

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

JOSÉ-LUIS FERNÁNDEZ ÁLVAREZ
CÉSAR-CARLOS PASCUAL DE LA PARTE

Notarios

SUMARIO: I. Preliminar.—II. Conceptos básicos.—III. La «*Conditio Iuris*».—IV. ¿Cuánto puede transmitir el delado-transmitente y bajo qué presupuestos se opera la transmisión?.—V. La transmisión del art. 1.006 C.c. es una mera transmisión instrumental.—VI. La posición del transmitente delado.—VII. En virtud de la retroacción de efectos el transmitente es heredero del primer causante, y no lo es el transmisario.—VIII. La cuestión de la capacidad del transmisario.—IX. De ser el transmisario heredero del primer causante se vulnera el art. 670 C.c. en unos casos y se producen consecuencias absurdas y antijurídicas en otros.—X. La teoría aquí defendida se compatibiliza mejor con el criterio romanista que sigue nuestro derecho.—XI. Epílogo.

I.— PRELIMINAR

Escribir sobre *el Derecho de Transmisión en la sucesión «mortis-causa»*, es una tarea espinosa.

La *dificultad* se manifiesta porque los conceptos utilizados para delimitar la materia no son inequívocos y están sometidos, tradicionalmente, a una constante revisión o precisión por diversas corrientes doctrinales.

Tal es el caso de conceptos como: sucesión «mortis causa»; vocación o delación hereditarias; «ius delationis»; heredero y herencia, etc. etc...

Habida cuenta de lo anterior, se ha creído oportuno comenzar la exposición del presente trabajo con unos *conceptos básicos y mínimos* que permitan centrar la cuestión y encarrilar el razonamiento. Y, a estos efectos, se han escogido las opiniones más comunes y pacíficas entre los autores; con la mayor brevedad y precisión que nos ha sido posible.

Con todo, no se va a hacer un estudio pormenorizado del Derecho de Transmisión en nuestro Derecho.

Tan sólo nos ocuparemos en este artículo de la cuestión que *más polémica doctrinal* ha suscitado (y aún suscita) en relación con el Derecho de Transmisión; cuestión que nosotros consideramos *crucial y capital* por sus graves repercusiones: en materia de capacidad, protección de derechos legítimos y del cónyuge viudo; imputación de donaciones, derechos de los acreedores, etc. etc.

Nos estamos refiriendo al problema de *si el transmisario*, cuando actúa o ejercita el «ius delationis» contenido en la herencia de su causante y transmitente, *se convierte en heredero del primer causante o si*, por el contrario, *en simple heredero del transmitente* (o segundo causante).

Pues, de seguir una u otra teoría, las consecuencias son muy distintas.

Tras la publicación por ROCA SASTRE (*en «Estudios de Derecho Privado», II, Madrid, 1948 pp. 294 a 301*) de unas precisas reflexiones sobre el Derecho de Transmisión, parecía que la cuestión en nuestro derecho había quedado clara respecto a que el transmisario era verdadero y directo heredero del transmitente.

Sin embargo, un poco más tarde, el profesor ALBALADEJO publicó un completísimo trabajo sobre la materia: *La sucesión «Iure Transmissio-nis»*, (en A.D.C., 1952, pp. 912 a 971). En dicho trabajo sostenía y razonaba la posición contraria: el transmisario es verdadero y directo heredero, no del transmitente (segundo causante), sino del primer causante. Posición que ha mantenido después en numerosas publicaciones (p. ej.: «Derecho Civil» V, 1, p. 93...). (Aunque son muchos los que siguen la posición de Albaladejo, se ha escogido a este autor porque su trabajo es «clásico» y paradigmático entre los autores patrios, así como por la pureza y precisión en los conceptos y lenguaje que utiliza).

Pues bien, a partir del trabajo de Albaladejo, se ha abierto un abismo definitivo entre los autores patrios que defienden una u otra posición doctrinal sobre el particular; y esta polémica (que también se da en Derecho comparado) aún sigue sin cerrarse (si es que alguna vez se cierra).

A ello ha contribuido, además, la ausencia de fallos definitivos sobre la materia, tanto de la D.G.R.N. como por el T.S.; lo que demuestra aún más lo tormentoso del asunto.

Sin embargo, entre todos los autores que más tenazmente han insistido en la teoría de Roca, ha sido el profesor LACRUZ BERDEJO (Por todas, su obra «*Elementos de Derecho Civil*», V; «*Derecho de Sucesiones*», pp. 54 a 56; que resume su posición en este punto). Pero, no obstante sus afirmaciones al respecto, existen en la explicación de su teoría ciertos claroscuros, en lo concerniente a los efectos retroactivos de la aceptación por el transmisario y a la capacidad que éste requiere para adquirir la herencia del primer causante. Cuestiones estas que, al no ser rebatidas de manera terminante, parecen un apoyo definitivo a la teoría del profesor Albaladejo.

Así pues, se pretende por *NOSOTROS*, en este artículo, hacer un nuevo intento para demostrar, siguiendo a Roca y Lacruz (entre otros) que, efectivamente *el transmisario es heredero del transmitente* y en modo alguno del primer causante. Explicando, a nuestro entender, qué es en realidad lo que encierran las palabras del oscuro artículo 1.006 de nuestro Código Civil.

Y, en último término, abrir *un nuevo camino* de investigación para el futuro, con *un enfoque distinto* al tradicional.

Pero antes de pasar al examen de nuestra teoría, conviene que se recuerden los distintos puntos de vista sobre la materia.

A).—Respecto de la posición de ALBALADEJO lo mejor es leerse su trabajo, ya mencionado. Aquí se propone un *resumen en lo esencial de su pensamiento*; resumen que se ha tomado de nuestro familiar y querido CASTÁN («*Derecho Civil*», VI, volumen II, año 1973, p. 193).

Otro resumen más largo, aunque muy preciso, es el que hace O'CALLAGHAN, al comentar el artículo 1.006, en los «*Comentarios al Código Civil*», Ed. Ministerio de Justicia, Tomo I.

Pues bien, para Albaladejo, «subsiste la primera delación, es decir, el «*ius delationis*», que nació del primer llamamiento, pero con la muerte de su titular, el «*ius*» se transmite a sus sucesores, *por lo que cambia el sujeto que puede adquirir la herencia una sola vez deferida*, aunque el derecho en base al que la adquiere sigue siendo el mismo que tenía su transmitente.

Para este mismo autor, *el adquirente, es sucesor del transmitente en el «ius delationis» y sucesor del primer causante en la herencia de éste*. Pero sucesor directo, recta vía, y no a través del transmitente. Este es sólo un órgano que transmitió el derecho a aceptar. De manera 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 en el momento de la muerte de éste*.

El transmitente sólo ha sido 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 aquélla; es

decir, que estamos ante dos sucesiones distintas de dos personas diferentes, *requiriéndose por tanto doble capacidad sucesoria*».

Esta es, pues, la esencia de la teoría de Albaladejo.

B).—Respecto a la posición de ROCA y LACRUZ nos remitimos íntegramente a sus trabajos (antes citados) por la brevedad y claridad de los mismos que hace el resumen innecesario (aunque después haremos alguna matización).

Por otro lado, es el argumento de Albaladejo el que nos interesa para este trabajo.

Tan solo indicar que para LACRUZ, «la aceptación del transmisario 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*.

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...

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 aquél aceptarla en virtud del art. 1.001 C.c.».

Y sin más preámbulos, pasamos ya a exponer nuestra opinión.

II.— CONCEPTOS BÁSICOS

El llamado «Derecho de transmisión» viene recogido en norma precisa por nuestro Código Civil en el artículo 1.006, que dice : «*Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía*».

El supuesto de hecho, siguiendo a GITRAMA, es claro: Fallece A dejando como heredero a B, el cual fallece posteriormente sin aceptar ni repudiar la herencia de aquél, por lo que su derecho pasa (vía art. 1.006) a su heredero C, pudiendo ocurrir que, así mismo, fallezca C, también sin aceptar ni repudiar, por lo que tal derecho pasará a D..., y así sucesivamente, sin límite alguno, hasta que se adquiera la herencia en cuestión o se la repudie.

Naturalmente, lo anteriormente expuesto es *una consecuencia lógica de los sistemas hereditarios* que, como el nuestro, exigen la **ACEPTACIÓN** (sea expresa, tácita o, incluso, presunta o por atribu-

ción «ex lege» —artículos 1.005 y 1.009—) como requisito inexcusable (= «conditio iuris ó sine qua non» = presupuesto de validez o eficacia) para LA ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA.

Es decir, que sólo podemos hablar de «Ius transmissionis» en estos sistemas de adquisición de la herencia mediante su aceptación; y, por consiguiente, no se puede hablar de tal en los sistemas de adquisición «Ipsa Iure» (como ocurre en el sistema germanista).

Aunque autores como G. GARCÍA VALDECASAS animaron la cuestión (R.D. Privado, 1944), defendiendo la solución llamada germanista para nuestro Derecho, lo cierto es que la práctica unanimidad de nuestra Doctrina (De Buen, De Diego, Roca Sastre, Lacruz Berdejo, Albaladejo, Martín Blanco... etc.) mantiene como criterio más seguro el llamado de la tesis «romanista» o de necesidad de la aceptación para la adquisición de la herencia.

Nosotros no entraremos en polémicas, pero dejamos sentado desde ahora que la cuestión no ofrece discusión ni dudas sobre el carácter claramente «romanista» que sigue nuestro Derecho positivo. Tan solo aclarar (aunque, por obvio, sería casi innecesario) y a los solos efectos de retener bien esta idea, que en los sistemas de adquisición *IPSO IURE*, la delación produce la adquisición; de manera que la aceptación sólo confirma la adquisición ya realizada. Ahora bien, el heredero no está obligado a aceptar, y, si renuncia oportunamente, se entiende que en ningún momento ha adquirido la herencia. Como dice LACRUZ, la aceptación, en estos sistemas, funciona de manera negativa, en cuanto que representa una renuncia al derecho a repudiar; mientras que la repudiación tiene una función positiva, porque sirve para destruir lo que ha sido adquirido ya. Es el sistema que para la adquisición de los LEGADOS se sigue por nuestra legislación; y, por supuesto, para la adquisición de la herencia por el Código Civil Alemán, en el Civil Suizo y el Francés.

Sin embargo, en el sistema «romanista» que sigue nuestro Código Civil, el delado solamente adquiere la herencia mediante la aceptación. Hasta entonces, no se convierte en heredero (jj). De forma que entre DELACIÓN y ADQUISICIÓN media un lapso de tiempo más o menos largo, aunque luego la ACEPTACIÓN opere con efectos RETRO-ACTIVOS. En este lapso de tiempo no hay heredero, sino meramente un sujeto llamado a serlo; y la herencia se haya «yacente».

Así pues, para la ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA, en nuestro Derecho se exige la aceptación por el llamado a ser heredero.

Pero, desde que fallece una persona hasta que se adquiere su herencia, se suelen distinguir una serie de fases o etapas (que pueden coincidir en el tiempo) aunque siempre pueden separarse conceptualmente.

En este sentido, es común opinión entre la práctica unanimidad de los autores distinguir entre: 1.º) La apertura de la sucesión; 2.º) La Vocación a la herencia; 3.º) La Delación de la herencia; y 4.º) La Adquisición de la herencia.

1.^o).—La *APERTURA de la sucesión*, se produce en el momento de la *muerte* del causante (a la que se equipara, con algún matiz, la declaración de fallecimiento); es decir, necesaria y forzosamente en ese instante: ni antes ni después. En ese momento, el conjunto de relaciones jurídicas de que era titular el difunto, se ha convertido en «herencia», en espera de un heredero.

2.^o).—La *VOCACIÓN a la herencia*, es un llamamiento «*in abstracto*» de todos los posibles herederos «abintestato» o designados principal o subsidiariamente por el testador, en el momento de la muerte del causante. Es decir, la muerte, que produce automáticamente la apertura de la sucesión, provoca también y simultáneamente, aunque como fase jurídica conceptualmente independiente, la vocación o llamamiento a la herencia.

3.^a).—La *DELACIÓN de la herencia*, es el *concreto ofrecimiento* de la herencia (Como decía el Digesto: «*Delata hereditas intelligitur quando quis possit adeundo consequi*»; la palabra «Delación», se deriva del verbo latino *defero, defere, detuli, delatum*, que significa presentar u ofrecer). Supone un paso más: implica la existencia de una persona concreta y determinada llamada a la herencia, con posibilidad inmediata de aceptarla. Como dice LACRUZ, esa *posibilidad inmediata de aceptar* es la característica de la Delación.

En definitiva, no todos los llamados o vocados van a ser «Delados». Sólo serán delados aquellos que reúnan (cumulativamente) los *requisitos* requeridos por la Ley para ello:

- 1.— Que la sucesión esté abierta;
- 2.— Que exista una designación, llamamiento o vocación para suceder, siendo indispensable que el llamado esté determinado o, cuando menos, sea determinable; si bien hay que aclarar que, en este último caso (mientras el designado no se haya determinado) la herencia no está puesta a su disposición y no la puede aceptar (v. grac. cumplimiento de la condición suspensiva —«*conditio facti*»— o nacimiento del concebido);
- 3.— Que el llamado sobreviva al difunto;
- 4.— Que el llamado a la herencia tenga aptitud y capacidad.

4.^o).—La *ADQUISICIÓN de la herencia*. Es la última fase; y se produce por la *aceptación* de la misma por el heredero, el cual asume el conjunto de titularidades transmisibles del causante (activas y pasivas).

Esta es pues la *opinión más compartida* entre los autores, y nosotros así la aceptamos.

NO OBSTANTE, y sin entrar en profundidades mayores (en lo que interesa a este trabajo), conviene hacer *algunas precisiones más*, para acabar de perfilar la figura del «Delado».

A) Ante todo, no se deben desconocer los trabajos de ROCA SAS-TRE («La Designación, la vocación y la delación sucesorias», en sus «Es-

tudios» Pi y Suñer, 1962) ni tampoco el de ALFREDO GARCÍA BERNARDO LANDETA («Designación *mortis-causa*, vocación hereditaria y adquisición automática», en R. D. Notarial, mayo-junio, año 1959).

Estos autores, recogiendo abundante doctrina italiana (Barbero, Messineo, Cicu, Nicolo, Coviello, Gionfrida,... entre otros), introducen, conceptualmente, el término «*DESIGNACIÓN*». Según ellos, cuando por la muerte de una persona se abre su sucesión, el nuevo sujeto que ha de ocupar la posición jurídica del causante se designa por la Ley o por el testador. Pero esta designación NO adquiere valor jurídico, actual y concreto, sino en el momento en que se abra la sucesión; quien, en ese momento, se encuentra designado adquiere derechos. Y se habla de «*Vocación*» para concretar ese momento de la operatividad de la designación.

Pues bien, esa «entrada en consideración jurídica» de la designación de heredero, es en lo que consiste la Vocación; la cual tiene lugar al abrirse la sucesión.

En resumen, *la designación precede a la apertura de la sucesión* (en un tiempo en que aún carece de relevancia jurídica) y sólo *adquiere valor jurídico* a partir de la *apertura* de la sucesión, como presupuesto de la vocación.

En todo caso, esta precisión NO cambia las cosas para lo que se pretende en este trabajo (en donde nos interesa, básicamente, el momento de la delación y la figura del «Delado»); aunque ayuda a comprenderlo mejor.

B) Así mismo, conviene aclarar que *VOCACIÓN* y *DELACIÓN*, pueden coincidir o no en el proceso sucesorio.

Y así, distinguiremos, con L. Roca-Sastre MUNCUNIL (que resume la doctrina de ROCA en su citado trabajo: «La designación, la vocación y la delación sucesorias...») entre:

a) *Vocación con delación inmediata*. En este caso, al tiempo de abrirse la sucesión del causante, se produce la vocación y se opera la delación, sincrónicamente. La vocación y la delación coinciden en el tiempo.

b) *Vocación con delación diferida*. Que tiene lugar cuando la designación está hecha bajo condición suspensiva («*conditio facti*») o el designado se encuentre sólo concebido. En ambos casos hay vocación, mas sin poder producirse la delación mientras pende el cumplimiento de la condición o el designado ya haya nacido.

c) *Vocación con delación sucesiva*. Tiene lugar cuando el designado/os que sean de rango posterior, tienen en la misma herencia otro u otros designados de rango anterior o de preferente llamamiento. A favor de los primeros designados se produce una vocación con delación inmediata (o, en su caso, diferida), y en cuanto a los designados posteriores o de rango sucesivo en orden, se produce una vocación, pero no

la delación a su favor. La designación anterior en orden con su vocación, impide la delación de los designados posteriores.

Tal es el caso de la sustitución vulgar; la sucesión intestada por desvanecimiento de la sucesión testamentaria y la sucesión por derecho de representación.

Esta clasificación conceptual es interesante para nuestro trabajo, con el fin de dejar bien sentado 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.

¡¡NO VA A PODERLO SER NINGUNA OTRA PERSONA!!

En resumen, como dice ALBALADEJO (aquí estamos de acuerdo con él) *con la palabra «Delación»* se hace referencia «al poder de suceder mortis causa al causante. *Pero* se trata de un *poder jurídico ACTUAL* (no eventual) y *CONCRETO* de hacer propia la herencia o la parte de ella a la que se es llamado» (sic).

O, dicho de otra manera, la persona que tiene delación actual y concreta va a impedir que cualquier otro posible llamado o «vocado» pueda adquirir la herencia que se le ofreció a aquél.

Por otra parte, el título o cualidad de «DELADO» (al igual que el título o cualidad de heredero) es personalísimo y, por lo tanto, intransmisible (después abundaremos en esto).

Por todo ello (y, no menos, por lo que después diremos con amplitud respecto de otras cuestiones), pensamos que en el llamado Derecho de Transmisión, recogido por el art. 1.006 del C. Civil en norma precisa, *el transmisario, QUE NUNCA FUE DESIGNADO POR EL PRIMER CAUSANTE NI DELADO EN SU HERENCIA, JAMÁS PUEDE SER SU HEREDERO.*

El «*muro jurídico*» que supone la delación exclusiva y excluyente, actual y concreta, en favor del transmitente, impide esta posibilidad.

Retengamos, pues, bien estos conceptos (sobre los que después volveremos) para la correcta comprensión del presente trabajo.

No obstante, y antes de entrar en lo que constituye la «materia» propiamente dicha de este artículo, conviene esquematizar en lo fundamental el «*Derecho de Transmisión*» por lo que concierne a sus *REQUISITOS*, a fin de que sirva de hilo transmisor para posteriores reflexiones. El resumen más claro, conciso y preciso lo escribí (a nuestro entender) ROCA SASTRE («*Estudios de Derecho Privado*» Tomo II) ya en 1948. Por lo tanto, siguiendo a dicho autor, hemos de decir que: «Para que se produzca el Derecho de transmisión, se requieren los siguientes requisitos:

a) Que una herencia, testada o intestada, se halle *deferida* a un heredero o coheredero, *sin que éste la haya aceptado ni repudiado, ni sea incapaz de suceder.*

— Si este heredero o coheredero ha *aceptado* esta herencia, ya no cabe derecho de transmisión propiamente dicho, por cuanto se trata de bienes ya ingresados como tales en su patrimonio.

