

Vocación y delación de la herencia

A mi esposa, Carmen

SUMARIO: I. LA CUALIDAD DE HEREDERO: A. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.—II. LA VOCACIÓN: INTRODUCCIÓN. 1. TEORÍA POSITIVA. 2. TEORÍA NEGATIVA.—III. TEORÍAS INTERMEDIAS. A) VOCACIÓN TESTAMENTARIA. B) VOCACIÓN LEGÍTIMA.—IV. LA DELACIÓN: A) LA TRANSMISIÓN DE LA DELACIÓN.—V. CONCLUSIÓN.

I. LA CUALIDAD DE HEREDERO

Subcedere supone: variedad de sujetos, identidad de relaciones, lo que conlleva una mutación subjetiva (cambio de los intervinientes), y una posición jurídica objetivamente invariable (persistencia de la relación) (1). La modificación subjetiva surge por la voluntad del causante manifestada en testamento (sucesión testamentaria), y en su defecto por la voluntad de la ley (sucesión legítima). La modificación objetiva es el subentrar del designado en la conjunción de relaciones jurídicas de su predecesor (2).

El objeto de la sucesión es la herencia (3). El sujeto pasivo de la transmisión sucesoria es el heredero que resulta designado por el testador, a la vez que le atribuye la cualidad de heredero. Por la designación testamentaria el causante otorga un título formal: documento que habilita al heredero para

(1) CLEMENTE DE DIEGO, F., *Transmisión de las obligaciones*, Madrid, 1912, pág. 103. Cfr. CARLOTTA-FERRARA, L., «Problemi di teoria generale nel diritto ereditario», *RDC*, 1955 (1), págs. 14-44; STOLFI, G., «Note sul concetto di successione», *RTDPC*, 1949 (1), pág. 535.

(2) MESSINEO, F., *Manual de Derecho civil y comercial*, traducción de S. SENTÍS MELENDO, tomo VII, «Sucesiones», Buenos Aires, 1956, pág. 18.

(3) ROCA SASTRE, R. M., «Anotaciones al Derecho de Sucesiones de T. KIPP», *Tratado de Derecho Civil de Enneccerus-Kipp-Wolf*, traducción de la decimoprimera revisión por H.

aceptar o repudiar la herencia a él deferida, la cualidad de heredero resulta aquí una condición extrínseca, pues el causante le está atribuyendo una cualidad personal y permanente (4).

Por el título queda el heredero habilitado para suceder al causante, pero no está vinculado a la adquisición de bienes, porque la institución de heredero es válida aún no existiendo activo hereditario, digo más, aunque sólo exista el pasivo (5), la cualidad de heredero es una concreta situación que se establece para el llamado en la sucesión (6), así lo entendió el Tribunal Supremo, en su tercer considerando de la sentencia de seis de febrero de 1926: «*La aceptación o adición de la herencia es un acto que el CC declara enteramente voluntario y libre, por el cual la persona individual o jurídica a quién se defiere una herencia hace conocer su resolución de tomar la cualidad de heredero y contraer las obligaciones que del título lleva consigo*».

El título de heredero no supone ostentar una titularidad sobre bienes hereditarios (7), sino es un documento en sentido formal que autentiza el fundamento de la sucesión a través de la designación del heredero por el testador, o por la voluntad de la ley. Título y titularidad son anverso y reverso de un mismo fenómeno, el título: «*Es el documento que constata la razón de adquisición*». La titularidad: «*Es una conexión de un derecho con un sujeto*»(&). El título de heredero lo otorga la voluntad del causante manifestada en testamento, artículo 658-667 del Código Civil, y en su virtud es llamado a la herencia (**vocación**), para atribuirle la posibilidad mediata de ofrecerle la herencia (**delación**), para su posterior adición: *acto unilateral y voluntario, por el cual es llamado a manifestar la asunción de la titularidad* (9). El Tribunal Supremo, en su sentencia de siete de junio de 1949, declaró: «*La*

(4) LACRUZ BERDEJO, J. L., «Sucesión universal, sucesión a título de heredero y designación del heredero», *RDN*, tomo 32, 1961, pág. 64-74. CÁNOVAS COUTIÑO, G., «Derecho de Sucesiones», *RCDI*, 1962, pág. 177. Cicu, A., *Derecho de Sucesiones, parte general*, traducción de la segunda edición italiana por J. M. GONZÁLEZ. PORRAS, anotaciones M. ALBALADEJO GARCÍA, Barcelona, 1964, pág. 49.

(5) LACRUZ-SANCHO, *Elementos de Derecho de Civil* (V). «Derecho de Sucesiones», Barcelona, 1988, pág. 24. Cicu, A., *op. cit.*, pág. 46. Artículo 764-1 del Código Civil.

(6) MESSINEO, F., *op. cit.*, pág. 18.

(7) DORAL, J. A., «Titularidad y patrimonio hereditario», *ADC*, tomo 36, 1973, pág. 462, citando la sentencia del TS de 28-1-1970.

(8) FERRARA, F., *Trattato di Diritto Civile Italiano*, Roma, 1921, pág. 448, citado por G. BOTANA GARCÍA, «Estudio comparado de los regímenes jurídicos español y suizo relativo a las situaciones de cotitularidad en el derecho de propiedad», *RCDI*, núm. 629, 1995, pág. 1.309. BELTRÁN DE HEREDIA, J., *La comunidad de bienes en el Derecho español*, Madrid, 1954, pág. 19. CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudio sobre Derecho Hipotecario*, tomo 1, tercera edición, Madrid, 1994, pág. 461.

(9) ROCA SASTRE, R. M., *op. cit.*, pág. 18-19. DORAL, J. A., *op. cit.*, pág. 455-456. MENENDEZ-VALDÉS GOLPE, E., «Cesiones de derecho hereditario», *RDN*, tomo 55, 1967, pág. 226.

condición de herederos que se reclama para los hijos naturales y reconocidos testamentariamente obliga al juzgador a examinar el título en donde se puede invocar dicha condición»; asimismo, la sentencia de veintidós de mayo de 1959: *«El heredero forzoso, aunque sea en concepto de hijo natural renacido, aparece ante la herencia constituida en la forma dicha, con un derecho subjetivo que le otorga la Ley, que podrá o no ser satisfecho «in acto», según exista o no al deferirse la herencia, bienes con que hacerlo pero que persiste en potencia en él mientras ostente la cualidad legal con proyección sobre todo cuando en presente, pasado o futuro provenga de la persona de quién trae causa»*. En efecto, la cualidad de heredero es una adjetivación de heredero, pues existe cuando lo manifiesta el testador, es decir, el *de cuius* otorga el título de heredero, a la vez que atribuye la cualidad de heredero, en su defecto, será la Ley quien otorgue el título de heredero, pero aquí la calidad de heredero se entiende implícita, es un valor intrínseco en la persona, un distintivo que le pertenece por naturaleza, se trata pues, de un sujeto que por el nombramiento *ex lege* queda cualificado para aceptar o repudiar la herencia a él deferida. Así lo reconoció el Tribunal Supremo, en su sentencia de veintidós de mayo de 1950. *«No puede considerarse fundados en una unidad indivisible la persona del causante y el patrimonio material que a su fallecimiento posea, sino que son conceptos y entidades bien separadas, y como dicha cualidad legal subjetiva de heredero forzoso tiene su raíz y trae su origen de la persona y no en la entidad patrimonial»*.

A mi parecer, es importante la determinación de quién es el que tiene la condición de heredero, porque si bien, el testador puede dividir toda su herencia en legados, sin atribuir la cualidad de heredero a nadie, artículo 861 del Código Civil (10), asimismo, puede el causante disponer en beneficio de un tercero una cuota, la cual será legatario de parte alícuota y no un heredero pero ambos compartirán la herencia pues la disposición así efectuada supone para el heredero una obligación frente al tercero (11), por el contrario, si el *de cuius* distribuye toda la herencia en cosas determinadas (*ex re certa*), el así instituido será heredero y no legatario (12), es decir, no es la disposición a título universal la que atribuye la cualidad de heredero, sino el nombramiento de heredero en cuotas partes, en cosa cierta y determinada, o en una unidad, lo que otorga dicha cualidad (13).

(10) GARCÍA RUBIO, M. L., *La distribución de toda la herencia en legados, un supuesto de heredero sin herencia*, Madrid, 1989, pág. 219 y ss.

(11) ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil, Derecho de Sucesiones*, cuarta edición, Barcelona, 1991, pág. 21.

(12) VALLET DE GOYTISOLO, J., *La institución en cosa cierta. Estudio de Derecho sucesorio*, vol. 1, segunda edición y ampliada, Madrid, 1987, págs. 299-347.

(13) NÚÑEZ LAGOS, R., «El derecho sucesorio ante la tradición española y el Código Civil», *RGLJ*, 1951, pág. 409.

No obstante, de cuanto hemos dicho, podemos concretar que: heredero y cualidad de heredero, en la sucesión testamentaria se complementan recíprocamente, por cuanto el sucesor es designado por su predecesor, a la vez que le atribuye la cualidad de heredero, pero existen supuestos en que la cualidad de heredero en relación con el título formal que lo sustenta puede quedar disociado, debido fundamentalmente a situaciones jurídicas subjetivas (14) a la que puede ser sometido el heredero por voluntad del causante (15) y por tanto no se produce la vocación testamentaria, pero la condición de heredero supone una situación de poder-deber que continua a modo de gestor. Como dice el profesor GITRAMA (16), «en la interinidad y anormalidad que se crea tras el heredero *«conditio pendet»* alguien debe atender los bienes, los cuida, los conserve y defienda». Por el contrario, en la sucesión legítima la disociación entre el título de heredero y cualidad de heredero no es posible, porque ésta es instada por los que acrediten en derecho ostentar el título de heredero, artículo 913 del Código Civil.

La diferencia puede resultar mas académica que real, pero creemos de importancia práctica, v.gr.: si la herencia queda en «pendencia» esta será por la voluntad del testador (situación subjetiva), una vez cumplida se puede producir la vocación, en cambio, si la herencia queda «suspendida», por anormalidad o interinidad (situación objetiva), mientras tal situación no desaparezca puede transcurrir un tiempo más o menos largo en que la herencia queda yacente, ambas situaciones convergen en que pueden producir la administración de la herencia (17), pero se diferencia en que la «subjetividad», está referida a la voluntad del testador, la «objetividad», está referida al período comprendido entre la apertura y la aceptación del llamado (18), así lo declaró el Tribunal Supremo en su sentencia de siete de mayo de 1990: *«La muerte*

(14) DE CASTRO Y BRAVO, F., *op. cit.*, pág. 606 y ss. Sostiene que situaciones jurídicas interinas, nacen con el signo de la limitación, y su propia naturaleza señala su finalidad transitoria: la de mantener un cierto *statu quo*, mientras que no se den las circunstancias, para que sea sustituida la situación interina por la definitiva. CASTÁN TOBEÑAS, J., *op. cit.*, pág. 37. LAGAZ Y LACAMBRA, L., «Sobre el concepto de situación jurídica y sus aplicaciones», *RDP*, 1943, págs. 717-720.

