

La transmisión del *ius delationis*
ex artículo 1006 del Código Civil
y la resolución de la DGRN
de 22 de enero de 2018, en relación a
la sentencia del TS de 11
de septiembre de 2013

*The transmission of the «ius delationis»
«ex» article 1006 of the Spanish
Civil Code and the resolution of the
Directorate-General of Records and
Notaries of January the 22nd, 2018
regarding the judgement of the Supreme
Court of september the 11th, 2013*

por

CÉSAR-CARLOS PASCUAL DE LA PARTE
Notario

RESUMEN: El presente artículo tiene como objeto fundamental, tratar de evitar interpretaciones que puedan dar lugar a cuantiosas indemnizaciones, como

consecuencia de impugnaciones judiciales de particiones en las que sea operativo el derecho de transmisión y no haya intervenido, prestando su consentimiento, el cónyuge viudo del transmitente o segundo causante (o sus legitimarios no herederos). Pues, por el derecho de transmisión se sucede al llamado a suceder; y no a otra persona, aunque se adquiera su patrimonio.

ABSTRACT: This contribution aims at preventing interpretations that could lead to expensive compensations as a consequence of judicial objections to allotments of inheritances to which the Transmission Right should be applied and in which the widowed spouse of the transferor or second deceased (or the latter's entitled persons to a reserved share who are not heirs) have not intervened to give their consent. Because, according to the Transmission Right, a person succeeds the one previously called to succeed and no other person, even if the latter's estate may have been obtained.

PALABRAS CLAVE: Derecho de transmisión. Herencia. Cónyuge viudo.

KEY WORDS: *Right of transfer. Inheritance. Widowed spouse.*

SUMARIO: I. NOTA PRELIMINAR.—II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.—III. LA VOCACIÓN, LA DELACIÓN Y LA ADQUISICIÓN HEREDITARIA.—IV. INTRANSMISIBILIDAD DE LA VOCACIÓN Y DELACIÓN.—V. EL TRANSMISARIO EJERCITA EL CONTENIDO DE UNA VOCACIÓN AJENA.—VI. LA RETROACCIÓN DE EFECTOS; NO SE PUEDE SUCEDER A NADIE EN SU DERECHO A SER HEREDERO.—VII. NO HAY UNA SOLA RETROACCIÓN SINO DOS.—VIII. LA CAPACIDAD DEL HEREDERO TRANSMISARIO.—IX. SOBRE LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 22 DE ENERO DE 2018.—X. UNA POLÉMICA MAS GENERAL.—XI. EJEMPLOS PRÁCTICOS QUE SE OPONEN Y CONTRADICEN LA ADQUISICIÓN HEREDITARIA RECTA VÍA.—XII. EL PROBLEMA DEL «*NOMEN IURIS*».

I. NOTA PRELIMINAR

El presente artículo tiene como objeto fundamental, tratar de evitar ciertas interpretaciones que puedan dar lugar a cuantiosas indemnizaciones, como consecuencia de impugnaciones judiciales de particiones en las que sea operativo el derecho de transmisión y no haya intervenido, prestando su consentimiento, el cónyuge viudo del transmitente o segundo causante (o sus legitimarios no herederos).

Y, de paso, insistiremos en tres ideas básicas (la delación hereditaria, la capacidad para suceder y la retroacción de efectos; las cuales tomamos fundamentalmente del trabajo que se dice a continuación; y algunas más añadiremos en este artículo); para dejar bien claro que: *¡por el derecho de transmisión se sucede al llamado a suceder; y no a otra persona, aunque se adquiera su patrimonio!*

Nuestra opinión al respecto, está recogida de manera amplia y detallada en *Anuario de Derecho Civil, Tomo XLIX, octubre-diciembre, año 1996; 1541-1597, «Sobre el carácter meramente instrumental de la transmisión del ius delationis (ex art. 1006 del Código Civil). La posición jurídica del transmitente y del transmisor»* de José Luis FERNÁNDEZ ÁLVAREZ y César Carlos PASCUAL DE LA PARTE.

Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013 y la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de marzo de 2014, me hicieron escribir unas notas de urgencia en esta Revista (mayo-junio de 2014, núm. 749), haciendo algunas reflexiones y advertencias sobre una doctrina que considerábamos errónea y que iba a dar lugar a interpretaciones peligrosas o disparatadas.

Recientemente, la resolución de 22 de enero de 2018, ha tratado de clarificar toda esta cuestión y dar unas pautas interpretativas, que deben de considerarse muy afortunadas, convenientes y oportunas.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Pues bien, debemos recordar, otra vez más, el supuesto de hecho.

El llamado «Derecho de Transmisión» viene recogido en norma precisa por nuestro Código Civil en el artículo 1006, que dice: *«Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía».*

El supuesto de hecho, siguiendo a GITRAMA, es claro: Fallece A dejando como heredero a B, el cual fallece posteriormente sin aceptar ni repudiar la herencia de aquél, por lo que su derecho pasa (vía art. 1006) a su heredero C, pudiendo ocurrir que, así mismo, fallezca C, también sin aceptar ni repudiar, por lo que tal derecho pasará a D..., y así sucesivamente, sin límite alguno, hasta que se adquiera la herencia en cuestión o se la repudie.

Y de todos es conocida la clásica discusión si el *transmisor* o adquirente, cuando actúa o ejerce el *ius delationis* contenido en la herencia de su causante y transmitente (que murió sin aceptar ni repudiar la herencia del primer causante a él deferida), se convierte en heredero del primer causante o si, por el contrario, es simple heredero del transmitente (o segundo causante).

— *La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013 en su fundamento de derecho segundo dice: «...considera el recurrente que los*

bienes pasan directamente del primer causante al transmisario cuando estos ejercitan positivamente el “ius delationis”. En el presente caso, el motivo debe ser estimado». Dicha sentencia en su F.D. 2.^º apartado 5.^º dice claramente: «No hay, por tanto, una doble transmisión sucesoria o sucesión propiamente dicha en el ius delationis, sino un mero efecto transmisor del derecho o del poder de configuración jurídica como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia que ex lege ostentan los herederos transmisarios; todo ello, dentro de la unidad orgánica y funcional del fenómeno sucesorio del causante de la herencia, de forma que aceptando la herencia del heredero transmitente, y ejercitando el ius delationis integrado en la misma, los herederos transmisarios sucederán directamente al causante de la herencia y en otra distinta sucesión al fallecido heredero transmitente.

— Por su parte, la resolución de la Dirección General de 26 de marzo de 2014, siguiendo los dictados del Tribunal Supremo en la mencionada sentencia, después de afirmar, en su fundamento de derecho 4.^º, niega la necesidad de intervención del cónyuge viudo del heredero transmitente, llegando a afirmar: «La consecuencia que se sigue de esta doctrina jurisprudencial es que en las operaciones divisorias de la herencia que motivan este recurso (la del primer causante) no es necesaria la intervención del cónyuge del transmitente y sí tan solo la de los transmisarios, por lo que este extremo de la calificación impugnada debe ser revocado».

Ha habido posteriormente varias resoluciones más sobre este tema (11 de junio y 6 de octubre de 2014, 2 de marzo y 9 de junio de 2015, 4 de febrero de 2016 y 26 de julio de 2017) que han ido acrisolando la doctrina de la de 22 de enero del año 2018, a la que después nos referiremos, y que ha tratado de evitar la polvareda jurídica que ya se presagiaba iba a ocurrir tras la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013.

Pues bien,

Prescindiendo de cualquier conjeta, idea ingeniosa o malabarismos jurídicos, nos vamos a ceñir, como si de una fórmula matemática se tratase, a los hechos y a sus naturales consecuencias. En efecto, para determinar si un postulado, teorema o teoría es correcto, hay que demostrar que las consecuencias que se siguen de su aplicación son lógicas, evidentes y no vulneran ningún principio de reconocida universalidad dentro del ordenamiento jurídico de que se trate.

Y si bien, en la *ciencia matemática*, una formulación concreta debe seguir un método empírico de demostración, para comprobar que el principio formulado no es contradicho por las consecuencias de él derivadas, esa certeza no puede existir en la ciencia jurídica, como discursiva que es. Pero lo que sí se le puede y se debe exigir a la ciencia jurídica es que la formulación de una teoría 1.^º) pueda ser probada o ratificada por vía de consecuencia y 2.^º) que no

vaya en contradicción de principios básicos y fundamentales del ordenamiento jurídico de que se trate (romanista o germanista).

En este sentido, la formulación más correcta de la teoría de la sucesión directa del transmisor al primer causante que sigue nuestro Tribunal Supremo, es la del profesor ALBALADEJO (en su art. «La sucesión iure transmissionis», *ADC* 1952, 954 y sigs.) y se puede resumir de la siguiente manera: subsiste la primera delación, es decir, el «*ius delationis*», que nació del primer llamamiento, pero con la muerte de su titular, el «*ius*» se transmite a sus sucesores, *por lo que cambia el sujeto que puede adquirir la herencia una sola vez deferida*, aunque el derecho en base al que la adquiere sigue siendo el mismo que tenía su transmitente.

Para este mismo autor, *el adquirente, es sucesor del transmitente en el «ius delationis» y sucesor del primer causante en la herencia de este*. Pero sucesor directo, recta vía, y no a través del transmitente. Este es solo un órgano que transmitió el derecho a aceptar. De manera que *la retroactividad de la aceptación del adquirente del «ius delationis» debe producir el efecto de dar por adquirida por dicho adquirente la herencia del primer causante en el momento de la muerte de este*.

El transmitente solo ha sido el vehículo por el que el «*ius delationis*» ha ido a parar al adquirente, pero este sucede directamente al primer causante de la herencia y al transmitente en la suya, y dentro de ella en el «*ius delationis*» que le posibilita la adquisición de aquella; es decir, que estamos ante dos sucesiones distintas de dos personas diferentes, *requiriéndose por tanto «doble capacidad sucesoria»*.

Por el contrario, respecto a la doctrina clásica, o de doble transmisión, la formulación más correcta es la de ROCA y LACRUZ.

Tan solo indicar que para LACRUZ, «la aceptación del transmisor determina que herede el segundo causante (o sea, el primer instituido) y solo a través de la herencia de este, produciendo sus efectos en la herencia de este, como parte de la herencia de este, llega hasta la esfera jurídica del transmisor la sucesión del primer causante».

El transmisor ha recibido del segundo causante el derecho a aceptar la herencia del primero, pero la Ley no puede hacer que el transmisor sea directamente llamado a ella, puesto que el primer causante no ha pensado en él ni lo ha nombrado en el testamento...

La adquisición de la herencia se verifica con *efecto retroactivo al momento del fallecimiento del primer causante, cosa indispensable para que se produzca una solución de continuidad en las relaciones jurídicas*. El transmisor actúa siempre como sucesor universal del transmitente y nunca como verdadero y directo heredero del primer causante: heredero es el segundo causante (transmitente), y, por tanto, si el transmisor repudia la herencia, podrán los acreedores de aquel aceptarla en virtud del artículo 1001 Código Civil» (*Elemento de Derecho civil V, Derecho de Sucesiones, 1981, 54 a 56*).

Particularmente, nunca he acabado de entender que se haya oscurecido una teoría como la clásica de la doble transmisión, con un recio abolengo doctrinal desde el Derecho romano, los glosadores y la opinión de los autores y comentaristas de las Codificaciones de derecho civil en Europa (véase en este sentido el magnífico trabajo de José Manuel GARCÍA GARCÍA: *La sucesión por derecho de transmisión*.- Editorial Civitas. Madrid 1996, 30 a 145) y se haya aceptado y adoptado en los tiempos modernos la inicial teoría minoritaria del profesor ALBALADEJO, confirmada ahora por el Tribunal Supremo; y la sorpresa es mayor si se tiene en cuenta: los malabarismos jurídicos (cercanos a la magia) que hay que utilizar para defender esa construcción jurídica, junto a la multitud de problemas que plantea; ninguno de los cuales había planteado cuestión alguna de importancia hasta esa fecha.

Algo realmente increíble.

III. LA VOCACIÓN, LA DELACIÓN Y LA ADQUISICIÓN HEREDITARIA

Para la adquisición de la herencia, en nuestro derecho, se exige *la aceptación* por el llamado a ser heredero. ¡Lo cual demuestra muy a las claras que estamos en un sistema de corte romanista!

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

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

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

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

3.ª. La *delación* de la herencia, es el concreto ofrecimiento de la herencia (Como decía el Digesto: «*Delata hereditas intelligitur quando quis possit adeundo consegui*»; la palabra «Delación», se deriva del verbo latino defero, defere, detuli, delatum, que significa presentar u ofrecer). Supone un paso más: implica

la existencia de una persona concreta y determinada llamada a la herencia, con posibilidad inmediata de aceptarla. Como dice LACRUZ, esa posibilidad inmediata de aceptar es la característica de la Delación.

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

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

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

Estos conceptos son fundamentales con el fin de dejar bien sentado que solamente la PERSONA DELADA, *previamente designada* (o, si se prefiere, «nombrada») por el testador o por la Ley, con carácter único o preferente, exclusivo o excluyente, va a poder ser heredera del causante.

O, dicho de otra manera, la persona que tiene delación actual y concreta va a impedir que cualquier otro posible llamado o «vocado» pueda adquirir la herencia que se le ofreció a aquél; y aún menos, si no tiene «vocación».

Por ello, pensamos que en el llamado Derecho de Transmisión, recogido por el artículo 1006 del Código Civil en norma precisa, el transmisor, QUE NUNCA FUE DESIGNADO POR EL PRIMER CAUSANTE NI DELADO EN SU HERENCIA, JAMÁS PUEDE SER SU HEREDERO DIRECTO (por más que adquiera su herencia).

En efecto, el transmitente no puede transmitir a los «suyos» más derechos que los que tiene y puede (aceptar o renunciar); por eso *no puede* transmitir su titularidad de delado al ser esta personalísima e intransmisible, sino tan solo su contenido económico o ejercicio de ese *ius adeundi*; y tampoco puede transmitir la herencia misma, porque *no la tiene*, no la ha hecho suya aceptándola. Por tanto solo transmitirá lo que sí tiene y sí puede; *lo tiene*, porque su calidad de delado le permitía ejercitar el «*ius delationis*» y se *puede* porque el artículo 1006 así lo establece imperativamente y de manera instrumental. De manera que solo la posibilidad de EJERCITAR el «*ius delationis*» pasará a sus herederos, y nada más. Justamente por eso, el transmisor no puede tener el derecho de suceder recta vía al primer causante, tras haberlo adquirido derivativamente del

llamado o transmitente; sino que, por el contrario ese «brinco» por encima del transmitente (designado-nombrado y delado) no es posible.