— Si este heredero o coheredero *premuirió* al causante o antes de la delación (recuérdese, por ejemplo, el caso de institución de heredero por testamento sujeta a condición suspensiva y los casos de delación retardada o sucesiva), la herencia ya no está *deferida* a su favor. Y si tal heredero o coheredero *repudia* esta herencia, o es *incapaz* de heredar, entonces, si bien hubo delación a su favor, esta delación, llamamiento o vocación quedó inoperante y no cabe transmisión a favor de sus herederos. Por esto el artículo 766 del Código Civil dice: “El heredero voluntario que muere antes que el testador, el incapaz de heredar y el que renuncia a la herencia, no transmite ningún derecho a sus herederos, salvo lo dispuesto en los artículos 761 y 857”. Este precepto —dice ROCA— es de redacción desgraciada: por la palabra “voluntario”, sobre todo al aludirse al artículo 857; la palabra “testador”, que debería ser sustituida por la de “causante”, ya que el art. 766 es igualmente aplicable a la sucesión testada que a la intestada; y la referencia a los artículos 761 y 857 es inoportuna, por cuanto estos preceptos establecen una especie de “*successio gradum*” y no un derecho de representación sucesoria y menos de transmisión».

b) Que el heredero o coheredero (o, mejor dicho, que «el llamado a ser heredero») *fallezca* durante tal situación de herencia *deferida* y *siendo capaz de heredar.*

Si se dan estas dos circunstancias o supuestos, entonces el «*ius delationis*», o sea, el derecho derivado del llamamiento o vocación hereditaria perteneciente a dicho heredero o coheredero fallecido en la referida situación, pasa o se transmite o es adquirido por los herederos de este heredero y que lleguen a ser tales, sean herederos testamentarios o intestatos. Si los primeros herederos llamados son incapaces de heredar o repudiar la herencia, entonces el «*ius delationis*» hará tránsito a los herederos posteriormente llamados, aunque lo sean por sustitución vulgar o por representación sucesoria, y así sucesivamente hasta llegar al Estado, si los herederos anteriores no llegan a serlo.

Finalmente, ROCA SASTRE señala (entre otras) las *dos siguientes reglas* (compartidas por todos los autores, aunque por fundamentos no siempre coincidentes; sobre todo, por los que siguen la teoría de Albaldadejo):

a) «El heredero favorecido por el derecho de transmisión (transmisorio) NO puede optar por aceptar la herencia objeto del mismo (la del primer causante) y repudiar la herencia propia del transmitente... Pero no cabe tal opción, puesto que el “*ius delationis*” es un valor patrimonial integrante del patrimonio del transmitente y, por tanto, el heredero

de éste no puede aceptarla y repudiarla en parte. La aceptación ha de ser total (art. 990), pues es fundamental el principio de la indivisibilidad de la aceptación hereditaria (“vel omnia admittantur, vel omnia repudiantur”).

b) Inversamente, el heredero favorecido por el derecho de transmisión (transmisario) que acepta la herencia propia de éste (la del transmitente), puede repudiar la herencia objeto del derecho de transmisión (la del primer causante), por cuanto adquiere el “ius delationis”, el cual implica la facultad alternativa de aceptar y renunciar».

Llegados a este punto, y expuestas las anteriores generalidades básicas, parece ya oportuno presentar a *LOS PERSONAJES* que intervienen en el llamado «Derecho de transmisión»; a saber:

— El *primer causante (A)*, que fallece dejando a una persona de la (bien por testamento, bien intestada); es decir, una persona llamada a ser heredero, y que se convertirá en tal, aceptando.

— El *transmitente (B) o segundo causante*, esto es, aquella persona a quien se le ofreció aquella primera herencia, por ser delado respecto a ella, y que falleció después del primer causante, sin haber aceptado ni repudiado su herencia y siendo capaz de suceder.

— El *Transmisario o adquirente (C)*; o sea, el delado respecto de la herencia del transmitente, que se convertirá en su heredero si acepta el llamamiento que se le ofrece a la misma.

En cuanto a que el transmitente NO PUEDE, en modo alguno, disponer del «Ius delationis», y respecto a *que el transmisario debe ser un verdadero heredero* (y no un simple legatario), estamos de acuerdo sustancialmente con VALDEOLMILLOS («La Transmisión del “Ius Delationis”»; Homenaje a Vallet, Tomo IV, pp. 477 a 479), cuando escribe: «...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 de sus cuotas hereditarias. En todos estos casos, por aplicación del art. 1.000,1 del Código Civil, no habría transferencia del “ius adeundi”, sino *enajenación o disposición de la herencia tácitamente aceptada*», (la cursiva es nuestra). En este sentido LACRUZ.— Posición contraria sigue ROCA (obra citada); e intermedia ALBALADEJO («Estudios de Derecho Civil», 1955, p. 287 y ss.).

A lo que cabría añadir que, de considerar que el transmitente puede disponer del «Ius Delationis» (en cualquiera de las modalidades que se acaban de mencionar) sin que tal disposición suponga aceptación y, a

la vez, afirmar que el transmisario hereda al primer causante, se *vulneraría con ello igualmente el artículo 670 C.c.* Pues el heredero del primer causante lo sería la persona elegida de forma caprichosa, arbitraria y discrecionalmente por el transmitente, al margen o con independencia de la «voluntas testatoris» (en el ámbito de la sucesión testada), o del llamamiento legal que opera cuando tenga lugar la apertura de la sucesión intestada (después se comentará el art. 670 C.c.).

Todo ello, en fin, nos situaría al margen de la trayectoria que respecto al «Ius Delationis» marca e impone al art. 1.006 C. civil, *de manera imperativa*. Imperatividad que, como describe el citado VALDEOLMILLOS, radica en la *correspectividad esencial* entre «Ius Transmissionis» y sucesor a título universal. Con lo que se descarta, concretamente, al transmitente-legatario.

Bástenos aquí con estas consideraciones, que sólo muy tangencialmente afectan al propósito de nuestro trabajo; no queriendo distraer la atención del eje esencial del mismo.

Ahora bien, cuando *EL TRANSMISARIO* adquiere la herencia del transmitente, mediante la aceptación, y ejercita el «Ius delationis» contenido en dicha herencia ¿*HEREDA AL PRIMER CAUSANTE O AL SEGUNDO CAUSANTE, RESPECTO DEL CONTENIDO DEL «IUS DELATIONIS»?*

Para responder cumplidamente a esta pregunta, conviene que no se olvide cuál sea la posición jurídica, del *DELADO*; ya se ha dilucido anteriormente *QUIÉN* es, exactamente este personaje; también se aclaró *CUÁNDO* se es delado y, así mismo, *BAJO QUÉ SUPUESTOS PUEDE LLEGAR A SER HEREDERO* (después se precisará aún más esta cuestión). Ahora nos interesa desvelar *CUÁNTO PUEDE TRANSMITIR* y bajo qué *PRESUPUESTOS* se opera dicha transmisión a fin de explicar qué es lo que realmente encierra, a nuestro entender, la sucesión «Iure Transmissionis» del artículo 1.006 del C. Civil.

III.— LA «CONDITIO IURIS»

Tan sólo *una última precisión*, antes de entrar de lleno en materia.

En efecto, como *CUESTIÓN INEXCUSABLE* para la cabal y completa inteligencia de lo que seguidamente se dice, debemos de subrayar que, cuando se hable de «*CONDITIO IURIS*» (aunque, por sabido, se podría excusar la explicación...; pero no nos parece prudente el hacerlo) *NO* nos estamos refiriendo al suceso futuro e incierto (se descarta la incertidumbre subjetiva) que constituye la condición propia-mente dicha o *CONDITIO FACTI*.

Con la expresión «*Conditio Iuris*» hacemos referencia al presupuesto de eficacia de una relación jurídica; al presupuesto inexcusable o «*conditio sine qua non*» ínsita en la propia naturaleza de la relación jurídica; o, si se quiere (dicho de otra manera aún más) el presupuesto

lógico-jurídico indispensable para que las cosas ocurran como realmente deben y tienen que ocurrir porque, de otro modo, no ocurrirían (= sería imposible que ocurrieran).

Como certeramente escribe V. MONTES PENADES (En los «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», Tomo XV, Vol. I, Edersa) en relación a las condiciones «IURIS»: «Ocurre, en determinados casos, que *la propia norma integra en su supuesto de hecho* un acontecimiento futuro e incierto del que depende la eficacia del negocio según su naturaleza y su objeto... En general, puede decirse que se trata de un *PRESUPUESTO DE EFICACIA* de un determinado negocio. Se trata de un elemento del supuesto de hecho productor de efectos en el negocio jurídico no arbitrario ni contingente, sino *NECESARIO Y CONSTANTE*».

Se distinguen claramente de las «Conditio Facti», o condición propiamente dicha. Así, como explica BETTI (Al que cita Montés P.), su fundamental diferencia consiste en que los «presupuestos legales de validez del negocio» están ligados al negocio jurídico que ha sido celebrado en determinada forma, por un nexo objetivo de subordinación jurídica, independiente de la mención que las partes puedan hacer de él. La condición, en cambio, establece un vínculo subjetivo y arbitrario entre el negocio jurídico y un evento extraño y, por lo tanto, es creación exclusiva de la autonomía de las partes.

Es decir, en las «conditio facti» el evento condicional se une al negocio jurídico por voluntad de las partes; mientras en la «conditio iuris» resulta de la propia naturaleza del negocio jurídico, o está impuesta por el ordenamiento jurídico o por la Ley, sin voluntad de las partes; y se previene a estos efectos por los autores que esta voluntad de las partes no se confunda con una voluntad tácitamente expresada, que es la que resulta del sentido general de lo estipulado y de los hechos concluyentes o conducta de los sujetos.

Mientras que *la única coincidencia* según Albaladejo («Derecho Civil») entre la condición y la «Conditio IURIS» no se da en el género «condición», sino en ser ambas *requisitos de eficacia del negocio*.

Que la «conditio Iuris» sea supuesto de *existencia* o elemento constitutivo del negocio jurídico (como sostienen algunos: Betti; Ruggiero...) o sea supuesto de *eficacia* del mismo (Albaladejo, en su «Negocio Jurídico» habla de: circunstancia externa al mismo, pero sin cuya concurrencia el negocio no despliega aún sus efectos) como opinan otros, esta circunstancia, digo, no importa para este trabajo: cualquiera que sea la posición que se siga al respecto, no varía ni enturbia las conclusiones que aquí se proponen.

Y si bien es cierto que, a diferencia de las «conditio facti», *No cabe hacer una teoría general* de la eficacia de las llamadas condiciones «Iuris», dada la disparidad que presentan en cada supuesto o negocio jurídico, *sin embargo*, como aclara muy bien el citado BETTI, y prescindiendo de las diferencias entre «conditio facti» y «conditio iuris»,

los presupuestos (= *condiciones Iuris*) funcionan como condición verdadera y propia, por lo que puede ser oportuno aproximarse a ésta (que no identificarse), con el objeto de *ORIENTAR* al intérprete sobre la *aplicabilidad analógica de algunas reglas vigentes para ella, ESPECIALMENTE RESPECTO AL ESTADO DE PENDENCIA*.

IV.— ¿CUÁNTO PUEDE TRANSMITIR EL DELADO-TRANSMITENTE Y BAJO QUÉ PRESUPUESTOS SE OPERA LA TRANSMISIÓN?

Nosotros creemos que, en la «*Sucessio Iure Transmissionis*» del art. 1.006 C.c., 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.

O, dicho de otra manera, nosotros vemos en la transmisión del «*Ius delationis*» que permite el art. 1.006, una transmisibilidad del mismo derecho de aceptar o renunciar (derecho facultativo o de opción) bajo la «*conditio Iuris*» suspensiva de que el transmitente adquiera la cualidad de heredero, mediante la aceptación que el transmisario (o los sucesivos transmisarios) verifique, prestando su consentimiento al efecto: ejercitando el derecho que del transmitente reciben (= aceptar o renunciar la herencia).

A primera vista, se podría ARGUMENTAR EN CONTRA de lo expuesto que, si la posición del transmitente está formulada como: «heredero bajo condición de que acepte la herencia» (la del primer causante), el *ARTÍCULO 759 C. CIVIL* haría inviable tal solución, al disponer que: «El heredero o legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva el testador, NO transmite derecho alguno a sus herederos».

Sin embargo, esta contradicción es más aparente que real, y las cosas, en realidad no ocurren así. En efecto, hay dos teorías sobre la cuestión de la delación hereditaria en caso de institución de heredero condicional. Según una, la delación se produce al morir el causante, pero siendo la institución bajo condición es una delación condicional. Según la otra, al ser la institución condicional, la delación NO tiene lugar al morir el causante, sino al cumplirse la condición. Y esta segunda teoría parece la más acertada (para más argumentos de lo que aquí decimos, y que la apoyan: Albaladejo; *Comentarios...* Edersa Tomo X-1, p. 257). También lo entiende así la mayor parte de nuestra doctrina (por todos, Roca Sastre; «*Estudios*» Pi y Suñer, pp. 748 y ss.) y, más o menos explícitamente la Jurisprudencia (S.T.S. de 9 de julio de 1927; y 5 de abril de 1951). (*No obstante*, esta posición de nuestro Código Civil es criticable y discutible, y quizás sería preferible la solución del Cód-

go Civil Italiano de 1942 que sí permite la transmisión de «La expectativa» en estos casos —cosa que, por cierto, también permite nuestro Código para los actos intervivos—. Pero no nos podemos detener en ello pues, además, es irrelevante para nuestro razonamiento, que discurre por otro lado; Para *un interesante estudio* del problema, véase JORDANO FRAGA: «La sucesión en el “ius delationis”», Civitas, 1990, pp. 190 y ss.).

Es decir, el art. 759 C.c. NO permite la transmisión de derechos en el supuesto de que el heredero condicional (condición suspensiva) fallezca antes de que la condición se cumpla, porque la *delación* respecto de tal heredero condicional está SUSPENDIDA: *DIFERIDA* al momento en que la condición se cumpla, si es que se cumple. De manera que tal heredero condicional, no es titular de una delación actual que permite adquirir la condición de heredero y la herencia misma, mediante la aceptación. Su derecho está diferido; y hasta que la condición se cumpla (condición suspensiva) no puede adquirir ningún derecho cierto a la herencia. Por ello, si muere antes de que la condición se cumpla es lógico que nada pueda transmitir, al no haber adquirido nada. Está nombrado, llamado o vocado, pero aún no puede hacer suya la herencia ni adquirir la cualidad de heredero, al no poder aceptarla. Si la condición es suspensiva y ésta se cumple, sólo a partir de ese momento podrá adquirir la cualidad de heredero y la herencia misma, prestando su consentimiento en sentido positivo y afirmativo; es decir, aceptándola.

En análogo sentido, y con carácter complementario, se pronuncia el art. 991 del C.c.: «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». Por tanto, en nuestro derecho, NO se puede aceptar la herencia «pendente conditione». En consecuencia, el llamado bajo condición sin tener el derecho a aceptar, no puede transmitir ese derecho, puesto que no lo tenía; es decir, no se daría el supuesto de aplicación del art. 1.006 C.c.

AHORA BIEN, ¿a qué tipo de condición se refiere el art. 759 que, mientras no se cumple, suspende o difiere la adquisición del «Ius delationis»? Sin lugar a dudas a la «conditio FACTI, SUSPENSIVA Y PROPIA».

PERO ¿Se referirá también a la «CONDITIO IURIS»? Entendemos que NO.

En efecto, *por una parte*, es claro que en la «conditio facti» propia, el evento en que la condición consiste es un elemento accidental, añadido y externo a la cualidad de heredero; y, por tanto, exclusiva creación de la autonomía de la voluntad de las partes. Mientras que en la «conditio Iuris», el evento en que la «conditio» consiste (= aceptación) es elemento esencial y no accidental de la propia configuración de la cualidad de heredero y adquisición de la herencia, del que forma parte: está claro que no se adquiere la cua-

alidad de heredero y la herencia misma sin que recaiga la previa, necesaria y esencial aceptación. Por lo tanto, tal aceptación, en cuanto evento en que la «*conditio Iuris*» consiste, es elemento esencial, interno, que opera como presupuesto esencial y requisito «sine qua non» para la adquisición de tal cualidad de heredero y adquisición de la herencia a la que se es llamado.

Por otra parte, el llamado a ser heredero bajo «*conditio iuris*» suspensiva, es titular ACTUAL Y DIRECTO ya del «*Ius delationis*» (al contrario del que lo es bajo «*conditio FACTI*» suspensiva, como acabamos de ver), de manera que puede adquirir la cualidad de heredero y la herencia misma en cualquier momento mediante la aceptación, y sin que exista obstáculo alguno que se lo impida.

Precisamente por ello, en el supuesto del art. 759, el instituido heredero, aún queriendo aceptar, no podrá hacerlo hasta que la condición se cumpla: su delación está diferida o suspendida y no podrá ejercitar el «*Ius delationis*», al no ser titular puro, actual y directo del mismo hasta que la citada «*conditio facti*» suspensiva se cumpla. No será titular del «*Ius delationis*» mas que al cumplimiento del evento en que la condición consista. Por eso decíamos antes que, «pendente conditione» no podrá adquirir ni ejercitar tal «*Ius delationis*» (es decir, actuar su contenido: aceptando o repudiando).

Y, precisamente por ello, ocurre todo lo contrario en el supuesto del art. 1.006, en donde el transmitente es un llamado a ser heredero que se convertirá en tal una vez que el mismo acepte (después volveremos más ampliamente sobre esta cuestión). O sea, la aceptación en este caso es u opera como presupuesto «sine que non» o «*conditio iuris*» de eficacia para que el llamado adquiera la cualidad de heredero y la herencia misma. PERO el «*Ius Delationis*» no está diferido ni suspendido, ya que se es titular actual y directo del mismo (el transmitente), pudiendo, en cualquier momento actuarlo o ejercitarlo en sentido positivo o negativo, esto es: aceptar o renunciar.

EN RESUMEN: todo lo dicho es así, porque la «*conditio Iuris*» (= aceptación), se articula como elemento esencial para la adquisición de la herencia y la misma cualidad de heredero; y no como elemento externo y accidental (que será la propia «*conditio facti*» suspensiva). De manera que la «*conditio Iuris*», que la aceptación representa, forma parte de la estructura interna de la cualidad de heredero, elemento esencial para adquirir tal cualidad: SÓLO SE PUEDE SER HEREDERO ACEPTANDO; y no como un elemento accidental, externo y añadido a la misma (como sería la «*conditio facti*» propia).