(15) Cfr. GITRAMA GONZÁLEZ, M., *La administración de herencia en el Derecho español*, Madrid, 1950, págs. 29-84.

(16) *Op. cit.*, pág. 29.

(17) GITRAMA GONZÁLEZ, M., *op. cit.*, pág. 24.

(18) Como regla general, la sucesión es testamentaria, porque atiende a la voluntad del causante; supletoriamente, la sucesión es legítima porque suple la falta de disposición por parte del testador, excepcionalmente, la sucesión es en parte deferida por la voluntad el hombre, en parte por disposición de ley, artículo 658 del Código Civil. En base a este precepto distinguimos dos situaciones, las denominadas «objetivas», que serían aquellas en que el heredado renuncia y queda la herencia a la espera de nuevos derecho habientes; el instituido fallece sin aceptar ni repudiar y los herederos de este demoran las aceptación; el representante del menor deja transcurrir el plazo de la aceptación; herencia a favor de persona jurídica no reconocida por Ley en el momento de la disposición testamentaria, ya

puede ser, en efecto, el momento inicial de la situación de yacencia, pero sin que opere la transmisión o cambio en el patrimonio hereditario, aunque permanezca en estado de yacencia precisamente si el heredero llamado no realiza ningún acto de aceptación expresa o tácita de dicha herencia».

A) ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La teoría del estado de persona «*status*», es de origen romano, primariamente supuso una condición (19), un atributo otorgado a una persona por su

que las reconocidas heredan por testamento artículo 746 el Código Civil; la herencia distribuida en legado haya sido declarada nula, artículo 891 del Código Civil. Pero junto éstos distinguimos las denominadas: «situaciones subjetivas», v. gr.: El indigno o desheredado, artículo 929 el Código Civil; el heredero bajo condición suspensiva, artículos 759-801; el heredero instituido bajo condición resolutoria, artículos 790, 791, 792 y 797, del Código Civil; supuesto del heredero a término resolutorio o suspensivo, artículo 805; heredero bajo condición sub-modo, artículo 797 del Código Civil; heredero bajo condición potestativa, artículo 795; heredero bajo condición causal o mixta, artículo 796; el supuesto de *nasciturus*, artículos 965-967 del Código Civil; el concebido y no nacido (*concepturus*); administración provisional de la herencia, artículos 999-111, del Código Civil; herencia beneficiaria, artículos 1.020 y 1.026 a 1.035 del Código. Las situaciones subjetivas conllevan la posibilidad de administración hereditaria, artículos 1.020, 1.026 y 1.032-2.º, asimismo, los artículos 1.027 y 1.034; por el contrario las situaciones objetivas, pueden producir la yacencia hereditaria. En ésta, el heredero es llamado y como tal ostenta una cualidad revestida de poder para ejercer acciones de tutela de la herencia, pueden realizar actos de conservación, administración y vigilancia de la herencia, cuyos actos no implican aceptación de la herencia si con ellos no se ha tomado el título o la cualidad de heredero; en aquella, supone que los bienes quedan vacantes por el fallecimiento de su titular hasta que son adquiridos por el llamado.

Desde este punto de vista, el heredero como sujeto designado por ley o testamento puede realizar actos en beneficio de la herencia, bien extinguiendo límites, o removiendo obstáculo, en tanto no existan límites subjetivos que le impidan efectuar la vocación, sólo ostenta una cualidad a modo de *status impropio*, sostiene el profesor ALBALADEJO GARCÍA, M., *op. cit.*, pág. 49. Esto es una condición *personal e indeleble*, afirma LACRUZ BERDEJO, J. L., *op. cit.*, pág. 64; CÁNOVAS COUTIÑO, G., *op. cit.*, pág. 117; DIEZ PICAZO-GULLÓN BALLESTERO, *op. cit.*, pág. 552; VALLET DE GOYTISOLO, J., «El término y las condiciones en la institución del heredero y en la sustitución fideicomisaria después del Código Civil. La cláusula «si falleciere sin hijos», Estudios, *op. cit.*, pág. 213. *Inalienable*, escribe MESSINEO, F., *op. cit.*, pág. 28, RDGRN de 29-8-1925 y 20-12-1930. *Intransferible*, dice Cicu, *op. cit.*, pág. 49, STS de 9-10-1962. E *imprescriptible* afirma Messineo, F., *op. cit.*, págs. 28 y 251. Diría en este orden SANTORO-PASSARELLI, *Doctrinas generales de Derecho civil*, traducción y concordancia por A. LUNA SERRANO, Madrid, 1964, pág. 2: «No supone la suma de poderes v deberes, sino un Presupuesto de capacidad v por ello actúa en la esfera de poder v deber». Concretamente, en este punto afirma el profespr Cossío, VV.AA. *Instituciones de Derecho civil*, parte general, tomo 1, Ed. Civitas, 1991, pág. 179. «No es una relación, sino el efecto ó resultado de un sistema de relaciones, que a la vez se constituye en fuente de deber-poder que puede afectar a la capacidad de obrar».

(19) SANCHO REBULLIDA, F. A., «El concepto de Estado civil», *Estudios de Derecho civil*, tomo 1, Pamplona, 1978, pág. 60. Cicu, A., «Il concetto di «Status», estratto dal volume delle oneranze al Porf. SIMONCELLI, Nápoles, 1914, pág. 5.

condición social (20), como diría el profesor Cossío (21), parafraseando a SAVIGNY: «La posesión de un derecho se considera como una cualidad», no obstante, su concepto resulta oscuro, debido como escribe el profesor DE CASTRO (22), a los propios textos romanos que emplean la palabra «*status*» con distintas alusiones quedando vago e impreciso, pues a lo largo de su evolución histórica dicho instituto decae por la desvinculación del hombre con toda relación social (23).

En el medievo, la concepción de hombre pierde su influencia estoica y se impregna del ideal cristiano (24), gráficamente lo describe el profesor Cossío (25): se pasa de un animal ciudadano a un animal religioso; opera una *mutatis mutandis* de la trilogía del estado de persona romana, por la concepción espiritual del hombre. De ésta época es la dirección ius-naturalista racionalista (26), de donde se pretendió adaptar la vieja teoría del estado persona a la nueva realidad social (27), cuya adaptación supuso por un lado, equiparar estado a condición, y éste, subdividido en natural y civil, de aquél, sigue la trilogía romana, de ésta, engloba situaciones como: edad, sexo, matrimonio, demencia, etc.; que en nada tienen que ver con los textos romanos.

En la época moderna, desaparece en parte la teoría del estado persona, posiblemente, dice el profesor SANCHO REBULLIDA (28): «por la adaptación del añejo concepto de estado a la nueva realidad social»; lo que llevó a cabo una dura crítica por parte de la Escuela Pandectista (29), no solo por lo que supuso la adaptación: adaptar términos romanos a nuevas situaciones sociales, sino porque carecía de base histórica y de fundamentación científica (30), pero además, se prestó por sus detractores a lo que se denominó «*condictio naturalis*», esto es, la que ostentaba todo sujeto por naturaleza,

(20) SANCHO REBULLIDA, F. A., *op. cit.*, págs. 79-80.

(21) «Evolución del concepto de la personalidad, y sus repercusiones en el Derecho privado», *RDP*, 1942, pág. 752. SAVIGNY, F. C., *Sistema de derecho romano actual*, traducción MESÍA-POLEY, segunda edición, tomo 1, Madrid, s.f., págs. 434-449. SANCHO REBULLIDA, F. A., *op. cit.*, pág. 65.

(22) Tomo 11, *op. cit.*, pág. 58.

(23) DE COSSÍO Y CORRAL, A.; COSSÍO Y MARTÍNEZ, M.; LEÓN-CASTRO, L., *Instituciones de Derecho civil*, parte general, tomo 1, Editorial Civitas, 1991, págs. 755-756.

(24) DE COSSÍO Y CORRAL, A., y otros, *op. cit.*, pág. 756. SANCHO REBULLIDA, F. A., *op. cit.*, pág. 83.

(25) *Op. cit.*, pág. 756.

(26) SANCHO REBULLIDA, F. A., *op. cit.*, págs. 85-89.

(27) DE CASTRO Y BRAVO, F., *op. cit.*, pág. 61. SANCHO REBULLIDA, F. A., *op. cit.*, pág. 90.

(28) *Op. cit.*, pág. 87. DE CASTRO Y BRAVO, F., *op. cit.*, pág. 61.

(29) SAVIGNY, F. C., *Sistema del Derecho romano actual*, traducción JACINTO MESÍA Y MANUEL POLEY, segunda edición, tomo primero, Madrid, s.f., apéndice VI, págs. 434-449. DE COSSÍO Y DEL CONAI, A., *op. cit.*, págs. 760-762. SANCHO REBULLIDA, F. A., *op. cit.*, págs. 87-89. DE CASTRO Y BRAVO F., *op. cit.*, págs. 59-62.

(30) SAVIGNY, F. C., *op. cit.*, pág. 435.

contrapuesta al estado civil, que en este caso aparece como creación del derecho positivo (31), por el contrario, los pandectista alemanes entiende que estado de persona es sinónimo a condición (32): «modo de ser en virtud del cual un hombre goza de ciertos derechos (33), posesión de un individuo en relación con otro»; por ello cree ésta dirección que el estado de persona está indisolublemente unida a la comunidad, la situación de una persona en dicha comunidad es la que determina su capacidad jurídica, es una condición que tiene la persona por el mero hecho de ser persona, es pues, a nuestro entender, en la capacidad de obrar donde operan las limitaciones que como dice el profesor DE CASTRO (34): «Capacidad de obrar es una cualidad jurídica de persona que determina conforme a su estado la eficacia jurídica de sus actos».

