

El Derecho de transmisión en Uruguay

I. TEXTOS LEGALES

1. El artículo 1.040 establece que «Si el heredero o legatario, cuyos derechos a la sucesión no han prescrito, fallece antes de haber aceptado o repudiado la herencia que se le ha deferido, transmite a sus herederos el derecho de aceptar o repudiar dicha herencia o legado, aun cuando fallezca sin saber qué se le ha deferido».

«Pero no se podrá ejercer este derecho sin aceptar la herencia de la persona que lo transmite (art. 1.052, inciso 3).»

ARTICULO 1.052 «No se puede aceptar o repudiar condicionalmente ni desde o hasta cierto día».

«La aceptación y repudiación son indivisibles, y no pueden hacerse sólo en parte.»

«Pero si la herencia deferida a una persona se transmite a sus herederos, según el artículo 1.040,1 puede cada uno de los transmisarios aceptar o repudiar su cuota.»

ARTICULO 1.038 «Se requiere que el sucesor a título universal o particular exista (arts. 835, 845 y 1.012) en el momento de abrirse la sucesión de la persona por quien se transmite la herencia o legado».

II. LA DOCTRINA NACIONAL Y SU POSICIÓN

2. J. IRURETA GOYENA (hijo) (*Curso de sucesiones*, tomo IV, «Disposiciones comunes a la sucesión testada e intestada», vol. 1, Centro Estudiantes de Derecho, Montevideo, 1960, pág. 42) señala que el requisito establecido por el artículo 1.040, consistente en que el transmisario acepte la herencia del transmitente para que pueda heredar por derecho de transmisión al primer causante «nos suministra, hasta cierto punto, la clave de la

aparente excepción contenida en la última parte del artículo 1.038, según la cual no se requiere que el transmisario exista al tiempo de la apertura de la sucesión que podríamos llamar transmitida».

«La explicación radica en que el transmisario no sucede por derecho propio, no reviste en puridad la calidad de sucesor (no cabe en verdad reconocerle "vocación", aunque se la califique de indirecta) con relación al primer causante, sino que se presenta a la sucesión del éste revestido del ropaje de la personalidad jurídica del transmisor, ejerciendo la vocación de su propio causante. No siendo, pues, verdadero sucesor de aquel primer causante, no tiene por qué reunir él mismo las calidades necesarias para asumir el título de heredero o de legatario: no le alcanzan, personalmente, las reglas relativas a la capacidad y a la dignidad para suceder, que sólo resultan aplicables al transmisor...»

3. GATTI («El derecho de transmisión», *Rev. Fac. Derecho*, 1952, año III, núm. 1, pág. 167) señala que «El transmisario no es sucesor del causante, y ni siquiera puede reconocérsele vocación indirecta en su sucesión, ya que en realidad se presenta, valga la feliz expresión de IRURETA GOYENA (*h*), revestido del ropaje de la personalidad jurídica del transmisor, ejerciendo la vocación de su propio causante».

«De esta singular situación se deduce: 1.º) No tiene por qué reunir, con relación al causante, las condiciones jurídicas habilitantes para suceder, pudiendo ser, con relación a él, incapaz (art. 1.038), indigno (art. 846) o desheredado. 2.º) No estaría obligado a colacionar en el supuesto de que el transmisor hubiera recibido una donación del primer causante (arts. 1.103 inc. 3.º y 1.104).

3.º) Los requisitos necesarios para suceder deben cumplirse necesariamente en el transmisor con relación al causante, de modo, pues, que cualquier circunstancia constitutiva de incapacidad, indignidad, desheredación, que hubiera podido oponérsele, puede también serle opuestas personalmente a los transmisarios.

4.º) Igualmente pueden oponerse al transmisario todas las causales de incapacidad, indignidad o desheredación que lo afectaran con relación al transmitente.»

4. VAZ FERREIRA (*Tratado de las sucesiones*, tomo V, Montevideo, 1984, pág. 29) señala que en nuestro derecho conforme a lo dispuesto por el artículo 1.039, el transmitente adquirió la propiedad de la herencia de pleno derecho al fallecer el causante (primer causante), y en que por tanto la herencia del primer causante llega al transmisario como elemento integrante de la del transmitente; operando respecto a los bienes del primer causante dos sucesiones: del primer causante al transmitente, y del transmitente al transmisario. Aseverando VAZ FERREIRA que «En todos los casos, lo que se transmite no es sólo el derecho de aceptar o repudiar, sino una

herencia con el derecho de aceptarla o repudiarla». Criticando antes VAZ FERREIRA la posición de IRURETA GOYENA en cuanto éste señala que el derecho de aceptar o repudiar es el único derecho que transmite el transmitente al transmisario.

III. LA ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA

5. El artículo 1.039 del CC establece que «Por el solo hecho de abrirse la sucesión, la propiedad y posesión de la herencia pasa de pleno derecho a los herederos del difunto...»

Artículo este en que se basan los que sostienen que en el caso de aplicación del derecho de transmisión estamos en presencia de dos sucesiones, una por el primer causante y otra por el transmitente, y en que el transmisario no es heredero del primer causante sino sólo del transmitente en cuya herencia ya se encuentra la de aquél.

Ahora, en la doctrina alemana KIPP (*Derecho de sucesiones*, tomo V, núm. 1, pág. 64) sostiene que «Mientras el heredero conserva el derecho de repudiar la herencia, es sólo heredero provisional. Puede todavía abandonar su posición jurídica por medio de repudiación (con efecto retroactivo)».

Se ha argumentado para concluir que en sistemas como el nuestro no existe delación o el *ius delationis* señalándose que delación significa ofrecimiento de la herencia y *ius delationis* derecho a adquirir la herencia deferida; y en el sistema de adquisición *ipso iure* no cabe decir que existe ni la una ni el otro, puesto que no hay ofrecimiento sino adquisición, no hay derecho a adquirir sino a repudiar.

GITRAMA (*Comentarios al Cód. Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por MANUEL ALBALADEJO, vol. XXIX/3, pág. 6) señala que si por delación se entiende la atribución a una persona del derecho de suceder *mortis causa*, el *ius delationis* es un derecho de opción que vale en ambas clases o sistemas de adquisición hereditaria; ese derecho de opción es lo que se ofrece al llamado. En el sistema germánico de adquisición *ipso iure*, en que la herencia ya se ha adquirido por medio de la apertura de la sucesión y la vocación hereditaria, la adquisición se ha operado de modo provisorio o provisional, pues que, no hallándose constreñido el heredero a serlo, siempre puede ejercitar su *ius delationis* optando por repudiar; esto es, por ejercer un *ius repudiandi*. En el sistema romano de adquisición mediante aceptación, la delación, como atribución a una persona del derecho de suceder, asigna la opción en el sentido de aceptar —y así, adquirir— o repudiar.

«Creo que vale hablar de delación en ambos sistemas, y si se dice que en

el germánico mal puede optarse por adquirir lo que ya se tiene y, por ende, no queda útil sino el *ius repudiandi*, en el romano mal podría optarse por renunciar a algo que todavía no se tiene; y si lo que se desea es precisamente no llegar a adquirirlo, en principio debería bastar por no aceptar.»

Nuestro artículo 1.039 es seguidor del artículo 724 del *Code*, que establece que los herederos adquieren la herencia *ipso iure*, ellos *sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du defunt sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession*; noción de *saisine* que tiene a su vez su fuente en el derecho consuetudinario.

6. Ahora el adverbio «sólo», equivalente a solamente, que aparece en nuestro artículo 1.039, es en el artículo 554 del proyecto de CC español de 1851 donde aparece por primera vez en cuanto éste establecía que «Los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte, no sólo en propiedad, sino también en la posesión».

Pero para ser responsable *ultra vires hereditatis*, nuestro artículo 1.069 establece que es necesaria la aceptación pura y simple; no alcanza con la simple apertura legal —*saisine* de la herencia del causante—. En el mismo sentido, en el BGB se hace necesario —para el heredero ser responsable de las deudas hereditarias— una solemne afirmación exterior contenida en el certificado hereditario; documento judicial del que resulta aseverada frente a terceros la cualidad de heredero; esto es, la vocación y la adquisición de la herencia. No pudiendo el Juez expedir aquel certificado de oficio sino únicamente a instancia de parte, a petición del heredero (parágrafos 2.205 y sigs. del BGB), con cuyo *petitum* éste, en suma, manifiesta su aceptación y demuestra que en definitiva nadie adquiere sin o contra su voluntad.

FERRI (*Rinunzia e rifiuto nel diritto privato*, Milano, Dott. A. Giuffrè, Editore, 1960, págs. 10 y sigs.), al analizar el artículo 649, comma, 1.º CC, que establece que «*il legato si acquista automaticamente, senza bisogno di accettazione*», pero —como en nuestro sistema el heredero— el legatario tiene todavía la facultad de *rinunziare*.

Pero que el legatario adquiera la propiedad al fallecimiento del causante no implica que también la *fattispecie acquisitiva* del legado se perfeccione en ese mismo momento. Señalando FERRI que el momento de la adquisición del legado sea aquel de la muerte del testador es un dato pacífico que vale también para la herencia: la aceptación de la herencia tiene efecto retroactivo al momento de la apertura de la sucesión, que es aquel de la muerte del causante; estableciéndolo así el artículo 459 del CC. Todo esto no implica —señala FERRI— que también la *fattispecie* adquisitiva del legado se perfeccione en ese mismo momento. «*Non occorre l'accettazione, lo dice la legge, ma c'è "facoltà di rinunzia" che, finché Un vita, lascia l'acquisto del legato in uno stato di pendenza, d'incertezza, di non definitività. Tale acquisto si perfeziona veramente con la caduta di questa "facoltà" o, più*

correttamente, con la caduta delle condizioni e dei presupposti per un valido esercizio di essa. Il momento dell'acquisto del legato é quello della morte del testatore, ma la fattispecie acquisitiva raggiunge il suo compimento, cioè si perfeziona, solo quando il legatario non abbia più il potere di «rinunziare» al legato.

