

BOLETÍN

Centro de Estudios Registrales de Cataluña

DIRECTORA

MERCEDES TORMO SANTONJA

SUBDIRECTOR

JESÚS GONZÁLEZ GARCÍA

CONSEJO DE REDACCIÓN

MANUEL BERNAL DOMÍNGUEZ

FERNANDO DE LA PUENTE ALFARO

VICENTE JOSÉ GARCÍA-HINOJAL LÓPEZ

MATÍAS GIMÉNEZ ROCHA

ANTONIO GINER GARGALLO

JESÚS GONZÁLEZ GARCÍA

FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ

JOAQUÍN MARÍA LARRONDO LIZARRAGA

JOSÉ M.^a RAMÍREZ-CÁRDENAS GIL

DIRECTORES HONORARIOS

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA

FCO. JAVIER GÓMEZ GALLIGO

núm. 102

SEPTIEMBRE Y OCTUBRE DE 2002



SOBRE LA COMPUTACIÓN DEL IUS DELATIONIS EN LOS SUPUESTOS DE TRANSMISIÓN DE LA DELACIÓN

1. SOBRE LA COMPUTACIÓN DEL IUS DELATIONIS EN LOS SUPUESTOS DE TRANSMISIÓN DE LA DELACIÓN *

M. ESPERANÇA GINEBRA MOLINS

IVÁN MATÍO BORGÉ

Departamento de Derecho Civil
Universidad de Barcelona

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN; I.- La tesis clásica: la sucesión «a través» del transmitente; 1. ¿A quién sucede el transmitente?; 2. Consecuencias a efectos de computación; II.- TEORÍA DE LA ADQUISICIÓN «RECTA VÍA»; 1. ¿A quién sucede el transmitente?; 2. Consecuencias a efectos de computación; III.- ¿DEBE COMPUTARSE EL IUS DELATIONIS A LA HERENCIA DEL PRIMER CAUSANTE EN LA HERENCIA DEL TRANSMITENTE EN LOS SUPUESTOS DE TRANSMISIÓN?; 1. La consideración del *ius delationis* a la herencia del primer causante en la herencia del transmitente; 1.1. Algunas notas sobre el pretendido valor del *ius delationis*; 1.2. La no valoración del *ius delationis* en la herencia del transmitente; 2. La consideración del *ius delationis* a la herencia del primer causante al margen de la herencia del transmitente. Especial referencia al derecho catalán; 2.1. Breve reseña sobre los precedentes de la regulación actual; 2.2. El *ius delationis* y la herencia del transmitente

INTRODUCCIÓN

El *ius delationis* es un poder jurídico actual y concreto de hacer propia una herencia a la que se es llamado ⁻¹⁻; supone la posibilidad que tiene una persona concreta de aceptar o repudiar la herencia defierda. En este sentido, podemos afirmar que se le ofrece una opción al sujeto delado, ya que podrá convertirse en heredero, aceptando la herencia que se le defiere, o bien podrá autoexcluirse definitivamente de la sucesión abierta, mediante la repudiación de aquélla.

La naturaleza jurídica del *ius delationis* ha sido muy discutida por la doctrina, pudiendo destacarse diversas posiciones en cuanto a su carácter y naturaleza ⁻²⁻.

Así, una parte de la doctrina ha considerado el *ius delationis* como una *facultas adquirendi* o mera legitimación u oportunidad de adquisición que se atribuye al sujeto

1. ALBALADEJO GARCÍA, M., «La sucesión "iure transmissionis"», en *Estudios de derecho civil*, Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1955, p. 244.

2. JORDANO FRAGA defiende que debe olvidarse la conceptualización terminológica y atender al régimen jurídico del instituto, debiendo tener en cuenta únicamente las consecuencias derivadas de éste, y siendo acentuada la terminología que se emplee para explicarlas. No obstante, equipara el autor el *ius delationis* a la

delado⁻³⁻, negando totalmente el carácter de derecho subjetivo, inclinándose otros autores por su calificación como una mera expectativa jurídica⁻⁴⁻. DE CASTRO⁻⁵⁻ hablaba de un «*reflejo de la capacidad de obrar, en su aspecto negocial o autonomía de la voluntad*», equiparándolo a la facultad general de celebrar un contrato o de hacer un testamento⁻⁶⁻, mientras que, por su parte, RADALLI⁻⁷⁻ afirmaba que el *ius delationis* no era ni un derecho subjetivo, ni un poder ni una facultad, sino una cualidad personal, consistente en la titularidad de una relación que tiene la naturaleza de relación fundamental, y que por consiguiente, aun siendo fuente de derechos subjetivos, no era ella misma un derecho.

No obstante lo anterior, la doctrina dominante ha optado por configurarlo como un derecho subjetivo⁻⁸⁻, desplazando la discusión a la determinación de la categoría de

oferta contractual, diciendo que ésta también implica una delación para su destinatario, no formando parte las figuras mencionadas de la categoría de los derechos subjetivos, calificándolas de «*poderes jurídicos*» —JORDANO FRAGA, F., *La sucesión en el «ius delationis» (Una contribución al estudio de la adquisición sucesoria «mortis causa»)*, Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1990, pp. 140-145—. En el mismo sentido, PUG FERRAOL y ROCA TRÍAS entienden que la cuestión de la naturaleza jurídica del *ius delationis* no interesa sino es en relación con sus caracteres y con sus efectos; a partir de aquí, admiten que puede decirse que se trata de un título a través del cual se adquiere el complejo de las relaciones jurídicas que no se extinguen por la muerte de las que el causante de la sucesión era titular (PUG FERRAOL, L. y ROCA TRÍAS, F., *Fundamentos del Derecho Civil de Cataluña*, T. III, *Derecho sucesorio catalán*, Vol. 1^o, Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., 1979, p. 121).

3. PERCOTTA, S., *Istituzioni di Diritto romano*, T. II, *Obbligazioni ed azioni — Diritto ereditario — Donazioni*, 2^a ed., Roma: Athenaeum, 1928, p. 481. Entre la doctrina española, CASANOVAS MUSSONS, A., niega al *ius delationis* la categoría de derecho subjetivo, según esta autora: «*El «dret a l'herència» és el que s'ofereix al delatant com a efecte jurídic de la seva vocació preferent, però només es té com a tal dret amb l'acceptació. El delatant té una facultat i no un dret...*» (CASANOVAS MUSSONS, A., en F. BADOA, COLL —coord.—, *Compendi de Dret civil català*, Madrid: Barcelona: Edicions de la Universitat de Barcelona, Marçal Pons, Edicions Jurídicas y Sociales, S.A., 1999, p. 413 —*vid.*, también, p. 405—). Por su parte, HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS configura el *ius delationis* como una *facultas adempti vel repudiandi*, incluida en la esfera de los derechos de la personalidad y dentro de ellos en el marco de los derechos a la libertad personal (HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, G., «La transmisión del *ius delationis*», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallat de Goytisolo*, T. IV, Madrid: Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, 1988, p. 480).

4. BARASSI, L., *La successione per causa di morte*, 3^a ed., Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 1947, p. 78.

5. DE CASTRO y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1984, p. 605.

6. Crítica esta visión GARCÍA GARCÍA, para quien la posibilidad concedida por el ordenamiento de celebrar contratos o de hacer testamentos son meras posibilidades de actuación de carácter genérico, sin referencia a una situación jurídica concreta y determinada. En cambio, en el *ius delationis*, su titular tiene unas facultades concretas en relación con los derechos existentes en un patrimonio determinado; se trata de que una persona tiene la facultad de adquirir unos determinados bienes o de renunciarlos. Por ello no se puede identificar esta facultad con un mero reflejo abstracto de la capacidad de obra general, ni como una mera manifestación de la libertad negocial (GARCÍA GARCÍA, J.M., *La sucesión por derecho de transmisión*, Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1996, p. 257).

7. RADALLI, *L'eredità giacente*, Milán, p. 186 (cfr. ALBALADEJO GARCÍA, M., «La sucesión...», *ob. loc. cit.*, p. 263, nota núm. 42).

8. Entre otros, *vid.* ENNECERUS, L., KIPP, T. y WOLFF, M., *Tratado de Derecho civil*, traducción de PÉREZ GONZÁLEZ, B., y ALGUEIR, J., T. I, Vol. 1^o, *Parte General*, 2^a ed., Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1953, § 66, p. 288, nota núm. 7; ROCA SASTRE, R.M., «El derecho de transmisión», en *Estudios de Derecho Privado*, II (Sucesiones), Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1948, p. 299; CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones de Derecho civil español*, T. II, Madrid: Imprenta de Juan Pueyo, 1932, pp. 352-353; ALBALADEJO GARCÍA, M., «La sucesión...», *ob. loc. cit.*, p. 253; GARCÍA GARCÍA, J.M., *La sucesión...», ob. cit.*, p. 258; DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, T. IV, *Derecho de familia*, *Derecho de sucesiones*, 8^a ed., Madrid: Tecnos, 2001, p. 303. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la Ley utiliza el tér-

derechos en la que podría integrarse el *ius delationis*. En este sentido, se suele considerar que forma parte de los derechos a la modificación jurídica, derechos de formación o derechos potestativos⁻⁹⁻, aunque no han faltado opiniones que, ampliando tal concepción, lo han calificado como un derecho al derecho⁻¹⁰⁻.

En caso de que el sujeto delado haya muerto sin haber aceptado ni repudiado la herencia deferida, es decir, sin haber ejercitado el *ius delationis*, la posibilidad de aceptar o repudiar pasará a sus herederos, sean éstos testamentarios o intestados. Se trata del llamado *ius transmissionis* o derecho de transmisión hereditaria, regulado en el art. 29.1 del *Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya* —Ley 40/1991, de 30 de diciembre— [CS] («*Mort el cridat sense haver acceptat ni repudiat l'herència deferida el dret a succeir mitjançant la seva acceptació i el de repudiar són transmesos sempre als seus hereus*»), así como en el art. 1006 del Código civil [CC] («*Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía*»).

La transmisión de la delación se produce *ope legis* o *ex lege*⁻¹¹⁻, de forma automática e independientemente de la voluntad del sujeto, es decir, es la ley la que determina que el *ius delationis* vaya a parar a sus herederos, por el solo hecho de serlo.

El *ius transmissionis* es característico de los sistemas de adquisición de herencia de cauz romana, en los que la efectiva transmisión de la propiedad de los bienes hereditarios dependerá de la aceptación del llamado a ser heredero (CS, CC, *Codice*), en contraposición a los ordenamientos que propugnan la adquisición *ipso iure* de la herencia

minio «derecho» (arts. 19 —«*La venta, la donación o la cesión del dret a l'herència...*», 28 —«*El dret del cridat a acceptar o repudiar l'herència...*», 29 —«*el dret a succeir mitjançant la seva acceptació...*»— *Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya* [CS] y 1006 —«*el mismo derecho que él tenía*»— Código civil [CC]).

9. ALBALADEJO GARCÍA, M., «La sucesión...», *ob. loc. cit.*, p. 254; LACRUZ BERDEJO, J.L., en LACRUZ, J.L. y ALBALADEJO, M., *Derecho de sucesiones, Parte general*, Barcelona: Librería Bosch, 1961, p. 158; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, T. I, *Introducción y parte general*, 15^a ed., Barcelona: Librería Bosch, S.L., 2002, p. 448; GARCÍA GARCÍA, J.M., *La sucesión...*, *ob. cit.*, p. 260. Para DOMÍNGUEZ REYES la naturaleza jurídica de la transmisión de la delación tiene un carácter dual, ya que respecto del transmitente es un derecho *ex lege*, pero desde la perspectiva del transmitido, un derecho potestativo (DOMÍNGUEZ REYES, J.F., «Vocación y delación de la herencia», en *RCDJ* (2000), núm. 660 (julio-agosto), p. 2304).

10. CAROTA FERRARA, L., *Le successioni per causa di morte*, I, *Parte generale*, T. I, *Principi-Problemi fondamentali*, Nápoles: Morano Editore, 1955, pp. 81-86; CAPOZZI, G., *Successioni e donazioni*, T. I, Varese: Giuffrè Editore, 1983, pp. 72 y 73.

11. *Vid.* MIGUEL TRAVIESAS, M., «Sobre derecho hereditario», en *RDP*, 1921, p. 11; GETTE-ALONSO y CALERA, M.C., Comentario al art. 258 CDC, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, M. ALBALADEJO (dir.), T. XXIX, Vol. 3^a, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, 1989, p. 274; GUTRANA GONZÁLEZ, M., Comentario al art. 1006 CC, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, M. ALBALADEJO (dir.), T. XIV, Vol. 1^a, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, 1989, p. 286; JORDANO FRAGA, F., *La sucesión...*, *ob. cit.*, p. 121; MEDIZURTA GARCÍA-GRANERO, E., Comentario al art. 29 CS, en *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña. Ley 40/1991, de 30 de diciembre*, L. JOU MUSAVENT (coord.), T. I, Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., 1994, p. 98; LACRUZ BERDEJO, J.L., *et alii*, *Elementos de Derecho Civil*, T. V, *Derecho de sucesiones*, Barcelona: José María Bosch Editor, S.A., 1993, p. 47; DOMÍNGUEZ REYES, J.F., «Vocación...», *ob. loc. cit.*, p. 2304. Por su parte, HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS defiende la adquisición *ex lege* por parte del transmitido, no existiendo transmisión *ex patrimonio hereditario*, ya que el *ius delationis* nunca ingresa en el patrimonio de transmitente, por tener carácter personalísimo y extrapatrimonial (HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, G., «La transmisión...», *ob. loc. cit.*, p. 470).

a partir del fallecimiento del *de cuius*, como son los sistemas germanistas, en los que no existe la necesidad de aceptación y no se plantea el supuesto de la transmisión ya que el llamado se convierte automáticamente en heredero, salvo que repudie -12-

Desde un punto de vista subjetivo, el funcionamiento del *ius transmissionis* implica a tres sujetos distintos: por un lado, el primer causante, que fallece con testamento o sin él; en segundo lugar, el transmitente o segundo causante, delado a la primera herencia, y que fallece sin haberse pronunciado sobre su aceptación o repudiación; y, por último, el transmisario o heredero del transmitente, que recibe la delación a la herencia de su causante (transmitiente) y al mismo tiempo, y siempre que acepte ésta, puede ejercitar el *ius delationis* referido a la herencia del primer causante.

Desde un punto de vista funcional, la transmisión del *ius delationis* requiere -13-. 1) la delación a favor del transmitente —que adquiere así el *ius delationis* respecto de la herencia del primer causante, fallecido—; 2) La muerte del transmitente (segundo causante) sin aceptar ni repudiar la herencia del primer causante, y 3) La aceptación de la herencia del transmitente por parte del llamado a sucederle (transmisario).

Una de las discusiones tradicionales alrededor del funcionamiento de esta figura se ha centrado en la cuestión de saber a quién sucede realmente el transmisario que ha aceptado la herencia del primer causante, surgiendo a este respecto dos grandes teorías: La llamada teoría clásica, que se inclina por considerar al transmisario como heredero del transmitente y la denominada de «adquisición recta vía», que defiende que el beneficiado por el derecho de transmisión será heredero directo del primer causante.

Generalmente, a efectos de cálculo de la legítima que puede corresponder a los legitimarios del transmitente o de determinación del alcance del usufructo del cónyuge viudo de éste, se ha hecho depender la solución de la computación o no de la herencia del primer causante en la herencia del transmitente de dos variables: por un lado, de la admisión o no de la patrimonialidad del *ius delationis*, y por otro, de la opción previa por la teoría clásica, de adquisición de la herencia del primer causante por parte del transmisario a través del transmitente, o por la de la adquisición «recta vía» de dicha herencia por parte del transmisario.

En este sentido, en el caso que dio lugar a la RDGRN de 22 de octubre de 1999 —en la que se trataba de averiguar si el cónyuge viudo del transmitente debía de intervenir en la partición extrajudicial de la herencia del primer causante realizada por los herederos—, el Notario defendía la no-computación y la no-intervención, entre otros

12. *Vid.* HERNÁNDEZ VALDEOMILLIOS, G., «La transmisión...», *ob. loc. cit.*, p. 467; FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, J.L. y PASCUAL DE LA PARTE, C.C., «Sobre el carácter meramente instrumental de la transmisión del *ius delationis*» (ex artículo 1006 del Código civil). La posición jurídica del transmitente y del transmisario», en *ADC* (1996), fase. IV (octubre-diciembre), pp. 1544-1545. En contra, *vid.* JORDANO FRAGA, F., *La sucesión... ob. cit.*, pp. 82 y ss.

13. *Vid.* MANRESA NAVARRO, J.M., Comentario al art. 1006 CC, en *Comentarios al Código civil español*, Vol. VII, edición revisada por F. BONEF RAMÓN, 6ª ed., Madrid: Instituto Editorial Reus, 1943, pp. 433-434; ALBALADEJO GARCÍA, M., «La sucesión...», *ob. loc. cit.*, p. 290. *Vid.*, también, ROCA SASTRE, R.M., «El derecho...», *ob. loc. cit.*, pp. 295-296; PUG FERRER, L. y ROCA TRÍAS, E., *Fundamentos... ob. cit.*, T. III, Vol. 1º, pp. 126-127; GUTIÉRREZ-ALONSO y CALERA, M.C., Comentario al art. 258 CCOC, *ob. loc. cit.*, pp. 276-281; MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, E., Comentario al art. 29 CS, *ob. loc. cit.*, pp. 101-102; FERNÁNDEZ ÁLVAREZ y PASCUAL DE LA PARTE, C.C., «Sobre el carácter...», *ob. loc. cit.*, pp. 1548-1549; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de derecho sucesorio*, 2ª ed., Madrid: La Ley, 1999, pp. 23-24.

argumentos, sobre la base del carácter extrapatrimonial del *ius delationis* y al hecho de que el transmitente nunca fue heredero del primer causante ni titular de sus bienes; el Registrador de la Propiedad, en cambio, partía del hecho de que si los transmisarios aceptan la herencia del primer causante los bienes que la integran quedan englobados dentro de la herencia del segundo causante (transmitiente), cuyo viudo, por tanto, tiene que intervenir en las operaciones particionales de la herencia de su difunto consorte. El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana y, posteriormente, la DGRN desestimaron el recurso y confirmaron la nota de calificación del Registrador, resolviendo, por tanto, a favor de dicha intervención -14-.