IV. INTRANSMISIBILIDAD DE LA VOCACIÓN-DELACIÓN

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

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

De manera que la cualidad de delado está vinculada a la cualidad de heredero; toda vez que constituye un estadío previo o «embrión».

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

Y mucho menos pensamos que ese «brote» se deba a una reproducción de la delación hecha por ministerio de la ley (*ex lege*) a favor del heredero del transmitente, una vez fallecido este, como sostiene VALDEOLMILLOS («*La transmisión del ius delationis*», 470, siguiendo a NICOLÓ y 480, primer párrafo); ¡¡¡pues de ser así nada se transmitiría!!! (para más argumentos, además de los nuestros y en contra de la teoría de NICOLÓ, véase ALBALADEJO, obra citada, 944 y 945).

También a este respecto escribe BARBERO (Al que cita ALBALADEJO en su Sucesión «*Ius Transmissionis*», 945; nota (77)): «Este derecho (a aceptar la herencia deferida a otro) no significa transmisión de la vocación a suceder al primer «*de ciuis*». Es, por el contrario, efecto de la propia vocación de suceder al segundo».

El mismo ALBALADEJO, aunque en desacuerdo con BARBERO en otras cuestiones, afirma claramente la intransmisibilidad de la vocación, al escribir: «Pero lo que la Ley no puede hacer (continua ALBALADEJO) es que el llamado sea otro distinto del que lo fue, es decir, que el llamamiento se dirija a quien no se dirigía. O, si se quiere, lo que la ley puede hacer es que los «efectos»

del llamamiento se produzcan en cabeza de otro, y que este reciba el derecho a aceptar la herencia (transmisión del «*ius delationis*»), pero lo que no puede lógicamente hacer es que resulte llamado aquel a quien no se llamó (que es lo que sería la transmisión de la vocación).

Y es que, está bien que se suceda por testamento o por Ley, o en parte por testamento y en parte por la Ley. Pero que se suceda recta vía por derecho de transmisión: *¿Qué clase de sucesión es esa que dirige el llamamiento a quién no se dirigía y hace heredero a quién no se llamó?*

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

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

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

En efecto, como explica Domingo IRURZUN GOICOA, siguiendo a Antonio HERNÁNDEZ GIL («*Por qué- y cómo- se llega a heredar*»; *Revista Jurídica del Notariado*, julio-diciembre año 2015; páginas 3, 8, 9 y sigs.), «la sucesión siempre se abre para alguien «concreto»; por eso «la delación sucesoria se halla en íntima relación de dependencia con la determinación de su destinatario... previa concreción de la *causa* que lo vincula al causante»; esto es, «razones que la ley ha establecido para heredar». Y esas razones son únicas y exclusivamente las del artículo 658 del Código Civil, es decir, o la voluntad del testador o criterios familiares y sociales. Y esas «causas» de la delación son indisponibles para el nombrado, cuya voluntad carece de poder alguno al efecto.

(Sobre este particular, es muy preciso y técnico el trabajo de Alfredo GARCÍA-BERNARDO LANDETA: «*Designación mortis-causa, vocación hereditaria y adquisición automática*», en *Revista de Derecho Notarial*, mayo-junio, año 1959).

Respecto al hecho de que el heredero transmisario ejercite el «*ius delationis*» en su propio nombre (lo que el Tribunal Supremo en su indicada sentencia de 11 de septiembre del año 2013 ve como un argumento a favor de la adquisición recta vía al primer causante), hay que aclarar que, al ejercitar o actuar el *ius delationis* el transmisario (aceptando o repudiando), lo hace en nombre propio, y no el de su causante o transmitente, PERO eso ocurre toda vez que este no podría hacerlo. Es decir, lo hace en nombre propio por cuanto ejerce el derecho (*ius delationis*), que por imperativo legal recibe del transmitente en virtud del artículo 1006.

Y aún hay más; pues no se puede considerar que lo hace en nombre del transmitente: porque ni tiene poder de este (y de tenerlo se extinguiría con la muerte del poderdante, y nada podría ejercitarse), ni tampoco podría ejercitarse en nombre del transmitente, porque, a diferencia de la titularidad, el ejercicio o actuación del *ius delationis* ya no lo ostentaba aquel, sino el transmisario (que lo recibe, como dijimos, por imperativo legar al fallecimiento del mismo), al haber fallecido el transmitente, no obstante haber sobrevivido con capacidad al primer causante, sin aceptar ni repudiar su herencia. Es decir, el transmisario ejerce *en nombre propio el contenido* (que por imperativo legar *ex articulo 1006* se le transmite) *de una delación cuya titularidad corresponde a otro*.

V. EL TRANSMISARIO EJERCITA EL CONTENIDO ECONÓMICO DE UNA VOCACIÓN AJENA

En definitiva, lo que el artículo 1006 del Código Civil permite *de manera instrumental*, es una transmisión que permita ejercitarse el derecho de aceptar o repudiar que tenía el transmitente (o persona con vocación-delación en virtud del testamento o de la Ley) sin tener delación para ello. Una excepción a la regla general, por motivos de equidad.

Pues si la delación se extinguiese con la muerte del transmitente, (cosa que hubiese ocurrido de no existir el art. 1006), el transmisario no podría haberla ejercitado porque el transmitente ya no la tendría (como ocurre en los supuestos de sustitución vulgar o derecho de representación en donde hay delaciones sucesivas); por tanto, el ejercicio del contenido económico de la delación realizada por el transmisario, demuestra que dicha delación o vocación subsiste; y, si bien la ley no puede permitir que el transmisario sea heredero del primer causante (los principios sucesorios se lo impiden) sí permite que adquiera la herencia objeto de su contenido (¡¡¡no como sucesor del primer causante, sino como heredero del transmitente!!!).

Y es que, el artículo 1006 permite que la cualidad de delado no se extinga por su muerte (la vocación ha cristalizado en su persona y es indiferente lo que le ocurra, viva o muera sin aceptar o repudiar; en cuyo caso, seguirían los efectos normales que el ordenamiento jurídico prevee para cada caso); si se extinguiese la delación con la muerte de su titular (el transmitente), la cualidad de heredero recaería en persona no delada y el transmisario, al ejercitarse el «*ius delationis*» (aceptando o renunciando) estaría haciendo uso de un derecho sin titular, toda vez que el transmitente, al haber fallecido, habría perdido dicha titularidad, que quedaría extinguida.

Pero el transmisario tampoco ostentaría dicha titularidad, por no poder transmitirsela el transmitente (habida cuenta el carácter personalísimo e intransmisible, que se extinguiría con su muerte), ni haber sido llamado a heredar (al

no ser delado), ya que no ha sido nombrado por el causante en su testamento o declarado como tal de forma intestada; es decir, no tiene un poder jurídico actual y concreto a hacer propia la herencia.

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

Y llegados a este punto solo quedan dos opciones:

1.^º. o entender que se produce una investidura post-mortem de heredero en la persona del transmitente, es decir, una presunción legal implícita en la formulación del artículo 1006; o

2.^º. simplemente un supuesto en donde se adquieren derechos hereditarios por quien no son los titulares de la vocación ni delación hereditarias; pero sin que esa adquisición suponga adquisición también de la cualidad de heredero (volveremos al final sobre esta cuestión).

Pero, prescindamos de dar «*nomen iuris*» a este fenómeno sucesorio (pues su configuración puede dar lugar a nuevas y novedosas teorías o figuras jurídicas), y centrémonos, paso a paso, en lo que ocurre cuando es aplicado este derecho.

Pues bien, de cuanto llevamos dicho es evidente que, al ser la vocación y la delación personalísimas, intocables (por poco que se toquen se deshacen y hacen transito a herencia aceptada vía art. 1000 del Código Civil), y de la que ni siquiera se puede desprender el propio transmitente, se *cristaliza jurídicamente* al tiempo de morir dicho transmitente; es decir, que ese título o llamamiento sucesorio (testamentario o legal) se consolida y fija en el momento de la apertura de la sucesión del primer causante; de tal modo que: «*todos los requisitos y efectos del fenómeno sucesorio se re conducen a ese primer momento de la sucesión*. En resumen, producida la vocación y posterior delación tras la muerte del causante, es indiferente lo que posteriormente ocurra, se acepte o se repudie (como dice GARCÍA GARCÍA).

Eso nos lleva a que, fallecido el transmitente sin aceptar ni repudiar la herencia a él deferida, vía artículo 1006, por exclusivos motivos de equidad (que originariamente eran «de sangre»), se produce una trasmisión instrumental (meramente legitimadora para que ejerciten el contenido de la delación) a «*los tuyos*» (o sea, a los *herederos* que lo sean del transmitente llamado) «*del mismo derecho que él tenía*»: el de aceptar o repudiar la citada herencia (*ius adeundi*).

Se configura, así, el *ius transmissionis* que permite el artículo 1006 del Código Civil como un mero título legitimador para ejercitar el derecho de aceptar o repudiar que tenía el transmitente, PERO (he aquí la novedad) ¡¡;sin tener vocación ni delación!!!; pues, si no se hubiese patrimonializado el contenido del *ius delationis*, no podría haber sido posible la transmisión de su ejercicio que posibilita el citado artículo, al permitir que la vocación y delación del

transmitente respecto del primer causante no se extinga con su muerte, según se razonó antes.

O sea, el *ejercicio* de la vocación o delación (que no su titularidad) se ha objetivado, patrimonializado, permitiendo su trasmisión y el artículo 1006 del Código Civil, instrumentalizando una transmisión legitimadora para dicho ejercicio, evita el derecho de acrecer, la sustitución vulgar o la apertura de la sucesión intestada (es precisamente esa patrimonialización de su contenido lo que hace que tenga que ser computado económicoamente en la herencia del transmitente, como veremos).

Vemos, pues, entre otros muchos motivos, porqué el transmisor no puede suceder jamás recta vía al primer causante: porque nadie puede suceder sin tener vocación y delación; y el artículo 1006 no concede ni la una ni la otra; por eso, el transmisor sucede o, mejor, adquiere a través de la herencia del transmitente y nunca directamente al causante.

Que esto sea así, además de lo dicho, lo prueba el hecho incontrovertible de que no se puede aceptar la herencia del primer causante sin que *previamente* se acepte la del transmitente; es decir, el vehículo que le conduce a aquella.

Pues, como ya se sabe, y resume ROCA SASTRE:

a) «El heredero favorecido por el derecho de transmisión (transmisor) NO puede optar por aceptar la herencia objeto del mismo (la del primer causante) y repudiar la herencia propia del transmitente... Pero no cabe tal opción, puesto que el *«ius delationis»* es un valor patrimonial íntegramente del patrimonio del transmitente y, por tanto, el heredero de este no puede aceptarla y repudiarla en parte. La aceptación ha de ser total (art. 990), pues es fundamental el principio de la indivisibilidad de la aceptación hereditaria (*«vel omnia admittantur, vel omnia repudiantur»*).»

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

Por tanto, nada de suceder recta vía al primer causante; sino que, a la muerte del transmitente, el transmisor se hace su heredero por medio de la aceptación de su herencia. Pero la masa hereditaria del transmitente está integrada por el conjunto de bienes, derechos y acciones de que era titular cuando se produjo la vocación a su favor; es decir, el mismo derecho que se le trasmite al transmisor es el que tenía el transmitente, no otro; esto es, dejando integrados en su herencia, con la aceptación del transmisor, todos los bienes y derecho a él deferidos. Y el transmisor, como antes se aclaró, si bien no ejercita un derecho propio (sino el mismo derecho que tenía el transmitente), sin embargo, ese ejercicio del derecho ajeno transmitido lo hace en nombre propio.

El transmitente reunió ya todos los requisitos necesarios para la adquisición de la herencia: vocación, delación, sobrevivencia y capacidad sucesoria, pero le faltó la aceptación. A su muerte, ya hemos visto cómo y en qué condiciones pasa ese derecho de aceptación o repudiación al transmitente, como un último eslabón para cerrar la adquisición de esa herencia deferida a su causante y transmitente.

Pero, entonces, ese derecho, el *ius delationis* ya está incluido íntegramente y formando parte de la masa hereditaria del transmitente. Y el hecho del que el transmisor ejerza el contenido de una vocación ajena no le convierte en heredero recta vía del primer causante; porque ni tiene vocación, ni tiene delación, ni tiene llamamiento alguno directo, sino tan solo, un título de legitimación extraordinaria para ejercer un derecho contenido en una vocación ajena que le permita adquirir la herencia del primer causante.

Pues no olvidemos que el llamamiento: la vocación y la delación, perduran hasta que se extinguen y solo se extinguen con su ejercicio, pues el artículo 1006 exceptúa su extinción por fallecimiento de su titular hasta que se ejerza dicho derecho.

VI. LA RETROACCIÓN DE EFECTOS. NO SE PUEDE SUCEDER A NADIE EN SU DERECHO A SER HEREDERO

Y llegamos así al punto culminante de esta vidriosa cuestión: la retroacción de efectos producidos al ejercitarse el *ius delationis*.

El efecto, tanto la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013, como la resolución de la DGRN de 26 de marzo de 2014, parecen seguir; a estos efectos, la postura de ALBALADEJO (obra citada), que propone como argumento definitivo de su teoría (la sucesión recta-vía), el efecto retroactivo de la aceptación o repudiación de la herencia, pues dice: «*si la herencia, del primer causante se recibiese así mismo del transmitente (es decir, se «sucede» en ella al transmitente; este es el «causante». Este es la persona a quien se «hereda»), habría que afirmar lo siguiente... los efectos de la aceptación de tal herencia solo se retrotraen hasta la muerte del transmitente. Lo cual es inadmisible, y retrotraídos hasta el momento de la muerte del primer causante prueban que este es el causante o persona a quien directamente heredan los ya herederos del transmitente*» (obra citada en 954) y añade en su nota (97): «*Si a él se sucedió, él es el causante o persona a quien se hereda, a cuya muerte manda el artículo 989 del Código Español que se retrotraigan los efectos de la aceptación»... y este argumento se considera por muchos como insalvable para quienes, siguiendo la teoría contraria de LACRUZ, opinan que es el transmitente y no el transmisor el que hereda al primer causante.*

Es decir, la ocurrencia del profesor ALBALADEJO, fue decir que el transmisor sucedía al transmitente en el *ius delationis* y sucedía al primer cau-

sante en la herencia de este. Pero «sucesor directo, recta-vía y no a través del transmitente».

Sin embargo, ¿cómo va a ser el transmisor heredero recta-vía del primer causante, si recibe el *ius delationis* englobado o formando parte de la herencia misma del transmitente, y *todas las transmisiones de derecho tienen carácter derivativo y no originario?* En efecto, en el presente caso, tal *ius delationis*, fallecido el transmitente, ya forma parte de la herencia del mismo; y solo se puede transmitir al transmisor, como el resto de sus bienes, derechos y acciones que integran su herencia, de manera derivativa; y el transmisor lo adquirirá como heredero del transmitente, por tal circunstancia.

