

1.4. Sucesiones

Notas de urgencia sobre el «derecho de transmisión»: una crítica negativa a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013 y a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de marzo de 2014

Urgent Notes on the Right of Transfer: a Negative Criticism of the Supreme Court's Ruling of 11 September 2013 and the Directorate-General of Registries and Notaries' Decision of 26 March 2014

por

CÉSAR-CARLOS PASCUAL DE LA PARTE
Notario

RESUMEN. El autor realiza un análisis crítico de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013 sobre la transmisión del *ius delationis* y de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de marzo de 2014 que se acomoda a aquella. A su juicio el transmisario ejercita en nombre propio el contenido de una delación cuya titularidad corresponde a otro, pero que hereda al transmitente en virtud de una doble retroacción de efectos. Y considera que la posición jurisprudencial ahora adoptada en torno al *ius transmissionis* supone un extraño privilegio en exclusivo beneficio de los sucesores universales del transmitente y en perjuicio de su cónyuge, acreedores y reservatarios.

ABSTRACT: *The author gives a critical analysis of the Supreme Court's ruling of 11 September 2013 on a transfer of the right to accept or reject an inheritance and the decision given by the Directorate-General of Registries and Notaries of 26 March 2014 to adjust to the ruling. In the author's opinion, the transferee is exercising in his own name the contents of a right he has inherited from another, to whom it originally belonged by virtue of a double retroaction of effects. Furthermore, the author feels that the position the court has established on *jus transmissionis* entails a strange privilege to the exclusive benefit of the transferor's universal successors and the detriment of the transferor's spouse, creditors and persons for whom items of the deceased's estate are reserved.*

PALABRAS CLAVE: Derecho de transmisión. Herencia

KEY WORDS: *Right of transfer. Inheritance*

SUMARIO: I. PRELIMINAR.—II. EJEMPLOS EN DONDE SE REFUTA LA NUEVA POSICIÓN JURISPRUDENCIAL Y REGISTRAL.—III. LA *CONDITIO IURIS* (UNA ADVERTENCIA IMPORTANTE).—IV. LA ESTRUCTURA INTERNA DEL ARTÍCULO 1006 DEL CÓDIGO CIVIL.—V. LA ACEPTACIÓN DEL TRANSMISARIO Y LA INVESTIDURA *POST MORTEM* DEL TRANSMITENTE. LA RETROACCIÓN DE EFECTOS.—VI. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA.—VII. UNA MENCIÓN A LA CUESTIÓN FISCAL.—VIII. LA ACEPTACIÓN TÁCITA DEL TRANSMITENTE-DELADO: NUEVAS ORIENTACIONES JURISPRUDENCIALES.—IX. EPÍLOGO.

I. PRELIMINAR

El derecho de transmisión o, mejor, la transmisión del «*ius delationis*» en la sucesión hereditaria, se encuentra recogido, en norma precisa, en el artículo 1006 del Código Civil, que dice: «*Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasara a los suyos el mismo derecho que él tenía*».

El supuesto de hecho es el siguiente: Fallece A dejando como heredero a B, el cual fallece posteriormente sin aceptar ni repudiar la herencia de aquel, por lo que su derecho pasa (vía artículo 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.

Pues bien, como escribimos para juristas ya entendidos en la materia, dejaremos de lado cualquier explicación de conceptos básicos y mínimos, para evitar cualquier distracción colateral. Por eso, tan solo recordar que, 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, como fases de la adquisición de la herencia: 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 aceptación de la herencia.

Aquí solamente, nos interesa que se preste atención a la *DELACIÓN*; es decir, desde que se abre la sucesión de una persona, que se produce en el momento de su muerte y tras el genérico llamamiento *in abstracto* de todos los posibles herederos (*vocación*), la delación de la herencia es el *concreto ofrecimiento de la misma*. Supone un paso más: implica la existencia de una persona concreta y determinada llamada a la herencia, con *posibilidad inmediata de aceptarla*. 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 del concebido).
3. Que el llamado sobreviva al difunto.
4. Que el llamado a la herencia tenga aptitud y capacidad.

Conviene, pues, retener esta idea fundamental de 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 y excluyente, va a poder ser heredera del causante. No puede serlo ninguna otra persona, pues al igual que la condición de heredero, el título o cualidad de *delado* es intrasmisible. De manera que el «muro jurídico» que supone la *delación* exclusiva y excluyente, actual y concreta a favor del transmitente (el que falleció sin aceptar ni repudiar la herencia), impide esta posibilidad.

Esto sentado y aclarado, nosotros nos ocuparemos, en este breve artículo de la cuestión que más polémica doctrinal y jurisprudencial suscita y ha suscitado siempre; a saber: Nos estamos refiriendo al problema de si el transmisario, cuando actúa o ejerce el *ius delationis* contenido en la herencia de su causante y transmitente, se convierte en heredero del primer causante o si, por el contrario, en simple heredero del transmitente (o segundo causante).

Nosotros, ya dimos respuesta y solución a este problema de manera precisa y contundente en: *Anuario de Derecho Civil, Tomo XLIX, octubre-diciembre, año 1996; pp. 1541-1597, («Sobre el carácter meramente instrumental de la transmisión del ius delationis (ex artículo 1006 del Código Civil). La posición jurídica del transmitente y del transmisario»)* de José Luis FERNÁNDEZ ÁLVAREZ y César Carlos PASCUAL DE LA PARTE —Notarios—; y explicábamos cumplidamente que el *transmisario* es heredero del transmitente, y, en modo alguno, recta-vía del primer causante; aclarando, a nuestro entender, qué es, en realidad, lo que encierran las palabras del oscuro artículo 1006 de nuestro Código Civil.

Conclusiones que suscribimos plenamente en la actualidad, y a las cuales nos remitimos para su examen más pormenorizado y evitar reiteraciones innecesarias.

Sin embargo, tras la *sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013 y la resolución de la DGRN de fecha 26 de marzo del año 2014* (que ha ajustado sus dictados a la doctrina de nuestro más alto tribunal), *se ha cambiado el criterio tradicional que se mantenía, sobre todo por la Dirección General, en este asunto, con graves consecuencias desfavorables para el cónyuge viudo del transmitente, así como de los legitimarios y acreedores de este último y aún de reservatarios.*

Así pues, tras estos fallos jurisprudenciales, nos ha parecido oportuno volver sobre este asunto tan discutido y puntualizar algunas cuestiones que consideramos fundamentales en su resolución.

En este sentido, pensamos que, cualquiera que sea la teoría que se siga, lo determinante para resolver la cuestión y explicar razonada y razonablemente quién hereda a quién, es configurar correctamente la trascendencia jurídica de la aceptación de la herencia por el transmisario y la retroacción de efectos por ella producidos; esto es, cómo se explica el efecto retroactivo de la misma: cómo, cuándo, porqué, y en qué cabeza operan los efectos de la misma. (Todo lo cual ya explicamos ampliamente, en nuestro anterior citado trabajo; pero algo resumido diremos a continuación).

De suerte que, no explicado este extremo convenientemente, todo lo demás son conjeturas, ideas ingeniosas o claramente erróneas, buena voluntad y fuegos de artificio.

II. EJEMPLOS EN DONDE SE REFUTA LA NUEVA POSICIÓN JURISPRUDENCIAL Y REGISTRAL

Veamos ya lo que dice nuestro *Tribunal Supremo* en la mencionada *sentencia de 11 de septiembre de 2013* para, siguiendo la teoría del profesor ALBALADEJO y

otros, asegurar que el transmisario sucede recta-vía al primer causante; pues dice: «del contexto interpretativo realizado debe concluirse, como fijación de la Doctrina Jurisprudencial aplicable a la cuestión debatida, que el denominado derecho de transmisión previsto en el artículo 1006 del Código Civil no constituye, en ningún caso, una nueva delación hereditaria o fraccionamiento del ius delationis en curso de la herencia del causante que subsistiendo como tal, inalterado en su esencia y caracterización, transita o pasa al heredero transmisario.

No hay, por tanto, una doble transmisión sucesoria o sucesión propiamente dicha en el ius delationis, sino un mero efecto transmisivo del derecho o del poder de configuración jurídica como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia que ex lege ostentan los herederos transmisarios; 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».

Y la resolución de la DGRN de 26 de marzo de 2014, reproduce literalmente como único argumento determinante para solucionar el asunto, en su considerando 4. párrafo tercero, la anterior redacción entrecomillada de nuestro Tribunal Supremo.

A modo de conclusión (que anticipamos ya), nosotros creemos que si bien se parte de una afirmación muy acertada, en el sentido de que en la transmisión del ius delationis lo único que se produce es una transmisión *instrumental* necesaria para hacer efectiva la legitimación que tiene el transmisario para aceptar o repudiar la herencia que, vía transmitente, proviene del primer causante; (el Tribunal Supremo habla de «...un mero efecto transmisivo del derecho o del poder de configuración jurídica como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia que ex lege ostentan los herederos transmisarios»); sin embargo, pensamos que la conclusión que de ello se sigue no es acertada. Es más, de tal causa, en absoluto se produce el efecto de suceder recta-vía al primer causante.

