

HERENCIA. IUS TRANSMISSIONIS.—PARA INSCRIBIR UNA ESCRITURA DE ADJUDICACION DE HERENCIA EN LA QUE DETERMINADOS HEREDEROS SUCEDEN POR DERECHO DE TRANSMISION, ES NECESARIO LA INTERVENCION DEL CONYUGE VIUDO LEGITIMARIO DEL SEGUNDO CAUSANTE O TRANSMITENTE. (RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 22 DE OCTUBRE DE 1999, BOE DE 1 DE DICIEMBRE DE 1999).

RESOLUCION de 22 de octubre de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Denia, don Gerardo V. Wichmann Rovira, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Alicante, número 3, don Francisco J. Salvador Campdera, a inscribir una escritura de adjudicación de herencia, en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Denia, don Gerardo V. Wichmann Rovira, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Alicante, número 3, don Francisco J. Salvador Campdera, a inscribir una escritura de adjudicación de herencia, en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. El 30 de noviembre de 1993, don Gerardo V. Wichmann Rovira, siendo Notario de San Vicente del Raspeig, autorizó escritura de adjudicación de la herencia de los esposos don Antonio Gomis Amat y doña Josefa Torregrosa Pina, fallecidos, respectivamente, el 12 de febrero de 1971 y 21 de septiembre de 1979, de cuyo matrimonio tuvieron cuatro hijos, don Antonio, doña Josefa, don Vicente y doña Teresa. En dicha escritura se expone que los causantes fallecieron bajo sendos testamentos abiertos de idéntico contenido patrimonial, otorgados el día 24 de abril de 1930. Que de los cuatro hijos de los causantes, dos han fallecido, doña Josefa Gomis Torregrosa, el 4 de enero de 1993, bajo testamento abierto otorgado el 28 de octubre de 1985, instituyendo herederos universales y por partes iguales a sus hijos don Vicente y doña Josefa Pascual Gomis, y don Vicente Gomis Torregrosa, el 26 de agosto de 1987, sin testar, y según acta notarial autorizada el 21 de octubre de 1993, resulta que don Antonio, doña María Consolación y don Vicente Gomis García, son, por terceras e iguales partes indivisas, los únicos herederos del causante. Que, por tanto, siendo los únicos interesados y derechohabientes en la herencia de don Antonio Gomis Amat y doña Josefa Torregrosa Pina, los hijos de los anteriores don Antonio y doña Teresa Gomis Torregrosa, por derecho propio, y los hijos de los fallecidos, doña Josefa y don Vicente Gomis Torregrosa, nietos de los causantes, aceptan cuantos derechos se han deferido a favor de cada uno de ellos y se adjudican el único bien que integran las herencias.

II. Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Alicante número 3, fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del precedente documento, por el defecto insubsanable de no comparecer en el mismo don José Pascual Martínez, viudo de doña Josefa Gomis Torregrosa, y doña Felisa García Navarro, viuda de don Vicente Gomis Torregrosa, legitimarios en las herencias de sus fallecidos consortes, en las que, según Resolución de 23 de junio de 1986, “quedan englobados” los bienes adquiridos por sus respectivos hijos en virtud del derecho de transmisión de sus padres. Contra esta nota, y en el plazo de cuatro meses a contar desde su fecha, cabe interponer recurso gubernativo ante el Presidente del Tribunal Superior de

Justicia de la Comunidad Valenciana en la forma a que se refieren los artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes de su Reglamento. Alicante, 7 de julio de 1994. El Registrador. Firma ilegible».