En nuestro Derecho histórico, con base en las Partidas IV, tít. XXIII, Ley 1.^a y 2.^a y la Partida IV, tít. XXIV, Ley II, con mayor rigor jurídico e independencia de su precedente romano, D: 31,77,4; D: 50,13,5,1; D: 37, 14,5; entendió el estado como una situación jurídica originada por los más diversas causas sociales (35), de lo que supuso un intento de acomodar el pensamiento jurídico romano a la nueva realidad social, pero aconteció que dos situaciones de la teoría del estado persona —libertad y ciudadanía—, habían desaparecido desde la sociedad burguesa, quedando la tercera de las situaciones —familia—, ésta última, y desde la Escuela Histórica se reemplazó el criterio puramente individualista de la configuración de la personalidad romana, por el corporativismo floreciente de la época, en donde el individuo queda encuadrado en la sociedad, además, se subordina a la comunidad y de esta manera surge una dirección doctrinal española, que como indica el profesor SANCHO REBULLIDA (36): «se pone el acento en la capacidad de obrar de las personas, no identificándolas, ni siquiera con las circunstancias modificativas, sino considerando al estado como cualidad de persona determinante de su capacidad de obrar». En dicho sentido el estado es: «Cualidad de persona jurídica determinante de su capacidad de obrar» (37). Pero advierte el profesor SANCHO REBULLIDA (38): lo característico del *status* y que lo diferencia de las demás cualidades es no ser una construcción del ordenamiento jurídico, sino una configuración forjada por la realidad social.

(31) DE CASTRO Y BRAVO, F., *op. cit.*, pág. 66.

(32) DE CASTRO Y BRAVO, F., *op. cit.*, pág. 61. SANCHO REBULLIDA, F., A., *op. cit.*, pág. 90.

(33) SAVIGNY F.C., *op. cit.*, pág. 435. DE Cosslo Y CORRAL A., *op. cit.*, pág. 751.

(34) *Op. cit.*, pág. 49-50.

(35) DE CASTRO Y BRAVO, F., *op. cit.*, pág. 59. Véase nota pie de pág. n.º 2, pág. 59.

(36) *Op. cit.*, págs. 11 6-117. DE CASTRO Y BRAVO, F., *op. cit.*, págs. 59-64.

(37) PERÉ RALUY, J., «Concepto del estado civil», Pretor, 1953, págs. 25-26.

(38) *Op cit.*, pág. 115.

En la actualidad, dice el profesor Cossío (39), la doctrina del estado persona ha quedado reducida a dos direcciones doctrinales. A): Estado, entendido esencialmente como relación que la ley toma en consideración para otorgar efecto jurídico. B): Estado, como posición de un individuo en una organización política en donde se regula una serie de situaciones o condiciones en que una persona puede estar en un momento determinado. La primera, supone la igualdad de: estado-capacidad-cualidad. La segunda, existe la igualdad: estado-cualidad, pero distinto de capacidad; ambas son denominadas «Estado Civil», pero hemos visto que históricamente fue el estado una condición reservada a las personas y regulada por ley, pero ahora, jurídicamente, se reserva la situación que la ley regula para otorgarla después a los sujetos. La primera, tiene que producirse la situación para que el ordenamiento jurídico reaccione y por tanto proteja dicho *status* a modo de cualidad jurídica de persona. La segunda, es el individuo integrado en la comunidad y ésta tiene ya regulado una serie de situaciones o cualidades que si está el sujeto comprendido en ellas, el derecho sustantivo le ampara, sin embargo, aunque resulte que hablamos de lo mismo, subrayamos, que de antaño era primero el hombre y luego la condición, en el momento presente, existe la condición y luego el hombre queda encuadrado en ella.

El estado impropio, que creemos aplicable al heredero cuando ostentando una cualidad personal, además de jurídica, es decir, aparte de tener el título formal que le habilita como sucesor hereditario, tiene una cualidad para cuando ese título quede momentáneamente en pendencia, de donde la cualidad permanece y hasta actúa a los efectos que le sea favorable jurídicamente a la herencia, por ello la denominamos impropia, porque aún tomándola en consideración el ordenamiento jurídico, sólo obedece a situaciones de pendencias testamentarias, así lo entendió el Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de octubre de 1950: «*La condición de heredero fundada en un título legítimo puede invocarse contra todos y otorga al que la ostenta, mientras tal título no se anule, todos los derechos y acciones que de dicha condición deriven*»,

II. LA VOCACIÓN: INTRODUCCIÓN

No basta que el causante haya fallecido, ni tampoco que éste haya designado heredero o legatario, sino que además, éstos últimos sean llamados a la herencia, como señala ROCA SASTRE (40), para que exista la delación, ha de

(39) «El moderno concepto de la personalidad y de la teoría de los "estados" en el derecho civil actual», *RDP*, 1943, págs. 12-14.

(40) «La designación, la vocación y la delación», *Estudios sobre sucesiones*, *op. cit.*, págs. 40 y ss. SOPEÑA TOMÁS, J., *op. cit.*, pág. 115. HERNÁNDEZ GIL, A., *op. cit.*, págs. 493-497.

existir una vocación previa, como fundamento jurídico de la voluntad del testador manifestada en testamento y en su defecto la intención de la ley, esto es, llamar a la herencia a los designados; con acierto dice BELTRÁN DE HEREDIA (41), «la vocación constituye verdaderamente el punto central del fenómeno sucesorio, respecto al momento sólo preliminar de la designación y sólo resolutive de la adquisición».

En el Derecho de Roma, la transformación familiae-pecuniae (herencia), en *nomen iuris* (entidad jurídica), se produce la prevalencia de la voluntad del causante en instituir o desheredar, hecho éste que a nuestro modo de ver la historia, nos hace pensar que la herencia descansaba en la institución del causante (42).

El ánimo compilador de los juristas bizantinos constata esta prevalencia del testador, Novela 48 de Justiniano: «*Nostris videtur legabus unam quodam modo personam heredes et qui in eun transmittit hereditatem*».

Fue pues por influencia del ius-naturalista-pandectista, cuando el protagonismo de la herencia la adquiere el heredero, posiblemente decimos nosotros, por entender los precodificadores que es en el heredero y no el causante donde debe gravitar la herencia, así tenemos las llamadas teorías de la: «**Representación, Continuidad e Identificación**» (43), todas ellas con idéntico origen, éste es: La Novela 48 de Justiniano, pero con distinto fundamento, pues en ellas se viene a entender que el heredero continua o bien representa al causante aún después de su muerte. El desarrollo legislativo posterior se bifurca en los sistemas germano y romano (44), ambos entienden que el heredero ha de ser llamado, pero este acto se hace más patente en el sistema romano, aunque se prescinde por los legisladores de fundamentar la vocación y se entiende que llamar a la herencia está en la delación, cuestión esta que es pues constatable en la legislación comparada (45), pero no quiere ello decir que sea exacto pues si se designa a una persona, lógico es pues que se le llame a la herencia.

No obstante, la necesidad de convocar a los herederos es cuestión pacífica en la doctrina (46), sin embargo, lo que si es discutido en la dogmática, preferentemente italiana, si debe delimitarse vocación de delación, o por el contrario son términos equivalentes, o destacar uno de ellos, lo que ha dado origen a tres teorías, a saber.

(41) «Naturaleza jurídica del acrecimiento hereditario», *RDP*, 1955, pág. 1119. *El Derecho de acrecer (negocios Inter vivos y monis causan)*. Madrid, 1956, cap. III, págs. 57-78.

(42) GAYO, 11-224; ULPIANO, XI-14; *Inst. de Justiniano*, 11-22; D: 28,1,1.

(43) FERRARA, F., *op. cit.*, pág. 325.

(44) ROCA SASTRE, R. M., «Crítica Institucional del Código Civil», *Estudio sobre sucesiones*, Madrid, 1989, págs. 42 y ss.

(45) Artículo 720 del Código Civil italiano de 1865, artículo 457 del Código de 1942.

(46) SAPENA TOMÁS, J., *op. cit.*, pág. 114.

1. TEORÍA POSITIVA: «ADMITE LA SEPARACIÓN ENTRE VOCACIÓN Y DELACIÓN»

Tesis representada por BETTI (47), vocación: es el título o fundamento jurídico por el que es llamado el sucesor a la herencia del causante, delación: es un acto ulterior, consistente en el efectivo ofrecimiento de la herencia. Para BIANCA (48): vocación y delación no tiene comprobación en la ley, pero la vocación indica un efecto derivado del título legal o testamentario donde el sucesor es llamado a la sucesión, lo que quiere decir que existe delación a su favor y por tanto atribución. Afirma TRABUCCHI (49), vocación: es la llamada efectiva, o fundamento jurídico que da vida a la delación. Por su parte RUGGIERO (50), vocación: es el llamamiento hecho a determinada persona, delación: es la posibilidad concreta y virtual de hacer propia la herencia. Para CARIOTA FERRARA (51), vocación: es llamamiento habido tanto en testamento, como en la ley, delación: es atribución al llamado del derecho a suceder. Escribe BARBERO (52), la vocación no quiere decir que el llamado sea heredero, sino simplemente tiene la posibilidad de suceder, la delación: es la puesta a disposición del llamado de la herencia. Para MESSINEO (53), vocación hereditaria (llamamiento), significa que alguien está destinado a adquirir la cualidad de heredero, delación (ofrecimiento), cuando es puesta a disposición del heredero. ANDREOLI (54), delación es la consecuencia de la vocación y ésta es el título para suceder.

2. TEORÍA NEGATIVA: LA VOCACIÓN ES UN TÉRMINO EQUIVALENTE A LA DELACIÓN

Representada por NICOLÓ (55), vocación en sentido subjetivo: título que legitima al destinatario para la adquisición, en sentido objetivo (delación): posición jurídica que media entre la muerte del causante y la aceptación. IOFRIDA (56), vocación es el aspecto subjetivo o llamamiento efectivo, dela-

(47) *Diritto de Successione*, citado por GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., *op. cit.*, pág. 81.

(48) *Diritto Civile*, tomo 2.º, Milán, 1981, pág. 367.

(49) *Instituciones de Derecho civil*, tomo II, traducción de la decimoquinta edición italiana, con notas y concordancias por L. MARTÍNEZ-CALCERRADA, Madrid, 1967, pág. 375-376.

(50) *Instituciones de Derecho civil*, traducción de la cuarta edición italiana por SERRANO SUÑER-SANTA CRUZ TEJEIRO, tomo II, vol. II, Madrid, 1978, pág. 324-325.

(51) *Successioni per causa di morte*, tomo 1-1º, Milán, 1955, págs. 79 y ss.

(52) Tomo V, *op. cit.*, pág. 17.

(53) *Manual de Derecho civil y comercial*, traducción de SENTÍS MELENDO, tomo VII, Buenos Aires, 1956, pág. 36 y 38.

