

La sucesión *iure transmissionis*, el concurso de delaciones en un mismo heredero y el impuesto de sucesiones

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. SI EL TRANSMISARIO SUCEDE EN LA HERENCIA DEL PRIMER CAUSANTE A ESTE O AL SEGUNDO CAUSANTE: PLANTEAMIENTO TEORICO.—III. SI EL TRANSMISARIO SUCEDE EN LA HERENCIA DEL PRIMER CAUSANTE A ESTE O AL SEGUNDO CAUSANTE: PLANTEAMIENTO PRACTICO: 1. Capacidad. 2. Colación. 3. Los legitimarios del transmitente. 4. Los acreedores del transmitente.—IV. RECAPITULACION.—SI EL TRANSMISARIO PUEDE REPUDIAR, EN CUANTO TAL, LA HERENCIA DEL PRIMER CAUSANTE Y ACEPTARLA DESPUES EN VIRTUD DE OTRO TITULO; SI LE ES DIFERIDO: 1. Planteamiento de la cuestión. 2. El artículo 1.009 del Código Civil no es nunca de aplicación directa al supuesto planteado.

I. INTRODUCCION

El artículo 1.006 del Código Civil concede a los herederos de un heredero que muere sin aceptar ni repudiar la herencia el mismo derecho que éste tenía a aceptarla o repudiarla. Se produce, *ope legis*, una transmisión del *ius delationis* del primer heredero a los de éste. Estamos, pues, ante dos sucesiones. La de un primer causante en favor de su heredero, que muere sin repudiar ni aceptar la herencia, y la de éste, segundo causante, en favor, a su vez, de sus propios herederos. Estos, transmisarios, si aceptan la herencia del segundo causante, transmitente, reciben, ínsito en ella, el derecho a aceptar o a repudiar la herencia del primer causante y pueden ejercitarlo en uno u otro sentido. Pero lo que no pueden hacer es repudiar la herencia del transmitente y aceptar la del primer causante, ya que sólo pueden adquirir ésta en virtud del *ius delationis* que se encuentra en la herencia del

transmitente y si repudian ésta ya no reciben el derecho a aceptar o repudiar la herencia del primer causante ínsito en ella.

La sucesión *iure transmissionis* plantea, entre otras, la cuestión de si el transmisario sucede al primer o al segundo causante. ¿Se puede decir que el transmisario es heredero directo del primer causante en la herencia de éste o, por el contrario, sólo es heredero del transmitente, también por lo que se refiere a la herencia del primer causante? La doctrina no es unánime en la respuesta a esta cuestión. Se ha dicho que la doctrina dominante (1) piensa que el transmisario es heredero del segundo causante y no del primero. Incluso ALBALADEJO (2), defensor de la postura contraria, en un trabajo publicado en 1952, llegó a admitir que su posición era minoritaria. Pero hay que advertir, que, al menos por lo que respecta la doctrina española, a partir de dicha fecha han surgido un buen número de opiniones (3) que se inclinan por la postura que se había calificado de minoritaria y que sugieren la necesidad de replantear la valoración de mayoritaria o minori-

(1) LACRUZ: *Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1981, pág. 55.

(2) ALBALADEJO: «La Sucesión *iure transmissionis*», en *ADC*, 1952, pág. 955.

(3) Díez Pícazo-Gullón: *Sistema de Derecho Civil IV*, Madrid, 1983, pág. 411: «¿A quién sucede el adquirente del *ius delationis* por transmisión *mortis causa*; a su causante y al causante de éste, o sólo al primero? Entendemos que no hay una única sucesión: el adquirente sucede a su causante, y en su herencia, como un elemento más, se encuentra el derecho de aceptar o repudiar una sucesión a la que fue llamado su causante, que es otra sucesión». Vallet de Goytisolo, en *Panorama del Derecho de Sucesiones II*, Madrid, 1984, pág. 400: «Pensamos lo mismo que Biondi (siempre se adquiere por derecho propio) y, por ende, aceptamos la explicación de Albaladejo...» Jordano Fraga: *La sucesión en el ius delationis*, Madrid, 1990, pág. 317: «Hay, pues, dos sucesiones: dos herencias y dos delaciones a ellas relativas, que funcionan con independencia... otro corolario de la independencia de sucesiones del primer causante y transmitente, y, consecuentemente, de la independencia de las respectivas delaciones —independencia, se insiste, matizada por la necesidad de adquirir la herencia del llamado-transmitente para adquirir la delación para la primera herencia—, es que el transmisario, que es ya necesariamente, para ser tal, heredero del llamado-transmitente, cuando, además, adquiera la herencia del primer causante, será, también, con todas las consecuencias: favorables y desfavorables, heredero del primer causante». Gete Alonso: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, vol. XXIX-3, Madrid, 1986, pág. 283, también entiende que en la herencia del primer causante se sucede directamente de éste, con independencia de la manera de suceder en la del transmitente y para ella tal postura encuentra apoyo en la regulación del artículo 258-2 de la Compilación catalana (actualmente el artículo 29 del Codi de successions) que en el caso de que haya varios transmisarios concede a éstos un derecho preferente de acrecer entre ellos en el caso de que alguno de ellos repudie la herencia del primer causante. Puig Ferriol-Roca Trías: *Fundamentos de Derecho Civil de Cataluña*, t. III, vol. 1.º, Barcelona, 1979, pág. 131, también se inclinan por que el transmisario sucede al primer causante. Hernández Valdeolmillos: «La transmisión del *ius delationis*», en *Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo*, vol. IV, Madrid, 1988, pág. 483: «En síntesis, si el transmisario, previa aceptación de la herencia del transmitente, acepta la del primer causante, se hace heredero directo de éste, independientemente de ser heredero de aquél».

taria de dichas opiniones para concluir, quizá, con HERNÁNDEZ VALDEOLMILOS (4) que, actualmente, la generalidad de la doctrina sigue la teoría de ALBALADEJO.

La consideración de un problema concreto me ha llevado a plantear de nuevo esta cuestión. En esta ocasión el problema no es de índole civil, sino fiscal: el impuesto de sucesiones. Pongamos un ejemplo. Un matrimonio sufre un accidente de coche. El marido fallece inmediatamente y la mujer es ingresada en el hospital en un estado crítico. El testamento del marido designa como heredera a la mujer. Su único hijo ha recibido la legítima en vida. La mujer fallece a la semana del accidente sin haber aceptado ni repudiado la herencia del marido. El heredero de la mujer es el único hijo de ambos. El hijo acepta la herencia de la madre y, en virtud del *ius transmissionis*, la herencia del padre. Pues bien, la cuestión de si el transmisor —el hijo— adquiere la herencia del primer causante —el padre— directamente de éste o del transmitente —la madre— tiene una enorme trascendencia fiscal. Podemos pensar en una alternativa triple de liquidación del impuesto de sucesiones:

1) Poniéndonos en la situación más gravosa para el contribuyente, si se partiese de que el hijo sucede, también en la herencia paterna, a la madre, tendríamos que concluir que ha habido una doble transmisión de la herencia paterna: primero del padre o la madre y, después, de la madre al hijo. En efecto, como dice LACRUZ (5), al ejercer el transmisor el *ius delationis*, aceptando la herencia del primer causante, «la herencia transmitida recae en la del transmitente». Lo cual implica que el tránsito de los bienes del padre al hijo se haría en dos fases y cada una de ellas se vería sujeta a la liquidación del impuesto de sucesiones. Con el agravante de que en la segunda transmisión, al sumarse el valor de la herencia paterna al valor de la materna, el tipo impositivo será mayor que el que corresponde en la primera transmisión.