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

Sin embargo, justamente, el hecho de implicar el ejercicio del *ius delationis* dos transmisiones, nos lleva a afirmar que se producen ¡¡DOS RETROACCIONES!! (pues si ha 2 fallecimientos hay 2 transmisiones, y si hay 2 transmisiones hay dos retroacciones).

En efecto, como ya dejamos escrito en nuestros trabajos anteriores (es muy importante retener los conceptos), de seguirse la posición de la adquisición recta-vía por el transmisor (que postulan las novedosas sentencias del TS y de la DGRN, siguiendo la teoría del profesor ALBALADEJO y otros, que estamos criticando), sucedería lo siguiente: que el transmitente, al no ser sucesor del primer causante y, por tanto, no poder transmitir a sus herederos nada salvo el derecho de transmisión (dejando aparte los derechos de legítima, que aquí nos interesa), sin embargo, estaría en realidad transmitiéndolo todo, a través del mencionado *ius transmissionis*.

Es decir, que por vía indirecta o de consecuencia, el transmitente, que no llegó a heredar al primer causante, ni pudo ser su sucesor, transmitiría la cualidad de sucesor al transmisor (o sea, este le sucede al transmitente en su derecho a ser heredero), para que dicho transmisor lo herede TODO: todo el contenido de una vocación que iba dirigida a otro. Y es que, según pensamos, NO se puede suceder a nadie por derecho de transmisión. De manera que lo que *solo se puede transmitir por testamento o por llamamiento legal abintestato* (art. 858 del Código Civil), lo *estaría transmitiendo, de hecho, el ius transmissionis*.

Luego, si el transmisor adquiriese del transmitente la posibilidad de ser sucesor del primer causante, y adquirir la cualidad de sucesor es una transmisión en toda regla, ¿cómo se puede compaginar esto con la afirmación incontrovertible de que «nada corresponde de una herencia (la del primer causante) a los

herederos del llamado a la misma (los transmisarios) que no llegue a heredar él (el transmitente)»?

El profesor ALBALADEJO y los que siguen su teoría (cuales son los nuevos fallos de nuestro Tribunal Superior de 2013 y de la DGRN de 2014, que comentamos) lo explica llegando a las conclusiones/afirmaciones del siguiente tenor (contenida en su obra: La sucesión *iure transmissionis*, ADC 1952):

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

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

Y es que el *ius transmissionis* NO tiene virtualidad bastante para cambiar las designaciones, vocaciones y titularidad de las delaciones; esto es, las cualidades y titularidades sucesorias y hereditarias. Por otra parte, si los que siguen la teoría del profesor ALBALADEJO parten de la base de que, con la muerte del transmitente, cambia la persona que puede adquirir la herencia (=cambia el sujeto), pero permanece la original vocación y delación; en tal caso, decimos, resultaría chocante y contradictorio el que, no habiéndose extinguido la titularidad de la vocación-delación del transmitente, fuera otra persona (el transmisor) el sucesor; tanto su titular como el que pudiese adquirir todo su contenido.

Y repetimos: si el transmisor es sucesor del primer causante recta-vía, la pregunta es la siguiente: ¿EN VIRTUD DE QUÉ TÍTULO SUCESORIO?

VII. NO HAY UNA SOLA RETROACCIÓN, SINO DOS

Así pues, de todo cuanto llevamos expuesto, resulta que la posibilidad de que el transmisor suceda en recta-vía al primer causante no es factible jurídicamente. Pues, si el transmisor sucediera en recta-vía al primer causante, ¿cómo se explica congruentemente esa «retroactividad directa» para sucederle en su herencia, si es principio básico de derecho sucesorio que el transmisor

no pueda aceptar ni repudiar la herencia del primer causante sin aceptar previamente la herencia del transmitente?

Ya hemos dicho, y es sabido por todos los juristas, que el transmisor puede aceptar la herencia del transmitente y repudiar la del primer causante, pero no puede aceptar la herencia del primer causante y repudiar la del transmitente; y eso, justamente por lo que llevamos expuesto y razonado cumplidamente: porque el transmisor no ejerce un derecho propio (*ius delationis*) sino «*el mismo derecho*» que tenía el transmitente que, al morir sin aceptar ni repudiar, se integra en su herencia como un derecho transmisible más (pero solo en cuanto su ejercicio y solo porque así lo permite y lo quiere el art. 1006 del Código Civil). O sea, el transmisor recibe el *ius delationis* englobado o formando parte de la herencia misma del transmitente.

Por tanto, si el transmisor no tiene *vocación ni delación* en la herencia del primer causante, el *ius delationis* lo recibe DERIVATIVAMENTE del transmitente; por lo que ni cabe hablar de adquisición recta-vía ni de retroacción sucesoria directa a la herencia del primer causante, salvo que hubiese dos delaciones sucesivas (como ocurre con el derecho de representación o la sustitución vulgar; pero no en el derecho de transmisión).

Y es que (como ya explicamos en nuestros anteriores trabajos) lo que implica el ejercicio del *ius delationis* por el transmisor, es la existencia de DOS RETROACCIONES; pues si hay dos fallecimientos, hay DOS TRANSMISIONES, y si hay dos transmisiones, hay dos retroacciones (según dijimos antes).

Por todo ello, la *pregunta* del profesor ALBALADEJO de: ¿a quién sucede el adquirente (transmisor)? y la posterior *afirmación* de que «si a él se sucedió (el primer causante), él es el causante o persona a quien se hereda a cuya muerte «manda el artículo 989 del Código Civil español que se retrotraigan los efectos de la aceptación»; dicha pregunta y afirmación, digo, llevan encerrado un malentendido, en el sentido de que las premisas son erróneas y eso acarrea unas consecuencias también erróneas.

En efecto, si el transmisor no puede acceder (para aceptar-repudiar) a la herencia del primer causante si no es aceptando previamente la del segundo causante o transmitente, eso demuestra claramente que existen dos retroacciones y no una sola que suponga la adquisición recta-vía de la primera herencia.

Por tanto, cuando, para acceder a la primera herencia, el transmisor acepte previamente la herencia del transmitente, se produce *una primera retroacción* hasta la fecha de su muerte, en la que adquiere esa herencia.

Pero esa primera aceptación y retroacción, no hace que se adquiera la herencia del primer causante. Para acceder a esta primera herencia tiene que haber una *segunda aceptación* (al ejercitarse positivamente el *ius delationis* contenido en la segunda herencia) y, por tanto, se produce una *segunda retroacción* hasta la fecha del fallecimiento del primer causante, con el fin de que haya continuidad en las relaciones jurídicas, indispensable en todo fenómeno sucesorio. De lo que

se sigue, que nunca ni jamás el transmitente hereda recta-vía al primer causante (por mucho que se quiera ver en él su sucesor o heredero).

En suma, la adquisición previa de la herencia del transmitente implica necesariamente una adquisición derivativa de la herencia del primer causante por el transmisor, que jamás hereda recta-vía a aquél.

No se puede suceder a nadie por derecho de transmisión; pues se trataría de una sucesión que hace heredero a quien no tenía vocación; y el *ius transmissionis* no tiene virtualidad bastante para cambiar las vocaciones, designaciones ni titularidades sucesorias.

Y es que, no se discute aquí si existen dos sucesiones o dos herencias (la del primer causante y la del transmitente) ni tampoco se discute que entre los bienes que integran la herencia del transmitente esté el *ius delationis*; situaciones obvias y comúnmente admitidas por todos, sigan una u otra teoría.

Lo que aquí no solo se discute sino que se niega, como un error de técnica jurídica sucesoria es que el transmitente suceda en recta-vía al primer causante.

Nótese, además de todo lo expuesto, que a diferencia del derecho de representación o de sustitución vulgar, en la transmisión del *ius delationis* no hay nueva vocación o delación sucesiva al adquirente de los bienes hereditarios. Hay una única vocación y una sola delación a favor del transmitente; si bien, la fuerza expansiva de esa inicial delación hereditaria no se extingue ni se acaba hasta que alguien recoge el derecho que portaba aquella y lo ejercite. Y es nuestro ordenamiento jurídico, a través del artículo 1006, como remedio de equidad y para evitar situaciones prolongadas de incertidumbre o pendencia respecto de la propiedad de los bienes (como la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos) el que permite al transmisor recojer el *ius delationis*; que lo ejerza y lo extinga, aunque haya fallecido el transmitente llamado.

Lo cual no significa conceder a una simple transmisión instrumental en el *ius delationis* la de operar como verdadero título sucesorio, que justifique una nueva vocación y una nueva adquisición recta-vía de los bienes hereditarios. Pues no es lo mismo premorir al causante (supuesto de derecho de representación y sustitución vulgar) que sobrevivirle sin aceptar ni repudiar su herencia (derecho de transmisión). O, dicho de otra manera, es imposible y está vedado por nuestro ordenamiento jurídico dar el mismo tratamiento al caso de *premorriencia* que al caso de *sobrevivencia* del heredero llamado por testamento o por ley.

VIII. LA CAPACIDAD DEL TRANSMISARIO

Finalmente, resulta chocante y contradictorio afirmar, como hace nuestro Tribunal Supremo (y no sé si nuestra Dirección General) siguiendo la opinión de los autores más modernos que se sucede recta-vía al primer causante y, posteriormente, afirmar que la capacidad del transmisor se debe de referir a

la fecha de fallecimiento del transmitente para adquirir la herencia del primer causante. Con lo cual podría ocurrir que, vía *ius transmissionis* se pueda suceder recta-vía a un primer causante, con mas de medio siglo desde su fallecimiento, vulnerando así otro principio sucesorio.

Pues, para esta teoría moderna, el transmisario no necesita existir en el momento de la muerte del primer causante sino que basta con que tenga existencia en el momento de la muerte del transmitente.

En resumen, que basta con que los transmisarios sean herederos de este último y reúnan los requisitos para sucederle a él y no al primer causante.

Por nuestra parte, (tanto en el primer trabajo en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, octubre-diciembre de 1996 como en las notas de urgencia en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio de 2014) ya dejamos sentado que, no obstante no suceder el transmisario recta-vía al primer causante, sin embargo (y en contra de los que opinan lo contrario, de que se sucede recta-vía y en línea con la opinión de ALBALADEJO, aunque nos apartamos de ella en varios extremos), el transmisario ha de tener capacidad de suceder tanto al transmitente como al primer causante, excepto la capacidad absoluta que no le afecta.

Por eso, tan solo reseñar brevemente que eso es así porque la manifestación de voluntad que emite el transmisario al aceptar la herencia del transmitente y ejercitar el *ius delationis* contenido en su interior hace que pueda adquirir todo el contenido económico de la herencia del primer causante, lo que presupone tener capacidad sucesoria para esa adquisición.

Ahora bien, ¿qué clase de CAPACIDAD ha de tener el transmisario? Teniendo en cuenta que el transmisario es heredero del segundo causante o transmitente y no del primer causante, tenemos que:

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

Aparte lo dicho al principio, el hecho de que los transmisarios no sean herederos del primer causante y de que el propio artículo 1006 del Código Civil diga que «pasa a los tuyos», o sea, a los herederos del *transmitente*, confirma lo expuesto anteriormente, respecto al requisito de la existencia.

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

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

- a) *El artículo 1006 no autoriza* a pensar lo contrario.
- b) En tanto que las *incapacidades relativas* tienen un matiz de prohibiciones especiales establecidas «*ex lege*» para todo caso y circunstancia en defensa de la libertad de testar; y las causas de *indignidad sucesorias* tienen un carácter de *pena o sanción civil*, por existir una especie de incompatibilidad moral del sucesor; todo ello, decimos, impone que *razones morales y de equidad* justifiquen la incapacidad, en estos casos, para ser transmisarios.
- c) La misma capacidad (excepto la de existencia) que se exige por la ley al transmitente se le ha de exigir *al transmisor*, toda vez que este *recibe por el derecho de transmisión el mismo derecho (su contenido)*: el *ius delationis*, adquiriendo a través suyo todo el contenido patrimonial de la herencia de su causante, concluyendo su proceso adquisitivo.
- d) De manera que, si respecto del transmitente, el artículo 766 del Código Civil dice que: «*el heredero ...incapaz de heredar... no transmite ningún derecho a sus herederos...*» (y agregamos, porque nada adquiere) la misma razón cabe invocar para justificar la necesidad de tal exigencia en la persona del transmisor: recibiendo el transmisor la herencia del primer causante a través de la herencia de su transmitente, respecto del que sí es heredero, la aceptación que de aquella haga el transmisor, mediante el ejercicio que del *ius delationis* verifica, le *aprovecha y beneficia* y, para eso, debe ser capaz de adquirir lo recibido.

IX. SOBRE LA RESOLUCIÓN DE 22 DE ENERO DE 2018

En nuestra opinión, la resolución de la DGRN de 22 de enero de 2018 ha hecho una acertada interpretación correctora, (aunque su técnica jurídica pueda ser depurada) tanto de la resolución de 26 de marzo de 2014 (que se adaptó a los dictados de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013) como de las posteriores que la han seguido —con diferentes variantes— hasta esta fecha (11 de junio y 6 de octubre de 2014; 2 de mayo y 9 de junio de 2015; y 4 de febrero de 2016) (pues la de 26 de julio de 2017 introduce importantes matices en la anterior doctrina).

— En efecto la *SENTENCIA del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013*, dejó sentada la siguiente doctrina (repitámosla) «.... *debe concluirse, como fijación de la Doctrina jurisprudencial aplicable a la cuestión debatida, que el denominado derecho de transmisión previsto en el artículo 1006 del Código Civil (por la muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia,*

pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía) no constituye, en ningún caso, una nueva delación hereditaria o fraccionamiento del ius delationis en curso de la herencia del causante que subsistiendo como tal, inalterado en su esencia y caracterización, transita o pasa al heredero transmisor. No hay, por tanto, una doble transmisión sucesoria o sucesión propiamente dicha en el ius delationis, sino un mero efecto transmisor del derecho o del poder de configuración jurídica como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia que ex lege ostentan los herederos transmisarios; todo ello, dentro de la unidad orgánica y funcional del fenómeno sucesorio del causante de la herencia, de forma que aceptando la herencia del heredero transmitente, y ejercitando el ius delationis integrado en la misma, los herederos transmisarios sucederán directamente al causante de la herencia y en otra distinta sucesión al fallecido heredero transmitente». La consecuencia que se sigue de esta doctrina jurisprudencial es que en las operaciones divisorias de la herencia que motivan este recurso (la del primer causante) no es necesaria la intervención del cónyuge del transmitente y sí tan solo la de los transmisarios».