El que la facultad de aceptar o renunciar (que implica el «*ius delationis*») no haya de ser ejercitada o actuada necesariamente por la persona delada, es cosa distinta (como al final explicaremos).

AHORA BIEN, si al llamado a ser heredero bajo «*conditio iuris*» no le es de aplicación lo dispuesto en el art. 759 C.c., conforme a lo que llevamos expuesto, es claro que aquél, el transmitente en el supuesto

del art. 1.006 del C.c., si muere antes de que la condición se cumpla (de que acepte) *transmite* su derecho a «los suyos»: a *SUS* herederos. PERO ¿*QUÉ ES LO QUE TRANSMITIRÁ?*

Pues transmitirá lo que tiene; es decir, transmitirá el derecho potestivo de aceptar o renunciar la herencia del primer causante a la que estaba llamado; o, lo que es lo mismo, transmitirá el contenido de su delación, *pero* en modo alguno, la titularidad misma de su «*Ius Delationis*» (del que es titular, valga la redundancia).

Eso sí, *bajo condición de que el transmitente adquiera la cualidad de heredero*, merced a la aceptación por parte del transmisario (heredero del transmitente). PERO, repetimos, *¿en modo alguno la titularidad del «Ius delationis», que permanecerá localizada en la persona del transmitente, por ser personalísima e inseparable de su persona y, por tanto, intransmisible.*

AHORA BIEN, se podría *argumentar en contra* de lo que se acaba de decir:

1.º ¿No se extingue la cualidad de delado, lo mismo que la cualidad de heredero, con la muerte de su titular; justamente por ser personalísimas e intransmisibles; cómo, entonces, la va a ostentar el transmitente-delado si ya ha fallecido?;

2.º Por otra parte, ¿cómo va a heredar una persona muerta?

Tanto lo uno como lo otro se explican merced al juego retroactivo de la «*conditio Iuris cumplida*». Después ampliaremos, en epígrafe aparte, estas consideraciones.

Baste decir aquí que la propia *configuración interna* que de la transmisión del «*Ius delationis*» impone el art. 1.006 del C.c., posibilita tal circunstancia: permite adquirir la cualidad de heredero al llamado condicionalmente a serlo (el transmitente), según la proposición o presupuesto legal que subyace en el citado precepto: «heredero bajo condición (*conditio IURIS*) de que acepte».

De manera que *ni se extingue la titularidad o cualidad de delado en el transmitente, ni hereda una persona muerta.*

Respecto a la *TITULARIDAD*, es cierto que no basta con decir que el contenido del art. 759 del C.c. no se aplica al supuesto del transmitente del art. 1.006, para concluir, sin más, que, a «*sensu contrario*» el transmitente (el llamado a ser heredero que fallece antes de cumplirse la condición = aceptación) transmite el derecho a los suyos. Pues, en buena lógica jurídica, como la cualidad de delado (lo mismo que la cualidad de heredero) se extinguiría con la muerte, de no existir el art. 1.006, lo que ocurriría es que se daría lugar al derecho de acrecer, o a la apertura de la sucesión abintestato. SIN EMBARGO, *que SI transmite el transmitente, encuentra apoyo y fundamento legal en el propio art. 1.006*, que clara y expresamente establece la transmisión a «los suyos», los herederos del transmitente (los transmisarios), impidiendo que, de otro

modo, ocurra el acrecimiento, o la apertura de la sucesión intestada del primer causante (según los casos, respectivamente).

Se podría, pues, argumentar, que esta posibilidad del art. 1.006 causa excepción a los principios sucesorios generales y, en consecuencia, es inadmisibles. Pero ello no es así, pues no se trata en puridad de una excepción, sino de una mera suspensión de tales principios con carácter temporal o provisional para, posteriormente, restablecerlos íntegramente (si es que alguna vez quebraron).

En efecto, lo que ocurre es que, teniendo en cuenta la propia configuración interna de la «conditio Iuris» *la cuestión relativa a la extinción de la titularidad del delado* (titular del «ius delationis») queda en estado de *pendencia hasta que la condición se cumpla o no*. De manera que, lo que faculta el art. 1.006 C.c. es la transmisión del propio «ius delationis», su contenido, pero no la titularidad, que es personalísima e intransmisible (y que, por tanto, de no existir tal artículo, se debería haber extinguido a su fallecimiento). Sin embargo, lo que sucede es que, TEMPORALMENTE, PROVISIONALMENTE, en la fase de *PEN-DENTE CONDITIO*, la cualidad de delado no se extingue a su fallecimiento; tal titularidad permanece localizada temporalmente en la persona del delado. O, dicho de una manera muy gráfica, la consolidación o extinción de la titularidad a favor del transmitente que fallece sin aceptar ni repudiar se suspende a modo de «*levitación jurídica*» hasta que la condición se cumpla o no (aceptando o renunciando), siguiendo la misma suerte que los efectos de su cumplimiento o incumplimiento.

De manera que, más que excepción, lo que se produce en fase de «pendente conditione» es una suspensión de *principios sucesorios* (subsistencia de la titularidad o cualidad de delado en el transmitente, no obstante haber ocurrido su fallecimiento) o «levitación» de los mismos. (Después volveremos sobre esta cuestión).

Por consiguiente:

A) *Si el transmisario ACEPTA* (haciendo uso de la facultad de aceptar o renunciar que le transmite el transmitente, en virtud del art. 1.006) el transmitente adquiere la cualidad de heredero, ¡¡no sólo por la «*vis atractiva*» de la titularidad nunca perdida ni extinguida;¡¡ sino, sobre todo, por la eficacia retroactiva de la propia «conditio iuris» CUMPLIDA. PERO, se podría argumentar: ¿*Acaso la puede adquirir un muerto*, toda vez que el transmitente falleció sin haber aceptado ni repudiado? No hereda un muerto (el transmitente) en modo alguno; sino que la eficacia retroactiva de efectos permite afirmar que precisamente *hereda un vivo*. Es decir, *el propio juego de la eficacia retroactiva de la «conditio iuris» cumplida* (aceptación) permite afirmar y presumir que *el transmitente aceptó la herencia y adquirió la cualidad de heredero en vida*: concretamente, en el último y postrero instante de su vida terrenal (coincidente con su fallecimiento, en el que transmite, o, si se quiere, sin más diferencia que un instante de razón), toda vez

que, en caso contrario, nada podría haber transmitido (que sí transmite).

B) Si el transmisario *RENUNCIA*, el juego de la *eficacia retroactiva de la condición incumplida* (tal renuncia del transmisario), permite considerar que, *el transmitente nada adquirió* (= no adquirió la cualidad de heredero) ni, en su consecuencia, nada transmitió. Se ha de considerar que renunció a la herencia del primer causante en el último momento o instante de su vida terrenal.

Baste, por ahora, con estos conceptos. *Más adelante* se verá como, en realidad hay una *¡DOBLE RETROACCIÓN!*, pues conforme al art. 989 C.c., los efectos de tal aceptación o renuncia que provoca la «conditio iuris» cumplida o incumplida, A SU VEZ, y merced al citado art. 989, se retrotraen a la fecha del fallecimiento del primer causante; de lo que resulta que, cuando se entienda que el transmitente acepta o renuncia (conforme a lo ya dicho) dicha aceptación o renuncia lo es a la herencia del primer causante; siendo el transmisario heredero del segundo causante o transmitente.

En resumen, se puede afirmar que el ejercicio o actuación del «ius delationis» por parte del transmisario en sentido afirmativo o positivo, prestando su consentimiento mediante la aceptación, provoca dos cosas sin solución de continuidad: 1.º) *Consolida la titularidad del transmitente* y 2.º) *consume el contenido consustancial del mismo «ius»*: provocando la adquisición de la primera herencia por el transmitente.

Por lo demás, y antes de concluir este epígrafe, conviene hacer una breve pero significativa referencia al *DERECHO ITALIANO*.

En este derecho y bajo la rúbrica: «*Transmissione del diritto di accettazione*», su artículo 479,1 dice: «*Se il chiamato all'eredità muore senza averla accettata, il diritto di accettarla si trasmette agli eredi*» (la «bastardilla» es nuestra).

Así pues, en línea probablemente con nuestra postura aquí defendida, el Código Civil italiano pone especial énfasis y desplaza el peso o centro de gravedad, respecto de la transmisión del «ius delationis», al campo de la aceptación y no al de la renuncia conjuntamente.

Es más, no habla de que se transmita el derecho a renunciar la herencia del primer causante, que ostentaba el transmitente. Ahora bien, parece claro que en un sistema romanista como el italiano, sin lugar a dudas, se podrá renunciar la herencia del primer causante; y, si bien nada dice sobre quién sea la persona legitimada para ello, consideramos que lo han de ser los transmisarios.

Con todo, la pregunta que nos podemos formular es la siguiente: ¿Quién será la persona a quien hay que considerar como renunciante?; o, dicho de otro modo: la renuncia ¿en qué persona opera?

En una interpretación literal del art. 479.1, se podría entender dicha renuncia como efectuada por el transmitente, toda vez que la facultad

de renunciar no se transmite al transmisario. Y si tal renuncia opera y se considera como efectuada por el transmitente, en la misma persona del transmitente se habrá de considerar que opera y tiene lugar la aceptación hecha por el transmisario; toda vez que, al no transmitirse a los transmisarios la facultad de renunciar, no resultaría ni lógico ni jurídico que la aceptación opere y tenga lugar en una persona y la renuncia en otra: inescendibilidad del «ius delationis» (no se pueden separar, y cada una operar por un lado, la facultad de aceptar y de renunciar, pues una y otra no son sino el anverso y el reverso del mismo «ius delationis»).

No somos conocedores del derecho italiano. Sin embargo no consideramos (o, al menos, se nos plantearían serias dudas si no fuese así) que no se le transmita, a la vez, al transmisario la facultad de renunciar la herencia del primer causante.

Quizás *el legislador italiano* consideró que *la renuncia era IRRELEVANTE* a efectos de la transmisión, y que lo verdaderamente importante era configurar la transmisión desde la perspectiva de posibilitar la facultad de aceptar, a fin de permitir a los transmisarios la adquisición de la herencia del primer causante, indirectamente y a través de su causante y transmitente; y todo ello, al margen o sin considerar al transmisario heredero recta vía del primer causante.

Así pues, y en atención a lo anterior, 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.

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.

Pero como se ha introducido un nuevo concepto: transmisión INSTRUMENTAL, conviene que en epígrafe aparte se comente debidamente.

Finalmente ¡*QUEDE CLARA UNA CUESTIÓN!* (Que por obvia no le prestamos interés y que, sin embargo, consideramos conveniente

aclarar): La aceptación por el transmisario de la herencia de su transmitente y causante, se impone como necesaria a fin de poder así ejercitar el «ius delationis» y, en su consecuencia, aceptar o renunciar la herencia del primer causante; toda vez que tal «ius delationis» lo recibe el transmisario cuando acepta la herencia del transmitente y formando parte de la misma, de manera que si la repudiase nada adquiriría. ¡Y **QUE QUEDE CLARO IGUALMENTE!** que la *aceptación a que nos referimos* la mayoría de las veces en este trabajo, lo es a la *herencia del primer causante* y efectuada por el transmisario, ejercitando el «ius delationis» que de su causante y *transmitente* recibe *una vez aceptada la herencia del mismo*. Tal aceptación y consiguiente adquisición de la cualidad de heredero por parte del transmitente, es el evento que nosotros configuramos como «CONDITIO IURIS» (y en base a la cual conformamos la transmisión instrumental del «ius delationis»).

Queda, pues, aclarado, para evitar despistes.

V.— LA TRANSMISIÓN DEL ART. 1.006 C.C. ES UNA MERA TRANSMISIÓN INSTRUMENTAL

En efecto, nos parece manifiesto y evidente que la transmisión que regula el art. 1.006 del C. civil tiene un simple carácter instrumental.

Lo que ocurre es que quizás el término utilizado generalmente por los autores para designar este derecho: «Derecho de *transmisión*», haya enredado y enturbiado el asunto, al considerarse, por inercia, que el término «TRANSMISIÓN» o bien se refería a una verdadera sucesión (acepción amplia), o bien a una adquisición derivativa del titular originario de una relación jurídica, en virtud de una enajenación o disposición por su parte (acepción restringida).

El propio artículo 1.006 C.c. dice escuetamente que: «Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia *PASARÁ A LOS SUYOS* el mismo derecho que él tenía». Y si bien es cierto que ese «PASO» del mismo derecho a los suyos no puede ser por arte de magia, sino que tiene que mediar algún tipo de transmisión, se hace menester aclarar *A QUÉ CLASE DE TRANSMISIÓN* se puede referir y *QUÉ CARÁCTER TIENE ÉSTA*.

Pues bien, a modo de *recapitulación* y, teniendo en cuenta todo lo expuesto hasta aquí, cabe decir lo siguiente.

De la propia tipificación del art. 1.006 C.c., cabe pensar, como se dijo, que éste configura la *siguiente proposición*: El transmitente es un sucesor llamado a ser heredero bajo la condición (= «conditio iuris») de que acepte. Es decir, si el llamado a ser heredero (el transmitente) ha sobrevivido a su causante y, reuniendo todos los requisitos legales de capacidad para sucederle, fallece antes de que acepte su herencia (= antes de que se cumpla la «conditio iuris» de la que depende la adquisición de la herencia —la aceptación—), transmitirá a los suyos (sus

herederos transmisarios) los derechos que respecto a dicha herencia a él le correspondieran, pero siempre y cuando llegue a adquirir la condición de heredero (es decir, siempre que se cumpla la «conditio iuris» de la que depende tal adquisición = aceptación).

Tal condición («conditio iuris»), aun cuando no se formule de manera expresa, va implícita y se incardina, si bien de manera oculta y tácitamente, en la transmisión que el art. 1.006 C.c. contempla.

Y todo ello *sobre la base* de que nadie puede transmitir a otro lo que no tiene; y, si no obstante transmite, sólo será a condición de que llegue a adquirir y a tener.

Y, dicho esto, ya se puede responder a las preguntas antes formuladas:

— ¿A QUÉ CLASE DE TRANSMISIÓN se puede referir el art. 1.006 C.c.?; respuesta: a una simple transmisión *INSTRUMENTAL*.

— ¿QUÉ CONSECUENCIAS SE DERIVAN DE ELLO?; respuesta: que condiciona («conditio iuris») la posterior y definitiva transmisión *REAL* de la herencia.

Y todo ello en los términos que pasamos a explicar. No obstante, hemos de dejar claro, a modo de *ADVERTENCIA*, con carácter previo que, cuando hablamos de que la transmisión instrumental «*CONDICIONA*» la posterior transmisión real, el término: «condiciona» lo entendemos en el sentido de que: *mediatiza, estigmatiza, o tiñe* dicha posterior transmisión.

Advertencia esta que no es baladí, pues se pretende evitar que por una equívoca expresión terminológica, alguien pueda esgrimir los artículos 759 ó 990, (que se refieren a la «*CONDITIO FACTI*» y propia), en una errónea inteligencia, para considerar inaceptable lo que a continuación se razona.

En efecto, cabe hablar de dos transmisiones, con distinto carácter: *INSTRUMENTAL* la una, y *REAL* la otra, en lo que se suele llamar impropriamente: la sucesión «*iure transmissionis*» o la sucesión en el «*ius delationis*».

De manera que, en fase de «*PENDENTE CONDITIO*» (= «conditio iuris»), mientras no se acepte o se renuncie, la transmisión que posibilita el art. 1.006 C.c. será del *objeto* de la delación; del *ejercicio* del «*ius delationis*» (= transmisión *INSTRUMENTAL* del «*ius delationis*»). Posteriormente, y *CUMPLIDA QUE SEA LA CONDICIÓN* («conditio iuris»; cuando, merced a la aceptación por el transmisario, el transmitente delado adquiere la cualidad de heredero necesaria para transmitir), la transmisión lo será del *contenido patrimonial y económico de la herencia misma*, que el transmitente, en su condición de heredero, ha adquirido de su causante (= transmisión *REAL* de la herencia).

De este modo, los transmisarios reciben y adquieren la herencia del primer causante, no directa y recta vía como herederos del mismo, sino **MEDIATA E INDIRECTAMENTE**, y como herederos de este último.

Por eso, la transmisión **REAL** no puede ser nunca pura y simple, sino que será condicionada (= «*conditio iuris*») y seguirá las vicisitudes y consecuencias que se deriven del cumplimiento o incumplimiento de la condición (= «*conditio iuris*») impuesta al transmitente (= heredero bajo «condición» que acepte).

Por consiguiente, dicha transmisión real y definitiva de la herencia opera y tendrá lugar solamente si la condición (= «*conditio iuris*») que porta la transmisión instrumental, y que sobre el llamado a ser heredero gravita, se cumple (cosa que provocará el transmisario con su aceptación, convirtiéndose en heredero al transmitente); pero no en caso contrario.

EN EFECTO, resulta lógico y evidente que la adquisición de la cualidad de heredero en el transmitente (finalidad de la transmisión **INSTRUMENTAL** del art. 1.006 C.c.) es exigencia que se hace forzosa y necesaria, a modo de «*prius*» lógico, presupuesto y requisito necesario o «*conditio sine qua non*» para que pueda tener lugar la transmisión de derechos hereditarios (la verdadera transmisión, *la REAL*) y adquirir así los transmisarios la herencia del primer causante, si bien solo y a través de su causante o transmitente.

Pues, de otra manera, no sería posible. Y no sería posible porque como quiera que la transmisión instrumental del art. 1.006 C.c. tiene lugar **ANTES** de adquirir el delado-transmitente la cualidad de heredero, cualidad esta que necesariamente habrá de adquirir para así poder transmitir (transmisión **REAL**), se hace necesario que, «*a posteriori*», adquiera tal cualidad jurídica.

De no ser así, nada transmitiría realmente, y la transmisión instrumental a los suyos se desvanecería, haciendo tránsito a la sustitución vulgar, el derecho de acrecer o la apertura de la sucesión intestada, según los casos.

Luego *tal transmisión real de la herencia* sólo puede operar bajo la condición (= «*conditio iuris*») de que el transmitente adquiera (pues todavía no ha adquirido al tiempo de su fallecimiento) lo que tendrá lugar cuando sus herederos y transmisarios, ejercitando el contenido del «*ius delationis*» que reciben en virtud de la transmisión instrumental del art. 1.006, presten su consentimiento en sentido favorable y positivo; es decir, aceptando la herencia del primer causante y convirtiéndose en heredero al transmitente.