2) Aun partiendo de que el transmisor sea heredero del segundo causante y no del primero, se podría defender que, en cuanto a la herencia paterna, ha habido una única transmisión y, por tanto, sólo se vería sujeta a una única liquidación del impuesto de sucesiones, pero lo que no se podría evitar es que el valor de la herencia paterna se sumase al valor de la herencia materna, originando una base liquidable más alta, sujeta a un tipo de gravamen superior. El argumento para defender una sola liquidación del impuesto de sucesiones por la herencia paterna es que la madre no llega a adquirir la herencia paterna en ningún momento, sino el *ius delationis* y por

(4) *Op. cit.*, pág. 484 *in fine*.

(5) *Derecho de Sucesiones I*. Barcelona, 1971, pág. 74, nota 6.

esta adquisición no habría de tributar. Aunque si consideramos que el *ius delationis* tiene un valor patrimonial este argumento perdería fuerza. Lo que sucede es que desde un punto de vista práctico de política fiscal quizá sería poco equitativo en un caso como éste proceder a una doble liquidación del impuesto de sucesiones.

3) En cambio si partimos de que el transmisario hereda directamente al primer causante por la adquisición de los bienes paternos, la herencia paterna sólo daría lugar a una única liquidación del impuesto de sucesiones, independiente de la liquidación del impuesto de sucesiones correspondiente a la herencia materna.

Un ejemplo numérico nos ayudará a calibrar la importancia de la cuestión. Imaginemos que el valor de la herencia del padre es de 20 millones y el de la herencia materna otros tantos. Advirtamos ahora que este impuesto (6) tiene la particularidad de que la cuota tributaria no es la cuota íntegra, es decir, la que resulta de aplicar el tipo impositivo a la base liquidable, sino que a la misma se habrá de aplicar un coeficiente multiplicador que varía según el grado de parentesco entre causante y heredero y el patrimonio preexistente del sucesor. Esto tiene su trascendencia como veremos más adelante, pero en este primer ejemplo, para simplificar las cosas se ha partido de un supuesto en que el coeficiente multiplicador es 1. Se han tomado las tarifas vigentes en el momento de elaborar este trabajo del impuesto de sucesiones (las aprobadas por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1992). Las cuotas a pagar por dicho impuesto serán las siguientes:

Alternativa 1: Se entiende que el transmisario (hijo) hereda sólo al segundo causante (la madre) y hay dos liquidaciones del impuesto de sucesiones:

a) En primer lugar habría que liquidar el tránsito de los bienes del primer causante (padre) al segundo (madre):

Base imponible: 20.000.000.

Base liquidable: 20.000.000 — 2.386.000 (reducción en la base imponible que el artículo 20.1 de la Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones concede a las adquisiciones por el cónyuge) = 17.614.000.

Cuota: Por las primeras 11.930.000, 1.368.968.

Por el resto: 5.684.000 al 16,15 por 100, 917.966.

Total: 2.286.934 (tipo medio 12,98 por 100).

(6) Regulado por Ley 29/1987, de 18 de diciembre y por Reglamento aprobado por Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre.

b) En segundo lugar el tránsito de los bienes del segundo causante (madre) al transmisario (hijo). Habría que sumar al valor de la herencia materna, los veinte millones de la del marido.

Base imponible: 40.000.000.

Base liquidable: $40.000.000 - 2.386.000 = 37.614.000$.

Cuota: Por las primeras 23.850.000, 3.446.028.

Por el resto: 13.764.000 al 21,25 por 100, 2.924.850.

Total: 6.370.878 (tipo medio 16,94 por 100).

Total a ingresar: $2.286.934 + 6.370.878 = 8.657.812$.

Alternativa 2: El transmisario (hijo) hereda del segundo causante (la madre), pero hay una única liquidación del impuesto de sucesiones.

En este supuesto las cuotas a pagar por el impuesto de sucesiones se reducirían a la letra *b* de la alternativa 1, es decir: 6.370.878.

Alternativa 3: Se entiende que el transmisario (hijo) sucede al primer causante (padre) y al segundo (madre), a cada uno en su herencia.

En esta alternativa hay dos sucesiones independientes cada una de las cuales está sujeta a su correspondiente liquidación del impuesto de sucesiones. Como hemos supuesto un valor igual en las dos herencias, la cuota a pagar será igual en ambos casos.

Base imponible: 20.000.000.

Base liquidable: $20.000.000 - 2.386.000 = 17.614.000$.

Cuota a pagar: Por las primeras 11.930.000, 1.368.968.

Por el resto: 5.684.000 al 16,15 por 100, 917.966.

Total: 2.286.934 (tipo medio 12,98 por 100).

Cuota a pagar por las dos sucesiones: $2.286.934 \times 2 = 4.573.868$.

Si comparamos la alternativa 3 y 1 veremos que la diferencia entre ambas no está sólo en que en ésta hay que pagar dos veces el impuesto de sucesiones por la herencia paterna —por la transmisión del padre a la madre y por la de ésta al hijo—. Si así fuera bastaría con sumar a los 4.573.868 de la alternativa tres, la cuota a pagar por una nueva transmisión de la herencia paterna que según hemos calculado es 2.286.934, lo que daría 6.860.802 pesetas, cifra inferior a la que realmente hay que ingresar. A dicha diferencia hay que añadir otra: al sumarse la herencia paterna y materna, dando una base imponible más alta, se aplican unos tipos más altos que afectan tanto a lo que sería la segunda transmisión de la herencia paterna como a la transmisión de la herencia materna. Así, en dicha alternativa uno, la cuota a pagar total asciende a una cantidad superior: 8.657.812.

Vemos, pues, que si partimos de la teoría de que el transmisario sucede directamente al primer causante en la herencia de éste, los impuestos a pagar en el caso del ejemplo ascienden a 4,5 millones. En cambio, si

entendemos que el transmisario sucede al segundo causante, los impuestos a pagar ascienden, en el peor de los casos, a 8,6 millones de pesetas y, en el mejor, a 6,3 millones.

Pero, dada la peculiaridad que presenta la liquidación del impuesto de sucesiones de que a la cuota hay que aplicarle un coeficiente multiplicador según el grado del parentesco del sucesor con el causante (art. 66 de la Ley del Impuesto de Sucesiones), la tesis de que el transmisario sucede al primer causante no es la que favorece siempre una liquidación menos gravosa de dicho impuesto. La favorecerá si se entiende que el tránsito de los bienes del primer causante al transmisario está sujeto a una doble liquidación del impuesto de sucesiones (alternativa 1), pero si admitimos que, la adopción de dicha tesis permite una única liquidación (alternativa 2), hay algunos supuestos en que no es así. Pensemos que el primer causante es un padre cuyo heredero es su único hijo. Este fallece sin aceptar ni repudiar la herencia y la heredera es su mujer; no tienen hijos. Suponemos el mismo valor líquido en las herencias de ambos causantes, 100 millones cada una.

Prescindimos de la alternativa 1, pues ésta siempre resultaría más gravosa.

Alternativa 2: El transmisario (esposa del hijo) sucede al segundo causante (hijo), pero sólo hay una liquidación del impuesto de sucesiones.

Base imponible: 200.000.000.

Base liquidable: $200.000.000 - 2.386.000 = 197.614.000$.

Cuota íntegra: Por las primeras 119.250.000, 29.800.278.

Por el resto: 78.634.000 al 34 por 100, 26.643.760.

Total cuota íntegra: 56.444.038.

