucesión entre el causante y el llamado que postmuere, al causante le va a suceder alguien con quien tiene un parentesco directo, que es el representante de su llamado abintestato que ha postmuerto, el cual necesariamente será su descendiente o hijo de hermano.

Respecto al título en la sucesión intestada, planteábamos en el capítulo 4 los problemas prácticos que conllevaba la aplicación de la tesis moderna. Con la opción que formulamos, estos desaparecen, ya que el acta notarial de declaración de herederos designará como heredero llamado al pariente que postmuere sin aceptar ni repudiar, y sus propios descendientes, que acreditarán su condición de representantes con su libro de familia o certificados de nacimiento del Registro Civil, podrán representarle y suceder directamente a dicho causante.

En cuanto a la disponibilidad del *ius delationis*, reforzamos la postura que mantuvimos de que éste es indisponible, de modo que en la sucesión testamentaria el transmitente no puede designar transmisario a nadie que no sea su propio heredero, y en la sucesión intestada, el llamado que postmuere es representado por sus descendientes, sin que pueda elegir entre ellos quién va a suceder al causante originario.

Por lo que atañe a los casos de pluralidad de transmisarios, así llamados en nuestra tesis cuando la sucesión entre causante y transmitente es testamentaria y rige el derecho de transmisión, debemos mantener la postura que defendimos previamente de que el funcionamiento clásico del derecho de transmisión exige imperativamente una conducta unánime de los transmisarios, ya que ocupan el lugar del transmitente para decidir si éste sucede o no al causante originario, funcionando como una comunidad de corte germánico que implica unidad de actuación.

Siendo, sin embargo, intestada la sucesión entre el causante y el llamado, no existen en nuestra tesis transmisarios sino representantes y éstos, que van a suceder directamente al causante, pueden decidir libremente sobre su aceptación o repudiación, como consecuencia de lo previsto en el artículo 926 del Código Civil, de forma que si uno de los representantes quiere repudiar la herencia del causante, su porción acrece al resto de representantes que sí quieran sucederle, ya que heredarán por estirpes lo que hubiera heredado el representado si viviera.

Finalmente, para concluir con la aplicación práctica de la tesis propuesta, se comprueba que ésta convive perfectamente con el sistema legitimario de nuestro ordenamiento.

Siendo intestada la sucesión entre causante y su llamado que postmuere, dado que son los descendientes del llamado quienes le representarán y sucederán directamente al causante, no habrá legítima alguna que pueda verse perjudicada, ya que la sucesión intestada del causante garantiza el cumplimiento de sus legítimas, y respecto al transmitente, no se discute su sucesión forzosa, puesto que los representantes suceden directamente al causante, no debiendo por tanto intervenir tampoco en dicha sucesión el cónyuge del llamado intestado que postmuere sin aceptar ni repudiar.

Sin embargo, si la sucesión entre el causante y el llamado postmuerto fue testamentaria, la aplicación de la tesis clásica del derecho de transmisión conlleva la extensión de los derechos de los legitimarios del transmitente si el transmisario usa positivamente su *ius delationis* y convierte al transmitente en heredero del causante, ya que el caudal del transmitente comprenderá tanto su herencia como la recibida del causante, y sobre toda ella se calculará la legítima de los herederos forzosos del transmitente; debiendo además el cónyuge viudo del transmitente consentir el ejercicio del *ius delationis* ínsito en el caudal sobre el que se extiende su usufructo.

6.2.5. Quinta conclusión

Proponemos la reinterpretación del sistema sucesorio español siguiendo la línea marcada por la historia, dejando atrás la controversia entre la tesis clásica y la tesis moderna mediante su coexistencia pacífica por ser la tesis clásica la ínsita en el derecho de transmisión testamentario, y la tesis moderna la consustancial al derecho de representación intestado.

Nuestra tesis no supone así una propuesta *de lege ferenda*, toda vez que no conlleva la necesidad de cambio legislativo alguno, sino que sería perfectamente aplicable de forma inmediata con la redacción actual del Código Civil.

Para ello, basta con aplicar el artículo 1.006 del Código Civil a la sucesión testamentaria siguiendo los parámetros de la tesis clásica del derecho de transmisión; e interpretar y entender que en la sucesión intestada rige el artículo 924 del Código Civil, que funciona como propugnaban los partidarios de la tesis moderna del derecho de transmisión.