Por su parte, la RDGRN de 23 de junio de 1986 se pronunció sobre un supuesto en el cual la transmisaria, previa aceptación de la herencia del transmitente, repudió la del

14. Para el Notario, la idea de la computación del *ius delationis* como un valor integrado en la herencia del transmitente se considera ajena a las ideas del Derecho sucesorio. Ello es así, porque contradice el sistema de adquisición hereditario basado en la previa adquisición del delado, ya que si computamos el *ius delationis*, tendríamos que será indiferente que acepte o repudie, ya que en cualquier caso, y, en especial, en el de repudiación, el hipotético valor patrimonial del *ius* se inclinaría definitivamente en su herencia. El mismo hecho pugna, según el Notario, con el fundamento del derecho de transmisión y con el principio básico de que el interés de los acreedores está por encima del de los legitimarios, ya que tal computación no se realiza a favor de aquellos. Otros inconvenientes de tipo conceptual o práctico son para el recurrente los siguientes: a) el carácter personalísimo y extrapatrimonial del *ius delationis* que determina la imposibilidad de su disposición y de su evaluación económica; b) no podemos determinar la legítima y por ende otorgar derechos a los legitimarios sobre bienes de los cuales el causante nunca fue titular, ya que el transmitente nunca fue heredero del primer causante.

Por su parte, el Registrador de la Propiedad esgrime en defensa de su nota de calificación, que el *ius delationis*, en opinión de la doctrina mayoritaria, constituye una parte del patrimonio relicto por el primer delado que se traduce en un valor patrimonial que pasa a los herederos del llamado que murió sin aceptar ni repudiar la herencia. Asimismo, los transmisarios pueden aceptar o repudiar libremente la herencia del transmitente y si la aceptan, podrán igualmente aceptar o repudiar la del primer causante, con lo que los bienes de esta primera herencia quedan englobados dentro de la herencia del transmitente. Por otro lado, afirma el Registrador que sólo si se sostiene que el transmisario es heredero del primer causante, cabría excluir de la partición al cónyuge viudo del transmitente, situación que crearía un serio perjuicio sólo subsanado con la interpretación que defiende el derecho de transmisión como integrante de la herencia del transmitente, con extensión al mismo de los derechos de atribución legal.

La posición del Registrador fue compartida por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, confirmando la nota de aquél y apelando el Notario utilizando los argumentos ya expuestos. La DGRN acaba decidiendo a favor de la intervención del cónyuge viudo del transmitente en la partición de herencia y reconociendo que entre los bienes sobre los que recaería el usufructo vital han de ser incluidos los que el transmisario haya adquirido como heredero del transmitente en la herencia del primer causante. Según la DGRN: «En los supuestos en que el transmitente acepte la herencia del segundo causante, entre los bienes, derechos y acciones que la integran se encuentra el *ius delationis* respecto de la herencia del primero, por lo que, al igual que hubiera podido hacer el transmitente, podría el transmisario aceptar o repudiar esta última. Mas, aceptada la herencia, la legítima del cónyuge viudo —a la que existe un llamamiento *ex lege*— no se trata de un simple derecho de crédito frente a la herencia del segundo causante y frente al transmisario mismo, sino que constituye un verdadero usufructo sobre una cuota del patrimonio hereditario, que afecta genéticamente a todos los bienes de la herencia hasta que con consentimiento del cónyuge legitimario o intervención judicial se concrete sobre bienes determinativos o sea objeto de la correspondiente computación (cf. artículos 806 y 839, párrafo segundo, del Código civil...). Entre esos bienes han de ser incluidos los que el transmisario haya adquirido como heredero del transmitente en la herencia del primer causante, por lo que ha de reconocerse al cónyuge viudo de dicho transmitente el derecho a intervenir en la partición extrajudicial que de la misma realicen los herederos» (BOE núm. 287, 1- diciembre-1999, pp. 41557-41558). Sobre esta RDGRN de 22 de octubre de 1999, *vid.* el comentario de M. GIMÉNEZ ROCHA, en *RCDJ* (2000), núm. 660 (julio-agosto), pp. 2506-2508.

primer causante, debiendo resolverse si, a raíz de esta repudiación, debía entrar en juego la sustitución vulgar a favor de los hijos establecida en el testamento del transmitente, o si, por el contrario, se tenían que aplicar las normas del derecho de acrecer, debiéndose determinar, además, si dicha repudiación podía afectar a la legítima de los hijos del transmitente -15.

I. LA TESIS CLÁSICA: LA SUCESIÓN «A TRAVÉS» DEL TRANSMITENTE

1. ¿A quién sucede el transmitario?

La llamada teoría clásica -16- defiende que el transmitario nunca podrá suceder directamente al primer causante, sino que lo hará a través o por mediación de la herencia del transmitente.

A) La mayor parte de la doctrina española se inclinó, inicialmente, por esta teoría. Así y entre otros autores, MIGUEL TRAVIESAS -17-, MANRESA y NAVARRO -18-, SÁNCHEZ ROMÁN -19-, VALVERDE y VALVERDE -20- y ROCA SASTRE -21-, parten simplemente de

15. *ADGRN*, 1986, pp. 162-169; *Aranzadi*, RJ 1986/3843. Para la DGRN la repudiación de la transmitaria hacía que la masa patrimonial que constituía la primera sucesión no se hubiera llegado a integrar en la herencia del transmitente, debiendo seguir la trayectoria prevista para los bienes, sin que tuviera cabida la sustitución vulgar prevista por aquel, y debiendo, en consecuencia, entrar en juego el acrecimiento, por existir una porción vacante a resultas de la repudiación. La DGRN se plantea si esta solución pudiese ocasionar algún perjuicio a los legitimarios del transmitente, proponiendo, al respecto, dos argumentaciones: a) entender que la masa patrimonial de la primera herencia queda fuera de la del transmitente en el supuesto de repudiación de la transmitaria, o bien, b) entender que, a efectos de determinar el importe de la legítima, se deberá de computar el valor del *ius delationis*, ya que en sí es susceptible de evaluación económica, por la misma razón que se acepta que pueda ser vendido (art. 1000.1º CC). A favor de la primera tesis se invocaba el principio «*ius adeundi hereditatem non est in bonis nostris*», así como el carácter personalísimo del *ius delationis* y de la condición de heredero y el carácter enteramente voluntario y libre de la aceptación y repudiación de la herencia (art. 983 CC). La segunda tesis viene avalada por el hecho de que con ella se protegerían mejor las legítimas, sin tener que contradecir el carácter personalísimo del *ius delationis*. Asimismo reconoce la utilidad de artículos como el 1001 CC (art. 23 CS) como instrumento de protección de los legitimarios.

16. GARCÍA GARCÍA la denomina «teoría de la doble transmisión», en tanto que, como veremos, defiende que existe un doble paso de los bienes, que primero se integran en la herencia del transmitente, y después en el patrimonio del transmitario (GARCÍA GARCÍA, J.M., *La sucesión...*, ob. cit., p. 280).

17. MIGUEL TRAVIESAS, M., «Sobre derecho...», ob. loc. cit., p. 12 («en el caso del *ius transmissionis* se es heredero del no aceptante, a quien sustituye el que acepta»).

18. MANRESA, NAVARRO, J.M., Comentario al art. 1006 CC, ob. loc. cit., p. 435 («los herederos del heredero no son realmente los sucesores directos del primer causante»).

19. SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo Derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Código civil e historia general de la legislación española*, T. VI, Vol. 3º, 2ª ed., Madrid: Est. Tipográfico «Sucesores de Rivadeneyra», 1910, pp. 1784-1785.

20. VALVERDE y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil Español*, T. V, Parte especial, *Derecho de sucesión mortis causa*, Valladolid: Talleres Tipográficos «Cuesta», 1939, pp. 528 y 529.

21. ROCA SASTRE, R.M., «El derecho...», ob. loc. cit., pp. 298-299 («...las que se aprovechan del derecho de transmisión son herederos del heredero del causante»); ROCA SASTRE, R.M., «El problema fideicomisario de los hijos puestos en condición», en *Estudios sobre sucesiones*, T. II, Madrid: I. de E., 1981, p. 188.

que el transmitario sucede al transmitente o segundo causante en la herencia del primero.

Por su parte, LACRUZ BERDEJO -22-, considera que la vocación hereditaria, y en particular el *ius delationis* que puede seguirle, producen sus efectos en la herencia del instituido heredero, y sólo a través de esa herencia llegan hasta el patrimonio del transmitario. El transmitario ha recibido del segundo causante el derecho a aceptar la del primero, pero la ley no puede hacer que el transmitario sea directamente llamado a ella, puesto que el primer causante no ha pensado en él ni lo ha nombrado en el testamento. En consecuencia, el transmitario actúa siempre como verdadero sucesor universal del transmitente y nunca como directo heredero del primer causante.

La idea de que el transmitario sucede «a través» del transmitente no resulta incompatible con la teoría contraria, de la adquisición «recta vía», si se entendiera referida esta expresión únicamente al *ius delationis*; no así, en cambio, si se considera que el transmitario recibe los bienes de la primera herencia dentro de la segunda —concepción, esta última, que creemos que subyace en el planteamiento de LACRUZ y que ha sido matizada posteriormente por diversos autores, introduciendo al respecto nuevos elementos—.

B) A propósito del análisis del título sucesorio del transmitario, GARCÍA GARCÍA -23- se decanta por la teoría clásica, argumentando que el título adquisitivo del transmitario es el que le une con el transmitente, de tal modo que la vocación respecto del primer causante la tiene únicamente el segundo, y como éste ya falleció y no puede adquirir personalmente los bienes por herencia, la actuación del transmitario que acepta la primera herencia produce como resultado que los bienes de ésta se integren en la segunda masa hereditaria. Éste será el paso previo para que, los bienes de la herencia del primer causante, sean adquiridos por el transmitario por su propio título sucesorio, que es el que tiene relación con el segundo causante y no con el primero. Así se pone de manifiesto que los títulos sucesorios del transmitente y del transmitario son independientes, adquiriendo este último por el título que deriva de su relación y de su vocación con el transmitente, prescindiendo absolutamente del título derivado del primer causante y sirviendo éste únicamente para determinar la integración de los bienes de la herencia del primer causante en la masa hereditaria del segundo.

Según GARCÍA GARCÍA, una adecuada formulación de la teoría clásica no pretende que el transmitente sea un heredero *post mortem* del primer causante, ya que aquél no lle-

22. LACRUZ BERDEJO, J.L., en LACRUZ, J.L. y ALBALADEJO, M., *Derecho de sucesiones*, ob. cit., p. 168. *Vid.* también, BINDER, J., *Derecho de sucesiones*, Traducción de la segunda edición alemana y anotado conforme al Derecho español por J.L. LACRUZ BERDEJO, Barcelona - Madrid - Buenos Aires - Río de Janeiro - México - Montevideo: Editorial Labor, S.A., 1953, p. 27; LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.*, *Elementos...*, ob. cit., T. V, p. 48. Modestamente, han seguido los planteamientos del Prof. LACRUZ, entre otros, LEROY y YAGÜE, F., *Derecho de Sucesiones*, T. I, Bilbao: Universidad de Deusto, 1989, p. 40; ALVAREZ CAPECHETTI, J.A., *Cir-culo de Derecho hereditario*, Madrid: Civitas, 1990, pp. 83-84; MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, E., Comentario al art. 29 CS, ob. loc. cit., p. 103; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de sucesiones*, T. III, Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., 1994, pp. 346-348; GÓMEZ GALILEO, F.J., «Casos prácticos del seminario», núm. 4, en BCEHC (1995), núm. 61 (febrero-marzo), pp. 102-104; GARCÍA GARCÍA, J.M., *La sucesión...*, ob. cit., p. 284.

23. GARCÍA GARCÍA, J.M., *La sucesión...*, ob. cit., pp. 237-239.

ga a ser adquirente [heredero], aunque los bienes pasen por su patrimonio hasta el transmisario -24-.

El autor defiende, así, la tesis de la doble transmisión, en el sentido de entender que en la sucesión por *ius transmissionis* existen dos pasos por lo que respecta a la adquisición de los bienes: un primer paso desde el primer causante a la masa hereditaria del segundo causante, y un segundo paso, desde esa masa hereditaria al patrimonio del transmisario que ha aceptado ambas herencias -25-. De este modo la sucesión por derecho de transmisión se configura sobre la base de una adquisición indirecta, recibiendo el transmisario los bienes, no directamente del primer causante, sino a través de la herencia de transmitente. Como argumentos a favor de esta posición enumeran los siguientes -26-:

1. El hecho que la vocación a la herencia del primer causante radique únicamente en el transmitente y que aquella sea intransmisible, hace que necesariamente hayamos de considerar que el transmisario nunca puede ser heredero directo del primer causante, ya que no puede suceder quien no tiene vocación. Así, la única explicación posible al funcionamiento del derecho de transmisión sería, siguiendo la teoría clásica, que el transmitente recibe la vocación respecto a la herencia del primer causante y el transmisario ejerce el derecho derivado de tal vocación (*ius delationis*).
2. Según este autor, el artículo 1006 CC habla del «*mismo derecho*» que tenía el transmitente, siendo éste no el de heredar, sino el de ejercitarlo con los mismos caracteres y efectos que tenía el derecho del transmitente. De este modo, con el ejercicio del derecho por parte del transmisario se consigue el mismo efecto práctico que se alcanzaría de haberlo ejercitado el primer delado, es decir, los bienes de la herencia del primer causante se integrarán en la herencia del segundo, como si él mismo hubiera ejercitado el derecho, y sin que por ello el transmitente devenga heredero del primer causante, para pasar después al patrimonio del transmisario.
3. Igualmente, defiende que para fundamentar la retroactividad desde la muerte del transmitente hasta la muerte del primer causante, es necesario operar con la intermedación de la herencia del propio transmitente, que es quien tenía vocación y delación desde la muerte de aquel. Según el autor citado, el transmisario no puede retrotraer su adquisición directamente hacia atrás, hasta el momento de la muerte del primer causante, ya que en ese momento a lo mejor ni siquiera existía, ni tenía una vocación ni una delación en la que se pudiera fundamentar la retroacción a tal momento anterior.
4. La subrogación real permite explicar de forma lógica la teoría clásica de la integración de bienes en la herencia del transmitente. El hecho de que el *ius delationis* se integre en la herencia de éste permitirá el ejercicio del mismo por parte del transmisor y, a su vez, que los bienes que se adquieren en virtud del citado ejercicio pasen a sustituir a tal derecho, por subrogación real. En definitiva, el *ius delationis* es sustituido por los bienes de la herencia del primer causante, pues se obtienen como consecuencia de su ejercicio.

24. GARCÍA GARCÍA, J.M., *Código de Legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*, 3ª ed., Madrid: Editorial Civitas, S.A., 2001, p. 76, nota núm. 53 y p. 289.

25. GARCÍA GARCÍA, J.M., *La sucesión...*, ob. cit., p. 291.

26. GARCÍA GARCÍA, J.M., *La sucesión...*, ob. cit., p. 294 y ss.

5. A juicio de GARCÍA GARCÍA, otro claro argumento a favor de la teoría de integración de bienes en la herencia del transmitente, lo ofrece el artículo 20 Ley Hipotecaria (LH) -27-. El citado precepto, en su último párrafo, exige que cuando en una partición de herencia, después del fallecimiento de algún heredero, se adjudiquen a los que lo fuesen de éste los bienes que a aquél correspondían, deberá practicarse la inscripción a favor de los adjudicatarios, haciéndose constar en ella las transmisiones realizadas. El enunciado expuesto demuestra que hay dos transmisiones sucesivas de unos mismos bienes, y no una que vaya directamente del primer causante hacia el transmisario. Los bienes, así, han de pasar necesariamente por la herencia del transmitente.

La claridad del artículo 20 LH como un argumento a favor de la teoría clásica pierde fuerza si se parte de los términos utilizados por el precepto («*partición de herencia*», «*heredero*», «*se adjudiquen...* los bienes que a aquél correspondían») y se entiende que se refiere a un supuesto en el cual hay unos herederos, se está realizando la partición de la herencia y, como consecuencia de la misma, corresponde atribuir bienes concretos a alguno de ellos, que fallece después de verificada la partición. La utilización del término «*heredero*» podría ser salvada hablando de un uso impropio del mismo, como sucede en otros tantos artículos del CC (*v.gr.* el mismo art. 1006 CC), sin embargo, la interpretación conjunta de todas las expresiones arriba enunciadas hace que debamos considerar que se refiere a un heredero *stricto sensu*, es decir, a un sujeto que ya ha aceptado la herencia.

La RDGRN de 23 de junio de 1986 -28-, parece partir de la teoría clásica cuando afirma que «*al haber optado —dentro de la elección a que tenía derecho— por la repudiación, la masa patrimonial que constituye esta primera sucesión, no se ha llegado a integrar en la herencia de su difunto esposo...*». De ello se desprende que la DGRN concibe la teoría clásica en el sentido de que la aceptación del beneficiado por el *ius transmissionis* implicaría la integración de los bienes de la herencia del primer causante en la del transmitente que falleció sin haber aceptado ni repudiado aquella.

En el ámbito fiscal, según este planteamiento, supondría, como pone de manifiesto MONSERRAT VALERO -29-, considerar que el tránsito de los bienes del primer causante tiene lugar en dos fases: del primer causante al transmitente y, a su vez, del transmitente al transmisario, estando cada una de ellas sujeta a la liquidación del impuesto de sucesiones, y siendo el tipo impositivo aplicable a la segunda herencia mayor que el de la primera, puesto que se suma el valor de la herencia del primer causante

27. *Vid.* GARCÍA GARCÍA, J.M., *Código de Legislación inmobiliaria...*, ob. cit., p. 290; GARCÍA GARCÍA, J.M., *La sucesión...*, ob. cit., pp. 239-240. La misma orientación parece seguir MARTÍNEZ SANTIAGO, J.M., Comentario al art. 20 LH, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, M. ALBALADEJO Y S. DÍAZ ALABART (dir.), T. VII, Vol. 4º, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, 1999, pp. 106-107.

28. *ADGRN*, 1986, p. 166.

29. MONSERRAT VALERO, A., «La sucesión *line transmissionis*, el concurso de delaciones en un mismo heredero y el impuesto de sucesiones», en *RCDJ* (1994), núm. 622 (mayo-junio), pp. 1039 y ss. El autor también aclara que la posible desventaja quedaría anulada, en su caso, por la aplicación del coeficiente multiplicador a la sucesión del primer causante, atendido el grado de parentesco existente entre éste y el transmisario.

al valor de la del transmitente, al integrarse aquélla en ésta. Así, en la parte correspondiente al caudal del primer causante existiría una doble liquidación del impuesto de sucesiones, sin perjuicio, en su caso, de las medidas correctoras dispuestas para herencia sucesiva en línea recta dentro de ciertos plazos previstos en la legislación fiscal —30—.

Ahora bien, aun partiendo de que el transmisario sea heredero del segundo causante y no del primero, se podría intentar defender (aunque ello supondría desnaturalizar en cierto modo los postulados de la teoría clásica) que, en cuanto a la herencia del primer causante, ha habido una única transmisión (por cuanto el transmitente no llega a adquirir la herencia del primer causante en ningún momento, sino el *ius delationis* —aunque, según MONSERAT VALERO, si se considera que el *ius delationis* tiene un valor patrimonial este argumento perdería fuerza—) y, por tanto, sólo se vería sujeta a una única liquidación del impuesto de sucesiones; lo que no se podría evitar, sin embargo, es que el valor de la herencia del primer causante se sumase al valor de la herencia del transmitente, originando una base liquidable más alta, sujeta a un tipo de gravamen superior —31—.

