



Doctrina

Un intento de superar las tesis opuestas sobre situación del heredero del heredero

LA LEY 13692/2009

Un intento de superar las tesis opuestas sobre situación del heredero del heredero

Pablo RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA

Responsable del Departamento de Derecho Procesal. Manubens & Asociados Abogados

Se analiza una controversia que en los últimos tiempos ha recuperado buena parte de su vigor, y que constituye el punto de partida para el enfoque de otras muchas incógnitas suscitadas en el marco del artículo 1006 del Código Civil: si, caso de que el transmisario del ius delationis acepte la herencia del primer causante, sucede únicamente a su causante, o también a quien lo fue del transmitente.

I. INTRODUCCIÓN

A diferencia de lo que sucedía en el Derecho romano, en el que el carácter personalísimo de la delación conllevaba la imposibilidad de que pudiera acabar recayendo en persona distinta de aquella querida por el causante (regla que, no obstante, presentó muchas más excepciones de las que habitualmente se consideran), los Derechos modernos han reconocido que aquella delación pueda transmitirse o, más exactamente, ser objeto de sucesión. El Derecho español no ha sido una excepción a esa general evolución; dice el art. 1006 Código Civil (CC), consagrando el conocido como *ius transmissionis* o derecho de transmisión: «Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía».

Por lo que respecta a los Derechos forales, el mismo derecho, si bien con mayor detalle, aparece actualmente recogido en el art. 461.13 L 10/2008, por la que se aprueba el Libro IV del Derecho Civil de Cataluña: «1. Si el llamado muere sin haber aceptado ni repudiado la herencia deferida, el derecho a suceder mediante la aceptación de la herencia y el de repudiar se transmiten siempre a sus herederos. 2. Los herederos del llamado que haya muerto sin haber aceptado ni repudiado la herencia la pueden aceptar o repudiar, pe-

ro sólo si previamente o en el mismo acto aceptan la herencia de su causante. Si los herederos que aceptan esta segunda herencia son diversos, cada uno de ellos puede aceptar o repudiar la primera, independientemente de los demás, y con derecho preferente de acrecer entre ellos».

En similares términos, la Ley 317 de la Compilación de Navarra, que también contiene la solución para algunos de los problemas tradicionalmente planteados en el ámbito de esta figura: «El derecho del heredero a aceptar o renunciar la herencia se transmite a sus propios herederos, pero éstos no tendrán tal derecho si hubieran renunciado la herencia de su causante; si fueren varios podrán ejercitar el derecho independientemente unos de otros».

El hecho de que esta institución haya dado lugar a innumerables y complejos problemas interpretativos hace, a mi juicio, especialmente necesario abordarla comenzando por sus aspectos más pacíficos. Únicamente partiendo de una base sólida podremos pasar a afrontar la resolución de cuestiones más complejas.

Pues bien, dando cumplimiento a esta declaración de intenciones, debemos recordar que el juego del *ius transmissionis* requiere, desde el punto de vista subjetivo, de la concurrencia de tres personas (como resulta de la simple lectu-

ra del precepto), que son las siguientes: el primer causante (en ocasiones, también llamado, sin más, causante); el transmitente del *ius delationis* —también denominado segundo causante, que debe ser heredero, testamentario o abintestato, del primero—, y el transmisario o adquirente del *ius delationis*, que también puede ser heredero testamentario o abintestato (art. 912 CC).

Asimismo, el derecho de transmisión requiere que, cronológicamente, haya sucedido lo siguiente:

1) Que el primer causante haya fallecido, y el transmitente haya recibido la delación respecto de la herencia de aquél, lo que, salvo en determinados supuestos especiales (como el llamamiento a favor de nasciturus o concepturus, a una persona jurídica en vías de constitución, sustituto vulgar, o cuando exista una condición suspensiva), coincidirá con el momento del fallecimiento del primer causante.

Se requiere, pues, que el transmitente sobreviva al primer causante, lo que implica una clara diferencia con el derecho de representación, en el que las cosas deben suceder precisamente a la inversa.

A estos efectos, diferenciamos los conceptos de vocación y delación (algo durante mucho tiempo omitido por la doctrina española) como sigue: vocación es el «llamamiento o convocatoria general a todos los posibles herederos en el momento de la muerte del de cuius»; delación es «el ofrecimiento de la herencia a una o varias personas del grupo general de llamados para que puedan adquirir la herencia aceptándola, o bien rechazarla mediante la repudiación» (1).

A ello debe añadirse que el transmitente debe tener capacidad de suceder respecto del primer causante, de acuerdo con lo previsto en el art. 766 CC (2). No obstante, en este punto debe también tomarse en consideración lo prevenido en el art. 762 CC: «No puede deducirse acción para declarar la incapacidad pasados cinco años desde que el incapaz esté en posesión de la herencia o legado».

2) Asimismo, es necesario que, antes de aceptar (en cualquiera de sus modalidades, expresa, tácita o *ex lege*: arts. 999 y 1000 CC) o repudiar la herencia (art. 1008 CC), fallezca el transmitente.

La necesidad de que éste no haya aceptado ni repudiado se explica fácilmente: i) si ha muerto habiendo aceptado la herencia del primer causante, sus herederos no adquirirán ya el *ius delationis* relativo a aquélla, sino los concretos bienes, derechos y deudas que componen el caudal relicto, como integrantes ya de la herencia del transmitente, y ii) si, por el contrario, el transmitente ha muerto después de haber renunciado la herencia, sus herederos no pueden ya

pretender adquirir la herencia del primer causante.

Nos hallamos pues ante un fenómeno que implica la existencia de dos sucesiones, y dos delaciones, perfectamente diferenciadas: la del primer causante al transmitente, y la de éste al transmisario (o transmisarios, evidentemente), de modo que dicho transmisario recibe el *ius delationis* en relación con una herencia que abarca, como un derecho más de los en ella integrados, la delación en favor del transmitente, que, al morir éste sin aceptar ni repudiar, se halla todavía viva.