(54) «La vocazione hereditaria», *Studi Sinessi*, 1949, pág. 189 y ss.

(55) *Op. cit.*, pág. 34 y ss.

(56) *Op. cit.*, pág. 123.

ción o aspecto objetivo, es el momento en que se pone a disposición del llamado. Cicu (57): delación y vocación son términos equivalentes, pero añade, designación no es delación y la vocación no existe, la designación la efectúa el testador o la ley, la vocación, persona a la que va la herencia y delación, situación en que se encuentra la herencia. COVIELLO (58): equipara los términos vocación a delación.

3) TEORÍAS INTERMEDIAS

3-1) *Destaca la delación*: BARASSI (59): delación atribuye la condición de heredero, teniendo lugar en el momento de la apertura a la sucesión. ROTONDI (60): delación, puede ser inmediata, o de pleno derecho, lo que supone que el heredero es titular de las relaciones jurídicas patrimoniales, y de mediato, o aceptación ulterior expresa o tácita donde asume la cualidad de heredero.

3-2) *Destaca la vocación*: BRANCA (61): vocación o llamamiento de un sucesor, acto inmediato a la apertura en donde la ley o el testamento actúa como calificativo jurídico del designado por el testador. SANTORO PASSARELLI (62): Son distintos la vocación testamentaria de la legal, por cuanto atiende a distintas fuentes. La fuente de la vocación legal es la ley, la fuente de la vocación testamentaria es la autonomía privada.

En la doctrina española se ha planteado con rigor dogmático la distinción entre: vocación delación (teoría positiva), tal vez, lo que ha ocurrido, es que se ha prescindido de su aplicación, así LACRUZ (63), BELTRÁN DE HEREDIA (64), SAPENA TOMÁS (65), VALLET DE GOYTISOLO (66), DÍEZ PICAZO Y GULLÓN (67), CAPILLA (68), PUIG PEÑA (69), GARCÍA GARCÍA (70), han estimado que para la

(57) *Op. cit.*, pág. 91.

(58) *Successioni legittima e necessari*, Milán, 1938, pág. 95.

(59) *Instituciones de Derecho civil*, traducción y notas de GARCÍA DE HARO Y FALEÓN, tomo I, Barcelona, 1955, pág. 374.

(60) *Instituciones de Derecho privado*, traducción F. Villavicencio, Madrid, 1953, pág. 604.

(61) *Instituciones de Derecho privado*, traducción de la sexta edición italiana de P. MACEDO, México, 1978, pág. 561.

(62) *Op. cit.* pág. 196.

(63) LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, págs. 44-45. LACRUZ-ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 157.

(64) *Op. cit.*, págs. 1.119-1.120.

(65) *Op. cit.* págs. 113-116.

(66) *Panorama del Derecho de Sucesiones*, tomo II, Madrid, 1984, pág. 295.

(67) Sistema IV, *op. cit.*, pág. 329.

(68) LÓPEZ, ROCA, VALPUESTA, MONTES y otros, *Derecho de Sucesiones*, Valencia, 1992, pág. 74-76.

(69) *Tratado de Derecho Civil español*, tomo V, vol. II, *Sucesiones*, Madrid, 1963, pág. 21.

(70) *La sucesión por Derecho de transmisión*. Madrid, 1996, pág. 152-156.

existencia de un heredero, no sólo es necesaria la muerte del causante, sino que exista un llamamiento (vocación), pero además, se le ha de ofertar (deferimiento), poner a disposición del llamado para aceptar o repudiar la herencia. Así lo tiene entendido la doctrina del Tribunal Supremo en su sentencia de veintiuno de marzo de 1968: «*Que la sucesión «mortis causa» de los derechos se opera a través de la vocación o llamamiento a una eventual sucesión, la delación u ofrecimiento de la herencia, y la adquisición o perfección del derecho hereditario*». En efecto, explica BINDER (71), la vocación no supone la posibilidad de adquirir la herencia por medio de una previa manifestación de la voluntad, sino viene a significar un supuesto de hecho, el ser llamado, encerrando un contenido propio que expresa el fundamento jurídico «*ex ante*», representado por el título (72), que en su virtud y a través del cual el designado es llamado a la herencia; añadiendo ROCA SASTRE (73), en la vocación surte efectos jurídicos mediante una predisposición que el particular sujeto tiene como llamado por el testador o por ley, no entendida como algo existente en el sujeto (74), sino como una fase que da derecho a la herencia, por ser el llamamiento fundamento jurídico que legitima al designado para actuar una vez sea convocado (75), «*ex voluntate*», o bien, «*ex lege*» a la sucesión; con acierto afirma SAPENA TOMÁS (76), la vocación se hace al que resulta designado a suceder, es la indicación de la persona a la que va la herencia; con mayor precisión podríamos añadir con GARCÍA GARCÍA (77), la vocación da lugar a una situación jurídica interina (título), a favor de los sucesores, su resultado no determina una adquisición definitiva de los derechos sucesorios, sino el comienzo mediante el llamamiento que se concreta en la delación.

Vocación lleva implícita una aptitud especial, previa a la delación y ésta es su presupuesto (78), independiente en el tiempo, de tal modo que no hay delación si antes no ha habido vocación, pero no al contrario, pues la vocación es el llamamiento a un derecho o a una situación jurídica por una especial designación de ese derecho o situación que ejerce sobre el sujeto instituido (79).

(71) Derecho de Sucesiones, traducción y anotaciones de J. L. LACRUZ, Barcelona, 1953. pág. 25.

(72) CARIOTA FERRARA, L., *op. cit.*, pág. 79. TRIMARCHI, A., *op. cit.*, pág. 20. MESSINEO, F., *op. cit.*, págs. 36-38. SAPENA TOMÁS, J., *op. cit.*, pág. 113.

(73) *Op. cit.*, pág. 139.

(74) MORENO, F., *op. cit.*, pág. 374.

(75) ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho civil. Derecho de Sucesiones*, tomo V, cuarta edición, Barcelona, 1991, pág. 33. BELTRÁN DE HEREDIA, P., *op. cit.*, pág. 1.127.

(76) *Op cit.*, pág. 115.

(77) *Op cit.*, págs. 153 y 155.

(78) LACRUZ-ALBALADEJO, *Derecho de Sucesiones*. Tomo V-1º, Barcelona, 1961, pág. 131-151.

(79) SAPENA TOMÁS, J., *op. cit.*, pág. 113.

Tal vez por ello estimamos acertada la tesis sostenida por GARCÍA GARCÍA (80), en el sentido de que la vocación no es transmisible, es decir, no se transmite el llamamiento, pero sí la situación que de ella deriva, aclarando el autor, que no se transmite la vocación, ni la delación, sino lo que hay es una sucesión en los derechos derivados de la misma. En efecto, nosotros entendemos, que la vocación no es transmisible, porque ello supone la primera fase del proceso sucesorio una vez fallecido el testador, consistente en convocar al designado mediante título testamentario, o bien, título legalmente previsto, no así los derechos derivados de la misma, ya que la vocación o llamamiento de un sujeto a la herencia es personalísimo y para el eventual supuesto de premoriencia hay una segunda vocación, bien testamentaria (sustitución), bien intestada (en defecto de la anterior), así pues, no hay derechos derivados, porque el sustituto no hereda en representación, sino en defecto de que no quiera o no pueda, como tampoco el heredero intestado, que viene a ocupar una vacante no un derecho, en cambio, producida la vocación, pero no la delación, ésta sí puede ser transmisible como tendremos ocasión de exponer más adelante.

Ahora bien, contemplando al heredero como sujeto particularmente habilitado por un título formal (testamento), en tanto no manifieste su voluntad de aceptar o repudiar la herencia a él deferida, puede enajenar la atribución hereditaria que dicho título contempla, pero existen determinadas situaciones jurídicas impuestas por la voluntad del causante que limitan la capacidad, por ello dividimos la vocación en testamentaria y legítima, y dentro de la primera, examinamos los supuestos que a mi parecer, pueden limitar la capacidad del heredero.

A) Vocación testamentaria

Puede ser definida como: «Aquella fase del proceso sucesorio que dimana de la voluntad unilateral del causante, por cuya virtud se le atribuye a los designados testamentarios el fundamento jurídico que les legitima para actuar en la sucesión». Concretando, añadimos: «La designación es atribución y ésta se concreta en la vocación estableciendo a favor del favorecido los efectos del llamamiento».

Así, en el primer inciso del artículo 668 del CC, cuando señala: «El testador puede disponer de sus bienes a título de herencia o de legado»; de igual modo, el primer inciso del artículo 658 del CC, «La sucesión se defiende por voluntad del hombre manifestada en testamento», in fine del artículo 991 del CC... «y de su derecho a la herencia»; deducimos que fallecido el causante

(80) *Op cit.*, págs. 161-162. En sentido contrario, ALBALADEJO GARCÍA, M., «La sucesión *iure transmissionis*», *ADC*, 1952, pág. 946. BARBERO, D., *op. cit.*, pág. 38.

se llama a la herencia a los designados testamentarios, que como negocio jurídico complejo, puede comprender disposiciones y declaraciones de muy diversas índole.

En el Derecho de Roma la designación dependía del testador (*nomen heredes*), adquiriendo el sucesor el todo o parte, por el solo hecho de que el causante establecía la condición de heredero, en nuestro derecho se pierde el formalismo del Derecho romano, dando paso al elemento intencional o voluntarista del testador, en orden a la atribución al beneficiario del carácter de heredero o legatario, este carácter, viene determinado por el llamamiento (vocación), de los herederos a una particular situación jurídica, que no supone adquisición, sino una convocatoria para actuar conforme a la voluntad del testador.

Como regla general la vocación testamentaria es única, esto es, se llama a la herencia al designado por el causante, lo que la doctrina indistintamente suele denominar: «**vocación objetiva directa**» (81), «**vocación con delación inmediata**» (82), «**aspecto subjetivo de la delación**» (83), «**vocación objetiva**» (84) «**vocación efectiva**» (85), denominaciones todas ellas que quieren decir: Se convoca a la herencia a quién previamente ha sido designado por su predecesor. Excepcionalmente, y para cuando premuera el llamado, artículo 1.006 del Código Civil, estamos ante una: «**vocación automática**» (86), pues fallecido el convocado a un herencia, sin aceptar ni repudiar, pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía; pero si está prevista la sustitución por el testador, artículo 774 del Código Civil, estamos ante una: «**vocación simultánea**» (87), pero puede ocurrir que exista en el llamamiento una repudiación expresa, artículo 1.088 del Código Civil, sin herederos ni sustitución, de donde la cuota acrecerá en los demás coherederos, artículo 981 y 982 del Código Civil, y sería un supuesto de: «**vocación sucesiva**», pues como afirma ROGEL VIDE (88), antes de la aceptación no se tiene todavía la titularidad del patrimonio hereditario y, por consiguiente, el llamado que repudia no abandona algo que ya había sido puesto a su disposición, por tanto no deja de ser llamado, no

(81) SAPENA TOMÁS, J., *op. cit.*, pág. 117.