Hemos dicho que la abundancia de argumentos con todas las matizaciones posibles para refutar esta opinión, ya las hicimos en el tan aludido trabajo publicado en el *Anuario de Derecho Civil* de 1996. Pero, como un ejemplo vale más que mil palabras y razonamientos, porque se capta mejor el asunto y se visualiza más claramente lo acertado o erróneo de una construcción teórica, empezaremos con uno que creemos es emblemático, para refutar la ingeniosa idea de que el transmisario sucede recta-vía al primer causante, y no, necesariamente, a través de la herencia del transmitente. (como tradicionalmente pensaban muchos autores —desde LACRUZ a ROCA SASTRE— y así lo entendía la DGRN, en resoluciones de 12 de junio de 1930, 23 de junio de 1986, 22 de enero de 1998, 22 de octubre de 1999... con la excepción —si es que lo es— de la de 20 de septiembre de 1967).

Ejemplo (1):

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 *transmisario*), es decir, ¡¡¡jaquel que 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.

Otro ejemplo (2):

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 nuestra teoría clásicamente mantenida por nuestra DGRN, hasta el año 2014.

Así pues, es cierto que, una vez abierta la sucesión, existiendo un llamamiento o vocación para suceder y habiendo un ofrecimiento concreto de la herencia mediante la Delación (persona concreta y determinada llamada a la herencia con posibilidad inmediata de aceptarla), para que el llamado pueda heredar al causante, tiene que sobrevivirle (o estar concebido) y tener capacidad para heredar.

Ahora bien, en nuestra opinión y respecto del ejemplo propuesto anteriormente, la persona a la que tendrían que sobrevivir C y D para poder heredar a A, es a su transmitente B (y no al primer causante). Pues, de llevar hasta sus últimas consecuencias la teoría de la sucesión recta-vía al primer causante, resultaría el absurdo e imposible de que un tataranieto tuviera que sobrevivir a un primer causante fallecido medio siglo antes. Por tanto, si el transmitente B tiene capacidad para heredar a A pero no llega a aceptar ni repudiar su herencia, porque mientras tanto le sobreviene la muerte, habrá que estar a este preciso instante para determinar quién vivía (o estaba concebido) en ese preciso momento y quién no. Y si los dos transmisarios C y D, han sobrevivido a B, son precisamente estas dos personas a través de la herencia de su transmitente, mediante su aceptación, los que accederán a la herencia de A, por tal motivo. Lo cual demuestra que nunca se hereda recta-vía.

Y lo mismo sucede en el supuesto de renuncia de la herencia.

La cuestión de la capacidad se ve más claramente aún, en el supuesto de la *sustitución vulgar*. En efecto, si el llamado a ser heredero repudia una herencia a él deferida, habiéndose establecido en el testamento del causante una sustitución vulgar, sin determinación de casos, en favor de sus descendientes; en tal caso, no heredarían al causante todos estos descendientes, sino solo aquellos que teniendo

delación concreta a su favor y capacidad para ello, le hayan sobrevivido (o estén concebidos) y aceptan su herencia.

En resumen, la muerte del causante (*transmitente*) marca una foto fija, un momento esencial para determinar quiénes, en ese preciso momento, vivían o existían concebidos, y, por consiguiente, eran los llamados a heredar con exclusión de todos los demás ni siquiera concebidos (*concepturus*).

Así pues, queda aclarado y demostrado que los transmisarios no heredarán nada recta-vía de la herencia del primer causante si no sobrevivieron a su transmitente. Pero no es necesario que sobrevivan a los dos causantes, puesto que, en nuestra opinión, solo heredan al transmitente y, a través de la herencia de este, suceden en el contenido económico de la *Delación* de la herencia del primer causante.

Por consiguiente, si todo heredero debe sobrevivir al causante para poder heredar, esto impide heredar recta-vía al primer causante a aquellos transmisarios que ni vivían ni estaban concebidos a su muerte; es más, nosotros afirmamos que, de seguir a ultranza la teoría del profesor ALBALADEJO, se llegaría a resultados prohibidos por nuestro ordenamiento jurídico y solo posibles a través de las sustituciones fideicomisarias (y, aún en estas, con el límite del art. 781 del CC).

Elijamos ahora por ejemplo el caso de la *sucesión intestada*. Pues es evidente que el derecho de transmisión puede tener lugar tanto en la sucesión testamentaria como en la sucesión intestada; y ello, con los mismos requisitos, grados e intensidad tanto en una como en otra. Sin embargo, nosotros, para hacer más patente lo que queremos refutar (la sucesión recta-vía del transmisario al primer causante), nos fijaremos en la sucesión intestada.

Pues bien, de seguirse la posición del profesor ALBALADEJO y de los tal mencionados fallos jurisprudenciales que estamos criticando, nos llevaría a afirmar que, vía derecho de transmisión, se puede llegar a heredar de forma intestada y recta-vía, más allá de lo que el Código Civil permite heredar en esta clase de sucesión, pues se incumpliría su artículo 954 («No habiendo cónyuge supérstite, ni hermanos ni hijos de hermanos, sucederán en la herencia del difunto los demás parientes del mismo en línea colateral hasta el cuarto grado, más allá del cual no se extiende el derecho de heredar abintestato»).

Veamos un ejemplo (3):

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? Esto sería imposible. ¿Cómo podría heredar, recta-vía, a su abuelo el tataranieto, que nació

medio siglo después de la muerte de aquel? Esto es un absurdo antijurídico que solo se puede conseguir a través de las sustituciones fideicomisarias. Fuera de ello sería imposible, solo producto de juegos malabares jurídicos.

Un último ejemplo (4): (No queremos agotar al lector —se aclara que se trata de un caso real y contemporáneo al que esto escribe—):

A falleció intestado, heredándole su único hijo *B*, casado con *C*; poco más tarde, y en virtud de un desgraciado accidente de tráfico, muere intestado ese único hijo, sin aceptar ni repudiar la herencia de su causante, heredándole su madre *D* (esposa de *A*). Pero, debido a estos luctuosos acontecimientos, dicha madre también falleció breve tiempo después de forma intestada y sin aceptar ni repudiar la herencia a ella dejada por su mencionado hijo. Cuando falleció la madre, existían las siguientes personas interesadas en su herencia: una hermana y cuatro sobrinos de dicha madre (*D*), así como dos hermanos de su marido (*A*) (reservatarios conforme al art. 811 del CC).

Pues bien, siguiendo la tesis de nuestro Tribunal Supremo y de nuestra DGRN, que comentamos en este trabajo, el cónyuge viudo, *C*, del hijo fallecido *B*, no heredaría ¡¡¡NADA!!! en la herencia de su suegro; siendo así que le heredarían: por derecho de transmisión, una hermana y cuatro sobrinos de la madre *D*; y por derecho de reserva, dos hermanos del padre *A* (aunque seguidamente veremos que tampoco estos últimos heredarían).

Esto harían palidecer las razones que el Ministro de Gracia y Justicia ALONSO MARTÍNEZ esgrimiera para justificar la reserva lineal en nuestro Código Civil, al hablar del «*irritante espectáculo*» que provocaba el contemplar cómo unos bienes poseídos secularmente por una familia pasasen bruscamente, y por motivo del azar, a parientes desconocidos o no queridos, en perjuicio de los familiares, a veces en precaria situación, de la familia del ascendiente y descendiente fallecidos.

Pues en este caso, el dejar sin intervención posible al cónyuge viudo del transmitente en la herencia del primer causante, no solamente es escandaloso sino claramente ilegal. Y es que, lo absurdo y lo antijurídico siempre suele ser injusto. Pues se debe tener bien presente la penosa y ABSURDA situación en que se podría encontrar el *CÓNYUGE VIUDO del transmitente* (tanto en la sucesión intestada como en la testada, en donde es práctica habitual dejar al viudo el usufructo universal y vitalicio de la herencia de su consorte y transmitente) si es que se sigue la teoría del profesor ALBALADEJO y los tan aludidos fallos jurisprudenciales que criticamos.

En efecto, si tenemos en cuenta que los derechos legitimarios del cónyuge viudo siempre (en Derecho común, al menos) es *una cuota de usufructo* que recae sobre el patrimonio del transmitente, y que la extensión de aquel dependerá de que el transmisario acepte o no la herencia del causante, resulta evidente el perjuicio que para la viuda se derivaría de la eventual repudiación de este último; ello puede ser especialmente grave, en aquellos casos en los que la fortuna propia del transmitente sea muy inferior a la que recibiría del causante si fuese aceptada la herencia de este. Por tanto, si entendiéramos que los transmisarios suceden directamente al causante, y no al transmitente, se produciría el absurdo e injusto resultado de que el viudo o viuda de este (el yerno o la nuera) no tendrían derecho al usufructo de los bienes, que, en la primera herencia (del suegro o la suegra) fueron ofrecidos a su difunto cónyuge transmitente, ni aun cuando esta fuese aceptada por los transmisarios.