Ante esta situación, es pacífico que el transmisario puede aceptar la herencia de su causante y repudiar sin embargo la del primero; no obstante, le está vedado tratar de aceptar la herencia del primer causante si repudia la del transmitente del *ius delationis*, pues la posibilidad de aceptar aquélla es un derecho comprendido en la segunda herencia. Esta prohibición se funda habitualmente en el carácter indivisible de la aceptación (art. 990 CC: «La aceptación de la herencia no puede hacerse en parte, a plazo ni condicionalmente»), si bien no falta algún autor que discute que sea ése el fundamento de dicha imposibilidad (3). La exposición de esas alternativas del transmisario es también unánime entre nuestros Tribunales; dice, por ejemplo, el AAP Madrid de 9 de diciembre de 2008: «(...) el *ius delationis* que contempla el artículo 1006 del Código Civil no supone el paso del haber hereditario del causante al heredero del heredero, existiendo, por ello, dos transmisiones, de modo que para aceptar la herencia del causante, el heredero del heredero tiene que haber aceptado la herencia de éste» (4).

Esta imposibilidad de que el transmisario adquiera la herencia del primer causante si no acepta la del transmitente constituye otra clara diferencia respecto del derecho de representación, en cuyo ámbito dice el art. 928 CC: «No se pierde el derecho a representar a una persona por haber renunciado su herencia».

Asimismo, debe indicarse que, como concretas facultades comprendidas en el *ius delationis*, el transmisario adquirirá la posibilidad de solicitar el beneficio de inventario, el derecho de deliberar, o la comprendida en el art. 1005 CC.

Tradicionalmente, se ha considerado que la sucesión *iure transmissionis* únicamente tiene cabida en los Ordenamientos jurídicos que, como el español, siguen el sistema romano de adquisición hereditaria, de acuerdo con el que, como es conocido, la condición de heredero no se adquiere automáticamente por la muerte del causante, sino que requiere además de la aceptación (debe insistirse: aun tácita o legal) (5).

No obstante, como advierte —acertadamente— JORDANO FRAGA, si bien

OPINIÓN

A labordar la espinosa cuestión de a quién sucede el transmisario en el ámbito del derecho de transmisión, con demasiada frecuencia los autores invocan los argumentos que apoyan su postura, sin molestarse (al menos, creo, suficientemente) en refutar con las razones que sustentan el entendimiento contrario para tratar de darles respuesta o, si ello no es posible, reconocer su subsistencia y que, por tanto, adoptan determinada doctrina a pesar de la existencia de puntos sin resolver.

En este artículo se pretende, partiendo de una total neutralidad sobre la cuestión, analizar los argumentos más frecuentemente invocados tanto en favor de la doctrina clásica (de acuerdo con la que el transmisario sucede únicamente al transmitente), y los aducidos en defensa de la tesis moderna (por la que, respecto de los bienes que proceden del primer causante, también sucede a éste directamente).

El riesgo del intento es evidente: que la fortaleza de unos y otros argumentos desemboque en la parálisis y, por tanto, en la imposibilidad de llevar a cabo un pronunciamiento claro. No obstante, tampoco considero ilícito adoptar una u otra doctrina en función de la estructura que presente el supuesto concreto —las teorías deben adaptarse a la realidad, no al revés—; es lo que sucede en este estudio: a pesar de inclinarnos claramente por la tesis moderna, hemos de abdicar de la posibilidad de combatir uno de los argumentos que sostienen la doctrina clásica. No obstante, dado que ese argumento únicamente juega en determinados casos, no veo inconveniente en afirmar que, cuando así suceda, el transmisario adquiere todos los bienes en concepto de sucesor del transmitente.

Tratamos aquí de agitar una cuestión que fue inicialmente pacífica entre nuestros autores y Tribunales, que adoptaron la doctrina clásica. No obstante, desde ALBADALEJO esa unanimidad no ha vuelto a recuperarse en el ámbito doctrinal (se mantiene incólume, no obstante, en los Tribunales). Los últimos años han resultado especialmente fértiles en esta materia, y el renovado interés por el *ius transmissionis* ha conllevado la revitalización del debate.

se mira, esa posibilidad no es exclusiva de esos regímenes romanos de adquisición; al contrario, tiene perfecta cabida también en los sistemas derivados del germánico: adviértase que, si bien es cierto que en éstos la condición de heredero se adquiere automáticamente por el fallecimiento del causante, no lo es menos que esa adquisición es provisional, de modo que quien —por el momento— es heredero puede más tarde repudiar la herencia (también aceptarla, lo que se presenta entonces como una renuncia definitiva a la posibilidad de repudiar y como adquisición definitiva de la condición de heredero) (6). Por tanto, mientras el heredero no ejercite esta opción, su posición respecto de la herencia puede también ser objeto de sucesión; la mejor prueba de ello es el propio párrafo 1952 del BGB, cuyo contenido quizá sorprenda a algunos: «1. El derecho del heredero a repudiar la herencia es transmisible por causa de muerte. 2. Si el heredero muere antes del transcurso del plazo para repudiar, el plazo no termina antes del transcurso del plazo establecido para repudiar la herencia del heredero. 3. Cada uno de los diversos herederos del heredero puede repudiar la parte de la herencia que corresponde a su cuota hereditaria».

Por argumentos similares a los expuestos, se ha dicho que tampoco cabe sucesión del *ius delationis* en relación con los legados, pues se entienden automáticamente aceptados desde el fallecimiento del causante, sin perjuicio de la posterior posibilidad de repudiarlos (arts. 881 y 882 CC). Sin embargo, por cuanto nuestro Derecho sigue aquí el sistema germánico de adquisición, deben tenerse por reproducidas en esta sede las matizaciones contenidas en el párrafo anterior.