C) Los Notarios FERNÁNDEZ ÁLVAREZ y PASCUAL DE LA PARTE —32—, partiendo de el planteamiento de la teoría clásica, pretenden dar un giro o una nueva visión de la adquisición mediante *ius transmissionis*, intentando abrir «un nuevo camino de investigación para el futuro, con un enfoque distinto al tradicional» —33—. Estos autores entienden que el transmisario, que nunca fue designado por el primer causante ni delado en su herencia, jamás puede ser su heredero, impidiendo este hecho el «muro jurídico» que supone la delación exclusiva y excluyente, actual y concreta, a favor del transmitente —34—. Según la tesis que proponen, la transmisión de la delación contenida en el art. 1006 CC (equivalente al art. 29 CS) contempla el supuesto de un llamado a ser heredero (transmitente) que se convertirá en tal cuando se cumpla la *conditio iuris* —35— suspensiva, de la que depende tal circunstancia; situación que será provocada por el transmisario mediante la aceptación, por el efecto retroactivo de la condición cumplida. Desde este punto de vista, el artículo 1006 CC establecería la

30. *Vid.* MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, E., Comentario al art. 29 CS, *ob. loc. cit.*, p. 102.

31. MONSERAT VALERO, A., «La sucesión *iure transmissionis*...», *ob. loc. cit.*, pp. 1039-1040.

32. FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, J.L. y PASCUAL DE LA PARTE, C.C., «Sobre el carácter...», *ob. loc. cit.*, pp. 1541 y ss.

33. FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, J.L. y PASCUAL DE LA PARTE, C.C., «Sobre el carácter...», *ob. loc. cit.*, p. 1543.

34. FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, J.L. y PASCUAL DE LA PARTE, C.C., «Sobre el carácter...», *ob. loc. cit.*, p. 1548.

35. Según los autores citados, la expresión *conditio iuris* se refiere al presupuesto de eficacia de una relación jurídica, al presupuesto inexcusable o *conditio sine qua non* insita en la propia naturaleza de relación jurídica, o al presupuesto lógico-jurídico indispensable para que las cosas ocurran como realmente deben y tienen que ocurrir porque, de otro modo, no ocurrirían. Se trata efectivamente de un suceso que se erige en presupuesto de eficacia de un determinado negocio, que se califica como presupuesto necesario y constante [*vid.* MONTES PEÑADES, V., Comentario al art. 1113 CC, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, M. ALBALADEJO (dir.), T. XV, Vol. 1.º, Madrid: Editorial Revisita Derecho Privado, Ediciones de Derecho Reunidas, 1989, p. 1003] y que se diferencia de las condiciones impuestas en virtud de la autonomía de la voluntad de los participantes en la formación de un negocio jurídico, en que aquélla resulta de la propia naturaleza de éste, o viene impuesta por el ordenamiento jurídico o por la Ley, sin que tenga intervención la voluntad de las partes (FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, J.L. y PASCUAL DE LA PARTE, C.C., «Sobre el carácter...», *ob. loc. cit.*, pp. 1551-1552).

transmisibilidad del derecho a aceptar o repudiar bajo la *conditio iuris* suspensiva de que el transmitente adquiriera la cualidad de heredero mediante la aceptación que el transmisario verifique —36—.

A esta tesis se le podría objetar, como ellos mismos ponen de manifiesto, que infringe lo establecido en el artículo 759 CC al establecer que «El heredero o legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviviera al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos», e incluso que peca de atribuir la cualidad de heredero a un sujeto que carece de capacidad jurídica, ya que estamos ante la atribución de una titularidad e incluso de una herencia a un sujeto fallecido —37—.

El primer obstáculo es salvado por estos autores siguiendo la teoría que entiende que la delación sometida a condición tiene lugar en el momento en que se cumple la condición —teoría mayoritaria entre nuestra doctrina y jurisprudencia— —38— y oponiendo que el artículo 759 CC se refiere a las condiciones llamadas «*facti*» o voluntarias, de tipo suspensivo y propias, no teniendo aplicación el precepto cuando se trata de las *conditio iuris*, dado que la aceptación en el supuesto que se analiza, en cuanto evento en que la *conditio iuris* consiste, es elemento esencial, interno, que opera como presupuesto y requisito *sine qua non* para la adquisición de tal cualidad de heredero y de la herencia deferida. Asimismo, el llamado a ser heredero bajo *conditio iuris* suspensiva es titular actual y directo del *ius delationis* de manera que puede adquirir la cualidad de heredero y la herencia en cualquier momento ejercitando la opción en que consiste la delación, al contrario de lo que sucede en el supuesto al que se refiere el artículo 759 CC en el que la herencia no se ha deferido, no pudiendo en consecuencia el llamado, todavía no delado, aceptar o repudiar el patrimonio hereditario correspondiente. Por ello, la inaplicación del 759 determinaría a *sensu contrario*, en relación con lo establecido en el artículo 1006 CC, que el segundo causante pudiera transmitir derechos a sus herederos, pero ¿qué derechos? La respuesta les parece evidente: el segundo causante transmitiría lo que tiene, es decir, el derecho a aceptar o repudiar la herencia de primer *de cuius* o lo que es lo mismo, transmitiría el contenido de su *ius delationis* (referido a la primera herencia), pero no la titularidad misma de aquél, que permanecerá unida a la persona del transmitente, por ser personalísima e inseparable de su persona —39—. Dicho de otro modo, lo que se transmite no es la delación, que pertenece a otro (segundo causante) sino el ejercicio, o más bien, el título legitimador para que el transmisario ejercite el contenido de la delación localizada en otro sujeto —40—.

El segundo obstáculo se supera, según FERNÁNDEZ ÁLVAREZ y PASCUAL DE LA PARTE, gracias al juego retroactivo de la *conditio iuris* cumplida. La configuración interna

36. FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, J.L. y PASCUAL DE LA PARTE, C.C., «Sobre el carácter...», *ob. loc. cit.*, p. 1553.

37. En este sentido, *vid.* HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, G., «La transmisión...», *ob. loc. cit.*, p. 484.

38. FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, J.L. y PASCUAL DE LA PARTE, C.C., «Sobre el carácter...», *ob. loc. cit.*, pp. 1553-1554.

39. FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, J.L. y PASCUAL DE LA PARTE, C.C., «Sobre el carácter...», *ob. loc. cit.*, pp. 1553 a 1556.

40. FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, J.L. y PASCUAL DE LA PARTE, C.C., «Sobre el carácter...», *ob. loc. cit.*, pp. 1565 y 1571.

que de la transmisión del *ius delationis* impone el artículo 1006 CC, posibilitaría la adquisición de la cualidad de heredero al llamado condicionalmente a serio (transmisor). Así, temporalmente o provisionalmente, en la fase de pendencia de la condición, la cualidad de delado no se extinguiría por su fallecimiento, permaneciendo tal titularidad localizada temporalmente en la persona del delado. Los Notarios citados defienden que la consolidación o extinción de la titularidad a favor del transmitente se suspende a modo de «*evitación jurídica*» hasta que la condición se cumpla o no, siguiendo la misma suerte que los efectos de su cumplimiento o incumplimiento.⁴¹⁻¹ Según este planteamiento, si el transmisor aceptase, el transmitente adquiriría la cualidad de heredero, en virtud de la eficacia retroactiva de la *conditio iuris* cumplida, siendo esta misma eficacia la que evitaría que se pudiera argumentar que hereda un muerto, ya que se presumiría que el transmitente aceptó y adquirió la cualidad de heredero en vida, pues en caso contrario nada podría haber transmitido.⁴²⁻² Para el caso en que el transmisor renunciase, se consideraría que nada adquirió el transmitente y, en consecuencia, nada transmitió.⁴³⁻³ Igualmente, matizan estos autores, que existe una doble retroacción de efectos que provoca la aceptación por el transmisor: la primera retroacción, que convierte en heredero al transmitente y le hace adquirir la herencia del primer causante, permitiría que aquél pudiera transmitir a los suyos la herencia de éste; la segunda tendería lugar de forma automática y simultánea a la anterior y supondría que los efectos de la aceptación se retrotrajeran, a su vez, a la fecha del fallecimiento del primer causante.⁴⁴⁻⁴

A modo de conclusión, según estos autores, el ejercicio del *ius delationis* tendría una doble eficacia: Por un lado consolidaría la titularidad del transmitente y por otro consumiría el contenido consustancial del mismo *ius*, provocando la adquisición de la primera herencia por el transmitente.⁴⁵⁻⁵ Asimismo, consideran que la *conditio iuris*, aun cuando no se formula de manera expresa, íra implícita y se incardinaría, de manera oculta y tácita, en la transmisión contemplada por el art. 1006 CC, que es calificada de instrumental.⁴⁶⁻⁶, por oposición a la transmisión real del contenido patrimonial y económico de la herencia adquirida del primer causante, que se produciría una vez aceptada la herencia por el transmisor y, en consecuencia, adquirida la cualidad de heredero por el segundo causante. Sería así como los transmisores recibirían y adquirirían la herencia del primer causante de forma mediana e indirectamente. De este modo, la transmisión del 1006 CC lo sería de algo muy parecido a un título legítimo para que el transmisor ejerciese el contenido de una delación de la que seguiría siendo titular el transmitente, consiguiéndose este efecto a través de la doble retroacción defendida por estos autores.

41. FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, J.L. y PASCUAL DE LA PARTE, C.C., «Sobre el carácter...», *ob. loc. cit.*, p. 1556-1557.

42. FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, J.L. y PASCUAL DE LA PARTE, C.C., «Sobre el carácter...», *ob. loc. cit.*, pp. 1557-1558.

43. FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, J.L. y PASCUAL DE LA PARTE, C.C., «Sobre el carácter...», *ob. loc. cit.*, p. 1558.

44. FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, J.L. y PASCUAL DE LA PARTE, C.C., «Sobre el carácter...», *ob. loc. cit.*, p. 1565-1566.

45. FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, J.L. y PASCUAL DE LA PARTE, C.C., «Sobre el carácter...», *ob. loc. cit.*, p. 1558.

46. FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, J.L. y PASCUAL DE LA PARTE, C.C., «Sobre el carácter...», *ob. loc. cit.*, pp. 1560 y ss.

En cuanto a la capacidad exigida al transmisor, siguiendo la teoría clásica, no sería preciso que el transmisor tuviera capacidad sucesoria en el momento de la apertura de la primera sucesión, sino que todos los requisitos de capacidad se referirán exclusivamente al segundo causante o transmitente.⁴⁷⁻⁷, consecuencia distinta a la que concluirá, como veremos, la teoría de la adquisición «recta vía».

Desde nuestro punto de vista, integrar los bienes de la primera herencia en la herencia del transmitente o admitir que éste devenga heredero contradice el carácter libre de la aceptación que se predica claramente en el artículo 16 CS («*El criado a l'herència pot lliurement acceptar-la o repudiar-la...*»), así como en el artículo 988 CC («*La aceptación y la repudiación de la herencia son actos enteramente voluntarios y libres*»). Es decir, no se puede considerar heredero a alguien que nunca ejerció el *ius delationis*, ni tampoco hacertele adquirir bienes sin su voluntad.⁴⁸⁻⁸

2. Consecuencias a efectos de computación

Si se opta por la teoría clásica, en caso de aceptación de la herencia del primer causante (previa aceptación de la del transmitente) por parte del transmisor, existe una base objetiva clara para computar la herencia del primer causante dentro de la herencia del transmitente a efectos del cálculo de la legítima —por lo que respecta a los legitimarios de éste— (arts. 355 CS y 818 CC), o de determinar el alcance del usufructo que pueda corresponder al cónyuge viudo del transmitente (arts. 331 CS y 834-840 CC).⁴⁹⁻⁹ Y ello habida cuenta de que, según afirman expresamente algunos seguidores de esta teoría, con la aceptación del transmisor (y teniendo en cuenta el efecto retroactivo de la misma —arts. 5 CS y 989 CC—), los bienes que componen la herencia del primer causante se integran en la herencia del transmitente.⁵⁰⁻¹⁰, y sólo a través de ésta los adquiere el transmisor. Conviene destacar, sin embargo, que a dicha solución no se llega a partir de la computación del *ius delationis* a la herencia del pri-

47. *Ibid.* MANRESA Y NAVARRO, J.M., Comentario al art. 1006 CC, *ob. loc. cit.*, p. 435; MIGUEL TRAVIESAS, M., «Sobre derecho...», *ob. loc. cit.*, p. 13; ROCA SASTRE, R.M., «El derecho...», *ob. loc. cit.*, p. 299; DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema...*, *ob. cit.*, T. IV, p. 304; GARCÍA GARCÍA, J.M., *La sucesión...*, *ob. cit.*, pp. 296-298. Sin embargo, y a pesar de ser seguidores de la teoría clásica, FERNÁNDEZ ÁLVAREZ y PASCUAL DE LA PARTE se decantan por exigir una cierta doble capacidad en el transmisor, ya que al ejercitar éste el *ius delationis*, emitiendo una declaración de voluntad en uno u otro sentido, ha de tener capacidad para suceder al primer causante, en cuanto requisito para la actuación de tal derecho, que aquel ejercicio supone. Así, entienden los autores citados que el transmisor no se ve afectado por la exigencia de capacidad absoluta (existencia), aunque sí por la incapacidad relativa, de tal modo que los indignos y los incurso en causa de incapacidad relativa para suceder respecto del primer causante, no tendrían capacidad para ser transmisores (FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, J.L. y PASCUAL DE LA PARTE, C.C., «Sobre el carácter...», *ob. loc. cit.*, pp. 1582-1584).

48. En este sentido, *vid.*, por ejemplo, GÓMEZ, A., *Variæ Resolutiones iuris civilis, communis et Regii*, Tomis tribus distinctae, Lugduni: Sumptibus Petri Bryset, & Sociorum, 1761, Cap. IX («*De Transmissione Haereditatis*»), núm. 5, pp. 149-150.

49. En esta línea, FERNÁNDEZ ÁLVAREZ y PASCUAL DE LA PARTE defienden la intervención del cónyuge viudo del transmitente en las operaciones particionales de la primera (?) herencia (FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, J.L. y PASCUAL DE LA PARTE, C.C., «Sobre el carácter...», *ob. loc. cit.*, p. 1594).

50. *Ibid.* Fundamento de Derecho 2.a RDGRN de 23 de junio de 1986 (ADGRN, 1986, p. 166; *Aranzadi*, RJ 1986/3843).

mer causante en la herencia del transmitente, sino por el hecho de computar los bienes del primer causante como integrantes de la herencia del transmitente. Se trata, por tanto, de un tema que escapa al de la hipotética computación del *ius delationis* en la herencia del transmitente, la cual, para los seguidores de la teoría clásica únicamente podría tener algún sentido plantearla, como máximo, mientras no se acepte la herencia del primer causante o cuando ésta se ha repudiado, si bien en este último caso el carácter retroactivo de la repudiación —al que se refiere expresamente el CC en su art. 989— debería conducir a negar cualquier computación en la herencia del transmitente del *ius delationis* a la herencia del primer causante —51—.

De este modo, si se sigue la teoría clásica, el derecho de los legitimarios del transmitente o el usufructo del cónyuge viudo de éste podrían verse afectados de un modo sustancial por un acto del transmisario, que repudia la herencia del primer causante; perjuicio que no quedaría corregido, por lo que respecta a los legitimarios según el Derecho catalán, ni siquiera con la posibilidad que tienen de acudir, en tanto que acreedores, al art. 23 CS —precepto equivalente al art. 1001 CC y que sería de difícil aplicación directa al cónyuge viudo usufructuario—. La autorización para aceptar que, a instancia de los acreedores, puede concedérseles es a los solos efectos de poder hacer efectivo el importe de sus créditos sobre el patrimonio hereditario (mejorando sus posibilidades de cobro), estando ya, sin embargo, fijado su crédito de acuerdo con la herencia del transmitente; dicha aceptación no puede tener el mismo efecto que atribuyen los partidarios de la teoría clásica a la aceptación del transmisario, en el sentido de provocar la integración de los bienes de la primera herencia en la herencia del transmitente —52—. El perjuicio que podría suponer para los legitimarios del transmitente la repudiación de la herencia del primer causante sólo menguaría o desaparecería si se entendiera que, pese al carácter retroactivo de la repudiación, en la herencia del transmitente debe computarse el *ius delationis* a la herencia del primer causante —53—, pudiendo combinarse además esta solución con la posibilidad de permitir a los legitimarios acudir a la vía del art. 23 CS (o del art. 1001 CC).

51. Del mismo modo que la actuación positiva del *ius delationis* permite a su titular adquirir la herencia con efectos retroactivos a la muerte del causante, su actuación negativa supone considerar que la delación hereditaria nunca existió a favor del renunciante, pasando a los llamados de grado sucesivo. *Vid.* GUTIÉRRAZ GONZÁLEZ, M., Comentario al art. 989 CC, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, M. ALBALADEJO (dir.), Tomo XIV, Vol. I^o, Madrid: Editorial Revisita de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, 1989, p. 71.

52. En cambio, en cuanto a la repudiación de la herencia del primer causante por parte del transmisario, MEZQUITA GARCÍA-GRANERO —partidario de la teoría clásica— parece ver en la extensión del art. 23 a todos los posibles perjudicados, incluido el cónyuge viudo del transmitente, un modo de corregir el perjuicio que les provoca en principio dicha repudiación. Según este autor, *«si tenemos en cuenta que el usufructo viudal recae sobre el patrimonio del transmitente y que la extensión de éste dependerá de que el transmitario 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 forma propia del transmitente sea muy inferior a la que recibiría del causante si fuese aceptada la herencia de éste»*. Por ello este autor entiende que el límite a la repudiación del transmisario se encuentra en el perjuicio que pueda causar a terceros (art. 6.2 CC) y, en concreto, al viudo o viuda del causante, el cual, según él, debería disponer de una acción análoga a la prevista en el art. 23 CS para los acreedores del deudor (MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, E., Comentario al art. 29 CS, *ob. loc. cit.*, pp. 102-103).

53. En caso de repudiación, siguiendo la teoría clásica, el patrimonio hereditario del primer causante no ha

II. TEORÍA DE LA ADQUISICIÓN «RECTA VÍA»

1. ¿A quién sucede el transmisario?

Frente a la anterior teoría, tradicional en la doctrina española, poco a poco ha ido ganando terreno la teoría de la adquisición «recta vía», sobre todo a partir de la publicación del trabajo de ALBALADEJO sobre la sucesión «*iure transmissionis*» —54—.