Y todo ello, sobre la base, tan repetida con anterioridad, de que nadie puede transmitir lo que no tiene. En efecto, durante la fase de «*pendente conditione*» («*conditio iuris*»), el transmitente no puede transmitir a los suyos más derechos de los que tiene y puede (aceptar o renunciar). Por eso *no puede* transmitir su titularidad de delado, al ser ésta personalísima e intransmisible (si bien, en esta fase de «*pendente*

conditione» dicha titularidad NO se extingue, como ya explicamos antes y después abundaremos en el siguiente epígrafe); y, tampoco puede transmitir la herencia misma porque *no la tiene*, no la ha hecho suya aceptándola. Por lo tanto, sólo transmitirá lo que si tiene y sí puede: lo tiene, porque su cualidad de delado le permitía ejercitar el «ius delationis»; y se puede porque el art. 1.006 así lo establece imperativamente y de manera instrumental. De manera que sólo la posibilidad de EJERCITAR el «ius delationis» pasará a sus herederos, y nada más.

Justamente, el hecho de que la transmisión instrumental posibilite al transmisario solamente *ejercitar* el «ius delationis», unido al carácter personalísimo e intransmisible de las titularidades sucesorias, permite afirmar que, durante esta fase de pendencia provisional, *la cualidad* de delado permanezca localizada en la persona del transmitente (a modo de levitación jurídica), causando, no obstante, suspensión temporal al principio sucesorio que establece la extinción de las titularidades por muerte de quien las ostenta (nos remitimos a lo que después se dirá sobre el particular ampliamente).

Sólo «existente conditione», cuando merced a la aceptación del transmisario, el transmitente adquiera la cualidad de heredero y la herencia misma («conditio iuris» cumplida) ya puede el transmitente transmitir a los suyos la herencia del primer causante (transmisión real y definitiva).

Precisamente, el profesor ALBALADEJO, comentando el *art. 766 C.c.* («Comentarios...»; Edersa, 1987; pp. 323 y 324), escribe estas incontrovertibles verdades:

— «El que no sucede no transmite (salvo el derecho de transmisión) a sus herederos nada, si no es su derecho a legítima cuando es descendiente del causante, y sus herederos descendientes suyos»;

— «El artículo (el 766 C.c.) viene a significar que nada corresponde de una herencia a los herederos del llamado a la misma que no llegue a heredar él (se sobreentiende que a excepción del derecho de transmisión del artículo 1.006)...».

Pues bien, estas dos afirmaciones, aunque escritas para un asunto colateral respecto del que aquí nos ocupa, las traemos a colación en este trabajo porque, a nuestro entender, son la esencia de todo lo que sostenemos en el mismo (máxime si se tiene en cuenta que el transmitente, a diferencia del llamado del art. 766 C.c., es persona delada que sobrevivió al causante, era capaz para heredarle y no renunció a su herencia).

En efecto, si estas dos afirmaciones son incontrovertibles (y no conocemos de ningún argumento para que no lo sean), de seguirse la teoría del citado profesor (el transmisario hereda recta vía al primer causante, siendo el transmitente un mero vehículo por el que el «ius delationis» ha ido a parar a aquél), resultaría que el transmitente, al no ser sucesor del primer causante y, por lo tanto, no poder transmitir a sus herederos nada salvo el derecho de transmisión (dejando aparte el de-

recho a la legítima de los artículos 761 y 857 C.c., supuesto que aquí no nos interesa), sin embargo estaría en realidad transmitiéndolo TODO, a través del mencionado «ius transmissionis».

Es decir, que por vía indirecta o de consecuencia, el transmitente, que no llegó a heredar al primer causante, ni pudo ser su sucesor, transmite la cualidad de sucesor al transmisario (o sea, éste le sucede al transmitente en su derecho a ser heredero) para que dicho transmisario lo herede TODO: todo el contenido de una vocación que iba dirigida a otro. Pues, como después aclararemos, NO se puede suceder a nadie por derecho de transmisión. De manera que *lo que sólo se puede transmitir por testamento o por llamamiento legal abintestato (art. 658 C.c.) lo estaría transmitiendo, de hecho, el «ius transmissionis»*.

Luego si el transmisario adquiriese del transmitente la posibilidad de ser sucesor del primer causante, y adquirir la cualidad de sucesor es una transmisión en toda regla ¿cómo se puede compatibilizar esto con la afirmación incontrovertible de que «nada corresponde de una herencia (la del primer causante) a los herederos del llamado a la misma (los transmisarios) que no llegase a heredar él (el transmitente)?».

El profesor Albaladejo lo explica llegando a conclusiones/afirmaciones del siguiente tenor (contenidas en su tan citada obra «La sucesión “iure transmissionis”»):

- «Cambia el sujeto que puede adquirir la herencia» (p. 945);
- El transmisario... «es sucesor del transmitente en el “ius delationis” y sucesor del primer causante en la herencia de éste» (p. 953).
- «Heredero es el que sucede a título universal, aunque el derecho a tal sucesión no lo tenga por ser llamado a ella, sino por haberlo adquirido del llamado» (p. 955)... etc.

Nosotros no pensamos así, pues decir que el que no sucede no transmite, salvo el derecho de transmisión (lo cual es incontrovertible), pero después conceder a tal derecho de transmisión una operatividad tan descomunal (convirtiendo al «ius transmissionis» en un verdadero título sucesorio que posibilitase suceder a otro en su delación, esto es, en su derecho a ser heredero), casi equivale a decir (al menos a efectos prácticos) que el que no sucede sí transmite.

No obstante, como estas afirmaciones requieren muchas precisiones, ya las iremos completando y desarrollando a lo largo de este trabajo.

Tan sólo indicar en este epígrafe, donde se trata de la transmisión instrumental y la real, que, como nadie puede transmitir lo que no tiene (sino a condición de que llegue a adquirir y a tener), la transmisión del artículo 1.006 tiene un carácter meramente instrumental, que NO PUEDE transmitir el derecho de ser heredero, sino que simplemente tiene una finalidad funcional: que el transmitente llegue a tener la cualidad de heredero y así poder transmitir (transmisión real) la herencia

misma al transmisario, que es entonces, y no antes, cuando realmente puede adquirir los bienes hereditarios en virtud de una cabal transmisión.

Por eso, el transmisario no puede tener el derecho de suceder recta vía al primer causante tras haberlo adquirido derivativamente del llamado o transmitente; sino que, por el contrario, ese «brinco» por encima del transmitente (designado/nombrado y delado) no es posible, y deberá de ser el propio transmitente, imposibilitado en fase de «pendente conditione» (= «conditio iuris») para llegar a heredar (al haber fallecido), el que tendrá que convertirse en heredero («conditio iuris» cumplida) para así poder transmitir al transmisario (transmisión real) la herencia del primer causante.

Se podría argumentar *EN CONTRA* de lo dicho que el transmitente sí que tiene el derecho de ser heredero (aunque no la herencia misma) y justamente por eso lo puede transmitir vía «ius transmissionis».

PERO se podría responder que el «ius transmissionis» no tiene virtualidad bastante para cambiar las designaciones, vocaciones y titularidad de las delaciones, esto es, las cualidades y titularidades sucesorias o hereditarias. Por otra parte, si los que siguen la teoría del profesor Albaladejo parten de la base de que con la muerte del transmitente cambia la persona que puede adquirir la herencia (= cambia el sucesor) pero permanece la original vocación o delación (sean o no una misma cosa para los autores), en tal caso, decimos, *resultaría más que chocante el que, no habiéndose extinguido la vocación-delación del transmitente, fuera otra persona (el transmisario) el sucesor*: tanto su titular como el que pudiese adquirir todo su contenido. *En resumen*, si el transmisario es sucesor del primer causante recta vía, la pregunta es la siguiente. *¿EN VIRTUD DE QUÉ TÍTULO SUCESORIO?*

Con lo cual, llegamos siempre, se mire por donde se mire, al mismo punto de partida: la transmisión del «ius delationis» es puramente instrumental, posibilitando simplemente el EJERCICIO de una vocación o delación que pertenece a otro (el transmitente), el cual necesariamente tiene que adquirir la cualidad de heredero para así poder realmente transmitir los bienes hereditarios de la herencia del primer causante.

En fin, y para terminar con este asunto, lo que transmite el art. 1.006 es algo muy parecido a un simple TÍTULO LEGITIMADOR para que el transmisario EJERCITE el contenido de una vocación-delación de la que sigue siendo titular el transmitente, en esa fase de «pendencia» (mientras no se acepte o se renuncie).

Y todo ello a través de la *DOBLE RETROACCIÓN DE EFECTOS* (en los términos que antes se apuntó y después veremos) que provoca la aceptación por el transmisario. *La primera* retroacción, («conditio iuris» cumplida), que convierte en heredero al transmitente y le hace adquirir la herencia del primer causante, se ha producido *para que el citado transmitente pueda transmitir a los suyos la herencia* de dicho

primer causante. *La segunda* retroacción (art. 989 C.c.), que tiene lugar de manera automática y simultáneamente al producirse la anterior (si bien con independencia la una de la otra, al operar en campos distintos) y en virtud de la cual los efectos de la aceptación, que provoca la «conditio iuris» cumplida, se retrotraen, A SU VEZ, a la fecha del fallecimiento del primer causante, esta segunda retroacción, decimos, se impone por el básico y elemental principio de que *no haya solución de continuidad en la titularidad de las relaciones hereditarias*.

Se rechazan así, de plano, opiniones como la de JORDANO FRAGA (Obra citada; pp. 94 y ss.) que ve en la transmisión del «*ius delationis*» una auténtica sucesión. Pues escribe:

«Lo dice clarísimamente el art. 1.006 del C.c.: por muerte del llamado-transmitente, *pasará a sus herederos el mismo derecho —ius delationis— que el tenía*». Hay pues, traspaso, transmisión, sucesión: los herederos del transmitente suceden a éste *en la titularidad* del mismo «*ius delationis*» que él tenía para la herencia del primer causante (sic).

Y añade: «Para los que todavía no resulten convencidos por las inequívocas expresiones legales, hay que recordar que éstas proceden del artículo equivalente del Proyecto de 1.851 (art. 836 Proy., que el art. 1.018 Anteproy., había, a su vez, recogido) y, comentando el artículo 836 Proyecto 1.851, GARCÍA GOYENA decía cosas tan reveladoras como estas: «si yo tenía derecho a aceptar o repudiar, ¿por qué no lo he de transmitir a mis herederos *en los mismos términos y por el mismo tiempo que yo podía ejercitarlo?*... nuestro artículo es, si mal no me engaño, más claro y conciso que el 791 Francés, como puede verse en las palabras “el mismo derecho que él tenía”; “cuando pudiera hacerlo el mismo difunto”. Así se aclara y fija la idea fundamental de que los herederos —del transmitente— pueden todo, pero no más de lo que podía hacer el difunto —el eco de la regla de oro de las adquisiciones derivativas es evidente: “*nemo plus iura ad alium transferre potest quam ipse habet*”—».

Citando el propio JORDANO F., también como apoyo de lo que dice (p. 95, nota 97), la opinión de BENITO GUTIÉRREZ («Códigos...», Madrid 1863, p. 551) quien, siguiendo al clásico GÓMEZ, dice: «la herencia no adida —del primer causante— se transmite a los herederos —transmisarios—... no como adida, sino como facultad de adirlaje de modo que el transmisario podrá adirla o rechazarla de la manera que pudo hacerlo el transmitente» y antes, en p. 549: «mas si la herencia —del primer causante—no se transmite—por el transmitente— porque no se tiene, hay cosas que el instituido—transmitente—tiene y que puede transmitir; tal es el derecho y facultad de adirla por la razón que existe para que pasen al heredero—transmisario— todos los derechos tanto reales como personales—de su causante—transmitente—» (¡jojo! no los personalísimos).

«El texto de Antonio GÓMEZ, que se corresponde con la segunda cita de Gutiérrez, es el que sigue: ...«(sigue la cita en latín) Pues bien, de esta cita, nos interesa para este trabajo la última parte: «...después de la muerte del heredero —el transmitente— sin aceptar, todos los derechos que le correspondían, tanto reales como personales, pasan a la herencia yacente... luego, por consecuencia, pasa a la herencia de éste (el transmitente) aquel derecho de aceptar o renunciar; y precisamente porque su heredero —(el transmisario)— acepta aquella herencia, necesariamente debe de adquirir aquel derecho de aceptar comprendido en ella».

Pues bien, ante todo hemos de reconocer que causa cierta emoción el comprobar que argumentos y razonamientos esgrimidos por GARCÍA GOYENA, GUTIÉRREZ, o Antonio GÓMEZ hace un siglo, sigan teniendo actualmente vigencia. Ya que, si mal no nos equivocamos, eso es lo que dice la Dirección General de los Registros y el Notariado en su última y más extensa Resolución sobre el «derecho de Transmisión»: la de 23 de junio de 1986.

Así, en su *considerando* 2.—, dice: «El transmisario puede libremente aceptar y repudiar la herencia del transmitente (segundo causante), sin que lo pueda hacer parcialmente (arts. 988 y 990 del Código Civil):

a) En el caso de que *acepte* la herencia, como entre los bienes, derechos y acciones que la integran, se encuentra el “ius transmissionis”, al igual que hubiera podido hacer el segundo causante (transmitente) respecto de la herencia del primero, podría el transmisario aceptarla o repudiarla. Si opta por lo primero —aceptación— los bienes que la integran quedan englobados dentro de la herencia del segundo causante. Pero si opta por repudiarla, entonces habría que examinar cada caso concreto para fijar el destino de los bienes, dadas las variadas posibilidades que pueden presentarse (existencia o no de sustituciones en la disposición de última voluntad del primer causante, derecho de acrecer, incluso apertura de sucesión intestada).

b) En el caso de que el transmisario *repudie* la herencia del transmitente, no adquiere, como es lógico, ninguno de los derechos que la integran, y por tanto el “ius transmissionis”».

Y, dicho esto, a la luz de los repetidos textos doctrinales, no vemos que, en modo alguno, le den la razón a JORDANO FRAGA; sino que, en nuestra opinión, ocurre todo lo contrario y parecen ser un apoyo más de nuestra teoría.

En efecto, el texto de GARCÍA GOYENA (por todos), dice clara y palmariamente lo siguiente:

1.º.— Que hay «transmisión», y no que exista «sucesión». Nosotros estamos de acuerdo y solo añadimos el adjetivo calificativo: «INSTRUMENTAL» o funcional y «ex-lege». Si hubiese sucesión, ¿en virtud de qué título, testamentario o intestado —art. 658 C. civil— se sucedería?; máxime cuando el llamado a ser heredero por el testador o

por la Ley es el delado-transmitente; ¿Qué designación testamentaria o nombramiento intestado puede tener el transmisario para suceder en el «ius delationis»? Dicho título sucesorio no puede ser el «ius transmissionis», pues por éste sólo cambia la persona que puede «EJERCITAR» el «ius delationis», pero *no* cambia el sujeto que puede adquirir la herencia una sola vez deferida y llegue a ser heredero (también esto se verá después).

2.º.— Que lo que se transmite, —continúa García Goyena— es el *EJERCICIO* del «ius delationis» y nada más. Verdad incontrovertible, toda vez que las titularidades o cualidades hereditarias son personalísimas e intransmisibles.

3.º.— Que todo lo anterior *se basa* en otra verdad incontrovertible: nadie puede dar, pasar o transmitir a otro más de lo que tiene y puede. Que es justamente el fundamento de nuestra opinión.

De manera que solo una interpretación caprichosa de tales textos, puede sacar conclusiones distintas y radicalmente opuestas a lo que es manifiesto y claro.

Item mas, si de argumentos gramaticales se trata, conviene no perder de vista la palabra que utiliza el art. 1.006 para designar al transmitente; pues le llama «*HEREDERO*» («Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar...»). Y es que, admitiendo sin reservas que se trata de una *incorrección terminológica*, pues en realidad, debería decir: «*Si EL LLAMADO A SER heredero...*», sin embargo, conviene reparar en que esa *incorrección terminológica* se ha ido arrastrando en nuestra moderna legislación.

Así, *el Proyecto de Código Civil de 1851*, en su artículo 836, hablaba de «Heredero»; y *el Anteproyecto de 1882*, art. 1.018 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 artifices que intervinieron en la confección histórica de nuestro Código Civil hasta plasmar el actual art. 1.006, tenían *in mente* que el transmitente debía de ser el heredero del primer causante, toda vez que utilizan tal palabra («heredero») en todas las redacciones normativas. (En realidad, *abierta la sucesión*, nuestro Código Civil llama *reiterada e impropriamente «heredero» a la persona delada* o titular del «ius delationis»: artículos 1.001, 1.002, 1.004, 1.005, 1.006, 1.007, 1.010, 1.012, 1.014, 1.015, 1.016, 1.018, 1.019, 1.022, 1.023,... —*excepto* el artículo 1.009 que habla de «llamado» para señalar al titular del «ius delationis—).

En resumen, se podría pensar que a nuestros legisladores ¡*les traicionó el subconsciente*!

Quizás, incluso, *LA UBICACIÓN* del art. 1.006, y las soluciones que dan los arts. 1.001 a 1.005 por razones de protección a los acreedores u otros interesados o por motivos de equidad, es decir, *razones especiales* que fundamentan excepciones o suspensión de reglas generales, podría abonar aún más esta impresión.

En efecto, los arts. 988 y siguientes regulan la aceptación del llamado a ser heredero *en circunstancias normales*: vive, puede y quiere.

A continuación, *el art. 1.000*, para el caso de que viva el llamado y no emita una declaración de voluntad expresa sobre si acepta o repudia, regula una *aceptación TÁCITA*, si se realizan actos que valgan como aceptación.

Seguidamente, si el llamado a ser heredero repudia la herencia en perjuicio de sus propios acreedores, *el artículo 1.001* permite que el juez autorice a tales *acreedores del llamado* para que *acepten a nombre de éste* (¡y no por eso se convierten ellos mismos en herederos!).

Después, el artículo 1.002, si el llamado a ser heredero —el delado— ha *sustraído u ocultado (maliciosamente)* algunos efectos de la herencia «pierden tal facultad de renunciarla» o, mejor dicho, como entienden los autores, *se impone al llamado la aceptación «ex lege»*; es decir, se prescinde de la voluntad del «delado» y se atribuye a sus actos ¡maliciosos! de sustracción y ocultación de bienes hereditarios, el carácter de aceptación, que hace que se le atribuya «ex lege» la herencia.

Más tarde, *el art. 1.005*, para el supuesto de que también viva el llamado y permanezca en silencio sobre si acepta o repudia, sin realizar ninguno de los actos que valen como aceptación, y tras una interpelación al mismo, *impone una aceptación EX LEGE* («Se tendrá la herencia por aceptada»).

Finalmente, *el art. 1.006*, para el caso de que el llamado haya fallecido con todos los requisitos de idoneidad para ser heredero, pero sin aceptar (ni expresa ni tácitamente), es decir, sin realizar el último acto que le convertiría en heredero y le haría adquirir la herencia de su causante, por razones de equidad, permite una «legitimación extraordinaria» (transmisión del «ius delationis») a sus herederos (los transmisarios) para que éstos cierren el círculo de la adquisición hereditaria en su favor (del transmitente).