Consignadas estas afirmaciones generales, en este artículo nos centraremos en una de las cuestiones más controvertidas del *ius transmissionis*, que constituye un punto de partida para el correcto enfoque de otras muchas, a saber: si, caso de que el transmisario acepte, además de la herencia del transmitente, la del primer causante, sucede únicamente a dicho transmitente (teoría clásica), o si, respecto de los bienes que le llegan del primer causante, también sucede directamente a éste, de modo que el transmisario deviene sucesor de dos personas: del transmitente, en relación con los bienes comprendidos en su herencia, y del primer causante, específicamente respecto de los que, mediante la aceptación que no pudo ejercitar el transmitente, le llegan de dicho primer causante (teoría moderna o de la doble adquisición). Se trata, por cierto, de una polémica sólo suscitada en la doctrina, pues nuestros Tribunales jamás han admitido la tesis moderna, que únicamente citan en alguna ocasión para rechazarla. Así, por ejemplo, el AAP Tarracona de 31 de julio de 2002, dice: «(...) el artículo 1006 del Código Civil determina que ese derecho se transmite incólume a sus propios herederos —el de-

nominado *ius transmissionis*—, produciéndose así una doble transmisión, la primera, del causante inicial al llamado a su herencia o transmitente, y la segunda, de éste a su propio heredero o transmisario, que no adquiere del causante inicial directamente, sino a través de la herencia de su propio causante, tal como exponen con todo detalle los autos de la Audiencia Provincial de Granada (Secc. 3.ª), de 22-9-1997, y de Toledo (Secc. 1.ª) de 4-4-2000» (7).

De acuerdo con lo anunciado, no analizaremos otras muchas cuestiones que afectan a esta figura, como, por ejemplo, si el *ius delationis* es o no un derecho personalísimo, o si su contenido es o no patrimonial. Sin embargo, respecto de esta última cuestión no puedo dejar de denunciar un vicio demasiado extendido entre los autores que la examinan: equiparar (no totalmente, pero sí en exceso, aun en los casos en que se anuncia que no se incurrirá en este defecto argumentativo) lo patrimonial con lo transmisible y, correlativamente, lo no patrimonial con lo intransmisible. Por mi parte, únicamente sugiero que se prescinda totalmente —no sólo en parte— de dicho binomio:

a) Son perfectamente transmisibles *mortis causa* derechos sin contenido patrimonial alguno: por ejemplo, las acciones de filiación (arts. 130, 132, 133, 136 y otros CC), el derecho moral del autor (arts. 14 y 15 Ley de Propiedad Intelectual), el derecho de rectificación (LO 2/1984, de 26 de marzo) y derechos derivados de los delitos de injuria y calumnia (art. 466 Código Penal) (8).

b) A la inversa —reverso a menudo no detectado por los autores—, existen derechos de innegable contenido patrimonial que, no obstante, son intransmisibles: por ejemplo, los derechos de uso y habitación, indisponibles en cualquier forma (9), o el usufructo, que naturalmente se extingue a la muerte del usufructuario, de modo que, salvo que se establezca otra cosa, no pasará a sus herederos (10).

Asimismo en concordancia con lo anticipado, tampoco entraré aquí en la calificación jurídica que pueda merecer el *ius delationis*, cuestión sin relevancia práctica a los efectos presentes y respecto de la que nos limitaremos a mencionar que ha sido considerado como verdadero derecho subjetivo, como derecho potestativo (11), como facultad jurídica de adquisición (12), como poder jurídico en sentido estricto (13), o incluso como mera manifestación de la capacidad de obrar (14). En cualquier caso, podemos definirlo, siguiendo a GARCÍA GARCÍA, como «el derecho que tiene el sucesor del heredero llamado por un primer causante para ejercitar respecto a la primera herencia las mismas facultades que tenía el llamado» (15).

Dicho ello, paso a dar mi opinión acerca de los argumentos esgrimidos en fa-

vor de las dos doctrinas ya anticipadas sobre a quién sucede el transmisario. Lo hago con la siguiente advertencia previa: considero totalmente irrazonable esperar que este intento conduzca a la conclusión de que todos los argumentos que sostienen una de las tesis son razonables y, en el otro extremo, todos los alegados en defensa de la doctrina contraria resulten insostenibles. Probablemente, más sensato es esperar que, tras el mencionado examen, la inclinación por una de las teorías se produzca a pesar del reconocimiento de que alguno de los argumentos que defienden la contraria se mantienen en pie. Únicamente, pues, sopesando los argumentos en su conjunto, y examinando el estado en que quede cada uno tras su crítica, podremos afirmar cuál de las dos tesis goza de mejor amparo.

La honestidad del intento está garantizada por cuanto, al momento de escribir estas palabras, no tengo claro cuál de las teorías puede considerarse más acertada.

Otra advertencia debe hacerse constar, esta vez de carácter sistemático: resultará imposible evitar que, al examinar los argumentos que sostienen una de las tesis, no se examine también la postura que, respecto de aquéllos, mantiene la opinión contraria: obviamente, la bondad de cada doctrina depende, en buena medida, de la capacidad de destruir los alegatos de la contraria, al margen de que pueda disponer de argumentos adicionales únicamente en su favor.

II. LOS ARGUMENTOS ALEGADOS EN FAVOR DE LA TESIS CLÁSICA

La tesis clásica fue la mantenida por la totalidad de la doctrina hasta la irrupción de ALBADALEJO; a pesar de ello, hoy en día sigue siendo claramente mayoritaria entre nuestros autores (16) y, como ya hemos dicho, ha sido la mantenida hasta la actualidad, sin fisuras, por nuestros Tribunales.

Pasamos a analizar los argumentos esgrimidos a favor de esta doctrina, para pronunciamos acerca de cada uno de ellos:

1) En primer lugar, se dice que, dado que la delación de la herencia del primer causante sólo fue concedida al transmitente, el transmisario únicamente adquiere un derecho derivado de dicha delación originaria.

En efecto: se afirma que la delación respecto de la herencia del primer causante únicamente se dirigió al transmitente o segundo causante; si más tarde llega al transmisario, lo hace sólo en cuanto éste es sucesor de dicho transmitente, de modo que no adquiere un derecho originario respecto del primer causante, sino meramente derivado.