Según esta teoría, que tiene su origen en algunos autores italianos —55—, el transmisario es sucesor del primer causante directamente, «recta vía», y no a través del trans-

llegado a integrarse en la herencia del transmitente. En relación a esta cuestión la, ya citada, RDGRN de 23 de junio de 1986 plantea la doble alternativa: «a) entender que la masa patrimonial de la primera herencia queda totalmente fuera de la del transmitente en el supuesto de que la transmisaria, al ejercer el *ius transmissionis*, opte por la repudiación —como ha sucedido—, b) entender, por el contrario, que a efectos de determinar el importe de la legítima el *ius delationis* también se computa, porque en sí es susceptible de valoración económica, por lo mismo que es susceptible de venta (cfr. artículo 1.000.1^o del Código civil) (no importa, a los efectos de esta computación, que la venta implique aceptación). Y no cabe oponer —contra esta segunda posición— que si el transmitente hubiera repudiado en vida, ningún cónyuge se hubiera hecho en ella legítima posición —que si el transmitente hubiera repudiado en vida, ningún cónyuge se hubiera hecho en ella legítima posición—, y en cambio, si lo está —y es carga de la herencia— desde que el transmitente muere —aunque su herencia aún no haya sido aceptada—. La legítima, ya dejada, no puede, después, quedar menoscabada por las vicisitudes de la herencia del transmitente o por los actos utilitarios de los que en ella llegue a ser heredero». Como argumentos a favor de una u otra tesis, *vid.* nota núm. 15 de este trabajo y Fundamentos de Derecho 3, 5 y 6 RDGRN de 23 de junio de 1986 (ADGRN, 1986, pp. 167-168).

54. De este modo, la posición clásica puede calificarse en la actualidad de minoritaria, tal y como ponen de manifiesto algunos autores. Entre otros, *vid.* MONSERAT VALERO, A., «La sucesión *iure transmissionis*», *ob. loc. cit.*, pp. 1038-1039 y MARSA GUILLAMET, J., Comentario a la RDGRN de 22 de enero de 1998, en CC/C (1998), núm. 48, septiembre-diciembre, p. 945.

55. *Vid.* ALBALADEJO GARCÍA, M., «La sucesión...», *ob. loc. cit.*, p. 292, nota núm. 94 —donde cita a BARASSI, SANTORO-PASARELLI, ANDREOLI, BARBERO y COVELLO—; GARCÍA GARCÍA, J.M., *La sucesión... ob. cit.*, pp. 284-285.

La tesis de que el transmisario es heredero del primer causante sólo es admisible en los sistemas romanos, como el nuestro, de adquisición de la herencia —adquisición mediante aceptación— (MONSERAT VALERO, A., «La sucesión *iure transmissionis*...», *ob. loc. cit.*, p. 1044). En este sentido, según ALBALADEJO, en los sistemas de adquisición por aceptación, la herencia del primer causante se transmite una sola vez: del primer causante, al sucesor del llamado, cuando tal sucesor ejerce el *ius delationis* que recibió al suceder al llamado. En cambio, para este autor, la tesis según la cual el transmisario sucede al transmitente en la herencia del primer causante (y no a éste) sólo es exacta para los derechos que admiten la adquisición de la herencia *ipso iure*. En estos sistemas, el sucesor del heredero provisional (es decir, del heredero que hubiese muerto sin aceptar ni repudiar), sucede a ese heredero provisional lo mismo en su herencia que en la del primer causante, del que el transmitente era ya heredero, aunque provisional. A tenor de ello, en los sistemas de adquisición *ipso iure* basta que el adquirente sea capaz de suceder al transmitente. En definitiva, en los sistemas de adquisición de la herencia *ipso iure* hay dos transmisiones de la herencia del primer causante: una, del primer causante al transmitente (que por haber muerto sin aceptar ni repudiar, murió sin aceptar la herencia), y otra, del transmitente a su sucesor (ALBALADEJO GARCÍA, M., «La sucesión...», *ob. loc. cit.*, p. 298, nota núm. 107). En la misma línea, MONSERAT VALERO destaca que en los sistemas germánicos de adquisición de la herencia (el heredero adquiere la herencia *ipso iure*, sin necesidad de aceptación), con la delación, como heredero provisional, sin embargo también tiene un plazo para aceptar o repudiar la herencia y la aceptación significa una renuncia al derecho de repudiar la herencia y le convierte en heredero definitivo) habrá que considerar al transmisario sucesor del transmitente, también en la herencia del primer causante (MONSERAT VALERO, A., «La sucesión *iure transmissionis*...», *ob. loc. cit.*, pp. 1044-1045). *Vid.*, también, GARCÍA GARCÍA, J.M., *La sucesión... ob. cit.*, pp. 125 y 281.

mitente. El transmisario sucede al transmitente o segundo causante en su herencia, dentro de la cual —según los partidarios de esta teoría— encuentra el *ius delationis*, y al ejercitarlo, aceptando, se convierte también en sucesor del primer causante, cuya herencia no llegó a hacer suya el transmitente; éste no llegó a ser heredero del primer causante, sino sólo a tener derecho a serlo. El transmisario sucede, pues, al transmitente en el *ius delationis* (al aceptar la herencia de éste), y al primer causante en su herencia (al ejercitar dicho *ius delationis*, aceptando) —56—.

Por lo que respecta al *ius delationis*, 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), sino que subsiste el *ius delationis* que nació del primer llamamiento, pero con la muerte de su titular se transmite a sus sucesores, cambia el sujeto que puede adquirir la herencia, una sola vez deferida —57—. En cuanto a la adquisición de la herencia del primer causante, no se puede decir que la aceptación de ésta realizada por el transmisario opere retroactivamente de manera que se considere adquirida por el transmitente al momento de la muerte del primer causante, ni que, en base a tal retroactividad, el adquirente del *ius delationis* reciba del transmitente la herencia del primer causante como parte de la del transmitente —58—. El adquirente del *ius delationis* no ejerce un derecho del transmitente que deba de producir sus efectos retroactivamente respecto de éste, sino que ejerce un derecho propio (porque se le transmitió) y que, por tanto, debe producir sus efectos respecto de su titular —59—.

La retroactividad de la aceptación del transmisario produce el efecto de dar por adquirida por éste la herencia del primer causante en el momento de su muerte. Según ALBALADEJO, el transmitente es sólo un órgano que transmitió el derecho a aceptar, es el vehículo por el que el *ius delationis* ha ido a parar al adquirente (transmisario), el cual sucede directamente al primer causante en su herencia, y al transmitente en la suya, y dentro de ella, en el *ius delationis*, que le posibilita la adquisición de aquella. Los herederos del transmitente heredan directamente al primer causante. Heredero es el que sucede a título universal, aunque a tal sucesión no lo tenga por ser llamado a ella, sino por haberlo adquirido del llamado —60—.

Como consecuencia de lo anterior, para poder suceder en el *ius delationis* se requiere, en primer lugar, capacidad para suceder al transmitente y, además, capacidad para suceder al primer causante (al que se sucede directamente al actuar el *ius delationis*).

Por el contrario, según JORDANO FRAGA, el transmisario que acepta la herencia del primer causante sucede a éste incluso en los sistemas germánicos de adquisición de la herencia (JORDANO FRAGA, F., *La sucesión...*, *ob. cit.*, pp. 54-59). MONSERAT VALERO, que rebate esta opinión de JORDANO FRAGA, le encuentra también, sin embargo, alguna justificación. *Vid.* MONSERAT VALERO, A., «La sucesión *iure transmissionis*...», *ob. loc. cit.*, pp. 1045-1047.

56. ALBALADEJO GARCÍA, M., «La sucesión...», *ob. loc. cit.*, pp. 242-243 y 292-293.
57. ALBALADEJO GARCÍA, M., «La sucesión...», *ob. loc. cit.*, pp. 281-282. En contra, *vid.* FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, J. L. y PASQUAL, C. C., «Sobre el carácter...», *ob. loc. cit.*, pp. 1574-1577 y 1591.
58. ALBALADEJO GARCÍA, M., «La sucesión...», *ob. loc. cit.*, p. 292.
59. ALBALADEJO GARCÍA, M., «La sucesión...», *ob. loc. cit.*, p. 293.
60. ALBALADEJO GARCÍA, M., «La sucesión...», *ob. loc. cit.*, pp. 292 y 293-294. En contra, *vid.* FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, J. L. y PASQUAL, C. C., «Sobre el carácter...», *ob. loc. cit.*, p. 1580.

Se trata de la teoría llamada de la doble capacidad, la cual, como reconoce ALBALADEJO, lleva en algunos casos a consecuencias no equitativas —61—.

La tesis de la doble capacidad y de la adquisición «recta vía» es seguida actualmente por buena parte de la doctrina —62—. Entre ellos, O'CALLAGHAN insiste en que los herederos del delado —que ha postmortuo al causante sin haber aceptado ni repudiado su herencia— le suceden en la titularidad del *ius delationis* (que formará parte del patrimonio hereditario) y, una vez adquirido este *ius*, pueden ejercer la facultad que conlleva y convertirse, si aceptan, en herederos del primer causante. Hay dos sucesiones: la sucesión en el *ius delationis* y la sucesión en la herencia del primer causante; el transmisario es sucesor del transmitente en el *ius delationis* y sucesor del primer causante en la herencia de éste, heredero directamente y no a través del transmitente. Como consecuencia de ello, la capacidad y dignidad y la ausencia de prohibiciones debe medirse respecto al primer causante para adquirir la herencia de éste —63—.

VATTIER FUENZALIDA destaca que el *ius delationis* objeto de la transmisión es lo que permite al transmisario no sólo adquirir aquella herencia, aceptándola, sino subentrar en todas las relaciones jurídicas transmisibles del [primer] causante, lo mismo activas que pasivas; sucesión que sólo puede asumir, por hipótesis, el transmisario —64—.

Según GETE-ALONSO y CALERA, la teoría según la cual el transmisario sucede directamente al primer causante en su herencia concuerda con el derecho de acrecer que establecía el art. 258 de la Compilación catalana —65— (previsto también actualmente

61. ALBALADEJO GARCÍA, M., «La sucesión...», *ob. loc. cit.*, pp. 297 y 299. Este autor plantea el supuesto siguiente: 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 conocido en tal fecha. Aplicando la teoría que sostiene este autor, D no puede heredar a A, ni, por tanto, suceder a B en el *ius delationis* a la herencia de A. Ante la inequidad de la situación ALBALADEJO indica una serie de paliativos. En cuanto a estos inconvenientes, *vid.*, también, MONSERAT VALERO, A., «La sucesión *iure transmissionis*...», *ob. loc. cit.*, p. 1052.
62. *Vid.*, por ejemplo, PUIG FERRIOL, L. y ROCA TRIAS, E., *Fundamentos...*, *ob. cit.*, Tomo III, Vol. 1^o, p. 131; VALLET DE GORTISOLÓ, J. B., *Parorama del Derecho de Sucesiones. II. Perspectiva dinámica*, Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1984, p. 400; VATTIER FUENZALIDA, C., *El derecho de representación en la sucesión «mortis causa»*, Madrid: Editorial Montecorvo, S.A., 1986, pp. 232-233; GETE-ALONSO y CALERA, M. C., Comentario al art. 258 CDCC, *ob. loc. cit.*, pp. 284-286; FERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, G., «La transmisión...», *ob. loc. cit.*, pp. 468-469 y 484-485; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., Comentario al art. 1006 CC, en *Comentario del Código civil*, dirigido por: C. PAZ-ARES, L. DIEZ-PICAZO, R. BERCOVITZ y P. SALVAADOR, T. I, Madrid: Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, 1993, p. 2383; MONSERAT VALERO, A., «La sucesión *iure transmissionis*...», *ob. loc. cit.*, pp. 1048 y 1058; PUIG FERRIOL, L. y ROCA TRIAS, E., *Instituciones del Derecho civil de Catalunya*, T. III, *Dei de successiones*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p. 104; DE LA CAMARA ALVAREZ, M., *Compendio...*, *ob. cit.*, p. 24.

63. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., Comentario al art. 1006 CC, *ob. loc. cit.*, pp. 2383-2384.
64. VATTIER FUENZALIDA, C., *El derecho...*, *ob. cit.*, pp. 232-233.
65. GETE-ALONSO y CALERA, M. C., Comentario al art. 258 CDCC, *ob. loc. cit.*, p. 285. En contra: MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, E., Comentario al art. 29 CS, *ob. loc. cit.*, p. 104.

Para JORDANO FRAGA, el de los coherederos-transmisarios no es un acrecimiento en sentido técnico o propio, sino un acrecimiento impropio, que resulta de los transmisarios reciben la misma delación (íntegra) del llamado-transmitente y se colocan, respecto de la primera herencia, en su misma posición jurídica (JORDANO FRAGA, F., *La sucesión...*, *ob. cit.*, p. 314). En la misma línea, según GARCÍA GARCÍA, en el art. 29 CS, a pesar de los términos que utiliza, no hay un derecho de acrecer propiamente dicho, sino que se trata de expresar de modo impropio un resultado que corresponde más que al derecho de acrecer, a la existencia de la delación *íntica y unitaria* que tenía el transmitente, que exige una actuación de totalidad respecto a la

en el art. 29 CS). El derecho de acrecer se refiere a la primera herencia, y no a la segunda, para la que entran en juego sus propias reglas; ello indica que en la herencia del causante se sucede directamente de éste, con independencia de la manera de suceder en la del transmitente ⁻⁶⁶⁻.

Además de todo lo dicho, desde nuestro punto de vista, la teoría de la adquisición «recta vía» ofrece la ventaja de respetar el carácter voluntario y libre de la aceptación (arts. 16 CS y 988 CC). En cuanto a la sucesión del primer causante, el transmitente ni se convierte en heredero, ni adquiere; no se le puede convertir en heredero o hacerle adquirir sin su voluntad ⁻⁶⁷⁻.

HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS —también partidario de considerar al transmisor heredero directo del primer causante y de la teoría de la doble capacidad ⁻⁶⁸⁻—, entiende, sin embargo, que el *ius delationis* no lo encuentra el transmisor en el patrimonio del transmitente ni lo adquiere de éste derivativamente, aunque tenga que ser su heredero, sino que es la ley quien lo crea *ex novo*, como derecho originario, sobre la cabeza del sucesor. Según este autor, partiendo de la tesis de NICOLÒ ⁻⁶⁹⁻, lo que ocurre es que por fallecimiento del transmitente su derecho se extingue pero se reproduce en su heredero por ministerio de la ley. Por consiguiente, para HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, no existe verdadera y propia transmisión sino una ampliación del círculo de los titulares de la vocación ⁻⁷⁰⁻; la herencia se defiere, por segunda vez, a favor del transmisor (que es llamado por la ley directamente); desde su punto de vista, la delación comprende también virtualmente a los herederos del llamado, a quienes la ley llama originariamente; la delación del transmisor es originaria suya y es distinta de la del transmitente ⁻⁷¹⁻. La configuración por este autor del *ius adeundi* como derecho inherente a la personalidad trae como consecuencia que si el heredero llamado fallece sin aceptar se extingue su derecho, con pérdida de la herencia en perjuicio de sus propios herederos; por eso la ley establece la ficción del *ius transmissionis*, exigiendo que el transmisor adquiera la calidad de heredero del primer llamado a fin de ocupar su misma posición jurídica que le legitime para el ejercicio del *ius delationis*, pero como derecho propio y no de su causante ⁻⁷²⁻.

- aceptación de la herencia del primer causante, como si la hubiera ejercitado el propio transmitente (GARCÍA GARCÍA, J.M., *La sucesión...*, *ob. cit.*, pp. 228-229).
66. GERE-ALONSO Y CALERA, M.C., Comentario al art. 258 CDCC, *ob. loc. cit.*, p. 285.
67. Como afirma la resolución de la DGRN de 20 de septiembre de 1967, la primera heredera llamada «no llegó a adquirir la propiedad del inmueble transmitido, ya que no aceptó ni repudió la herencia, sino sólo un mero *ius delationis*» (ADGRN, 1967, p. 40). En contra de considerar esta resolución como exponente de la teoría de la adquisición «recta vía», *vid.* GARCÍA GARCÍA, J.M., *La sucesión...*, *ob. cit.*, p. 290.
68. HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, G., «La transmisión...», *ob. loc. cit.*, pp. 468-469 y 484-485.
69. GRIFFÉ, 1980, R., «La vocazione ereditaria diretta e indiretta», en *Raccolta di scritti*, T. I, Milán: Dott. A. Giuffrè, 1980, pp. 3-269 —especialmente pp. 63 y ss—.
70. En contra, *vid.* ALBALADEJO GARCÍA, M., «La sucesión...», *ob. loc. cit.*, pp. 281-282; LACRUZ BENDIO, J.L., en LACRUZ, J.L. y ALBALADEJO, M., *Derecho de sucesiones*, *ob. cit.*, p. 168; PUIG FERRIOL, L. y ROCAS TRÍAS, E., *Fundamentos...*, *ob. cit.*, Tomo III, Vol. 1º, p. 125; VATTIER FUENZALIDA, C., *El derecho...*, *ob. cit.*, p. 227; GERE-ALONSO Y CALERA, M.C., Comentario al art. 258 CDCC, *ob. loc. cit.*, pp. 273-274; FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, J.L. y PASCUAL DE LA PARRA, C.C., «Sobre el carácter...», *ob. loc. cit.*, pp. 1571-1572.
71. HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, G., «La transmisión...», *ob. loc. cit.*, pp. 470, 472 y 485.
72. HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, G., «La transmisión...», *ob. loc. cit.*, p. 474.

Además de precisar el transmisor la doble capacidad, le afectarán también por partida doble, según HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, las causas de indignidad. Así, si el transmisor es incapaz o indigno con relación al transmitente ya no podrá pretender nunca la herencia del primer causante, aunque sea capaz y digno respecto a él; lo inverso sí sería posible, o sea, ser capaz con respecto al transmitente y aceptar su herencia y ser indigno con relación al primer causante, con pérdida del correspondiente *ius delationis* ⁻⁷³⁻.

Pese a ser partidario de la tesis de la adquisición «recta vía» de la herencia del primer causante por parte del transmisor ⁻⁷⁴⁻, JORDANO FRAGA no comparte la teoría de la doble capacidad. Según este autor, al transmisor, para suceder *iure transmissionis* al primer causante, le basta con la capacidad para suceder al transmitente, pero no porque éste sea su causante también con relación a la primera herencia, sino porque la delación para la primera herencia la recibe indirectamente, y no directamente en virtud de un llamamiento autónomo a la sucesión del primer causante; el transmisor se limita a subentrar en la posición del llamado-transmitente, en la delación válidamente adquirida por éste para la herencia del primer causante ⁻⁷⁵⁻. Para este autor, si no pudiera suceder *iure transmissionis* al primer causante el transmisor incapaz de sucederle, pero capaz de suceder al llamado-transmitente que, a su vez, tenía capacidad para suceder al primer causante, no habría verdadera *transmissio* (sucesión) en la delación ajena, sino simplemente, una delación autónoma, directa, a favor del transmisor ⁻⁷⁶⁻.