III. El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: I. Que, según parece desprenderse de la nota registral, en todo caso de derecho de transmisión, el *ius delationis* debe ser incluido como valor computable en la herencia del transmitente para fijar el importe de la legítima correspondiente a sus herederos forzosos, por lo cual en la escritura calificada debían haber comparecido dichos legitimarios. Que tal conclusión está apoyada en la Resolución de 23 de junio de 1986. II. Que tal afirmación de que el *ius delationis*, o mejor, el hipotético valor del mismo, debe computarse en la herencia del transmitente, se considera que es ajena a las ideas de nuestro derecho sucesorio: a) En principio, la existencia del *ius delationis* es consecuencia del sistema romano de adquisición de la herencia que sigue nuestro derecho, de manera que, a diferencia del sistema germánico, el heredero llamado debe aceptar o repudiar. Precisamente porque puede que no haga ni una ni otra cosa es por lo que se planteó la posibilidad de que esta facultad fuera transmisible, admitiéndose ello en el artículo 1.006 del Código Civil. No obstante, si se siguiera la tesis que se podría denominar de computación, resultaría que desde el momento de la delación en favor del transmitente, y a los efectos de la protección legitimaria, sería indiferente que aceptara o repudiara, porque en cualquier caso y, en especial, en el de repudiación, el hipotético valor patrimonial del *ius delationis* se incluiría definitivamente en su herencia. Como se ve, ello pugna no sólo con el sistema de adquisición de la herencia que sigue nuestro derecho, sino también con el propio fundamento del derecho de transmisión, e incluso con el principio básico de que el interés de los acreedores está por encima del de los legitimarios, pues tal computación no se realiza en favor de aquéllos. b) Que además existen otros inconvenientes de tipo conceptual y práctico que se oponen a la solución pretendida: 1. Entre los primeros está la propia caracterización del *ius delationis*, que tiene carácter personalísimo (como reconoce la Resolución antes citada), lo que sería incompatible con la comparecencia en el instrumento en que se acepte o repudie de los legitimarios del transmitente. Que, además, el *ius delationis* tiene carácter extrapatrimonial, lo que impide considerarlo como valor computable. Que los argumentos que da la citada Resolución no convencen, porque la pretendida susceptibilidad de valoración económica del *ius delationis*, basándose en que es susceptible de venta, confunde la facultad de ser o no heredero con el hipotético contenido patrimonial de la herencia. Lo que se vende es la herencia ya aceptada (art. 1.000 del Código Civil), pero es imposible vender una facultad personalísima. Por eso no se comprende bien la frase que emplea la citada Resolución: «Cabe, según lo dicho, vender la herencia aún no aceptada». Que, también desde el punto de vista conceptual, no debe olvidarse que la base de cálculo para la legítima es el patrimonio actual del causante a su fallecimiento más el *relictum* líquido (incluso los legados) más el valor de las donaciones colacionables, pero nunca pueden darse a los legitimarios derechos sobre bienes de los cuales el causante nunca fue titular y el transmitente nunca ha sido heredero del primer causante. 2. Que, en fin, la pretendida protección de la legítima no deja de plantear problemas prácticos porque, ¿qué ocurre si hay varios transmitentes? e) Que se considera que la tesis de la computación es ajena al esquema del derecho de transmisión en nuestro Derecho, lo cual no quiere decir que las legítimas de los herederos forzosos del transmitente que-

den desprotegidas. Que si ni el transmitente ni sus herederos forzosos hicieron nada (en cuanto al derecho a instarle para que acepte o repudie —art. 1.005 del Código Civil—, durante el período que el transmitente ha sido llamado a una herencia), la facultad de aceptar o repudiar pasa con el mismo carácter personalísimo al transmisario, y con ella la posibilidad de ser heredero y adquirir los bienes que tal condición lleva consigo. Pretender, entonces, que el transmisario para ejercitar una facultad personalísima debe contar con el concurso de los herederos forzosos del transmitente, en favor de los cuales se computa el valor hipotético de la herencia, no sólo violenta muchos principios de derecho sucesorio, sino que es injusto, pues proporciona a tales legitimarios derechos sobre unos bienes de los cuales su causante no fue nunca titular y respecto a los cuales, ellos como herederos forzosos de dicho causante, no llevaron a cabo tampoco actuación alguna, y otorgaría a tales legitimarios una protección superior a la que se da a los acreedores (que sólo tienen el recurso del art. 1.005).