De acuerdo con este entendimiento, quedan descartadas las siguientes tesis:

i) Que la posibilidad del transmisario de adquirir la herencia del primer causante sea consecuencia de un nuevo llamamiento, producido al fallecimiento del transmitente y con base en la ley, lo que lleva a considerar que la delación efectuada a favor del transmitente quedó extinguida por su muerte.

Pues bien, para que, de acuerdo con estos elementales conceptos, el argumento que aquí analizamos (recuérdese: el transmisario tiene un derecho derivado del segundo causante) fuera admisible, debiera suceder que dicho transmisario adquiriese los bienes en la misma extensión que tenían cuando se hallaban en el patrimonio del transmitente.

Sin embargo, creo no confundirme al decir que nadie ha afirmado jamás semejante cosa. Al contrario, el transmisario recibirá los bienes únicamente de acuerdo con las condiciones en que los tenía, no el transmitente del *ius delationis*, sino el primer causante. No puede ser de otro modo: si, por hipótesis, el transmitente falleció sin aceptar ni repudiar la herencia del primer causante, en nada pudo influir en los bienes en ella comprendidos.

JORDANO FRAGA lo explica con las siguientes palabras: «(...) es evidente que la mecánica de la transmisión ex artículo 1006 CC presupone necesariamente que el transmitente no adquirió legal ni voluntariamente la herencia del primer causante a que resultaba llamado y que, por ello, el transmisario, su heredero, no encuentra en la herencia del transmitente más que el *ius delationis* relacionado con la primera herencia: la posibilidad de adquirirla si quiere, y no los bienes relictos que la componen» (18).

Por lo demás, debe advertirse que el argumento analizado (al igual que sucede con otros, aunque a veces sea de difícil detección) aparece relacionado con el de la retroactividad de la aceptación, lo que nos obliga a remitirnos al posterior estudio de esta cuestión, que ya anunciamos que, analizada en toda su amplitud, constituye la clave para la correcta comprensión del *ius transmissionis*.

2) También en apoyo de la tesis clásica se ha dicho que, de considerarse que el transmisario sucede al primer causante, éste tendría como heredero a alguien en quien puede no haber pensado; así lo expresa el AAP Granada de 22 septiembre 1997: «(...) la Ley no puede hacer que el transmisario sea directamente llamado a ella (a la herencia del primer causante), puesto que el primer causante no ha pensado en él ni lo ha nombrado en el testamento».

A mi juicio, la respuesta a este argumento se contiene en una pregunta: ¿qué tiene de anómalo que el sucesor sea finalmente alguien en quien no pensó el causante? ¿es acaso ello insólito en nuestro Derecho de Sucesiones? Evidentemente no: reconociendo —no puede ser de otra forma— que la ley del causante es la regla reina en el desenvolvimiento del proceso sucesorio, también aparece un heredero en quien quizá aquél no pensó (y, desde luego, no designó en su testamento) cuando

juega el derecho de representación (ámbito en el que, además, se modifican las cuotas hereditarias, pues se pasa de suceder por personas a hacerlo por estirpes: art. 926 CC), o cuando la Ley impone abrir la sucesión intestada, al menos en los siguientes casos previstos en el art. 912 CC: i) cuando ello sucede porque el testamento es posteriormente declarado nulo, algo que sin duda jamás imaginó el causante; ii) cuando el testador omitió en su testamento, involuntariamente, disponer de parte de sus bienes, ó iii) cuando, habiendo designando el testador a determinado heredero, éste resulta ser incapaz de suceder por una circunstancia que el causante desconocía.

Asimismo, la voluntad del testador también se distorsiona cuando tiene lugar el acrecimiento (arts. 982 y ss. CC). Ciertamente, en este caso podrá decirse que la cuota hereditaria vacante pasará a alguien en quien sí pensó el testador (por definición, otro de los herederos); no obstante, a nadie se le oculta que el modo y proporción en que los herederos fueron instituidos pudo ser esencial para el causante, hasta el punto de que, de haber previsto que otros herederos llegarían a percibir mayor porción hereditaria, hubiera modificado las cuotas, o incluso alterado los herederos designados.

Por último, para refutar este argumento no puede olvidarse que, de acuerdo con buena parte de la doctrina, incluso defensora de la doctrina clásica —opinión que comparto—, el testador puede disponer que el *ius transmissionis* no opere (19). Y, partiendo de esta premisa, es perfectamente legítimo concluir que, si el testador no estableció aquella exclusión y se considera que el transmisario es su sucesor, no nos hallaremos ante un heredero contrario a la voluntad del causante, sino, al contrario, ante alguien tolerado para adquirir tal condición.

3) También en favor de la doctrina clásica se alega la literalidad del art. 1006 CC, llamándose la atención acerca de que el precepto dice que lo que el transmisario adquiere es el «mismo derecho» que tenía el transmitente, esto es, el de aceptar o repudiar la herencia con los mismos caracteres y efectos que tendría si lo hubiera efectuado el transmitente.

Por tanto, se continúa diciendo, cuando el transmisario acepta la herencia del primer causante se produce la misma consecuencia que si ello hubiera sido efectuado por el transmitente: la integración de los bienes del primer causante en su herencia, de modo que únicamente desde ahí hacen tránsito al transmisario.

El argumento (en parte solapado con el que califica la delación del transmisario como derivativa, y en parte relacionada con el problema de la retroactividad) resulta cualquier cosa menos convincente: con carácter previo, porque acu-

dir a argumentos estrictamente literales no es práctica aconsejable en el ámbito de nuestro CC —¿cuántas veces se califica de heredero a quien sólo es llamado, comenzando por el mismísimo art. 1006 CC?—. Pero, principalmente, no se sustenta el entendimiento de que la aceptación del transmisario pueda alterar el caudal relicto de quien, cuando dicha aceptación tiene lugar, ya falleció: semejante afirmación contraviene la regla general de que la determinación de los bienes que forman parte de la herencia se lleva a cabo al momento de su fallecimiento (arts. 657, 659 y otros CC).