— Y esta última afirmación desorrientó profundamente a muchos juristas e, incluso (inicialmente), a nuestro Centro Directivo; pues, como ahora veremos, tal consecuencia respecto al cónyuge viudo es errónea...tomada en su literalidad y sacada de su contexto concreto, que motivó el supuesto sometido al recurso ante el Tribunal Supremo.

En efecto, la *RESOLUCIÓN de 26 de marzo de 2014*, revisando su tradicional postura, a la vista de los pronunciamientos de la anterior sentencia del Tribunal Supremo, sentó la siguiente doctrina (según resulta literalmente de la interpretación «auténtica» que hace de la misma la propia Dirección General en la resolución de 9 de junio de 2015 —véase fundamento de derecho 3.^º, último párrafo y 4.^º, párrafo primero—):

«...La consecuencia que se obtiene de esta doctrina jurisprudencial y del Centro Directivo es que en las operaciones divisorias de la herencia de la primera causante, no es necesaria la intervención del cónyuge del transmitente y sí, tan solo de los transmisarios, por lo que este extremo debe ser confirmado...».

En realidad, lo que se desprende de la resolución de la Dirección General de 26 de marzo de 2014, en consonancia con lo dicho fue que (según resume Francisco Javier GONZÁLEZ LÓPEZ):

— El cónyuge viudo del transmitente únicamente tendrá derecho a intervenir en la partición de la herencia del primer causante, si ha sido llamado por testamento o abintestato, como heredero sucesor a título universal a la herencia del transmitente, pues el artículo 1006 del Código Civil solo atribuye la condición de transmisarios a los herederos de dicho transmitente; en cambio, no tendrá derecho a intervenir en la partición de la herencia del primer causante, si ha sido llamado a la herencia del transmitente, como legatario del mismo,

por ejemplo como usufructuario universal, o en virtud de otro legado de parte alícuota o de cosa determinada, o cuando se le atribuya en la sucesión legal intestada su cuota legal usufructuaria.

— Y lo mismo debe predicarse respecto de los hijos y descendientes del transmitente; que no serán considerados transmisarios del mismo si únicamente se establece a su favor, en la herencia de dicho transmitente, legados (aunque sean de parte alícuota) o lo de que por legítima le corresponda. Y, en cambio, podrán ser transmisarios los parientes no legitimarios o, incluso, los extraños, siempre que sean nombrados herederos del transmitente...

Ahora bien, que los transmisarios deben ser herederos del transmitente (o segundo causante) es cosa natural y evidente, que ya lo dice el artículo 1006 expresamente, cuando ordena que «pasará a *los suyos* (es decir, sus herederos) el mismo derecho que él tenía»; pero que los legitimarios (entre ellos, el cónyuge viudo) que no sean herederos del transmitente, no es necesario que intervengan en la partición de la herencia del primer causante, es otra cosa bien distinta y ¡ERRÓNEA DOCTRINA! (como parece percibirse la resolución última que comentamos de 2018).

Y es que, a partir de *la resolución de 26 de julio de 2017*, la Dirección General ha hecho una INTERPRETACIÓN CORRECTORA tanto de lo dicho por ella misma con anterioridad, como por lo manifestado por el Tribunal Supremo en la tal aludida sentencia de 2013.

Bien es cierto que, en esta resolución de 2017, lo hizo *indirectamente*, por vía de entender *aceptada tácitamente* la herencia del transmitente, si se estaba ante un «acto de señor» (según Las Partidas) o de uso y disfrute durante 20 años, después del fallecimiento de dicho transmitente.

PERO, ya dejó afirmado (como ya dijera esta Dirección General en su *resolución de 22 de octubre 1999*) que, «*2. En los supuestos en que el transmisario 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 directo «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 genéricamente a todos los bienes de la herencia hasta que con consentimiento del cónyuge legitimario o intervención judicial se concrete sobre los bienes determinados o sea objeto de la correspondiente comutación — (cfr. arts. 806 y 839, párrafo segundo, del Código Civil. Por ello, la anotación preventiva en garantía de los derechos legitimarios del viudo que se introdujo en la Ley Hipotecaria de 1909 fue suprimida en la vigente ley de 1946). 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»; doctrina que se reiteró después (en un supuesto sujeto a la legislación civil catalana) por la *tradicional resolución de 23 de junio de 1986*; de manera que: el *ius transmisionis* debe ser incluido como valor computable en la herencia del transmitente, para fijar el importe correspondiente a sus herederos forzosos; y ello aunque el transmisario, al ejercitar el *ius delationis*, opte por repudiar la herencia del primer causante. Después volveremos sobre esto.

— Y así llegamos a la *resolución de 22 de enero de 2018*.

Esta resolución comienza siguiendo la doctrina tan reiterada de la sentencia del Tribunal supremo de 11 de septiembre de 2013 (citando, al efecto, las resoluciones de 22 de enero de 1998, 26 de marzo, 11 de junio y 6 de octubre de 2014, 2 de marzo y 9 de junio de 2015, 4 de febrero de 2016 y 26 de julio de 2017 —llama la atención que no cite la resolución de 22 de octubre de 1999 ni la de 23 de junio de 1986, las más importantes en esta materia—) señalando que:

«Los transmisarios suceden al primer causante de manera directa y no mediante una doble transmisión del causante al transmitente y de este a los transmisarios» (sic).

Pero no deja claro si esta opinión del Tribunal Supremo la hace suya la Dirección General o la acepta como de irremediable acatamiento del fallo de nuestro mas Alto Tribunal.

Sea como fuere, lo cierto y verdad es que, a reglón seguido afirma:

«Pero es indiscutible que la determinación de quienes son los transmisarios y en qué porcentaje y modo adquieren los bienes, viene determinando por la sucesión del transmitente y no por la sucesión del primer causante...».

E intenta reconducir esta cuestión, dejando a un lado la polémica jurídica de quién sucede a quién, para:

«Profundizar en que los transmisarios son llamados a la herencia del primer causante porque son herederos del transmitente y solo en cuanto lo son y en la forma y proporción que lo son; para lo cual es inevitable considerar en qué términos les ha llamado el transmitente, por vía de testamento, o de ley en caso de vocación abintestato o forzosa, según los supuestos».

Y aclarando, a continuación, que la legítima: (art. 806 del Código Civil):

«Es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos» —se identifica como una auténtica «*pars bonorum*» que confiere al legitimario un derecho como cotitular— por mandato legal —del activo líquido hereditario, quedando garantizada por la ley igualmente una proporción mínima en dicho activo y que salvo excepciones, cuyo planteamiento aquí no corresponde— ha de ser satisfecha con bienes hereditarios, por lo que su intervención en cualquier acto participial de la masa hereditaria del transmitente debe ser

otorgado con el consentimiento de dicho legitimario con independencia del título —herencia, legado o donación— con el que se haya reconocido su derecho».

Y continua: «*Sin que ello suponga una ruptura de la doctrina fijada por la Sentencia de 11 de septiembre de 2013, que se limita a explicar que el «ius delationis» no se fragmenta o se divide en dos sucesiones, y confirmada como tal dicha premisa, debemos señalar en el ámbito práctico que, una vez aceptada la herencia del primer o de los primeros causantes por parte del transmisario, este pasará a formar parte subjetiva de la comunidad hereditaria, ostentando un derecho abstracto sobre un conjunto de bienes, derechos y deudas procedentes de los indicados finados.*

Es decir, la decisión de adquirir dicha condición hereditaria y por ello del ingreso definitivo en la comunidad hereditaria corresponde solo al titular del «ius delationis». Ahora bien, debe resolverse acerca del destino de la masa patrimonial del primer causante con relación al caudal del llamado transmitente, puesto que, como antes hemos visto, el efecto transmisible solo se refiere al «ius delationis», es decir comprende el efecto transmisible del derecho o del poder de configuración jurídica como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia, pero sin que ello suponga un pronunciamiento sobre el destino de los bienes: está claro que se acepta o repudia la herencia del causante directamente por parte del transmisario, pero eludir la inclusión de los bienes procedentes de la herencia del causante en la propia del transmitente resultaría de todo punto inaceptable, ya que implicaría una sucesión independiente, ajena a las normas de la legítima y de la voluntad del testador como ley que ha de regir la sucesión».

(En realidad, no vemos nada claro que se acepte o repudie «directamente» la herencia del primer causante por el transmisario).

En resumen: «*Cualquier operación tendente a la partición de la herencia a la que esté llamado el transmitente debe ser otorgada por todos los interesados en su sucesión. En los términos que antes hemos señalado, serán los cotitulares de esta masa los que deban verificar estas operaciones, dentro de los cuales deben tenerse en consideración los designados como herederos, y de forma indudable sus legitimarios, ya hayan sido beneficiados como tales a título de herencia, legado o donación. Indudablemente, el llamado como heredero por el transmitente está sujeto a las limitaciones legales o cargas en que consisten las legítimas».*

(Aunque una cosa es ser «interesado» en la herencia y otra ser «cotitular» de la comunidad hereditaria, como después veremos).

Se recoge así un informe, esquemático pero impecable, de la nota de calificación de la registradora de la propiedad objeto de recurso.

Pues afirma (rotundamente y con razón) que:

«*Sin embargo, esta solución de excluir a los legitimarios de los bienes del primer causante no puede admitirse*» (aunque se siga la tesis del Tribunal

Supremo de la adquisición directa o recta-vía por parte del transmisor de la herencia al primer causante) y es que: «*el legitimario debe tener derecho, en todo caso a participar de los bienes que se encuentran incluidos en la herencia del primer causante... en cuanto que en el cómputo de su legítima, debe incluirse el valor de los bienes pertenecientes al primer causante a la hora de fijar su importe*».

Por tanto (se continúa en el informe), hay que entender «*que los legitimarios aunque no estén llamados como sucesores universales, conservan su vocación legal forzosa (son «heredereros forzosos» en los términos del artículo 807 del Código Civil: Además, «...debe entenderse que el llamamiento que hace el transmitente en su herencia a favor de los herederos que designe, es con la carga o limitación de respetar la legítima, pues se trata de una limitación legal. De todo ello resulta que los transmisarios, aunque sucedan directamente al primer causante, lo hacen con las cargas y limitaciones que resulta de su nombramiento por el transmitente, es decir, con las limitaciones impuestas por la existencia de la legítima. Es decir, los transmisarios lo son en cuanto han sido nombrados herederos por el transmitente, pero este nombramiento se hace con la limitación legal de respetar el régimen de legítimas impuesto por la ley a favor de, como ocurre en este caso, otros hijos o descendientes a los que se legue la legítima estricta*

Y todo lo anterior expuesto, POR UNA SIMPLE Y ELEMENTAL RAZÓN: porque ¡¡¡caso contrario se producirían unos efectos indeseables y rechazados por nuestro ordenamiento jurídico!!! Esto es, la razón fundamental es que, como dice la resolución que comentamos del año 2018 (tímidamente), OTRA SOLUCIÓN PARECE QUE PODRÍA CHOCAR CON VARIOS FUNDAMENTOS DEL SISTEMA SUCESORIO INSTAURADO POR EL CÓDIGO CIVIL.

Y, por supuesto que choca; choca y contradice los principios sucesorios (como veremos ampliamente a continuación, cuando comentemos la posición del cónyuge viudo del transmitente).

Ahora, tan solo llamar la atención en una cuestión que, por sí sola, solucionaría el problema de la necesaria intervención o no de los legitimarios del transmitente en la partición del primer causante.

Lo que parece ser la opinión común de todos los autores (incluso de aquellos que, como ALBALADEJO, VALLET o CÁMARA, siguen la teoría de la adquisición directa) es que para el cálculo de la legítima se debe computar el valor del *ius delationis* en la herencia del transmitente.

En efecto, prescindiendo de si la legítima es o no un derecho positivo del legitimario que provenga de un llamamiento legal o forzoso (en contraposición a la delación testada o intestada), lo cierto y verdad es que otorga al legitimario al que se la haya dejado «por cualquier título» (es decir, como heredero, legatario o donatario —artículo 815 del Código Civil—), una atribución consistente en una *pars bonorum*, que se defiere por el solo hecho de la muerte del causante, y que se debe satisfacer (salvo excepciones) con bienes hereditarios.

Por tanto, y teniendo en cuenta que el *ius delationis*, o mejor, el contenido económico del mismo (no su titularidad) puede ser transmitido, parece claro que dicho contenido forma parte de la herencia del transmitente y, como tal, computable en la misma.

Respecto a si ha de computarse o solo imputarse su valor económico, esto es, si solo se implica el valor económico de los bienes que integran el *ius delationis* o son los mismos bienes los que deben ser objeto de computación en la herencia del transmitente, carece de verdadera importancia a los efectos de determinar la necesaria intervención en la partición de tales legitimarios, «por cualquier título» que lo sean.

En todo caso, la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de junio del año 1986, partiendo del contenido patrimonial y económico del *ius delationis* (que, según el art. 1006 del Código Civil, permite su ejercicio por quien no es su titular) ya ordenaba la computación del valor del *ius delationis* a efectos del cálculo de la legítima; con independencia de que los transmisarios acepten o repudien la herencia del primer causante. Entendiéndose, en este último caso, que los legitimarios no herederos podrán utilizar, al menos, la facultad reconocida en el artículo 1001 del Código Civil (como luego veremos).

Y, como dijimos, es el propio autor de la teoría de la adquisición recta-vía del primer causante, quien así lo afirma, cuando escribe: «*A tenor de los artículos 556 del Código italiano de 1942 y 818 del español, a los bienes propios del transmitente —deducido el pasivo y sumadas las donaciones colacionables— hay que añadir el valor del “ius delationis”, que será el del contenido que componga la herencia del primer causante (con las deducciones antedichas) tal como se halle al morir el transmitente. Los legitimarios del transmitente tienen derecho al cómputo del “ius delationis” para calcular sus legítimas». «A efectos de estas creemos que el “ius delationis” es substancia hereditaria lo mismo que, por ejemplo, un derecho de propiedad. Y lo mismo que objeto de este es la cosa, de aquél lo es el contenido de la herencia deferida» (*La sucesión «iure transmissionis», cit.*, 965 y 966).*

Concretamente y respecto al cónyuge viudo del transmitente y de su necesaria intervención o no en la partición de la herencia del primer causante, que tanta polémica ha suscitado en estos últimos años (por una mala redacción o entendimiento tanto de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013 como de la resolución de la DGRN de 26 de marzo del año 2014), parece claro que su intervención en dichas operaciones particionales, ¡prestando su consentimiento!, es imprescindible (por lo que, a mi juicio, quedan abiertas verdaderas acciones de impugnación de aquellas particiones autorizadas e inscritas sin esta inexcusable y forzosa presencia...).