(82) ROCA SASTRE, R. M., «La designación, la vocación y la delación sucesorias», *op. cit.*, pág. 142.

(83) Cicu, A., *op. cit.*, pág. 172.

(84) NICOLÓ, R., *op. cit.*, pág. 14.

(85) LACRUZ-ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 161. GARCÍA GARCÍA, J., M., *op. cit.*, pág. 154.

(86) GARCÍA GARCÍA, J. M., *op. cit.*, pág. 163, aunque también la denomina: «situación jurídica de la vocación».

(87) GARCÍA GARCÍA, J. M., *op. cit.*, pág. 154. Denominada por este autor: vocación eventual. ROCA SASTRE, R. M., *op. cit.*, pág. 142. Lo entiende como: vocación con delación deferida.

(88) «Renuncia y repudiación de la herencia», *RGLJ*, 1989, pág. 251. Resolución de 25-11-1942 de la DGRN.

la extingue, sino realiza una facultad o poder que va a recaer sobre otros herederos (89). Extraordinariamente, son los supuestos de: «**vocación continua**», que se producen en las sustituciones fideicomisario y los fideicomisos de residuo, porque en ambos se llama en primer lugar a un heredero (fiduciario), fallecido éste, se llama a un segundo heredero (fideicomisario).

La designación ha de ser libre y voluntaria, y para que ésta tenga plena validez y efectividad, el instituido debe tener capacidad para suceder (testamentificación pasiva) (90), siendo la regla general, que los instituidos no estén incapacitados, artículo 744 del Código Civil, es pues, en principio, heredero o legatario, cualquier sujeto de derecho, tanto físico como jurídico, artículo 38 del Código Civil, que exista el heredero y que haya fallecido el causante, artículo 33, 190 y 758 del mismo Cuerpo legal, estableciendo el artículo 750, la certeza del designado, pudiendo ser ésta nominal, es decir, que figure el nombre y apellidos, artículo 722 del Código Civil, lo que no impide que se pueda realizar la omisión por el testador del nombre y apellidos, siempre que no haya duda sobre la persona designada, párrafo 2.º, del artículo 772 del Código, del mismo modo, y ante el error en el nombre no vicia la institución, siempre que se pueda constatar la certeza del instituido, artículo 773 del Código Civil.

B) VOCACIÓN LEGÍTIMA

En defecto de la designación testamentaria, es la voluntad de la Ley la que nombra herederos, así el artículo 658 del Código: «*La sucesión se defiende por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de ésta, por designación de la Ley*». Comentando el precepto transcrito el profesor ALBALADEJO (91), ha señalado, en efecto, más que referirse a la situación objetiva de herencia, es a persona o personas a las que es dada la posibilidad de ser llamada, es decir, se contempla la vocación o llamamiento a la herencia.

En efecto, es pues en la vocación legal donde el designado por ley es instituido heredero, obvia decir, que por la voluntad de la ley, no cabe herederos condicionados, ni sustituciones, tampoco legados, pero el supuesto normal en este tipo de vocaciones, es la premoriencia del llamado, así el artículo 924 del Código, dispone: «*Llámanse derecho de representación el que tienen los parientes de una persona para sucederle en todos los derechos que tendría si viviera o hubiera podido heredar*». Como dice el profesor LACRUZ (92), en virtud del cual cuando una persona no llega a heredar por haber fallecido antes

(89) LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 18. En sentido contrario, GALVÁN GALLEGU, A., «El destino de la herencia repudiada», *RDP*, 1995, pág. 900.

(90) OSSORIO MORALES, J., *op. cit.*, pág. 183.

(91) *Anotaciones al Derecho de Sucesiones* de A. Cicu, *op. cit.*, pág. 93.

(92) LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 59.

que el causante, la ley permite en la sucesión intestada que los ascendiente ocupen su lugar y grado, exceptuando el supuesto de repudiación, artículo 923, la representación se da a favor de los descendientes del heredero fallecido, artículo 925 y 927 del Código, siendo su efecto la división por stirpe.

La representación es propia de la sucesión deferida por ley (93), no obstante, y tras la reforma por Ley de trece de mayo de 1981, donde modificó sustancialmente el régimen de preterición (94), dando una nueva redacción al párrafo tercero, del artículo 814: «*Los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, representan a éste en la herencia del ascendente y no se considerarán preteridos*»; norma ésta, que viene a admitir el derecho de representación en la sucesión testada, pero sólo referida al supuesto de premoriencia y no para la desheredación e indignidad, artículo 766 en relación con los artículos 761 y 867 (95), luego su finalidad es evitar las consecuencias de la preterición de la stirpe del legitimario que falla (96), evitando de este modo la posible anulación total o parcial del testamento introduciendo en nuestro Código el derecho de representación en la porción hereditaria, es decir, la porción vacante en su integridad que pasa a los descendientes del llamado premuerto (97).

A mi parecer, la representación en la sucesión legítima tiene naturaleza «*ex lege*», pero evidentemente hay algo de «*conversión*», si por tal entendemos como el cambio que se produce ante el llamado que no sucede pasando su cuota a su heredero; pero obviamente, hay algo también de «*subrogación*», si por tal apreciamos ingreso o elección de un sujeto en la misma condición de su anterior; pero en ambos casos no sería posible si no está prevista por ley, artículo 924 del Código Civil: «*Llámanse derecho de representación el que tienen los parientes de una persona para sucederle en todos los derechos que tendría si viviera o hubiera podido heredar*».

IV. LA DELACIÓN

El problema de la delación estriba a mi entender, si ha de considerarse como un acto o un derecho, dentro del proceso sucesorio, o si por el contrario, se trata de una adquisición o bien está relacionada con la aceptación.

Como primera aproximación de este embate se puede señalar que todos están relacionados, pero se hace necesario averiguar el porqué.

(93) LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 62.

(94) MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C, *Preterición y derecho de representación, en el artículo 814,3 del Código Civil*, Servicio de Publicaciones Universidad de Extremadura, 1991, pág. 26.

(95) MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ C, *op. cit.*, pág. 75.

(96) MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ C, *op. cit.*, pág. 75-76.

(97) MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ C. *op. cit.*, pág. 98-99.

Así sabemos que hasta el siglo I, d.C., los herederos romanos eran de dos clases (98): voluntarios y necesarios; los primeros, una vez designados por el testador eran convocados, para después ofrecerle la herencia, procediendo a la adición o repudiación en su caso (99), los segundos, a la muerte del causante los herederos adquieren la herencia (100), sólo después ante el Pretor se les podía conceder el beneficio de abstención (101). Por tanto, existen dos modalidades: «*ofrecimiento (delación)-aceptación (acto)*»; «*adquisición (delación)*», la diferencia es obvia, en la delación sólo le es ofrecida la herencia teniendo después que optar entre adir o repudiar (102), en la adquisición, como su nombre indica, se adquiere la posesión y se confunden lo heredado con lo propio, teniendo la posibilidad de pedir la separación de patrimonios ante el Magistrado o bien obtener el beneficio de abstención (103). En el heredero necesario no cabe la separación «delación adquisición», pues una y otra tienen lugar simultáneamente apenas muera el causante, en cambio, el heredero voluntario, existe dicha separación, pues una vez deferida, el instituido puede ejercer sus derechos de aceptar o repudiar.

A finales de la República surge el «*spatium deliberandi*», consistente en que los acreedores o legatarios, conceden un plazo a los herederos de cien días para aceptar, en caso contrario se entiende repudiada la herencia; o bien, un *interrogatio in iure* de «*an heres su*» de donde si el heredero no acepta, el Pretor ofrece la herencia a otras personas, o en ejecución concursa (104). A partir de la época del emperador Adriano (105), se generaliza el beneficio de inventario, continuado por el emperador Gordiano, y perfeccionado en la época del emperador Justiniano (106), por su virtud el heredero que lo formulase a partir de la delación y a su favor no quedaba sujeto a la responsabilidad «*intra vires*», siendo por tanto incompatible con la «*spatium deliberandi*», pues quien solicitaba uno, no podía solicitar el otro expediente.

En el medievo francés, el Derecho tuvo un desarrollo desigual, pues en la parte meridional (107), se produce una recepción del Derecho romano, y en la parte septentrional, se desarrollará el Derecho de costumbre (108).

(98) GAYO, 11-152.

(99) GAYO, 11-162.

(100) GAYO, 11-157; D: 38,16,14.

(101) GAYO, II-158, D: 29,2,11.

(102) ROCA SASTRE, R. M. «Crítica institucional del Código Civil», *Estudios sobre sucesiones*, Madrid, 1981, pág. 42-59.

(103) GAYO 11-158; D: 29,5,57.

(104) D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1991, pág. 299.

(105) GAYO 11-163.

(106) Cod. 6,30,22.

(107) KOSCHAKER, P., *Europa y el Derecho Romano*, traducción de SANTA CRUZ TEJEIRO, Madrid, 1955, pág. 102.

(108) KOSCHAKER, P., *op. cit.*, pág. 218. Para este romanista en la Francia medieval se divide en dos: *droit écrit*, y *droit coutumaire*, en el siglo XII-XIII, surgen los logista,

Centrándonos en el conocido adagio: *Le mort saisit le vif* (109): «El heredero adquiere automáticamente, no solo la posesión, sino la propiedad, siendo responsable de las deudas hereditarias, tanto con los bienes heredados, como los suyos propios» (110). Sistema denominado franco-germano, pues fue incorporado al artículo 724 del Codex (111), y a los artículos 857, 1.942 1.944 del BGB alemán, éste último, con la particularidad» (112), de que el heredero adquiere provisionalmente (113): sistema de delación automática, esto es, el heredero se convierte en tal por la sola muerte del causante, pero el derecho sustantivo le otorga la doble posibilidad de aceptar o repudiar la herencia, en aquélla, se convierte en heredero efectivo, en ésta, deja de serlo.