Ciertamente, para la práctica de ciertas operaciones sucesorias, tales como la computación o colación, se toman en consideración momentos distintos a dicho fallecimiento: singularmente, se consideran los actos que aquél ha llevado a cabo durante su vida (respectivamente, arts. 818 y 1035 y ss. CC). No obstante, nótese que: i) esas operaciones hacen referencia a la determinación del donatum, no del relictum —al que sí pretende afectar el argumento aquí analizado—, y ii) en ningún lugar se reconoce la posibilidad de que la herencia quede alterada (mucho menos, tan sustancialmente) por actos posteriores al fallecimiento del causante.

Para concluir con este apartado, debo señalar que considero que el invocado tenor del art. 1006 CC ampara mejor la tesis moderna: sí, de acuerdo con la literalidad del precepto, el transmisario puede ejercer el mismo derecho que tuvo el transmitente, la conclusión más elemental que de ello se deriva es que el transmisario sucede directamente al primer causante, pues sería precisamente esto lo que, de haber aceptado el transmitente, hubiera acontecido.

4) También en favor de la tesis clásica se ha invocado el art. 20, párrafo 6.º, Ley Hipotecaria, que dice: «Cuando en una partición de herencia, verificada después del fallecimiento de algún heredero, se adjudiquen a los bienes que lo fuesen de éste los bienes que a aquél correspondan, deberá practicarse la inscripción a favor de los adjudicatarios, pero haciéndose constar en ella las transmisiones realizadas».

La interpretación que de este precepto llevan a cabo los defensores de esta tesis es bien sencilla: si el precepto, al margen de imponer que la inscripción debe hacerse a favor del transmisario, señala que en el asiento que se practique en su favor deberán constar las «transmisiones realizadas», está reconociendo que los bienes del primer causante hicieron tránsito al transmitente del *ius delationis*, y únicamente a través de él pasaron al transmisario.

Lo curioso de este argumento es que en ocasiones ha sido también esgrimido en beneficio de la tesis moderna, alegando que, dado que tras el primer causante aparecerá como titular registral el transmisario, éste sucede directamente a aquél. En

Es perfectamente compatible afirmar que el llamamiento al transmisario es derivativo del que en su momento fue efectuado al transmitente de un lado, y que, una vez que ese transmisario acepta la herencia del primer causante, deviene, recta vía, heredero suyo de otro lado

ii) Que la delación a favor del transmisario constituya una consecuencia directa del llamamiento del primer causante en favor del transmitente, llamamiento que (de acuerdo con esta concepción) no abarcaba únicamente a dicho transmitente, sino también, de algún modo o potencialmente, al transmisario.

No obstante, sucede que el carácter inequívocamente derivativo de la delación en favor del transmisario es algo también aceptado por los defensores de la tesis moderna (17), que sin embargo afirman que ello no es incompatible con el entendimiento de que, una vez que el transmisario acepta la herencia del primer causante, deviene sucesor directo de éste. Dicho en otras palabras: es perfectamente compatible afirmar que el llamamiento al transmisario es derivativo del que en su momento fue efectuado al transmitente —de un lado—, y que, una vez que ese transmisario acepta la herencia del primer causante, deviene, recta vía, heredero suyo —de otro lado—.

Por mi parte, considero que este argumento de la doctrina clásica encierra cierta dosis de juego de palabras o, mejor dicho, un incorrecto uso de ellas, al menos si acudimos a los conceptos de adquisición originaria y derivativa de la Parte General del Derecho Civil. De acuerdo con ella, es adquisición originaria la que no deriva de un titular anterior —por ejemplo, el caso de la ocupación—, o cuando, aun existiendo ese titular anterior, la nueva titularidad no queda afectada por el modo (extensión, compromisos adquiridos, etc.) en que la anterior titularidad existía —caso prototípico: la usucapación—; por el contrario, una adquisición es derivativa cuando trae causa de un anterior titular, de modo que el nuevo se subroga en los bienes, derechos y obligaciones en la misma forma y extensión que presentaban en el patrimonio de dicho titular anterior (*nemo plus iura ad alium transferre potest quam ipsa habet*).

apoyo de esta tesis se cita con frecuencia la resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 3 de octubre de 1967, que (realmente, sin añadir nada a lo que el propio precepto prevé), afirmó: «(...) no procede realizar ningún previo asiento de inscripción a favor de la primera heredera llamada (transmitente), porque ésta no llegó a adquirir la propiedad del inmueble transmitido, ya que no aceptó ni repudió la herencia, sino un mero *ius delationis*, que sirva de base para la determinación de los ulteriores interesados».

Por mi parte, considero meridianamente claro que este precepto favorece la tesis clásica, pues, independientemente del modo en que regula la titularidad registral y el tracto sucesivo, viene a reconocer que desde la muerte del primer causante hasta la aceptación del transmisario han mediado transmisiones: las acontecidas entre transmitentes y transmisarios. El hecho de que, por lo que respecta al tracto sucesivo y la titularidad registral, sea el transmisario quien aparezca inmediatamente después del primer causante no tiene mayor importancia, máxime si esta regla se pone en relación con el resto de las previstas en el art. 20 Ley Hipotecaria, que, como es generalmente reconocido, contemplan —al margen de supuestos de falsos «saltos» en la titularidad registral— casos de tracto abreviado, que implican la constancia de varias transmisiones sustantivas en un solo asiento.

No obstante, dado que nos hallamos ante un precepto meramente registral y, por tanto, adjetivo (además, redactado cuando todavía no había nacido la teoría moderna del art. 1006 CC), este argumento no puede ser considerado, ni mucho menos, determinante: el Registro de la Propiedad establece el modo en que las modificaciones jurídico-reales deben aparecer en él, pero no cómo se producen civilmente.

5) Por último, en beneficio de la teoría clásica se han aducido razones de conveniencia práctica, consistentes en que entender que el transmisario adquiere únicamente del transmitente encaja mejor con otras figuras sucesorias, o simplemente resulta más equitativo.