Ya ha quedado razonado por la propia Dirección General en la resolución de 2018 que comentamos, que el cónyuge viudo, como beneficiario *ex lege* de una legítima o auténtica *pars bonorum*, que le confiere un derecho como cotitular de

una masa patrimonial hereditaria, que tiene que ser satisfecho en o con bienes de la herencia, debe intervenir, *prestando su consentimiento*, en cualquier acto particional de la masa hereditaria del primer causante; aunque se le commute su usufructo *ex artículo 839 del Código Civil* (recuérdese las normas sobre intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima en general). Y no solo por ello, sino porque, como dijo con precisión la resolución de 22 de octubre de 1999, su porción legitimaria constituye un verdadero usufructo sobre una cuota del patrimonio hereditario *que afecta genéricamente a todos los bienes de la herencia*. Y ese necesario consentimiento, pensamos, con cualquiera de las siguientes finalidades:

- para *discernir y separar* los bienes que pertenecen a una u otra herencia (primer causante y transmitente).
- para *computar el valor* de los bienes de ambas herencias, a la hora de fijar la base económica patrimonial sobre la que pesa su legítima.
- para *percibirla* sobre bienes hereditarios.
- para *comutarsela*, percibiéndola en dinero u otros bienes.
- para *demorar y aplazar* el pago de sus derechos legitimarios respecto de la herencia del primer causante o del transmitente (especialmente en aquellos casos en que, aceptando esta última, se pretende únicamente adjudicar los bienes de la primera herencia).
- o bien, *confesar recibidos* tales derechos.
- o bien, *renunciando* total o parcialmente a ellos.
- o bien, *pactando* que se computen todos sus derechos en la herencia de su esposa y transmitente, y que se paguen solo con bienes de esa herencia;
- o, incluso, para que el cónyuge viudo reconozca y/o acepte esa pretendida sucesión recta-vía *que le excluye* de la herencia de sus suegros; etc, etc, etc.

AHORA BIEN, cuando la DGRN, en la resolución de 2018 que comentamos, habla de que la legítima, en el Código Civil, es una porción de bienes o «*pars bonorum*» que confiere al legitimario un derecho como «*cotitular-por mandato legal-del activo líquido hereditario*», por lo que «su intervención en cualquier acto particional de la masa hereditaria del transmitente debe ser otorgado con el consentimiento de dicho legitimario, con independencia del título —herencia, legado o donación— en el que se le haya reconocido su derecho»; en virtud de esta afirmación, decimos, la pregunta es la siguiente: ¿qué clase de COTITULARIDAD se tiene sobre el activo líquido partible?; es decir, ¿forman todos los legitimarios parte de la comunidad hereditaria? o ¿se trata de una comunidad de partícipes distinta?

¿Qué clase de comunidad o cotitularidad forman «*todos los interesados en la sucesión*», que requiera su inexcusable consentimiento en la partición?

Nosotros, ya adelantamos nuestra opinión: mientras el *cónyuge viudo* es siempre cotitular de la comunidad hereditaria (salvo, quizás, en el supuesto de

que el testador le haga la conmutación de su usufructo en algún bien concreto y determinado; y aún así, es más que dudoso que no forme parte de la comunidad hereditaria, como veremos); sin embargo, los *legitimarios* no siempre son cotitulares de dicha comunidad hereditaria; sino según y cómo se les llame. Pero, aún así, creemos deben prestar su consentimiento a las operaciones de participación.

En efecto, (como muy bien escribe Rafael COLINA GAREA en *Manual de Derecho Civil — Sucesiones*— coordinado por Rodrigo BERCOVITZ, Ed. Berbal, S.A. 2012; y *Algunas reflexiones básicas en torno a la comunidad hereditaria*; año 2002) son partícipes de la comunidad hereditaria todas las personas que suceden al causante en una «parte alícuota» de la herencia, quedando excluidos quienes perciben bienes o derechos concretos y particulares de la misma. Por lo tanto, lo que determina la participación en la comunidad hereditaria no es la cualidad de heredero o sucesor universal del sujeto en cuestión, sino *el haber sido llamado a una porción abstracta de la herencia* que se proyecta sobre la misma, entendida en su conjunto como una unidad, con independencia del título en virtud del cual se efectúa el llamamiento.

«En concreto, por lo que se refiere a los “herederos forzosos”, conviene recordar que legitimario no es necesariamente sinónimo de heredero y que la atribución patrimonial que representa la legítima puede ser satisfecha mediante títulos distintos, tales como el legado o la donación. Por eso, *la participación del legitimario en la comunidad hereditaria no se encuentra en función del título en virtud del cual se le otorga la legítima, sino de que esta se pague mediante el llamamiento a una cuota proporcional de la herencia*. Especialmente, el cónyuge viudo cuya legítima es una cuota de usufructo que recae sobre todo el patrimonio del transmitente».

O, como dice ALBALADEJO (*Curso de Derecho Civil*. V, Derecho de Sucesiones. Novena Edición. Año 2008), comunidad hereditaria: «*es la que se da entre los sucesores, sean o no herederos, cuyo derecho, el de cada uno, a parte de los bienes hereditarios, no está concretado sobre unos determinados*».

O sea, de titulares de una masa hereditaria que normalmente le pertenece por cuotas «*De esencia solo es que no les corresponda bienes o derechos determinados!*».

Y propone este ejemplo: «*Cabe que B, C y D sucedan a A, respectivamente, en una finca rústica, en un piso y en un paquete de acciones, que son los bienes que este tiene, o que simplemente le sucedan por terceras partes*»...; en cuyo caso, pasan a ser titulares de la masa hereditaria; o sea, cotitulares de la comunidad hereditaria.

Pues bien, respecto del *cónyuge viudo* su cualidad de partícipe en la comunidad hereditaria es innegable:

— porque en la sucesión intestada su derecho legitimario siempre consiste en un cuota de usufructo, y en la sucesión testamentaria puede ser heredero, legatario de parte alícuota o usufructuario de cuota o de la totalidad del pa-

rimonio hereditario. Y, aunque también se le podría satisfacer su cuota legal usufructuaria, previa su *commutación* por el testador o a iniciativa de los herederos, conforme al artículo 396 del Código Civil, esto se debe hacer con el consentimiento del cónyuge viudo para evitar perjuicios a su derecho.

Ahora bien, además, como muy bien aclara VALLET (*Revista de Derecho Privado* 1960 y *Derecho Civil Español, común y foral*, Tomo VI, volumen II, 590 a 603; CASTÁN comentado en este punto por VALLET) el Tribunal Supremo que para negar la responsabilidad del viudo legitimario por las deudas hereditarias, ha razonado que no es heredero (así sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2006, que cita las de 4 de julio de 1906; 25 de enero de 1911; 11 de enero de 1950; 24 de enero de 1963; 28 de octubre de 1970; 28 de septiembre de 1982); en cambio, no ha vacilado en calificarlo de heredero, para llegar a otras consecuencias sin duda justas, pero que no necesitaban de ese presupuesto para ser alcanzadas. Y lo califica (según la mayoría de los autores más autorizados), como *legitimario no heredero* (salvo que se le llame como tal).

Y detalla la posición del cónyuge viudo como legitimario con relación al caudal hereditario. A saber:

«1. Puede *promover la partición* de la herencia (sentencia de 28 de marzo de 1924), justificándose por su natural interés en que sean satisfechos sus derechos.

2. Es preciso su *concurso* para verificar la partición de la herencia afectante a su derecho en tanto no le sea satisfecho (sentencias de 20 de marzo de 1924, 26 de marzo de 1940 y resolución de 2 de junio de 1930), como es lógico, dado el inicial uso y disfrute que tiene difuminado en todos y cada uno de los bienes de la herencia.

3. Puede *reivindicar* y para la universalidad hereditaria de la que es partícipe (sentencia de 10 de noviembre de 1929) y en general, ejercitar las acciones que correspondían al causante mientras la herencia esté indivisa, siempre que lo haga para la comunidad hereditaria (sentencia de 30 de junio de 1950) y pedir la nulidad de enajenaciones simuladas (sentencia de 23 de octubre de 1965) o de una partición de otra herencia anterior en la que el causante suyo estaba interesado y de unas ventas de bienes en ella adjudicados, actuando en beneficio de la masa hereditaria, pero no puede ejercerlas exclusivamente en nombre y beneficio propio (sentencia de 25 de junio de 1965), facultades estas que son consecuentes con su preferencia para tener la administración de la herencia indivisa conforme a los artículos 796 del Código Civil y 1.069, número 3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que son correlativas a las que tiene todo usufructuario de una cuota de una finca para reivindicarla para la comunidad (arts. 486 y 490).

4. No puede ejercer la función de *contador-partidor* de la herencia de su cónyuge premuerto (sentencias de 8 de febrero de 1892 y 13 de junio de 1898 y resolución de 12 de noviembre de 1895), estando justificada esa incompatibilidad

por el interés que tiene, en posible contraposición con los demás herederos, en la concreción y determinación de su cuota.

5. Debe participar en el pago de los *gastos comunes* (sentencia de 11 de enero de 1950), como contrapartida natural a su participación en los beneficios de la herencia.

6. Puede suceder a su cónyuge en la condición de *arrendatario* del local de negocio (sentencias de 14 de mayo de 1958, 14 de febrero de 1959, 30 de enero de 1960), estando comprendido a este efecto en el artículo 60, a1.^º, de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en el cual tampoco puede entenderse que la palabra heredero se use en sentido rigurosamente técnico.

7. Los herederos pueden ejercitar contra el cónyuge viudo, a quien en la comunidad hereditaria solo le corresponda su cuota legal usufructuaria, el retracto de coherederos previsto en el artículo 1.067 pues —como ha observado LACRUZ BERDEJO (1)— desde el momento que los coherederos pueden desinteresarle de la herencia, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo (art. 839), parece que igual derecho deben tener para evitar, por medio de retracto, que ingrese en la comunidad hereditaria de una manera distinta y más intensa, que significaría un cambio cualitativo fundamental en su posición como partícipe de esta.

8. Si hallándose herencia y sociedad de gananciales aún sin liquidar y formando una sola comunidad, se vendiese a un extraño una cuota hereditaria y los demás herederos no la retrayeren, podrá retraerla el cónyuge viudo en su condición de *comunero* (sentencia de 11 de junio de 1951, *contrario sensu*, al amparo del art. 1522).

Bien se entiende que esta posición jurídica del cónyuge viudo le legitima para comparecer inexcusablemente en la partición de la herencia del primer causante y deferida a su esposo y transmitente.

Por eso, no se comparte, en esta cuestión, la opinión de R. COLINA (trabajo citado, nota 30) cuando dice que el cónyuge viudo, si bien está legitimado para intervenir en la partición judicial de la herencia cuando su título revista la forma de heredero o legatario de parte alícuota; sin embargo, el hecho de que el actual artículo 782.1 de la LEC/2000 (a diferencia del artículo 1038 de la LEC/1881) guarde silencio respecto a su legitimación en orden a instar la división judicial de la herencia, hace que esté legitimado cuando se le llame como heredero y legatario de parte alícuota, pero no si es llamado a cosa determinada (cosa solo posible si se le commuta su usufructo, claro está; no en otro caso).

Incluso, este autor opina que si es llamado solamente a una cuota en usufructo, su misión consistirá en «*vigilar y fiscalizar* la correcta determinación de los bienes sobre los cuales se va a proyectar su derecho de usufructo» y para ese control e inspección, cree suficiente con ser convocado a la Junta para designar contador y perito o el derecho de ser citado a la formación del inventario judicial.

Lógicamente, no podemos compartir esta opinión. Ya antes acabamos de perfilar la posición jurídica del cónyuge viudo, en tanto legitimario, con multitud de atribuciones y derechos en la partición de la herencia o a consecuencia de la misma; eso, unido a la magnitud de su usufructo, que afecta genéricamente a una masa hereditaria sin determinar; o (en el supuesto de conmutación) la posibilidad de que el llamamiento a cosa determinada ocasione que sus derechos se puedan pagar con bienes improductivos, baldíos o mal valorados y, en fin, el hecho de que si bien no responde de las deudas, estas le afectan (pues la base sobre la que recae el usufructo o su derecho concreto puede verse reducido, según cuántas y cómo se contabilicen dichas deudas), todo eso, digo, convence de lo contrario: su inexcusable intervención en la partición, *prestando su consentimiento*; aparte lo que apuntamos a continuación.

Y, dejando esta cuestión resulta, debemos ACLARAR ahora que, si bien solo el que es llamado a una parte alícuota (sea o no heredero y sea o no legitimario) debe formar parte de la comunidad hereditaria (caso del cónyuge viudo), el que los *legitimarios, aún llamados a uno o varios bienes concretos y determinados*, deban intervenir en la partición de la herencia del primer causante, no es tanto porque formen o no parte de una comunidad hereditaria *stricto sensu*, sino porque son *personas interesadas y legitimadas en virtud de un llamamiento legal, y con la finalidad de asegurar sus derechos y evitar fraudes*. Pues es norma sucesoria que, «antes que heredar, hay que pagar». Y la legítima es una «carga», una limitación que pesa sobre el heredero; el cuál debe necesariamente satisfacerlas para poder adquirir el resto de los bienes hereditarios. Y, en virtud de que el legitimario es *titular* de un llamamiento forzoso *«ex lege»* y de la *intangibilidad* tanto cuantitativa como cualitativamente de la legítima, su satisfacción por parte del heredero transmisario, debe realizarse con el necesario consentimiento de quien es titular de la misma.

Por tanto, siempre que estemos en presencia de un legitimario debe recordarse (y no olvidar nunca, pues es un principio básico de derecho sucesorio) que el *legitimario* tiene un título o cualidad regulado por normas de *orden público* y *ius cogens* (véase sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1978). Es decir, el legitimario ostenta un título especial; un derecho subjetivo como tal legitimario que le faculta para ejercitar cualquier acción de reclamación y defensa de su derecho; desde cobrar su legítima antes que los legatarios (arts. 817, 820, 821 y 822 del Código Civil), solicitar la reducción o anulación de legados y donaciones inoficiosas, impugnar cualquier acto del causante o del heredero de fraude de su legítima... Hasta pedir su complemento.

En resumen, su carácter de sucesor (bien a título universal bien a título particular) de carácter *ex lege*, el interés del legitimario en la partición y, en fin, la *mera posibilidad* de la existencia de fraude o daño a su derecho, imponen su intervención en la partición (como ocurre, en general, en todos los casos de posible conflicto de intereses o intereses contrapuestos).