2. Consecuencias a efectos de computación

Desde la teoría de la adquisición «recta vía» se podrían considerar dos posibles soluciones a efectos de computación.

A) En principio, de la no-integración de los bienes de la primera herencia en la herencia del transmitente (puesto que los adquiere directamente el transmisor) se podría deducir la no-computación de aquellos en ésta.

Sin embargo, desde el punto de vista de la teoría de la adquisición «recta vía», la computación de todos los bienes del primer causante en la herencia del transmitente se ha intentado justificar no tanto en la efectiva integración del patrimonio del primer causante en la herencia del transmitente, sino atribuyendo al *ius delationis* «el valor de los bienes a los que da derecho». Para ALBALADEJO, esto es lo razonable, en tanto que, una vez atribuido, depende de la sola voluntad del llamado adquirir el patrimonio que es la herencia defterida, aceptándola ⁻⁷⁷⁻. Según este autor, el *ius delationis* es sustancia hereditaria lo mismo que, por ejemplo, un derecho de propiedad (y lo mismo que objeto de éste es la cosa, de aquél lo es el contenido de la herencia defterida) y, por

73. HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, G., «La transmisión...», *ob. loc. cit.*, p. 486.
74. JORDANO FRAGA, F., *La sucesión...*, *ob. cit.*, pp. 91-93, 316-323.
75. JORDANO FRAGA, F., *La sucesión...*, *ob. cit.*, p. 328.
76. JORDANO FRAGA, F., *La sucesión...*, *ob. cit.*, p. 329.
77. ALBALADEJO GARCÍA, M., «La sucesión...», *ob. loc. cit.*, p. 307.

tanto, los legitimarios del transmitente tienen derecho al cómputo del *ius delationis* para calcular sus legítimas⁻⁷⁸⁻. Del valor de la masa patrimonial que a través del *ius delationis* se ofrece hay que disminuir, según este autor, el valor de las cargas testamentarias válidas, y cualquier mengua patrimonial que —además de las que provocaría si la herencia la hubiese ya adquirido el transmitente— provoque la adquisición de tal herencia (salvo, naturalmente, el impuesto por la transmisión *mortis causa* del *ius delationis*)⁻⁷⁹⁻, sin que pueda tenerse en cuenta, sin embargo, un posible valor negativo del *ius delationis* (herencia del primer causante con más pasivo que activo); en tal caso dicho valor debe apreciarse como cero, pero no negativamente, puesto que el transmitario siempre tiene la posibilidad de repudiar o de aceptar a beneficio de inventario, eliminando así ese valor negativo⁻⁸⁰⁻.

Según ALBALADEJO, cualquier postura contraria a la que él sostiene en cuanto a la medida del valor del *ius delationis* lleva, por otro lado, al problema, que no parece resoluble, de qué otro módulo ha de admitirse para el cálculo del valor del *ius delationis*⁻⁸¹⁻. La bondad de esta solución parece situarla, por tanto, no tanto en sí misma sino en la dificultad de encontrar otro criterio admisible. De todos modos, no acaba de quedar justificado que un derecho a adquirir⁻⁸²⁻ tenga el mismo valor que los bienes que a través de él pueden adquirirse.

Siguiendo la tesis de ALBALADEJO de atribuir al *ius delationis* el valor de la herencia deferida, ¿cuál es la solución que debería darse al tema del alcance del usufructo vital del cónyuge del transmitente? Por un lado, en la medida que la adquisición por parte del transmitario que acepta la herencia del primer causante tiene lugar «recta vía», parece que no debería tenerse en cuenta para nada la herencia del primer causante en la herencia del transmitente⁻⁸³⁻. Sin embargo, si se considera que el *ius delationis* que recibe el transmitario a través de la herencia del transmitente debe de computarse en ésta partiendo del valor de la herencia a la que da derecho, ello debe-

ría de tenerse en cuenta —además de para concretar el derecho de los legitimarios— para fijar el alcance del usufructo del cónyuge viudo; con la paradoja que en el caso del derecho catalán (art. 331 CS) el cónyuge viudo adquiere por ministerio de la ley el usufructo de toda la herencia de su consorte fallecido —con las limitaciones resultantes del art. 331.II CS—.

Este punto de vista de atribuir al *ius delationis* «el valor de los bienes a los que da derecho» supondría, en el ámbito fiscal, una doble liquidación, respecto a estos bienes, del impuesto de sucesiones. En este sentido, según GARCÍA GARCÍA, incluso desde la perspectiva de la teoría de la adquisición directa, existiría doble liquidación, pues por una parte habría que liquidar la adquisición de los bienes de la primera herencia, y por otra, la adquisición del *ius delationis* procedente de la segunda herencia⁻⁸⁴⁻.

B) Pese a ser partidarios de la teoría de la adquisición «recta vía», como ALBALADEJO, algunos autores se distancian en cambio de éste en que niegan el carácter patrimonial del *ius delationis* y, como consecuencia de ello, la posibilidad de evaluar económicamente el *ius delationis* relativo a la herencia del primer causante que el transmitario recibe en la herencia del transmitente.

Para HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, siendo el *ius delationis* un derecho personalísimo y extrapatrimonial, no debe evaluarse económicamente⁻⁸⁵⁻. Así, los legitimarios del transmitente no tendrían derecho alguno, según él, a la herencia del primer causante y viceversa⁻⁸⁶⁻; y, en la misma línea, el cónyuge del transmitente no ostentará ningún

84. GARCÍA GARCÍA, J.M., *La sucesión...*, ob. cit., p. 291.

85. Sobre este particular, para HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, el *ius delationis* es un derecho personalísimo, de carácter extrapatrimonial. Argumenta a favor de su tesis diciendo que de no ser así, no haría falta una norma como la del artículo 1006 CC que establece la transmisión del derecho a aceptar o repudiar la herencia, puesto que de ser el *ius delationis* un derecho transmisible, bastaría con la norma general del artículo 659 CC, en virtud de la cual la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte. Ello demuestra que el *ius delationis* se encuentra vinculado a la esfera personal o ligado a la personalidad del que recibe el ofrecimiento de la herencia, convirtiéndose en un derecho intrasmisible que en modo alguno puede formar parte de la herencia, entendida ésta como conjunto de relaciones patrimoniales activas y pasivas. El carácter intrasmisible del *ius delationis* y el posible perjuicio que de ello pudiera derivarse para los herederos del transmitente, hace que la Ley haya debido crear la ficción del *ius transmissionis*. Consecuencia de todo lo expuesto es la caracterización del *ius delationis* como un derecho intrasmisible, inembargable, irrenunciable y por ende, no susceptible de evaluación económica (HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, G., «La transmisión...», ob. loc. cit., p. 469-471, 473, 474 y ss. y 489).

86. Según HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, por aplicación del art. 1001 CC, los legitimarios del transmitente, como acreedores del transmitario que ha aceptado la herencia del transmitente pero ha repudiado la herencia del primer causante, pueden pedir al juez que los autorice para aceptarla. Además, por lo que respecta al *ius delationis* que repudia la herencia del transmitente, este autor considera que podrán pedir al juez que les autorice para aceptar la herencia del transmitente, pero por lo que respecta a la herencia del primer causante será necesaria otra autorización. Para este autor, serían necesarias en este caso dos autorizaciones distintas y separadas, una para poder aceptar la herencia del transmitente y una vez aceptada ésta por los acreedores pudieran éstos solicitar otra autorización al juez para ejercitar el *ius delationis* que les permitiera aceptar la herencia del primer causante, ya que la aceptación de la segunda herencia por sí sola no implica aceptación de la primera, aunque por economía procesal puedan solicitarse juntas ambas autorizaciones. Por aplicación del art. 1001 CC se daría preferencia a los acreedores frente a los herederos que, por repudiación del transmitario serían llamados por ley, los cuales sólo recibirían el exco-

87. ALBALADEJO GARCÍA, M., «La sucesión...», ob. loc. cit., p. 308.

88. *Id.*, anotaciones de ROCA SASTRE, R.M., a Knap, T., *Derecho de sucesiones*, T. II, traducción por GONG, H., 2ª ed., al cuidado de PUIG FERRIOL, L., y BADOSA COLL, F., Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., 1976, p. 26.

89. MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, destaca el absurdo resultado que, según él, se produce en cuanto al usufructo vital si se parte de que los transmitarios suceden directamente al primer causante, y no al transmitente, en el sentido de que el viudo o la viuda de éste no tendría derecho al usufructo de los bienes de la primera herencia que fueron ofrecidos a su difunto cónyuge, ni aun cuando ésta fuese aceptada por los transmitarios (MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, E., Comentario al art. 29 CS, ob. loc. cit., p. 103).

derecho viudal en la herencia del primer causante, ya que su consorte nunca llegó a adquirirla, siendo el *ius ademi* un derecho personalísimo del transmisorio ⁻⁸⁷⁻.

En la misma línea, JORDANO FRAGA rechaza expresamente la opinión doctrinal de quienes, para determinar la legítima de los legitimarios del transmitente, agregan a la base de cálculo el valor económico del activo neto de la primera herencia. Según este autor, aunque el *ius delationis* sea un elemento más de la herencia del transmitente, éste no tiene carácter patrimonial, ni es, por tanto, evaluable económicamente ⁻⁸⁸⁻; la mejor prueba de ello es que lo que se valora, para determinar la legítima respecto del transmitente no es el *ius delationis* para la primera herencia, sino los bienes relictos de esta primera herencia, que son, ellos sí, elementos patrimoniales y económicamente evaluables, pero de la primera herencia. Para JORDANO FRAGA, la solución que critica conduce a la confusión de sucesiones y de herencias ⁻⁸⁹⁻.

Según PUIG FERRIOL y ROCA TRIAS, si por patrimonial se entiende la posibilidad de valorar en dinero el derecho, debe negarse que el *ius delationis* pueda tener esta cualidad, porque lo que es susceptible de valoración económica es el patrimonio hereditario, pero no la cualidad de heredero (*¿deladado?*) ⁻⁹⁰⁻, que le permite aceptar o repudiar la herencia deferida. Estos autores configuran el *ius delationis* como personalísimo, universal y sin carácter patrimonial ⁻⁹¹⁻.

Desde la perspectiva de la no-computación, la teoría de la adquisición «recta vía» por parte del transmisorio evitaría, en el orden fiscal, la doble liquidación del impuesto de sucesiones en la parte correspondiente al caudal del primer causante; la herencia

que convirtieran al transmisorio en heredero, ya que éste repudió y nadie puede ser heredero si no quiere serlo (HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, G., «La transmisión...», *ob. loc. cit.*, pp. 490-491).

87. HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, G., «La transmisión...», *ob. loc. cit.*, pp. 489 y 490.

88. JORDANO FRAGA niega la patrimonialidad de este derecho, aludiendo al carácter instrumental del mismo, puesto que la delación no confiere titularidades patrimoniales, sino una mera posibilidad de adquirir las que se deja a la voluntad del sujeto al que se le defiere la herencia. El autor considera la delación como una oferta de adquisición que el llamado adquiere originariamente con fundamento en un testamento o en la Ley. Como consecuencia de ello, el *ius delationis* es indisponible e irrenunciable. Igualmente niega la posibilidad de evaluación económica del mismo atendida su concepción como una posibilidad de adquisición. En el plano positivo, argumenta el autor, que los artículos alegados para sostener la posible patrimonialidad del *ius delationis*, lejos de constituir un apoyo a la tesis citada, la desvirtúan: así, el artículo 1001 CC que es defendido por la doctrina como uno de los argumentos de la patrimonialidad del derecho, demuestra para JORDANO FRAGA su carácter no patrimonial, ya que lo que permitirá la satisfacción de los acreedores perjudicados por la repudiación, no es la agresión del *ius delationis* restituido por la ineficacia frente a ellos de la repudiación perjudicial, sino la agresión directa de los bienes relictos de la herencia repudiada. Asimismo niega que el artículo 1006 CC pueda extraerse argumento alguno a favor de la patrimonialidad del *ius delationis*. La doctrina ha defendido que la transmisibilidad sancionada por el citado precepto requiere necesariamente que el derecho de aceptar o repudiar una herencia tenga carácter patrimonial, ya que, de lo contrario, no podría transmitirse. Sin embargo, alega el autor en defensa de su posición que pueden ser objeto de sucesión relaciones, facultades o acciones que no tienen carácter patrimonial y que son indisponibles, como es el caso, entre otras materias, de las acciones de filiación, derecho moral de autor, derecho de rectificación y acción de injuria y calumnia. De este modo, el *ius delationis* sería otro de los supuestos a tener en cuenta, ya que, a pesar de su carácter indisponible y extrapatrimonial, no se impide la sucesión en él por parte de los herederos del llamado (JORDANO FRAGA, F., *La sucesión...*, *ob. cit.*, pp. 146 y ss. 149, 154-155 y 157 y ss).

89. JORDANO FRAGA, F., *La sucesión...*, *ob. cit.*, pp. 339-341.

90. PUIG FERRIOL, L. y ROCA TRIAS, E., *Fundamentos...*, *ob. cit.*, T. III, Vol. I^o, p. 123.

91. PUIG FERRIOL, L. y ROCA TRIAS, E., *Fundamentos...*, *ob. cit.*, T. III, Vol. I^o, pp. 122-123.

del primer causante daría lugar a una única liquidación del impuesto de sucesiones, independiente de la liquidación correspondiente a la herencia del transmitente ⁻⁹²⁻. Ahora bien, en tanto que, en la liquidación del impuesto de sucesiones, a la cuota hay que aplicarle un coeficiente multiplicador según el grado de parentesco del sucesor con el causante, la tesis de que el transmisorio sucede al primer causante no es siemp re la que favorece una liquidación menos gravosa de dicho impuesto ⁻⁹³⁻.

III. ¿DEBE COMPUTARSE EL IUS DELATIONIS A LA HERENCIA DEL PRIMER CAUSANTE EN LA HERENCIA DEL TRANSMITENTE EN LOS SUPUESTOS DE TRANSMISIÓN?

En los supuestos de transmisión, y partiendo de la teoría de la adquisición «recta vía» —única desde la que tiene sentido plantear la hipotética computación del *ius delationis* en la herencia del transmitente—, existen argumentos para negar la necesidad de computar el *ius delationis*: ya sea por entender que, estando dentro de la herencia del transmitente, carece de valor; ya sea por considerar que la transmisión de la delación opera al margen de la herencia del transmitente, aunque beneficie al heredero de éste.

1. La consideración del *ius delationis* a la herencia del primer causante en la herencia del transmitente

Antes de analizar la cuestión relativa a la valoración o no del *ius delationis* en la herencia del transmitente en aquellos supuestos en los que éste fállee sin haber aceptado ni repudiado una herencia deferida a su favor, conviene considerar el *ius delationis* en cuanto tal, al margen de los supuestos de transmisión. Cualquier dato relativo a la valoración o no del *ius delationis* desde esta última perspectiva puede darnos ya una primera idea para cuestionar, en los supuestos de transmisión, no sólo si debe valorarse en la herencia del transmitente a través del valor de los bienes a los que da derecho, sino incluso si debe ser objeto de valoración alguna.

92. MONSERAT VALERO, A., «La sucesión *iure transmissionis*...», *ob. loc. cit.*, pp. 1040 y 1058.

93. MONSERAT VALERO, A., «La sucesión *iure transmissionis*...», *ob. loc. cit.*, pp. 1042-1043 y 1058-1059. Como pone de manifiesto este autor, la ventaja que, desde el punto de vista de la liquidación del impuesto de sucesiones, supone ver en la sucesión *iure transmissionis* dos sucesiones independientes, porque así se evita una acumulación de base imponible con la consiguiente aplicación de un tipo superior, dada la progresividad de las tarifas, puede venir anulada por la aplicación de un coeficiente multiplicador a la sucesión del primer causante, dado el grado de parentesco que existe entre éste y el transmisorio. En cuanto a la relación de parentesco que hay que considerar entre primer causante y transmisorio, a efectos de la aplicación del coeficiente multiplicador, según MONSERAT VALERO, habría que aplicar el coeficiente correspondiente a la relación real existente entre ambos. *Vid.*, también, GARCÍA GARCÍA, JM., *La sucesión...*, *ob. cit.*, p. 291.

1.1. Algunas notas sobre el pretendido valor del *ius delationis*

El *ius delationis* es adquirido por el llamado a la herencia sin su voluntad (ya sea por ley—en caso de sucesión intestada—, o interviniendo la voluntad del causante—en la sucesión voluntaria—). En este sentido, podría establecerse, *mutatis mutandis*, un paralelismo entre la delación hereditaria y otras figuras que cumplen la misma función, al permitir aceptar o repudiar la adquisición de determinados bienes, sin que el sujeto que tiene tal posibilidad haya intervenido en su creación.

Así, podríamos hablar de «delación» (como posibilidad de aceptar o no la adquisición de determinados bienes) tanto en la donación, en la medida que el donatario, mientras no acepte, tiene la posibilidad de aceptar o repudiar el objeto de la donación que le ha proporcionado el donante⁻⁹⁴⁻, como los supuestos de opción legal⁻⁹⁵⁻, en los que la posibilidad de adquirir procede de la ley. En ambos casos—como en la delación hereditaria—, la atribución de aquella posibilidad no deriva, en su origen, de un acto voluntario de quien la tiene (el donatario o el titular del derecho de opción).

En los tres casos propuestos (delación hereditaria, posibilidad de aceptar o repudiar en la donación y posibilidad de adquirir en las opciones legales), la adquisición de la

94. Tanto en la delación hereditaria como en el caso de la donación la adquisición de la propiedad de los bienes «determinados» (herencia u objeto donado) depende exclusivamente de un acto voluntario del beneficiario (aceptación de la herencia o de la donación), que al mismo tiempo podrá rechazar la adquisición repudiando lo heredado.

El paralelismo entre la delación hereditaria y la que se produce en la donación es relativo o funcional: aquí hemos acudido a la analogía en su funcionamiento, en el sentido de creación y ofrecimiento a un sujeto de la posibilidad de aceptar o repudiar la adquisición de unos determinados bienes, no pudiendo extenderse más allá la equiparación. Ciertamente el paralelismo se refleja en la sistemática del propio CC, ya que ambas figuras se regulan en su Libro 3º. Sin embargo, se ha de tener en cuenta que una diferencia importante es que en el caso de las donaciones, la «delación» se extingue con la muerte del donante (art. 633.2 CC).