Y, en este punto, (que es el que contempla especialmente la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013 y la resolución de la DRGN de 26

de marzo de 2014), es doblemente criticable dicha posición. En efecto, sin hacer un exhaustivo examen del asunto, bástenos con decir que el *cónyuge viudo*, por elemental aplicación del artículo 6.2 del Código Civil, teniendo en cuenta que es *titular del derecho de una cuota de usufructo sobre un patrimonio entero* y que es *un legitimario que puede ser perjudicado*, SIEMPRE tendría que *intervenir* en la partición de la herencia del primer causante, como *cónyuge* y *viudo* de su esposo transmitente. Y esto con cualesquiera de las *siguientes finalidades*: -o bien demorar y aplazar el pago de sus derechos legitimarios, respecto de la herencia del primer causante; -o bien confesarlos recibidos; -o bien renunciando total o parcialmente a ellos; -o bien pactando que se computen todos sus derechos en la herencia de su esposo y transmitente, pero que se pague solo con bienes de esa herencia, ... -o incluso para que el *cónyuge viudo* reconozca y/acepte esa pretendida sucesión recta-vía que le excluye de la herencia de sus suegros..., etc... pero nunca, como dice nuestro Tribunal Supremo y la DRGN, apartándole de dichas operaciones particionales; puesto que *¡¡¡tiene interés en ellas!!!*, ya que le afectan.

De hecho, el *cónyuge viudo*, tiene que intervenir en una partición hereditaria por el mero hecho de poder discernir y separar unos bienes de otros (privativos de otros gananciales), aunque estos bienes tiene una regulación precisa y muy técnica y rigurosa tanto en el Código Civil como en la legislación hipotecaria; y todo ello, ante la simple posibilidad de que sus derechos pudieran ser perjudicados.

Entonces, cómo no va a tener que intervenir en la discriminación y separación de bienes pertenecientes a diversas masas patrimoniales. *¡¡¡La simple posibilidad de riesgo, fraude o perjuicio!!!*, justifica su intervención, en los términos que acabamos de explicar.

Y, al hilo del ejemplo anteriormente propuesto (Ejemplo 4), nos percataremos de que la solución propuesta por el Tribunal Supremo y la DGRN, en la sentencia y resolución que comentamos, es *igualmente injusta para los RESERVATARIOS*.

En efecto, se trata del supuesto de fallecimiento del reservista del artículo 811 del Código Civil sin haber aceptado ni repudiado la herencia que, por ministerio de la Ley, le corresponde por muerte del descendiente. En tal caso, si dicho reservista ha dejado un heredero que es distinto de los reservatarios, se plantea el problema de si se está o no en el supuesto del citado artículo 811 del Código Civil.

Pues bien, de seguirse la posición de la nueva sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013, en estos supuestos, jamás nacería el derecho de reserva; pues, si los herederos-transmisarios del reservista-transmitente (o sea, los herederos de la madre del descendiente causante, en el ejemplo propuesto) heredasen recta-vía al descendiente causante, nunca llegarían a heredar los parientes que forman la línea de donde proceden los bienes a dicho descendiente causante (los hermanos de su padre, en el ejemplo propuesto); nunca habría reservatarios, toda vez que serían desplazados por los transmisarios (herederos del reservista-transmitente que no aceptó ni repudió), los cuales sucederían recta-vía en todo el caudal hereditario del descendiente causante.

Tenemos, pues, de seguirse esta posición, precisamente, el injusto caso e *«irritante espectáculo»*; es decir, el presupuesto de hecho que trataba de evitar el citado artículo 811 del Código Civil al ser introducido por el Ministro ALONSO MARTÍNEZ en el texto del citado cuerpo legal con motivo de la Codificación. Lo cual es moral y éticamente intolerable.

Por eso nosotros pensamos, de acuerdo con nuestra teoría (que ahora desarrollaremos resumidamente), que la obligación del reservista transmitente se consuma (naciendo la obligación de reservar los bienes a quienes resulten ser reservatarios) en virtud de la aceptación de la herencia a él deferida, realizada

mediante el ejercicio positivo del *ius delationis* por parte del heredero del reservista (es decir, su transmisario) invistiendo como heredero o herederos *post mortem* al o los reservistas fallecidos anteriormente sin aceptar ni repudiar.

En todo caso, a través de la herencia del reservista, aceptándola y formando parte de la misma; nunca recta-vía.

Hasta aquí, los ejemplos prácticos y plásticos que ponen de relieve, de forma descarnada y contundente, algunas de las absurdas consecuencias e injustos perjuicios a que nos conducen los recientes fallos de nuestro TS y DGRN de 2013 y 2014 (a los que podríamos incluir a los *acreedores* del transmitente...; aunque, para lo que pretendemos, nos sobra con lo dicho).

Sin embargo, conviene que exponamos ya (en realidad, que *repite*mos, pues ya la expusimos anteriormente, de forma más pormenorizada, en el citado Anuario de Derecho Civil de 1996) cuál es la *construcción jurídica que mantenemos para fundamentar NUESTRA OPINIÓN*.

III. LA *CONDITIO IURIS* (UNA ADVERTENCIA IMPORTANTE)

Llegados a este punto, conviene aclarar, previamente a la explicación de nuestra opinión, para evitar despistes o malas interpretaciones que, cuando nosotros hablamos de *conditio iuris* en este trabajo, hacemos referencia exactamente al *presupuesto de eficacia de una relación jurídica*; al *presupuesto inexcusable o conditio sine qua non, ínsita en la propia naturaleza de la relación jurídica*; o, si se quiere (dicho de otra manera aún más) al *presupuesto lógico-jurídico indispensable* para que las cosas ocurran como realmente tienen y deben de ocurrir, porque, de otro modo, no ocurrirían (= sería imposible que ocurrieran).

En resumen, no hablamos ni nos referimos a la *conditio facti*, o propiamente dicha. Pues, a diferencia de la condición propia o *conditio facti* (como es la del art. 759 del CC), que establece un vínculo subjetivo y arbitrario entre el negocio jurídico y un evento externo y, por tanto, es creación exclusiva de la autonomía de la voluntad; por contra, en la *conditio iuris*, la *propia norma jurídica íntegra en su supuesto de hecho* un acontecimiento futuro e incierto del que depende la eficacia del negocio jurídico; no arbitrario ni contingente, sino *necesario y constante*.

En fin, en las «*conditio facti*», el evento condicional se une al negocio jurídico por voluntad exclusiva de las partes, como un elemento accesorio al mismo, arbitrario y contingente en cada caso; mientras que en las «*conditio iuris*», dicho evento condicional resulta de la propia naturaleza del negocio jurídico o está impuesto por el ordenamiento jurídico o por la ley, sin voluntad de las partes.

Pues bien, esto sentado, pasemos a explicar que es lo que, a nuestro modo de ver, presupone el artículo 1006 del Código Civil.

IV. LA ESTRUCTURA INTERNA DEL ARTICULO 1006 DEL CÓDIGO CIVIL

En realidad, lo que el artículo 1006 del Código Civil, incardinado en el mismo tácitamente, *por considerarlo la Ley poco equitativo*, es evitar que, aquel que estuvo a punto de ser heredero y le faltó «abrir la boca» para aceptar o repudiar una herencia a la que había sido llamado y designado en ella de forma expresa, no pueda transmitir nada a sus herederos, sus destinatarios natos y naturales.

Pero, en puridad, lo que permite el artículo 1006, para evitar un acrecimiento, la sustitución vulgar o una apertura de la sucesión intestada cosa que se produciría con el fallecimiento del transmitente *delado*, de no existir este artículo), por considerarlo injusto el legislador, es una simple transmisión ¡¡¡INSTRUMENTAL!!! (formal y no real), que posibilite una INVESTIDURA *POST MORTEM* en la figura del *delado-transmitente*: del que falleció con una concreta delación a su favor y a quien la muerte le sorprendió antes de hacer suya, aceptándola, la herencia a la que había sido llamado.

En efecto, es cierto que ha fallecido el *transmitente-delado*, y es también cierto que las titularidades hereditarias, igual que la cualidad de *delado* se extingue por la muerte de quien las ostenta.

Pero que eso no sea así, es justamente lo que excepciona el artículo 1006 del Código Civil. Un precepto que articula una transmisión instrumental «a los suyos» (es decir, a los que sean herederos —testamentarios o intestados— del transmitente, fallecido sin aceptar ni repudiar la herencia).

Sin embargo (¡y esto hay que retenerlo y recordarlo bien!), según nuestra posición jurídica y modo de ver las cosas, en realidad NO hay quiebra, vulneración ni tan siquiera excepción de los principios generales del Derecho sucesorio. Solamente existe y hay, en fase «pendiente condicione» (= «*conditio iuris*»), una simple ¡¡¡SUSPENSIÓN TEMPORAL!!! de los mismos, consustancial con la misma transmisión instrumental que, a modo de título legitimador, articula el citado artículo 1006, en la proposición jurídica que establece esta norma.