Es decir, parece como si el legislador entendiese que sólo la persona designada, vocada y delada pudiese ser el único y auténtico heredero del causante de quien procede tal delación (¡salvo, obviamente, que repudie la herencia a él deferida!, como ocurre en el caso del art. 1.001 C.c.; en cuyo caso los herederos tampoco serán los acreedores, no obstante aceptar, sino los sustitutos vulgares, los coherederos con derecho de acrecer o los nombrados intestados, según los casos). No le cabe en la cabeza que pueda ser otra persona.

Así, aún en contra del principio de que nadie puede adquirir derechos sin su voluntad, siguiendo criterios romanistas, *el art. 1.005* le IMPONE la aceptación (aunque sea motivada por terceros interesados) y no le hace decaer en sus derechos. Pues lo mismo podría haber dicho que en tales casos «la herencia se entenderá *por renunciada*» (como ocurre en Derecho Catalán, artículo 28, Código de Sucesiones), o que se pierde el derecho de aceptar (como sucede en Derecho Italiano; art. 481, C. Civil). Ya que si impone imperativamente la acepta-

ción, no hay razones para pensar que no podría haber hecho lo contrario (pues la mecánica sucesoria subsiguiente impediría dejar desamparados a los interesados de que habla el art. 1.005).

De manera que, si por vía del art. 1.005, *VIVO* el transmitente (y para proteger a terceros interesados), se entiende aceptada por éste la herencia del primer causante, ¿porqué no se puede aceptar una solución similar, *muerto* ya el transmitente, aunque por vía del art. 1.006 (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. 1.005 «*impone*» la aceptación porque el transmitente, a más de estar vivo, es designado/nombrado, vocado y delado.

El art. 1.006, 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.

Se podrá *RESPONDER* que, precisamente porque el transmitente ha muerto, con ello se extinguió su titularidad, que pasará al transmisario.

Ahora bien, respecto a que *la TITULARIDAD* del «ius delationis» pase al transmisario («los herederos del transmitente *suceden* a éste en la titularidad del mismo “ius delationis”», dice JORDANO FRAGA), en virtud del art. 1.006 C.c., *es cosa igualmente imposible* (por lo ya repetido); máxime si, además, se asegura que subsiste la delación en favor del transmitente (p. 96, entre otras muchas); cosa que, por lo demás, es cierto.

Pero como esta posición de JORDANO coincide sustancialmente con la del profesor ALBALADEJO (opinión que NO compartimos) y es fundamental clarificar la cuestión para explicar el fenómeno, conviene que se comente detenidamente la *posición del delado-transmitente*, intentando dar respuesta a los que siguen tal teoría.

VI.— LA POSICIÓN DE TRANSMITENTE DELADO

Expuesto todo lo anterior, ya se comprende mejor la posición del transmitente en la sucesión «*Iure transmissionis*». Pero como dicha posición está estrechísimamente ligada a la *condición de «DELADO»* conviene ahora que se profundice en este personaje. Ya antes se dieron unas pinceladas para servirnos de hilo conductor hasta la figura del transmitente; a modo de recapitulación, diremos que la cualidad de delado (persona a quien por consecuencia de su nombramiento, llama-

miento o vocación, habiendo sobrevivido al causante y teniendo capacidad sucesoria se le ofrece la herencia para su aceptación) *es personalísima y, por tanto, intransmisible*, como la de heredero; respecto de la cual constituye un *estadio previo*. El delado es el germen, *el embrión* del heredero, el proto-heredero; Y tal es así que, si algún día se acepta la herencia, la adquisición de la cualidad de heredero por tal hecho, sólo forzosa y necesariamente ha de operar en la persona del delado (y, en modo alguno, en cualquier otra persona distinta al mismo).

En este sentido escribe LACRUZ que la vocación (quizás mejor sería hablar de «designación» o «nombramiento») está incorporada a la esfera personal del primer llamado (el transmitente) y no puede desvincularse jamás de ella.

Por eso, NO podemos compartir la opinión de VALDEOLMILOS (Obra citada, p. 485, *in fine*) cuando escribe: «...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 la Ley 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».

En efecto, *es cierto que* la delación u «ofrecimiento de la herencia», *objetivamente considerada*, es irrelevante a quien se haga, al haberse patrimonializado el contenido del «ius delationis», lo que lo hace transmisible *mortis-causa* en la actualidad (a diferencia del Derecho Romano, no obstante conocer éste notables excepciones).

Sin embargo, no se puede desconocer ni olvidar que la delación *TRAE CAUSA* en una previa *designación o nombramiento* (testamentario o intestado), de manera que NO se puede ofrecer a cualquiera una delación desvinculándola de su causa u origen.

Con lo cual, *la delación es ya relevante* en el sentido de no poderse separar de dicha causa; pues lo contrario supondría cambiar alegremente la designación previa, vía transmisión del «ius delationis».

Y todo lo anterior es *un argumento más* que impide considerar que por el art. 1.006 C.c. se entienda transmitida la titularidad misma del «ius delationis». Y, por eso, afirmamos que lo único que permite el citado art. 1.006 es la transmisión del aspecto objetivo que presupone la delación, pero nunca su titularidad, y ello, con carácter meramente instrumental.

De manera que no se diga que la cualidad de delado no está vinculada a la cualidad de heredero, toda vez que, como dijimos, constituye un estado previo o «embrión».

Así mismo, cabe argumentar, en contra de lo dicho por VALDEOLMILLOS, lo siguiente:

— Que *la cualidad de heredero sí se pierde* y se puede dejar de serlo en los supuestos de institución bajo *CONDICIÓN O TÉRMINO RESOLUTORIOS*, si éstos se cumplen efectivamente; salvo en Derecho Catalán que sigue el principio romano «*semel heres semper heres*» (por eso no admite la institución de heredero bajo condición o término resolutorios). Y también se extingue por *su fallecimiento* (naturalmente), habida cuenta el carácter personalísimo e intransmisible de tal cualidad. Pues una cosa es su intransmisibilidad (que no lo es) y otra su extinción (que sí se extingue).

— Por otra parte, y respecto del *DELADO*, escribe Valdeolmillos que la cualidad de llamado o delado se extingue con la *repudiación* (del «*ius delationis*»). ¡¡Faltaría más!!; ¡¡cómo no se va a extinguir!! Toda vez que el «*ius delationis*» es un derecho o facultad que se extingue con su ejercicio (su ejercicio lo extingue).

Añadiendo, que tal cualidad de delado también se extingue por *su fallecimiento*. Pues bien, aparte de no ser esto siempre cierto (pues, como ahora explicaremos, el art. 1.006 C.c. permite precisamente esa *no extinción* en fase de «pendente conditione», —*conditio iuris*—, causando temporalmente excepción al principio sucesorio que postula, por regla general, lo contrario), de ser así, no resultaría extraño, ni ninguna novedad añadiría; pues como es predicable respecto a las cualidades jurídicas o titularidades sucesorias, al ser personalísimas e intransmisibles y lo mismo que la cualidad de heredero se extingue con su fallecimiento, la cualidad de delado se extinguiría (con excepción, repetimos del art. 1.006 C.c.), sin más y mecánicamente, por su muerte. De manera que no habría aquí ninguna diferencia.

— Respecto a que, al fallecimiento del transmitente-delado, «brote la nueva delación del transmisario», pensamos que no es posible ese nuevo «brote» sino merced a dos vocaciones distintas, como veremos a continuación.

Y mucho menos pensamos que ese «brote» se deba a una reproducción de la delación hecha por ministerio de la Ley (*ex lege*) en favor del heredero del transmitente, una vez fallecido éste, como sostiene Valdeolmillos (p. 470, siguiendo a NICOLO y p. 480-primer párrafo); ¡¡*pues de ser así nada se transmitiría!!!* (para más argumentos, además de los nuestros y en contra de la teoría de NICOLO, véase Albaladejo, obra citada, pp. 944 y 945).

También a este respecto escribe BARBERO (Al que cita Albaladejo en su Sucesión «*Iure Transmissionis*», p. 945; nota (77)): «*Este derecho (a aceptar la herencia deferida a otro) no significa transmisión de la vocación a suceder al primer “de cuius”*. Es, por el contrario,

efecto de la propia vocación de suceder al segundo. Puesto que “suceder” significa subentrar en la posición jurídica del difunto, este subentrar comprende, también, el derecho a aceptar la herencia, derecho contenido en aquella posición. Y, así, forma parte del contenido de la propia vocación, pero no es transmisión de la vocación del “de cuius”... Esto no es bizantino, pues *si hubiese transmisión de la vocación del “de cuius”, habría, en sustancia, DOS VOCACIONES DISTINTAS* y, por tanto, la posibilidad de aceptar independientemente la una de la otra... Nosotros (dice Albaladejo) creemos acertada la tesis de Barbero—intransmisibilidad de la vocación— pero no sus argumentos. *La vocación es intransmisible* y no lo es el “ius delationis” por una razón lógica. Este “ius de lationis” consiste en el poder de adquirir la herencia, y este poder puede la Ley atribuirlo o permitir que se transmita a determinadas personas, por razones determinadas (Así, lo atribuye al llamado “porque” se le llama, o permite que se transmita a sus herederos “porque” aquél muere sin haberlo ejercitado). Pero *lo que la Ley no puede hacer* (continúa Albaladejo) *es que el llamado sea otro distinto del que lo fue, es decir, que el llamamiento se dirija a quien no se dirigía.* O, si se quiere, lo que la Ley puede hacer es que los “efectos” del llamamiento se produzcan en cabeza de otro, y que éste reciba el derecho a aceptar la herencia (transmisión del “ius delationis”), pero lo que no puede lógicamente hacer es que resulte llamado aquél a quien no se llamó (que es lo que sería la transmisión de la vocación).

BARBERO piensa que si la vocación fuera transmisible, el llamado a la herencia del segundo causante (transmitente de la vocación) se encontraría con dos vocaciones distintas e independientes a su favor, y que, por tanto, podría repudiar la herencia del transmitente y aceptar la del primer causante cuya vocación le transmitió aquél. Cosa que, ciertamente, es inadmisibile. Pero Barbero (sigue Albaladejo) no se percata de que esta reducción al absurdo no es argumento en pro de la intransmisibilidad de la vocación, y no lo es por la siguiente razón: Aunque la vocación no fuere, de por sí, intransmisible, no por ello podría el “llamado a la herencia del llamado” (el transmisario) repudiar la herencia y aceptar la del primer causante. Y ello por la poderosa razón de que en todo caso la vocación del primer causante se transmitiría a los herederos del llamado, y el que repudia la herencia de éste no se convierte en su heredero. Luego no puede recibir la vocación del primer causante y, por tanto, no puede aceptar su herencia.

Así que, en conclusión, el argumento de Barbero no prueba la intransmisibilidad de la vocación que, por otro lado, es ciertamente intransmisible, por la razón que antes apuntamos» (fin de la cita).

Pero *¿qué es lo que sostiene ALBALADEJO*, además de lo dicho anteriormente? Tras advertir que la sustancia de lo que dice es referible a delación y a vocación, se entienda o no que sean lo mismo (p. 945, nota 77), escribe: «Nosotros pensamos (Dice Albaladejo, p. 945 de la obra citada) 1.º.— No hay un solo llamamiento (que sería el virtual en

favor de los herederos del llamado en primer término, convertido en actual por la muerte de éste) y un solo “ius delationis” que no se transmite, sino que *originariamente adquieren los herederos del llamado*. Y 2.º.— Al morir el llamado no se extingue su llamamiento y se produce una segunda delación de la herencia del primer causante, a favor de los herederos del llamado por la primera. Subsiste esta delación; es decir, subsiste el “ius delationis” que nació del primer llamamiento. Pero con la muerte de su titular, tal “Ius” se transmite a sus sucesores. Por lo cual *CAMBIA EL SUJETO QUE PUEDE ADQUIRIR LA HERENCIA una sola vez deferida. Pero el derecho, en base al que la adquirirá, sigue siendo el mismo que tenía su transmitente*» (la bastardilla es nuestra).

Para ALBALADEJO, si el transmisario acepta la herencia del primer causante, será heredero de éste; «el adquirente o transmisario es sucesor del transmitente en el “ius delationis” y sucesor del primer causante en la herencia de éste» (p. 953). (Por cierto, también BARBERO opina que el transmisario adquiere la herencia del primer causante directamente; misma p., nota 94).

NUESTRA OPINIÓN sobre este particular, y de acuerdo con cuanto llevamos expuesto y sin perjuicio de lo que decimos a continuación, es la siguiente:

1.º.— Estamos de acuerdo con el autor italiano Barbero y el profesor Albaladejo, en cuanto sostienen que *la vocación es INTRANSMISIBLE*, y aceptamos los argumentos que propone este último para demostrar este particular (salvo lo que decimos a continuación).

2.º.— *No estamos, sin embargo, de acuerdo con el profesor Albaladejo ni con los que comparten su teoría, respecto a que el transmisario adquiere recta vía la herencia del primer causante, sino que lo hace TRASLATIVAMENTE* (o, como dice el profesor LACRUZ: a través de la herencia del segundo causante —el transmitente— produciendo sus efectos en la herencia de éste, como parte de la herencia de éste); *ni mucho menos creemos, como asegura Albaladejo, que con la transmisión del «ius delationis» al transmisario: «cambia el sujeto que puede adquirir la herencia, una sola vez deferida».*

Precisamente, todos los argumentos que propone este autor para justificar la intransmisibilidad de la vocación, nos conducen a la conclusión contraria. *El sujeto que puede llegar a ser heredero y es siempre el mismo* (no cambia): *el delado-transmitente*, (¡¡aunque la aceptación o repudiación pueda hacerla persona distinta!! como después explicaremos). Pues, si es intransmisibile la vocación, de la misma manera, y aún por razones más poderosas, lo es la *TITULARIDAD* de la *delación*; ya que, como antes se explicó, la delación trae causa de una previa designación testamentaria o nombramiento legal abintestato que marca con precisión la trayectoria a seguir una vez que se produzca la operatividad de tales designaciones al producirse la vocación.

Y, al igual que la vocación, las titularidades sucesorias son intransmisibles.

3.º).— Finalmente creemos que, de seguir *la tesis* de Albaladejo, nos encontraríamos básicamente, *por vía de consecuencia*, con los mismos efectos que produce una *DOBLE VOCACIÓN*. Lo cual es *inadmisible*. Pues ¿cómo va a cambiar el sujeto que puede adquirir una herencia si no es en virtud de dos auténticas y verdaderas vocaciones o delaciones actuales y concretas?; ¿no quedamos en que el «muro jurídico» que supone la delación exclusiva y excluyente, actual, originaria y concreta en favor del transmitente impide esa posibilidad, en buena técnica jurídica, toda vez que *las titularidades sucesorias son personalísimas e intransmisibles*?

Y es que, en efecto, *nosotros* pensamos que las cosas ocurren de otra manera. Veámos.

Teniendo en cuenta lo dicho recientemente en cuanto a la «conditio iuris» y la configuración interna que del «ius delationis» contempla el art. 1.006 C.c., tenemos que, *PENDENTE CONDITIONE, con carácter provisional y temporal*, y en mor al citado precepto, dicha *cualidad de delado NO se extingue por su muerte*; si se extinguiese tal titularidad, la cualidad de heredero recaería en persona no delada y el transmisario, al ejercitar el «Ius delationis» (aceptando o renunciando) estaría haciendo uso de un derecho sin titular, toda vez que el transmitente, al haber fallecido, habría perdido dicha titularidad, que quedaría extinguida.

Pero el transmisario tampoco la ostentaría, por no poder transmitírsela el transmitente (habida cuenta el carácter personalísimo e intransmisible, que se extinguiría con su muerte) ni haber sido llamado a heredar (al no ser delado), ya que no ha sido nombrado por el causante en su testamento o declarado como tal por el juez (en base al llamamiento legal, cuando tenga lugar la apertura de la sucesión intestada); es decir, no tiene un poder jurídico actual y concreto a hacer propia la herencia.

Y por otro lado, la Ley No puede llamar para ser heredero a otra persona que no ostente la cualidad de delado; es decir, no cabe que la Ley pueda atribuir (originaria o derivativamente), «ex lege» la titularidad del «ius delationis» a otra persona distinta a quien debe ir dirigido según los principios sucesorios.

Por eso, *temporal y provisionalmente*, hasta que se actúe el «ius delationis» (cuyo contenido y ejercicio se transmite en virtud del art. 1.006 C.c.) la titularidad permanece incólume en la persona de su titular: el transmitente fallecido sin aceptar ni repudiar. Causando «temporalmente» *SUSPENSIÓN* del principio sucesorio que establece e impone la extinción de las titularidades por fallecimiento de quienes las ostentan.

Ahora bien, esta *APARENTE QUIEBRA* del sistema *se restablece* de nuevo en fase de *EXISTENTE O DEFICIENTE CONDICIONE*: o

sea, una vez que se acepte o se repudie la herencia. Ya que *merced a la eficacia retroactiva del cumplimiento/incumplimiento de la condición* («conditio iuris»), se ha de presumir que la aceptación o la renuncia tuvieron lugar en vida del transmitente. Por lo que, definitivamente, en tal momento se ha de considerar si adquirió, y por tanto transmitió, o no lo hizo. Y, en cualquier caso, se ha de considerar que, de haber aceptado y consolidado su cualidad de heredero, ésta se extinguió al fallecimiento del mismo.

Luego tal quiebra *aparente* (sólo eso y no real) de los principios que inspiran el derecho sucesorio (extinción de la cualidad de heredero o delado por el fallecimiento) es además *temporal y provisional*; motivado por unas razones instrumentales a fin de dar salida y solución al supuesto del heredero que, sobreviviendo a su causante, fallece sin aceptar. Solución y salida que pretende el art. 1.006 del C.c., al margen del normal discurrir de las cosas (de lo que sin el citado artículo ocurriría: acrecimiento, o apertura de la sucesión intestada del primer causante).

Pero como tampoco se quiere entorpecer y quebrar definitivamente tales principios sucesorios, en realidad se puede hablar de *suspensión temporal* de los efectos de los mismos en fase de «pendente conditione». Restablecida nueva y definitivamente la plena vigencia del principio (extinción de la cualidad por fallecimiento de su titular) merced a la tan reiterada eficacia retroactiva que del cumplimiento o incumplimiento de la condición se derivan: a saber, una vez recaída la aceptación o renuncia a la herencia del primer causante.

Entonces *el sistema queda restablecido definitivamente*, (si es que alguna vez resultara roto) incólume, sin fisuras ni quiebra alguna.

EN RESUMEN: A nuestro juicio, el fundamento de la construcción del profesor ALBALADEJO consiste en creer que la titularidad del transmitente respecto del «Ius Delationis» se extingue por su muerte y pasa entonces derivativamente al transmisario. Por eso sostiene que, aunque la vocación (y, por consiguiente, la delación) es intransmisible, al fallecer el transmitente, el «Ius Delationis» del que aquél era titular pasa o se transmite a un nuevo titular: el transmisario, el cual adquiere recta vía, y por esta causa, la herencia del primer causante.