«Come bene osserva Cicu, se il bene legato venisse acquistato automaticamente e senza bisogno di accettazione, non avrebbe senso l'art. 650 CC che ammette che il giudice, su istanza degli interessati, fissi anzi un termine al legatario perché eserciti la facoltà di rinunziare. Ciò dimostra appunto che vi é uno stato di pendenza, d'incertezza, di non definitività che V onerato dal legato ed altri soggetti (i sostituti, i creditori, ecc.) possono avere interessi ad abbreviare...»

Es así, como bien destaca FERRI (ob. cit., pág. 13): quien renuncia al legado no abandona nada, pero manifiesta la voluntad de no adquirir... Más precisamente la «renuncia» impide el perfeccionarse de la «*fattispecie dell' acquisto*» o, podría también decirse, interrumpe el procedimiento de adquisición del legado, que no había aún concluido. De otra parte, si se tratase de una adquisición ya perfecta, el inciso «*salva la facoltà di rinunziare*» (art. 649, comma 1, CC) no tendría ninguna razón de ser, porque es de gran evidencia que «*ogni acquisto di un diritto privato e perciò disponibile fa sorgere nell' acquirente una siffatta "facoltà" ».*

Agregando luego que la renuncia al legado no es verdadera renuncia, esto es, «*atto dismissivo di un diritto acquistato, é dimostrato anche dal suo car atiere retrattivo*». Ningún derecho sale del patrimonio del legatario porque el legatario es considerado por la ley como si no fuese jamás estado llamado al legado: «*lo si argomenta dall'art. 521 CC dettato per la rinunzia all'eredità*».

FERRI (ob. cit., pág. 22) más adelante señala que «*la rinunzia all'eredità non implica la dismissione dell'eredità como complesso di diritti e di obblighi, cioè come patrimoniol, o la dismissione dei singoli diritti che di essa fanno parte. Essa é un atto ostativo di un acquisto, cioè non é vera rinunzia*».

Lo que sale del patrimonio del repudiante es el derecho patrimonial de aceptar o repudiar dicha herencia como lo llama el artículo 1.040. Es así que CANO MARTÍNEZ DE VELASCO (*La renuncia a los derechos*, Bosch Casa editorial, pág. 14) señala que «No es, tampoco, renuncia el "rechazo", es decir, el no querer adquirir un derecho que se le ofrece a quien lo rechaza. En la renuncia el derecho objeto de ella se tiene y su titular lo extingue a consecuencia de un acto de disposición. El poder dispositivo está en el contenido del derecho y se manifiesta como autcapacidad de destrucción. En el "rechazo" el derecho rechazado no lo tiene, en el momento de efectuarlo, el rechazante sino que evita tenerlo rechazándolo. Para ello,

ejercita un poder inherente al ser titular del patrimonio en el que se trata de evitar que penetre el objeto rechazado, pero no se utiliza un poder dispositivo del derecho negado, ya que éste, por no tenerse, no se puede emplear».

7. MONSERRAT VALERO («La sucesión "iure transmissionis"—, el concurso de delaciones en un mismo heredero y el impuesto de sucesiones», en *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario*, año XX —mayo-junio—, núm. 622, págs. 1045 y sigs.) cita a JORDANO FRAGA (*La sucesión en el ius delationis*, Madrid, 1990) en cuanto éste sostiene que el transmisario sucede al primer causante incluso en los sistemas germánicos de adquisición de la herencia. Señalando JORDANO FRAGA que «... tanto en el sistema romano como en el germánico existe un genuino *ius delationis* respecto del cual es susceptible el problema de su transmisibilidad (...) en favor de los herederos del llamado, cuando éste fallece sin haberlo ejercitado...» «Esto... es lo fundamental, y lo accesorio es que la distancia técnica de regulación que ambos sistemas siguen... dé un contenido diverso a ese *ius delationis* en el que, en su caso, se sucede... los sucesores del llamado transmitente en el sistema romano pueden aceptar o repudiar la herencia del primer causante; y... sus sucesores en el sistema germánico, que reciben con la herencia del transmitente la titularidad provisional de la del primer causante que aquél tenía..., al recibir, al mismo tiempo, ... la posibilidad de repudiarla que también tenía el transmitente..., pueden, igualmente, aceptar la herencia del primer causante... o pueden repudiarla. «Pero para JORDANO FRAGA también en el sistema germánico el transmisario que acepta (además de la herencia del transmitente) la herencia del primer causante se convierte en heredero de dicho primer causante. Mas —nos preguntamos— ¿cómo se va a convertir en heredero del primer causante, si heredero, como hemos visto antes, ya lo era el transmitente y de éste recibe la herencia del primer causante que ya se encontraba en el patrimonio del transmitente? Bien, la explicación de este autor es la siguiente: en la transmisión por el *ius delationis* del sistema germánico el transmisario recibe «la misma cualidad de heredero provisional del primer causante y la misma posibilidad de repudiar o adquirir definitivamente esta primera herencia».

ATIAS («Droit Civil. Les biens», tomo I, *Librairies Technique*, París, 1980, pág. 89) señala que «... las ventajas de un bien son reservables a una sola persona. El propietario tiene su monopolio; sólo él tiene el poder de servirse y de sacar provecho del bien que le pertenece como propio. Es preciso añadir que esta cualidad de propietario es necesariamente consentida: nadie puede ser obligado a aceptar una propiedad. Nadie es propietario sin quererlo».

8. Algo similar vemos en sede de otro modo de adquirir como lo es la usucapión o prescripción adquisitiva.

El artículo 1.189 del CC establece que «la prescripción es un modo de adquirir o de extinguir los derechos (art. 1.447, inciso 8.º)». «En el primer caso se adquiere el derecho por la posesión continuada por el tiempo y con los requisitos que la ley señala». El artículo 1.189 establece que «No se puede renunciar de antemano a la prescripción, pero sí a la que ya se ha consumado». «La renuncia puede ser expresa o tácita». «Renunciase tácitamente, cuando el que puede alegarla manifiesta por un hecho suyo que reconoce el derecho del dueño o del acreedor, por ejemplo, cuando cumplidas las condiciones legales de la prescripción, el poseedor de la cosa la toma en arriendo, o el que debe dinero paga interés o pide plazo, y en otros casos semejantes.»

Y a su vez el artículo 1.191 establece que «La prescripción puede oponerse en cualquier estado de la causa, hasta la citación para sentencia, en primera, segunda o tercera instancia; pero los Jueces no pueden suplir de oficio la excepción que resulta de la prescripción (art. 248 del Código de Procedimiento Civil)». DÍEZ PICAZO (*La prescripción en el Código Civil*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1964, págs. 35 y sigs.) señala que aquellos que ven en la prescripción la extinción de un anterior derecho se encuentran con la dificultad en que con la prescripción no siempre queda extinguido el derecho subjetivo considerado como unidad, sino que en muchas ocasiones únicamente una parte de su contenido se ve afectada por ella. Habría entonces únicamente una «modificación» o una «limitación» del derecho subjetivo, pero no una auténtica extinción del derecho.

Quizá para salvar esta dificultad WINSCHIED, y con él el CC alemán, han construido en torno a la figura de la prescripción la idea de «*Anspruch*» y han configurado la prescripción precisamente como una «*Anspruchentkraf-tung*» y no como una extinción de derechos.

Esta tesis, denominada de la «prescripción de pretensiones», distingue la «*Anspruch*» frente a la acción y frente al derecho subjetivo.

«*Anspruch*» es —se dice— un derecho dirigido a exigir o a reclamar de otra persona una conducta positiva o negativa, es decir, un hacer o un omitir. La «*Anspruch*» —que pertenece al mundo del derecho sustantivo— se distingue perfectamente de la *actio*, entendida como *ius persequendi in indicio*, que se correspondería en la terminología alemana con la «*Klage*» o, acaso mejor, con el «*Klagerecht*». Pero la «*Anspruch*» se distingue también del derecho subjetivo considerado como la unidad del poder jurídico conferido a la persona. Derecho subjetivo es, por ejemplo, el derecho de dominio. «*Ansprüche*» son el poder de reivindicar, es decir, de exigir del poseedor la restitución de la cosa, el poder de defender la libertad del fundo exigiendo de otro una abstención de actos de uso o de disfrute, etc.

La palabra «*Anspruch*» ha sido, en alguna ocasión, traducida, entre

nosotros, como «pretensión», y se ha hablado así, como ya he dicho, de una «prescripción de pretensiones».

A juicio de DÍEZ PICAZO (ob. cit., pág. 36) las «*Ansprüche*» son «facultades jurídicas»; llamando facultad a todo poder concreto que forma parte de un derecho subjetivo o de una situación jurídica. Agregando que «En este sentido, además, es en el que la ley civil habla de "acción——acción en sentido sustantivo— y en el que se refiere a la prescripción de "acciones—. Estableciendo DÍEZ-PICAZO que el verdadero sentido de la idea de *Anspruch* es el de facultad de exigir.

Es así como DÍEZ-PICAZO entiende por derecho subjetivo una situación de poder concedida a la persona y compuesta por un conjunto de facultades que se agrupan unitariamente; y partiendo de esta idea asevera que lo inmediatamente afectado por la prescripción no es necesariamente el derecho subjetivo considerado como unidad, sino solamente alguna de las facultades que lo componen.

Entonces la prescripción no afecta de modo directo e inmediato al derecho subjetivo considerado como unidad de poder, sino únicamente a las facultades. La prescripción sólo afecta al derecho subjetivo mediatamente en cuanto que lo modifica, lo limita, o lo reduce. Sin embargo, cuando la facultad que prescribe es la que podríamos llamar la facultad de control o sustancial del derecho subjetivo, como es, por ejemplo, la de reivindicar respecto del derecho de crédito, la pérdida de la facultad coincide necesariamente con la pérdida del derecho.