Todo ello lo explicamos resumidamente (siguiendo nuestra publicación de 1996, mencionada) a continuación; si bien, antes, conviene precisar o puntualizar alguna idea.

En efecto, no se debe desconocer ni olvidar que la delación hereditaria *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. Por eso, la delación no puede separarse de dicha causa; pues, lo contrario, supondría cambiar alegremente la designación o el nombramiento previo, vía transmisión del *ius delationis*.

Y es que los herederos del llamado (los transmisarios) no son, además de aquel, sujetos de la vocación que origina la apertura de la primera herencia, sino que el único sujeto de tal vocación es el llamado a dicha herencia (en nuestro caso, el transmitente) que, al no poder ejercer la opción de adquirir o no la misma, esta se transfiere a sus herederos (los transmisarios), no la vocación, sino solo los efectos de la delación; o sea la facultad de aceptarla o renunciarla. La vocación, en sí, es intransmisible, mas no su aspecto objetivo o económico, o efecto inmediato de la vocación: la delación, cuyo contenido (que no su titularidad) actualmente, es considerada como patrimonial (a diferencia del Derecho romano). En resumen, el *ius delationis* es hoy transmisible porque se ha patrimonializado su contenido; pero nada más.

Y esto es así porque, en derecho sucesorio, se dan estas dos incontrovertibles verdades (que tomamos del profesor ALBALADEJO):

- El que no sucede no transmite (salvo el derecho de transmisión) a sus herederos nada, si no es su derecho a legítima cuando se es descendiente del causante, y sus descendientes herederos suyos.
- Nada corresponde de una herencia a los herederos del llamado a la misma que no llegue a heredar él (se sobreentiende que a excepción del derecho de transmisión...).

Pues bien, de seguirse la posición de la adquisición recta-vía por el transmisario (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 transmisario (o sea, este le sucede al transmitente en su derecho a ser heredero), para que dicho transmisario lo herede TODO: todo el contenido de una vocación que iba dirigida a otro. 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 abintestado* (art. 858 del CC), lo estaría transmitiendo, de hecho, el *ius transmissionis*.

Luego, si el transmisario adquiriese del transmitente la posibilidad de ser sucesor del primer causante, y adquirir la cualidad de sucesor es una transmisión en toda regla, ¿cómo se puede 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 Supremo 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», p. 945.
- «El transmisario... es sucesor del transmitente en el *ius delationis* y sucesor del primer causante en la herencia de este», p. 953.
- «Heredero es el que sucede a título universal, aunque el derecho a tal sucesión no lo tenga por ser llamado a ella, sino por haberlo adquirido del llamado», (p. 955)... etc.

Nosotros NO pensamos así; pues decir que el que no sucede no transmite, salvo el derecho de transmisión (lo cual es incontrovertible), pero, después, conceder a tal derecho de transmisión una operatividad tan descomunal (convirtiendo al *ius transmissionis* en un verdadero título sucesorio que 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 trasmite.

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 transmisario) el sucesor; tanto su titular como el que pudiese adquirir todo su contenido*.

En resumen: si el transmisario es sucesor del primer causante recta-vía, la pregunta es la siguiente: ¿EN VIRTUD DE QUÉ TÍTULO SUCESORIO?

Con lo cual, llegamos siempre, se mire por donde se mire, al mismo punto de partida: la transmisión del *ius delationis* es ¡¡¡puramente instrumental!!!, suponiendo un simple título legitimador permitido por la ley, la cual posibilita EL EJERCICIO de una vocación o delación que pertenece a otro (el transmitente), el cual necesariamente tiene que adquirir la cualidad de heredero (aunque sea *post-mortem*, en una investidura extraordinaria), para así poder realmente transmitir los bienes hereditarios de la herencia del primer causante, para poder trasmitir.

Y todo ello sobre LA BASE de que nadie puede transmitir lo que no tiene ...a no ser que llegue a adquirir y tener, así como por la *intransmisibilidad de las titularidades sucesorias, habida cuenta su carácter personalísimo* (por más que se haya patrimonializado su contenido y transmitido la posibilidad de actuar su ejercicio).

Todo ello, de la forma y manera que a continuación pasamos a explicar.

Pero quede claro que lo que sí supone una quiebra considerable al sistema, es pensar, como lo hace el profesor ALBALADEJO y los que siguen su teoría, junto con las sentencia y resolución que criticamos, que pueda haber dos titularidades sucesivas en el *ius transmissionis*.

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

V. LA ACEPTACIÓN DEL TRANSMISARIO Y LA INVESTIDURA *POST MORTEM* DEL TRANSMITENTE. LA RETROACCIÓN DE EFECTOS

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 propuesta 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 inadmisibile, 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 p. 954) y añade en su nota (97): «*Si a él se sucedió, él es el causante o persona a quien se hereda, a cuya muerte manda el artículo 989 del Código Español que se retrotraigan los efectos de la aceptación*»... y este argumento se considera por muchos como insalvable para quienes, siguiendo la teoría contraria de LACRUZ, opinan que es el transmitente y no el transmisario el que hereda al primer causante.

Es decir, la ocurrencia del profesor ALBALADEJO, fue decir que el transmisario sucedía al transmitente en el *ius delationis* y sucedía al primer causante en la herencia de este. Pero «sucesor directo, recta-vía y no a través del transmitente».

SIN EMBARGO, ¿cómo va a ser el transmisario heredero recta-vía del primer causante, si recibe el *ius delationis* englobado o formando parte de la herencia misma del transmitente, y todas las transmisiones de derechos tienen carácter derivativo y no originario? Es cierto que es el transmitente el que adquiere la herencia

del primer causante derivativamente, y el *ius delationis* originariamente: porque el derecho a aceptar o renunciar no se encuentra en la herencia de este. Pero, en el presente caso, tal *ius delationis*, fallecido el transmite, ya forma parte de la herencia del mismo; y solo se puede transmitir al transmisario, como el resto de sus bienes, derechos y acciones que integran su herencia, de manera derivativa; y el transmisario lo adquirirá como heredero del transmitente, por tal circunstancia.

Por lo que si el *ius delationis* lo adquiere en transmisario DERIVATIVAMENTE del transmitente (como el propio ALBALADEJO afirma), no cabe hablar de adquirir recta-vía la herencia del primer causante. Es una contradicción, que 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, siquiera una sea instrumental y la otra real, lo que nos lleva y se produce es a ¡¡DOS RETROACCIONES!! (pues si hay 2 fallecimientos hay 2 transmisiones, y si hay 2 transmisiones hay dos retroacciones).

En efecto, nosotros creemos que, en la *Sucessio Iure Transmissionis* del artículo 1006 del Código Civil, se contempla el supuesto de un llamado a ser heredero (= transmitente) que se convertiría en tal cuando se cumpla la *CONDITIO IURIS* (de carácter suspensiva) de la que depende tal circunstancia, lo cual provocará el transmisario mediante la aceptación, merced a los efectos retroactivos de la condición (*CONDITIO IURIS*) CUMPLIDA.

O, dicho de otra manera, nosotros vemos en la transmisión del *ius delationis* que permite el artículo 1006, una transmisibilidad del mismo derecho de aceptar o renunciar (derecho facultativo o de opción) bajo la *conditio iuris* suspensiva de que el transmitente adquiera la cualidad de heredero *post mortem*, mediante la aceptación que el transmisario (o los sucesivos transmisarios) verifique, prestando su consentimiento al efecto; ejercitando el derecho que del transmitente recibe (= aceptar o renunciar la herencia).

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

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

Tanto lo uno como lo otro se explican merced a la presunción que la Ley establece y el juego retroactivo de la «*conditio iuris cumplida*».

En efecto, lo que ocurre es que, teniendo en cuenta la propia configuración interna de la *conditio iuris*, la cuestión relativa a la extinción de la titularidad del *delado* (titular de la *ius delationis*) queda en estado de pendencia hasta que

la condición se cumpla o no. De manera que, lo que faculta el artículo 1006 del Código Civil es la transmisión del propio *ius delationis*, su contenido, pero no la titularidad, que es personalísima e intransmisible (y que, por tanto, de no existir tal artículo, se debería haber extinguido a su fallecimiento). Sin embargo, lo que sucede es que, TEMPORALMENTE, PROVISIONALMENTE, en la fase de *PENDENTE CONDITIONE*, la cualidad de *delado* no se extingue a su fallecimiento; tal titularidad permanece localizada temporalmente en la persona del *delado*.