95. La opción legal supone que la Ley concede a determinadas personas, en función de cierta situación jurídica, una preferencia frente a otra u otras, para adquirir bajo ciertas condiciones un bien o derecho [YASAS SOLANES, M., «El derecho de opción», en *ADC* (1989), fasc. IV (octubre-diciembre), p. 1235]. En este sentido la doctrina intenta averiguar los supuestos legales que podrían ser calificados como tales opciones, no siendo esta una materia pacífica. Sin ánimo de exhaustividad, se suelen señalar como supuestos de opción legal, no exentos de discusión, los siguientes: en el caso de aumento de capital con emisión de nuevas acciones en las sociedades anónimas, el derecho preferente y proporcional de suscripción, que concede a todo accionista y titular de obligaciones convertibles el art. 158 del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989, así como el concedido por el art. 75 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 23 de marzo de 1995; el art. 54 de la Ley General de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, regulador del derecho de reversión, en el ámbito del derecho agrario se suelen citar, entre otros, el derecho de acceso a la propiedad establecido en la Ley de Arrendamientos Rústicos de 21 de diciembre de 1980 (arts. 84 y ss) y en el art. 164 de la Ley de Reforma y desarrollo agrario de 12 de enero de 1973, no exenta de polémica se encuentra la consideración de los casos previstos en el CC sobre redención de censos, foros y subforos como supuestos de opciones legales (arts. 1608 a 1612 y 1650 a 1651). *Véase* al respecto, entre otros, GARCÍA AMIGO, M., «Derechos reales de adquisición», en *RDP*, 1976, pp. 117-121; SERRANO ALONSO, E., «Notas sobre el derecho de opción», en *RDP*, 1979, pp. 1136-1137; TORRES LANA, J.A., *Contrato y derecho de opción*, Madrid: Trivium, 1982, pp. 173-176; YASAS SOLANES, M., «El derecho...», *ob. loc. cit.*, pp. 1235-1239; LORENZO MERINO, F.J., *La opción de compra en el Derecho español*, Santiago de Compostela: Tórculo ediciones, 1992, pp. 63-64; TALMA CHARLES, J., *El contrato de opción*, Barcelona: José María Bosch Editor, S.L., 1996, pp. 31-34; ROCA SASTRE, R.M. y ROCA-SASTRE MONCINIL, L., *Derecho hipotecario, Dintmica registral*, T. V, 8ª ed., Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., 1997, p. 577.

«delación» (por parte del sujeto favorecido por ella, sin su voluntad) no está sujeta a gravamen a nivel fiscal—ámbito en el que la utilización de criterios de valoración de bienes y derechos resulta esencial—. A efectos fiscales prima la adquisición efectiva y voluntaria de bienes, no teniendo en cuenta la posibilidad de adquisición que se atribuye al sujeto sin su voluntad.

Así, en el ámbito de las donaciones, la adquisición de la pretendida «delación», referida a la posibilidad que tiene el donatario de aceptar o repudiar el objeto donado, no está sujeta a gravamen fiscal, puesto que el hecho imponible del impuesto de sucesiones y donaciones lo constituye «la adquisición de bienes y derechos por donación o cualquier otro negocio jurídico a título gratuito e "inter vivos"» (art. 3.1.b Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto de Sucesiones y Donaciones [LISD]), y la base imponible «el valor neto de los bienes y derechos adquiridos» (art. 9.b LISD)⁻⁹⁶⁻, no siendo relevante a nivel tributario la «delación» ni la fase de decisión del donatario con relación a la aceptación o no del bien donado.

Con relación a las opciones legales, el criterio parece ser el mismo. El Derecho tributario no sujeta a gravamen la posibilidad de adquirir que se le otorga a un sujeto por vía legal. El criterio no podría ser otro, en tanto que, como venimos diciendo, la voluntad del sujeto no ha intervenido para nada en el surgimiento de tal posibilidad sino que es la ley la que automáticamente la atribuye. Esta afirmación es la que se desprende de la regulación fiscal del derecho de opción, pensada exclusivamente para los casos de las opciones denominadas voluntarias, convencionales, contractuales o negociales; con relación a estas últimas—respecto de las cuales, si bien existiría un mínimo paralelismo en cuanto a la posibilidad de adquirir, éste fallaría en cuanto a que la voluntad del sujeto interviene para constituir el derecho de opción a su favor—, la legislación fiscal establece diferentes supuestos sujetos a gravamen (constitución y transmisión, *inter vivos* o *mortis causa*⁻⁹⁷⁻) llegando a criterios de valoración del derecho (como valoración externa) no equiparables, sin embargo, tampoco, a la valoración de los bienes que pudieran ser adquiridos con el ejercicio de la opción⁻⁹⁸⁻.

96. *Véase*, también, los arts. 10.1.b y 3.5 Reglamento del Impuesto (RD 1629/1991, de 8 de noviembre) [RISD].

97. El art. 28.2 de la Ley catalana 22/2001, de 31 de diciembre, de regulación de los derechos de superficie, de servidumbre y de adquisición voluntaria o preferente, requiere, para la transmisibilidad voluntaria, *inter vivos* o *mortis causa*, de los derechos de adquisición, que se haya facultado expresamente para ello a su titular. No está clara la justificación de la previsión expresa en la ley de la no transmisibilidad como principio en caso de transmisión voluntaria, admitiéndose, en cambio, literalmente, la no voluntaria (por ejemplo por vía de sucesión intestada).

98. Así, en cuanto a la constitución del derecho de opción, a efectos de tributación debería recurrirse a los arts. 14.2 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (RDL 1/1993, de 24 de septiembre) [LITP] y 50.5 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (RD 828/1995, de 29 de mayo) [RITP], de los que se desprende que habrá de tenerse en cuenta el precio de la opción y, a falta de éste, o si fuere menor, el cinco por ciento de la base aplicable a dichos contratos—sin que se distinga según el carácter personal o real del derecho, o según su inscripción o no—.

En caso de transmisión *inter vivos* onerosa del derecho de opción deberá acudirse a los arts. 17 LITP y 16 RITP. Según estos preceptos, en la transmisión de «derechos mediante cuyo ejercicio hayan de obtenerse bienes determinados y de posible extinción» se exigirá el impuesto «por iguales conceptos y tipos que las que se efectúan de los mismos bienes y derechos». Ello podría dar a entender que tributaría igual la trans-

Dejando por tanto al margen la opción voluntaria, la analogía entre la posibilidad de aceptación que atribuyen la donación y las opciones legales y la delación hereditaria puede considerarse indicativa de que en este caso, tampoco estamos ante un «valor» por el que tributar. Criterio éste que, desde el punto de vista de la repudiación y la renuncia a la herencia, viene confirmado por el régimen fiscal establecido en los arts. 28.1 y 2 LISD y 58.1 y 2 RISD. Según estos preceptos, «*En la repudiación o renuncia pura, simple y gratuita de la herencia o legado, los beneficiarios de la misma tributarán por la adquisición de la parte repudiada o renunciada...*» (arts. 28.1 LISD y 58.1 RISD); «*En los demás casos de renuncia a favor de persona determinada, se exigirá el impuesto al renunciante, sin perjuicio de lo que deba liquidarse, además, por la cesión o donación de la parte renunciada*» (arts. 28.2 LISD y 58.2 RISD) —99—. En ambos supuestos se tributa exclusivamente por la adquisición efectiva de bienes por un acto voluntario: en cuanto al último inciso (arts. 28.2 LISD y 58.2 RISD), la tributación por parte del renunciante no debe entenderse necesariamente que supone atribuir un valor al *ius delationis*, puesto que se trataría de aquellos casos en que la herencia debería considerarse aceptada (en los términos previstos en los arts. 19 CS y 1000 CC) —100— y, por tanto, extinguido el *ius delationis*, debiéndose tributar y pasando ya a los favorecidos el patrimonio hereditario —liquidándose entonces, ade-

más, «*por la cesión o donación de la parte renunciada*» —101—, por lo que respecta a lo previsto en los arts. 28.1 LISD y 58.1 RISD, la repudiación o renuncia pura simple y gratuita del llamado hace desaparecer su delación —102— y nacer una nueva a favor de «*los beneficiarios*», los cuales tributarán cuando adquieran la herencia. El tratamiento fiscal de la repudiación en estos preceptos orilla, por tanto, cualquier pretendida valoración del *ius delationis* en cuanto tal.

1.2. La no-valoración del ius delationis en la herencia del transmitente

De admitirse la no-valoración del *ius delationis*, en cuanto tal, al margen de la transmisión (como sugieren, aunque de un modo indirecto e instrumental, los argumentos fiscales apuntados), carece de sentido atribuirle un valor por el hecho de que se transmite a los herederos de quien fallece sin haber aceptado ni repudiado la herencia del primer causante.

Siguiendo a CANCER, se llega a este mismo resultado si se entiende que el «derecho a la adquisición» en que consiste el *ius delationis* supone una mera facultad de adquirir, y, como tal, no recibe estimación —103—. Para este autor —que en algún pasaje de su obra parece decantarse por la adquisición directa del primer causante («*venientem ex iure transmissionis non succedere in re transmittenti, sed primo decedentis*» —104—) —105— lo que se transmite no se encuentra en la herencia del transmitente de

misión y consiguiente adquisición del derecho de opción que la posterior transmisión fruto del ejercicio de este derecho —pese al diferente objeto transmitido y adquirido: derecho de opción / bien a cuya compra se encamina el ejercicio de aquél—, suponiendo, además, una doble tributación, de la misma magnitud en ambos casos. Aunque ello pudiera desprenderse de la literalidad de la regulación vigente, el resultado obtenido no parece adecuado; adquirir un derecho de opción sobre una cosa no es lo mismo que adquirir la cosa sobre la que recae este derecho. Teniendo esto en cuenta, parece aconsejable acudir al criterio de los arts. 14.2 LITP y 50.5 RITP, antes mencionados, para determinar la base imponible en la cesión del derecho de opción (Vid. MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, J., *El impuesto sobre las Transmisiones Patrimoniales*, Barcelona: José María Bosch Editor, S.A., 1996, pp. 306-308).

En cuanto a la valoración del derecho de opción en la adquisición *mortis causa* de éste, deberá estarse a lo dispuesto en los arts. 18 LISD y 40 RISD. Ambos preceptos acuden, como criterio de control del «valor real dado por los interesados», a las reglas de valoración contenidas en el Impuesto sobre el Patrimonio, a las cuales deberá estarse siempre que el resultado sea mayor al valor propuesto por los interesados. La Ley de dicho impuesto, al tratar la valoración de las «*opciones contractuales*» remite a lo establecido en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, con lo cual volvemos a la regla contenida en los arts. 14.2 LITP y 50.5 RITP. Este mismo recorrido debe seguirse en los supuestos de transmisiones *inter vivos* gratuitas del derecho de opción.

99. El segundo párrafo del art. 2.XVIII de la Ley de los Impuestos de Derechos Reales y sobre Transmisiones de Bienes (Texto Refundido de 28 de febrero de 1977) establecía: «*La renuncia simple y gratuita de la herencia hecha a favor de todos los coherederos con las circunstancias prevenidas en la última parte del núm. 3.º del art. 1.000 del Código civil no constituye acto sujeto al impuesto, pero las personas á quienes beneficiare tributarán por la adquisición de la parte renunciada...*». Ello mismo se desprende del art. 3.1.18 del Reglamento de los Impuestos de Derechos Reales y sobre Transmisiones de Bienes (RD de 26 de marzo de 1927). Vid. *Manual del Impuesto de Derechos Reales y Transmisiones de Bienes*, 9ª ed., Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados Municipales, 1927, pp. 24 y 162.

100. Con la matización prevista en los arts. 22.2 CS y 1000.3º Final CC en el sentido de entender, respectivamente, «repudiada» o «no aceptada» la herencia, en tanto que en estos casos la renuncia del delado a su posición jurídica no es traslativa, sino oblicuativa, de modo que su voluntad de favorecer a las personas a que se refieren dichos preceptos es una voluntad inútil, ya que la cuota les favorecería igualmente aunque no se hubiese manifestado (CASANOVAS MUSSONS, A., en F. BADOSA COLL —coord.—, *Compendi...*, ob. cit., p. 428).

101. Habiéndose producido una aceptación de la herencia y una transmisión posterior, procederá exigir el Impuesto sucesorio y posteriormente el Impuesto correspondiente al tipo de transmisión realizada. Vid., al respecto, BERNÁUDEZ ODRIOZOLA, L., PÉREZ DE AVILA BECERRIL, L., y PÉREZ DE AVILA BECERRIL, M., Comentario al art. 28 LISD, en *Comentarios al impuesto sobre sucesiones y donaciones*, Madrid: Editorial Lex Nova, 2001, pp. 574-575.

102. El supuesto contemplado en el art. 28.1 LISD es aquel en el que el llamado a la herencia declara su voluntad de no ser heredero, de no aceptar la herencia; ante esta situación, el legislador fiscal no puede sino admitir la impropiedad de liquidar impuesto sucesorio alguno; el renunciante no tributará. Vid., al respecto, BERNÁUDEZ ODRIOZOLA, L., PÉREZ DE AVILA BECERRIL, L., y PÉREZ DE AVILA BECERRIL, M., Comentario al art. 28 LISD, ob. loc. cit., pp. 569-574.

103. CANCERUS, J., *Variarum Resolutionum Iuris Universitatis Casarum, Pontifici, & Municipalis Principis Cathalauniae*, Venetis: Apud Remondini, 1760, Parte III, Cap. 21, núm. 156 y 157, p. 272. Vid., también, BALDUS, ad l., «*Deo nobis*», C. «*De episcopis et clericis*» (C.1.3.56.81) *In tres primos libros codicis*, Lugduni: Apud heredes Joannis Moylin alijus Cantuari, 1546, p. 57 r.v. En materia de donación, vid., también, CANCERUS, J., *Variarum...*, ob. cit., Barchinone, s.i., 1594, Parte II, Cap. 1, núm. 126, p. 13 r.v.

104. En ediciones posteriores la primera afirmación pierde sentido, pues se sustituye la referencia al «*primus decedentis*» por la de «*primus decedentis*»: vid. CANCERUS, J., *Variarum...*, ob. cit., Lugduni: Stump, Laur. Arnaut, et Petri Borde, 1670, Parte III, Cap. 21, núm. 155, p. 409, y CANCERUS, J., *Variarum...*, ob. cit., 1760, Parte III, Cap. 21, núm. 155, p. 272.

La expresión «*primus decedentis*» la encontramos también en RINUUS, según el cual «*Quando enim ex transmissione vult quis venire, non succedit transmittenti, sed primo decedenti, puta patri, ut in casu nostro*» (RINUUS, C., *Consiliorum seu responsorum*, T. III, Venetis: Apud Felice Valgristum, 1591, cons. 39, núm. 7, p. 63 v.). Aunque en otros términos, vid., también, GÓMEZ, A., *Variarum Resolutiones...*, ob. cit., Cap. IX («*De Transmissione Haereditatis*»), núm. 5, pp. 149-150.

105. Si bien añade: «*sic haereditatem adire non proprio nomine, & ex propria persona, sed ex persona transmittentis, & ut ejus heredes, & tanquam ejus personam representantes*» (CANCERUS, J., *Variarum...*, ob. cit., Barchinone: Ex Typographia Jacobi à Cendrat, 1608, Parte III, Cap. 21, núm. 155, f. 317r —vid., también, Parte III, Cap. 21, núm. 164, f. 317v—).

modo que aumente ésta («*quia ius adeundi non est in bonis nostris taliter quod aestimationem recipiat, ex eo quod possim non acquirere*») ⁻¹⁰⁶⁻, aunque se entienda que lo está a efectos de transmisión (actuando el transmitente como mero «canal») ⁻¹⁰⁷⁻. Por todo ello, no debe computarse para calcular la legítima de los legitimarios del transmitente, porque a estos efectos sólo deben ser computados los bienes que estén en la herencia al tiempo de la muerte del causante ⁻¹⁰⁸⁻. Ello no está en contradicción con sostener que, después de la aceptación del derecho transmitido, se considera que los bienes adquiridos por el derecho de transmisión están obligados «*creditoribus, & legatariis transmittentis*» ⁻¹⁰⁹⁻.

Por lo que respecta a la transmisión, debe destacarse, además, que, si bien quien sea la persona del transmisor puede venir determinado por un acto de destinación hecho por el causante-transmitente (al designarlo heredero), no puede ser objeto de una disposición o previsión específica por parte de éste (su titular), puesto que cualquier previsión específica y concreta que realizara el transmitente sobre el *ius delationis* implicaría la extinción del *ius delationis* en cuanto tal, y supondría que lo que se estaría transmitiendo no sería ya el *ius delationis*, sino los bienes de la herencia del primer causante —ya aceptada (arts. 1000 CC y 19 CS) ⁻¹¹⁰⁻—, quedando integrados dichos bienes en la herencia de la que, de otro modo, habría sido «transmitente».

2. La consideración del *ius delationis* a la herencia del primer causante al margen de la herencia del transmitente. Especial referencia al derecho catalán

2.1. Breve reseña sobre los precedentes de la regulación actual

El Derecho romano partía del principio de la no transmisibilidad del *ius delationis*. Éste se configuraba como inalienable *inter vivos* e intransmisible *mortis causa*; el lla-

106. Sobre ello, *vid.*, también, BACROUS, *ad l. «Qui duos»*, D. «*De reb. duob.*» (D.34,5,10 [9]) *In secundum Infortiatum Partem Commentaria*, Augustae Taurinorum; Apud Nicolaum Beuliquam, 1574, núm. 11, p. 104 v.; RUIJS, C., *Consistorum...*, *ob. cit.*, T.III, cons. 22, núm. 15-16, pp. 39 r.º v.º, y cons. 39, núm. 5, p. 63 v., y T. V, Venetis: Apud Felicianum Valgristum, 1591, cons. 23, núms. 3 y 27, pp. 24 r. y 26 r.; PERGRINUS, M.A., *De fideicommissis praesertim universilibus. Tractatus Frequentissimus*, Augustae Taurinorum; Apud Ioannem Dominicum Taurinum, 1610, Art. XXXVI, núm. 20, p. 198 v.

107. «...*Licet bene quoddam effectum transmittendi censetur esse in bonis defuncti, & reputetur hereditarium...*» *Vid.* CANCERUS, J., *Variantum...*, *ob. cit.*, 1760, Parte III, Cap. 21, núm. 156, 157-158, p. 272.