Con carácter general, debo señalar que, sin desmerecer que las consecuencias derivadas de una u otra postura puedan considerarse para sopesar la razonabilidad de aquéllas (de hecho, ya adelanto que una de esas consecuencias, concretamente la relativa a la capacidad, considero que constituye el principal obstáculo de la doctrina clásica), las razones aquí expuestas no parecen, siquiera remotamente, suficientes para acoger esta tesis.

Se alega, por ejemplo:

i) La tesis clásica es más razonable puesta en relación con la colación, pues justifica que no deban colacionarse las donaciones del primer causante al transmisario.

El argumento adolece de un error de principio: considerar que dichas dona-

ciones no deben colacionarse (conclusión que, desde luego, se alcanza sin problema de acuerdo con la tesis clásica). Sin embargo, no se comprende por qué se considera esa solución más razonable: si la colación consiste en tomar en consideración lo que cada legitimario recibió del causante durante la vida de éste, para considerarlo como un anticipo de lo que se le iba a dejar por vía hereditaria, lo más razonable parece lo contrario de lo que se predica, esto es, que sean tenidas en cuenta, y no omitidas, las donaciones que el primer causante realizó en favor del transmisario.

ii) También se ha dicho que la tesis clásica concede mejor explicación para la resolver el conflicto entre el *ius transmissionis* y la sustitución vulgar que el primer causante puede haber establecido en su testamento.

Para la comprensión de este argumento, se hace imprescindible explicar, aun sucintamente, en qué consiste tal conflicto (aquí no analizado con profundidad): para el supuesto de que el primer causante haya previsto una sustitución vulgar de acuerdo con el art. 774 CC —esto es, para los supuestos de premoriencia, incapacidad y renuncia del designado—, y éste fallece sin aceptar ni repudiar, se discute si debe prevalecer el art. 1006 CC (de modo que la delación se transmite a los herederos del heredero) o, por el contrario, la sustitución vulgar (de forma que será el sustituto quien tendrá la posibilidad de aceptar la herencia).

Ante esta tesitura, algunos autores consideran que debe prevalecer el art. 1006 CC, principalmente considerando que aquél evita de raíz la vacancia que es presupuesto de toda sustitución; a mayor abundamiento, se alega que no concurre premoriencia, pues, por definición, el heredero no ha fallecido antes que el causante, sino que, por el contrario, le ha sobrevivido. Sin embargo, otros autores entienden que debe considerarse llamado el sustituto vulgar, basándose en que el *ius transmissionis* es disponible por el testador, y en la identidad de razón existente entre el caso en que el designado fallezca antes que el testador —de un lado— y el supuesto en que sobreviva, pero muera más tarde sin haber aceptado ni repudiado la herencia —de otro—.

Pues bien, como se recordará, los defensores de la doctrina clásica aducen que ésta otorga mejor explicación a la preferencia del derecho de transmisión sobre la sustitución vulgar, pues permite entender (se continúa) que, al ejercitar el transmisario el *ius delationis*, en cierta forma desencadenó una aceptación del propio transmitente y que, por tanto, los bienes del primer causante quedaron integrados en la herencia del transmitente, lo que —la consecuencia es obvia— determina la exclusión de la sustitución vulgar.

También esta explicación parte de un error de principio: considerar deseable la preferencia del transmisario sobre el

sustituto, lo que considero cuando menos dudoso, atendida la voluntad del testador. Efectivamente: si la voluntad del causante debe ser respetada en la mayor medida posible, ¿parece razonable que devenga heredero alguien en quien (como precisamente aducen los defensores de la doctrina clásica) no pensó el causante, por delante de aquél que sí fue establecido en defecto del inicialmente designado?

Los defensores de la doctrina clásica aducen que ésta otorga mejor explicación a la preferencia del derecho de transmisión sobre la sustitución vulgar, pues permite entender que, al ejercitar el transmisario el *ius delationis*, en cierta forma desencadenó una aceptación del propio transmitente

A mi juicio, siguiendo a ROCA SASTRE y DE BUEN, es evidente que no. Considero que aquí cabe una argumentación similar a la aceptada para el caso en que, prevenida una sustitución fideicomisaria, el fiduciario fallezca antes que el causante: si en este caso, en que el testador quiso que primero heredase el fiduciario y luego el fideicomisario, el fallecimiento del primero lleva a adaptar la previsión y concluir que el fideicomisario debe ser el heredero directo (la sustitución fideicomisaria implica la vulgar: al fin y al cabo, el testador quiso que dicho fideicomisario heredase, aunque fuera en segundo lugar), no se entiende por qué, cuando el testador estableció que de premorir cierta persona heredase otra, el hecho de que el heredero muera después que el causante, pero antes de aceptar o repudiar, no cabe suponer que el testador habría querido que sucediese el sustituto vulgar. Estoy convencido de que la mayoría de los testadores así lo confirmarían.

Pero es que, además, debe de nuevo denunciarse que la doctrina clásica propugna, también en relación con esta cuestión, que la aceptación del transmisario equivale a la que hubiera podido ser llevada a cabo por el transmitente. Nos hallamos ante un efecto que bien pudiera considerarse mágico, ante una ficción sin amparo alguno la ley o, más bien, contraria a ella: que, de algún modo (desconozco exactamente cómo), el transmisario acepta en nombre del transmitente, de modo que éste ha aceptado tras morir. Semejante entendimiento, obviamente, no puede ser aquí compartido.

Hasta aquí, el análisis de los argumentos tradicionalmente invocados en favor de la tesis clásica, del que, como ha podido comprobarse, resulta la inconsistencia (o, cuando menos, el carácter no convincente) de la práctica totalidad

de aquéllos. En resumidas cuentas, considero que el único argumento que resiste razonablemente la crítica es el consistente en que, de seguirse la tesis moderna, pudiera devenir sucesor del primer causante alguien que no existía al momento de su fallecimiento.