PERO ya hemos explicado cómo solamente «existente o deficiente conditione» se extingue tal titularidad del transmitente; aunque entonces será, bien porque adquiera la herencia del primer causante, convirtiéndose en su heredero, bien porque renuncie a su herencia (entrando, entonces, en juego el derecho de acrecer u otras delaciones posteriores en preferencia); todo lo cual provocará el transmisario actuando el contenido del «Ius Delationis» (aceptar o repudiar) y merced al efecto retroactivo combinado de la «CONDITIO IURIS» CUMPLIDA, y del art. 989 C.c. (como luego veremos).

Pues, precisamente, lo que faculta el art. 1.006 del C.c. es que se transmita el contenido del «Ius Delationis», pero no su titularidad

(que es personalísima e intransmisible), posibilitando que, mientras el transmisario no actúe tal contenido, esto es, PENDENTE CONDITIO-NE, la titularidad del delado quede provisionalmente en estado de pendencia y localizada en la persona del transmitente.

Ya Messineo (al que cita Albaladejo en su trabajo) se percató en el año 1950 de que «La transmisión tiene por contenido No la cualidad de heredero —por sí intransmisible— sino más bien el contenido económico de esa cualidad».

VII.— EN VIRTUD DE LA RETROACCIÓN DE EFECTOS EL TRANSMITENTE ES HEREDERO DEL PRIMER CAUSANTE, Y NO LO ES EL TRANSMISARIO

Ya se acaba de explicar cuánto puede transmitir el «delado»-transmitente y bajo qué presupuestos lo puede hacer.

Pues bien, la consecuencia lógica en dónde desembocan tales consideraciones es que el transmitente es el verdadero heredero del primer causante y nunca lo puede ser el transmisario.

La posición contraria la sostiene ALBALADEJO que propone como *argumento definitivo de su teoría* el efecto retroactivo de la aceptación o repudiación de la herencia, pues dice: «Si la herencia del primer causante se recibiese así mismo del transmitente (es decir, se “sucede” en ella al transmitente; éste es el “causante”, éste es la persona a quien se “hereda”), habría que afirmar lo siguiente: los efectos de la aceptación de tal herencia sólo se retrotraen hasta la muerte del transmitente. Lo cual es inadmisibile, y retrotraídos hasta el momento de la muerte del primer causante prueban que éste es el *causante o persona a quien directamente heredan* los ya herederos del transmitente». (obra citada, en p. 954) y añade en su nota (97): «Si a él se sucedió, él es el causante o *persona a quien se hereda*, a cuya muerte manda el artículo 989 del Código Español que se retrotraigan los efectos de la aceptación» ... y este argumento se considera por muchos como insalvable para quienes, siguiendo la teoría contraria de LACRUZ, opinan que es el transmitente y no el transmisario el que hereda al primer causante.

NOSOTROS estamos de acuerdo con Lacruz, y se pretende, a continuación dar cumplida y razonada explicación al fenómeno, que destruya ese presunto argumento insalvable. Pues bien, ya dejamos dicho que sólo se podrá llegar a ser heredero y adquirir la herencia de que se trata, aquella persona que, estando llamada para suceder, por haber sido nombrado o designado como tal sucesor por el causante o por la Ley, sobreviva al causante y, teniendo capacidad para sucederle (a la capacidad nos referiremos en epígrafe aparte) se le ofrezca la herencia (con llamamiento actual y excluyente) para poder aceptarla y la acepte. Con lo que termina el proceso de adquisición hereditaria.

Por consiguiente, no podrá, en modo alguno, llegar a ser heredero ni adquirir la herencia, ninguna otra persona que no reúna, cumulativamente, tales requisitos.

Y, evidentemente, el transmisario no es sucesor del primer causante: ni ha sido designado por el causante en la sucesión testada ni está nombrado por la Ley en base al llamamiento que ésta hace en la sucesión intestada ni, en resumen, es sucesor «delado». Sucesor delado lo es el transmitente o segundo causante. Ni del propio art. 1.006 se puede deducir lo contrario de lo que aquí se afirma, como vimos en el anterior epígrafe.

Es decir, no todos aquellos que tengan un llamamiento llegarán a ser herederos:

A) *En la sucesión testada*, solamente los llamados y previamente designados por el testador que le hayan sobrevivido y tengan capacidad para suceder, se les ofrezca la herencia para su aceptación, y la acepten.

B) *En la sucesión intestada*, únicamente los que hayan sido declarados como tales sucesores en base al llamamiento efectuado por la Ley, incluidos dentro de la línea preferente y/o de grado más próximo (que excluye a los más remotos) y acepten, tras haber sobrevivido al causante y teniendo capacidad para sucederle.

«ERGO» ¿Cómo van a llegar a suceder y a título de herederos del primer causante los sucesores del transmitente (o sea, los transmisarios) si no fueran precisamente designados o nombrados (por el testador) ni llamados (por la Ley) ni delados para sucederle a título universal?

Supongamos que el transmitente reúne todos los requisitos legales (antes expuestos) para suceder y ser considerado sucesor del primer causante, y que el transmisario, a su vez, los propios para suceder, no sólo al transmitente, sino al primer causante; es más, consideremos que el transmisario ya ha aceptado la herencia de su causante y transmitente y, además, la del primer causante, haciendo uso del «*Ius delationis*» que se le transmite y adquiere; por lo que respecta a la herencia del primer causante, nos encontramos con lo siguiente:

1.º Que el *transmisario* acepta la herencia del primer causante, si bien no fue nombrado ni delado por el causante en su testamento, ni declarado heredero abintestato, con carácter excluyente, en base al llamamiento legal.

2.º Que el *transmitente*, habiendo sido delado (testamentariamente o *ab intestato*), ha fallecido sin aceptar, al sorprenderle la muerte antes, no obstante haber sobrevivido a su causante (primer causante) y con capacidad para sucederle.

Pues bien, como quiera que sólo pueden ser herederos y adquirir la condición de tales los que siendo llamados reúnen todos los requisitos requeridos por la Ley para ello, resultaría 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).

En efecto, cuando acepta el transmisario la herencia del transmitente, se convierte en su heredero y, como tal heredero, ya puede aceptar (o repudiar) la herencia deferida a su transmitente (la del primer causante). Pero no por ello se convierte en heredero de este primer causante. (Ni testamentaria ni abintestato).

El transmisario, con esta segunda aceptación, hace suya la herencia (entendida como «universitas iuris hereditatis») ofrecida a su causante y transmitente, cuya adquisición este último no pudo consolidar, por haberle sorprendido la muerte sin haber aceptado. Pero no adquiere tal herencia por ser heredero del primer causante, sino POR ACEPTARLA, al hacer uso del «ius delationis» que formaba parte de la herencia de su transmitente, previamente aceptada (en cuyo «contenido» se subroga adquisitivamente); como otro derecho patrimonial más integrado en su patrimonio.

En RESUMEN: ¿Qué carácter tiene la aceptación por el transmisario?

En realidad, con la aceptación por parte del transmisario, se *CONSUMA EL PROCESO ADQUISITIVO DE LA HERENCIA DEL PRIMER CAUSANTE Y CONVIERTE EN HEREDERO DEL MISMO AL SEGUNDO CAUSANTE O TRANSMITENTE*; de modo que tal aceptación de la herencia deferida a su transmitente *OPERA A MODO DE CONDITIO IURIS SUSPENSIVA*; para que esto se produzca, para que el transmitente adquiriera la cualidad de heredero del primer causante; no se comprendería la transmisión y adquisición del «Ius delationis» si el transmitente no llega a adquirir la cualidad de heredero del primer causante.

La transmisión al transmisario del «Ius delationis» se efectúa bajo la «conditio iuris» suspensiva de que el transmitente llegue a ser heredero, la cualidad que aún no ostenta cuando transmite, y todo ello se explica porque *nadie puede dar ni transmitir más de lo que tiene*; y, si aún así se pretendiera transmitirlo, sólo se podría hacer bajo la condición de que llegue a adquirir y a tener.

Por ello se explica que, por el *juego de los efectos retroactivos* de la condición cumplida, o sea, *la aceptación* en este caso por el transmisario de la herencia del primer causante, el transmitente adquiere la condición de heredero de aquél; retro trayéndose tales efectos, a su vez, a la fecha del fallecimiento de tal primer causante (art. 989 C.c.). y, al contrario, *renunciando* el transmisario, nada adquiere el transmitente del primer causante, ni tan siquiera la cualidad de heredero; desmoronándose pues, toda posibilidad de adquirir tal condición a quien tan sólo le faltaba que el transmisario sobreviviente, siendo capaz de heredar, aceptara.

EN FIN, y esta es *LA CLAVE* de la *RETROACCIÓN DE EFECTOS*, tal retroacción de efectos a la fecha del fallecimiento del primer causante, y que convierte al segundo o transmitente en heredero del primero, se explica merced al *JUEGO COMBINADO* de dos circunstancias que tienen lugar en el tiempo *SIMULTANEÁMENTE Y A LA VEZ Y DE MANERA AUTOMÁTICA*, Si bien, *con independencia* la una de la otra, al operar en *dos ámbitos distintos*, a saber:

A) *Por un lado*, los efectos de la «*CONDITIO IURIS*», cumplida que sea (el «*ius delationis*» se transmite bajo la «*conditio iuris*» de que al transmitente adquiera la cualidad de heredero, circunstancia que tiene lugar cuando el transmisario acepta la herencia del primer causante al actuar el «*ius delationis*»), se retrotraen al último instante de la vida del transmitente, considerando que éste adquirió la cualidad de heredero (del primer causante) en tan postrero momento: en el último instante de su vida terrenal.

Pues «*pendente conditione*» (hasta que no se acepte) la titularidad, personalísima e intransmisible de delado (como se razonó en el epígrafe anterior), permaneció intacta y localizada en la persona del transmitente. De ahí que la eficacia de los efectos retroactivos de la «*conditio iuris*» cumplida *NECESARIAMENTE* se han de producir en la persona del transmitente (titular, repetimos, del «*Ius delationis*»).

B) Pero, por otro lado, y a su vez, merced a los efectos retroactivos de la aceptación de la herencia por el transmitente, actuada (en la forma que se acaba de explicar) por el transmisario y de *CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 989 C.C.*, tales efectos de la aceptación se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona a quien se hereda. O sea, aceptada la herencia del primer causante «*ficticia y legalmente*» en el último instante de la vida del transmitente, sus efectos se retrotraen a su vez a la fecha del fallecimiento del primer causante.

En consecuencia, nosotros tampoco compartimos la teoría de *ALBALADEJO* en este punto, porque se basa en una premisa que creemos equivocada. Pues después de escribir: «...con la muerte de su titular, tal *ius* se transmite a sus sucesores. Por lo cual *CAMBIA EL SUJETO* que puede adquirir la herencia» (obra citada, p. 945); más adelante insiste: «Tal título (el de heredero) no se confiere al llamado que muere sin aceptar, sino al que le sucede en el “*ius delationis*” (y ejercitándolo adquiere la herencia...) cuando éste se transmite»; apostillando después: «Heredero es el que sucede a título universal, aunque el derecho a tal sucesión no lo tenga por ser llamado a ella, sino por haberlo adquirido del llamado» (p. 955).

Y *ya explicamos* que, en realidad, el art. 1.006 tiene un carácter instrumental y contempla el supuesto de una transmisión que se efectúa bajo la «*conditio iuris*» de que el transmitente llegue a ser heredero; y también se razonó cómo dicho transmitente, «*pendente conditione*» conserva, encarnado en su persona, la *TITULARIDAD* del «*Ius delationis*». A todo lo cual nos remitimos para evitar reiteraciones innecesarias.

VIII.— LA CUESTIÓN DE LA CAPACIDAD DEL TRANSMISARIO

El profesor ALBALADEJO al afirmar que es el primer causante la persona a quien directamente heredan los transmisarios (de acuerdo con su criterio sobre la RETROACCIÓN de efectos que produce la aceptación, y antes reseñado), de conformidad con ese criterio, sostiene el mismo autor la que califica de «*TEORÍA DE LA DOBLE CAPACIDAD*», pues el heredero del llamado (el transmisario) necesita tener capacidad en relación con éste (el transmitente), para adquirir la herencia de que forma parte el «*ius delationis*»; pero necesita asimismo tener capacidad de relación con el primer causante porque, en definitiva, al optar por aceptar, en convierte en su heredero (obra citada, pp. 956 a 959).

Por contra, los autores que opinan que él transmisario, cuando ejerce el «*ius delationis*», hereda al transmitente («el transmisario actúa siempre como sucesor universal del transmitente, y nunca como verdadero y directo heredero del primer causante»; LACRUZ, en *Elementos*; Derecho de Sucesiones; p. 56); tales autores, decimos, suelen considerar bastante la capacidad en el transmisario en relación con el transmitente (así también ROCA-SASTRE). Si bien es de notar que no todos los autores que siguen esta última teoría piensan de esta manera. Así, PUIG BRUTAU («Compendio de Derecho Civil», IV; año 1990 pp. 258 y 259) sobre la base de entender que el transmisario, si acepta la herencia del primer causante, en realidad sucede en bienes del mismo. Aunque también cabe señalar lo contrario: que no faltan autores que, siguiendo la teoría de Albaladejo, opinan que es menester solamente la capacidad para suceder al transmitente (Así JORDANO FRAGA, Obra citada, pp. 323 y ss.; en especial las pp. 327 y 328).

El profesor Albaladejo rechaza esta última teoría, no solo por los efectos retroactivos que él atribuye a la aceptación del transmisario, sino porque: «rechazando nuestro punto de vista sobre la capacidad sucesoria en el adquirente del “*Ius delationis*” / el “*transmisario*”, podría éste suceder —a través del transmitente— a alguien respecto del que fuera indigno» (obra citada, p. 959).

Por nuestra parte *NOSOTROS* opinamos lo siguiente:

1.º.— Que la teoría de Albaladejo de la «doble capacidad» produce *consecuencias injustas* en algunos casos. El mismo autor se percató de ello y propone el siguiente ejemplo:

«A instituye heredero a B; B ignora que posteriormente A ha muerto y, por tanto, ni acepta ni repudia su herencia. Muere después B dejando herederos a C y a D; C, nacido antes de la muerte de A; D, ni siquiera concebido en tal fecha.

Aplicando nuestra teoría —la de Albaladejo—, D no puede heredar a A, ni por tanto, suceder a B en el “*Ius delationis*” a la herencia de A».

2.º.— Que respecto a las *incapacidades absolutas*, éstas no son sino supuestos de inexistencia de persona y, por tanto, *no afectan al*

transmisario, toda vez que éste hereda al transmitente y no al primer causante, según llevamos expuesto a lo largo de nuestro trabajo.

3.º.— Que no obstante la teoría de Albaladejo (aún de admitirla) se produciría *«de facto» el mismo efecto* de que un indigno o incapaz (con capacidad relativa) sucediese al primer causante; bastaría con que el transmitente aceptase la herencia del primer causante y después instituyera heredero al que hubiese sido indigno o incapaz, respecto del primer causante, de no haber aceptado dicho transmitente su herencia.

4.º.— Que, no obstante lo anterior, *al transmisario SI LE AFECTAN* las causas de incapacidad relativas y las de indignidad respecto del primer causante (aunque no las causas de incapacidad absolutas); pero, en estos casos, no por lo que dice Albaladejo sino por lo que a continuación se razona.

En efecto, y desarrollando nuestra opinión, tenemos que:

El transmisario ha de tener capacidad de suceder, tanto al transmitente como al primer causante (excepto la capacidad absoluta que no le afecta).

PERO ¿Por qué el transmisario ha de tener la capacidad para suceder al primer causante si NO es su heredero?

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».

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, aún 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*.

Pero, *a más de lo dicho*, hay que aclarar que al ejercitar o actuar el «Ius delationis» el transmisario (aceptando o repudiando), lo hace ¡¡*EN NOMBRE PROPIO!!* y no en el de su causante o transmitente; toda vez que éste no podía hacerlo.

Y lo hace en nombre propio por cuanto ejercita el derecho («Ius delationis») que por *imperativo legal* recibe del transmitente.

Y aún hay más; pues no se puede considerar que lo hace en nombre del transmitente: porque ni tiene poder de éste (y de tenerlo se extinguiría con la muerte del poderdante, y nada se podría ejercitar), ni tampoco podría ejercitarlo en nombre del transmitente porque, a diferencia de la titularidad, el ejercicio o actuación del «ius delationis» ya no lo ostenta aquél, sino el transmisario (que lo recibe, como dijimos, por imperativo legal al fallecimiento del mismo, art. 1.006), al haber fallecido el transmitente, no obstante haber sobrevivido con capacidad al primer causante, sin aceptar o repudiar la herencia. Es decir, el transmisario ejercita el contenido (que por imperativo legal se le transmite) de una delación cuya titularidad corresponde a otro.

En resumen, al ejercitar el transmisario el «ius delationis», emitiendo una declaración de voluntad en uno u en otro sentido, ha de tener capacidad para suceder al primer causante, en cuanto requisito para la actuación de tal derecho, que aquel ejercicio supone, ¿cómo se podría ejercitar sino?

Ahora bien, ¿*Qué clase de CAPACIDAD* ha de tener el transmisario?

A) No le afectan las absolutas (supuestos de inexistencia) del art. 745 C.c., bastando que los transmisarios existan y sobrevivan al fallecimiento del transmitente, aunque no existan al fallecimiento del primer causante. Son, pues, transmisarios capaces (por razón de su existencia) respecto del primer causante: los herederos del transmitente que, al fallecimiento de éste, existan ya y vivan, o estén concebidos aunque no hayan nacido (*nasciturus*); no lo serán los no concebidos aún.

Aparte lo dicho al principio, el hecho de que los transmisarios no sean herederos del primer causante y de que el propio art. 1.006 C.c. diga que «pasa a los suyos», o sea, a los herederos del transmitente, confirma lo expuesto anteriormente.

B) Sin embargo, los *INDIGNOS* y los incursos en *causa de INCAPACIDAD RELATIVA* para suceder respecto al primer causante, *NO* tendrán capacidad para ser transmisarios, aun cuando con su aceptación no adquieran la condición de heredero respecto del primer causante.