Además, si fuera verdadera renuncia en la prescripción la propiedad no vendría al *vetus dominus*, sino que estaríamos ante una propiedad fiscal ya que conforme al artículo 481 del CC «Son bienes fiscales todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites del Estado, carecen de otro dueño». Siendo el fundamento de la propiedad fiscal, según GOYENA (citado por CAMBIASSO, *Rev. AEU*, vol. 79, núms. 7-12, pág. 216), que lo que no pertenece a nadie en particular pertenezca al Estado como representante de la sociedad; esta máxima, que puede decirse de derecho universal, tiene además la ventaja de evitar conflictos y turbaciones que nacerían de adjudicar esta clase de bienes al primero que los ocupase.

CAMBIASSO (ob. cit.) parece ver en la renuncia del artículo 1.189 un caso de abandono, lo que hace que la respectiva cosa pase a ser propiedad fiscal.

ORTEGA PARDO («Donaciones indirectas», en *ADC*, tomo II, fascículo III, pág. 953) nos recuerda que «para hablar de liberalidad se precisa, además, que se renuncie a un derecho ya adquirido. En caso contrario no habrá efectivo traspaso de un derecho del patrimonio del renunciante al del que ha de beneficiarse, requisito necesario para la existencia de las donaciones directas», agregando luego que «... la renuncia abdicativa, en la que se abandona un derecho sin intención de transmitirlo a otra persona, no

constituye donación, sino un acto unilateral que si bien disminuye el patrimonio del renunciante, es, por sí mismo, como efecto voluntario de la renuncia, insuficiente para producir aumento en el patrimonio del que llega a beneficiarse de ella».

ALBALADEJO (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XXV, vol. 1.º, ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1993; pág. 134), luego de opinar que «la usucapición hace adquirir automáticamente el derecho de que se trata al usucapiente desde que vence el plazo que sea, pero reserva de que no lo renuncie, de modo que renunciándolo se considera que nunca lo adquirió; siendo su renuncia la declaración de la decisión de no aceptarlo». «Como la renuncia a una u otra prescripción se da ya con los efectos de ésta producidos, puesto que son automáticas, quiere decir que la renuncia no impide tal producción, sino que restablece la situación anterior, situación que era: ... en la adquisitiva, ser el titular de nuevo el anterior, pues aunque se había producido la adquisición del usucapiente, éste se borra, y vuelve a ser titular el antiguo.»

CESTAU («De la prescripción», *Rev. AEU*, vol. 71 (1-6), pág. 27) establece —creo que con indudable acierto— que «La renuncia de la usucapición cumplida sólo compromete el interés individual del que la hace. La renuncia a la usucapición cumplida no es un acto de enajenación, ya que la usucapición no opera de pleno derecho. Constituye tan sólo la abdicación del derecho de invocarla».

9. Creo que tanto en sede de usucapición cuando se han cumplido con los requisitos para adquirir la propiedad como en sede de sucesión, cuando se ha producido la apertura legal, lo que se adquiere en la facultad de adquirir por usucapición o de adquirir por sucesión; faltando en ambos casos para que podamos hablar de propiedad del bien usucapido o de la herencia adquirida el consentimiento del beneficiario, hasta ese momento sólo existe una facultad de contenido patrimonial de hacerse propietario que bien puede llamársela de «heredero provisional» o «propietario provisional», a pesar del artículo 1.188, que establece que «... se adquiere el derecho por la posesión continuada por el tiempo y con los requisitos que la ley señala» y del artículo 1.039; ya que ambos artículos deben ser interpretados en tal forma con los demás «de manera que haya entre todos ellos la debida correspondencia y armonía». Y es así que creo que la debida correspondencia con los artículos 1.040, 1.051, 1.052, 1.053, 1.070 y 1.066 es siguiendo la interpretación aquí sustentada. Ya que si ya era propietario qué sentido tendría la acción interrogatoria o la acción del artículo 1.066, que permite a los acreedores «aceptar por el deudor», alcanzaría para este caso sólo una inoponibilidad de la repudiación por una acción pauliana, si se entiende que ésta sólo es de inoponibilidad, ¿o será que es necesaria la aceptación para incorporar definitivamente la herencia al patrimonio del deudor?

Pero una vez que se reúnen los requisitos exigidos para que se verifique la usucapión (arts. 1.196, 1.204 y 1.211 para inmuebles), no se adquiere *ipso iure* la propiedad; sino que lo nace es «la facultad de invocar la prescripción, más abreviadamente, la «facultad de prescripción» (Cfme. DÍEZ-PICAZO, ob. cit, pág. 47). Es así que el efecto prescriptivo nace y se produce *ex voluntate* y, por tanto, no en el momento de cumplirse el plazo (en el que sólo nace la facultad de adquirir la cosa por prescripción), sino en el momento en que la prescripción es invocada o alegada.

Esto que señala DÍEZ-PICAZO entiendo es enteramente aplicable en nuestro derecho, ya que adoptando tal tesis es de la única forma que se puede contestar la pregunta que formula el mismo DÍEZ-PICAZO: «¿Cómo se concilia con el necesario ejercicio de la facultad de prescripción el pretendido efecto automático? ¿Cómo puede decirse que un efecto automáticamente producido necesita un acto de voluntad particular?»

Esto es coherente con que la «prescripción» no se pueda «suplir de oficio», debiendo necesariamente ser opuesta o promovida a nivel procesal o extraprocesalmente aceptada la facultad de prescribir, o mejor dicho, de adquirir por modo prescripción.

Corroborar la posición de DÍEZ-PICAZO que la prescripción no extingue el derecho sino «la facultad de exigir» lo dispuesto por el artículo 1.442 nal. 3.º del CC en cuanto establece que «Son obligaciones naturales: 3.º) Las obligaciones civiles extinguidas por la prescripción».

10. Además corrobora esto que en nuestro derecho existen dos principios: 1. El señalado por el artículo 489 del CC en cuanto establece que «El dominio o propiedad se considera como una calidad inherente a la cosa, como un vínculo real que la liga al dueño, y que no puede romperse sin hecho suyo», principio que se resumiría en que no se puede perder el dominio sino es por acto propio del propietario; 2. El segundo principio se enunciaría así: no se puede adquirir la propiedad «sin hecho suyo» del propietario, principio que antes señalábamos citando a ATIAS cuando éste afirmaba que la «cualidad de propietario es necesariamente consentida: nadie puede ser obligado a aceptar una propiedad. Nadie es propietario sin quererlo».

Y entiendo que este es un verdadero principio siguiendo a COVIELLO (*Doctrinas generales de derecho civil*, pág. 98) en cuanto éste señala que los «... principios no pueden ser otros que los principios fundamentales de la misma legislación positiva, que no se encuentran escritos en ninguna ley, pero que son los presupuestos lógicos necesarios de las distintas normas legislativas, de los cuales deben deducirse exclusivamente en fuerza de la abstracción».

Es así que en sede de prescripción se habla de renuncia, como en sede de sucesiones de repudiación. No siendo ni una ni otra verdadera renuncia,

entendiendo por ésta aquel acto o negocio jurídico que tiene carácter dispositivo por el que se desprende del respectivo derecho el renunciante-otorgante; pero mal puede disponer de un derecho que no adquirió ni adquirirá, ya que para ello es necesaria su voluntad afirmativa, sino que cabe en lo que CANO MARTÍNEZ DE VELASCO llama rechazo y L. FERRI «*rifiuto*», impidiendo así culminar el proceso adquisitivo. Si de algo se desprende el heredero repudiante o el «usucapiente» «renunciando» es de la facultad de hacerse propietario, ya que sólo ello es lo que integra su patrimonio.

IV. EL TRANSMISARIO HEREDA AL PRIMER CAUSANTE

11. En nuestro derecho del propio CC surgen textos que sirven de apoyo para sostener que el transmisario es heredero del primer causante, recibiendo del transmitente el *ius delationis* más no la herencia.

En primer lugar si en el transmitente se encontrare ya en su patrimonio la propiedad de la herencia del primer causante, al fallecer éste sus herederos adquieren por modo sucesión su herencia dentro de la que se encontraba la del primer causante. Ya que sucesión «... es la acción de suceder al difunto y representarle en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte» en «... la masa de bienes y derechos que deja una persona después de su muerte». Pero si la propiedad de los bienes (y titularidad de las deudas) del primer causante por su sola muerte pasan al heredero llamado (transmitente), formando así la herencia en el sentido del artículo 777, ya estaría fundida esa herencia en el patrimonio del segundo causante (transmitente); cosa que no es así ya que el artículo 1.040 me permite distinguir la categoría de bienes que formaban el patrimonio de este segundo causante y que, transmisibles por modo sucesión, son adquiridos por sus herederos considerándolos *sub specie universitatis* en forma unitaria, y una segunda categoría de bienes que está formada por ese grupo de bienes —y deudas—, considerados unitariamente (*sub specie universitatis*)— que integran la herencia del primer causante, del cual no se transmite su propiedad y posesión sino algo distinto que es «el derecho de aceptar o repudiar dicha herencia».

Tan es así que dichas herencias son susceptibles de dos aceptaciones distintas, para adquirir en forma definitiva (o culminar el proceso adquisitivo) la herencia del primer causante es necesario que el transmisario otorgue dos negocios jurídicos autónomos; ambos negocios jurídicos son aceptación, pero son autónomos ya que uno tiene por objeto la herencia del transmitente y el otro la herencia del primer causante. Lo que demuestra que se trata de dos herencias: susceptibles de dos consecuentes aceptaciones. Si fuere una misma herencia ¿para qué otorgar dos aceptaciones?

A su vez el artículo 864 establece que «El derecho de transmisión excluye al de sustitución, y el de sustitución al de acrecimiento»; y el artículo 1.048 que «El derecho de transmisión, establecido por el artículo 1.040 excluye el de acrecer».