No obstante, antes de pronunciarnos con mayor contundencia, analizaremos los alegatos invocados por quienes sostienen la doctrina moderna. Sólo posteriormente, considerando el estado en que queden aquéllos, y comparándolo con el de las razones hasta aquí expuestas, estaremos en condiciones de esbozar un balance global de razonabilidad.

III. LOS ARGUMENTOS ALEGADOS EN FAVOR DE LA TESIS MODERNA O DE LA DOBLE ADQUISICIÓN

Esta tesis —como se ha dicho, consistente en entender que, si el transmisario acepta la herencia del primer causante, también deviene heredero directo suyo— fue introducida en nuestro país como consecuencia de la opinión de buena parte de la doctrina italiana, desarrollada con base en el art. 479, párrafo 1.º, Código Civil italiano: «Se il chiamato all' eredità muore senza averla accettata, il diritto di accettarla si trasmette agli eredi» (20).

Poco más tarde, esta doctrina fue introducida en España bajo la autoridad de ALBADALEJO (21), para ir posteriormente captando un creciente número de adeptos (a pesar de lo cual sigue siendo claramente minoritaria): entre otros, defienden esta postura PUIG FERRIOL, ROCA TRÍAS, VATTIER FUENZALIDA, JORDANO FRAGA y MONTSERRAT VALERO (22).

Los principales argumentos que militan a favor de esta tesis (trataré de agrupar todos los invocados, ya que la fuerza de cada autor en relación con cada uno es dispar), son los siguientes:

a) El carácter retroactivo de la aceptación de la herencia, consagrado, como es conocido, en el art. 989 CC: «Los efectos de la aceptación y de la repudiación se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona a quien se hereda» (23).

De acuerdo con ello, los partidarios de esta tesis invocan la necesidad de considerar, *a posteriori*, que los bienes, derechos y obligaciones del primer causante no quedaron sin titular en momento alguno. Y, considerando que en el *ius transmissionis* únicamente media aceptación del transmisario —por definición, no del transmitente—, de modo que únicamente desde entonces puede jugar la retroactividad, se dice

que ésta debe remontarse hasta la muerte del primer causante, y no únicamente hasta la del transmitente. De entenderse otra cosa, no existiría forma de localizar un titular para el período comprendido entre la muerte del primer causante y la del segundo: desde luego, no podría hacerse entendiendo que la aceptación del transmisario implica, en cierta forma, también la del transmitente, pues, como se ha hecho constar, no cabe considerar que la aceptación de una persona pueda entenderse efectuada cuando ya ha fallecido.

mento sucedan a aquél a quien confesaron, que está bajo su tutela, o cuyo testamento autorizaron. Evidentemente, el fundamento de estas previsiones radica en la sospecha de que esas personas han podido desplegar, al otorgarse el testamento o anteriormente, una captación de la voluntad del testador.

Mayor gravedad tienen las causas de indignidad, elementalmente consistentes en la concurrencia de causa penal grave entre testador y sucesor, o en la manipulación efectiva (no meramente presunta) de la voluntad del testador. A pesar de la posible exención de la indignidad por parte del testador (art. 757 CC), innegablemente nos hallamos ante situaciones de la mayor gravedad, que determinan que se considere inadmisibles que cierta persona suceda a otra.

Pues bien, siguiendo la doctrina clásica, podría perfectamente suceder que los bienes del primer causante pasaran, por vía del art. 1006 CC, a favor de quien, por ejemplo, atentó contra su vida.

A mi juicio, semejante resultado debe ser evitado a toda costa, pues atenta contra el más elemental sentido común y, sencillamente, repugna al Derecho. Así lo reconocen incluso los defensores de la teoría clásica; dice GARCÍA GARCÍA que «no cabe duda de que las causas de indignidad repugnan, pues son situaciones extremas, y eso podría dar pie a dar algún fundamento a la teoría de la adquisición directa» (24). Incluso LA-CRUZ BERDEJO tiene que reconocer que «esta solución [la de la teoría clásica] presenta el inconveniente moral de que un heredero que sería indigno de suceder al primer causante puede recibir sus bienes a través del *ius delationis* transmitido» (25).

Por ello resulta especialmente criticable el ya citado AAP Granada de 22 de septiembre de 1997, que toma en consideración la cuestión de la indignidad precisamente para lo contrario de lo dicho: para defender la doctrina clásica; dice este auto: «Existen una serie de razones y consideraciones prácticas que demuestran la conveniencia de seguir la teoría clásica del Derecho de Transmisión (...). Las soluciones que ofrece la teoría clásica a los problemas de las incapacidades relativas derivadas de ser Notario, confesor o tutor del primer causante, encuentran mejor explicación desde la teoría clásica. Lo mismo ha de decirse respecto a la indignidad sucesorio del transmisario, pues sería una desigualdad para el transmisario que hubiera ocurrido en causa de indignidad respecto al primer causante, que éste no hubiera podido remitir en documento público la indignidad del transmisario, al no contar para nada con él como heredero suyo». También GARCÍA GARCÍA invoca la cuestión de

la indignidad a favor de la doctrina clásica, indicando que: i) atendida la literalidad del art. 1006 CC, no puede requerirse que el transmisario deba ser digno respecto del primer causante; ii) consideraciones meramente morales no pueden llevar a extender el contenido del art. 756 CC, y iii) sería inadmisibles que el primer causante pudiera personar al transmitente y no al transmisario, en quien no pensó (26).

No puede negarse que este último argumento (desigualdad entre transmitente y transmisario frente a la posibilidad de perdón) pudiera hacer preferible la teoría clásica: del mismo modo que al transmitente, considerado como heredero por el primer causante, pudiera haber sido perdonada la indignidad, debiera poderlo ser el transmisario si se le considera sucesor directo de dicho primer causante.