Por todo lo anterior, pensamos que la doctrina de nuestra *Dirección General* al respecto aún no está completamente perfilada.

En efecto, de la Resolución de 26 de marzo de 2014 (y con doctrina similar la de 9 de junio de 2015) se deduce que no tiene derecho a participar en la herencia del primer causante aquel legitimario que haya sido llamado a la herencia del transmitente como legatario del mismo, usufructuario universal, legado de parte alícuota o cosa determinada; mezclando tanto los llamamientos a la parte alícuota como los llamamientos a cosa cierta y determinada, de los que no son llamados como «herederos» transmisarios.

Por otro lado, la resolución de 22 de enero de 2018 incluye como «cotitulares» de la «comunidad hereditaria» y del activo líquido hereditario a repartir (que no es lo mismo) y, por tanto, les legitima para intervenir en la partición prestando su consentimiento al efecto, a todo heredero (legitimario o extraño) y legitimario no heredero, cualquiera que sea el título (herencia, legado o donación) con que se les satisfaga la legitimidad.

Y esta es una doctrina correcta, con los matices que se quiera proponer.

Nosotros, hemos preferido distinguir entre legitimarios: —cotitulares de la comunidad hereditaria (favorecidos con una parte alícuota de la herencia)— y los no cotitulares (favorecidos con cosa cierta y determinada); pero legitimados, en ambos casos, por las razones que se han apuntado anteriormente en cada caso, para intervenir en la partición de la herencia prestando su necesario, indispensable y cabal consentimiento.

En realidad, son *dos distintas participaciones*, con distinta intensidad y finalidad cada una; ¡pero, en ambos supuestos, necesaria e inexcusable!:—

— en el caso del *cónyuge viudo*, por su cualidad de cotitular en la comunidad hereditaria (un comunero con características propias, puesto que, al igual que ocurre con los legatarios de parte alícuota, no responde de las deudas hereditarias, aunque le afectan); además de por ser un sucesor *ex lege* del cónyuge premuerto; titular de una legítima consistente en un derecho de usufructo sobre unos bienes indeterminados, esto es, un verdadero derecho real limitativo del dominio. Por lo que ostenta un interés lo bastante poderoso como para que se le deba tener en cuenta en todas la vicisitudes que pueda sufrir el proceso sucesorio.

— en el supuesto de los *legitimarios no herederos ni legatarios de parte alícuota*, sino titulares de bienes concretos y determinados, para asegurar sus derechos y evitar un fraude a los mismos, habida cuenta su llamamiento *«ex lege»* y la intangibilidad de su legítima. Y, si bien no responden de las deudas, estas les afectan o pueden afectarles.

EN RESUMEN, en ambos casos, la razón fundamental para que intervengan en la partición, es que las operaciones que la componen les afectan y pueden resultar perjudicados (especialmente, en todo lo relativo a la formación del inventario y en la realización del avalúo). Tienen interés directo en ellas, cualquiera que sea el título por el que deban percibir sus derechos; sean verdaderos

comuneros o simplemente partícipes de la comunidad hereditaria. Y, además, y sobre todo, porque son «herederos forzosos o sucesores *ex lege*» (art. 807 del Código Civil), titulares de un llamamiento legal, para percibir una «*pars bonorum*» en la herencia relictiva (sentencias del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1989 y 26 de abril de 1997). Pero, a diferencia de los legatarios de cosa cierta y determinada que NO sean legitimarios (que no tendrán porqué intervenir en la partición de la herencia, sin perjuicio de su legitimación para asegurar civil e hipotecariamente sus derechos), *la cualidad de legitimario reviste a su titular de un llamamiento cualificado, con normas de «ius cogens u orden público», aplicables para procurar la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima a percibir, que les autoriza para esta participación en la división del caudal hereditario.*

Pero aún hay más; pues, como antes dejamos señalado, lo importante en este asunto, aparte de lo que se acaba de decir (e independientemente de quién herede a quién), es determinar si, para calcular el importe de las legítimas debidas en la herencia del transmitente, el importe de la primera herencia se debe computar junto con el de la segunda herencia.

Ya dijimos antes y veremos después cómo, al haberse patrimonializado el contenido del «*ius delationis*», la respuesta debe ser afirmativa. De lo que se sigue que, si se tienen que adicionar contablemente el importe de ambas herencias, es evidente que los legitimarios del transmitente deben concurrir a la partición hereditaria que determine el derecho de cada uno.

En resumen, tanto por unas razones (como son todas las que se acaban de exponer respecto al título o cualidad de legitimario interesado en la partición —y más tratándose del cónyuge viudo, titular de una cuota de usufructo sobre unos bienes indeterminados del caudal hereditario—), como por la otra, habida cuenta la necesidad de computar contablemente el importe de ambas herencias para fijar las legítimas, la intervención de todos los legitimarios en la partición de la herencia del primer causante, prestando su consentimiento, es inexcusable.

Y lo cierto es que estos dos criterios, (tanto de partícipes en la comunidad hereditaria como el cómputo conjunto de las masas hereditarias para fijar las legítimas debidas en la herencia del transmitente), los recoge la resolución de 2018. Por tanto, su doctrina es acertada en las dos cuestiones fundamentales.

X. UNA POLÉMICA MÁS GENERAL

Se podría decir que en esta cuestión de si el cónyuge viudo del transmitente (2.^º causante), y demás legitimarios no declarados herederos en la herencia del primer causante, deben intervenir o no en la división y adjudicación de su herencia, se encuentra INCLUIDA en una mayor problemática de carácter general; a

saber: ¿que diferencias y diversas consecuencias se derivan de seguir una u otra teoría: la de la adquisición recta-vía, o la tradicional de la doble transmisión?

Nosotros (en el trabajo compartido inicialmente citado del *ADC*, año 1996) ya dejamos apuntado que esas diferencias se pueden reducir a lo relativo a:

1.º. la CAPACIDAD requerida por el transmisario para ejercitar el «*ius delationis*», relativo a la herencia del primer causante (cuestión que ya quedó contestada anteriormente); de la que va íntimamente unida lo concerniente a la retroacción de efectos que provoca la aceptación de dicho transmisario, al ejercitar positiva y afirmativamente dicho «*ius delationis*», que se le transmite instrumentalmente, vía artículo 1006, (y que también hemos examinado brevemente en este artículo).

2.º. la posición jurídica del CÓNYUGE VIUDO del transmitente respecto a su cuota legal usufructuaria de los bienes que, en la primera herencia, fueron ofrecidos a su difunto cónyuge; y, por consiguiente, si se sigue la literalidad de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre del año 2013, la necesidad o no de su intervención en las operaciones participionales de dicha herencia (cosa indispensable para nosotros, en todo caso)

3.º. La necesidad o no de que el transmisario colacione las DONACIONES recibidas del primer causante, o solo lo donado por este al transmitente [como nos inclinamos a creer, siguiendo a ROCA (*Estudios de Derecho Privado*. 1948), LACRUZ (*Derecho de Sucesiones*, Parte general, 170), GITRAMA (*Comentarios...* Edersa XVI, 1.º 288), GARCÍA GARCÍA («*La sucesión por derecho de transmisión*», Ed. Civitas 1996)] ...y de acuerdo con la teoría clásica de la doble transmisión. En contra, ALBALADEJO (obra citada, 956, nota 102), JORDANO FRAGA (en su monografía *La sucesión en el «ius delationis»*, Ed. Civitas, 331 y 332), VALDEOLMILLOS (obra citada 489) y PUIG BRUTAU. Por todos, ALBALADEJO escribe: «Nosotros creemos que el transmisario en cuanto sucede al transmitente —en su herencia y, dentro de ella, en el «*ius delationis*»— debe colacionar en la sucesión de este las donaciones de él recibidas, y, en cuanto sucede al primer causante —en la herencia de este primer causante— debe colacionar en la sucesión de este, las donaciones que de él recibiera».

4.º. El distinto tratamiento FISCAL, más gravoso conforme a nuestra opinión (aunque esto no es seguro, según explica nuestro querido y desaparecido compañero Joaquín ZEJALBO MARTÍN en su artículo «*Derecho de transmisión: comentarios a la resolución de 11 de junio de 2014*», publicado en página web: www.notariosyregistradores.com).

5.º. La distinta posición jurídica que tendrían los ACREDITORES del transmitente, que resultarían más perjudicados, si se sigue la teoría de la adquisición recta-vía, convirtiendo a la sucesión *iure transmisionis* en un singular, extraordinario y extraño privilegio operante en exclusivo beneficio de los sucesores universales del transmitente; no entendiendo que el transmisario pueda adquirir

la herencia del primer causante sin sujeción a las mismas restricciones cargas y limitaciones a las que habría estado sometido si su causante y transmitente los hubiese efectivamente adquirido (*vid. cit.*, ZEJALBO).

Piénsese, además, en la posibilidad del FRAUDE anteriormente apuntado, en el supuesto de que el transmisor, tras aceptar la herencia de su transmitente, repudiase la herencia del primer causante; en donde solo les quedaría la posibilidad del artículo 1001 del Código Civil. Es decir, el transmisor podría jugar con la repudiación de la primera herencia, según le conviniese o no a sus intereses.

En efecto, en el supuesto de que hubiese un patrimonio muy cuantioso en la herencia del primer causante y otro muy reducido o inexistente en la del segundo causante o transmitente, este podría demorar la aceptación de dicha herencia hasta su fallecimiento, reduciendo o burlando, así, los legítimos derechos de acreedores (y legitimarios, si se admite la transmisión recta-vía); bien es cierto que la actual redacción del artículo 1005 del Código Civil permite que los acreedores del causante puedan requerir al llamado a ser heredero (este artículo al igual que el 1006, le llama «heredero») para que acepte o repudie la herencia a él deferida, entendiéndose que si no lo hace en el plazo de treinta días naturales desde el requerimiento que al efecto le haga un Notario, se entenderá *aceptada* la herencia pura y simplemente (según nueva y afortunada redacción dada a este precepto por la disposición final primera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 15/2015, 2 de julio; puesto que antes de esta fecha la herencia se consideraba «repudiada»).

Por eso, escribe LACRUZ (*Derecho de Sucesiones* 1975, 75): «*Que el transmisor actúa siempre como sucesor universal del transmitente, y nunca y como verdadero y directo heredero del primer causante; heredero es el segundo causante (transmitente) y, por tanto, si el transmisor repudia a la herencia, podrán los acreedores de aquel aceptarla en virtud del artículo 1001 del Código Civil*».

6.^º. El supuesto de *Contador Partidor* que, de seguirse la posición moderna y del Tribunal Supremo, solo podría intervenir en la herencia del primer causante si fuese el nombrado por este; pero no tendría facultades el albacea nombrado por el transmitente en su herencia.

7.^º. Y, en materia de *reservas*, su desplazamiento o inexistencia dependiendo de a quien suceda el transmisor.

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

A) Ejemplo de lo primero (entre otros, pero quizás este sea el más importante) es el problema de si, respecto a LOS LEGITIMARIOS, el importe de la primera herencia debe adicionarse al de la segunda; cuestión que *hay que responder afirmativamente, cualquiera teoría que se siga*. En este sentido se pronuncia la Resolución de la DGRN de 23 de junio de 1986, siguiendo los dictados de la resolución de 22 de octubre de 1999, de manera rotunda (considerandos 4.^º y sigs.), al estimar que el «*ius delationis*» es evaluable económicamente y, en consecuencia, computable a efectos contables para fijar el importe de las legítimas debidas, concluyendo su considerando 7^º que, en general,: «los legitimarios podrían (como titulares de un crédito, su propio derecho legitimario) —que lo es frente a la herencia aceptada por el transmisor y frente al transmisor mismo—, ejercitar el derecho que a los acreedores, en general, confiere el artículo 1001 del Código Civil, cuando el llamado repudia una herencia en perjuicio de sus propios acreedores» (dicha resolución se refería a un supuesto relativo a la legislación catalana).

Y también en este mismo sentido, la reciente resolución de 22 de enero de 2018, según los términos que hemos expuesto más arriba.

Y es que, igualmente, la mayoría de los autores están de acuerdo con esto, incluido ALBALADEJO (obra citada, 917 y sigs., con texto ya reseñado literalmente con anterioridad).

Si bien, no faltan autores que, rechazando la teoría de que el transmitente es el verdadero heredero del primer causante, opinan lo contrario de lo expuesto. Tal es el caso de JORDANO FRAGA (obra citada, 338 y sigs.) y VALDEOLMILLOS (obra citada, 489), sobre la base de entender que el «*ius delationis*» no debe evaluarse económicamente, ni siquiera a efectos contables, al ser personalísimo y extrapatrimonial; de manera que las masas hereditarias deben mantenerse separadas, de suerte que los legitimarios del transmitente no tendrán derecho alguno a la herencia del primer causante, y viceversa.

B) Como cuestiones que poco o nada tienen que ver con dilucidar a quién se hereda, cabe citar: —la naturaleza, fundamento y plazo de prescripción del derecho concedido a *los acreedores* del transmitente por el artículo 1001 del Código Civil —el supuesto de que *sean varios* los transmisarios y la libertad de cada uno para aceptar o repudiar la herencia del primer causante y, en el primer caso, de hacerlo pura y simplemente o a beneficio de inventario; —la necesidad de que el transmisor sea un *verdadero heredero y no un simple legatario* (los legados están excluidos); —el problema de si el causante puede *excluir el derecho de transmisión*, siendo una manifestación tácita de ello el establecimiento de una sustitución vulgar, ¡sin determinación de casos!, para el supuesto de que el llamado a ser heredero fallezca sin aceptar ni repudiar la herencia del primer causante; —si, en algún supuesto, el artículo 1006 del Código Civil podría ser aplicable a *los legados*; —en fin (para que esto no parezca una

letanía), la distinta operatividad y funcionamiento del derecho de transmisión en relación con *otras figuras jurídicas*, como la sustitución fideicomisaria, el derecho de acrecer o el derecho de representación; etc.

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

En resumen, es cierto que algunos comentaristas a la tan aludida sentencia del Tribunal Supremo de 2013 (y aun la propia Dirección General) aseguran que el Tribunal Supremo se refiere a un caso concreto de legitimación del contador-partidor para acometer las operaciones participiales de la primera herencia, que solo «*obiter dicta*» realiza esas afirmaciones de innecesidad del consentimiento del cónyuge viudo del transmitente y que, en fin, eso no contradice la vigencia de principios sucesorios cuya no aplicación sería sencillamente inaceptable para nuestro sistema sucesorio, de corte romanista.

Dejemos aquí el asunto de lo que ha dicho o querido decir el Tribunal Supremo en esa sentencia. Posición, por lo demás, acorde con otras resoluciones judiciales pronunciadas por tribunales de instancia o de Audiencias, sobre todo en materia *fiscal* (como hemos reseñado antes).