Cuota tributaria: $56.444.038 \times 1 = 56.444.038$.

Alternativa 3: El transmisario (esposa del hijo) sucede al primer causante (padre del hijo) y al segundo (hijo), a cada uno en su herencia.

a) Por un lado se habría de liquidar la sucesión de la herencia del padre a la esposa del hijo.

Base imponible: 100.000.000.

Base liquidable: $100.000.000 - 1.193.000 = 98.807.000$ (la reducción en virtud de parentesco es menor).

Cuota íntegra: Por las primeras 59.625.000, 12.061.840.

Por el resto: 39.182.000 al 29,75 por 100, 11.656.045.

Total cuota: 23.717.885.

Pero, además, el artículo 66 de la Ley del impuesto de sucesiones establece un coeficiente multiplicador del 1.5882 para el caso de que el heredero sea un descendiente por afinidad del causante, coeficiente que no existe si es un descendiente por consanguinidad. Por tanto,

Cuota tributaria: $23.717.885 \times 1.5882 = 37.668.744$.

b) Por otro lado se habría de liquidar la transmisión de la herencia del segundo causante (hijo) a su esposa (transmisario).

Base imponible: 100.000.000.

Base liquidable: $100.000.000 - 2.386.000 = 97.614.000$.

Cuota íntegra: Por las primeras 59.625.000, 12.061.840.

Por el resto: 37.989.000 al 29,75 por 100, 11.301.727.

Total cuota: $12.061.840 + 11.301.727 = 23.363.567$.

En total, según la alternativa 3, habría que pagar: $37.668.744 + 23.363.567 = 61.032.311$.

Vemos, pues, que en este caso, la ventaja que, desde el punto de vista de la liquidación del impuesto de sucesiones, supone ver en la sucesión *iure transmissionis* dos sucesiones independientes, porque así se evita una acumulación de base imponible con la consiguiente aplicación de un tipo superior, dada la progresividad de las tarifas impositivas, viene anulada por la aplicación de un coeficiente multiplicador a la sucesión del primer causante, dado el grado de parentesco que existe entre éste y el transmisario.

II. SI EL TRANSMISARIO SUCEDE EN LA HERENCIA DEL PRIMER CAUSANTE A ESTE O AL SEGUNDO CAUSANTE: PLANTEAMIENTO TEORICO

En primer lugar, nos podemos plantear la cuestión desde un punto de vista, digamos, teórico, viendo friamente cómo suceden las cosas. Desde este punto de vista constatamos que el transmitente no ha adquirido la herencia del primer causante en ningún momento, sino sólo el *ius delationis*. Con este punto de partida difícilmente podemos concluir que el transmisario adquiera del transmitente la herencia del primer causante y, por tanto, sea heredero de aquél (segundo causante), también en la herencia de éste (primer causante), ya que no puede recibir de él algo que no se encontraba en su patrimonio. Por tanto, si no es heredero del segundo causante tendrá que ser heredero directo del primer causante. Y en este fundamento, entre otros, se apoyan los autores que opinan que el transmisario sucede al primer causante: Así, ALBALADEJO (7): «Creemos que es sucesor del transmitente en el *ius delationis* y sucesor del primer causante en la herencia de éste. Pero sucesor de éste —directamente-recta vía— y no a través del transmitente. Este es sólo un órgano que transmitió el derecho a aceptar. Es evidente que el transmitente no transmite al adquirente la herencia del

(7) *Op. cit.*, págs. 953 y 954.

primer causante, sino el derecho a adquirirla. El transmisario sucede, pues, al transmitente en su herencia. En ésta encuentra el *ius delationis*, y al ejercitarlo, aceptando, se convierte también en sucesor del primer causante, cuya herencia no llegó a hacer suya el transmitente». «El transmitente no transmitió un derecho a tenor del cual el adquirente pueda hacer que la herencia hubiese sido del transmitente. El transmitente sólo transmitió un derecho a hacer la herencia del que la aceptase». En el mismo sentido BARASSI (8): «Porque en realidad la delación no transmite la herencia, sólo atribuye el derecho a adquirir la herencia: la transmisión tiene lugar sólo con la aceptación. Por lo que los herederos que adquieren la herencia ofrecida al difunto... la adquieren directamente del causante que ha dejado dicha herencia». También BARBERO (9) precisa que el transmisario «del propio causahabiente adquiere sólo el derecho de adquirir (aceptándola) la herencia a él deferida», por lo tanto, «la herencia misma, con la aceptación, se adquiere del primer causante». Y CICU (10): «... no se puede deducir que Tercero (transmisario), aceptando la herencia de Primero (primer causante) no sea su heredero, sino solamente heredero de Segundo (transmitente). Esto sería exacto si se pudiese considerar a Segundo, transmitente, como ya heredero, como si ya hubiese aceptado 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 de Primero, heredero de éste no puede ser más que Tercero...»

No impide mantener dicha teoría el que, como reconocen sus partidarios, el transmitente haya sido el vehículo por el que el *ius delationis* ha ido a parar al adquirente (11), es decir, que el transmisario haya de ser necesariamente heredero del transmitente. El transmisario adquiere la herencia del causante en virtud de que es heredero del transmitente, pero eso no significa que la adquiera de éste.

El planteamiento que acabamos de realizar lleva a concluir que la tesis de que el transmisario es heredero del primer causante sólo es admisible en los sistemas romanos de adquisición de la herencia (adquisición mediante la aceptación), mientras que en los sistemas germánicos de adquisición de la herencia (el heredero adquiere la herencia *ipso iure*, sin necesidad de

(8) *Le Successioni per Causa di Morte*, Milano, 1947, pág. 79.

(9) *Sistema Istituzionale del Diritto Privato Italiano, II*, Torino, 1949, núm. 1035.

(10) *Derecho de Sucesiones. Parte General* Traducido por José María González Porras. Anotado por Manuel ALBALADEJO, Bolonia, 1964, pág. 268.

(11) ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 954. JORDANO FRAGA, *op. cit.*, pág. 317, habla de una adquisición derivativa de la delación para la primera herencia. BARASSI, *op. y loc. cit.*, «los herederos tienen la facultad de aceptar en cuanto les ha sido transmitida por el premuerto» (a la aceptación o repudiación, no a la muerte del primer causante).

aceptación, con la delación, como heredero provisional; sin embargo también tiene un plazo para aceptar o repudiar la herencia y la aceptación significa una renuncia al derecho de repudiar la herencia y le convierte en heredero definitivo) habrá que considerar al transmisario sucesor del transmitente, también en la herencia del primer causante, ya que había sido adquirida por el transmisario. En este sentido se pronuncia ALBALADEJO (12): «En estos sistemas (germánicos), el sucesor del heredero provisional (es decir, del heredero que hubiese muerto sin aceptar ni repudiar), sucede a ese heredero provisional lo mismo en su herencia que en la del primer causante, del que el transmitente *era ya* heredero, aunque provisional... En definitiva, en los sistemas de adquisición de la herencia *ipso iure* hay dos transmisiones de la herencia del primer causante. Una, del primer causante al transmitente (que por haber muerto sin aceptar ni repudiar, murió siendo heredero provisional). Y otra, del transmitente a su sucesor».

Ahora bien, esta conclusión que, lógicamente, se nos presenta casi como necesaria e irrefutable no es compartida por todos. JORDANO FRAGA (13), en su monografía sobre la sucesión en el *ius delationis*, mantiene que el transmisario sucede al primer causante, incluso en los sistemas germánicos de adquisición de la herencia. Comienza dicho autor aclarando que la existencia del artículo 1.006 del Código Civil, es decir, el reconocimiento por un ordenamiento jurídico del *ius transmissionis* no implica la adopción del sistema romano de adquisición de la herencia: «... 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 (14) 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

(12) *Op. cit.*, pág. 958, nota 107.