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

Por consiguiente:

- A) Si el transmisario ACEPTA (haciendo uso de la facultad de aceptar o renunciar que le transmite el transmitente, en virtud del artículo 1006) dicho transmitente adquiere la cualidad de heredero *post mortem* ¡¡no solo por la *vis atractiva* de la titularidad nunca perdida ni extinguida!!, sino, sobre todo, por la eficacia retroactiva de la propia *conditio iuris* CUMPLIDA. PERO, se podría argumentar: ¿Acaso la puede adquirir un muerto, toda vez que el transmitente falleció sin haber aceptado ni repudiado? No hereda un muerto (el transmitente) en modo alguno; sino que la eficacia retroactiva de efectos permite afirmar o presumir que precisamente hereda un vivo. Es decir, el propio juego de la eficacia retroactiva de la *conditio iuris* cumplida (aceptación) permite afirmar y presumir que el transmitente aceptó la herencia y adquirió la cualidad de heredero en vida: concretamente, en el último y postrero instante de su vida terrenal (coincidente con su fallecimiento, en el que transmite; o, si se quiere, sin más diferencia que un instante de razón), toda vez que, en caso contrario, nada podría haber transmitido (que sí transmite).
- B) Si el transmisario renuncia, el juego de la eficacia retroactiva de la condición *conditio iuris* incumplida (tal renuncia del transmisario), permite considerar que el transmitente nada adquirió (= no adquirió *post mortem* la cualidad de heredero) ni, en consecuencia, nada transmitió. Se ha de considerar y presumir que el transmitente renunció a la herencia del primer causante, en el último momento o instante de su vida terrenal.

O, dicho de otro modo, cabe hablar de dos transmisiones, con distinto carácter: INSTRUMENTAL la una, y REAL la otra, en lo que impropiaamente suele llamarse: la sucesión *iure transmissionis* o la sucesión en el *ius delationis*.

De manera que, en fase de *PENDENTE CONDITIONE* (= *conditio iuris*), mientras no se acepte o se renuncie, la transmisión que posibilita el artículo 1006, será del objeto de la delación: del ejercicio del *ius delationis* (transmisión INSTRUMENTAL del *ius delationis*). Posteriormente, y CUMPLIDA QUE SEA LA CONDICIÓN (*conditio iuris*; cuando, merced a la aceptación por el transmisario, el transmitente *delado* adquiera la cualidad de heredero *post mortem* necesaria para transmitir), la transmisión lo será del contenido patrimonial y económico de la herencia misma, que el transmitente, ya en su condición de heredero *post mortem*, ha adquirido de su causante (transmisión REAL de la herencia).

De este modo, el transmisario recibe y adquiere la herencia del primer causante, no recta-vía como heredero del mismo, sino mediata, indirecta y derivativamente, y como heredero del transmitente.

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

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

Y todo ello sobre la base tan reiterada de la intransmisibilidad de los títulos o cualidades hereditarias, y de que nadie puede transmitir lo que no tiene. Durante la fase de *pendente conditione* (*conditio iuris*), el transmitente no puede transmitir a los suyos más derechos de los que tiene y puede (aceptar o renunciar). Por eso *no puede* transmitir su titularidad de *delado*, al ser esta personalísima e intransmisible (si bien, en esta fase de *pendente conditione* dicha titularidad NO se extingue, como ya explicamos antes); y, tampoco puede transmitir la herencia misma porque *no la tiene*, no la ha hecho suya aceptándola. Por lo tanto, solo transmitirá lo que sí tiene y sí puede: *lo tiene*, porque su cualidad de *delado* le permitía ejercitar el *ius delationis*; y *sí puede* porque el artículo 1006 así lo establece imperativamente y de forma instrumental. De manera que solo la posibilidad de EJERCITAR el *ius delationis* pasará a sus herederos, y nada más.

(NOTA: Reiteramos la advertencia de que cuando hablamos de que la transmisión instrumental condiciona la posterior transmisión real, el término «condiciona» lo entendemos en el sentido de que mediatiza, estigmatiza, o tiñe dicha posterior transmisión).

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

VI. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA

El Tribunal Supremo, en su indicada Sentencia de 11 de septiembre de 2013, alude a los precedentes de nuestro Código Civil, reseñando que el artículo 2365 del proyecto de 1836 ya establecía que el *ius delationis* podrían ejercitarlo los herederos en su propio nombre; que el artículo 836.1 del proyecto de 1851, recalcaba que por muerte del heredero, sin aceptar ni repudiar la herencia, «se transmitía a los suyos el mismo derecho que él tenía»; expresión que fue mantenida en el artículo 1018 del anteproyecto de 1882.

Pues bien, a la afirmación de que el *ius delationis* lo ejercitan los herederos «en su propio nombre», hay que responder lo siguiente:

En efecto, 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 ejercita 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 ejercitar), ni tampoco podría ejercitarlo en nombre del transmitente, porque, a diferencia de la titularidad, el ejercicio o actuación del *ius delationis* ya no lo ostenta aquel, sino el transmisario (que lo recibe, como dijimos, por imperativo legal 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 legal *ex* artículo 1006 se le transmite) *de una delación cuya titularidad corresponde a otro*.

Esto es simplemente lo que significa el ejercicio en su propio nombre de que hablaba el proyecto de 1836.

Pero, *hablando de ANTECEDENTES*, hay que recordar que el proyecto del Código Civil de 1851, en su artículo 836 llama al transmitente «heredero»; y el anteproyecto de 1882, en su artículo 1018, también utiliza esta palabra para designar al transmitente. De manera que muy bien se podría pensar que, no obstante la incorrección terminológica del artículo 1006 (pues en realidad y técnicamente debería decir «*si el llamado a ser heredero*», lo cierto y verdad es que los distintos y variados juristas que intervinieron en la confección histórica de nuestro Código Civil, hasta plasmar el actual artículo 1005, tenían «*in mente*» que el transmitente debería ser el heredero del primer causante, toda vez que utilizan tal palabra «heredero» en todas las redacciones normativas.

Y eso, no nos tendría que extrañar nada, pues nuestro Código Civil sigue el *Derecho romano*, y por mucho que hayan evolucionado y matizado determinados principios, como es la posibilidad de la patrimonialización del *ius delationis* que posibilita la transmisión de su ejercicio, no debemos desconocer tal fundamento, columna vertebral de nuestro derecho privado; no vaya a ser que, matizando matizando, perdamos toda perspectiva histórico-jurídica y nos adentremos en el Derecho musulmán, chino, o mongol...

En efecto, en el Derecho romano, para dar salida y solución a determinados problemas que requerían de la justicia y la equidad, se establecieron multitud de *presunciones*. Dicho Derecho está plagada de ellas. Y muchas, han pasado a nuestro Derecho positivo incólumes (véanse, como más cercanos a lo que comentamos, los arts. 450, 459, 466 y 1960 de nuestro CC).

Por ello, *no nos debe extrañar, en absoluto*, la construcción que proponemos de la investidura *post mortem* del transmitente *delado*, al cual, como queda dicho, todos los textos normativos anteriores al Código le llaman «heredero».

Y es que, en realidad, la *UBICACIÓN* normativa del artículo 1006 y las soluciones que dan los artículos 1001 al 1005 por razones de protección a los acreedores y otros interesados o por motivos de equidad, es decir, *¡¡razones especiales que fundamentan excepciones o suspensión de reglas generales!!!*, podría abonar aún más esta impresión.

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

A continuación el *artículo 1000*, para el caso de que viva el llamado y no emita una declaración de voluntad expresa sobre si acepta o repudia, regula una aceptación tácita, si se realizan actos que valgan como aceptación.

Seguidamente, si el llamado a ser heredero repudia la herencia en perjuicio de sus propios acreedores, *el artículo 1001* permite que el Juez autorice a tales *acreedores del llamado* para que acepten en nombre de este (¡¡¡y no por eso se convierten ellos mismos en herederos!!!).

Después, el artículo 1002, si el llamado a ser heredero —*el delado*—, ha *sustraído u ocultado maliciosamente* algunos efectos de la herencia «*pierden tal facultad de renunciarla*» o, mejor dicho, como entienden los autores, se impone al llamado la aceptación «*ex lege*»; es decir, se prescinde de la voluntad del *delado* y se atribuye a sus actos maliciosos de sustracción y ocultación de bienes hereditarios, el carácter de aceptación, que hace que se le atribuya «*ex lege*» la herencia.

Más tarde, el artículo 1005, para el supuesto de que también viva el llamado y permanezca en silencio sobre si acepta o repudia, si realizar ninguno de los actos que valen como aceptación, y tras una interpelación al mismo, impone una aceptación *ex lege* («*se tendrá la herencia por aceptada*»).

Finalmente, el artículo 1006, para el caso de que el llamado y delado haya fallecido con todos los requisitos de idoneidad para ser heredero, pero sin aceptar (ni expresa ni tácitamente), es decir, sin realizar un último acto que le convertía en heredero y le haría adquirir la herencia de su causante, por razones de equidad, permite una *legitimación extraordinaria* (transmisión del *ius delationis*) a sus herederos, los transmisarios, para que estos cierren el círculo de la adquisición hereditaria, en favor del transmitente, convirtiéndole así en heredero *post mortem*.

En resumen, parece como si el legislador entendiese que solo la persona designada, *vocada* y *delada* pudiese ser el único y auténtico heredero del causante de quien procede tal delación.