Estos artículos citados establecen que se hereda por derecho de transmisión; y tanto se hereda por derecho de transmisión que éste excluye a otros derechos por los que se hereda siempre al primer causante como son el derecho de sustitución (art. 858), llegando a establecer el artículo 861 del CC que «El sustituto del sustituto se entiende serlo también del heredero de primer grado», y lo mismo se puede decir del derecho de acrecimiento según lo establecido en los artículos 1.044 y 1.045.

Si la herencia del primer causante ya se encuentra adquirida en el patrimonio del segundo causante (transmitente) y de éste se transmite por modo sucesión al transmisario, ¿para qué establecer el CC un derecho a heredar al primer causante?, ¿si por este derecho no se hereda al primer causante cómo se puede explicar que este derecho del transmisario excluya derechos en virtud de los cuales se hereda al primer causante como son los derechos de sustitución y acrecimiento?

12. VALLET DE GOYTISOLO (en «Panorama del derecho de sucesiones», tomo I, *Fundamentos*, Ed. Civitas, Madrid, 1984, pág. 43) señala que *Succeder, succedere*, en el lenguaje jurídico clásico, explica FRITZ SCHULTZ, significa ocupar el lugar anteriormente ocupado por otra persona o cosa, y, especialmente, el sub/entrar de un heredero *in locum* o *in ius defuncti*. Cuando se usa el vocablo de su estricto sentido, su significación es que el heredero viene a ocupar la posición del *defunctus*, en derecho privado significa que el sucesor subentra en bloque en los derechos y deberes del *de cuius*, en tanto estos derechos y deberes sobreviven a la muerte del *de cuius*, de *is de cuius hereditate quaeritur* o *agitur*.

GAYO, en su *Instituta*, 2.18 y s., distingue la adquisición de cosas singulares, d.97 *quedmadmodum singulae res adquirantur*, y la adquisición en bloque de una pluralidad de cosas, 2.97 *quibus modis per universitatem res nobis adquirantur*, considerando esta última como *successio*. También considera *successio* el supuesto de adquirente *per universitatem* el *pater adrogans*, adquisición *per adrogatio*, el patrimonio del hijo adoptado.

Los conceptos de *successio in locus* o *in ius* y de la *successio in universum ius* como *adquisitio de la hereditas* correspondan a concepciones conceptuales diferentes, sino que suponen dos visiones conceptuales del mismo fenómeno. Entre ambas completan la visión de éste, como la visión de las diversas perspectivas de un cuerpo físico, en quietud y en movimiento, completan su total examen. En este sentido, BIONDI ha entendido que la frase *successio in universum ius*, lejos de ser pleonástica, resulta apropiada en cuanto indica el modo y el objeto de la *successio*,

expresa, en suma, que se trata de la esfera jurídica concebida como unidad compleja.

La *successio in ius* significa la subrogación del heredero en la situación del *de cuius*, es un tránsito de la situación jurídica del causante al heredero. Enfoque del fenómeno sucesorio que vemos en el artículo 776 del CC cuando define la sucesión o herencia como modo universal de adquirir, es la acción de suceder al difunto, y representarle en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte. Se llama heredero el que sucede en esos derechos y obligaciones. La *hereditas* como *universitas* no es sino fruto de la consideración unitaria del fenómeno hereditario para determinadas relaciones y fines jurídicos precisos, unidad que no existe, como señala VAIXET DE GOYTISOLO, con relación al difunto ni con relación al heredero, es decir, ni antes ni después de operado el fenómeno sucesorio, sino sólo al operarse. Concepción del fenómeno sucesorio que se muestra en el artículo 777 de nuestro CC cuando establece que la palabra herencia puede significar también la masa de bienes y derechos que deja una persona después de su muerte, deducidas las cargas.

Es así como en el mundo hereditario van unidas la acción de suceder del heredero, el ser tal heredero, con la simultánea adquisición de ese conjunto de bienes del causante que conforman la categoría lógica que hace que se los considere unitariamente respecto de ciertas relaciones, que comprende también las deudas, que se llama herencia.

Es así como las expresiones *hereditas/successio* y *hereditas/universitas* no muestran concepciones incompatibles, sino, por el contrario, la primera expresa el fenómeno entero desde el punto de vista causal, mientras la *universitas* designa una parte del mismo, en su aspecto de adquisición patrimonial, observado desde el punto de vista de sus consecuencias, como lo señala VALLET DE GOYTISOLO (en *Estudios de derecho sucesorio*, vol. I, 2.^a ed., Ed. Montecorvo, Madrid, 1987, pág. 529). Son así dos enfoques del mismo fenómeno, el fenómeno sucesorio.

Trasladado lo establecido en nuestros artículos 776 y 777, y la unidad de ambas perspectivas del fenómeno sucesorio, al ámbito del derecho de transmisión hace que nos preguntemos si es posible que el transmitente adquiera, según la posición mayoritaria en nuestro país, la cualidad de heredero y no la herencia. Cómo es posible que el transmitente sea heredero y no adquiera la universalidad de derecho llamada herencia es conatural al ser heredero. Y no adquiere la herencia, ya que si la hubiere adquirido los bienes y deudas que se transmitieran por modo sucesión del primer causante al transmitente ya se encontrarían formando parte del patrimonio de éste y, al fallecer, transitarían al patrimonio de sus herederos integrando una única universalidad de derecho, herencia que sería la del transmitente. Pero no es así, ya que el mismo artículo 1.040 así lo señala al establecer que el

transmitente transmite a sus herederos el derecho de aceptar o repudiar dicha herencia, o sea, que ésta no se encontraba fundida en el patrimonio de aquél. Es así que aquí llegamos a una etapa importante en el análisis del derecho de transmisión, ya que si fuera la correcta la posición mayoritaria en nuestro país se me tendría que admitir que puede llegar a existir una disociación entre el ser heredero y adquirir la herencia. Tendríamos un caso de heredero no adquirente de herencia.

MONSERRAT VALERO («La sucesión *iure transmissionis*, el concurso de delaciones en un mismo heredero y el impuesto de sucesiones», en *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXX/mayo-junio, núm. 622, págs. 1.046 y sigs.) señala que la tesis de que el transmisario adquiere la herencia del primer causante directamente de éste presenta un argumento más sólido, si bien ha de resolver la dificultad que plantean sus opositores. Dificultad que parece más fácil de resolver que explicar cómo el transmisario adquiere del transmitente una herencia que aún no se hallaba en el patrimonio de éste. A lo cual agrega este profesor de la Universidad de Barcelona que, de todas formas, aun admitiendo que el transmisario adquiriera la herencia del primer causante directamente de éste, es verdad que la adquiere a través de un *ius delationis* recibido del transmitente.

Nuestro artículo 1.053 establece que nadie puede aceptar o repudiar sin estar cierto de haberse abierto la sucesión, y de su calidad de heredero. Si el transmisario puede repudiar la herencia del primer causante es porque está cierto de su calidad de heredero, si no fuere heredero cómo podría repudiar una herencia. Es así que MONSERRAT VALERO señala que, en efecto, parece que la facultad de repudiar una herencia sólo podría corresponder al heredero. Si el heredero puede hacerlo es porque ha recibido del transmitente, también, la cualidad de heredero provisional.

CLARO SOLAR (en sus *Explicaciones de derecho civil chileno*, tomo VII, núm. 60) señala que el derecho de transmisión no es una particularidad, sino una simple aplicación del derecho de sucesión de la herencia en la cual se contiene la facultad de aceptar o repudiar la herencia o legado que se ha deferido al *de cuius*, y de que no puede disponerse en favor de otro, mientras aquel a quien se defirió no haya manifestado su voluntad de repudiar, ya que aceptándola se extingue toda expectativa de los demás llamados y se entiende haberla adquirido en el momento de la delación.

Agregando luego CLARO SOLAR que «Pero, como el simple llamamiento del heredero o legatario a aceptar o repudiar la herencia o legado, no incorpora inmediatamente dicha herencia o legado en su patrimonio, si no manifiesta su voluntad de aceptar la asignación, podía suscitarse la duda que con su muerte quedara sin valor el llamamiento y que sus herederos no pudieran aceptar o repudiar la asignación, a pesar de hallarse *in sua facultate*, y el legislador quiso salvar esta duda reconociendo en forma

expresa el derecho de los herederos a aceptar o repudiar aún la asignación que el de *cujus* no había aceptado ni repudiado por ignorar que se le había deferido.

13. LACRUZ (*Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1981, págs. 55 y sigs.) señala como objeción a la admisión de la posición que sostiene que el transmisario es heredero del primer causante que con la misma se llegaría a la paradoja que en caso de sucesión testamentaria del primer causante podría resultar heredera una persona ajena a la voluntad testamentaria; y en el caso de sucesión legal una persona ajena a cualquier relación de parentesco en la que se basa la ley para deferir la herencia. «La ley no puede hacer que el transmisario sea directamente llamado a ella, puesto que el primer causante no ha pensado en él ni lo ha nombrado en el testamento», asevera LACRUZ.

ALBALADEJO («La sucesión *iure transmissionis*», en *ADC*, 1952, pág. 955) señala, rebatiendo la posición de LACRUZ, que «Por último, suceder al primer causante convierte al adquirente del *ius delationis* en heredero de aquél. Contra ello carece de validez afirmar que heredero sólo puede serlo el llamado (por lo cual sólo podría ser heredero del primer causante el transmitente, y el transmisario sería heredero de éste, aunque recibiese la herencia de aquél, o sea, recibiría el contenido de tal herencia, pero no el título de heredero del primer causante), pues heredero es el que sucede a título universal, aunque el derecho a tal sucesión no lo tenga por ser llamado a ella, sino por haberlo adquirido del llamado».