La diferencia nos la explica POLACCO (114), en el sistema francés la aceptación no cumple una función necesaria, en el sistema germano, es un acto que ratifica el heredero en su condición o la dimisión de tal carácter.

Frente a éste, está el sistema romano-latino, artículos 2.011, 2.021, 2.027 del Código Civil portugués; **457-459** del Código Civil italiano; **440, 661, 657, 988 y 989** del Código Civil español (115).

doctos en Derecho romano que se encargaron de difundir el derecho escrito por la región, pero en el siglo XIV, en París, se forma un estamento de juristas prácticos, de igual modo formados en Derecho romano, pero aplicaban el Derecho nacional, no es que opusieran a la recepción, sino a sus consecuencias: «Poder espiritual y cultura»; por ello hacen imposible su aplicación, conservando el Derecho nacional que posteriormente se constituirá en jurisprudencia que a su vez se aplicará en la elaboración de la *droit frangais commun*.

(109) *Le mort saisit le vif, son plus proehain heritier habile á luy succeder*. Coutume de Lorris-Orleans, cap. XII, art. 6.^o.

(110) DE BUEN, D., *Anotaciones al Curso Elemental de Derecho Civil de Colin-Capitant*, tomo VII, tercera edición, Madrid, 1988, pág. 131. GARCÍA VALDECASA, G., «La adquisición de la herencia en Derecho Español», *RDP*, (28), 1944, pág. 100. Cicu, A., *Derecho de Sucesiones*, op. cit., pág. 335. ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho civil español*, vol. V, «Sucesiones», quinta edición, Madrid, 1978, pág. 44. POLACCO, V., *De las sucesiones*, traducción de SENTÍS MELENDO, Buenos Aires, s.f., tomo II, págs. 27 y ss.

(111) *Les heritiers legitimes sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du defunt, sous l'obligation d'aequitter toutes les charges de la succession*.

(112) Sobre el conocido adagio germano: *Der todte erbt den lebendigen*.

(113) ENNECCERUS-WOLF-KIPP, *Tratado de Derecho civil. Derecho de sucesiones*, tomo V-1.^o, op. cit., pág. 23.

(114) *Op. cit.*, pág. 29 y ss.

(115) En nuestra patria surgió la polémica en torno a si el sistema seguido por el Código Civil es romanista, siendo sus partidarios: DE BUEN, D., op. cit., pág. 211. TRAVIESAS, M., «Sobre el derecho hereditario», *RDP*, 1926, pág. 8. ROCA SASTRE, R. M., «La adquisición y la repudiación de herencia en el Derecho común y en el Derecho foral», *Estudios de Derecho Privado*, op. cit., pág. 14. *Anotaciones al Derecho de Sucesiones de T. KIPP*, op. cit., pág. 26. ROYO MARTÍNEZ, M., *Derecho sucesiones mortis causa*. Sevilla, 1954, pág. 41. LACRUZ BERDEJO, *Anotaciones al Derecho de Sucesiones*; J. BINDER, op. cit., pág. 26. LACRUZ-SANCHO, op. cit., pág. 41. RIARA AÍSA, «Adquisición hereditaria», *NEJ*, tomo II, pág. 418. ALBALADEJO GARCÍA, M., «La adquisición de la herencia en el Derecho Español», *ADC*, tomo VIII, 1955, pág. 3. MARTÍN BLANCO, G., «La adquisición de la herencia en el Código Civil español», *RGLJ*, tomo 33, 1956, pág. 45. VALLET DE GOYTÍ-

De los cuales destacamos los artículos 657-661 del Código Civil patrio, dispone el primero: «*Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de la muerte*»; del segundo, cuando dice: «*Los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones*»; de éste, nos dice la vinculación de la adquisición con la apertura, de aquél, como comenta el profesor Albaladejo» (116), «la transmisión no existe porque los derechos no pasan del causante al llamado si éste no ha aceptado». Preceptos por otro lado, que han sido la base de la polémica en nuestro Derecho sucesorio, entre los partidarios si nuestro sistema es de corte germanista o romanista» (117), en tal sentido, y con acierto dice el profesor LACRUZ (118), «la solución es si en nuestro derecho sustantivo la aceptación es exigible para adquirir la herencia», así la sentencia de diecinueve de octubre de 1963, señaló: «*El momento en que la sucesión se transmite con referencia al heredero, transmisión que no puede tener inmediata efectividad, por requerir la aceptación de la herencia*»; con mayor rigor la sentencia de diez

SOLO, J., *Panorama del Derecho de sucesiones*, tomo II, pág. 429. La tesis germanista está representada por GARCÍA VALDECASAS, G., *op. cit.*, pág. 104. COSACK, C., «El Derecho hereditario, según los principios del Código Civil alemán, comparados con los del Derecho español», traducción de W. ROCES, *RDP*, 1923, pág. 123. GITRAMA GONZÁLEZ, M., *La Administración de la herencia en el Derecho español*, Madrid, 1950, pág. 32. La tesis mixta, es defendida por SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, cuarta edición, tomo V, Valladolid, 1920, pág. 497. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, tomo VI, vol. 1, octava edición revisada por J. M CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, 1978, pág. 135.

(116) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo IX, vol. 1.º-A, Madrid, 1990, pág. 2.

(117) En materia de adquisición hereditaria existen dos sistema, el denominado germano y el históricamente conocido por romano, el primero, conocido así por su opuesto al romano, además, de predominar el linaje de la primitiva legislación alemana. En este sistema, una vez fallecido el causante, el heredero adquiere automáticamente (*ipso iure*), sin necesidad de acto alguno que lo legitime, la delación es automática, pues se efectúa a favor de quién es legitimario, pudiendo posteriormente aceptar la herencia y con ello confirmación su condición, o repudiarla, en cuyo caso se entiende que nunca ha sido heredero, es decir, se es heredero desde la muerte del causante a reserva de repudiar o aceptar la herencia.

El sistema romano, por el contrario, la delación no otorga la titularidad al heredero, sino que, deberá efectuar una aceptación de la herencia, aquí el derecho sustantivo otorga una doble posibilidad, aceptar beneficiaria o pura y simple. La delación se entiende aquí como una oferta, o llamamiento a ser heredero, en la aceptación es la constatación de la condición.

En la delación es donde puede el heredero manifestar su voluntad de aceptar o repudiar, que al ser tratado ambos actos en un mismo plano dio origen a la herencia yacente, referido al período comprendido entre ofrecer y aceptar, cuestión que no se da en el sistema germano, pues aquí, la herencia queda en una situación de profesionalidad, mientras que en el sistema romano, queda la herencia en situación yacente y el heredero ostentando una cualidad.

(118) LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 46.

de octubre de 1981: «*Nuestro ordenamiento seguidor del sistema romano, la herencia no se adquiere por el solo hecho de la delación, sino que ha de ser contemplada por la aceptación*».

En efecto, la exégesis de ambos preceptos nos llevaría ante dos artículos innecesarios por reiterativos, pero ante una interpretación aislada de cada uno, destacamos del artículo 661, el aspecto subjetivo: *los herederos suceden*; y del artículo 657, el aspecto objetivo: *los derechos de sucesión*; ahora bien, si el artículo 657, transmite los derechos del causante, no tiene sentido el artículo 661, pues el heredero sucede en los derechos y obligaciones, si el artículo 661, admite la totalidad hereditaria, se contrapone al artículo 657, que dispone la sucesión en los derechos. Por ello creemos que la solución a éste embate nos la proporciona el profesor LACRUZ (119), pues en su opinión el artículo 657, relacionado con el artículo 440, señala el momento de la muerte del causante como determinante de la transmisión hereditaria; del artículo 661, viene a determinar el momento de la muerte del causante como efecto de la vocación, así lo entendió el Tribunal Supremo en su sentencia de veinte de mayo de 1982: «*El artículo 661 no es suficiente para dar la cualidad de responsable frente a los acreedores del causante si no se completa con lo dispuesto en el artículo 989 para la aceptación*».

Los artículos 657-661 del Código son preceptos que proclaman disposiciones generales y abstractas (120), que operan dentro de un sistema, el artículo 657 fija la muerte del causante, y el 661, fija la muerte del titular como hecho de la sucesión, puesto en relación con el artículo 988, donde califica la aceptación y repudiación de la herencia como actos enteramente libres y voluntarios, y éste con el artículo 989, donde retrotrae los efectos de la aceptación o repudiación de la herencia al momento de la muerte del causante, resulta con todo ello que la adquisición hereditaria no se produce hasta que haya tenido lugar la aceptación, luego por la delación no se adquiere, sino que le es ofrecido, un efectivo, actual y concreto derecho, con posibilidad inmediata de aceptar y consiguientemente repudiar (121). Como ha señalado MESSINEO (122), la delación es cuando efectivamente atribuya la herencia, esto es, puesta a disposición de manera que pueda subentrar en el lugar del difunto, sus efectos solo tiene lugar en un momento posterior, es decir, cuan-

(119) LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, págs. 46-47.

(120) ROCA SASTRE, R., M., «*La Adquisición y repudiación de la herencia*», *op. cit.*, pág. 12. MARTÍN BLANCO, G., *op. cit.*, pág. 56.

(121) ESPÍN CÁNOVAS, D., *op. cit.*, pág. 47. O'CALLAGAN MUÑOZ, X., *Derecho de sucesiones*, tomo V, *op. cit.*, pág. 40. TRIMARCHI, A., *Instituciones de Derecho privado*, *op. cit.*, pág. 375.

(122) *Op. cit.*, pág. 38. ANDREOLI, M., «*La vocazione ereditaria*»: *Studi Sinessi*, Siena, 1940, pág. 14. ROCA SASTRE, R., «*La designación, la vocación y la delación sucesorias*». *Estudios sobre sucesiones*, Madrid, 1981, pág. 139.

do con la aceptación se haya efectuado la declaración expresa o tácita de que se quiere asumir la condición de heredero; como acertamente señala el profesor LACRUZ (123), la delación supone un paso más en la posibilidad inmediata de aceptar la herencia.