Y también dejamos orillados ciertos escritos críticos recientes a esta resolución de 2018, al considerar que nuestro Centro Directivo, por vía de una pируeta jurídica o interpretación correctora, introduce una doble delación imposible, para explicar estos supuestos de intervención y consentimiento del cónyuge viudo y legitimarios, volviendo así a la teoría de la doble transmisión. Ya hemos dado cumplida respuesta a que, *haya o no adquisición hereditaria recta-vía (que, a nuestro entender, no la hay) lo cierto y verdad es que el importe económico de la primera herencia se debe computar en la herencia del transmitente, por una simple y elemental razón: porque el «ius delationis» lo encuentra y lo recibe el transmisor englobado en la herencia del transmitente (como los demás bienes, derechos y acciones, deudas y obligaciones); y, así mismo, porque el carácter de «herederos forzados» de los legitimarios, titulares de un llamamiento cualificado a un derecho inatacable y cotitulares de esa masa hereditaria y/o con interés cierto y directo, (les afecta y perjudica) hace necesaria su intervención, ¡prestando su consentimiento! a cualquiera operaciones de división y adjudicación hereditaria de la herencia del primer causante.*

Por todo ello, esta resolución de 22 de enero de 2018 debe ser bienvenida y servir de referencia a futuros problemas en esta materia. Claro que todo se puede perfeccionar. Es una resolución importante, y su doctrina (prescindiendo de mayores o menores tecnicismos) es segura.

XI. EJEMPLOS PRÁCTICOS QUE SE OPONEN Y CONTRADICEN A LA ADQUISICIÓN RECTA-VÍA

Finalmente, vamos a concluir este trabajo, dando un aldabonazo a las conciencias jurídicas, para llamar la atención respecto de que una teoría correcta y adecuada no puede conducirnos a consecuencias absurdas lógicamente y prohibidas jurídicamente.

En efecto, tanto en las sentencias del Tribunal Supremo como en las resoluciones de la Dirección General se han discutido y dilucidado problemas concretos y se han dado soluciones prácticas (a veces más acertadas que otras) a esos problemas.

Pero, se ha dejado a un lado cuestiones vitales (quizás porque entrar en un mar teórico tan proceloso, en poco o nada ayudaba a resolver el problema concreto de justicia planteado); dando por buenos errores graves de PRINCIPIOS SUCESORIOS:

- la intransmisibilidad de la vocación hereditaria;
- el desconocimiento o vulneración del principio de la *voluntas testatoris* (como ley fundamental) por la que se rige la sucesión testamentaria; o de los principios organizadores de la sucesión intestada, como son la proximidad de grado y el parentesco;
- la capacidad que debe reunir el transmisor que quiera heredar al primer causante; pues los partidarios de la sucesión recta-vía, sin embargo, solo exigen al transmisor (por regla general) la capacidad para heredar al transmitente.
- Por no entrar en otros casos de colisión con la reserva lineal y otras instituciones; fraude de acreedores, etc.

En realidad, la cuestión es la siguiente: si los ejemplos que a continuación se proponen son correctos y demuestran, vía consecuencia, lo imposible o absurdo de la transmisión recta-vía ¿cómo se puede seguir aún manteniendo esta postura sin impugnar antes estos principios sucesorios básicos, diciendo su causa y el porqué?

Veamos algunos ejemplos contundentes, pero fundamentales, que desmoronan y echan abajo toda la teoría de la adquisición recta vía:

A) Sucesión Testamentaria

El primer principio básico sucesorio en la sucesión testamentaria es el respeto a la voluntad del testador, como ley fundamental de la sucesión; y la intransmisibilidad de la vocación hereditaria (por más que se haya patrimonializado

el contenido del *ius delationis*, que permite que se ejercite por quien no es su titular). Y el ejemplo es este:

El matrimonio formado por Antonio (A) y Beatriz (B), formalizan ante notario sus respectivos testamentos, en los cuales, al no tener hijos, se nombran mutuamente herederos y se sustituyen vulgarmente por Carlos (C), cuñado de Antonio y hermano de Beatriz. Posteriormente, Antonio hace un nuevo testamento en el que sigue nombrando heredera a su esposa Beatriz pero, como ha tenido algunos altercados con su cuñado, le sustituye vulgarmente, en esta ocasión, por su amigo Diego (D). Es más, Antonio dice en su nuevo testamento que no quiere en absoluto que le herede Carlos y da sus motivos. Sin embargo, Beatriz mantiene su testamento inicial.

A continuación, fallece Antonio (primer causante), pero su esposa Beatriz, no acepta ni repudia su herencia, falleciendo más tarde en estas circunstancias (transmitente).

Como consecuencia de lo anterior, el heredero de Antonio, vía “ius delationis” (art. 1006 del Código Civil), sería Carlos (único transmisor), es decir, ¡¡ja quien fue precisamente excluido por el propio testador!!!

Conclusión: al citado testador, nunca ni jamás, le podría heredar, recta-vía, su cuñado Carlos (al que incluso excluyó expresamente en su testamento) sino por y a través de su hermana y transmitente Beatriz, que fue quien le instituyó heredero sustituto en su testamento.

Lo dijimos antes claramente: la delación sucesoria (que concede el derecho actual y concreto de adquirir la herencia) se halla en íntima dependencia con la causa o razón que vincula al nombrado heredero con su causante; y esa causa, en el presente caso, sería inexistente; pues la voluntad del testador es totalmente contraria a esta sucesión del transmisor.

Este ejemplo es tan contundente y de tal magna entidad, que sería suficiente para desvirtuar una teoría; pues no se trata de añadir unos ejemplos u otros para demostrar lo erróneo de la misma; bastaría uno que fuese decisivo para echarla por tierra.

Pero, vamos a añadir alguno más.

B) Capacidad sucesoria

Por otra parte, para apreciar la capacidad del heredero, hay que estar al momento del fallecimiento del testador; esto unido al efecto retroactivo de la aceptación o repudiación de la herencia, hace ver claramente que no se puede heredar recta-vía al primer causante.

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

Por tanto, es claro y evidente que solo C podrá heredar a A, pero no podrá heredarle D, según la teoría del Profesor ALBALADEJO y de nuestros recientes fallos jurisprudenciales; cosa que no sucedería de seguir la teoría clásicamente mantenida por nuestra DGRN, hasta el año 2014... y ahora quizás retomada por la resolución de 22 de enero de 2018.

C) Sucesión intestada

En estos supuestos observamos otra quiebra de los principios sucesorios que fundamenta todo el sistema de la sucesión intestada, cuales son el parentesco y la proximidad de grado, que quedarían desplazadas incomprendiblemente por el *ius transmisionis* (y repitamos que nunca se puede suceder, ni recta-vía ni de ninguna manera, vía derecho de transmisión, al no ser este título suficiente al efecto).

Propondremos tres ejemplos:

a) *Fallece A, sin padre ni hijos, de forma intestada y le sobrevive su cónyuge viudo B y dos sobrinos. Fallece después intestado B sin aceptar ni repudiar la herencia de A, y al cónyuge viudo le suceden intestados dos sobrinos suyos, que heredarán a A antes que sus propios sobrinos.*

b) *Un causante deja como únicos herederos llamados a la sucesión intestada a dos sobrinos, hijos de un hermano premuerto.*

Uno de ellos, fallece después del causante, sin aceptar ni repudiar su herencia, y sin hacer testamento, sucediéndole abintestato su madre (sin perjuicio de la legítima de la esposa sobreviviente).

Pues bien, según la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013 y resolución de DGRN de 26 de marzo de 2014, si la madre heredera abintestato a su hijo (sobrino del causante y transmitente) y acepta la herencia del primer causante, le sucede directamente y podrá otorgar la partición con el otro sobrino, sin intervención del cónyuge viudo del transmitente. Lo cual es tanto como admitir que existe una sucesión intestada directa entre el causante y la madre del sobrino transmitente, que carecen de parentesco alguno, a pesar de heredarle intestada.

En estos ejemplos ni el parentesco ni la proximidad de grado se tienen en cuenta como modo de suceder.

c) Un último ejemplo:

Fallece A y le sobrevive (como único heredero posible), su sobrino B. Este sobrino fallece con posterioridad sin aceptar ni repudiar la herencia de su tío, dejando un hijo C (sobrino-nieto de A). Pero este hijo C, que ignora el llamamiento legal a su favor, también fallece sin hacer testamento y sin aceptar ni repudiar las herencias anteriores, dejando una sola hija, Cristina (D).

Pues bien, esta hija, que no podría heredar intestada a A (pues rebasaría el cuarto grado colateral, máximo permitido por la Ley), sí que podría hacerlo, sin embargo, y aún recta-vía, en el mismo supuesto, por derecho de transmisión, lo cual sería ilegal: o, dicho de otro modo, si hereda por derecho de transmisión al primer causante, es claro y contundente que no puede hacerse directamente (recta-vía), porque rebasaría el cuarto grado, máximo permitido por la Ley en la sucesión intestada (que solo llega a los sobrino-nietos).

Y es que, es cierto que la transmisión de *ius delationis* se produce «*ad infinitum*» y sin límite de grado alguno. Pero esa cadena presupone que vaya heredando cada transmisario a su transmitente, pues, en otro caso, ¿cómo es posible que un tataranieto colateral pudiera heredar recta-vía al primer causante? ¿Cómo podría heredurar, recta-vía, a su abuelo el tataranieto, que nació medio siglo después de la muerte de aquél? Esto es un absurdo antijurídico, ya que esto únicamente se puede conseguir a través de las sustituciones fideicomisarias. Fuera de ello sería imposible, solo producto de juegos malabares jurídicos.

XII. EL PROBLEMA DEL «*NOMEN IURIS*»

Teniendo en cuenta que la teoría clásica de la doble transmisión no plantea problema alguno en estos asuntos (ni tampoco en los casos de obligada comparecencia del cónyuge viudo y legitimarios no herederos en las operaciones de partición y adjudicación de la herencia del primer causante) la pregunta se hace inevitable:

¿Por qué cobra auge y predicamento la teoría de la adquisición recta-vía? Una teoría que vulnera y desconoce principios sucesorios tan importantes como los que se acaban de indicar y que, en aplicaciones concretas, produce tantos problemas doctrinales, no puede ser una buena y correcta teoría.

Es cierto que, al final de toda esta polvareda jurídica, queda en pie una pregunta, cuya respuesta ha mediatizado todas las construcciones doctrinales y más variadas consecuencias hasta nuestros días (si es que alguna vez se cierra la polémica); y esta pregunta es la siguiente:

Entonces ¿quién hereda a quién; quién es el heredero del primer causante?

Y aquí, la polémica se desata porque se quiere poner un «*nomen iuris*» a este fenómeno sucesorio del artículo 1006 del Código Civil. Y así, los seguidores de la *teoría tradicional* aseguran que el transmisario adquiere la herencia del primer causante no por ser su heredero, sino por heredar al transmitente (o segundo causante) y recoger en su herencia el *ius delationis* para su ejercicio. Esta es la posición que nosotros seguimos.

Por contra, los seguidores de la postura de la *adquisición recta-vía*, opinan que es el transmisario el heredero directo del primer causante porque recibe, vía artículo 1006 del Código Civil el derecho de «suceder» en el *ius delationis*, pues: «sucede» al transmitente en el *ius delationis* y es «sucesor» del primer

causante en la herencia de este. O sea, cambia el sujeto que puede adquirir la herencia una sola vez deferida.

Esta última teoría tiene todos los inconvenientes que hemos dejado escritos en este artículo. Tan solo recordar que el primer requisito para suceder recta-vía a una persona, es tener *vocación* hereditaria y capacidad para heredarle; y transmisor nunca ostenta la titularidad de la primera y rara vez tiene la segunda (cuando ni siquiera existe ni ha sido concebido). Es decir; por el Derecho de Transmisión se sucede al llamado a ser sucesor (el transmitente); no a otra persona (primer causante), aunque se adquiera su herencia. O sea, la adquisición de su herencia no le convierte en sucesor hereditario, propiamente dicho.

Pero la teoría clásica presenta estos dos problemas básicos al efecto: ¿acaso se puede adquirir el patrimonio de una persona sin ser su sucesor o heredero? (fuera del caso, naturalmente, de que toda la herencia esté distribuida en legados y algún supuesto más); y si el transmitente ha muerto sin que nadie sepa cuál ha sido su voluntad, ¿cómo va a ser él el heredero del primer causante, ya que falleció sin aceptar ni repudiar su herencia?

Y, descartada la transmisión recta-vía por los graves problemas que plantea, se mire por donde se mire, solo caben dos rigurosas soluciones:

1.^a. O estimar que, en estos supuestos (cuando el transmisor, al ejercitar el *ius delationis* contenido en la herencia del transmitente, acepta la herencia del primer causante y adquiere sus bienes y derechos) se produce *una previa investidura «post mortem» del transmitente o segundo causante*; toda vez que a él se defirió la herencia, y la vocación no se extingue por su muerte, porque así lo autoriza y lo permite el artículo 1006 Código Civil, ordenando el paso «a los suyos» de su contenido patrimonial (pues, sin este artículo, se extinguiría la vocación, y nada se transmitiría; que sí se transmite).

Pues, a diferencia de los supuestos de premoriencia al causante, en donde entran en juego la sustitución vulgar o el derecho de representación, según los casos, y en donde se produce una delación sucesiva; en el supuesto del «derecho de transmisión», *no hay dos delaciones sucesivas ni, por tanto, tampoco puede haber dos titularidades sucesivas*. Por eso, el transmisor solo puede acceder a la herencia del primer causante si, a su vez, acepta la herencia del transmitente; a diferencia de lo que ocurre en el supuesto del derecho de representación, en donde no se pierde este derecho por haber renunciado a la herencia de la persona a la que se representa (art. 928 Código Civil).

Pues, como muy bien aclaró la *sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1908* (y, con doctrina coincidente ya la resolución de la DGRN de 22 de diciembre de 1949), «*el que ejerce el Derecho de representación, ejerce un derecho propio*» (o sea, un derecho cuya titularidad ostenta el que lo ejerce), pero el que ejerce el derecho de transmisión, «*ejerce un derecho, “el ius delationis”, que ya fue adquirido por el fallecido y se halla situado en su patrimonio relicto*».