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: Que en el caso de apertura de una sucesión y posterior fallecimiento del heredero sin aceptar o repudiar la herencia a la que estaba llamado, surge la figura del derecho de transmisión. El Código Civil admite el juego del derecho de transmisión en el artículo 1.006. En términos muy análogos proclaman tal derecho el Código de Sucesiones de Cataluña (art. 29) y la Compilación de Navarra (Ley 317). Que dicho derecho, en opinión de la doctrina mayoritaria, constituye una parte integrante del patrimonio relicto por el llamado a la primera herencia, un valor patrimonial del mismo que pasa a los herederos del llamado, a quien sorprendió la muerte sin haber ejercitado el *ius delationis*, respecto a la herencia a la que fue llamado. En este sentido, se han pronunciado las Resoluciones de 20 de septiembre de 1967 y 23 de junio de 1986. Que los favorecidos por el derecho de transmisión (los transmisorios) son el heredero o herederos del segundo causante (transmitente), los cuales pueden libremente aceptar o repudiar la herencia del transmitente. Si la aceptan (Resolución de 23 de junio de 1986) los bienes que la integran quedan englobados dentro de la herencia del segundo causante. En el caso que se estudia, los transmisarios han aceptado la herencia del primer causante, con lo cual los bienes que la integran quedan englobados dentro de la herencia del transmitente, el cual deja viudo/a que tiene derecho a la legítima correspondiente a su herencia. Que nadie discutirá que el viudo tiene que intervenir en las operaciones particionales de la herencia de su difunto consorte. Luego, los cónyuges viudos de los transmitentes deben comparecer en la escritura objeto de recurso. Que sólo si se sostiene la tesis de que una vez producida la aceptación en virtud del *ius delationis* transmitido, el transmisario es heredero directo del primer causante, de manera que los bienes hereditarios del primer causante no se identificaron con los del transmitente o segundo causante, cabría excluir al cónyuge viudo del transmitente. Que, en conclusión, la mejor protección de los intereses en juego, el carácter de los derechos del cónyuge viudo que quedarían inefectivos si el transmisario sucediera directamente al primer causante y, en fin, la propia orientación de la jurisprudencia registral llevarán a defender como más segura la interpretación del derecho de transmisión como integrante de la herencia del transmitente, con extensión al mismo de los derechos de atribución legal.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana confirmó la nota del Registrador, fundándose en que en este supues-

to, como los transmisarios, es decir, los herederos de los segundos causantes o transmitentes, entran en posesión de la herencia del primer causante a través del derecho recibido de dichos transmitentes, los cónyuges de éstos, que tienen derecho a la legítima correspondiente en su herencia, debieron comparecer en la escritura objeto del recurso y, por ello, procede desestimar el recurso contra la nota registral puesta en la referida escritura.

VI. El recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en los argumentos expuestos en el escrito de interposición del recurso gubernativo.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 806, 807, 839, 988, 1.000.1.º, 1.006 y 1.058 del Código Civil, y las Resoluciones de 20 de septiembre de 1967 y 23 de junio de 1986.

1. Se debate en el presente recurso si para inscribir una escritura de adjudicación de herencia en la que determinados herederos suceden *iure transmissionis* es o no necesaria la intervención del cónyuge viudo legitimario del segundo causante (transmitente).

2. En los supuestos en que el transmisario acepte la herencia del segundo causante, entre los bienes, derechos y acciones que la integran se encuentra el *ius delationis* respecto de la herencia del primero, por lo que, al igual que hubiera podido hacer el transmitente, podría el transmisario aceptar o repudiar esta última. Mas, aceptada la herencia, la legítima del cónyuge viudo —a la que existe un llamamiento directo *ex legemo*— se trata de un simple derecho de crédito frente a la herencia del segundo causante y frente al transmisario mismo, sino que constituye un verdadero usufructo sobre una cuota del patrimonio hereditario, que afecta genéricamente a todos los bienes de la herencia hasta que con consentimiento del cónyuge legitimario o intervención judicial se concrete sobre bienes determinados o sea objeto de la correspondiente conmutación (cfr. arts. 806 y 839, párrafo segundo del Código Civil. Por ello, la anotación preventiva en garantía de los derechos legitimarios del viudo que se introdujo en la Ley Hipotecaria de 1909 fue suprimida en la vigente Ley de 1946). Entre esos bienes han de ser incluidos los que el transmisario haya adquirido como heredero del transmitente en la herencia del primer causante, por lo que ha de reconocerse al cónyuge viudo de dicho transmitente el derecho a intervenir en la partición extrajudicial que de la misma realicen los herederos.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar el auto apelado, así como la nota de calificación registral.

Madrid, 22 de octubre de 1999.—El Director general, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Valencia.

COMENTARIO

Desestima el recurso y confirma la nota de calificación del Registrador por la que deniega la inscripción de una escritura de manifestación y adjudicación de herencia causada por un matrimonio fallecido con sendos testamentos de idéntico contenido en los que instituyen herederos por partes iguales a sus

cuatro hijos de los que fallecen posteriormente dos de estos hijos en estado de casados, sin aceptar ni repudiar la herencia de sus padres; se otorga la escritura por los dos hijos supervivientes que heredan por derecho propio y por cabezas y los cinco nietos de los primeros causantes, hijos de los dos hijos fallecidos que heredan por derecho de transmisión en cuanto a la herencia de sus abuelos y por stirpes de dos y tres en virtud de testamento y acta de declaración de herederos abintestato, respectivamente, sin intervención de los dos cónyuges viudos de los segundos causantes, motivo por el cual el Registrador deniega la inscripción al considerar que se perjudica su legítima consistente en un tercio en usufructo, conforme al artículo 834 del Código Civil.