La delación es una oferta (124), consistente en poner la herencia a disposición del llamado, es entrar por efecto de la *defere* en la esfera patrimonial del causante, es pues un momento autónomo (125), de contenido y características propias; como dice PUIG PEÑA (126), la delación es una situación jurídica perfectamente delimitada en la sucesión, pues efectuado el llamamiento voluntario o legal entra en el proceso la delación como atribución efectiva y actual de la cualidad de heredero; la delación es un efecto de la vocación, diría Barbero (127), pues no hay delación sin vocación ya que se es llamado por expresa voluntad del causante o en su defecto por ley, para atribuirle la herencia mediante el ofreciendo. La delación, que a mi parecer, consiste en un derecho que se agota en sí mismo, como determinante de una situación en la que el sujeto por su voluntad incide en una esfera jurídica en sentido positivo (aceptar) o negativo (repudiar). Por ello discrepamos de la consideración de que la delación es un acto (128), entendido éste como efectivo y concreto llamamiento de determinada persona a recoger la herencia causada, de entenderlo así, decimos nosotros, habría que saber de antemano de que acto hablamos, —afirmativo, declarativo, personalísimo, extraordinario, etc.—, lo que supondría pues un comportamiento o conducta exterior y con relevancia en el Derecho y confirmado por el sujeto mediante su voluntad, además, predeterminado por ley. La delación, tiene su efecto en la voluntad del sujeto llamado, pues puede optar en repudiar o aceptar y una vez efectuado entra el efecto previsto en la Ley. Tampoco estimamos la delación como poder (129), pues en tal sentido supondría una facultad, que como escribiera RUGGIERO (130), «*facultas adquirendi*», expresado como derecho de adquirir, esto es, un poder especial y autónomo para tutelar un interés supe-

(123) LACRUZ-ALBADALEIO, *Op. cit.*, pág. 131.

(124) Cicu, A., *op. cit.*, pág. 91. PUIG PEÑA, F., *op. cit.*, pág. 17.

(125) ANDREOLI, M., *op. cit.*, pág. 196. TRIMARCCHI, P., *op. cit.*, pág. 376. PUIG PEÑA, F., *op. cit.*, pág. 22.

(126) *Op. cit.*, pág. 3 y ss.

(127) *Sistema de Derecho privado*, tomo V, «Sucesiones», *op. cit.*, pág. 18.

(128) MORENO F., *op. cit.*, pág. 375. SANTOS BRIZ, J., *op. cit.*, pág. 39.

(129) ALBALADEJO GARCÍA, M., *op. cit.*, pág. 912. ROCA SASTRE, R., M., *op. cit.*, pág. 5. DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil español*, tomo I, Madrid, 1952, pág. 603: «El poder de aceptar o de renunciar, de abandonar o de confirmar, son reflejos de la capacidad de obrar». PUIG PEÑA, F., *op. cit.*, pág. 7 (nota pie pág. 9): «Lo tópico de la delación, en su sentido propio y normal, es la concesión de un poder actual y concreto de hacer propia la herencia a la que se es llamado».

(130) *Op. cit.*, pág. 325-326.

rior. Por nuestra parte estimamos que la delación es un derecho encuadrable dentro de los denominados potestativos (131), no entendido como un poder, sino como una potestad sustantiva en la que el heredero que se le oferta una herencia ha de optar libre y voluntariamente entre aceptar o repudiar, artículo 988, y en función de tal ejercicio despliega efectos distintos, a saber, si acepta, será investido en la posesión, artículo 440 del Código, además, puede ser la mencionada aceptación pura y simple o a beneficio de inventario, artículo 998 del Código Civil, o simplemente le sobrevenga la muerte y transmita la oferta, artículo 1.006 del Código, por tanto, la delación no es un acto, sino un derecho potestativos, determinante de una situación que por la voluntad del convocado produce efectos jurídicos positivos (aceptar), o negativos (repudiar), la delación por sí no es aceptar ni su adverso repudiar, ni su consecuencia adquirir, es simplemente ofrecer al llamado los derechos que por su condición le corresponde, esto es, la opción de aceptar lo que le ha sido designado, o repudiar lo que le ha sido ofrecido.

A) TRANSMISIÓN DE LA DELACIÓN

La teoría de la transmisión del *ius delationis*, también denominada: «derecho de transmisión» (132): «sucesión iure transmissionis» (133): «sucesión en el *ius delationis*» (134). Instituto éste que tuvo su origen en el Derecho romano justiniano: premuerto el llamado y antes de la *adittio* determinaba la sustitución en la delación del llamado (135).

(131) MESSINA, Nuevo digesto italiano, tomo V, Turín, 1968, pág. 737. VON THUR, A., *Derecho civil*, tomo I, traducción de SENTÍS MELENDO, Buenos Aires, 1946, pág. 161. SANTORO PASARELLI, F., *Appunti sulle successioni legittime*, Roma, 1930, pág. 18. NICOLÒ, R., *op. cit.*, pág. 79. ANDRIOLI, M., *op. cit.*, pág. 235. ROYO MARTÍNEZ, M., *op. cit.*, pág. 267-268. HERNÁNDEZ GIL, A., *Lecciones de Derecho civil*, Madrid, 1978, pág. 105.

(132) LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 56. ROCA SASTRE, R., M., *op. cit.*, pág. 249. CASTÁN TOBEÑAS, J., *op. cit.*, pág. 199. PUIG BRUTAU, J., *op. cit.*, pág. 182.

(133) ALBALADEJO GARCÍA, M., «La sucesión iure transmissionis», *ADC*, 1952, pág. 912.

(134) JORDANO FRAGA, F., *La sucesión en el ius delationis, una contribución al estudio de la adquisición sucesoria mortis causa*. Madrid, 1990, págs. 94 y ss. HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, G., «La transmisión del ius delationes», *Homenaje a J.B.V.G.*, vol. IV, Consejo General del Notariado, Madrid, s.f., pág. 465 y ss.

(135) GARCÍA GARCÍA, J.M., *La sucesión por derecho de transmisión*, primera edición, Madrid, 1996, págs. 38 y 114. Atendiendo al carácter personal de la delación, afirma nuestro autor, que en la roma antigua no existió el derecho de transmisión, posiblemente, añade, porque en dicho período no existió una concepción patrimonial de herencia. Fue en la República, donde surgió la concepción familiar y personal de la herencia, por lo que no existe inconveniente en aceptar la transmisión de la delación. No obstante, fue a través del mecanismo de las *excepciones*, como se logrará implantar en el Derecho de romano la transmisión, es decir, se pasará de la regla general de no transmisión, a otras

La teoría en sí se fundamenta en tres supuestos, a saber, 1.º): apertura de la sucesión, o sea, muerte del causante. 2.º): una delación efectiva a favor del llamado y 3.º): premuera el llamado sin aceptar ni repudiar. Cumplido pues los requisitos antes mencionados, se transmite el *ius delationis*.

No obstante, podemos definirlo siguiendo al profesor ALBALADEJO (136): **«Si aquél a cuyo favor se ha deferido una herencia muere antes de adquirirla sus sucesores pueden adquirir el derecho a tal adquisición»**. Podemos concretar, siguiendo a JORDANO FRAGA (137): **«El transmisario adquiere la herencia del transmitente (segundo causante), sucediéndole en el mismo *ius delationis* que el tenía, que de aceptar el transmisario, se convierte en heredero del transmitente»**; aclaramos por nuestra parte, que el transmisario no sucede en el llamamiento, pues éste es único y le es efectuado al transmitente, fallecido éste, se transmite el mismo derecho que él tenía a su heredero y en la delación, por eso el transmisario sucede del transmitente y no del causante.

1.º) Así el primer requisito: *«muerte del causante»*, que a mi parecer, no forma parte del proceso sucesorio, sino es el hecho que motiva la sucesión, pues el fallecimiento del testador determina la vacancia de un patrimonio y ante esta eventualidad el designado viene a ser llamado para ocupar la vacante producida por la muerte de su predecesor, en este sentido, supone un presupuesto esencial, lógico y preliminar que mueve a la sucesión, que como dice el profesor LACRUZ (138), el momento de la muer-

reglas que se van sucediendo en aras de sus admisión, Así la primera sería, *ex capite suitis*, aquella en que los hijos bajo la potestad del padre de familia que sin aceptar ni repudiar transmiten a sus herederos la herencia a ellos deferida; posteriormente, se añaden los remedios pretorios, tales como: *restitutio in integrum* o *la bonorum possessio*; otra modalidad incorporada por motivos de humanidad, fue la ***transmissio ex capite in integrum restitution*** en supuesto de transmisión cuando el que tiene que heredar no puede por estar ausente de la República; existieron otros supuestos en la época clásica, que han sido discutidos por la doctrina romanista por la dificultad de los textos; con todo llegamos a la época justiniana, que introduce un nuevo supuesto, más amplio y general, que los anteriores, y es conocido: *ex iure deliberandi*, que quedó superpuesta a las anteriores, que es el supuesto previsto en el artículo 1.006 del Código Civil, antecedente del artículo 836 del Proyecto de 1.852, y éste a su vez, del Código francés de 1.804 y del italiano de 1.865. Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, M., anotaciones al Derecho de Sucesiones de A. Cicu, *op. cit.*, pág. 269. JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, pág. 21 y ss.

(136) *Op. cit.*, pág. 913. LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 56. PUIG BRUTAU, J., *op. cit.*, pág. 182. ROCA SASTRE, R.M., *op. cit.*, pág. 294. CASTÁN TOBEÑAS, J., *op. cit.*, pág. 199. ESPÍN CÁNOVAS, D., *op. cit.*, pág. 44. DIEZ PICAZO-GULLÓN, *op. cit.*, pág. 330. ROYO MARTÍNEZ, M., *op. cit.*, pág. 60. VALLET DE GOYTISOLO, J., *op. cit.*, pág. 393. JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, pág. 88. MONTSERRAT VALERO, A., «La sucesión *iure transmissionis*, el concurso de delaciones en un mismo heredero y el impuesto de sucesiones», *RCDI* (622), 1994, pág. 1037 y ss.

(137) *Op. cit.*, pág. 94.

(138) LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 44.

te del causante tiene importancia, pues de él depende la determinación de la persona que ha sido llamada a la herencia. Generalmente la doctrina hace coincidir el término: apertura de la sucesión, esto es, muerte del testador, con la transmisión de los derechos, pero como advierte PUIG BRUTAU (139), no siempre coincide la apertura con el llamamiento, ya que es una cuestión que puede percibirse con claridad si se entiende que el hecho determinante de aquélla es el fenómeno natural del fallecimiento del causante, mientras que el llamamiento es un efecto jurídico relativo a persona determinada. En efecto, el designado puede serlo de distintos modos e inclusive quedar pendiente de un evento futuro e incierto, por ello entendemos que la muerte de una persona sólo determina la extinción de su personalidad y de los derechos personalísimos, y nacen otros derechos en cabeza de su sucesor (140), lo que se transmite no son los derechos a la sucesión, artículo 657 del Código, sino los derechos que integran la sucesión, como describe el profesor SANCHEZ REBULLIDA (141), la apertura de la sucesión, significa simplemente, que las relaciones jurídicas del causante se han convertido en herencia.