(13) *Op. cit.*, pág. 55, *in fine* y 56 *in fine*.

(14) *Op. cit.*, pág. 59.

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 del *ius delationis* (15) 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». Si lo que recibe del transmitente es la cualidad de heredero del primer causante, la conclusión es irrefutable: también en el sistema germánico el transmisario es heredero del primer causante. ¿Dónde está la razón de la divergencia con la conclusión de ALBALADEJO?: en la otra premisa del silogismo, en el concepto de adquisición de la herencia según el sistema germánico. Quizá sería difícil mantener que, según este sistema, lo que adquiere el llamado *ipso iure* no es la herencia, sino sólo la cualidad de heredero provisional de su causante, mientras que la adquisición de la herencia depende de la voluntad del llamado, pues ¿cómo adquirir la cualidad de heredero y no la herencia? Pero sí podría pensarse que en los sistemas germánicos, cuando un heredero fallece sin haber ejercitado el *ius delationis* respecto a la herencia de un primer causante y transmite a sus herederos, además de la herencia ya adquirida automáticamente, aunque de modo provisional, el *ius delationis*, éste, aparte de la posibilidad de rechazar la herencia o adquirirla definitivamente, lleva aneja la transmisión de la cualidad de heredero. Es decir, cuando un heredero recibe un bien de su causante, que éste ha heredado, a su vez, de un primer causante, sólo recibe la propiedad de ese bien, y no la cualidad de heredero en ese bien del primer causante, pero si lo hereda del segundo causante, antes del ejercicio del *ius delationis* por éste, recibe, también la cualidad de heredero de ese bien. Así, JORDANO FRAGA (16) dice que: «Según el denominado, por contraposición al anterior, sistema germánico, la eficacia del llamamiento... atribuye al llamado la cualidad de heredero provisional... de su causante» y que «en este sistema la adquisición de la herencia depende de la voluntad del llamado: de ahí el carácter provisional de su investidura de la cualidad de heredero del causante». Sin embargo, KIPP (17), al referirse al parágrafo 1952, ap. 1 del BGB (El derecho del heredero de repudiar la herencia es heredable) se limita a decir que «el heredero provisional transmite hereditariamente la herencia a sus herederos» y «también el derecho de repudiar» sin incluir también la cualidad de heredero provisional. Y BINDER (18), para el derecho alemán,

(15) *Op. cit.*, pág. 59.

(16) *Op. cit.*, pág. 50.

(17) «Derecho de Sucesiones», t. V, vol. 1.º, pág. 285, en *Tratado de Derecho Civil*, de ENNECERUS/KIPP/WOLFF, traducción de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER y notas de ROCA SASTRE.

(18) *Derecho de Sucesiones*. Traducción y notas de LACRUZ, Barcelona, 1953, pág. 26.

precisa que «el que ingresa en la herencia mediante derecho de transmisión la adquiere, no como heredero del primer causante, sino del primeramente llamado a ella». Bien es verdad que JORDANO FRAGA 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? Aunque hay que admitir que al punto de vista de JORDANO FRAGA también se le puede encontrar una justificación: explicar que el transmisario pueda repudiar la herencia del primer causante. En efecto, parece que la facultad de repudiar una herencia sólo podría corresponder al heredero. Si el transmisario puede hacerlo es porque ha recibido del transmitente, también, la cualidad de heredero provisional.

En cambio, los partidarios de considerar al transmisario heredero del transmitente y no del primer causante parten de la siguiente consideración: la solución contraria llevaría a la paradoja de que en caso de sucesión testamentaria del primer causante podría resultar heredero una persona ajena a su 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. ¿Cómo se puede llamar heredero de una persona a quien no es llamado ni por la ley ni por el testamento a sucederla? «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», dice LACRUZ (19). Desde este punto de vista es más fácil admitir que el transmisario es heredero del segundo causante. Añade LACRUZ (20) que «... no hallo en el Código Civil apoyo para la tesis de la adquisición directa. A la vista de los artículos 657 y 661 en relación con el 989, parece más conforme a la intención del legislador estimar que la herencia transmitida recae en la del transmitente, que es quien realmente ha sido instituido heredero. Esa será, también, la presumible voluntad del primer causante, que ni ha entendido ni podría dejar su herencia a quien designe otra persona (en el caso, el instituido heredero)». ALBALADEJO (21) rebate este argumento diciendo que «carece de validez afirmar que heredero sólo puede serlo el llamado (...), 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

(19) *Op. cit.*, pág. 56.

(20) *Derecho de Sucesiones I*. Barcelona, 1971, pág. 74.

(21) *Op. cit.*, pág. 955.

adquirido del llamado». Aunque 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 Código Civil, 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 1.006 del Código Civil, 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. Aunque ALBALADEJO (22) entiende que no hay un segundo llamamiento en favor de los herederos del segundo causante, sino que subsiste la delación en favor 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 diferida. Pero el derecho en base al que la adquirirá sigue siendo el mismo que tenía su transmitente». «Y, por tanto, estimamos que es inexacta la construcción del fenómeno en el sentido de creer que no hay transmisión del *ius delationis*, sino llamamiento potencial a favor de los sucesores del llamado actualmente, cuyo llamamiento potencial, al convertirse en actual, cuando muere este llamado, hace innecesaria la transmisión del *ius delationis*».

Pienso que, desde el punto de vista teórico, estos son los argumentos más fuertes en favor de una y otra tesis. En mi opinión, 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. De todas formas, aun admitiendo que el transmisario adquiera la herencia del primer causante directamente de éste, es verdad que la adquiere a través de un *ius delationis* recibido del transmitente. Por eso, también es cierto que el intelecto, aunque se incline hacia una de las dos posturas, está dispuesto a conceder un cierto punto de razón a la otra, de tal forma que ambas tesis se presentan como defendibles. Y si el intelecto busca decidirse por una u otra tesis, antes de decidirse, le gustaría saber a efectos de qué hay que considerar al transmisario adquirente del transmitente o del segundo causante, es decir, valorar el alcance práctico de la cuestión.

(22) *Op. cit.*, pág. 945.

III. SI EL TRANSMISARIO SUCEDE EN LA HERENCIA DEL PRIMER CAUSANTE A ESTE O AL SEGUNDO CAUSANTE : PLANTEAMIENTO PRACTICO

En la sucesión *iure transmissionis* se plantean una serie de cuestiones prácticas que examinaremos a continuación: Si el transmisario ha de ser capaz respecto al primer causante; si ha de colacionar lo recibido del primer causante; si para el cálculo de la legítima del transmitente se ha de sumar el valor de la herencia del primer causante; si los acreedores del transmisario pueden cobrarse sus créditos sobre la herencia del primer causante.