No nos debe pues extrañar, en nada, ese juego de presunciones que nosotros proponemos, siguiendo los principios romanistas que inspiran nuestro Derecho; pues lo que sí supone una quiebra considerable al sistema, es pensar, como el profesor ALBALALEJO y otros autores, así como por la sentencia del Tribunal Supremo y Resolución que criticamos en este trabajo, de que pueda haber dos delaciones sucesivas en el *ius transmissionis*. Pues nadie sucede por derecho de transmisión, sino por testamento, llamamiento intestado de la Ley o en parte por testamento y en parte por Ley (art. 658 CC)

Así, aún en contra del principio de que nadie pueda adquirir derechos sin su voluntad, siguiendo criterios romanistas, el artículo 1005, impone la aceptación (aunque sea motivada por terceros interesados) y no le hace decaer en sus derechos al *delado*. Pues lo mismo podría haber dicho que, en tales casos, la herencia se entenderá por renunciada (como sucede en el Código de Sucesiones de Cataluña); o que se pierde el derecho de aceptar (como sucede en el Derecho italiano; art. 481 de su Código Civil). Pues si se impone imperativamente la aceptación, no hay razones para pensar que el legislador no podría haber hecho lo contrario (ya que la mecánica sucesoria subsiguiente impediría dejar desamparados a los interesados de que habla el art. 1005).

De manera que, si por vía del artículo 1005, «*vivo el delado*», (y para proteger a terceros interesados), se entiende aceptada por este la herencia de su causante, ¿por qué no se puede aceptar una solución similar, «*muerto ya el delado*», aunque por vía del artículo 1006 (en este caso, por razones de equidad ¡¡especialmente para con el cónyuge viudo!!!, como hace, si mucho no nos equivocamos, el derecho aragonés); entendiéndose que dicho transmitente aceptó la herencia y fue investido «heredero *post mortem*» en el último instante de su vida terrenal, cuando el transmisario ejercita positivamente el *ius delationis* que, de manera instrumental o funcional (a modo de título legitimador) se le transmite.

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

El artículo 1006, al haber fallecido el transmitente y al no ser el transmisario ni designado, no «*vocado*» ni «*delado*», *solo le puede dar la opción* (= transmisión

instrumental del *ius delationis*) de que, si quiere, puede cerrar el círculo de la adquisición hereditaria de su causante y transmitente, pero operando la aceptación o renuncia en cabeza de dicho transmitente.

VII. LA CUESTIÓN DE LA CAPACIDAD DEL TRANSMISARIO

La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013, que comentamos, dispone que *«esta misma razón de inalterabilidad o subsistencia del ius delationis hace que, cumplidos ya los requisitos de capacidad sucesoria por el heredero transmitente y, por tanto, la posibilidad de transmisión del ius delationis «la capacidad sucesoria» de los herederos «transmisarios» en la herencia del causante deba ser «apreciada cuando estos acepten la herencia del fallecido heredero».*

Pues bien, nosotros creemos que esta genérica afirmación tiene que ser aclarada y matizada.

Desde luego, resulta gracioso el contemplar los juegos de magia jurídica confeccionados por aquellos que afirman que el transmisario sucede recta-vía al primer causante, para después exigirle solo la capacidad necesaria para suceder al transmitente. Y es que se percatan de lo absurdo e imposible que sería (véase nuestro ejemplo 2) que un tataranieto, nacido 50 años después del primer causante, tuviera que tener capacidad para heredarle recta-vía. Por eso, se inventan que los transmisarios que suceden recta-vía al primer causante, basta con que tengan capacidad solo para suceder al transmitente, ya que, a fin de cuentas, es de quien reciben derivativamente la *delación* (cosa que nosotros negamos rotundamente; pues solo reciben la posibilidad de «ejercicio» de esa *delación*; por más que lo hagan en nombre propio, como antes explicamos y dejamos razonado).

Tan solo ALBALADEJO y algún otro es congruente con su teoría.

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

Por contra, los autores que opinan que el transmisario, cuando ejerce el *ius delationis*, hereda al transmitente («el transmisario actúa siempre como sucesor universal del transmitente, y nunca como verdadero y directo heredero del primer causante»; LACRUZ, en Elementos; Derecho de Sesiones; p. 56); tales autores, decimos, suelen considerar bastante la capacidad en el transmisario en relación el transmitente (así también ROCA-SASTRE). Si bien es de notar que no todos los autores que siguen esta última teoría piensan de esta manera.

Así PUIG BRUTAU («Compendio de Derecho Civil, IV»; año 1990 pp. 258 y 259) sobre la base de entender que el transmisario, si acepta la herencia del primer causante, en realidad sucede en bienes del mismo. Aunque también cabe señalar lo contrario: que no faltan autores que, siguiendo la teoría de Albaladejo, opinan que es menester solamente la capacidad para suceder el transmitente (Así JORDANO FRAGA, «La sucesora en el *ius delationis*», Civitas: 1990. pp. 323 y sigs.; en especial las pp. 327 y 328) y el Tribunal Supremo, a lo que parece, en la sentencia de 2013 que comentamos.

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

Por nuestra parte, NOSOTROS opinamos lo siguiente:

- 1.º Que la teoría de ALBALADEJO de la «doble capacidad» produce consecuencias injustas en algunos casos. El mismo autor se percató de ello y propone el siguiente ejemplo: (ya mencionado en este trabajo como *ejemplo 2*). «A instituye heredero a B; B ignora que posteriormente A ha muerto y, por tanto, ni acepta ni repudia su herencia. Muere después B dejando herederos a C y a D; C, nacido antes de la muerte de A; D, ni siquiera concebido en tal fecha. Aplicando nuestra teoría —la de ALBALADEJO—, D no puede heredar a A, ni por tanto, suceder a B en el *ius delationis* a la herencia de A».
- 2.º Que respecto a las *incapacidades absolutas*, estas no son sino supuestos de inexistencia de persona y, por tanto, *no afectan al transmisorio*, toda vez que este hereda al transmitente y no al primer causante, según llevamos expuestos a lo largo de nuestro trabajo.
- 3.º Que no obstante la teoría de ALBALADEJO (aún de admitirla) se produciría «*de facto*» el mismo efecto de que un indigno o incapaz (con capacidad relativa) sucediese al primer causante; bastaría con que el transmitente aceptase la herencia del primer causante y después instituyera heredero al que hubiese sido indigno o incapaz, respecto del primer causante, de no haber aceptado dicho transmitente su herencia.
- 4.º Que, no obstante lo anterior, *al transmisorio SÍ LE AFECTAN las causas de incapacidad relativas y las de indignidad respecto del primer causante* (aunque no las causas de incapacidad absolutas); pero, en estos casos, no por lo que dice ALBALADEJO sino por lo que a continuación se razona.

En efecto, y desarrollando nuestra opinión, tenemos que:

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

Pero ¿por qué el transmisorio ha de tener la capacidad sucesoria respecto del primer causante si NO es su heredero?

Es claro que el transmitente ha de tener plena capacidad sucesoria respecto del primer causante en cuanto que es TITULAR (*pendente conditione*, como se dejó explicado) del *ius delationis*; pero, a su vez, al transmisorio, excepto el requisito de existencia, (al no ser heredero del primer causante) le afectan las demás causas de incapacidad sucesoria, en cuanto que actúa o ejerce el contenido del *ius delationis*.

No podrán actuar el *ius delationis*, con relación a la herencia del primera causante, los transmisarios incapaces (con incapacidad relativa) ni los indignos, respecto del mismo; en cuanto que la aceptación es portada por el transmisorio. Y ello, aun cuando la aceptación por parte del transmisorio tenga carácter auxiliar, a fin de «cerrar el círculo» y consolidar el proceso de adquisición hereditaria y la cualidad de heredero, que opera en la persona del transmitente; y aunque, por tanto, con tal aceptación, el transmisorio no adquiera la cualidad de heredero respecto del primer causante.

En efecto, LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD QUE EMITE EL TRANSMISARIO AL ACEPTAR, tiene TAN MAGNA ENTIDAD QUE, de hacerlo en uno u otro sentido, CONVERTIRÁ O NO EN HEREDERO DEL PRIMER CAUSANTE AL TRANSMITENTE.

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

Y lo hace en nombre propio por cuanto ejercita el derecho *ius delationis* que por imperativo legal recibe del transmitente (ya hemos explicado todo esto con anterioridad, al hablar del ejercicio que, en nombre propio, realiza el transmisario de *ius delationis*).

En resumen, al ejercitar el transmisario el *ius delationis*, emitiendo una declaración de voluntad en uno u en otro sentido, ha de tener capacidad para suceder al primer causante, en cuanto requisito para la actuación de tal derecho, que aquel ejercicio supone, ¿cómo se podría ejercitar si no?

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

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 suyos», o sea, a los herederos del transmitente, confirma lo expuesto anteriormente.