Entendiendo ALBALADEJO (ob. cit., pág. 945) que no hay un segundo llamamiento en favor de los herederos del segundo causante, sino que subsiste la delación en favor de los herederos del segundo causante, pero subrogándose en su lugar sus herederos: subsiste esta delación, es decir, subsiste el *ius delationis*, que nació del primer llamamiento. Pero con la muerte de su titular, tal *ius* se transmite a sus sucesores. Por lo cual cambia el sujeto que puede adquirir la herencia una sola vez deferida. Pero el derecho en base al que la adquisición sigue siendo el mismo que tenía su transmitente.

El primer causante, para no caer en el caso que termine sucediendo un desconocido como señala LACRUZ, la tiene él mismo teniendo el poder de excluir la transmisión del *ius delationis* y evitar así tener un heredero que no le plazca.

14. El transmitente no había culminado su proceso adquisitivo («la *fattispecie acquisitiva*»), cuando le sorprende la muerte; adquisición que se produce —en su perfeccionamiento—, como ya se señalara, con la aceptación o en su caso con la caducidad de la facultad de repudiar (arts. 1.067, 1.068, 1.086, 1.070, inc. 1.º del CC). Es así que la muerte del llamado «heredero provisional» —como surge de la propia existencia del

art. 1.040— no significa adquisición (culminación de la *fattispecie adquisitiva*), transmitiéndose a sus herederos «el derecho de aceptar o repudiar «la herencia que se le ha deferido».

JORDANO FRAGA (citado por MONSERRAT VALERO, ob. cit., pág. 1047) admite que la cualidad de heredero provisional conlleva el ser «titular provisional de las relaciones hereditarias» y que al establecer que «la adquisición definitiva de la herencia es, también aquí, resultado que depende de la voluntad del llamado a la sucesión», admite que antes ha habido ya una adquisición provisional. Pero si esto es así, ¿qué razón hay para que en los sistemas germánicos si el transmitente ya es heredero de la herencia del primer causante transmita al transmisario, junto con la herencia de aquél, la cualidad de heredero provisional?

MONSERRAT VALERO (ob. cit., pág. 1048) señala que «... quizá también - podríamos entender que el transmisario es llamado a la herencia del primer causante si admitimos que, junto con la sucesión legítima a que hace referencia el artículo 658 del CC, fundada en la relación de parentesco entre causante y heredero, hay otra clase de sucesión legítima ordenada por la ley en el supuesto especial del artículo 1.066 del CC, en virtud de la cual se llama a suceder no a los que guardan una relación de parentesco con el causante, sino a los herederos que acepten la herencia del primer causante, que muere sin aceptar ni repudiar la herencia».

Y aquí pienso dónde está la clave del tema, en que el mismo CC me consagra esta forma de sucesión legítima (para usar las expresiones de MONSERRAT VALERO) o derecho de suceder al primer causante que es el derecho de transmisión. No hay más de qué hablar ante la disposición legal; haciendo más las palabras de MONSERRAT VALERO citadas.

15. ALBALADEJO (ob. últ. cit., pág. 954), al comparar la sucesión *iure transmissionis* y la sucesión *iure repraesentationis*, sostiene que «tanto en la sucesión *iure repraesentationis* como en la sucesión *iure transmissionis* hay una sola delación de la herencia del causante».

«En la sucesión *iure repraesentationis* tal delación atribuye un *ius delationis* directa y originariamente al denominado representante. En la sucesión *iure transmissionis* la delación atribuye el *ius delationis* al transmitente, y luego, de éste, derivativamente, lo adquiere el transmisario.»

Pero, como sostiene ALBALADEJO, tanto el representante como el transmisario son herederos del causante (único para el representante [art. 1.018] y primero para el transmisario) porque ambos, ejerciendo el derecho de aceptar o repudiar la herencia deferida (*ius delationis*) —que uno adquirió originariamente y otro derivativamente— reciben la herencia de aquel causante, recta vía, y no a través del representado o del transmitente. El papel de éstos es sólo el siguiente: el del representado servir para concretar quién es el sujeto a cuyo favor se producirá la delación; el del transmitente ser

mero instrumento de traspaso del *ius delationis*, pero no de la herencia a que éste da derecho.

A lo cual para clarificar, ALBALADEJO agrega que (ob. cit. últ., pág. 960), en el derecho de representación hay sólo un causante y un sucesor, no interviniendo el representado en los traspasos hereditarios; «mientras que en la sucesión *iure transmissionis* hay dos causantes y dos sucesores. Pero la duplicidad de sucesiones no se refiere a un doble paso de la misma herencia, sino a que hay un solo paso de ésta —igual que en la sucesión *iure repraesentationis*— del causante al transmisario, y hay, además, otra sucesión en el *ius delationis* que va comprendido en la herencia del transmitente. Cuya sucesión falta en el caso de la sucesión *iure repraesentationis*».

Estando el fundamento de la sucesión *iure transmissionis* en que al suceder *mortis causa* se reciben del sucedido sus derechos transmisibles *mortis causa* y, entre ellos, el *ius delationis*.

16. Al comienzo ya se citó el artículo 1.052, que luego que en su inc. 2.º establece que «la aceptación y repudiación son indivisibles, y no pueden hacerse sólo en parte», en su inc. 3.º dice que «Pero si la herencia deferida a una persona se transmite a sus herederos, según el artículo 1.040, puede cada uno de los transmisarios aceptar o repudiar su cuota».

IRURETA GOYENA (h) (ob. cit., págs. 40 y sigs.), al analizar el artículo 1.052, inc. 3.º, frente al 1.052, inc. 2.º y al 1.073, señala que «Parece, a primera vista, atendiendo al sentido literal del texto y a su correlación con el apartado anterior del mismo artículo, manifiesta la intención del legislador de introducir una excepción al principio de la indivisibilidad de la aceptación. Si la disposición se hubiere limitado a consagrar la libertad del transmisario para repudiar su cuota, la solución resultaría sencilla: la libre facultad de repudiar para uno o más de los transmisarios no obstaría a que, de acuerdo con el artículo 1.073, el o los aceptantes lo hiciesen por la totalidad. Lo que torna incisiva la duda es que el texto declara la libertad del transmisario para aceptar específicamente su cuota —vale decir, una porción de la sucesión del primer causante medida por la extensión de su vocación en la herencia del transmisor...— Lo mismo establece el artículo 944, respecto de la transmisión de los legados».

Agregando luego IRURETA GOYENA: «YO creo que para la correcta inteligencia del último apartado del artículo 1.052 (cuya fuente directa se halla en el Código Chileno), su tenor literal debe armonizarse con el del artículo 1.073, tomado del Proyecto de GARCÍA GOYENA. Este texto fuente, apenas modificado en nuestro Código por la supresión del 1.º inciso (probablemente considerado inútil por el codificador NARVAJA), imponía la indivisibilidad de la aceptación incluso para los transmisarios, y no sólo para los sucesores directos. En realidad, el problema que debió presentarse a nuestro codificador, y que trató de solucionar en el último apartado del

artículo 1.052, fue el de si el derecho de opción acordado a los transmisarios, requería en uno u otro sentido, aceptación o repudio, la decisión unánime de aquellos representantes del transmisor. El requisito de la unanimidad, que bien hubiera podido sostenerse como una consecuencia de la indivisibilidad del derecho de opción comunicado por el sucesor directo a los transmisarios, hubiese creado dificultades prácticas insalvables en el supuesto de divergencia de opiniones. Y, por tanto, es razonable admitir que el legislador, no creyendo justo imponer ni la aceptación ni el repudio colectivos (en lo que atañe a la discrepancia sobre la forma de la aceptación, el segundo apartado del artículo 1.073, en circunstancias análogas y por razones obvias, impone una solución colectiva), sólo haya entendido permitir el ejercicio individual del derecho de opción, sin llegar por ello a la derogación total del principio de la indivisibilidad de la aceptación. En consecuencia, opino que, no obstante, la redacción poco feliz del último inciso del artículo 1.052, el o los transmisarios que acepten la sucesión transmitida pueden y deben hacerlo por la totalidad de la misma, o de la cuota asignada al transmisor. La misma interpretación se impone con mayor motivo respecto del artículo 944, puesto que fue tomado de GARCÍA GOYENA».

17. GATTI (ob. cit., pág. 161), refutando o tratando de refutar la tesis de IRURETA GOYENA (h), señala que: 1. Del tenor literal de la ley, surge en forma indubitable, el designio del legislador de establecer la libertad de los transmisarios de aceptar individualmente su cuota. Transcribiendo los inc. 2.º y 3.º del artículo 1.052. La libertad individual acordada a los transmisarios para aceptar o repudiar su cuota, no fue consagrada por el codificador en una disposición incidental sin vinculación o conexión con el principio de la indivisibilidad de la aceptación, sino por el contrario, fue establecida inmediatamente después de haber sancionado el aludido principio, y dentro de una misma disposición legal.

Agregando GATTI que «la fórmula legal nos indica, además, claramente que la finalidad del legislador fue establecer una excepción al principio consagrado en el inc. 2.º del artículo 1.052. Pero —dice el legislador— si la herencia deferida a una persona..., es decir, está proclamando la consagración de una limitación, separación o excepción de la regla consagrada en el inciso anterior». «2. La diversidad de fuentes inspiradoras de las normas legales nos lleva precisamente a la conclusión contraria a la preconizada por el Dr. IRURETA GOYENA (h). NARVAJA, para regular el derecho de transmisión, así como para reglar los principios que informan la libertad de los transmisarios para aceptar o repudir su cuota, se separó deliberadamente de las normas consagradas en el proyecto español del 51, para seguir las directivas adoptadas por BELLO en su Código Civil, de modo, pues, que dentro de las normas de hermenéutica debemos, para solucionar la cuestión

planteada, recurrir a la doctrina del Código Civil Chileno y no a las soluciones acordadas en su proyecto por GARCÍA GOYENA».