1. CAPACIDAD

Los seguidores de una y otra teoría coinciden en que el transmisario ha de ser capaz de suceder al transmitente, ya que está claro que para adquirir la herencia del primer causante ha de haber adquirido, antes, la del segundo. La divergencia se presenta ante el problema de si el transmisario ha de ser capaz, también, en relación al primer causante. Dentro de los requisitos de capacidad se enumeran tres: coexistencia con el causante —discutido—, ausencia de causa de indignidad, ausencia de las llamadas incapacidades relativas de los artículos 752 y ss. del Código Civil o prohibiciones de suceder. Sin embargo, como advierte ALBALADEJO (23), aunque estimemos que el transmisario también ha de ser capaz de suceder al primer causante, las llamadas incapacidades relativas no se aplicarán al transmitente ya que «realmente no se trata de incapacidad para suceder sino de nulidad de la disposición testamentaria... Por ejemplo, el causante X otorga testamento ante el Notario A, instituyendo heredero a su amigo B. Pero B muere sin aceptar ni repudiar e instituye heredero a A en otro testamento, en el que no interviene para nada el tal Notario. Pues bien, el Notario A recibe el *ius delationis* a la herencia de X. La observación puede parecer obvia, ya que no hay ninguna cláusula nula en dichos testamentos; pero la hacemos porque... se podría pensar por los autores que hablan de incapacidad de A para suceder por testamento a X, que A sucede a X, en cierto modo por testamento».

En cuanto a la cuestión de la indignidad, desde un punto de vista de la solución justa, al margen de normas jurídicas, violenta el recto sentir natural que un nieto nombrado heredero en el testamento de su abuelo, después de matarle, le suceda. No extraña, pues, que haya una norma jurídica (art. 756 del Código Civil) que impida la sucesión de este caso. Ahora bien, pense-

(23) *Op. cit.*, pág. 956, nota 101.

mos que el heredero del abuelo muerto por el nieto es el padre de éste. También desde el punto de vista del sentir natural no se vería especial dificultad en que el hijo del difunto, aun siendo padre del criminal, le heredase. El autor del crimen no ha sido él, sino otra persona, aun hija suya. Incluso si este padre disfruta durante largos años del patrimonio recibido en herencia del abuelo y, al fallecer, pasa, en cuanto heredero suyo, a su hijo, el que cometió el crimen, tampoco repugna al sentir natural que éste disfrute de unos bienes que originariamente eran de la persona a la que mató. Ahora bien, si nos imaginamos que el padre muere inmediatamente después del abuelo, quizá volvería a repugnar al sentir natural que el bien pasase al hijo. Y más que nada porque el pequeño lapso de tiempo transcurrido propiciaría la impresión de que el nieto ha heredado directamente del abuelo y ello aunque el padre hubiera aceptado y, por tanto, adquirido la herencia del abuelo. Lo que intento decir es que, ante el problema práctico de si el transmisario ha de ser capaz también frente al primer causante hay una tendencia a adoptar una postura de manera inmediata vital, la postura que se piensa más justa, con independencia de toda argumentación teórica. Y así puede parecer, a primera vista, que es más equitativo exigir que el transmisario sea capaz también de suceder al primer causante y para mantener tal conclusión es más apta la tesis de que el transmisario sucede al primer causante que la de que sucede al transmitente. Así LACRUZ (24) admite que su solución (el transmisario es heredero del primer causante) «presenta el inconveniente moral de que un heredero que sería indigno de suceder al primer causante, puede recibir sus bienes a través del *ius delationis* transmitido...» «En último término, la naturaleza ética de la sanción impuesta a los indignos podría llevarnos a interpretar el inicio del artículo 756 como prohibiéndoles también recibir el *ius delationis* aun a través de otra herencia, pues en el caso de la transmisión, si no suceden al primer causante, sí están llamados a hacer uso de un *ius delationis* procedente de él, lo cual choca contra el sentido moral corriente...» Es decir, este autor, ante un problema práctico, adopta la solución que piensa más equitativa, admite que no es la más acorde con la solución que da al problema teórico de a quién sucede el transmisario, e intenta una solución para, sin abandonar su postura teórica, llegar a la solución que considera resuelve equitativamente el problema práctico. O sea, que a la pregunta de si el transmisario hereda o no al primer causante, sólo cabe contestar, después de haber repreguntado, ¿a efectos de qué?

Sin embargo si intentamos, evitando un juicio precipitado, racionalizar el porqué de la equidad de la postura de que el transmisario ha de ser

(24) *Derecho de Sucesiones I*. Barcelona, 1971, nota 6, págs. 74 *in fine* y 76.

digno también frente al transmitente, nos podemos encontrar con dificultades. Si hemos dicho que no repugna al sentir natural el que un nieto llegue a recibir con el paso de los años el patrimonio del abuelo al que ha matado a través de la herencia de su padre, heredero del abuelo, podríamos concluir que en cuanto que el transmisario recibe la herencia del primer causante de modo derivado, por ser heredero del transmitente, es decir, a través de la herencia de éste, no se requiere que sea capaz de suceder frente al primer causante. Aunque es verdad que en este caso el transmitente no ha llegado a adquirir la herencia, por lo que tampoco se ve claro que sólo baste al transmisario ser digno frente al transmitente. Aquellos que no ven de manera inmediata la solución equitativa al problema planteado han de recurrir a pensar cómo funciona la sucesión *iure transmissionis* y, entonces, antes de adoptar una postura sobre una cuestión práctica, intentar resolver una cuestión teórica que ayude a resolver la cuestión práctica. Y así, para resolver si el transmisario ha de ser capaz de suceder también al primer causante, antes se plantean si el transmisario adquiere del primer o del segundo causante. Porque parece comúnmente admitido que si se adopta la postura de que el transmisario sucede al primer causante es necesaria la capacidad para suceder de éste (25). Sin embargo, Cicu (26), aún manteniendo, como hemos visto, que el transmisario es heredero del primer causante, considera que, aun siendo indigno frente al primer causante, le puede suceder, ya que el transmisario hereda al primer causante «en cuanto subentra en el puesto de Segundo (transmitente) en la delación válidamente efectuada» y, por tanto, «Tiene el mismo derecho a adquirir la herencia de Primero (primer causante) que tenía Segundo (transmitente). 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». ALBALADEJO (27) también entiende que subsiste la delación hecha al transmitente y que el derecho con base al que el transmisario adquiere la herencia del primer causante es el mismo que tenía el transmitente, por lo que concluye que el transmisario adquiere del primer causante, pero no que pueda suceder al primer causante aun siendo indig-

(25) ALBALADEJO: «Ahora bien: como al actuar el *ius delationis*, aceptando (o de cualquier otro modo adquiriendo la herencia del primer causante) se sucede directamente al primer causante, es necesaria la capacidad para suceder a éste, para actuar el *ius delationis*» (*op. cit.*, pág. 957). VALLET DE GOYTISOLO: *Panorama del Derecho de Sucesiones II, Perspectiva dinámica*, Madrid, 1984, pág. 400. HERNÁNDEZ VALDEOLMILOS: *La transmisión del ius delationis*, en Homenaje a J. B. VALLET DE GOYTISOLO, vol. IV, Madrid, 1988, pág. 486. GETE ALONSO, *op. cit.*, pág. 285. PUIG FERRIOL-ROCA TRÍAS, *op. cit.*, pág. 131.

(26) *Op. cit.*, pág. 267 *in fine*.

(27) *Op. cit.*, pág. 945.

no. En nuestra doctrina, JORDANO FRAGA (28) sigue la tesis de Cicu: «... 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 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». Vemos que sucede un fenómeno curioso. Para resolver un problema práctico, si el transmisario puede adquirir la herencia de un primer causante frente al cual es indigno, hemos acudido, en primera instancia, a resolver antes un problema teórico: si es sucesor del primer o del segundo causante. Pero 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?