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

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

- a) El artículo 1006 no autoriza a pensar lo contrario.
- b) En tanto que las *incapacidades relativas* tiene un matiz de prohibiciones especiales establecidas *ex lege* para todo caso y circunstancia en defensa de la libertad de testar; y las causas de *indignidad sucesorias* tienen un carácter de *pena o sanción civil*, por existir una especie de incompatibilidad moral del sucesor; todo ello, decimos, impone que *razones morales y de equidad* justifiquen la incapacidad, en estos casos, para ser transmisarios.
- c) En tanto que la aceptación o renuncia supone una manifestación volitiva de tal magnitud que, emitida en uno u otro sentido, *convierte o no en heredero* del primer causante al transmitente, concluyendo el proceso de adquisición de la herencia de aquel (como ya se dijo).
- d) La misma capacidad (excepto la de existencia) que se le exige por la Ley al transmitente se le ha de exigir al *transmisario*, toda vez que 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.

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 del tal exigencia en la persona del transmisario. Y ello porque *el transmisario ejercita el ius delationis relativo a la herencia del primer causante*, respecto de la cual, si bien el transmisario no adquiere la cualidad de heredero, sí consolida o no la adquisición de tal cualidad y de la herencia misma en el transmitente o segundo causante. Recibiendo el transmisario la herencia del primer causante a través de la herencia de su transmitente y causante, respecto del que sí es heredero. Es decir, que *¡¡APROVECHA Y BENEFICIA!! al transmisario el ejercicio positivo que del ius delationis verifica.*

7. UNA MENCIÓN A LA CUESTIÓN FISCAL

Curiosamente, la mal denominada «Jurisprudencia menor» (procedente de los Tribunales Superiores de Justicia TSJ), siguen entendiendo, en materia de *Tributación y Plusvalía Municipal*, que existen dos transmisiones y dos herederos distintos, en la transmisión del «ius delationis».

- a) Que, en materia de PLUSVALÍA MUNICIPAL también se devengan dos transmisiones, así lo expresa, entre otras, la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Barcelona núm. 10, de 30 de septiembre de 2014, Recurso 193/2013.
- b) Y en materia del IMPUESTO DE SUCESIONES, la más reciente del TSJ de Madrid de 22 de diciembre de 2014, Recurso 648/2012, afirma qué «El TEAR lo que entiende es que se producen dos transmisiones a los efectos del impuesto, una la del primer causante al llamado a su herencia y, otra, de esta último a su propio heredero, que no adquiere del causante inicialmente sino a través de la herencia del primer causante, y tal es el criterio que se deduce de la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2011 (recurso 2610/2008), y que nos lleva a la desestimación del motivo y sin perjuicio de que los interesados pudiesen instar el reintegro de posibles ingresos indebidos, cuando señala. «En relación con esta cuestión en la sentencia de esta Sala de 31 de marzo de 2004».

En definitiva, concluye el Notario Joaquín ZEJALBO, *la sentencia civil del TS de 11 de septiembre de 2013, recurso 397/2011, aparte de estar desconectada de la realidad* (pues en la mayoría de las ocasiones no debería operar el derecho de transmisión por existir aceptaciones tácitas no acreditadas) y *de perjudicar al cónyuge viudo del transmitente*, (que mayoritariamente son mujeres, al haber estadísticamente, más viudas que viudos) *fiscalmente carece de consecuencias prácticas.*

Precisamente, en este último sentido apuntado, el mencionado autor señala que son muchos los autores que ponen un acento excesivo en el distinto tratamiento fiscal de seguirse una u otra teoría, cuando, en realidad, las consecuencias prácticas son muy escasas.

En efecto, los que opinan, como la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 2013, que el transmisario hereda directamente al primer causante, resaltan que fiscalmente es mucho menos gravosa su posición, ya que no es procedente una doble imposición y solo debe practicarse una liquidación.

Sin embargo, nosotros opinamos que, en el campo tributario, aplicando la nueva doctrina civil del Tribunal Supremo, en realidad, lo que procedería sería una *compensación* entre lo que se debe pagar por el transmitente, que ha fallecido sin aceptar ni repudiar la herencia del primer causante, y la liquidación que deba el heredero transmisario. Mientras que, con la doctrina clásica, si bien se adeudarían dos liquidaciones, una a cargo del transmitente y otra a cargo del transmisario, sin embargo, en esta última, se debería de *deducir* el importe de lo satisfecho por el impuesto en las transmisiones precedentes.

Con lo cual, las diferencias, si se hacen las cuentas, no resultan tan grandes. En este sentido, entendemos que debe tenerse muy presente la sentencia del Tribunal Superior de Justifica de la Comunidad Valenciana de 7 de junio de 2013; recurso 1452/2010 (recogida, junto a otras muchas e interesantes, por mi compañero Joaquín ZEJALVO MARTIN, en su «Comentarios a la Resolución de 11 de junio de 2014»; en www.notariosyregistradores.com) pues dice:

«Pues bien, debemos partir del contenido del artículo 20.3 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, que bajo la rúbrica Base Liquidable señala: 'Si unos mismos bienes en un periodo máximo de diez años fueran objeto de dos o más transmisiones mortis causa en favor de descendientes, en la segunda y ulteriores, además el importe de lo satisfecho por el impuesto en las transmisiones precedentes. Se admitirá la subrogación de los bienes cuando se acredite fehacientemente'.

Así como del contenido del artículo 13 de la misma Ley que señala bajo la rúbrica deudas deducibles que: '1. En las transmisiones por causa de muerte, a efectos de la determinación del valor neto patrimonial, podrán deducirse con las deudas que dejare contraídas el causante de la sucesión siempre que su existencia se acredite por documento público o por documento privado que reúna los requisitos del artículo 1227 del Código Civil o se justifique de otro modo la existencia de aquella, salvo las que lo fuesen a favor de los herederos o de los legatarios de parte alícuota y de los cónyuges, ascendientes, descendientes o hermanos de aquellos aunque renuncien a la herencia. La Administración podrá exigir que se ratifique la deuda en documento público por los herederos, con la comparecencia del acreedor. 2. En especial, serán deducibles las cantidades que adeudare el causante por razón de tributos del Estado, de Comunidades Autónomas o de Corporaciones Locales o por deudas de la Seguridad Social y que se satisfagan por los herederos, albaceas o administradores del caudal hereditario, aunque correspondan a liquidaciones giradas después del fallecimiento'.

Atendiendo a dichos preceptos, entiende la Sala que deben estimarse las alegaciones de la actora, respecto la aplicación de la reducción prevista en el artículo 20.3 de la Ley, pues tal y como argumenta la misma y se desprende del texto de los mismos, la aplicación de la deducción por transmisión consecutiva a la hora de determinar la base liquidable conforme establece el artículo 20.3 de la Ley 29/87 es independiente de la deducción de la deuda tributaria que resulta conforme el artículo 13.2 de la Ley, pues, respecto al Impuesto correspondiente a la primera adquisición, cabe que se haya pagado por el primer adquirente y, por lo tanto, cuando este fallezca, ya no se encuentre dicho dinero en el patrimonio que va a ser objeto de la segunda transmisión, no existiendo tampoco la correspondiente deuda tributaria, o cabe que no se haya pagado, por lo que el importe de dicho Impuesto se computa como patrimonio y a su vez como deuda tributaria, que en aplicación del artículo 13.2 disminuye el patrimonio de dicha segunda transmisión, pues corresponde abonarla al segundo adquirente, llegando a un mismo resultado, razón por la que debe de entenderse que el artículo 20.3 debe de funcionar al margen

del artículo 13.2 *que además tiene por objeto determinar el valor neto patrimonial, cuando el artículo 20.3 tiene por objeto la determinación de la base liquidable* debiendo, por tanto operara la deducción prevista en el artículo 20.3 de la Ley 29/87 *en los supuestos en los que concurren los requisitos previstos, en concreto que se trate de unos mismos bienes y que sean objeto en un periodo máximo de diez años de dos o más transmisiones mortis causa a favor de descendientes; entendiendo la Sala que, cuando el precepto se refiere a que se deducirá el importe satisfecho, debe de interpretarse en un sentido amplio, como importe que se debe satisfacer por el impuesto citado, al margen de que esté efectivamente satisfecho, pues lo contrario daría lugar a situaciones injustas en las que, como sostiene la actora, se penalizarían supuestos en los que por el modo temporal en el que han tenido lugar las sucesiones consecutivas, no se haya podido satisfacer el importe del impuesto con carácter previo».*

VIII. LA ACEPTACIÓN TÁCITA DEL TRANSMITENTE-DELADO: NUEVAS ORIENTACIONES JURISPRUDENCIALES

En vista de todo lo anterior expuesto, y habida cuenta que el determinar si el transmisario, al aceptar la herencia del transmitente, sucede recta-vía al primer causante (tesis que no compartimos); o si el transmisario actúa siempre como sucesor universal del transmitente y nunca como verdadero y directo heredero del primer causante; pues solo a través de la herencia del transmitente, produciendo sus efectos en la herencia de este, como parte de la herencia de este, llega hasta la esfera jurídica del transmisario la sucesión del primer causante (tesis que compartimos); como todo este asunto, decimos, es tan cíclicamente recurrente que pareciera se intente desentrañar la esencia de la piedra filosofal, nosotros creemos que el Tribunal Supremo, en lo sucesivo, y sin desprestigiar las disquisiciones anteriores, debería centrarse más en dar cabida, en fase probatoria, a la *aceptación TÁCITA*, por parte del transmitente. Pues es este, el de la aceptación tácita, el camino que quizás se debe recorrer con más atención, según la experiencia que tenemos todos los Notarios a lo largo de nuestra vida profesional.