«Es innegable que para redactar el artículo 1.073 nuestro codificador copió casi al pie de la letra los inc. 2.º y 3.º del artículo 836 del Proyecto español del 51, pero suprimió el inc. 1.º de esa disposición, que trataba precisamente del derecho de transmisión, regulando ese derecho en una disposición autónoma, el artículo 1.040, que reproduce casi sin variaciones sensibles el artículo 957 del CC chileno.»

«Tampoco es GARCÍA GOYENA el modelo de NARVAJA para formular los principios consignados en el artículo 1.052, puesto que el inc. 1.º reconoce como fuente el artículo 1.227 del CC Chileno, y los inc. 2.º y 3.º fueron calcados literalmente del artículo 1.228 del mismo cuerpo legal.»

3.º La doctrina chilena apoya abiertamente la solución que preconizamos. CLARO SOLAR, después de recordar que el principio de la indivisibilidad de la aceptación, carece actualmente de fundamentación adecuada, pues en realidad no es más que una reminiscencia de lo que sucedía en el antiguo derecho, en el que no se podía suceder en parte testado y en parte intestado agrega: «Si es uno solo el heredero del heredero o legatario que fallece sin haber aceptado la asignación que se le ha deferido, debe naturalmente aceptar la totalidad de la herencia o legado, no podría aceptar solamente una parte o cuota de la asignación y repudiar el resto.» «Pero si son dos o más los herederos a quienes se transmite el derecho de aceptar o repudiar la asignación, ¿cómo pueden ejercitar este derecho? En el hecho, no puede haber dificultad, puesto que se trataría de una asignación hecha a varios sin designación de cuotas entre ellos y que tendrían que dividirse la asignación por partes iguales. No siendo obligatorio el derecho de aceptación de la herencia, cada heredero puede libremente aceptar o repudiar la cuota que le toca en la asignación; y no están obligados todos ellos a aceptar o repudiar conjuntamente, de modo que la asignación puede ser aceptada por uno o más de los herederos en la cuota que le corresponde, y ser rechazado por uno u otro.»

Luego, refiriéndose a la disposición del inciso 2.º del artículo 1.228 CC Chileno (nuestro inc. 3.º, art. 1.052), expresa: «No es este en realidad un caso de excepción a aquella regla, puesto que siendo cada transmisario llamado a una cuota, el derecho de aceptar o repudiar cada uno de ellos la asignación no puede referirse a la totalidad de ella, sino a esa cuota. No necesitan los varios herederos del transmitente ponerse de acuerdo para aceptar o repudiar la asignación, porque como herederos que son del transmitente, cuya herencia han aceptado y que tienen que dividirse entre sí por partes iguales o según las cuotas de herencia que les haya dejado su autor, encuentran en la herencia el derecho de aceptar o repudiar que, como los demás bienes o derechos, se dividirá entre ellos por partes iguales o cuotativamente.»

«La pretendida excepción es, pues, la simple aplicación de las reglas generales en materia de sucesión hereditaria, cuando los asignatarios son varias personas llamadas a la misma asignación. No habiendo cuotas designadas para cada uno de los llamados a la asignación, deben dividirla entre sí por partes iguales, y cada uno debe aceptar libre y separadamente su cuota.»

«Esto que ocurre en caso de transmisión está manifestando la falta de fundamento de la disposición que prohíbe aceptar una parte o cuota de la asignación y repudiar el resto, pues manifiesta que no hay inconveniente legal alguno que haga necesaria esta regla.»

«4.º La solución que aceptamos, en cuanto a la libre determinación de los transmisarios para aceptar individualmente su cuota, de conformidad con el artículo 944, se impone con mayor razón en los legados ya que en este caso, guarda absoluta correspondencia el tenor literal de la ley con la fuente inspiradora de la norma.»

«No sólo el sentido literal del artículo 944 (al igual que el inciso 3.º del art. 1.052) surge evidente el designio del codificador de consagrar la facultad individual de los transmisarios de aceptar por cuotas partes el legado transmitido, sino que del comentario de GARCÍA GOYENA al artículo fuente de nuestra disposición legal, se revela también que el autor español reconocía expresamente, la facultad de aceptar individualmente, la parte que a cada uno de los transmisarios le correspondía en la asignación.»

Comentando el artículo 706 del Proyecto del 51 expresa GARCÍA GOYENA: «Por la muerte del legatario se divide el legado en tantas partes como herederos deja; y en la misma proporción que heredan: el legado se fracciona y multiplica.»

18. VAZ FERREIRA (ob. cit., págs. 34 y 35) señala que «Nosotros, repetimos, entendemos que aún para cada uno de los transmisarios, rige el principio de la indivisibilidad de la aceptación, y que lo único que ha querido rechazar el Código es el exagerado alcance que a dicha indivisibilidad se atribuye en otros sistemas, al excluir la posibilidad de que, de los transmisarios, unos acepten y otros repudien la herencia transmitida». Agregando luego que «Volviendo a nuestro Código: conforme a la interpretación contraria a la nuestra, el artículo 1.052, parte final, debería leerse como si dijera: "Puede cada uno de los herederos aceptar su cuota y repudiar la que le corresponde por acrecimiento—. Pero el texto no dice así, sino que dice "puede cada uno de los herederos aceptar o repudiar su cuota—; y si la acepta rige indiscutiblemente la regla del artículo 1.045: «El coheredero o coherederos no pueden aceptar su parte propia y repudiar la que se les defiere por acrecimiento, ni al contrario».

19. El artículo 1.052, en su inc. 3.º, me habla de «herencia deferida», como el artículo 1.040 del «derecho de aceptar o repudiar dicha herencia»;

usando el artículo 1.070 la expresión «El derecho de aceptar o repudiar la herencia». Expresiones que usa nuestro codificador para referirse al *ius delationis*.

El artículo 1.052, en su inc. 3.º, refuerza la argumentación en que los transmisarios heredan al primer causante; es por ello que aceptan su herencia, de lo contrario sería una aceptación de una herencia hecha por un no heredero, violándose el requisito que exige el artículo 1.053 en cuanto establece que nadie puede aceptar «sin estar cierto de su calidad de heredero».

Es más, no creo que exista una derogación del principio de la indivisibilidad de la aceptación consagrado por el artículo 1.053 y el artículo 1.073, señalando éste que «Si son varios los herederos, y no hay acuerdo entre ellos sobre la aceptación de la herencia, aceptarán los que quieran, y los que no repudiarán; pero los que acepten lo harán por la totalidad».

Si heredero fuera el transmitente, era lógica la exigencia de la indivisibilidad de la aceptación otorgada por los transmisarios; ya que éstos aceptarían «por el transmitente» único heredero —o coheredero en su caso— a quien convierten en heredero definitivo y así a la «herencia deferida» en herencia adquirida. IRURETA GOYENA (h) dice —en los párrafos transcritos— que lo que quizá el legislador fue obviar el requisito de la unanimidad en la aceptación o repudiación otorgada por los transmisarios (aceptación o repudio colectivos), permitiendo sólo el ejercicio individual del derecho de opción; concluyendo que el o los transmisarios pueden y deben hacerlo por la totalidad de la herencia.

Pero yo no me limito a ver en el inc. 3.º del artículo 1.052 un intento del CC de rechazar el exagerado alcance que a la indivisibilidad se atribuye en otros códigos civiles —decisión colectiva— como dicen IRURETA GOYENA y VAZ FERREIRA. YO veo, en el artículo 1.052, una aplicación de la regla del artículo 1.040, viendo en el mismo una manifestación legal que los transmisarios son herederos del primer causante; no quedándome en ver en el citado artículo una mera intención del codificador.

El concepto de heredero, como continuador de las relaciones jurídicas del causante, llamado a la herencia —escribe VALLET DE GOYTISOLO (ob. cit., tomo I, pág. 95)—, excluye la hipótesis de herencia alguna que sólo lo tenga en parte. También rechaza la posibilidad de varios herederos que simultáneamente lo sean en todo: «*Uni dúo pro solido heredes esse non possunt*», dijo PAULO (Dig. 38,5,1,& 4.º). Imposibilidades que, según explica MARTÍ MIRELLES, no sólo son jurídicas, o de mera forma legal, sino también lógicas, por aplicación del principio metafísico de no contradicción. E incluso, según razonó hace cuatro siglos el castellano ANTONIO GÓMEZ, la imposibilidad del primer supuesto es ontológica; pues, a su juicio, sería monstruoso que se pudiera representar al difunto sólo en parte

—conclusión a que llegamos si seguimos a GATTI—, y no en todo, y naturalmente imposible, ya que si lo es que un hombre esté vivo en parte, tampoco puede por ficción legal ser representado *post mortem* sólo en parte.

Agregando VALLET DE GOYTISOLO que «la imposibilidad de varios herederos solidarios no excluye la posibilidad simultánea de varios herederos con vocación solidaria al todo, pero que coparticipen mancomunadamente por *razón* de su concurso simultáneo».

Si seguimos a GATTI llegamos a la conclusión de que podemos tener un único heredero (el transmitente), ya que para él es el heredero del primer causante, que sólo lo es en parte; heredero que no transmite en su herencia la del primer causante a pesar de ser heredero, y que es aceptada por un no heredero del primer causante sino por uno de los herederos del transmitente aún no adquirente de la herencia.

Si GATTI tiene razón se nos vienen abajo principios fundamentales del derecho sucesorio en sede de heredero; entre ellos el de la universalidad del heredero. Es así que el artículo 776 del CC establece que «La sucesión o herencia, modo universal de adquirir, es la acción de suceder al difunto, y representarle en TODOS sus derechos y obligaciones...» «Se llama heredero al que sucede en esos derechos y acciones», y el artículo 780 establece que «El testador puede disponer a título universal o de herencia».

La indivisibilidad de la aceptación es un corolario de la universalidad de la institución de heredero como señala VALLET DE GOYTISOLO (ob. cit., pág. 109); si tengo un heredero —sucesor universal— o varios (por ej. 3) son sucesores a título universal, no pudiendo aquel aceptar la herencia del causante por un tercio y ser sucesor de aquél por esta cuota que la fija en la aceptación ni aquellos tampoco pueden aceptar la herencia en un sexto en lugar de su vocación al todo que se fija en un tercio.