En definitiva, se trata de comprender que en las sucesiones testamentarias, el transmisario que es designado heredero por el transmitente, en ejercicio del *ius delationis*, hace al transmitente sucesor del causante, produciéndose una doble transmisión; mientras que en las sucesiones intestadas, el representante que es pariente del representado que postmurió, sucede directamente al causante, produciéndose una única transmisión; siendo esencial para ello partir de que cuando se aplica el derecho de transmisión, el transmisario viene determinado por el título sucesorio del transmitente, sea voluntario o legal; mientras que cuando se aplica el derecho de representación, rige el parentesco para determinar quién es el representante.

Esta tesis que proponemos puede a nuestro juicio alcanzar una general aplicación de ser sometida al juicio crítico de la doctrina y de ser utilizada asimismo por la jurisprudencia en sus resoluciones.

Es virtud de la misma la de no precisar de modificación legislativa alguna; así como su aptitud para ser aplicada en el ordenamiento común, el foral e incluso el comparado; ya que todos ellos contienen una positivación de la institución del derecho de transmisión que no resuelve la confrontación entre la tesis clásica y la tesis moderna, pero que sí permiten la aplicación práctica de la que aquí se ha propuesto.

En definitiva, la fortaleza de la presente tesis radica en que proviene de la interpretación evolutiva de nuestro ordenamiento jurídico, siendo su exégesis la que realmente origina la tesis planteada.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M., “La sucesión iure transmissionis” en *Anuario de Derecho Civil*, 1952, Volumen 5, Número 3.

ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*. Barcelona: Librería Bosch, 1982.

ALBALADEJO, M.; GITRAMA GONZÁLEZ, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XIV, Volumen 1º. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1989.

ARMELLA, C.N.,(coord.), *Regímenes Sucesorios en Iberoamérica y España*. Madrid: Consejo General del Notariado, 1996.

BERROCAL LANZAROT, A.I., “Naturaleza y alcance del derecho de transmisión” en *Actualidad Civil*. Número 1. Madrid: Wolters Kluwer, 2014.

BINDER, J., *Derecho de Sucesiones*., 2ª Edición, trad. J.L. LACRUZ BERDEJO. Barcelona: Labor, 1953.

BOSCH CAPDEVILA, E., “Artículo 1006” en *Código Civil Comentado*. Volumen II. Libro III. Pamplona: Aranzadi, 2011.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo VI. Derecho de Sucesiones*. Volumen II. 7ª Edición, revisada y puesta al día por MONTERO RÍOS, J.B., CASTÁN VÁZQUEZ, J.M., VALLET DE GOYTISOLO, J. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1973.

CASTRO LUCINI, F., *Temas de Derecho Sucesorio. Contestaciones a los programas de oposiciones a Notarías y Registro de la Propiedad*. Madrid: AGISA, 1978.

DE GRADO SANZ, M.C., “Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Septiembre de 2013 (5269/2013). Naturalez y alcance del derecho de transmisión (ius transmissionis) del artículo 1.006 del Código Civil” en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*. Volumen 6º (2013-2014). Madrid: Dykinson, S.L., 2014.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de Derecho Sucesorio*. Madrid: La Ley, 2011.

DÍAZ MARTÍNEZ, A., *De la herencia yacente a la aceptación tácita. Relaciones patrimoniales de terceros*. Pamplona: Aranzadi, 2010.

DÍEZ PICAZO, L.; GULLÓN, A., *Instituciones de Derecho Civil*. Volumen II. Madrid: Tecnos, 1974.

DÍEZ PICAZO, L.; GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*. 10ª Edición. Madrid: Tecnos, 2006.

DÍEZ SOTO, C.M., “Ius Transmissionis. Transmisión del ius delationis conforme al artículo 1.006 del código civil y derechos del cónyuge viudo del transmitente. Comentario a la RDGRN de 25 abril 2018” en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. Número 109. Madrid: Thomson Reuters, 2019.

EGUSQUIZA BALMASEDA, M.A., “Comentario al artículo 1.006 del Código Civil” en *Comentarios al Código Civil*. Madrid: Tirant lo Blanch, 2013.

ESPÍN CANOVAS, D., *Derecho Civil Español*. Volumen V. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1970.