2.º) El segundo presupuesto, está íntimamente ligado a la adquisición de la herencia y por tanto al momento en que se produce. Así existen dos sistemas de adquisición: *Ipso iure*, y por *Addictio* (142), en palabras del profesor LACRUZ (143), dos modos de regular la coincidencia o separación de la adquisición y delación, pues el primero (sistema germano), el heredero adquiere automáticamente (144), la aceptación en este sistema supone un acto de confirmación de la aceptación; en el segundo (sistema romano), la adquisición es por medio de aceptación, de donde dicha manifestación es necesaria; en opinión de JORDANO FRAGA (145), la cuestión del *ius transmissionis* es de igual planteamiento en ambos sistemas, tesis que no compartimos pues como afirma GARCÍA GARCÍA (146), relacionando los artículos 661-659 del Código, tenemos que los herederos suceden en todos los derechos y obligaciones; por otro lado, si relacionamos los artículos 657-440 del Código, apreciamos que la sucesión es en los derechos y para cuando llegue adirse la herencia, si el artículo 989, regula el efecto retroactivo, nuestro sistema es romano y la transmisión de los derechos del premuerto, es en la delación, en cambio, en el sistema germano, la adquisición es

(139) *Op. cit.*, pág. 91.

(140) BINDER, J., *op. cit.*, pág. 11.

(141) *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, pág. 1657.

(142) ALBALADEJO GARCÍA, M., *op. cit.*, pág. 946.

(143) LACRUZ-SANCHEZ, *op. cit.*, pág. 45.

(144) BINDER J., *op. cit.*, pág. 172.

(145) *Op. cit.*, pág. 55.

(146) *Op. cit.*, pág. 188-191.

automática y desde el fallecimiento del causante a modo de provisionalidad, pues si fallece el heredero sin aceptar o repudiar se abre de nuevo el proceso, es decir, es llamado de nuevo el sucesor del premuerto. Por nuestra parte matizamos, que una vez designado el heredero y llamado a la herencia (vocación), ulteriormente se le ofrece (delación), para que acepte, que será «expresa», es decir, pura y simple o a beneficio de inventario, o «tácita», que será, cuando vende, dona o cede la herencia, artículo 1.000, apartado primero del Código, sería después de la convocatoria y antes del deferimiento, cuando heredero premuera sin efectuar aceptación o repudiación, y así el Código en su artículo 1.006, dispone: «*Por la muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía*», y en aras de evitar, decimos nosotros, la «*res nullius hereditatis*», se arbitra *ex lege* la transmisión del mismo derecho que el fallecido tenía en vida y que no ejerció por la eventualidad apuntada.

La transmisión del derecho aludida no opera si el testador había previsto la sustitución, tampoco ante la carencia de legitimarios del premuerto, pues en este supuesto se abre una sucesión intestada a favor de quien demuestre tener derecho, asimismo, no tendría cabida el *ius delationis* ante la dejación del heredero llamado (transmitente), ni ante la caducidad de plazo, por tanto, la transmisión del derecho a la delación, tiene vigencia ante el infortunio fallecimiento del heredero convocado a la delación para aceptar o repudiar, que ante la súbita muerte de éste, se transmite *ex lege* el derecho que él tenía a sus herederos legítimos.

Por tanto hablamos de la transmisión de un derecho, esto es, de aceptar o repudiar *mortis causa* y no de disponibilidad *inter vivos* (147), sin embargo, lo que es discutible en la doctrina es la naturaleza del derecho que se transmite, así para PAROZZI (148), se trata de una '*facultas acquirendi*'; para BARASSI (149), consiste en una «*expectativa de derecho*»; para BARBERO (150), se trata de hacer efectivo el derecho deferido»; para Cicu (151), se trata de una «*situación jurídica*»; para De CASTRO (152), es un «*poder*»; para HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS (153), una «*facultad jurídica*»; para ALBALADEJO (154),

(147) JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, pág. 120. ALBALADEJO GARCÍA, M., *op. cit.*, pág. 944. *Anotación al Derecho de Sucesiones* de Cicu, A., *op. cit.*, pág. 276.

(148) *Instituzioni de Dirini romano*, Roma, 1928, tomo II, pág. 481. Citado de ALBALADEJO GARCÍA, M., *op. cit.*, pág. 921.

(149) *La successione per causa de morte*, tercera edición, Milán, 1947, pág. 78. Citado por ALBALADEJO GARCÍA, M., *op. cit.*, pág. 921.

(150) *Sistema de Derecho privado*, tomo V, *op. cit.*, pág. 18-19.

(151) *Op. cit.*, pág. 268.

(152) *Derecho Civil de España*, 1954 (1), pág. 605.

(153) «Transmisión del *ius delationis*». *Libro homenaje a J. Vallet de Goytisolo*, tomo IV, Madrid, 1988, pág. 489.

(154) *Op. cit.*, pág. 922.

un «*derecho subjetivo*»; para JORDANO FRAGA (155), un «*poder jurídico*»; para ROGEL VIDE (156), un «*derecho potestativo*».

A mi parecer, la naturaleza jurídica de la transmisión de la delación, es un derecho dual, pues por el transmitente es un derecho *ex lege*, pero desde el lado del transmisario, un derecho potestativo, es por disposición legal, por cuanto el artículo 1.006 del Código no prevé la disposición del transmitente, sino un efecto particular establecido por ley como consecuencia de la transmisión del transmitente fallecido al transmisario heredero, que como afirma el profesor LACRUZ (157), la transmisión del «*ius delationis*» a los herederos del llamado se verifica «*ope legis*» y no por voluntad del llamado, el traspaso es automático y ajeno a su voluntad, pues ente su fallecimiento los herederos reciben el mismo derecho que él tenía y en igual proporción, pues la voluntad del llamado no puede cambiar, en este sentido se manifestó la Resolución DGRN de veintiocho de enero de 1967: «*Los herederos del primer llamado entran en posesión de la herencia del primer causante a través del derecho recibido del transmitente y en la misma proporción en que éste fue instituido*». Es un «*derecho potestativo*», puramente sustantivo, entendido como conducta de su titular en cuanto está destinada a producir un efecto en la esfera jurídica ajena, contenido de un derecho que se agota en una potestad del sujeto en la que puede modificar en su propio interés una relación jurídica preexistente.

3.º) En cuanto al tercer requisito, casi se puede deducir de cuanto hemos dicho, pues sin él no cabe hablar del *ius delationis*, no obstante, así lo dispone el artículo 1.006: la muerte del heredero, es decir, el fallecimiento del designado, sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos, esto es, a los legitimarios del premuerto, el mismo derecho que él tenía, precepto por otro lado, que tiene su precedente en el artículo 836 del proyecto de Código de 1851, el cual decía: «*Por la muerte del heredero, sin aceptar o repudiar, se transmite a los suyos el mismo derecho que él tenía, aunque haya muerto ignorando que le había sido deferida la herencia*»; artículo por otro lado, modificado en el anteproyecto de Código de 1882-88, que pasó a ser el artículo 1.018, recogiendo este último, parte del artículo 836 del proyecto isabelino, y parte del artículo 939 del Código italiano de 1865, resultando el artículo 1.006 vigente.

(155) *Op. cit.*, pág. 137.

(156) «Renuncia y repudiación de la herencia», *op. cit.*, pág. 325. GARCÍA GARCÍA, J.,M., *op. cit.*, pág. 260.

(157) LACRUZ-SANCHO, *Op. cit.*, pág. 55.

V. CONCLUSIÓN

De la evolución histórica de la herencia (158), se ha llegado a dos formas de entenderlas, dos indicadores distintos que atiende más a motivos históricos, que a razones legislativas.

De este modo tenemos una acepción subjetiva: *La herencia deriva del fenómeno de la subrogación del heredero en la totalidad orgánica de bienes, derechos y obligaciones del causante*, y otra, acepción objetiva: *La herencia es una relación patrimonial, estimada como un todo inherente poseído en vida por un sujeto, pero que al fallecer trasmite al heredero desde el momento de su muerte*.

Las acepciones de que hablamos tienen su origen en el Derecho romano, en que todo el sistema de las sucesiones por causa de muerte estaba basado, como hemos tenido ocasión de exponer en páginas precedentes, en la ficción de que el heredero continuaba la persona del difunto, al sucederle en la universalidad de los derechos patrimoniales que a él se deferían.

La herencia en la actualidad tiene un contenido económico, es decir, patrimonial; el heredero no ya el que sucede por ley o por la voluntad del testador, sino que sucede en la totalidad o cuota parte del difunto.

Pero en nuestro Código Civil no sigue el sistema germano que da prevalencia a la *adquisitio universitatem*, sino un sistema objetivo de tipo romanístico que, sin embargo, no coincide exactamente con la sucesión romana, pues en nuestro Código Civil existe la doble acepción de la que hemos hablado más arriba, heredera, valga la redundancia, de la fórmula clásica romana: *successio in locum et in ius* (el heredero sucede en algo más que no es sólo el patrimonio, concebido como una unidad orgánica, sino que sucede en el activo y pasivo); subsiguiendo a la sucesión que confiere el título de heredero, la adquisición mediata de la bona en bloque: *successio in universum ius defuncti* (el heredero queda en la misma posición jurídica de su predecesor, pero no hay transmisión de una universidad), así el artículo 660-661, reconoce implícitamente la concepción subjetiva de herencia, los artículos 658-659, acoge el sentido objetivo.

Es importante determinar en cual de ellas nos encontramos, pues en la herencia entendida subjetivamente, el heredero viene a ocupar el lugar del difunto, concepción ésta desfasada y carente de sentido en la actualidad, en cambio, la consideración objetiva, la herencia responde a la idea de masa o conjunto de bienes que, por tradición histórica es una universalidad compuesta de objetos heterogéneos en razón de su pertenencia.

Desde mi punto de vista, en nuestro derecho sustantivo, impera la consideración objetiva, ex artículo 658 del Código Civil, donde la herencia, se

(158) Véanse las págs. 9, 13, 14, 16, 17, 18 19 y 20.

defiere por testamento o por ley, en el primer caso, la delación se llama testamentaria, en el segundo, legítima o intestada.

Como decíamos más arriba, no hay delación sin previa vocación, no hay oferta, sin antes no ha existido un llamamiento. Por la voluntad del testador manifestada en testamento se llama a la herencia para que después acepte o repudie lo deferido.

JUAN FAUSTINO DOMÍNGUEZ REYES
Abogado