108. CANCERUS, J., *Variantum...*, *ob. cit.*, 1760, Parte III, Cap. 21, núm. 156, p. 272.

109. CANCERUS, J., *Variantum...*, *ob. cit.*, 1760, Parte III, Cap. 21, núm. 164, p. 273.

110. El transmitente no puede disponer por testamento del *ius delationis*, pues, de hecho, ello le supondría la adquisición de la herencia del primer causante. Tampoco se puede disponer *inter vivos* de la delación como titularidad independiente (art. 19 CS). Disponer de la delación es disponer de la herencia, y los actos dispositivos sobre la herencia son actos de heredero, propios de quien ya ha tomado el título de heredero con su aceptación; la realización de estos actos por parte del delado que aun no se ha pronunciado expresamente implica aceptación tácita, lo cual quiere decir que el sujeto ya no es titular de un *ius delationis*; es el nuevo titular de la herencia y, por tanto, aquello que transmite por venta, donación o cualquier otro negocio transmissivo no es la delación, sino su derecho a la herencia ya aceptada (CASANOVAS MISON, A., en F. BADOJA COLL. —coord.—, *Compendi...*, *ob. cit.*, pp. 413-414).

mado no podía, en un principio, transmitir a otro el derecho de adquirir la herencia, de acuerdo con la regla *hereditas nondum acta, hereditus non transmittitur* (C. 6,30,7; C. 6,51,1, § 5) o *hereditas delata, nondum adquisita, non transmittitur ad heredes* ⁻¹¹¹⁻; la herencia deferida pero no aceptada no forma parte del patrimonio del delado, ni pasa a su heredero ⁻¹¹²⁻. Sin embargo, el principio de intransmisibilidad *mortis causa* fue paulatinamente excepcionado en diferentes supuestos que, en la práctica, hicieron que quedase reducido a ser una regla inoperante y falta de valor sustancial ⁻¹¹³⁻; se fue limitando, así, la tesis de la intransmisibilidad a través de las llamadas *transmisiones*, que acabaron por convertir la regla original en excepción ⁻¹¹⁴⁻.

Las *transmissiones* que constituían la excepción a la no transmisibilidad del *ius adeundi* o *ius delationis*, fueron las siguientes: a) *Transmissio ex capite in integrum restitutionis* (C. 2,50 [51]), que tenía lugar cuando el heredero que había repudiado o abstenido la herencia, y que por razón de menor edad, incapacidad o ausencia, considerase *damnosa* o lesiva tal repudiación o abstención, estaba facultado para enervar tal repudiación o abstención por vía de *restitutio in integrum*, en cuyo caso, el derecho para reclamar esta *restitutio* pasaba a los herederos del heredero fallecido, y, una vez obtenida tal restitución, podían tales herederos aceptar —los herederos reciben, así, la misma delación que para la herencia del primer causante había recibido el segundo—; b) *Transmissio Theodosiana* o *ex iure sanguinis* (C. 6,52,1 [ley única]), consistente en la transmisión del *ius delationis* a los herederos del instituido, cuando éste era descendiente del testador y había fallecido antes de la apertura del testamento, operándose la transmisión, siempre que, a su vez, los herederos del instituido fueran descendientes de éste; c) *Transmissio ex capite infantiae* (C. 6,30,18, § 1 y 3), en virtud de la cual,

111. CANCERUS, J., *Variantum...*, *ob. cit.*, 1760, Parte III, Cap. 21, núm. 3, p. 267 («*hereditas non acta, regulariter ad a heredes non transmittitur, imò pro eo habetur, ac si a hereditas delata non fuisset...*»); GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos ó estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, T. III, 4.ª ed., Madrid: Librería de Sánchez, 1875, p. 380; BONNANTE, P., *Institutiones de Derecho Romano*, traducción de la 8.ª ed. italiana por L. BACCI y A. LARROSA, revisada por F. CAMPUZANO HORVA, Madrid: Editorial Reus, S.A., Academia («Editorial Reus»), 1929, p. 555; BONNANTE, P., *Corso di Diritto Romano*, T. VI, *Le successioni*, Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974, p. 303; MANRESA NAVARRO, J.M., Comentario al art. 1006 CC, *ob. loc. cit.*, p. 433; ROCA SASTRE, R.M., «El derecho...», *ob. loc. cit.*, p. 296; ROCA SASTRE, R.M., «El problema...», *ob. loc. cit.*, p. 187; IGLESÍAS, J., *Derecho romano. Historia e instituciones*, 3.ª reimposición de la 11.ª ed., Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 1998, p. 535. *Vid.*, también, JORS, P. y KUNKEL, W., *Römisches Privatrecht*, 3.ª ed., Berlin — Göttingen — Heidelberg: Springer-Verlag, 1949, § 212, p. 335.

112. BORRELL y SOLER, A.M., *Derecho Civil vigente en Cataluña*, T. V, 2.ª ed., Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1944, pp. 466-467 —*vid.*, también, BORRELL y SOLER, A.M., *Der civil vigenti a Catalunya*, T. V, Barcelona: Mancomunitat de Catalunya. Oficina d'Estudis Jurídics. Impremna de la Casa de Caritat, 1923, p. 517—.

113. *Vid.* ALBALADEJO GARCÍA, M., «La sucesión...», *ob. loc. cit.*, pp. 274-275 y 277-279; LACRUZ BERDEJO, J.L. y ALBALADEJO, M., *Derecho de sucesiones...*, *ob. cit.*, p. 166; JORDANO FIGAGA, F., *La sucesión...*, *ob. cit.*, pp. 30-31; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de sucesiones...*, *ob. cit.*, T. III, p. 332.

114. Para BONNANTE, las excepciones sobrevienen en proporciones tales que eliminan la regla; la excepción ha terminado absorbiendo la regla; las excepciones han acabado por privar a la regla de valor sustancial. *Vid.* BONNANTE, P., *Institutiones...*, *ob. cit.*, pp. 556 y 557; BONNANTE, P., *Corso...*, *ob. cit.*, T. VI, p. 303. Según IGLESÍAS, el principio de intransmisibilidad sufre importantes derogaciones en el curso histórico del Derecho romano, hasta llegar a afirmarse, con Justiniano, la norma contraria (IGLESÍAS, J., *Derecho romano...*, *ob. cit.*, p. 535).

cuando un hijo infante era llamado heredero y su padre no podía adir en su nombre la herencia deferta, falliendo en el interim el mencionado hijo, se entendía que había transmisión a favor del ascendiente; d) *Transmissio ex iure patrio* (C. 6,61,8, § 1 y 2), muy similar a la anterior, pero basada en la autorización que el padre debía otorgar al hijo para que éste aceptara la herencia deferta; si el hijo fallecía antes de estar autorizado para aceptar, también se producía la transmisión; y e) *Transmissio iustitiana* o *ex iure deliberandi* (C. 6,30,19), consistente en que si el llamado moría antes de transcurrido un año desde que tuvo noticia de la delación a su favor, o bien antes de haber expirado el plazo para deliberar, sus herederos, siempre que fueran descendientes, podían, dentro del resto del año o del indicado término, aceptar la herencia, transcribiendo el mencionado plazo a favor de los herederos del transmitente en el caso en que éste hubiera muerto sin conocer la delación -115-. Esta última *transmissio* (*Transmissio iustitiana*) es la base de la regulación actual del *ius transmissio*.

Antes de la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña, se consideraba vigente en Cataluña la regulación romana⁻¹¹⁶⁻. Ello tuvo reflejo, aunque sin recoger literalmente todas las excepciones mencionadas (que sí habían sido admitidas, en cambio, por la doctrina -117-), en los Proyectos oficiales de Apéndice y en el *Anteproyecto de la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña* de 1952.

115. Vd. WINDSCHEIM, B., *Diritto delle Pandette*, traducción de C. FAUZA y P.E. BENSA, T. III, Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1930, § 600, pp. 313-319; BONNANTE, P., *Institutiones...*, ob. cit., pp. 556-557; BONNANTE, P., *Corso...*, ob. cit., T. VI, pp. 304-314; ROCA SASTRE, R.M., «El derecho...», ob. loc. cit., pp. 297-298; ROCA SASTRE, R.M., «El problema...», ob. loc. cit., T. II, pp. 187-188; D'ORS, A., *Derecho privado romano*, 8ª ed., Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 1991, § 238, pp. 301-302; IGLESIAS, J., *Derecho romano...*, ob. cit., p. 535; JORDANO FRAGA, F., *La sucesión...*, ob. cit., pp. 36-41. Vd. también, GÓMEZ, A., *Variae Resolutiones...*, ob. cit., Cap. IX «De Transmissione Hereditatis», núms. 7-56, pp. 150-173, y «Additiones», núms. 7-52, pp. 176-186; MOLINA, L. DE, *De iustitia*, T. I, Tractatus Secundus, Venetis: Apud Societatem Minimam, 1602, *Disputatio* 180 «De transmissione hereditatis non actiue iure iustitiae, sanguinis, ac deliberandi», col. 690-697; DOMAT, J., «Les lois civiles dans leur ordre naturel», *Oeuvres de J. Domat*, T. VI, Paris: Émile Kieffer, Éditeur, 1824, pp. 262-265 y 267; SEARIN, F., *Institutiones de Derecho Romano*, 9ª ed. italiana, edición española y comparación con el Derecho civil español, general y especial de Cataluña, según la traducción de la primitiva edición italiana de J.D. THIAS, corregida, completada y puesta al día por J.M. TRIAS DE BES, T. II, Bilbao-Madrid-Barcelona: Espasa Calpe, S.A., s.a., pp. 470-471; BORELL y SOLER, A.M., *Dret civil...*, ob. cit., T. V, pp. 517-519; BORELL y SOLER, A.M., *Derecho Civil...*, ob. cit., T. V, pp. 467-468; JOKS, P. y KUNKE, W., *Römisches...*, ob. cit., § 212, pp. 335-336; KASER, M., *Das Römische Privatrecht*, T. II, 2ª ed., Munich: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1975, § 293, pp. 536-537; KASER, *Derecho romano privado*, versión directa de la 5ª ed. alemana, por J.S. SANTA CRUZ TEJERRO, 2ª ed., Madrid: Reus, S.A., 1982, p. 331. Sobre la transcendencia de la ignorancia de la delación a efectos de la transmisión, vd. FONTANELLA, J.P., *Decisiones Sacri Regii Senatus Cathalonae*, T. II, Lion: Apud Germanum Nanti, & Soc., 1668. Decisiones 484 (núm. 7, 8 y 9) y 485 (núm. 11 y 12), pp. 389-393, especialmente pp. 390 y 392. Sobre la transmisibilidad del derecho de deliberar según CÁNCHER, vd. FALGUERA, F.M., anotaciones a GIBERT, V., *Théorie del Art de Notaire*, traducción de E. De TAPPA, 3ª ed., Barcelona: Manuel Sauri y Eudaldo Puig, Editores, 1875, p. 288, nota p.
116. BROCA y DE MONTAGUT, G.M. y AMELL y LLOPIS, J., *Institutiones del Derecho civil catalán vigente*, T. II, 2ª ed., Barcelona: Imprenta Barcelonesa, 1886, pp. 409-410; BORELL y SOLER, A.M., *Dret civil...*, ob. cit., T. V, pp. 517-519; BORELL y SOLER, A.M., *Derecho Civil...*, ob. cit., T. V, pp. 466-468; MASPOUS I ANGELSELL, F., *Fons de Dret català*, Barcelona: Rafael Dalmau, Editor, 1963, núm. 161, pp. 133-136; ROCA SASTRE, R.M., «El problema...», ob. loc. cit., T. II, p. 187.
117. BROCA y DE MONTAGUT, G.M. y AMELL y LLOPIS, J., *Institutiones...*, ob. cit., T. II, p. 410; BORELL y SOLER, A.M., *Dret civil...*, ob. cit., T. V, pp. 517-519; BORELL y SOLER, A.M., *Derecho Civil...*, ob. cit., T. V, pp. 467-468.

Así, y contrastando con la redacción del art. 1006 CC español de 1889 entonces vigente (que —siguiendo el texto de los arts. 836.1 del Proyecto de Código civil de 1851 y 1018 del Anteproyecto de Código civil de 1882-1888, y apartándose, en cambio, de lo previsto en *Las Partidas* [P. 6, 6, 2 -118-]— admitía el principio general de transmisión) -119-, el Proyecto de Apéndice de 1930 y el Anteproyecto de 1931 partían de que «El heredero que fallece sin haber aceptado el todo o parte de herencia que le corresponde, no la transmite a sus herederos» —proposición que, sin embargo, en sentido literal, parece predicar la «transmisión» de la herencia y no del *ius delationis*—. Como excepciones a dicho principio se recogían determinados supuestos que constituían una versión adaptada de las «transmisiones» *ex capite integrum restitutionis*, *ex capite infantiae*, e *iustitiana* o *ex iure deliberandi* -120-.

118. P. 6,62: «Plazos para deliberar. El Rey puede conceder a los herederos para deliberar un año, y los jueces nueve meses; pero si entenderan que en menos tiempo puede hacerlo, acortarán dichos plazos con tal que no bajen de cien días. Si alguno de los herederos instituidos muriese antes de cumplirse el plazo señalado, su heredero podrá aprovechar lo que fáltle. Si muriese después del plazo sin haber aceptado la herencia, y siendo el tal instituido extraño del que le instituyó, el que hubiere de heredarle a él no tendrá derecho alguno a tal herencia; mas si el finado fuese descendiente por línea recta del testador, su heredero habrá aquella.» (Códigos españoles y colección legislativa, comprensiva de lo legislado con posterioridad a los Códigos, ó sea legislación general de España, T. III, Parte 1.ª, *Las Siete Partidas*, T. I, Madrid: La Publicidad, Librería de Saturnino Gómez, 1881, p. 254).
119. Los arts. 836.1 del Proyecto de Código civil de 1851, y 1018 del Anteproyecto de Código civil de 1882-1888 —que, respecto del anterior, sustituye la expresión «se transmite» por «pasará»— constituyen claros precedentes del art. 1006 CC (si bien, a diferencia del art. 1006 CC, los textos propuestos en aquellos proyectos acababan precisando «aunque haya muerto ignorando que le había sido deferido al heredero» —juicio que no tenía equivalente ni en el art. 781 del *Code français*, ni en el art. 939 del Código civil italiano de 1865—). Tanto el art. 1006 CC como los Proyectos mencionados incurren en la imprecisión de llamar «heredero» al llamado-transmisor que no ha aceptado la herencia del primer causante. Vd. GARCÍA GOMENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid: 1952 (reimpresión al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza: 1974, pp. 424-425); LASSO GATE, J.F., *Crónica de la codificación civil española*, 4.ª *Codificación civil* (Génesis e historia del Código), T. II, Madrid: Ministerio de Justicia, DL 1970, pp. 391 y 645. Sobre ello, vd. JORDANO FRAGA, F., *La sucesión...*, ob. cit., pp. 45-46; GARCÍA GARCÍA, J.M., *La sucesión...*, ob. cit., pp. 128-133.
120. Art. 368 Proyecto de Apéndice de Derecho Catalán al Código Civil de 1930: «El heredero que fallece sin haber aceptado el todo o parte de herencia que le corresponde, no la transmite a sus herederos, excepto en los siguientes casos: 1.ª El que fallece teniendo derecho a pedir la restitución in integrum contra la abstención o repudiación de una herencia, transmite a sus herederos la acción de restitución. La misma regla se aplicará al que no pudo aceptar una herencia por algún obstáculo físico o legal que hubiere subsistido hasta su muerte. 2.ª El hijo suyo a la patria potestad que fallece sin que su padre o madre hubiese aceptado una herencia deferida al primero, transmite el derecho a aceptarla. 3.ª El que ha pedido plazo para deliberar acerca de la aceptación de una herencia y fallece antes de cumplir dicho plazo, transmite el derecho de deliberar por el tiempo que fáltle transcurrir de aquel. 4.ª El que fallece sin haber aceptado ni repudiado una herencia y sin haber pedido plazo para deliberar, transmite a sus herederos el derecho a aceptarla durante lo que reste del año posterior a la muerte del causante» (MIRAMBEL, I. ABAÑCO, A. y SALVADOR CODECER, P., *Proyecto d'apèndix i materials precompilatoris del Dret Civil de Catalunya*, Barcelona: Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, 1995, p. 669). Dicha regulación pasó de forma prácticamente literal al art. 319 del Anteproyecto de Apéndice de las *Institutiones de Derecho Civil Catalán de la Comisión Jurídica Asesora* de 23 de julio de 1931 (MIRAMBEL, I. ABAÑCO, A. y SALVADOR CODECER, P., *Proyecto d'apèndix...*, ob. cit., pp. 753-754). En cambio, algún Proyecto privado de Apéndice, como el de J.J. PERMANER y AYATS (art. 1281), introducía la misma regulación que el art. 1006 CC (PERMANER y AYATS, J.J., *Proyecto de Apéndice al Código Civil*, Barcelona: Imprenta de la Casa Provincial de Caridad, 1915, p. 134).

A este respecto, conviene advertir que, como de hecho ya resultaba de la regulación romana, dichas excepciones se referían a objetos distintos; a saber: acción de restitución, derecho a aceptar la herencia (lo cual suponía aludir explícitamente al *ius delationis*) y derecho de deliberrar (expresión que llevaba implícita la referencia al *ius delationis*).

Esta misma regulación pasó al *Anteproyecto de la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña* de 1952 (art. 381)⁻¹²¹⁻. No es hasta el *Proyecto de la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña* de 1955 que tiene lugar un cambio significativo en esta materia; en este sentido, su art. 497 comenzaba afirmando que «*Fallecido el heredero sin haber aceptado ni repudiado la herencia deferida, el derecho o [sic] aceptarla o repudiarla se transmitirá siempre a su heredero...*»⁻¹²²⁻; con ello se cambiaba el criterio que servía de punto de partida en los Proyectos anteriores, alejándose de las fuentes romanas y acercándose al principio general de transmisibilidad contenido en el art. 1006 CC. Sin embargo, el Proyecto de 1955 va más allá que la regulación de 1889, al contemplar expresamente, y de un modo impropio⁻¹²³⁻, la transmisión del «*derecho de legítima, legado o fideicomiso*» (art. 497.3)⁻¹²⁴⁻.

Además, en cuanto a la transmisión del *ius delationis* se precisaba la necesidad, por parte de cada heredero, de aceptar la herencia del transmitente para poder aceptar la del primer causante, estableciéndose un derecho preferente de acrecer entre ellos (art. 497.2); lo cual se extendía también a los supuestos previstos en el párrafo tercero (art. 497.3 *in fine*)⁻¹²⁵⁻. Todo ello, excepto esta última precisión en cuanto a la extensión, pasó al art. 258 de la Compilación catalana de 1960 y 1984 y, finalmente, al art. 29 CS —aunque no fuera de un modo literal—.

Sin ánimo de profundizar en ello, conviene advertir que predicar la «transmisión» de figuras tan dispares como el *ius delationis* (o la herencia), la legítima, el lega-

121. *Anteproyecto de la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña*, Barcelona: Casa Provincial de Caridad, 1952, pp. 122-123.

122. *Proyecto de la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña*, Barcelona: s.i., 1955, p. 153. El primer inciso de este artículo según la versión del Proyecto publicada en el número especial de la *RJC* (año LV, septiembre-diciembre, T. LXXIII) era el siguiente: «*Fallecido el heredero sin haber aceptado ni repudiado la herencia deferida, el derecho a suceder en ella mediante su aceptación y el de repudiarla se transmitirá siempre a sus herederos...*».