Por otro lado, también desde un planteamiento de la solución equitativa, parece que los transmisarios no concebidos en el momento de la muerte del primer causante podrán suceder a éste, aunque exijamos el requisito de que el llamado exista ya a la muerte del causante. Sin embargo, aplicando la teoría de la doble capacidad se llegaría a una conclusión negativa, ya que si el transmisario ha de ser capaz, también, frente al primer causante, en este supuesto no lo era, ya que no había sido concebido todavía a la muerte de éste. ALBALADEJO (29) admite las consecuencias poco equitativas de su teoría de la doble capacidad, como hemos visto que LACRUZ admitía las de la suya.

2. COLACIÓN

Imaginemos que a la sucesión del primer causante concurren varios coherederos forzosos, bien porque, siendo el transmitente heredero único

(28) *Op. cit.*, pág. 328.

(29) *Op. cit.*, pág. 959.

del primer causante, haya una pluralidad de transmisarios, bien porque el transmisario concorra con otros herederos directos del primer causante, ¿deben colacionar los transmisarios las donaciones recibidas de él? El esquema del planteamiento equitativo sería similar al que hicimos ante el supuesto de indignidad. Aunque quizá, aquí, dado que el concepto de colación es más complejo que el de indignidad, es más difícil adoptar una postura inmediata sobre la solución más equitativa. De hecho, la doctrina soluciona el problema de la colacionabilidad de las donaciones hechas al transmisario por el primer causante en función de la teoría adoptada de si se sucede al primer causante o al transmisario: Así los partidarios de la teoría de que el transmisario sucede al primer causante estiman que ha de colacionar las donaciones recibidas por él (30) y los partidarios de que el transmisario es sucesor del transmitente lo niegan (31).

Pero quizá se podría ahondar un poco más en la cuestión. La colación tiene lugar porque el artículo 1.035 supone que las donaciones hechas a un coheredero forzoso son un anticipo de lo que le correspondería recibir en herencia, aunque cabe que el causante establezca la posibilidad de dispensa. Ahora bien, cuando una persona con hijos a los que ha nombrado herederos realiza una donación a un nieto, hijo de uno de ellos, éste, según el artículo 1.039, no estará obligado a colacionar la donación otorgada al nieto. En cambio, si el padre del nieto favorecido por la donación muere sin aceptar ni repudiar la herencia y en ésta sucede el nieto *iure transmissionis* y estimamos que el transmisario ha de colacionar lo recibido del primer causante, resulta que en la sucesión del abuelo se habría de colacionar la donación recibida por el nieto cuando en el momento de realizar la donación la voluntad del abuelo era favorecer definitivamente al nieto y no darle anticipadamente parte de lo que le correspondería en herencia, pues el nieto no era su heredero. Y vemos que así se contraría la voluntad del abuelo. No obstante, la solución que ahora cuestionamos es la consagrada legalmente por el artículo 1.038 para el derecho de representación. Una persona con dos hijos realiza una donación al hijo de uno de ellos. Sabe que los herederos serán sus hijos y, por tanto, esa donación la realiza con el ánimo de beneficiar definitivamente al nieto. Sin embargo, el padre del nieto premue- re al abuelo y a la muerte de éste el nieto hereda por derecho de representación. Según el artículo 1.038 el nieto tiene obligación de colacionar lo recibido en donación por el abuelo. Sin embargo, aún podríamos ver una diferencia entre el supuesto de hecho que da lugar a la sucesión *iure repre-*

(30) ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 956; VALLET DE GOYTISOLO, *op. cit.*, pág. 400; JORDANO FRAGA, *op. cit.*, pág. 331.

(31) MANRESA: *Comentarios al Código Civil Español*, t. VI, Madrid, 1955, pág. 503. ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho Privado II, Sucesiones*, Madrid, 1948, pág. 300.

determinación de las legítimas; **porque**, mientras el transmitente vivía, la legítima no estaba deferida y, en cambio, sí lo está —y es ya carga de la herencia— desde que el transmitente muere, aunque su herencia abierta, aún no haya sido aceptada.

ALBALADEJO (35), aun partiendo de la tesis de que el transmisario hereda al primer causante, entiende que «los legitimarios del transmitente tiene derecho al cómputo del *ius delationis* para calcular sus legítimas». En el mismo sentido, VALLET GOYTISOLO (36). Y ello no porque, al ejercer el transmisario el *ius delationis* aceptando la herencia del primer causante, ésta recaiga en la del transmitente, sino porque el *ius delationis*, que forma parte del caudal relicto del transmitente, tiene un valor patrimonial que es el valor de la herencia a la que da derecho. En cambio, JORDANO FRAGA (37) y HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS (38), aun partiendo de la tesis de ALBALADEJO, 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 es evaluable en dinero.

4. LOS ACREEDORES DEL TRANSMITENTE

Si aceptamos que los legitimarios del transmitente han de contar con la herencia del primer causante, a efectos del cálculo de su legítima, con más razón los acreedores del mismo podrán hacer efectivos sus derechos sobre la herencia del primer causante. Si el artículo 1.001 hubiera impedido al transmitente, de no haber muerto, repudiar la herencia del primer causante en perjuicio de sus acreedores, el que el transmitente muera sin aceptar o repudiar la herencia no parece que les pueda dejar en peor situación. Como LACRUZ (39) estima que la herencia transmitida recae en la del transmitente, los acreedores de éste se pueden cobrar sobre la misma y si el transmisario repudia la herencia del primer causante, de forma que no ingresa en el caudal relicto del transmitente, podrán los acreedores de éste aceptarla en virtud del 1.001 —siguiendo la terminología utilizada por el Código, ya que, como señala la doctrina (40), los acreedores, propiamente, no aceptan

(35) *Op. cit.*, pág. 965.

(36) *Op. cit.*, pág. 400.

(37) *Op. cit.*, pág. 341.

(38) *Op. cit.*, pág. 489.

(39) *Derecho de Sucesiones I*. Barcelona, 1971, pág. 75.

(40) «Los acreedores actúan en virtud de un derecho que les concede directamente la ley, siquiera basado en el llamamiento de su deudor. No es que lo representen, ni

en nombre del heredero **deudor**—. A la misma solución llega ALBALADEJO (41) argumentando de manera similar a como argumentaba en el problema de la cuantía de la legítima de la herencia del transmitente: «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». Como es un valor patrimonial que se encuentra en el caudal relicto del transmitente, sus acreedores se podrán cobrar sobre él. En cambio HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS (42) y JORDANO FRAGA (43) 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 lo tanto, aunque el transmisario la acepte no podrán hacer efectivo sus créditos sobre la misma. Mas esta opinión no explica 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.

IV. RECAPITULACION

Uno de los hilos argumentales de la exposición anterior ha sido que aunque se puede intentar solucionar el problema de si el transmisario sucede al primer causante o al transmitente desde un punto de vista teórico, quizá no nos interese tanto este planteamiento así, en abstracto, sino en la medida en que sirve para resolver algunos problemas prácticos. Y, en principio, vemos que la adopción de una u otra teoría conduce a una solución distinta del problema práctico planteado, lo cual hace pensar hasta qué punto la solución de un problema teórico previo no se ve mediatizada por su influencia posterior en los problemas prácticos que se presentan. Aunque también hemos visto que la solución satisfactoria de los problemas prácticos, en ocasiones, no se presenta de manera evidente y que, por tanto, sólo cabe adoptarla basándose en una teoría previa. En concreto, por lo que se refiere

gestionen sus negocios (el que el Código Civil hable de aceptar en nombre del deudor es una impropiedad del lenguaje), pero sí concurren a la sucesión en cuanto tenía derecho a ella el repudiante, aunque estrictamente con el fin de percibir el importe de sus créditos, y sin que la repudiación deje de obrar a ningún otro efecto... el repudiante no se transforma en heredero por la aceptación de los acreedores» (LACRUZ: *Elementos de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*. Barcelona, 1988, pág. 100).