ESPINAR LAFUENTE, F., *La herencia legal y el testamento. Estudio doctrinal y de derecho positivo*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1956.

FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, J.L.; PASCUAL DE LA PARTE, C.C., “Sobre el carácter meramente instrumental de la transmisión del *ius delationis* (ex artículo 1.006 del Código Civil). La posición jurídica del transmitente y del transmisario” en *Anuario de Derecho Civil*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1996.

FERNÁNDEZ ARCE, C., “Representación sucesoria y el derecho de transmisión” en *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005.

FERNÁNDEZ DOMINGO, J.I., *Ser heredero. Una defensa del criterio subjetivo*. Madrid: Dykinson, 2009.

FERRER, F.A.M., “Algunos aspectos de la transmisión sucesoria ante los nuevos tiempos” en *Hacia un nuevo derecho de sucesiones*. Bogotá: Ibáñez, 2019.

GALÁN DÍAZ, R., “El derecho de transmisión, con especial atención a la consolidación de la tesis de la adquisición directa” en *El Notario del siglo XXI*. Número 76. Madrid: Colegio Notarial de Madrid, 2017.

GALICIA AIZPURA, G., “Sentencia de 11 de septiembre de 2013. Naturaleza y alcance del derecho de transmisión (*ius transmissionis*) regulado por el artículo 1006 del Código Civil” en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*. Madrid: Thomson Reuters, 2014.

GALICIA AIZPURA, G., “Artículo 568-15” en *Asociación De Profesores De Derecho Civil; Propuesta de Código Civil*. Madrid: Tecnos, 2018.

GARCÍA GARCÍA, J.M., *La sucesión por derecho de transmisión*. Madrid: Civitas, 1996.

GARCÍA GARCÍA, J.M., “Asuntos pendientes en el derecho de transmisión: el cónyuge viudo del transmitente y otros supuestos” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Madrid: Corpme, 2016.

GARCÍA VILA, J.A., www.notariosyregistradores.com, *Breves notas sobre la transmisión del ius delationis en el derecho catalán*. Sabadell. (Fecha de consulta: 21 de Septiembre de 2016).

<http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2009%20catalu%C3%B1a-derechodetransmision.htm>

GOMÁ SALCEDO, J.E., *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral*. Tomo III. Familia y Sucesiones. Volumen II. Sucesiones Hereditarias. Barcelona: Bosch, 2007.

GUTIÉRREZ JEREZ, L.J., “El ius delationis en la sucesión a título particular” en *Revista general de legislación y jurisprudencia*. Madrid: Reus S.A., 2013.

HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, G., “La transmisión del ius delationis” en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*. Volumen IV. Madrid: Consejo General del Notariado, 1988.

HERVELLA COUCEIRO, R., “Derecho de transmisión. Doctrina reciente de la dirección general de los registros y del notariado.” en *Foro galego: revista xuridica*. Número 207. A Coruña: Icaacor, 2019.

IRURZUN GOICOA, D., “El artículo 1006 y el llamado Derecho de Transmisión. Boceto polémico para un ensayo.” en *Revista Jurídica del Notariado*. Número 72. Madrid: Consejo General del Notariado, 2009.

JORDANO FRAGA, F., *La sucesión en el “ius delationis”. Una contribución al estudio de la adquisición sucesoria “mortis causa”*. Madrid: Civitas, 1990.

JORDANO FRAGA, F., *Los acreedores del llamado a una sucesión “mortis causa”, ante el ejercicio por éste del “ius delationis”*. Madrid: Centro de Estudios Registrales, 1996.

JUÁREZ GONZÁLEZ, J.; GALIANO ESTEVAN, J., *Todo Sucesiones*. Madrid: Wolters Kluwer, 2016.

LACRUZ BERDEJO, J.L.; SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981*. Barcelona: Librería Bosch, 1981.

LACRUZ BERDEJO, J.L.; SANCHO REBULLIDA, F. de A.; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVARRÍA, J.; RIVERO HERNÁNDEZ, F.; RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*. Tomo V. Sucesiones. Madrid: Dykinson, 2004.

MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios al Código Civil Español*. Tomo VII. 4ª Edición. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1914.

MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Problemática del derecho de transmisión” en *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*. Número 5. Madrid: Aranzadi Thomson Reuters, 2014.

MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Derecho de transmisión. Necesidad de concurrencia del cónyuge viudo del transmitente en la herencia del primer causante. Comentario a la RDGRN de 26 julio 2017.” en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. Número 106. Madrid: Thomson Reuters, 2018.

MESSINEO, F., *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo VII. Trad. S. Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1956.

MERINO HERNÁNDEZ, J.L.; ARGUDO PÉRIZ, J.L.; HERNÁNDEZ GIRONELLA, F., “Aceptación y repudiación de la herencia” en *El Justicia de Aragón*. Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2012.

MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil comentado y concordado extensamente*. Tomo XVII. Madrid: Obras de Q. Mucius Scaevola, 1900.

PASCUAL DE LA PARTE, C.C., “La exclusión del derecho de transmisión por la sustitución vulgar: una manifestación tácita de la voluntad del testador” en *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*. Número 117. Granada: Colegio Notarial de Granada, 1990.

PASCUAL DE LA PARTE, C.C., “Notas de urgencia sobre el derecho de transmisión: una crítica negativa a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013 y a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de marzo de 2014” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Número 749. Madrid: Corpme, 2015.

PÉREZ RAMOS, C., “¿Qué le pasa a la DGRN con el derecho de transmisión” en *El Notario del Siglo XXI*. Número 78. Madrid: Colegio Notarial de Madrid, 2018.

PÉREZ RAMOS, C., “El legitimario del transmitente, que no sea transmisario, no tiene que consentir la partición de la herencia del primer causante” en *El Notario del siglo XXI*. Número 83. Madrid: Colegio Notarial de Madrid, 2019.

PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo V. Volumen 1º. Barcelona: Bosch, 1961.

PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil Español*. Tomo VI. 2ª Edición. Pamplona: Aranzadi, 1972.

RIPOLL JAÉN, A., www.notariosyregistradores.com, *Derecho de Transmisión: Lo innecesario, lo prohibido y lo olvidado*. Alicante. (Fecha de consulta: 28 de Mayo de 2015).<http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulosdoctrina/derecho-de-transmision-lo-innecesario-lo-prohibido-y-lo-olvidado/>

RIVAS MARTÍNEZ, J.J., “Derecho de transmisión y la jurisprudencia de fijación de doctrina del Tribunal Supremo” en *Homenaje al profesor Armando Torrent*. Madrid: Dykinson, 2016.

RIVERO SÁNCHEZ-COVISA, F.J., *Ius Transmissionis*. Madrid: Bubok Publishing, 2020.

ROCA SASTRE, R.M., *Estudios de Derecho Privado*. Tomo II. Sucesiones. Pamplona: Aranzadi, 2009.

RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, P., “Un intento de superar las tesis opuestas sobre situación del heredero del heredero” en *Diario La Ley*. Número 7242. Madrid: Wolters Kluwer, 2009.

ROMERO CARRILLO DE MENDOZA, A., “Breve comentario al derecho de transmisión en la legislación catalana” en *Revista Jurídica del Notariado*. Número 110. Madrid: Consejo General del Notariado, 2020.

SANZ ACOSTA, L., “Interpretación del derecho de transmisión del art. 1006 CC” en *Actualidad Civil*. Madrid: Wolters Kluwer, 2014.

SOLANO TRUEBA, I., “La sucesión iure transmissionis del artículo 529 del Código Civil Cubano” en *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*. Tomo I. Madrid: Dykinson, 2013.

SOLÍS VILLA, C., “La aceptación improcedente (o tardía) de la herencia por los transmisarios y otras cuestiones conexas” en *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*. Tomo I. Madrid: Dykinson, 2013.

TORRES VARGAS, L. “Un nuevo cambio jurisprudencial (comentario a STS Sala 1.ª, de 11 de septiembre de 2013). Naturaleza y alcance del derecho de transmisión (ius delationis), asunción de la teoría moderna o de la adquisición directa frente a la teoría clásica o de la doble transmisión.” en *Diario La Ley*. Número 8200. Madrid: Wolters Kluwer, 2013.

VALIÑO DEL RÍO, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Valencia: Quiles, 1991.

VALLET DE GOYTISOLO, J., *Panorama del Derecho Civil*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1973.

VON WICHMANN ROVIRA, G., “Derecho de transmisión y legítima: crítica a la resolución de la DGRN de 22 de octubre de 1999” en *Revista La Notaria. 150 anys*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2008.