Tales causas de incapacidad afectan a los transmisarios por las siguientes *RAZONES*:

a) El artículo 1.006 no autoriza a pensar lo contrario.

b) En tanto que las incapacidades relativas tiene un matiz de *prohibiciones especiales* establecidas «ex lege» para todo caso y circunstancia en defensa de la libertad de testar; y las causas de *indignidad sucesorias* tienen un carácter de *pena o sanción civil*, por existir una especie de incompatibilidad moral del sucesor; todo ello, decimos, impone que *razones morales y de equidad* justifiquen la incapacidad, en estos casos, para ser transmisarios.

c) En tanto que la *aceptación o renuncia* supone una *manifestación volitiva de tal magnitud* que, emitida en uno u otro sentido, convierte o no en heredero del primer causante al transmitente, concluyendo el proceso de adquisición de la herencia de aquél (como ya se dijo).

d) La misma capacidad (excepto la de existencia) que se le exige por la Ley al transmitente se le ha de exigir al transmisario, toda vez que éste recibe por el derecho de transmisión el mismo derecho (su contenido): El «*ius delationis*».

De manera que, si respecto del transmitente el *art. 766 C.c.* dice que: «El heredero ... incapaz de heredar ... no transmite ningún derecho a sus herederos ... » (y agregamos: porque nada adquiere), la misma razón cabe invocar para justificar la necesidad de tal exigencia en la persona del transmisario. Y ello porque *el transmisario ejercita el «Ius delationis» relativo a la herencia del primer causante*, respecto de la cual, si bien el transmisario no adquiere la cualidad de heredero, si consolida o no la adquisición de tal cualidad y de la herencia misma en el transmitente o segundo causante. Recibiendo el transmisario la herencia del primer causante a través de la herencia de su transmitente y causante, respecto del que sí es heredero. Es decir, que ¡¡*APROVECHA y BENEFICIA!!* al transmisario el ejercicio positivo que del «*ius delationis*» verifica.

IX.— DE SER EL TRANSMISARIO HEREDERO DEL PRIMER CAUSANTE SE VULNERA EL ART. 670 C.C. EN UNOS CASOS Y SE PRODUCEN CONSECUENCIAS ABSURDAS Y ANTIJURÍDICAS EN OTROS

Si todas las anteriores razones no fueran ya de por sí suficientes para demostrar que el transmisario nunca puede ser heredero directo del primer causante, aún queda otra de no menor peso y que encuentra apoyo en un precepto concreto del Código Civil: *Su art. 670*.

El profesor Albaladejo (obra citada, p. 955, nota (99)) escribe sobre este particular: «...que el heredero del primer causante pueda, en definitiva, fijarse a través de la voluntad del transmitente, no choca con el ... art. 670 del Código Civil español, porque no se trata de que el transmitente sea un tercero que nombre heredero a otra persona, sino el que, en la sucesión “*iure transmissionis*” se encuentra una aplicación de la sucesión en los derechos, a tenor de la cual, *heredero puede serlo el llamado o el que sucede a éste en el derecho a serlo*».

1).— Pues bien, aparte de que *JAMÁS el transmisario puede su-ceder al transmitente en su derecho a ser heredero* (como se viene repitiendo constantemente, sobre todo cuando antes hablamos de la cualidad del «delado»... etc.), no creemos segura tal opinión del profesor Albaladejo.

2).— En efecto, de seguir la teoría de Albaladejo (aparte de lo que se acaba de decir), se estaría entrando de lleno en un *FRAUDE DE LEY* (art. 6, 4 del C. civil).

Nos explicamos.

A) *EN LA SUCESIÓN TESTADA*.—

Si se considera que el transmisario, haciendo uso y en el ejercicio del «Ius delationis» (que recibe formando parte de la herencia de su transmitente) al aceptar, hereda al primer causante y no a su transmitente y causante, ocurrirá que *por VÍA DE CONSECUENCIA* se estará permitiendo y posibilitando lo que el art. 670 del C.c. prohíbe: *EL TESTAMENTO POR COMISARIO*. Téngase presente, como comenta OSORIO SERRANO (*Comentarios...* Edersa, Tomo IX, Vol. 1-A, p. 138) que el art. 670 C.c. impide, no solo que se encomiende a otro la realización total o parcial del testamento (requisito del «personalísimo»), sino que, además, se prohíbe que otra persona distinta del testador complete, perfeccione o *COLABORE* en el testamento otorgado en su día por el propio causante, *decidiendo acerca de las designaciones que aquél ya había efectuado en su testamento* (carácter de «unipersonalismo»).

En efecto, puede ocurrir que el transmitente, al fallecer el primer causante, no hubiese otorgado testamento, incluso que, habiéndolo otorgado antes de tal fallecimiento, lo revoque después del mismo y otorgue uno nuevo, volviendo al poco tiempo a revocarlo de nuevo y otorgar otro; y así sucesivamente.

Podría ocurrir, así mismo, que durante todo este tiempo, no acepte la herencia del primer causante, ni expresa tácitamente (y/o supongamos, simplemente, que no tiene el transmitente conocimiento de tal fallecimiento).

Pues bien, *los posibles eventuales transmisarios* y herederos del primer causante (de así considerarlos siguiendo la teoría de Albaladejo), estarían *cambiando de día en día, según los avatares y el estado de ánimo del transmitente* (heredero nombrado por el primer causante). Hasta que, al fin, un buen día fallece el transmitente; y los herederos por él nombrados el día anterior aceptan su herencia y la del primer causante.

¿Con arreglo a qué *critério RACIONAL* se les puede considerar a estos transmisarios (y herederos del transmitente) herederos del primer causante?... toda vez que éste, no sólo no los nombró, sino que, y será lo normal, ni siquiera pudo adivinarlos, o al menos, conocerlos.

Pero hay más,

De considerar a estos transmisarios herederos del primer causante, ¿no se les podía considerar que lo son por el hecho y merced a haber sido instituidos por el transmitente y que llegaron a ser herederos de aquél por *pura casualidad*; como a quien le toca la lotería? (en contra de toda norma sucesoria).

¿No se podría considerar que el testamento en el que el transmitente les instituye como herederos suyos, es un testamento otorgado por quien hace las veces de *COMISARIO* por lo que respecta a la herencia del *primer causante*, *el cual, ni les llamó ni les nombró, ni les designó ni fueron instituidos por él?*; ¿Cómo llamarlo si no?

En tales casos resulta claro y evidente que los transmisarios serían herederos no designados por el testador y primer causante, ni delados en su herencia; *heredan a aquél por haber sido designados y delados por el transmitente* en su último testamento. O sea, los nombrados por un tercero, *¡¡toda vez que su delación no se extinguió (al menos «pendente conditione»)!!* .

Es decir, aquellos transmisarios que, sobreviviendo a ambos causantes (o sólo al último) acepten ambas herencias, *podrían muy bien ser calificados* como *¡¡herederos del primer causante, nombrados por quien hace las veces de comisario (transmitente) bajo condición («conditio iuris»)* de que aceptan su herencia (la del transmitente en funciones de comisario)!!!.

En resumen, por vía de *CONSECUENCIA*, se producirá el mismo resultado que el *art. 670 del C.c. prohíbe* expresamente (al considerarse el testamento un acto personalísimo de su autor). Si bien, en este caso *agravado* aún más por la circunstancia de que al «comisario» no lo nombra el testador, sino que le *vendría impuesto el cargo por Ley* (con, contra o sin su voluntad); *la misma Ley que lo prohíbe* (al menos en Derecho común).

Se estaría burlando el art. 670, y estaríamos ante algo muy próximo al fraude de Ley.

B) EN LA SUCESIÓN INTESTADA.—

Si bien aquí no se puede dar la figura del Comisario (a no ser que se pensara que la propia Ley hace de Comisario) y de llevar hasta sus últimas consecuencias la teoría del profesor Albaladejo (respecto a que se sucede al primer causante), tales consecuencias, sobre ser *ABSURDAS*, serían, además, *ANTI JURÍDICAS*.

Pues ciertamente, resultaría que, habiendo tenido lugar la apertura de la sucesión «abintestato» del primer causante (en favor de sus parientes), le pueden acabar heredando personas extrañas y distintas de sus parientes:

Es decir, los herederos testamentarios instituidos por el transmitente legal «abintestato» en su testamento; o, lo que es más grave *¡¡los herederos abintestato del transmitente!!* los cuales, habiendo sobrevivido a ambos y con capacidad para suceder a los dos (para ponerlo más fácil) acepten ambas herencias.

De manera que, *habiendo sido llamados por la Ley los herederos «abintestato» del primer causante* para que le sucedan (al corresponderles por estar incluidos dentro de la línea preferente y del grado más próximo) *puede que le acaben heredando herederos voluntarios o*

abintestato de éstos (del transmitente, heredero legal abintestato). Y que no se diga que esto es una consecuencia lógica de la operatividad del Derecho de Transmisión *PUES LA LEY NO PUEDE CONDUCIRNOS A CONSECUENCIAS ABSURDAS Y CONTRADICTORIAS CON LA «MENS LEGISLATORIS»*. En efecto, pensemos *además* que sean dos los transmitentes intestados, y que uno de ellos no pueda otorgar testamento (por razones de hecho o por falta de testamentifacción activa) y el otro sí puede y efectivamente lo otorgue; o, *poniendo más negras las cosas*, que el primero (el que no pudo), fallezca intestado, acreciendo su parte al que sí otorgó testamento.

Se podría producir aquí un *cambio tan brusco y abusivo en la trayectoria natural* de los bienes hereditarios, que *harían palidecer* las razones que esgrimiera ALONSO MARTÍNEZ para impedir estos casos, y que se plasmaría en el actual *artículo 811 del C. Civil*.

C).— Finalmente, y aunque por sabido no sea menos importante, se debe tener bien presente la penosa y *ABSURDA* situación en que se podría encontrar el *CÓNYUGE VIUDO del transmitente* (tanto en la sucesión intestada como en la testada, en donde es práctica habitual dejar al viudo el usufructo universal y vitalicio de la herencia), si es que se sigue la teoría del profesor Albaladejo.

En este sentido, estamos de acuerdo con E. MEZQUITA GARCÍA-GRANERO («Comentarios al Código de Sucesiones» de Cataluña, pp. 102 y 103) quien, incluso, propone en estos casos una solución para el viudo similar a la establecida por el artículo 1.001 del C.c. respecto de los acreedores (y que tendría además apoyo jurisprudencial —Ron. 23 de julio de 1986— si se entiende que el cónyuge viudo, aunque no es técnicamente heredero, sin embargo sí que es LEGITIMARIO en la forma y manera determinada por la Ley); pues escribe:

«En efecto, si tenemos en cuenta que el *usufructo viudal* recae sobre el patrimonio del transmitente y que *la extensión de éste dependerá de que el transmisario acepte o no la herencia del causante*, resulta evidente el perjuicio que para aquélla se derivaría de su eventual repudiación. Ello puede ser especialmente grave en aquellos casos en los que la fortuna propia del transmitente sea muy inferior a la que recibiría del causante si fuese aceptada la herencia de éste. Por lo tanto, entiendo que el límite a la repudiación del transmisario se encuentra, una vez más, en el perjuicio que puede causar a terceros (art. 6.2 C.c.), en este caso al viudo o viuda del causante que, a tal efecto, debería poder disponer de una acción análoga a la prevista en el art. 23 para los acreedores del delado, de forma que sus efectos se circunscribiesen a sus propios intereses, sin afectar por tanto a los que la repudiación determina para aquél».

«Por otra parte, encontramos aquí un nuevo argumento que pone de relieve la doble sucesión que encierra el desarrollo completo del “ius transmissionis”, *pues si entendiésemos que los transmisarios suceden directamente al causante, y no al transmitente, se produciría el absur-*

do resultado de que el viudo o la viuda de éste no tendría derecho al usufructo de los bienes que, en la primera herencia, fueron ofrecidos a su difunto cónyuge ni aun cuando ésta fuese aceptada por los transmisarios».

TODO ESTO POR VÍA DE CONSECUENCIA, en relación, además, con el art. 6, 4 del C. civil (fraude de Ley).

PERO TAMBIÉN POR VÍA DE PRINCIPIOS, las cosas no pueden ser de otra manera.

En efecto, si como venimos repitiendo machaconamente (y a propósito) la delación del transmitente no se extingue con su muerte, sino que en fase de *PENDENTE CONDITIONE* (= «conditio iuris»; mientras no se acepte o renuncie) la titularidad del «delado» sigue localizada en él, resulta evidente que si tal transmitente, mientras aún vivía, instituye herederos testamentarios a los suyos (transmisarios) nos encontramos con que, una vez fallecido dicho transmitente, respecto a la herencia del primer causante (que porta el «ius delationis»), tal transmitente actuó como un verdadero comisario: su delación aún no se ha extinguido en esa fase de pendencia provisional (mientras no se acepte o renuncie por el transmisario); y, no obstante lo cual, ya dispuso el transmitente de su contenido patrimonial, y aún atribuyó titularidades; *titularidades de las que, ni él mismo, se puede desprender.*

Pues como el propio Albaladejo explica (p. 920, obra citada) el «*Ius delationis*» «*Entra en su esfera jurídica (la del delado o potencial transmitente) y deviene titular del mismo por el solo hecho de habersele deferido la herencia*».

Es, prosigue, una adquisición *originaria*, porque el primer causante era titular de las relaciones que componen su herencia (que las adquiere el delado derivativamente), pero no del poder de adquirirlas («*ius delationis*», que adquiere el delado originariamente).

Y tal adquisición lo es además —continúa— «*ipso iure*»: sin necesidad del concurso de la voluntad del delado (a diferencia igualmente de la herencia).

De manera que «se podrá repudiar (por su titular-delado) la herencia deferida, y entonces borrar retroactivamente la delación, pero *no se puede impedir ser titular del derecho a adquirir la herencia*».

A lo que nosotros añadimos: *ni siquiera el mismo transmitente puede impedir ser titular del «ius delationis», ni desprenderse de él voluntariamente (salvo que lo renuncie mientras vivía, claro está).*

Por consiguiente, si no lo renunció en vida, y mientras no se acepte o renuncie por el transmisario (o sea, «*pendente conditione*» = «*conditio iuris*»), permanece la *titularidad* del «*ius delationis*» localizada *provisionalmente* en el transmitente.

De lo que se sigue que, si la delación aún no se ha extinguido definitivamente, todo acto testamentario del transmitente (en vida de éste) y con relación a la herencia del primer causante, lo convierte en *auténtico*

tico comisario (¡a no ser, lógicamente, que dicho acto testamentario sea de tal naturaleza que, en realidad, implique aceptación tácita, vía art. 1.000, 1 C.c.; en cuyo caso ya no habría derecho de transmisión!).

En resumen, tanto por vía de consecuencia, como por vía de principios sucesorios, el art. 670 del Código Civil impide que el transmisor sea heredero directo y recta vía del primer causante.

X.— LA TEORÍA AQUÍ DEFENDIDA SE COMPATIBILIZA MEJOR CON EL CRITERIO ROMANISTA QUE SIGUE NUESTRO DERECHO

Una vez expuesta nuestra teoría, se podría argumentar en contra que esto sería posible en Derecho Romano, en donde se seguía el principio de que la herencia no podrá adquirirla nada más que aquél a quien había sido deferida, lo cual respondía al carácter personalísimo o primordialmente personalista que tenía el título o condición de heredero (Serafini).

En efecto, como afirma BOFANTE —dice ROCA—, en Derecho Romano la herencia no atribuye inmediatamente el derecho al patrimonio relicto, sino el derecho a una cualidad personal, como es el título de heredero.

De manera, se diría, que salvo que retrocedamos cerca de 2.000 años, nuestra opinión de que la cualidad de delado es personalísima e intransmisible, no se puede mantener.

Máxime cuando es precisamente la «patrimonialización» del *Ius delationis* lo que ha permitido la transmisión *mortis-causa* de este derecho, que ya conoció algunas excepciones en Roma, y que se ha consagrado definitivamente por todas las legislaciones modernas.

SIN EMBARGO esto no es así.

A) En cuanto a la opinión de los autores que sostienen que la delación misma es el objeto del Derecho de Transmisión, tiene su explicación sin menoscabar nuestra teoría. Así, se podría argumentar con CICU (al que cita A. García-Bernardo Landeta, obra citada) que la *VOCACIÓN* tiene un aspecto subjetivo que es la *DESIGNACIÓN* (la cual adquiere virtualidad con la apertura de la sucesión) y otro objetivo que es la *DELACIÓN*, o sea, el efecto inmediato de la vocación que implica la facultad de aceptar la herencia o repudiarla.

En este sentido, Luis Roca-Sastre Muncunil (Derecho de Sucesiones IV, p. 335) escribe: «...los herederos del llamado no son, además de aquél, sujetos de la vocación que origina la apertura de la primera herencia, sino que el único sujeto de tal vocación es el llamado a dicha herencia (en nuestro caso el transmitente) que, al no poder ejercer la opción de adquirir o no la misma, ésta se transfiere a sus herederos (los transmisarios), *no la vocación, sino sólo el efecto de la delación, o sea, la facultad de aceptarla o renunciarla. La vocación en sí es intransmi-*

*sible, mas no su aspecto objetivo o económico o efecto inmediato de la vocación, la delación, que actualmente es considerada como patrimonial y transmisible». Se trata pues, en este caso, de una simple cuestión terminológica: la delación (transmisible) como el aspecto objetivo de la vocación (intransmisible), o mejor aún: existe en la vocación hereditaria un aspecto subjetivo, la **DESIGNACIÓN** (hecha por la Ley o por el testador) que es intransmisible; y un aspecto objetivo, o facultad de aceptar o renunciar la herencia, la **DELACIÓN**, que es transmisible *mortis-causa*.*

B) Para quienes *separamos LA VOCACIÓN de la DELACIÓN* (a efectos conceptuales, pues al fin y al cabo nos encontramos con unas mismas consecuencias), entendemos que *una cosa es que* la facultad de aceptar o repudiar (que implica el «ius delationis») no ha de ser ejercitada o actuada necesariamente por el titular (como ocurría en Derecho Romano), sino que es posible verificarla por persona distinta (por un representante legal o voluntario o por el transmisario); y *otra cosa bien distinta*, ¡¡habida cuenta del nexo causal entre designación-delación!!, es que la condición o cualidad de delado también se transmita. Pues, como ya quedó dicho, *lo contrario supondría cambiar la designación previa, vía transmisión del «ius delationis»*; de manera que no se puede ofrecer a cualquiera una delación, desvinculada de su causa u origen: sólo al designado o nombrado por la Ley o por el causante.

Por lo tanto, cualquier cambio en la persona del designado por el testador (o nombrado de forma intestada) supondría, en puridad, una extinción de la delación originaria y primitiva, quedando reemplazada por otra nueva y originaria que operaría en la persona del transmisario; con lo que nada se transmitiría de ser así.

La causa, pues, determina la trayectoria de la delación y sus efectos; y no se puede cambiar.

De manera que cuando decimos que la cualidad de «delado» es personalísima, no nos referimos a que pueda *ejercitar* o actuar el «Ius delationis» solamente el llamado, sino a que de la *cualidad* de delado, lo mismo que de la cualidad de heredero, nadie se puede libremente desprender ni nadie las puede menoscabar, porque **LAS TITULARIDADES HEREDITARIAS SON PERSONALÍSIMAS**. (Nos remitimos a lo dicho en el epígrafe VI al hablar de la posición del transmitente delado).