(41) *Op. cit.*, pág. 964.

(42) *Op. cit.*, pág. 490.

(43) *Op. cit.*, pág. 319.

a los cuatro problemas que hemos planteado, la teoría de que el transmisario sucede *recta via* al primer causante parece inclinar a que el transmisario no ha de estar incurso en causa de indignidad en relación a él, que ha de colacionar lo recibido por el causante y que los legitimarios y acreedores del transmitente no pueden contar con la herencia del primer causante, mientras que la teoría de que el transmisario sucede al transmitente, también en la herencia del primer causante, favorece las soluciones contrarias. Acabo de escribir que la adopción de una teoría u otra aboca a una solución u otra, pero sólo en principio. Como hemos visto, aun partiendo de que el transmisario es sucesor del causante, CICU y JORDANA FRAGA mantienen que no es necesario que el transmitente sea capaz frente a él y ALBALADEJO que los acreedores y legitimarios del transmitente cuentan con la herencia del primer causante. Y, por otro lado, LACRUZ, aún partiendo de que el transmisario es sucesor del transmitente, intenta razonar que no ha de ser indigno en relación al primer causante.

Después de todo lo anterior, si nos planteamos si el transmisario es sucesor del causante o del transmitente a efectos de la cuota a pagar del impuesto de sucesiones, el contribuyente se sentiría inclinado a pensar que sucede al primer causante y no al transmisario, pues el resultado fiscal sería menos gravoso. Pero, además, en nuestra opinión, con fundamento. Según el artículo 25 de la Ley General tributaria, el impuesto se exigirá con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica o económica del hecho imponible. En cuanto a la naturaleza jurídica de la sucesión *iure transmissionis* hemos visto que se discute si el transmisario sucede, en la herencia del primer causante, directamente a éste o al transmitente, pero también hemos precisado que la primera de las tesis presenta un argumento más sólido, ya que el transmisario no puede adquirir del transmitente algo que aún no había ingresado en su patrimonio. Y esta postura se refuerza si analizamos la naturaleza económica del fenómeno sucedido: en efecto, parece excesivo entender que ha habido una previa transmisión de la herencia del primer causante al transmitente, pues éste no ha aumentado su riqueza, puesto que ha muerto sin aceptar ni repudiar la herencia, y por tanto repugna que al transmitente fallecido se le liquide el impuesto de sucesiones por una herencia que en ningún momento llegó a ingresar en su patrimonio ni, por tanto, disfrutar. Por tanto, el tránsito de los bienes del primer causante al transmisario debe estar sujeto a una única liquidación del impuesto de sucesiones. Y siendo consecuentes con lo antedicho, tal liquidación debe ser independiente de la liquidación de la herencia del transmitente y, por tanto, la herencia de éste tampoco se debe sumar a la del transmitente para formar la base imponible del impuesto a pagar por el transmisario. En cuanto a la relación de parentesco que hay que considerar entre primer causante y transmisario, a efectos de la aplicación del coeficiente multiplicador, si

entendemos que en el tránsito de los bienes del primer causante al transmisario hay una única transmisión sujeta al impuesto de sucesiones, habría que aplicar el coeficiente correspondiente a la relación real existente entre ambos. Parece difícil argumentar que, aun entendiendo que el transmisario sucede al primer causante, la relación de parentesco a tener en cuenta sería la existente entre primer causante y transmitente, pues el transmisario ocupa en la sucesión el primer causante la situación de aquél. En efecto, quien se beneficia de la herencia del primer causante es el transmisario y no el transmitente, aunque se beneficie a través del *ius delationis* recibido del transmisario.

V. SI EL TRANSMISARIO PUEDE REPUDIAR, EN CUANTO TAL, LA HERENCIA DEL PRIMER CAUSANTE Y ACEPTARLA, DESPUES, EN VIRTUD DE OTRO TITULO, SI LE ES DEFERIDA

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Imaginemos que la persona con derecho a la herencia del primer causante en caso de repudiación por el transmisario y éste coincidan: El primer causante nombra heredero testamentario a su cónyuge, transmitente, que muere sin aceptar ni repudiar, por lo que el *ius delationis* pasa al heredero del transmitente, el hijo único de primer causante y transmitente. En caso de repudiación de la herencia del primer causante por el transmisario, en cuanto tal, la herencia se le tornará a deferir en cuanto heredero *ab intestato* del primer causante, ya que como dice JORDANO FRAGA (44), «la repudiación de la herencia del primer causante por el transmisario producirá, naturalmente, la vacante de la porción del llamado-transmitente en esta primera herencia, y dará lugar, por supuesto, al juego de los mecanismos idóneos para cubrirla propios de esta primera sucesión». También se deferiría al transmisario en el supuesto de que éste hubiera sido nombrado sustituto del transmitente en el testamento del primer causante.

Pues bien, poniéndonos en el peor de los casos para el contribuyente transmisario en cuanto a la liquidación del impuesto de sucesiones y que para Hacienda el transmisario fuera sucesor del transmitente, también en la herencia del primer causante, con las consecuencias fiscales desfavorables que hemos visto, ¿sería posible que el transmisario repudiase la herencia como tal y la aceptase como heredero *ab intestato* del primer causante o sustituto del transmitente? Si la solución es afirmativa se producirían dos

(44) *Op. cit.*, pág. 293.

liquidaciones independientes del impuesto de sucesiones por dos sucesiones distintas con una carga fiscal menor.

Según nuestro Código Civil, el heredero que es llamado a la misma herencia en virtud de dos títulos distintos y conoce desde el primer momento la existencia de ambos títulos, ¿puede repudiarla en virtud del título según el cual es llamado en primer lugar y aceptarla en virtud del otro? Para un supuesto concreto, el artículo 1.009, primer párrafo, según es entendido generalmente por la doctrina, lo prohíbe: el llamado a la misma herencia como heredero testamentario y legítimo no puede repudiarla por el primer título y aceptarla por el segundo. ¿Podemos aplicar analógicamente el artículo 1.009 al supuesto planteado y, por tanto, negar al transmisario la posibilidad de repudiar la herencia del primer causante en cuanto tal y aceptarla en cuanto heredero *ab intestato* o sustituto? ¿O, al contrario, no cabe tal aplicación analógica y el transmisario que repudia la herencia del primer causante puede, después, aceptarla como heredero *ab intestato* o sustituto? Para contestar dicha pregunta tendremos que averiguar la *ratio legis* de la norma del artículo 1.009. Pero, antes, me parece conveniente aclarar que, en mi opinión, a la cuestión planteada no cabe en ningún supuesto la aplicación directa del artículo 1.009.

2. EL ARTÍCULO 1.009 DEL CÓDIGO CIVIL NO ES NUNCA DE APLICACIÓN DIRECTA AL SUPUESTO PLANTEADO

Hago esta aclaración previa porque en algún caso pudiera pensarse que el transmisario es un heredero testamentario del primer causante y si repudia la herencia de éste como tal, en el supuesto de que se le defiera como heredero *ab intestato* del mismo no la podrá aceptar. Por ejemplo, el primer causante nombra heredero en su testamento al transmitente y éste, en el suyo, al transmisario que, al repudiar la herencia del primer causante como transmisario, le es deferida como heredero *ab intestato*. Si pensásemos que el transmisario, en la sucesión del primer causante, ocupa la posición del transmitente, podríamos entender que el transmisario, en cuanto tal, es heredero testamentario del primer causante y, por tanto, estaría comprendido bajo la prohibición del artículo 1.009. Para considerar al transmisario heredero testamentario del primer causante, lo decisivo, probablemente, sería que el transmitente fuera heredero testamentario del primer causante y no importaría que el transmisario lo fuera legítimo del transmitente.