Se debate en el presente recurso la naturaleza y efectos del derecho de transmisión regulado en el artículo 1.006 del Código Civil dentro del ámbito del Derecho Civil Común, y por el artículo 29 del Codi de Successions de Catalunya. El problema fundamental de fondo que se plantea es el de si el transmisorio en cuanto al contenido del *ius delationis* hereda directamente al primer causante o a su transmitente, es decir, al segundo causante, o bien, como tercera vía, indirectamente al primer causante a través de la aceptación de la herencia de su transmitente en la que el *ius delationis* se integra como un valor patrimonial propio e individualizado computable dentro de los inventariados en la relación de bienes del transmitente. Dicho de otro modo, la cuestión se centraría en si nos encontramos ante dos herencias diferenciadas o solamente ante una delación, la del transmitente o segundo causante, de la que formaría parte dentro del total valor de la herencia, el *ius delationis* o derecho de aceptar o repudiar del primitivo causante y no ejercitado por su heredero o transmitente.

Es obvio decir que el *ius delationis* tendría un valor realizable y computable en el global del caudal relicto únicamente en caso de aceptación de la herencia del primer causante, puesto que podría darse el supuesto de aceptación de la herencia del primitivo causante y repudiación de la del transmitente o viceversa, cuyas consecuencias económicas, a efectos de valoración del global de la herencia y de determinación de las legítimas, serían muy diferentes.

Esta última posibilidad choca con el principio de la inadmisibilidad de la aceptación o repudiación parcial de la herencia consagrado en el artículo 990 del Código Civil. También choca con la consideración, que viene reconocida en la resolución comentada, del *ius delationis* como un derecho con entidad propia y diferenciada incorporado dentro de la herencia del transmitente.

Pero a este respecto no debemos olvidar que el contenido sustantivo y primario del *ius delationis* es precisamente el de aceptar o repudiar la herencia no aceptada ni repudiada por su transmitente.

Por ello, la conclusión evidente es que no hay aceptación parcial y por tanto no se vulnera el artículo 990 del Código Civil cuando se acepta una herencia y se repudia la otra, puesto que nos encontramos ante dos delaciones, aunque la primera inmersa dentro de la segunda.

Esta es también la conclusión a la que llega la presente resolución que reafirma la misma doctrina ya sentada en la anterior Resolución de 23 de junio de 1986, que considera necesaria la intervención de los cónyuges viudos a efectos de hacer valer sus derechos legitimarios y reconoce el carácter personalísimo del derecho de transmisión.

La segunda cuestión que, a mi entender, plantea esta Resolución, es la ya bien conocida de la naturaleza jurídica de las legítimas que muy bien se puede estudiar desde distinto prisma, según nos refiramos al Código Civil o al Codi

de Sucesions de Catalunya, puesto que los resultados también serían bien distintos.

Efectivamente, la Resolución debatida confirma la ya superada teoría de atribuir a las legítimas la naturaleza de un verdadero derecho real, en este caso el usufructo de un tercio del patrimonio total relicto que puede quedar afectado a su realización. La legítima se trata de un verdadero *pars valorum* que exige la aquiescencia y el consentimiento de los llamados *ex lege* a ella, para su fijación.

Por el contrario, dentro del Derecho Civil Especial de Catalunya nos encontramos con que las legítimas participan de la naturaleza de *pars valoris bonorum* o, lo que es lo mismo, de un verdadero derecho de crédito realizable sobre los mismos bienes hereditarios, en efectivo metálico o de cualquier otra forma cuyo pago podrá reclamar el legitimario en caso de que no se le satisfaga mediante el oportuno ejercicio de las acciones legales que le amparan pero que no hacen necesario su intervención.

Esta naturaleza atribuida a los derechos legitimarios dentro de Catalunya se confirma en el nuevo Codi de Sucesions, que suprime la afección registral legitimaria sobre los bienes hereditarios por término de veinte años regulada en el artículo 15 de la Ley Hipotecaria y admitiendo como única vía de acceso al Registro de las legítimas la anotación preventiva de la demanda de su reclamación por la vía judicial pertinente.

Por último, debe señalarse el rigor de la nota denegatoria recurrida al calificarse el defecto observado como insubsanable.

Sin duda, el Registrador, con su criterio independiente, entendió que era indispensable el otorgamiento de un nuevo instrumento público con la comparecencia de los cónyuges viudos en su calidad de legitimarios donde se fijaría su respectiva legítima mediante la determinación de su cuota en usufructo.

M. G. R.