Que el «ius delationis» sea transmisible porque se haya patrimonializado su contenido nada obstaculiza la anterior afirmación.

Efectivamente, el «ius delationis» englobado «entre los bienes, derechos y acciones» *que integran la HERENCIA del transmitente (como dice la Resolución D.G.R.N. de 23 de junio de 1986)*, se transmite al transmisario, con todo su contenido económico (= aceptar o renunciar); y precisamente hay transmisión porque *el ejercicio* de ese contenido no se verifica por el titular del «Ius delationis». Pues justamente

es el ejercicio de tal «ius delationis» lo que se transmite al transmisario (que no su titularidad).

Pero esa *transmisión se permite* por el art. 1.006 con **CARÁCTER INSTRUMENTAL y FUNCIONAL**: Es decir, no es una verdadera y propia transmisión o sucesión de derechos, que presupone el cambio del sujeto en el mismo objeto de la relación jurídica; sino que simplemente se instrumenta para posibilitar que «pendente conditione» (*conditio iuris*), la titularidad que aún se localiza en la persona del transmitente no se extinga ni se consolide mientras que el transmisario, a quien se ha transmitido el contenido del «ius delationis», no ejercite tal contenido, aceptando o renunciando, con la oportuna retroacción de efectos.

Lo que se trata de evitar, por considerarlo la Ley poco equitativo, es que aquél que «tocó con sus dedos el cielo»: que estuvo a punto de ser heredero y le faltó «abrir la boca» para decir sí o no, no pueda transmitir nada a sus herederos, a sus destinatarios natos y naturales.

El sistema no ha quebrado; sólo provisionalmente ha quedado suspendido un principio sucesorio (la extinción de las titularidades sucesorias por muerte de quien las ostenta), y todo queda restablecido y firme en fase de EXISTENTE O DEFICIENTE *CONDITIO*.

Lo que sí supone una quiebra considerable al sistema es pensar, como Albaladejo, que pueda haber dos titularidades sucesivas en el «ius transmissionis».

Está bien que se suceda por testamento o por Ley, o en parte por testamento y en parte por Ley. Pero que se suceda por derecho de transmisión ¿qué clase de sucesión es esa que dirige el llamamiento a quien no se dirigía y hace heredero a quien no se llamó?

¿Cuántas clases de sucesiones podría haber?

Lo que cambiará será el sujeto que puede *ejercitar* el «ius delationis» (por habersele transmitido precisamente eso: el ejercicio) pero no el titular de la delación. No hay dos titularidades sucesivas.

EN RESUMEN, los autores que piensan que por el Derecho de Transmisión el transmisario sucede al transmitente no acaban de explicar esta teoría porque parten del supuesto (equivocado a nuestro entender) de que la titularidad del transmitente se extingue con su muerte y pasa al transmisario, lo cual unido a los efectos retroactivos de la aceptación, les conduce a un callejón sin salida.

La ocurrencia de Albaladejo fue decir que el transmisario sucedía al transmitente en el «Ius delationis» y sucedía al primer causante en la herencia de éste. Pero «sucesor directo, recta vía y no a través del transmitente».

Sin embargo ¿cómo va a ser el transmisario heredero recta vía del primer causante si recibe el «ius delationis» englobado en la herencia misma del transmitente y *todas las transmisiones de derechos tienen carácter derivativo y no originario?*

En efecto, como más arriba se dijo, siguiendo al propio Albaladejo, es el *transmitente* el que adquiere la herencia del primer causante derivativamente, y el «*Ius delationis*» originariamente: porque el derecho a aceptar o renunciar no se encuentra en la herencia de éste.

Pero en el presente caso, tal «*Ius delationis*», fallecido el transmitente, ya forma parte de la *herencia* del mismo; y sólo se puede transmitir al transmisario, como el resto de sus bienes, derechos y acciones que integran su herencia, de manera derivativa y el transmisario lo adquirirá como heredero del transmitente, por tal circunstancia.

Por lo que si el «*ius delationis*» lo adquiere el transmisario DERIVATIVAMENTE del transmitente (como el propio Albaladejo afirma), no cabe hablar de adquirir recta vía *la herencia* del primer causante. Es una *contradicción*, que encuentre *su apoyo* en que la titularidad de delado en el transmitente se extingue a su fallecimiento y, entonces se produce una titularidad sucesiva en el «*Ius*». (¡¡aunque persistiendo la misma y única vocación del transmitente!!).

EN EFECTO:

Es cierto que ha fallecido el transmitente-delado, y es cierto que las titularidades hereditarias se extinguen con la muerte de quien las ostenta.

¡¡*PERO que esto no sea así*, es justamente lo que *excepciona el art. 1.006 C. Civil!!* Un precepto que articula una transmisión instrumentada para impedir la actuación del derecho de acrecer o la *apertura* de sucesión intestada.

SIN EMBARGO es una suspensión que tiene un carácter *temporal y provisional*, referida a la fase «*pendente conditione*» (*conditio iuris*), durante la cual los efectos de la delación originaria quedan en una especie de suspensión jurídica, y la cualidad de «delado» de su titular localizada provisionalmente en el transmitente.

Finalmente esa situación termina, *consolidándose o extinguiéndose definitivamente* la titularidad (¡¡¡y *sin que existan titularidades excesivas*¡¡¡) y el contenido consustancial de la misma, en fase de «*existente o deficiente conditione*» (*conditio iuris*).

De manera que, en realidad, lo que hay es que, cuando el transmisario acepta o renuncia, se presupone que el transmitente adquirió o no, respectivamente, la condición de heredero y la herencia del primer causante en el último instante de su vida terrenal, en virtud de la eficacia retroactiva de la «*conditio iuris*» cumplida o incumplida (se acepta o renuncia), lo que desencadena y hace actuar, a su vez, el juego retroactivo del artículo 989 del Código Civil.

Así, *el criterio romanista* que sigue nuestro derecho respecto de la adquisición de la herencia, se *mantiene intacto y se cohonesta y compatibiliza con la transmisibilidad mortis-causa del «ius delationis»*.

Pues, en efecto, *de sostener una transmisión DEFINITIVA Y PARA SIEMPRE* de la propia titularidad del «ius delationis» (en favor del transmisario con carácter sucesivo), *se vulnerarían dos principios sucesorios*:

1.º El que impone la intransmisibilidad de las titularidades sucesorias, habida cuenta su carácter personalísimo; y

2.º Y el que establece su extinción por fallecimiento de su titular, que, a su vez, se basa y es consecuencia del anterior, esto es, del carácter personalísimo e intransmisible de las susodichas titularidades.

Mientras que con arreglo a nuestra postura, NO hay quiebra, vulneración, ni tan siquiera excepción de principios generales de derecho sucesorio. Simplemente existe y hay, en fase de «pendente conditione» (= *conditio iuris*), una mera y simple *SUSPENSIÓN TEMPORAL* de los mismos, consustancial con la misma transmisión instrumental que el art. 1.006 del C. Civil articula.

Quizás por ello, *no sea muy apropiado el hablar de sucesión «Iure Transmissionis»* (por más que se trate de un concepto acunado por la doctrina), pues, en puridad, **NO SE PUEDE SUCEDER POR DERECHO DE TRANSMISIÓN**, ya que no se trata de otra cosa que de una transmisión operada con *finis INSTRUMENTALES* *posibilitando el ejercicio o actuación del contenido de una vocación, o delación, por quien no es su titular (transmisario), sino que pertenece a otro (transmitente)*.

XI.— EPÍLOGO

Hasta aquí, nuestra teoría.

Y, llegados a este punto, no se nos oculta el abanico de problemas que sigue planteando el Derecho de Transmisión.

No se atiende, sin embargo, en este trabajo a tales problemas, pues no se quiere distraer la atención con otras consideraciones menores, pero sobre todo, porque las consecuencias prácticas de seguirse una u otra teoría (el transmisario es heredero recta vía del primer causante ó, por el contrario, es heredero del transmitente) ya han quedado básicamente respondidas (o se deducen de lo expuesto).

En efecto, las *DIFERENCIAS Y GRAVES CONSECUENCIAS PRÁCTICAS* de seguirse una u otra de tales teorías, se pueden reducir a las siguientes:

1.º.— La relativa a *la capacidad* requerida por el transmisario para ejercitar el «ius delationis», relativo a la herencia del primer causante (cuestión que ya quedó contestada);

2.º.— Lo concerniente a *la retroacción* de efectos que provoca la aceptación del transmisario, al ejercitar positiva y afirmativamente dicho «ius delationis» que se le transmite instrumentalmente (que también quedó examinado);

3.º).— La posición jurídica del *cónyuge viudo* del transmitente respecto al usufructo de los bienes que, en la primera herencia, fueron ofrecidos a su difunto cónyuge, cuando aquélla fuese aceptada por los transmisarios, y, por consiguiente, la necesidad o no de su intervención en las operaciones particionales de dicha herencia (que igualmente se comentó en sentido afirmativo);

4.º).— La necesidad o no de que el transmisario colacione *las donaciones* recibidas del primer causante, o sólo lo donado por éste al transmitente (como nos inclinamos a creer, siguiendo a ROCA (Obra citada, p. 300), LACRUZ (*Derecho de Sucesiones*, Parte general, p. 170), GITRAMA (*Comentarios...* Edersa XVI, 1.º p. 288), ... y de acuerdo con nuestra teoría; En contra, ALBALADEJO (obra citada, p. 956, nota 102), JORDANO FRAGA (obra citada, pp. 331 y 332), VALDEOLMILLOS (obra citada, p. 489) y PUIG BRÚTAU. Por todos, Albaladejo escribe: «Nosotros creemos que el transmisario en cuanto sucede al transmitente —en su herencia y, dentro de ella, en el “*ius delationis*”— debe colacionar en la sucesión de éste las donaciones de él recibidas, y, en cuanto sucede al primer causante —en la herencia de este primer causante— debe colacionar en la sucesión de éste, las donaciones que de él recibiera».

«y 5.º).— El distinto tratamiento FISCAL, más gravoso conforme a nuestra opinión».

Pues bien, fuera de todo lo anterior, *en el resto de las cuestiones* que se pueden plantear con cierta relevancia práctica y doctrinal, *es indiferente* que se siga una u otra teoría: *unas veces*, porque por vía de consecuencia se llega a las mismas conclusiones; y *otras veces*, porque el problema nada tiene que ver con dilucidar a quién se hereda.

A).— Ejemplo de lo primero (entre otros, pero quizás este sea el más importante) es el problema de si, respecto a *los legitimarios*, el importe de la primera herencia debe adicionarse al de la segunda; cuestión que hay que responder afirmativamente, cualquiera teoría que se siga. En este sentido se pronuncia la Resolución de la D.G.R.N. de 23 de junio de 1986 de manera rotunda (considerandos 4.º y sgtes.), al estimar que el «*ius delationis*» es evaluable económicamente y, en consecuencia, computable a efectos contables para fijar el importe de las legítimas debidas, concluyendo su considerando 7.º que, en general,: «los legitimarios podrían (como titulares de un crédito, su propio derecho legitimario) —que lo es frente a la herencia aceptada por el transmisario y frente al transmisario mismo—, ejercitar el derecho que a los acreedores, en general, confiere el artículo 1.001 del Código Civil, cuando el llamado repudia una herencia en perjuicio de sus propios acreedores» (dicha Resolución se refería a un supuesto relativo a la legislación Catalana). También la mayoría de los autores están de acuerdo con esto, incluido ALBALADEJO (Obra citada, pp. 917 y ss.).

Si bien, no faltan autores que, rechazando la teoría de que el transmitente es el verdadero heredero del primer causante, opinan lo

contrario de lo expuesto. Tal es el caso de JORDANO FRAGA (Obra citada, pp. 338 y ss.) y VALDEOLMILLOS (Obra citada, p. 489), sobre la base de entender que el «ius delationis» no debe evaluarse económicamente, ni siquiera a efectos contables, al ser personalísimo y extrapatrimonial; de manera que las masas hereditarias deben mantenerse separadas, de suerte que los legitimarios del transmitente no tendrán derecho alguno a la herencia del primer causante, y viceversa.

B).— Como cuestiones que poco o nada tienen que ver con dilucidar a quién se hereda, cabe citar: —la naturaleza, fundamento y plazo de prescripción del derecho concedido a los acreedores del transmitente por el artículo 1.001 del C.c.; —el supuesto de que sean *varios los transmisarios* y la libertad de cada uno para aceptar o repudiar la herencia del primer causante y, en el primer caso, de hacerlo pura y simplemente o a beneficio de inventario; —la necesidad de que *el transmisario sea un verdadero heredero* y no un simple legatario (lo cual ya se comentó en lo fundamental); —el problema de *si el causante puede excluir el derecho de transmisión*, siendo una manifestación tácita de ello el establecimiento de una sustitución vulgar, ¡sin determinación de casos!, para el supuesto de que el llamado a ser heredero fallezca sin aceptar ni repudiar la herencia del primer causante; —si, en algún supuesto, el artículo 1.006 C.c. podría ser aplicable a *los legados*; —en fin (para que esto no parezca una letanía), la distinta operatividad y funcionamiento del *derecho de transmisión en relación con otras figuras jurídicas*, como la sustitución fideicomisaria, el derecho de acrecer o el derecho de representación; etc.

Bien se entiende que el examen y comentario pormenorizado de los distintos supuestos enunciados nos llevaría a una larguísima y causística argumentación, más propia de un verdadero «tratado» sobre el derecho de transmisión que de un simple artículo sobre el particular (que es lo que aquí se pretende).

En todo caso no queremos concluir sin hacer *un breve comentario* a las *diferencias entre Derecho de Transmisión y Derecho de Representación*, que acaben de perfilar lo que se ha dicho.

Se comenta *sólo una idea* (por ser esencial), pues en general (matices o precisiones aparte), se aceptan los criterios diferenciadores que ROCA SASTRE precisó en su obra citada (pp. 298-300), *excepto* lo relativo a la capacidad sucesoria.

Por su parte ALBALADEJO, defiende su punto de vista en su mencionado trabajo con argumentos bien distintos (pp. 959-961).

(No se considera necesario extraer las posiciones de ROCA y ALBALADEJO en este asunto tangencial).

Conviene, empero, que nos detengamos en la siguiente afirmación de Albaladejo. Según él y en congruencia con su teoría, el Derecho de Transmisión se diferencia del Derecho de Representación en que, si bien en ambos hay una sola delación, «En la sucesión “iure repraesent-

tationis” tal delación atribuye un “ius delationis” directo y originariamente al denominado representante».

En la sucesión «Iure Transmissionis» tal delación atribuye el «ius delationis» al transmitente y, luego, de éste derivativamente, la adquiere el transmisario» (hasta aquí, de acuerdo con el matiz que después se dirá). *Pero añade*: «Por ello, en la sucesión “iure repraesentationis” hay un solo titular del “ius delationis”, **MIENTRAS QUE EN LA SUCESIÓN IURE TRANSMISSIONIS HAY DOS TITULARIDADES SUCESSIVAS**». (La bastardilla en mayúsculas es nuestra).

Nosotros, también congruentes con nuestra teoría, opinamos que *esto último NO puede ser así*.

Pues ¿cómo va a ser igual que el llamado, preferente y excluyente, premuera al primer causante (=D. de representación) o que le sobreviva (=D. de Transmisión)?

En el *Derecho de Representación, al premorir el llamado, la herencia ya NO ESTÁ DEFERIDA A FAVOR del representado*, y se explica el efecto del artículo 929 (se puede aceptar la herencia del representado y aceptar la del primer causante). La stirpe no sucede al padre que premurió al causante, sino a éste directamente; hay una delación, originaria y *ex lege*, en favor del representante o stirpe; delación que la Ley permite, causando excepción el principio de que el grado más próximo excluye al más remoto.

Es lo que se ha convenido en llamar una vocación con delación sucesiva.

El representante tiene, pues, una delación directa y originaria y una titularidad originaria y directa.

En el «ius transmissionis», el delado *sobrevive* al primer causante, bien que no acepte ni repudie su herencia. *Pero su delación* originaria, única, directa y excluyente, *hace que la «titularidad» del derecho resida en él* y no hay ni puede haber dos titularidades sucesivas, pues de lo contrario, nos encontraríamos ante dos delaciones distintas (ya se explicó antes).

Como muy bien aclara la *sentencia de 18-XII-1908* (y con doctrina coincidente la Resolución de fecha 22-12-1949) «el que ejercita el Derecho de representación ejercita un derecho propio» (o sea, un derecho cuya titularidad ostenta el que lo ejercita) pero el que ejercita el derecho de transmisión, «ejercita un derecho, el “ius delationis”, que ya fue adquirido por el fallecido y se halla situado en su patrimonio relictos». O sea, si se halla en su patrimonio, el «ius delationis», es porque se es su titular, y esa titularidad no se extingue al fallecer el titular «en fase de *PENDENTE CONDITIO*» (*conditio iuris*, mientras no se acepte o renuncie), sino que queda provisionalmente «congelada» o localizada en su persona, pasando al transmisario simplemente el *EJERCICIO DE ESE DERECHO*, cuya titularidad corresponde a otro; ejercicio u opción que provocará la consolidación definitiva o la extinción de la repetida titularidad.

Que ese ejercicio del «ius delationis» se transmita y pase al transmisor, fallecido el transmitente, es lo que posibilita el art. 1.006 durante esa fase de pendencia. Y todo ello conforme a lo que ya se dejó razonado anteriormente.

Por lo demás, reseñar que tampoco se comentan sentencias del Tribunal Supremo ni Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, bien porque no establecen un criterio definitivo, bien porque con sus fallos se puede seguir una u otra posición sobre el particular.

No obstante se citan como más relevantes las siguientes:

Sentencias: 10-12-1897; 18-12-1908; 08-05-1963 y Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 27-11-1956.

Resoluciones: 29-10-1910; 22-12-1949; y sobre todo, las de 20 de septiembre de 1967 y 23 de junio de 1986.

(Para una completa reseña jurisprudencial, con sus comentarios en el lugar oportuno —y no compartidos generalmente por nosotros— véase JORDANO FRAGA; Obra citada; (última página).

Con todo, autores más autorizados que nosotros se encargarán de darnos o quitarnos la razón.

Baracaldo-Cartagena
12 de octubre de 1995

«NOTA.— Con posterioridad a la remisión de este trabajo para su publicación, ha aparecido un libro de José María GARCÍA GARCÍA que contiene un completo estudio sobre la materia («La Sucesión por Derecho de Transmisión», Ed. Civitas, Madrid, 1996, 492 páginas).

Pues bien, una vez leída detenidamente dicha obra (única que nos faltaba por consultar entre los autores patrios), sin embargo, nosotros INSISTIMOS y reiteramos las opiniones que se recogen en el presente artículo.

(Los autores)»