No obstante, me parece inaceptable invocar ese aspecto (ciertamente recóndito) para eludir reconocer que la doctrina clásica encuentra, en la capacidad sucesoria, un gravísimo inconveniente. Nos remitimos a lo dicho: permitir que quien ha atentado contra el primer causante reciba, no obstante, todos sus bienes, es algo tan extremadamente grave que, por sí solo, debe bastar para rechazar la doctrina clásica.

c) Como último argumento a favor de la tesis moderna puede citarse la consideración de que fiscalmente es absurdo, por gravoso, que los bienes que se adquieren del primer causante tributen, de acuerdo con la doctrina clásica, dos veces, pues de acuerdo con ella han pasado del primer causante al transmitente —primero— y de dicho transmitente al transmisario —más adelante—.

Resulta evidente la conveniencia fiscal de que el transmisario no tribute dos veces por la adquisición de los bienes del primer causante. No obstante, es igualmente claro que este argumento carece, a efectos civiles, de un mínimo rigor.

Analizados los principales argumentos que soportan ambas corrientes doctrinales (insisto: no jurisprudenciales), corresponde ineludiblemente pronunciarse, lo que hago a continuación.

IV. CONCLUSIÓN

Llegados a este punto, es obligado hacer balance del resultado del estudio. Lo primero que debo decir es que considero que la mayoría de los argumentos que apoyan la doctrina clásica han quedado desvirtuados; en síntesis: i) no puede afirmarse, con rigor, que el *ius delationis* que llega al transmisario sea derivativo; ii) no puede considerarse proscrito por nuestro Ordenamiento jurídico que el sucesor de cierta persona sea alguien en quien éste jamás pensó; iii) el tenor literal del art. 1006 CC no es un argumento concluyente, y más bien favorece la tesis moderna; iv) el art. 20,

párrafo 6.º, Ley Hipotecaria no es un argumento sustantivo, y v) la conveniencia práctica de la tesis clásica, en relación con cuestiones tales como la colación o la sustitución vulgar, adolece del vicio de partida de considerar deseable lo que no necesariamente lo es.

Más variada es la conclusión que se extrae del análisis de los argumentos invocados a favor de la tesis moderna: así, mientras que el transmisario deba tener capacidad de suceder al primer causante se presenta como algo a respetar en todo caso, la consideración de que es fiscalmente preferible no es siquiera argumento a estos efectos.

De acuerdo con ello, creo que la clave para inclinarse por una u otra teoría reside en la cuestión de la retroactividad de la aceptación. Si bien este efecto ha sido generalmente invocado por los partidarios de la tesis moderna, pues no es posible entender (como hace la doctrina clásica) que la aceptación del transmisario produzca también la del transmitente, este alegato arrastra hasta aquí, un obstáculo al que no se ha dado todavía respuesta: la posibilidad de que sea heredero del primer causante quien ni siquiera se hallaba concebido cuando aquél falleció (arts. 758 y 29 CC).

Para estos casos, aunque sean estadísticamente escasos (y abandonado por mi parte el intento de acudir, analógica y forzosamente, al art. 758 in fine CC, que también atiende al momento en que se cumple condición para calificar la capacidad), debe reconocerse que el transmisario no puede ser heredero del causante. Aquel precepto es claro, y no parece admisible tratar de reinventarlo para incurrir en el frecuente error consistente en, dando por supuesta la bondad de una teoría, hacer lo posible para conseguir que en su contra no quede en pie un solo argumento.

Por tanto, acerca de cuál de las dos doctrinas parece más razonable, me inclino por la moderna con carácter general, opción para la que, como ya he dicho, considero que la cuestión relativa a la capacidad sucesoria tiene un peso decisivo.

Respecto a la retroactividad, debe señalarse que, mientras que el problema de que el transmisario no exista al fallecimiento del primer causante se dará en escasas ocasiones, el problema con el que topa la tesis clásica (la aceptación del transmisario se equipara, en cierta forma, con la del transmitente) concurre, por definición, en todos los casos. Por tanto, mi conclusión es que, respecto de los bienes que provienen del primer causante, el transmisario le sucede directamente, salvo en un supuesto: cuando no haya nacido a la muerte de dicho causante.

No considero criticable esta opinión por ser variable. Sí lo sería, a mi juicio, si la variabilidad viniera dada por el hecho de que en algunas ocasiones se hiciera especial hincapié en unos argumentos y, en otros casos, en otros bien distin-

Se alega, en defensa de la doctrina moderna, que de considerarse que el transmisario sucede únicamente al transmitente, podría llegar a adquirir los bienes del primer causante alguien incurso en causa de incapacidad relativa (arts. 752 a 755 CC) o incluso indignidad

No obstante, como también se ha mencionado, esta interpretación de la retroactividad choca con un obstáculo de importancia, que constituye uno de los principales argumentos de la doctrina clásica: entendidas las cosas según lo expuesto, el sucesor del primer causante (en esa hipótesis, el transmisario) podría ser alguien no nacido, ni concebido —art. 29 CC— a la muerte de aquél.

Recogiendo lo dicho hasta aquí, la retroactividad en su conjunto parece tener un obstáculo insalvable para ambas doctrinas: para la clásica, que equipara la aceptación del transmisario a la del transmitente, implica reconocer una adición de quien ya falleció; para la doctrina moderna, la posibilidad de que el sucesor de una persona no haya existido a la muerte de aquél.

Dada la complejidad de la cuestión, que considero constituye el núcleo de este artículo, pospongo mi pronunciamiento al último apartado.

b) Asimismo se alega, en defensa de la doctrina moderna, que de considerarse que el transmisario sucede únicamente al transmitente, podría llegar a adquirir los bienes del primer causante alguien incurso en causa de incapacidad relativa (arts. 752 a 755 CC) o incluso indignidad (art. 756 CC).

Como es conocido, el CC, al margen de las causas de incapacidad absoluta para suceder (art. 745 CC, que realmente contempla casos en que el llamado no tiene, o no llega a tener, personalidad jurídica), relaciona una serie de supuestos que determinan que cierta persona no pueda ser sucesora de otra en particular: así, se prohíbe que el confesor, el tutor o el notario autorizante del testa-