En efecto, como muy bien escribe VALDEOLMILLOS (La Transmisión del *ius delationis*; *Homenaje a Vallet*, Tomo IV, pp. 477-479), «el heredero electo (transmitente) no puede disponer del 'ius adeundi' en absoluto. El 'ius adeundi' es intangible y se hurta a cualquier manipulación por parte del transmitente; si lo toca, por poco que sea, se deshace y se convierte en herencia aceptada. Tal es la fragilidad del 'ius delationis' que no solo no cabe aceptarlo, pues se adquiere 'ipso iure', sino que el transmitente no puede renunciarlo abdicativamente ni desasirse de él de ninguna forma, pues no puede interrumpir la delación; ni puede enajenarlo ni disponer de él bajo ningún concepto, ya sea a título de legado o de institución de algunos herederos con exclusión de otros, o de todos en distinta proporción de sus cuotas hereditarias. En todos estos casos, por aplicación del "artículo 1000.1 del Código Civil", no habría transferencia del 'ius adeundi', sino enajenación o disposición de la herencia tácitamente aceptada», (la cursiva es nuestra). En este sentido LACRUZ. Posición contraria sigue ROCA (obra citada); e intermedia ALBALADEJO (*Estudios de Derecho Civil 1955*, pp. 287 y sigs.).».

En efecto, si como dice la resolución de la DGRN de fecha 20 de septiembre de 1967 (que es la única, aparentemente, que acepta la teoría de la sucesión recta-vía del primer causante) «Los herederos universales del primer llamado entran en la posesión de la herencia del primer causante a través del derecho

recibido del transmitente *¡y en la misma proporción en que este los ha instituido, una vez aceptada su herencia...!*»; es decir, lo que resulta de esta resolución es que, si el transmitente, al instituir a sus herederos testamentarios (transmisarios), determina la proporción en que estos deben de heredar tanto en su herencia con la del primer causante, es evidente una de estas dos cosas:

1.º. O que los transmisarios no heredan recta-vía al primer causante, porque su designación y nombramiento lo realiza el transmitente en su testamento, señalando así, igualmente, la proporción en que van a heredar a su primer causante.

En efecto, imaginemos el caso frecuente de un transmitente (heredero del primer causante) que, sin aceptar ni repudiar su herencia, haga varios y sucesivos testamentos. Pues bien, los posibles eventuales transmisarios y herederos del primer causante (de así considerar siguiendo la teoría de ALBALADEJO y los autores que le siguen, junto con la sentencia del Tribunal Supremo de 2013 y la resolución de la DRGN de 2014 que comentamos), *estarían cambiando de fecha en fecha, según los avatares y el estado de ánimo del transmitente*; que haría, así, las funciones de un verdadero comisario, prohibido por nuestro ordenamiento jurídico común (art. 670 del Código Civil), salvo supuestos excepcionadísimos (art. 831 del Código Civil).

2.º. O que el transmitente, al excluir a unos herederos o bien instituirlos en distinta proporción, en realidad, estaría aceptando tácitamente la herencia del primer causante.

En efecto, son ya varios los Notarios (Carlos SOLÍS VILLA, Adolfo CALATAYUD SIERRA...) que constatan la realidad de supuestos de aceptación tácita que no se manifiestan o se acreditan por el transmisario. Y si bien es cierto que la posesión de la herencia por el llamado, en sí misma, no puede considerarse como aceptación tácita, si permite inferir de ella, si va acompañada de cualesquiera aptos que el artículo 1000 considera como tales, que tal aceptación es evidente.

Así pues, y como recoge el *Manual de Derecho Civil* (varios autores) coordinado por Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, parece que hay actos que claramente comportan aceptación tácita. Concretamente la Jurisprudencia ha entendido que la hay en las siguientes hipótesis: *«interponer reclamaciones o demanda*, tanto en nombre propio como de la herencia yacente, respecto a los bienes relictos (STS 13.2.03-RJA 1017); *cobrar créditos hereditarios* (STS 15.6.82-RJA 3428); *impugnar el testamento* cuya única disposición se limitaba a excluir de la herencia al impugnante, quien por sentencia anterior al fallecimiento del testador, fue declarado su heredero universal (STS 24.11.92-RJA 9367); *perseguir con la dirección de un negocio* que en vida había pertenecido al causante (STS. 12.7.96-RJA 5887); *incluir en el testamento del llamado bienes* que formaban parte de la herencia deferida a su favor (SAP Las Palmas 11.1.99-AC 3114); la suscripción por los llamados del *cuaderno particional* con arreglo al cual deciden repartirse los bienes y derecho que componente el caudal hereditario (SAP Salamanca 26.7.99-AC 6515); *ejercitar la acción de elevación a escritura pública* (protocolización) del testamento del causante (SAP Almería 11.11.02-JUR 2003, 13369); *disponer de las cantidades depositadas en las cuentas bancarias del causante*, retirando los fondos allí existentes (SAP Asturias 23.1.01-AC 16); *continuar los herederos*, tras el fallecimiento del causante, *pagando las cuotas relativas a un contrato de préstamo* concertado en vida por aquel con una entidad bancaria (SAP Lugo 26.1.04-JUR 53195); *realizar pagos con cargo al caudal hereditario*, tales como ofrecer en concepto de «herederos» la entrega de los legados dispuestos por el testador, satisfacer el importe del Certificado de Actos de Última Voluntad del causante, abonar el precio de un vuelo realizado por la persona que cuidó al

causante en sus últimos días y gratificar al enterrador (SSAP Albacete 31.3.05-JUR 100060 y Madrid 26.12.05-JUR 2006, 193972); intervenir en el procedimiento particional *pidiendo que se realice la división* (SAP.Valladolid 18.9.06-JUR 251757); interponer *demanda de desahucio* contra una persona que ocupaba, sin título alguno ni pago de renta o merced, una vivienda que formaba parte de la masa relicta (STS 27.3.08-RJA 2008, 4062)».

Y otros muchos y diversos casos que se pueden dar, y de hecho se dan, en la práctica.

Lógicamente lo arriba expuesto, es aplicable tanto si el transmitente fallece con testamento o intestado.

IX. EPÍLOGO

El Derecho no es una ciencia matemática, sino discursiva y, por consiguiente, las teorías y soluciones que se pueden proponer, a propósito de una cuestión discutible, pueden ser muy variadas.

No obstante, tales soluciones deben ser razonadas y razonables y, sobre todo, justas; descartándose en la interpretación de las normas lo absurdo, injusto o estrafulario.

Además, pensamos que el Derecho, al igual que lo hizo el Derecho romano (del que nuestro CC es simple tributario), debe idear soluciones prácticas, para dar salida y solución a problemas complicados y recurrentes.

Nosotros hemos dado nuestra opinión, basada en un sólido fundamento dogmático: histórico, sistemático y teleológico; y hemos hecho notar que la nueva orientación, tanto del Tribunal Supremo como en la Dirección General de los Registros y del Notariado (esta última dando un viraje total a sus anteriores orientaciones), aparte de ser muy discutible teórica y dogmáticamente, convierten la transmisión del *ius delationis*, o la impropia llamada sucesión *iure transmissionis* en un singular, extraordinario y extraño privilegio en exclusivo beneficio de los sucesores universales del transmitente y en directo perjuicio de su cónyuge, acreedores, reservatarios..., en contra de la ratio de la norma y del designio del legislador.

Y es que, una solución teórica que produzca semejantes problemas teóricos y prácticos nunca es una solución acertada.

En todo caso, y dejando a un lado las construcciones dogmáticas y cuestiones teóricas, cada vez son más los notarios que agradeceríamos soluciones al problema planteado en estas notas de urgencia, desde *una nueva perspectiva más práctica*. Concretamente, la apreciación por el Tribunal juzgador, en la inmensa mayoría de los casos (en fase de prueba) de la existencia de la *aceptación tácita* por parte del transmitente *delado*.

Creemos que es un camino más seguro, más real, más práctico y, sobre todo, más equitativo.

Nota: La doctrina civil de la Sentencia de 11 de septiembre de 2013, ha sido reiterada (el Sr. ponente es el mismo) por otra de 20 de enero de 2014; Recurso 495/2001; aunque, en este caso, dicha doctrina no constituya «ratio dicendi» de la resolución del TS.