Otro corolario de la universalidad del heredero lo es el derecho de acrecer; estableciendo el artículo 1.044 que «En las sucesiones intestadas, la parte del que no puede o no quiere aceptar acrece a los coherederos, salvo el derecho de representación». Agregando el artículo 1.048 que «El derecho de transmisión, establecido en el artículo 1.040, excluye el derecho de acrecer».

Yo creo que el transmisario —cuyo «derecho» «excluye» o frena el derecho a la universalidad (al todo) del coheredero del primer causante— no puede sólo ser heredero del primer causante en un sexto cuando la vocación de aquél (el transmitente) era en un tercio porque los restantes co-transmisarios hayan repudiado la herencia del primer causante. Y vuelvo a las preguntas de siempre: ¿Cómo puedo frenar la vocación al todo del coheredero «sin designación especial de partes» por un no heredero del primer causante? ¿Si se sigue la tesis de GATTI excluyendo el derecho de transmisión al de acrecer, y dándose por los transmisarios una aceptación

parcial la cuota repudiada a quién va? Al coheredero «sin designación especial de partes» por acrecimiento, ¿pero no era que el derecho de acrecer estaba «excluido» por el de transmisión?

Ya se señaló que las expresiones *hereditas-successio* y *hereditas-universitas* no significan dos concepciones incompatibles, tales que una excluya la otra. Al contrario, la *successio* expresa el fenómeno hereditario entero, desde el punto de vista causal; la *universitas* no designa sino el resultado consecuente, muestra el patrimonio adquirido. Añadiendo VALLET DE GOYTISOLO (*Estudios de derecho sucesorio*, tomo I, pág. 136) a lo antes señalado aportado por BARBERO que *hereditas-universitas* expresa el conjunto de bienes adquiridos por razón de su causa —la *successio* del *de cuius* de quien se trate—.

La posición clásica fractura la unidad del proceso sucesorio ya que, según ellos, ya se había dado la *hereditas-successio*, que convertía en heredero al transmitente, pero no adquiere la *hereditas-universitas* que es consecuencia de aquél. Es así que se puede aceptar una herencia y repudiar otra, aceptar una pura y simplemente y otra bajo beneficio de inventario, etc. ¿No será más armónico reconocer que se tratan de dos *hereditas-successio* y dos *hereditas-universitas* autónomas? ¿Cómo es que VAZ FERREIRA asevera que «la herencia del primer causante llega al transmisario como elemento integrante de la del transmitente»?

Si se acepta la posición clásica de la doctrina nacional —que quizá sea la correcta, no lo sé— al estar la herencia del primer causante como elemento integrante de la del transmitente es obvio que se le debe computar a efectos del cálculo de la porción legitimaria. Si los herederos del transmitente son tres legitimarios y uno no legitimario, y de los tres legitimarios uno acepta y dos repudian la herencia del primer causante —habiendo todos aceptado la herencia del transmitente—; la aceptación de aquél hace —si se sigue a IRURETA GOYENA y a VAZ FERREIRA— que la herencia del primer causante se funda *in totum* en la del transmitente, incluyéndose así para el cálculo de la porción legitimaria (art. 887) al formar aquella parte «de los bienes que hayan quedado a la muerte del testador» (art. 889), y así como esta porción legitimaria se divide por partes iguales entre todos los legitimarios, todos se benefician de la aceptación de uno sólo de los coherederos cuando éste ha de ser el único responsable por las deudas del primer causante hasta que quizá *ultra vires hereditatis* por una aceptación pura y simple que el artículo 1.040 me habilita, no pudiendo limitar su responsabilidad por la aceptación beneficiaria de la herencia del transmitente ya que sus dos aceptaciones diferentes de dos herencias (a juicio de quien esto escribe) diferentes, no rigiendo por ende el artículo 1.073, inc. 2.º del CC.

20. Ahora se puede sostener que la herencia del primer causante es en el patrimonio del transmitente un patrimonio separado o autónomo.

DE LOS MOZOS (*Estudios sobre derecho de los bienes*, Ed. Montecorvo, S. A., 1991, pág. 316) señala que «Junto al patrimonio general de la persona y a imitación suya, el Derecho regula la situación de determinadas masas de bienes, afectadas por un conjunto de deudas, a las que dota de cierta autonomía: conjuntos que, atribuidos a una o varias personas (patrimonio colectivo) funcionan con independencia del patrimonio personal, al lado de él y sin llegar a mezclarse con él».

Ubicando entre los supuestos más importantes de patrimonios autónomos DE LOS MOZOS (ob. cit., pág. 317) a la herencia, señalando que la herencia, salvo que haya sido aceptada a beneficio de inventario, se confunde con el patrimonio del heredero, pero hasta que se produce la aceptación subsiste como patrimonio independiente, agregando que «Lo que se pone de relieve, sobre todo, en las masas patrimoniales en liquidación (herencia, sociedad de gananciales, liquidación de la sociedad y de la comunidad, del patrimonio de la persona jurídica, etc.), donde o existe una titularidad colectiva o hay una coparticipación en el juego de los intereses, sin que propiamente exista aquélla».

Y como caracteres generales de los patrimonios separados y autónomos, señala DE LOS MOZOS: 1. Son creación del ordenamiento jurídico, conforme a un sistema de *numerus clausus*, sin que puedan extenderse por analogía a otros supuestos (como el establecimiento o la empresa mercantil). 2. El patrimonio no es objeto de tráfico, aparte de la sucesión universal. Objeto de tráfico son los bienes singulares, pero teniendo en cuenta en su caso las correspondientes titularidades sobre el patrimonio. 3. Es posible que del patrimonio salgan bienes, pero constante la vida del mismo, cuando se trate de enajenaciones o inversiones, en su lugar entrarán otros por el juego de la subrogación real. 4. La separación del patrimonio autónomo, respecto del patrimonio general de su titular o titularidades, permite mantener relaciones patrimoniales entre las diversas masas. 5. Las titularidades de administración y disposición del patrimonio autónomo, así como la responsabilidad a que se hallan sujetos sus bienes y la calificación de los mismos, en ocasiones (como sucede con los bienes gananciales) es también objeto de estricta regulación legal. 6. La separación de patrimonios no es absoluta, en la relación externa de los mismos (salvo en el caso del patrimonio familiar inembargable): así por la aceptación de la herencia el heredero responde con sus propios bienes de las deudas...

B. BIONDI (*Los Bienes*, pág. 183) observa que «... solamente la ley, por razones particulares y para determinados efectos, admite la posibilidad de complejos separados».

Agregando luego que «Herencia a beneficio de inventario y bienes respecto a los que los acreedores del difunto han obtenido la separación, pertenecen siempre al heredero, pero se distinguen de los propios de éste».

«No existe separación de patrimonios, a la que debería lógicamente corresponder multiplicación de sujetos, lo que es absurdo, sino más bien consideración separada solamente para determinados efectos.» Para después señalar «Una cierta separación se da en el caso de que el heredero haya aceptado con beneficio de inventario: el artículo 490 declara que su objeto es precisamente el de mantener separado el patrimonio del difunto del heredero; aun deviniendo los bienes hereditarios propios del heredero e igualmente deviniendo propias las deudas del difunto, el heredero responde de las deudas hereditarias no más allá del valor de los bienes a él llegados».

Pienso que en base a la doctrina del patrimonio autónomo, aplicándola a la «herencia deferida» o «el derecho de aceptar o repudiar dicha herencia» se podría sostener que lo que sucede es que la misma era un patrimonio autónomo en el patrimonio del transmitente, y que fallecido éste compone la correspondiente *hereditas-universitas* el patrimonio —o mejor dicho de éste lo que es transmisible *mortis causa*— y un patrimonio que sigue siendo autónomo que el «derecho de aceptar o repudiar dicha herencia».

No me convence tal argumentación, como señala VALLET DE GOYTISOLO («Panorama del derecho de sucesiones», I, *Fundamentos*, pág. 44) «la *successio in ius* significa la subrogación del heredero en la situación jurídica del *de cuius*: es un tránsito de la situación jurídica del causante al heredero. La *hereditas*, como *universitas*, no es sino fruto de la consideración unitaria del fenómeno hereditario para determinadas relaciones y para fines jurídicos precisos; unidad que no existe con relación al difunto ni con relación al heredero, es decir, ni antes ni después de operado el fenómeno sucesorio, sino sólo al operarse».

En el caso del patrimonio autónomo «herencia bajo beneficio de inventario», éste forma parte de la *hereditas-succesio-universitas* del segundo causante, ya que integraba el patrimonio del segundo causante, manteniendo su consideración separada solamente para el efecto de responsabilidad *pro viribus hereditatis* y evitar la confusión (art. 1.092 del CC); pero en el caso del derecho de transmisión la herencia deferida del primer causante no se transmite en la sucesión del segundo causante por una sencilla razón: no integraba el patrimonio de éste y por ende mal podía ser objeto de su *hereditas succesio-hereditas universitas*; lo que integraba esta *hereditas* es, como señala ALBALADEJO, el *ius delationis*, pero no la herencia del primer causante ya que aún no había perfeccionado el transmitente su adquisición. Es así que no creo que se pueda aplicar la teoría del patrimonio autónomo al derecho de transmisión, intentando una analogía con el patrimonio autónomo herencia bajo beneficio de inventario.

V. ALGUNAS CONSECUENCIAS

21. En primer lugar las consecuencias de seguir una u otra posición se traducen en el pago del impuesto a las transmisiones patrimoniales cuando el hecho generador es una apertura de una sucesión, más que nada cuando el primer causante fallece antes que estuviera vigente tal impuesto que tuviera como hecho generador al citado.