123. *Vid.* GETE-ALONSO y CALERA, M.C., Comentario al art. 258 CDCC, *ob. loc. cit.*, p. 286. *Vid.*, también, ROCA SASTRE, R.M., «El derecho...», *ob. loc. cit.*, p. 295; ROCA SASTRE, R.M., «La designación, la vocación y la delación sucesorias», *Estudios sobre sucesiones*, T. I, Madrid, I. de E., 1981, pp. 163-164, nota 67.

124. La idea de «transmisión» aparece también en otros preceptos del mismo proyecto; así, por ejemplo: arts. 339.3, 343.2, 480.3, 504.3, 511.1, 432.6, y 506.3.

125. Art. 497, párrafos segundo y tercero, del *Proyecto de la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña*, de 1955: «*Este último podrá aceptar ambas herencias, pero no aceptar la primera y repudiar la segunda. De ser varios los herederos que acepten la segunda herencia, cada uno de ellos podrá aceptar o repudiar la primera herencia independientemente de los demás, y con preferente derecho de acrecer entre ellos.* — El legionario, legatario o fideicomisario, que después de deferirseles su derecho de legítima, legado o fideicomiso, falleciesen sin haberlo renunciado o aceptado, lo transmitirá siempre a sus herederos, con aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior» (*Proyecto de la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña*, Barcelona: s.i., 1955, p. 153). Las diferencias de redacción de este precepto según la versión del Proyecto publicada en el número especial de la *RJC* (año LV, septiembre-diciembre, T. LX-XIII) y el texto transcrito eran mínimas, sin variar el sentido.

do⁻¹²⁶⁻ y el fideicomiso⁻¹²⁷⁻ suponen⁻¹²⁸⁻ como mínimo partir, si no de un concepto distinto, sí de un distinto funcionamiento de la propia transmisión, determinado por su objeto. Así, si identificamos el *ius transmissionis* propiamente dicho con la transmisión del *ius delationis*, como derecho a aceptar o repudiar, podría concluirse que éste no se da en aquellos supuestos en los cuales se afirma⁻¹²⁹⁻ que la adquisición se entiende producida (ni que sea provisionalmente⁻¹³⁰⁻) desde la apertura de la sucesión, con la única facultad de renunciar (arts. 235, 265.1, 267.1, 351.1 CS). Como pone de manifiesto GETE-ALONSO, la manera de ser de esta especial transmisión podría justificar la supresión, a partir de la Compilación de 1960, de la remisión en estos casos a la regla de acrecimiento prevista para la transmisión del *ius delationis*⁻¹³¹⁻.

126. El art. 258.2 CS alude a la «transmisión» del derecho del sustituto del legionario. El art. 263 CS se refiere a la «transmisión» del «derecho legado» en caso de legado a término suspensivo. En cuanto a la «transmisión» relativa a un legado de cosa futura, *vid.* art. 265.3 CS. El art. 269.2 CS contempla la «transmisión» del legado deferido y no aceptado.

127. En cuanto a los fideicomisos, también hablan de «*traspasar de transmisión*» los arts. 42.5 y 205 CS; y el art. 186.2 utiliza el término «*transmisibilidad*».

128. En su obra *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, DOMAT trataba conjuntamente, en la sección titulada «*Du droit de transmission*», la transmisión en cuanto a la herencia y a los legados, si bien reconocía que «*À l'égard des légataires, leur condition, pour ce qui regardait le droit de transmission, était plus avantageuse dans le droit romain que celle des héritiers: car le droit leur était acquis au moment de la mort du testateur, si le legs était pur et simple; et si le legs était conditionnel, le droit du légataire dépendait en ce cas, comme il était juste, de l'événement de la condition, et ne lui était acquis que lorsqu'elle était accomplie*». Además, según este autor, «*Les règles qui regardent le droit de transmission pour les héritiers et les légataires, peuvent s'appliquer aux héritiers substitués et aux fideicommissaires*» (DOMAT, J., «*Les lois civiles...*», *ob. loc. cit.*, pp. 262-283 —especialmente pp. 265 y 280-283—). De todo ello se desprende que DOMAT parte de un concepto muy amplio de transmisión, el cual conectaría, en cierto modo, con el que utiliza actualmente el art. 29 CS, que se refiere tanto al *ius delationis*, como al legado, al fideicomiso y a la legítima. De hecho, por lo que respecta al Derecho romano y, en concreto, a la *Transmissio Theodosiana* o *ex iure sanguinis*, C. 6.52.1 (ley única) se refería a herencias, legados y fideicomisos. *Vid.*, también, GÓMEZ, A., *Variae Resolutiones...*, *ob. cit.*, Cap. IX («*De Transmissione Hereditatis*»), «*Additiones*», núm. 54, p. 186. Sobre la «transmisión» en los fideicomisos, *vid.* CANCERUS, J., *Paritum...*, *ob. cit.*, 1760, Parte III, Cap. 21, núm. 81 y ss, pp. 269 y ss; BORRELL y SOLER, A.M., *Derecho Civil...*, *ob. cit.*, T. V, p. 461, nota 1. En cuanto al legado hay que tener en cuenta que, al margen incluso de la idea de transmisión, ya en derecho romano (D. 38.2.26), como reconoce WINDSCHEID, «*das angefallene Vermächtnis kommt bei der Berechnung des Vermogens des Vermächtnisnehmers in Betracht*» (WINDSCHEID, B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, T. III, 9^a ed., Frankfurt am Main: Literarische Anstalt Ritten & Loening, 1906, § 442, p. 629, nota 7).

129. *Vid.* GETE-ALONSO y CALERA, M.C., Comentario al art. 258 CDCC, *ob. loc. cit.*, pp. 286-288; GARCÍA GARCÍA, J.M., *La sucesión...*, *ob. cit.*, p. 403.

130. En cuanto al legado, según MARSAU GUILLEMET el art. 269.2 CS se refiere a la transmisión *moritis causa* de la adquisición provisional a los herederos del legionario (MARSAU GUILLEMET, J., en F. BADOA COLU —coord.—, *Compendi...*, *ob. cit.*, p. 521). Para ROCA SASTRE, «*En materia de legados, el ius transmissionis a favor de los herederos del legionario fallecido, es inútil, pues los legados se reparten adquiridos sin necesidad de aceptación*» (ROCA SASTRE, R.M., «El derecho...», *ob. loc. cit.*, p. 295). Este autor puntualiza que, si bien se acusa una fuerte tendencia que niega que pueda haber delación en los legados, fundada en que el legado se adquiere *ipso iure* (o sea, inmediatamente, sin perjuicio de poder renunciarlo), sin darse la fase intermedia que entre delación y aceptación se produce en la sucesión hereditaria, esta postura es equivocada, no sólo porque la adquisición inmediata del legado es provisional, sino porque cuando el legado está sujeto a condición suspensiva, su adquisición no es inmediata (ROCA SASTRE, R.M., «La designación...», *ob. loc. cit.*, T. I, pp. 163-164, nota 67).

131. Según esta autora, «*si se transmite algo ya adquirido (la facultad de renunciar), no hay razón de ser para disponer un derecho de acrecer*» («*preferente*» respecto del legado, legítima y fideicomiso, pues como aquí sólo existiría una sucesión (la del transmitente), ya entrara en juego éste de acuerdo con las reglas ge-

Asimismo, reunir en un mismo precepto conceptos tan dispares como herencia, legítima, legado y fideicomiso produce cierta confusión en cuanto al posible funcionamiento de la pretendida transmisión, dado que está mezclando los títulos adquisitivos por excelencia (herencia y legado) con otras situaciones que, o bien no constituyen una llamada autónoma (fideicomiso) —al requerirse necesariamente la atribución a título de heredero o legatario (arts. 235.2 —«...herència o el llegat fideicomisos...»— y 236 —«La delació a favor del fideicomissari li atribueix la condició d'hereu i el llegat a favor de CS»—, o bien, son derechos adquiridos *ex lege* (legítima), refiriéndose el *ius delationis* al título adquisitivo (herencia o legado) en virtud del cual el derecho se le atribuye al sujeto beneficiado legalmente (art. 358.1 CS —«La institució d'hereu i el llegat a favor de qui resulti ésser legitimari impliquen atribució de legítima...»—). En este sentido también se pondría de manifiesto la falta de claridad de la que adolece el art. 29.3 CS.

2.2. El *ius delationis* y la herencia del transmitente

La transmisión del *ius delationis* que pasa de admitirse de forma excepcional a convertirse en la regla general podría no suponer un cambio de concepto ni de funcionamiento de la propia transmisión, ni del *ius delationis*. Y ello aunque suele partirse de que una vez se admite en el Derecho romano la transmisión del *ius delationis* ha de ser porque la «herencia no aceptada, se considera que está entre los bienes del transmitente como derecho a aceptarla»¹³² —en contra de la regla romana «*Haereditas non alita per haereditatem interit, non dicitur esse in suis bonis*»—.

En principio, de la lectura conjunta de los artículos 1 y 29 CS no se deduce necesariamente que el transmitente reciba el *ius delationis* a la herencia del primer causante dentro de la herencia del transmitente, aunque lo reciba como heredero de éste. Si bien ello podría parecer que está en contradicción con lo previsto en el art. 186.2 CS (que se refiere a que el «*dreu al fideicomís... forma part de l'herència*») en relación al fideicomiso a término¹³³, conviene precisar, sin embargo, que puede cuestionarse que en el caso del art. 186.2 estemos ante un supuesto de transmisión de la delación, puesto que ésta no «tiene lugar» hasta que venza el término o se cumpla la condición (art. 235.1 CS: «*Vengut el termini o complerta la condició, té lloc la delació del fideicomís a favor del fideicomissari que no ha renunciat abans el seu dreu*»), y, además, en el fideicomiso la «delación» (arts. 215.1, 227 y 237 CS) supone la adquisición de los bienes (art. 235.2 CS); partiendo de ello, si el fideicomisario a término muere antes que éste llegue, lo que forma parte de su herencia —el «derecho al

fideicomiso» del que habla el art. 186.2 CS —no puede ser aún la delación¹³⁴, y si muere una vez llegado el término, entonces ya habrá adquirido el fideicomiso sin necesidad de aceptación (art. 235.2 CS). No puede equipararse, por tanto, el *ius delationis* del llamado a una herencia y el «derecho al fideicomiso» (ya sea a una herencia o a un legado) al que se refieren los arts. 186.2 y 227 CS.

En cuanto al *ius delationis*, podría sostenerse que éste no se adquiere por el transmitente como un bien más de la herencia, sino que se le transmite *ex lege*, por el hecho de haberse convertido en heredero del transmitente, por la vía expresamente prevista en el art. 29 CS. Este precepto no indicaría únicamente el principio de transmisibilidad, sino también su funcionamiento autónomo de la herencia («*son transmesos sempre als seus hereus*»), pero no dentro de la herencia). Desde este punto de vista, adquirirían el *ius delationis* no ejercitado por el segundo causante sus herederos (presupuesta su capacidad para ello), por el solo hecho de serlo, a tal efecto se requeriría que aceptasen la herencia del transmitente, pero, respecto de la adquisición del *ius delationis*, dicha aceptación tendría efectos únicamente de forma indirecta: no se sería titular del *ius delationis* por el hecho de haber aceptado, sino por el hecho de ser heredero (aunque para ello se requiera la aceptación). En este sentido, podría admitirse la idea sostenida por NICOLÒ de que la cualidad de transmitente es un accesorio, una consecuencia de la cualidad de heredero¹³⁵. La transmisión de la que parte este precepto excluye la extinción del *ius delationis* por muerte del transmitente, pero no lo incluye necesariamente en su herencia.

La transmisión de la delación se produce *ope legis*, independientemente de la voluntad del sujeto. Así, aunque el transmitente disponga de sus bienes por testamento, no puede disponer en él del *ius delationis*, pues, de hacerlo, ello supondría para el disponente la adquisición de la herencia del primer causante (art. 19 CS)¹³⁶, dejando, por tanto, de ser transmitente del *ius delationis*. Mientras que respecto de sus bienes el causante puede disponer por negocio jurídico, ello no es posible respecto del *ius delationis*, el cual, por tanto, podría entenderse que queda al margen de la «herencia» objeto de la destinación hecha por el causante. Así, la «herencia» (que se regirá por el acto de destinación del testador) se deferiría por testamento, mientras que el *ius delationis* lo adquiriría el transmitente (como heredero del transmitente) en virtud de la ley, *ex art.* 29 CS¹³⁷. Siguiendo con esta interpretación, el *ius delationis* no seguiría la misma vía que la herencia —aunque se transmitiera al mismo sujeto que ad-

132. «... a aplicar a esta sucesión». De hecho, en estos supuestos el «transmisario-adquirente» es, en todo caso, sucesor del transmitente y nunca del causante (GETE-ALONSO y CALERA, M.C., Comentario al art. 238 CDCG, *ob. loc. cit.*, pp. 288-289).

133. GARCÍA GARCÍA, J.M., *La sucesión...*, *ob. cit.*, p. 407.

134. Art. 186.2 CS: «En la substitució fideicomissària a termini, el fideicomissari que viu o ha estat concebint quan l'herència o el llegat són deferits al primer fiduciari, adquireix el seu dreu al fideicomís i aquesta forma part de l'herència per ell rebuda, encara que mori abans de deferir-se l'herència o el llegat a favor seu. El testador pot excloure aquesta transmissibilitat.»

134. El «derecho al fideicomiso», como el «derecho a la herencia» del art. 155.1 CS, se refiere, según afirma CASANOVAS MUSSONS al tratar de la vocación, a la posición jurídica de llamado a una herencia que el art. 186.2 CS atribuye al fideicomisario que ya existe cuando la herencia es deferida al fiduciario que le precede. Sin embargo, en sentido estricto la vocación no es un derecho, sino una simple legitimación en relación a la herencia del causante que atribuye al llamado la expectativa de llegar a sucederlo como heredero, en definitiva, una expectativa de delación (CASANOVAS MUSSONS, A., en F. BADOSA COLL —coord.—, *Compendi...*, *ob. cit.*, p. 405).

135. NICOLÒ, R., «La vocazione...», *ob. loc. cit.*, T. I, p. 65.

136. Tampoco se puede disponer *inter vivos* de la delación como titularidad independiente (art. 19 CS), puesto que disponer de la delación es disponer de la herencia. *Vid.* CASANOVAS MUSSONS, A., en F. BADOSA COLL —coord.—, *Compendi...*, *ob. cit.*, pp. 413-414. Sobre ello, *vid.* nota 110.

137. *Vid.* también, los arts. 38.3 y 40.3 CS —que se refieren a los herederos *oper dreu de transmissió*», como si se tratara de un llamamiento especial—; y el art. 327.3 alude al *dreu de transmissió de l'herència deferida i no acceptada* CS.

quiere ésta—ni aún en el caso (distinto del contemplado hasta ahora) de que la herencia se definiera de forma intestada. Desde esta perspectiva se respetaría la idea apuntada por CANCER de que, «en cuanto a su estimación», lo que se transmite no es de la herencia del transmitente, porque el derecho de aceptar no está en nuestros bienes (aunque —según este autor— se entienda que lo está a efectos de transmisión), actuando el transmitente como mero «canal»⁻¹³⁸⁻.

Desde este punto de vista, en tanto que ni la herencia del primer causante, ni tampoco el *ius delationis* se integrarían en la herencia del transmitente, no se llegaría a plantear la cuestión de su posible computación en ésta (al margen de que se defendiera o no la posibilidad de atribuirle un valor, que en cualquier caso quedaría aparte)⁻¹³⁹⁻. Ello supondría negar, independientemente de que el transmisario aceptara o repudiara la primera herencia, cualquier posibilidad de tener en cuenta un pretendido valor del *ius delationis* a la hora de fijar los derechos de los legitimarios o el alcance del usufructo del cónyuge viudo del transmitente.

Una vez sea titular del *ius delationis* el transmisario —*ex lege*, en tanto que heredero del transmitente—, si acepta la herencia del primer causante, deviene heredero de éste, directamente, «recta vía»⁻¹⁴⁰⁻. De este modo se evita el inconveniente que comporta la consecuencia a la que conduce la teoría clásica (al considerar al transmisario heredero del transmitente) en el sentido de hacer adquirir o convertir en heredero al transmitente sin su voluntad. La adquisición de la herencia y la cualidad de heredero requieren un acto de aceptación voluntario y libre del llamado (art. 16 CS).

En cuanto a la capacidad exigida en el transmisario, éste debe de ser capaz respecto del transmitente para convertirse en su heredero, cualidad a la que va ligada, de forma indefectible (presupuesta su capacidad respecto del primer causante), la adquisición del *ius delationis*.

En el caso de repudiación de la herencia del primer causante por parte del transmisario, los acreedores del transmitente (y, en cuanto tales, según el CS, los legitimarios del transmitente) podrán pedir al juez que los autorice a aceptarla en nombre de aquél, en los términos previstos en el art. 23 CS. Dicha aceptación (que aprovechará al legionario, en tanto que acreedor, para hacer efectivo su crédito) tendrá como efecto simplemente mejorar las posibilidades de cobro.

La transmisión que resulta del art. 29 CS tendría cabida, quizá, en la idea de que «el heredero sucede en todo el derecho de su causante» del art. 1.1.1 CS (que tiene como precedente el art. 219.1 del Proyecto de Compilación de 1955), pero no supone que el *ius delationis* siga la misma vía (testada o intestada) que la herencia (arts. 1.1.II y 3 CS). En cuanto a la regulación del CC, el concepto genérico de herencia del que parte el art. 659 podría suponer un problema añadido para excluir de la del transmitente el *ius delationis* a la herencia del primer causante.

138. «...*Licet bene quoad effectum transmittendi censentur esse in bonis defuncti, & reputantur haereditarii...*». *Vid.* CANCERUS, J., *Variarum...*, ob. cit., 1760, Parte III, Cap. 21, núm. 156, 157-158, p. 272.

139. La no-computación es también la solución a la que llega CANCER. *Vid.* CANCERUS, J., *Variarum...*, ob. cit., 1760, Parte III, Cap. 21, núm. 156, p. 272.

140. Esta parece ser también la idea de la que Parte CANCER cuando afirma: «*venientem ex iure transmissionis non succedere in re transmittenti, sed primo decedenti*» (CANCERUS, J., *Variarum...*, ob. cit., 1608, Parte III, Cap. 21, núm. 155, p. 317r). *Vid.*, también, RUNNUS, C., *Consultationum...*, ob. cit., T. III, cons. 39, núm. 7, p. 63 v; y, aunque en otros términos, GÓMEZ, A., *Variarum Resolutiones...*, ob. cit., Cap. IX («*De Transmissione Haereditatis*»), núm. 5, pp. 149-150. *Vid.*, al respecto, nota 104.