Así pues, el representante tiene una delación directa y originaria (de carácter sucesivo) y una titularidad originaria y directa. Mientras que en el «*ius transmissio-nis*», el delado (el transmitente y segundo causante) sobrevive al primer causante, aunque muere sin aceptar ni repudiar su herencia. Pero su delación originaria, única, directa y excluyente, por mor del artículo 1006, hace que la titularidad de esa delación siga residiendo en él, mientras que no se extinga por su ejercicio realizado por el transmisor; pero no hay ni puede haber dos titularidades sucesivas pues, de lo contrario, nos encontraríamos con dos vocaciones o delaciones sucesivas (cosa imposible, según se lleva expuesto). Y que se extinga la vocación con la muerte del transmitente, no es cierto: primero, porque el artículo 1006 permite que se ejercente ese derecho y no que entre en juego el derecho de acrecer, la sustitución vulgar ni la apertura de la sucesión intestada; y segundo, porque si se hubiere extinguido la vocación, nada de ella se transmitiría, ni siquiera su ejercicio, haciéndose tránsito a esas otras figuras sucesorias que acabamos de enumerar.

Y es que, este tipo de presunciones sucesorias, en nada tiene que sorprender al jurista; toda vez que esta materia está plagada de ellas: ya desde el derecho romano pasando por los glosadores y codificadores, hasta llegar al propio siglo XXI. En efecto, aparte los supuestos de retroactividad operados en estos casos y de los numerosos supuestos de continuación en la posesión cuando se adquieren los bienes hereditarios (arts. 450, 459, 466 y 1960 del Código Civil) y otros, debe repararse en los artículos que preceden al 1006; y, en particular, observar que la nueva redacción del artículo 1005 del Código Civil, (en este caso para proteger a los acreedores del heredero) presume aceptada la herencia yacente por la persona llamada a ella como sucesor por testamento o abintestato; mientras que antes de esta redacción, se presumía la herencia repudiada. Es decir, se trata de una presunción sucesoria en toda regla (como entienden la gran mayoría de los autores, al afirmar que la decisión judicial se limita a interpretar el silencio del llamado a heredar, como positivo: como presunta aceptación; según lo exige el artículo 988 del Código Civil dando un carácter enteramente libre y voluntario a la aceptación).

Por lo que nada debería de extrañar que el artículo siguiente 1006, estableciera otra presunción similar. Pues el silencio tiene, contractualmente, el valor de una aceptación cuando el que calla tiene obligación legal de contradecir (decir sí o decir no). Y, si el obligado a ello, por imperativo sucesorio, no lo hace, lo haría la ley por él.

Y no se puede responder a lo anterior afirmando que, en tal caso, estaríamos anclados en un pasado derecho romano hoy inexistente. Ya que, se podría contestar que nuestro sistema jurídico está preñado de principios romanistas desde tiempo inmemorial, y a ellos hay que atenerse si no se quiere que se desmorone todo el sistema sucesorio de nuestro ordenamiento jurídico y la propia seguridad jurídica.

Si estuviésemos en el sistema jurídico mongol, a lo mejor no se podría argumentar como lo hacemos; pero da la casualidad que nuestro Derecho es romanista; ni germánico ni chino ni...

Y si se tiene por indiscutible la intransmisibilidad de la cualidad de heredero y de las titularidades sucesorias, y de que nadie puede transmitir lo que no tiene, si no a condición de que se llegue a adquirir y tener, no cabe esa sucesión recta-vía. Así, todo lo anterior y demás que hemos explicado en este trabajo, se puede resumir en la siguiente frase: ¡no se puede suceder a nadie recta-vía por derecho de transmisión!, porque ni es título sucesorio alguno ni tiene virtualidad bastante para cambiar y altear las designaciones y titularidades sucesorias.

Es sencillamente imposible.

2.º. Y, si puede resultar inaceptable para algunos nuestra posición de la investidura «*post morten*», por entender que la aceptación o repudiación de la herencia son actos personalísimos y no se puede saber la voluntad de quien no aceptó ni repudió, es este caso, no queda otra solución que ver en este fenómeno sucesorio un supuesto *de ejercicio de derechos sucesorios por quien no es el titular de la vocación*; pero sin que la adquisición hereditaria provocada por ese ejercicio suponga adquirir también la cualidad de heredero.

Se trataría de una herencia (la del primer causante) en la cual la vocación, por el mero hecho de su muerte, la tiene el segundo causante o transmitente; pero, cuyo ejercicio se ha transmitido, *ex artículo 1006 del Código Civil*, al transmisor. En efecto, a la muerte de la persona delegada permanece el llamamiento o vocación ya adquirida por el transmitente mientras vivía; pero, como se ha patrimonializado el contenido de esa delación, se permite la transmisión del derecho de adquirir la herencia por el transmisor.

Y es que, la muerte del primer causante, cristalizó jurídicamente la vocación en el llamado testamentariamente o por la Ley (transmitente). Después, poco importa lo que ocurra con sus efectos, pues la fuerza expansiva del llamamiento inicial hace que el ordenamiento jurídico no la de por extinguida hasta que no se ejercita; hasta que alguien adquiere su contenido.

En efecto, como dijimos al principio, la delación hereditaria trae causa: bien en la omnímoda libertad del testador (salvas las legítimas), bien en razones de parentesco y proximidad, y en la transmisión recta-vía que se propone por nuestro Tribunal Supremo y numerosos autores, puede que no haya ni lo uno ni lo otro.

Además, tengamos ahora en cuenta otro dato: que los artículos 1001, 1002, 1004, 1005, 1006, 1007, 1010, 1012, 1014, 1015, 1016, 1018, 1019, 1022, 1023... llaman «heredero» a la persona «llamada» a serlo; al que tiene delación actual y presente (en realidad, ya lo llamaban así todos los antecedentes legislativos; particularmente, el art. 836 del Proyecto de Código Civil de 1851, y el Anteproyecto de 1882, en su art. 1018). E, igualmente, también lo llama así el artículo 209 del vigente Reglamento Notarial, para el acta de declaración de herederos en los supuestos de sucesión intestada.

O sea, a la persona delegada: designada/nombrada por el testador o llamada por la ley concretamente para heredar.

¿Qué puede significar esta denominación?

Como ya dejamos razonado (y en el mismo sentido D. IRURZUN GOICOA, artículo citado, 397), eso quiere decir que «el que ha de heredar» no puede ser otro que el llamado. Se trata de un heredero potencial, el proto-heredero, el embrión de heredero (por eso, no es incorrecta la denominación que le da el Código Civil, si se atiende a este aspecto). Y así escribe IRURZUN que «frente al heredero actual que ha consumado la sucesión, el (heredero) potencial solo tiene el derecho de opción que le permite decidir por si solo, libre y voluntariamente, si quiere o no convertirse en heredero actual «Configurando ese derecho de opción como «verdadero derecho subjetivo, de los llamados potestativos o de formación jurídica»; que surge por pura creación legal de quien hizo el nombramiento y, por supuesto, independiente y ajeno a la voluntad del nombrado, que lo recibe y adquiere como un simple añadido o atributo de su nombramiento y con el mismo carácter personalísimo de este. Se le suele calificar de derecho adjetivo, accesorio e instrumental».

Pues bien, ese derecho potestativo lo tenía el transmitente porque es, desde el fallecimiento del primer causante, la persona delegada (por testamento o por ley); pero en el derecho de transmisión lo ostenta el transmisor por pura creación legal y de forma instrumental; ajena a toda vocación o delación hereditaria, y con la sola finalidad de que adquiera la herencia una sola vez deferida.

En efecto; ¿supone adquirir una herencia convertirse en heredero de la misma? La respuesta es ¡NO!; o no siempre.

Así, de la misma manera que de forma *voluntaria* se puede vender la herencia entera a un tercero (porque se presume aceptada por el vendedor), sin que el adquirente ostente la cualidad de heredero, por mucho que sea un sucesor en la *universitas iuris hereditatis*; de la misma manera, aunque con carácter *imperativo* y *forzoso*, por así ordenarlo el artículo 1006 del Código Civil (a causa de motivos de equidad, que impiden la extinción del derecho por muerte del transmitente), se puede realizar una transmisión instrumental del *ius delationis* al transmisor que le legitime para ejercitar su contenido y así adquirir esa herencia del primer causante, sin que por ello se convierta en su heredero, por más que sea un «sucesor» universal en su patrimonio (en el sentido de que adquiere derivativamente todos sus derechos y obligaciones).

Es decir, solo de manera impropia, como «adquirente» del patrimonio de una persona, se puede llamar «sucesor» del primer causante al transmisor. Pero no un heredero, propiamente dicho, con vocación y delación hereditaria y adquisición recta vía. Esto es muy importante, por las consecuencias que acarrea.

Por tanto, el transmisor accede a la herencia del primer causante no por ser su heredero, sino por que la adquiere, ¡derivativamente!, vía artículo 1006 del Código Civil, tomando su derecho de la herencia del transmitente. Y necesitando de dos aceptaciones independientes para acceder a ella con dos diferentes retroacciones (porque se puede dar la una y no la otra). O, dicho de otro modo: el transmisor, al suceder en el *ius delationis*, no lleva consigo suceder como

heredero al primer causante; sino heredar al segundo causante o transmitente, a través de cuaya herencia (y sucediendo en el *ius delationis* —lo mismo que le sucede en otros derechos—) adquiere el patrimonio hereditario del primero. El propio artículo 20, párrafo penúltimo, de la Ley Hipotecaria (tracto sucesivo) ordena hacer constar en la inscripción las «transmisiones realizadas»; es decir, que se haga constar la segunda transmisión a favor del transmisario, pero también la previa transmisión, que solo puede ser (J. M. GARCÍA GARCÍA. *op. cit.*, 295 y 296) la que deriva del primer causante hacia la herencia del segundo causante.

O sea, *estamos ante una «transmisión instrumental» o legitimadora para ejercitar, en nombre propio, un derecho sucesorio por quien no es titular de su vocación, que la ley permite que no se extinga por la muerte de su titular mientras no se ejercite, con la sola finalidad de adquirir su contenido.*

¿Cuál sería el nombre técnico de este fenómeno jurídico? Como dijera GARCÍA GOYENA, al comentar este tortuoso artículo 1006 Código Civil, dejemos a los cautos desentrañar el problema. Pero, sea cualesquiera la solución mas correcta para su exacta configuración jurídica, hay una conclusión que nos parece indiscutible: la imposibilidad de considerar al transmisario como un heredero directo del primer causante; suponiendo, mas bien, un adquirente *«ex lege»*, es decir, por pura creación legal y motivos de equidad, con el fin de dar continuidad a las relaciones jurídicas.

Por lo demás, no voy a insistir en las inquietantes palabras contenidas en el inicio de la nota preliminar de este artículo; pero la advertencia queda hecha y propuesta su solución.

NOTA: Una vez mandado a imprenta el presente trabajo, se publica la resolución de 25 de abril de 2018. Pues bien, tan solo reseñar que:

a) reitera las de 26 de marzo y 26 de julio de 2014, así como a las de 26 de julio de 2017 y 22 de enero y 12 de marzo de 2018; consolidando su criterio y doctrina de que: los transmisarios suceden al primer causante de manera directa, y no mediante una doble transmisión del causante al transmitente y de este a los transmisarios (posición que impugnamos en el presente trabajo; especialmente al hablar de la doble retroacción);

b) insiste en que el cónyuge viudo del transmitente debe de concurrir, en todo caso, en la partición de la herencia del primer causante, ya que el *«ius delationis»* tiene un contenido patrimonial que se debe computar para calcular la base sobre la que recae la legítima de dicho viudo; conclusión correcta y acertada; concorde con nuestros principios y normas sucesorias.

c) Asegura (como ya lo había hecho anteriormente) que «...la aceptación de la condición de heredero y el ejercicio del *ius delationis* en su favor creado, solo puede reconocerse al designado —ya sea por voluntad del testador, ya por disposición de ley— como tal heredero, dadas las especiales consecuencias que ello implica para el destinatario del nombramiento (adquisición a título universal, subrogación en las deudas del causante...)».

A lo que cabe responder, que esa afirmación es cierta a condición de que por «heredero» se entienda tanto al que lo es del primer causante como al que lo es respecto del segundo causante o transmitente. Pues el ejercicio del *ius delationis*, en el supuesto de derecho de transmisión, puede no corresponder al heredero testamentario ni intestado del primer causante (como hemos visto); y, sin embargo, puede corresponder a un total extraño por el mero hecho de ser heredero del transmitente; por muy «personalísimo, independiente, voluntario, único y responsable» que sea el acto de aceptar o repudiar la herencia.

El transmisor no puede ser heredero simultáneo y a la vez de dos herencias de diferentes causantes, nacidas de dos delaciones distintas, dirigidas a distintas personas.

d) y, finalmente, insinúa o sugiere, para evitar estas discusiones doctrinales de quién hereda a quién, la posibilidad o conveniencia de que, en la sucesión testamentaria, y por medio de una sustitución vulgar, pueda el testador excluir el derecho de transmisión para cuando el transmitente fallezca sin aceptar ni repudiar la herencia a él deferida.

Quizás algún autor entienda que esto pueda ser discutible, sobre la base de que, en la sustitución vulgar, según la mayoría de los comentaristas más autorizados, el llamamiento del sustituto queda sometido a la condición suspensiva negativa de que no llegue a heredar el instituido; porque no quiera (renuncie) o no pueda (premuera o sea indigno); pero no por otra razón; es decir, no para otros casos en el que el llamado sobrevive al causante con plena capacidad para heredar pero fallezca sin aceptar ni repudiar, como ocurre en el derecho de transmisión, en donde el transmitente, si puede aceptar (aunque no lo haga) y no renuncia (pues ya no habría derecho de transmisión).

Sin embargo, como comenta ALBALADEJO (siguiendo a WINDSCHEID; en *Comentario del Código Civil* —Ministerio de Justicia—; Tomo I, 1897, *in fine*) la norma del artículo 774 del Código Civil, es una norma interpretativa; y si faltase, «seguiría siendo admisible someter la institución de un heredero —el segundo— a la condición que otro instituido —el primero— no llegase a serlo»; opinión, esta, que parece la más razonable habida cuenta la naturaleza jurídica de la sustitución vulgar y la libérrima libertad del testador para disponer de sus bienes, en el modo que mejor le pareciera, creando una vocación subsidiaria (aplicable tanto a la delación a título universal como a la a título singular), aunque respetando los derechos legitimarios.

Lógicamente, esta sustitución vulgar que excluyese el derecho de transmisión, debería ser expresa, clara y terminante en este sentido; pues, una sustitución vulgar simplemente para el caso de no poder o no querer heredar el instituido, no sería suficiente (toda vez que estos supuestos harían referencia solamente a los casos de premoriencia incapacidad-indignidad o renuncia del instituido).

Pero esto, ya sería objeto de otro trabajo distinto.

(Trabajo recibido el 17-4-2018 y aceptado
para su publicación el 18-5-2018)