En cuanto a la capacidad para heredar el transmitente a ese primer causante, existe norma expresa en el artículo 1.038 que luego de requerir que el sucesor a título universal... exista... en el momento de abrirse la sucesión; «salvo que se suceda por derecho de transmisión según el artículo 1.040, pues entonces bastará existir al tiempo de abrirse la sucesión de la persona por quien se transmite la herencia o legado».

De lo contrario se tendría que requerir la capacidad al momento de la apertura de la sucesión; es una norma excepcional que se da sólo para el caso de derecho de transmisión en que el transmisario sucede en el *ius delationis* al transmitente, *ius delationis* que JORDANO FRAGA y HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS (cit. por MONSERRAT VALERO, ob. cit., pág. 1056) niegan que para determinar la legítima de los herederos forzosos del transmitente haya de agregarse el valor de la herencia del primer causante porque entiende que aunque el *ius delationis* es un elemento de la herencia del transmitente, no tiene carácter patrimonial y, por tanto, no evaluable en dinero.

22. Ahora, en sede de indignidad, no existe norma expresa, por ende aquí la solución es una consecuencia de la posición que se adopte en relación a si el transmisario es heredero del primer causante o sólo del transmitente y éste del primer causante. Así, si un nieto es condenado por crimen contra el abuelo, y luego fallece éste y es «heredado» por su hijo, que al cabo de un mes fallece sin aceptar ni repudiar y al cual le sucede su hijo, nieto que fue condenado por crimen contra el primer causante; la pregunta que corresponde contestemos es si le afecta al nieto la causal de indignidad establecida en el artículo 842, nal. 1.º del CC.

MONSERRAT VALERO (ob. cit., pág. 1050) señala cómo LACRUZ admite que su posición (el transmisario no es heredero del primer causante) «presenta el inconveniente moral de que un tercero que sería indigno de suceder al primer causante, puede recibir sus bienes a través del *ius delationis* transmitido...».

En cambio, autores que sostienen que el transmisario es heredero del primer causante sostienen que la indignidad de aquél, no éste, no le afecta. Así Cicu (*Derecho de sucesiones. Parte General*, Bolonia, 1964, pág. 267), aún sosteniendo que el transmisario es heredero del primer causante, se plantea si puede el transmisario aceptar la herencia del primer causante frente al cual es indigno; ante lo cual señala «La solución negativa parece

a primera vista imponerse recurriendo, al mismo fundamento por el que la ley aplica la sanción de indignidad; por lo que la herencia de Primero debería deferirse por representación a los descendientes de Tercero, o bien al que es llamado en sustitución de Segundo en la herencia de Primero. Pero ello implicaría que a Tercero le sean deferidas dos distintas herencias. Ahora bien, esto es verdad en cuanto se exigen dos distintas aceptaciones, de las cuales una podría ser pura y simple y la otra a beneficio de inventario. La renuncia a la herencia de Segundo precluye la aceptación de la herencia de Primero, y la indignidad respecto de Segundo precluye igualmente la adquisición de la herencia de Primero: esto es, debido al hecho de que la herencia de Primero está contenida en la herencia de Segundo, es un elemento de ella. Pero como Tercero, capaz de suceder a Segundo, se encuentra deferida la herencia de Primero sólo en cuanto subentra en el puesto de Segundo en la delación válidamente efectuada, tiene el mismo derecho a adquirir la herencia de Primero que tenía Segundo». «Puesta válidamente a disposición de Segundo la herencia de Primero se encuentra a disposición de Tercero por efecto de subentrar en la delación, no por efecto de una autónoma delación a él de la herencia de Primero. En cambio si Segundo hubiere premuerto a Primero, y Tercero sucediese por representación, su indignidad frente a Primero sería obstáculo para la delación a su favor.» Agregando luego Cicu: «De esto no se puede deducir que Tercero, aceptando la herencia de Primero, no sea su heredero, sino solamente heredero de Segundo. Esto sería exacto si se pudiese considerar a Segundo, transmitente, como ya heredero, como si ya hubiere aceptado la herencia de Primero: pero si así fuese, Tercero no podría renunciar a la herencia de Primero. Ahora bien, si Segundo no había todavía llegado a ser heredero, y si Tercero lo llega a ser sólo en cuanto acepte, además de la herencia de Segundo, también la herencia de Primero, heredero de éste, no puede ser más que Tercero, con todos los efectos propios de la adquisición hereditaria. Pues si Tercero puede adquirir la herencia de Primero aunque sea indigno frente a él o si todavía no ha sido concebido en el momento en que se ha abierto su sucesión, esto no es obstáculo para admitir que llegue a ser su heredero, precisamente porque es llamado a la sucesión de Primero sólo en cuanto había sido llamado Segundo, y porque subentra en el puesto de éste en la delación por efecto y en el momento en que se le defiere la sucesión de Segundo».

En la doctrina española la tesis de Cicu es seguida por JORDANO FRAGA al sostener que «al transmisario para suceder *iure transmissionis* al primer causante, le basta con la capacidad para suceder al transmitente, pero no porque éste sea su causante también con la relación a la primera herencia..., sino porque... el transmisario se limita a subentrar en la (subsistente) posición del llamado —transmitente en la delación válidamente adquirida por

éste para la herencia del primer causante— (cit. por MONSERRAT VALERO, ob. cit., pág. 1052).

Ante lo cual MONSERRAT VALERO observa que luego que se soluciona el primer punto técnico, que consiste en ver quién es heredero el transmisario, o mejor dicho si lo es del primer causante; «... resulta que una vez resuelto este problema teórico, aparece otro problema, igualmente teórico, que interfiere en la resolución del problema práctico: si hay una doble o la misma delación».

«Si hay una doble delación está claro que el transmisario ha de ser digno frente al primer causante, pero si hay una única delación, algunos autores estiman que no es necesario este requisito. Pero el que la delación sea la misma, ¿implica, como dice Cicu, que el transmisario tiene el mismo derecho a suceder que el transmitente y, por tanto, puede adquirir la herencia del primer causante aun estando incurso en una causa de indignidad relativa a él?, ¿o sólo quiere decir que para suceder al primer causante ha de aceptar la herencia del segundo causante?, ¿o que así es más fácil explicar la retroactividad de los efectos de la aceptación del transmisario a la muerte del primer causante?»

Entiendo que el transmisario indigno «no puede adquirir» la herencia del primer causante frente al cual detenta la causal de indignidad, porque la hereda directamente y para adquirir su herencia —o perfeccionar su adquisición debe aceptarla, y sólo puede aceptarla si está cierto de haberse abierto, y de su calidad de heredero (art. 1.053).

Mal puede adquirir una herencia si no la acepta (salvo el caso del art. 1.066), y mal puede aceptarla sin estar cierto de su calidad de heredero, y mal puede estar cierto de su calidad de heredero si es indigno; si el indigno no puede adquirir por testamento (art. 842) ni por sucesión intestada (art. 1.012).

En cuanto a la colación entiendo que el transmisario ha de colacionar el valor de lo donado por el primer causante al transmitente, a pesar de suceder aquél al primer causante en forma directa. La razón legal para ello se encuentra en el artículo 1.103, inc. final del CC, que establece que el representante ha de colacionar las donaciones otorgadas en favor del «representado»; ya que si el que sucede por derecho de representación que sucede directamente al causante debe colacionar las donaciones otorgadas al «representado», cuanto más no deberá colacionarlas el heredero *iure transmissionis* cuanto sucede «a través de la herencia del transmitente, aunque admitamos que se suceda directamente al primer causante» (cfme. MONSERRAT VALERO, ob. cit., pág. 1055).

Conforme lo establecido antes, entiendo que si al transmitente le suceden legitimarios, éstos no deben computar en el acervo bruto o líquido la herencia del primer causante que es objeto de una aceptación autónoma por ellos mismos.

23. Interesante es el problema que se presenta en relación a los acreedores del transmitente cuando los transmisarios acepten su sucesión (bajo beneficio de inventario, por ej.) y repudian la del primer causante; y es así que se plantea si pueden en virtud de lo dispuesto por el artículo 1.066 los acreedores del transmitente «aceptar por el deudor a beneficio de inventario».

MONSERRAT VALERO (ob. cit., págs. 1056, 1057) señala que HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS y JORDANO FRAGA opinan que si el transmisario repudia la herencia del primer causante son los acreedores del repudiante los que pueden ejercer la facultad del artículo 1.001, es decir, que la herencia del primer causante se escapa a los acreedores del transmitente. Y, por tanto, aunque el transmisario la acepte no podrán hacer efectivo sus créditos contra la misma». Ante lo cual, MONSERRAT se pregunta por qué los acreedores del transmitente van a quedar en peor posición cuando por morir éste sin aceptar ni repudiar la herencia del primer causante, pasa este derecho al transmisario que cuando el transmitente repudia la herencia en su perjuicio.

ALBALADEJO (ob. cit., pág. 964) argumenta que «el *ius delationis* de la herencia del primer causante formaba parte de la herencia del transmitente, luego con él —y en definitiva con la herencia del primer causante a la que da derecho— se debe satisfacer a acreedores y legatarios del transmitente», para así llegar a legitimar a los acreedores del transmitente para promover la acción del artículo 1.066 del CC.

Ahora el artículo 1.066 establece que «Los acreedores del que repudia...»; ahora los herederos del transmitente son deudores de los acreedores del transmitente (su causante), ya que la sucesión (art. 776) es su acción de suceder al difunto, y representarle en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por su muerte, deudas que se dividieron *ipso iure* entre todos los coherederos (art. 1.168); y así, siendo acreedores del heredero-transmisario, pueden, ante la repudiación de éste, promover la acción del artículo 1.066 del CC.

Al terminar este trabajito, sólo me resta esperar que estos apuntes en algo sirvan al paciente lector que ha llegado a leerlo en su totalidad; admitiendo que puede haber mucho en él de opinable. Que en algo le sirva.

RAÚL ANIDO
Notario de Uruguay