Pero en mi opinión no cabe entender que el transmisario es llamado como heredero testamentario del primer causante. Obsérvese que si el transmitente fuera heredero *ab intestato* del primer causante, nunca podríamos

considerar al transmisario heredero testamentario de éste y, por lo tanto, nunca podría tener lugar la aplicación directa del artículo 1.009 del Código Civil. Y no veo motivo para hacer depender la solución de si el transmisario puede repudiar la herencia del primer causante en cuanto tal y aceptarla como heredero legítimo de si el transmitente es o no heredero testamentario del primer causante.

t

3. LA *RATIO LEGIS* DEL ARTÍCULO 1.009, PRIMER PÁRRAFO DEL CÓDIGO CIVIL

Advirtamos, en primer lugar, que esta norma del Código Civil no era la existente en Derecho romano. En Derecho romano (D. 29, 2, 17) (45) si un heredero testamentario, que también lo es legítimo, repudia como instituido, no pierde la herencia en cuanto legítimo. Esta norma del Digesto tiene una explicación de lógica jurídica: la sucesión *ab intestato* no se abre sino cuando falla la testamentaria. Cuando el heredero instituido repudia la herencia testamentaria no se había abierto todavía la sucesión *ab intestato*, luego su repudiación no tiene por qué afectar a ésta. Al repudiar la herencia testada se abre la sucesión intestada y se le vuelve a deferir la misma herencia, pero como intestada y ante esta nueva delación podrá aceptar o repudiar. Encontramos esta argumentación al final de la misma ley del Digesto, aunque referida a otro supuesto: el del heredero legítimo que, ignorando la existencia del testamento en que era nombrado heredero testamentario, repudia la herencia como legítimo. Esta repudiación, explica el Digesto, aparte de no afectarle en cuanto a la herencia testamentaria, porque no se refirió a ella, no le afectará en cuanto a la herencia legítima porque aún no le había sido deferida. Por tanto, la renuncia como heredero testamentario, al no haberle sido deferida la herencia legítima, no afectará a ésta. Ahora bien, si damos por buena esta explicación, ¿por qué la misma ley del Digesto establece que si la herencia se repudia en cuanto heredero legítimo, a sabiendas de que estaba instituido en testamento, hay que entender que la repudió por ambos conceptos? ¿No acabamos de decir que la repudiación como legítima no produ-

(45) D. 29, 2, 17: «Tampoco puede repudiar el que cree que el testamento es nulo o falso. Pero si estuviere cierto de que no es falso el testamento que se tiene por falso, lo mismo que adquiere la herencia mediante la adición, así también la pierde si la repudia. Si un heredero testamentario que también lo era legítimo repudiase como instituido, no pierde la herencia en cuanto legítimo; pero si la repudiase en cuanto heredero legítimo, a sabiendas de que estaba instituido heredero en el testamento, hay que entender que la repudió por ambos conceptos; si no lo sabía, no le afectará la repudiación en ningún concepto: no en cuanto a la herencia testamentaria, porque no se refirió a ella, pero tampoco en cuanto a la legítima, porque aún no le había sido deferida».

cirá ningún efecto porque aún no le había sido deferida y al no repudiarla como testamentaria tampoco, pues no se refirió a ella? Ciertamente el razonamiento con que Digesto 29, 2, 17, *in fine*, explica que la repudiación de la herencia legítima por el heredero testamentario ignorando su condición de tal, no le afecta, a primera vista, no ayuda a justificar la norma inmediatamente anterior: el heredero legítimo, sabiéndose testamentario, que repudia como legítimo se entiende que la ha repudiado por ambos conceptos. Una posible explicación de esta divergencia de conclusiones podría ser la siguiente: el heredero *ab intestato* que, ignorando la existencia de testamento, repudia la herencia legítima puede aceptar después la herencia testamentaria porque su repudiación no se refirió a ésta. En cambio, se entiende que el heredero legítimo que, conociendo el testamento, repudia la herencia legítima la ha repudiado por ambos conceptos, porque en este caso se presume que, aunque no lo diga, la repudia no sólo en cuanto legítimo, sino también en cuanto testamentario —cosa imposible de suponer en el supuesto anterior en que ignoraba la existencia de testamento—, es decir, se supone que no quiere ser heredero bajo ningún concepto. Ahora bien, aun queda otro extremo por aclarar: si el heredero legítimo que, ignorando el testamento, repudia la herencia legítima, no se verá afectado por tal repudiación, pues aún no se había producido la delación de dicha herencia, ¿por qué se ve afectado cuando conoce la existencia del testamento? ¿No podemos decir igualmente en este caso que todavía no se había producido la delación de la herencia legítima? Quizá una consideración puede aclarar la aparente contradicción: pensemos en un heredero testamentario y, a la vez legítimo, que no quiera la herencia. Fijándonos en el principio de lógica jurídica del fenómeno sucesorio al que nos hemos referido antes, tendría que repudiar dos veces: primero la herencia testamentaria y, luego, la *ab intestato*. Por eso, en este caso, los prácticos juristas romanos dejan a un lado este principio y permiten, aunque hubiera alguna duda, que repudie ambas herencias a la vez. Es decir, entienden que hay una delación simultánea de las herencias testamentaria y legítima. Así, D. 29, 2, 77: «Si soy instituido heredero por aquél cuya herencia me pertenecería por ley si hubiese muerto sin testamento, cabe la duda de si podré repudiar la herencia testamentaria y la legítima a un tiempo, porque antes de que repudie la herencia testamentaria no me corresponde la legítima. Sin embargo, creo que al mismo tiempo puedo repudiar las dos... (Pomp 8 ad. Q. Muc.)». He aquí la explicación de por qué el heredero legítimo que, conociendo que también lo es testamentario, repudia la herencia en cuanto legítimo no la puede aceptar después como testamentario. Como dice GLÜCK en sus comentarios a las Pandecta: «... la declaración de que no quiere ser heredero intestado puede ser considerada como renuncia a la herencia testamen-

ría» (46). Pero obsérvese que, en cambio, se entiende que si repudia la testamentaria aún la puede aceptar como *ab intestato*? ¿Por qué? Porque en el primero de los casos se puede entender que la declaración de voluntad es la de no querer ser heredero bajo ningún concepto. En efecto, ya es extraño que si sabe que es heredero testamentario, cuando sabe que lo que se le ofrece es la herencia testamentaria, la renuncie como legítima. Está queriendo decir que no quiere ser heredero de ninguna de las maneras. En este sentido también se pronuncia GLÜCK: «El motivo es que en un caso semejante la renuncia a la herencia intestada presupone necesariamente una renuncia a la herencia testamentaria en cuanto que la sucesión intestada no puede ser abierta antes que la sucesión testamentaria decaiga» (47). En cambio, no al revés, de la repudiación del heredero testamentario como tal no se puede deducir que tiene la voluntad de repudiar la herencia como heredero intestado. También es cierto que el heredero puede querer aceptarla como testamentario, pero no como legítimo, pero eso no se consigue a través de la declaración de voluntad de renunciar la herencia legítima y aceptar la testamentaria, sino a través de aceptar la testamentaria. Razón de ello es que está justificado que, cuando ignoraba la existencia de testamento, la pudiese aceptar como testamentario aún habiéndola repudiado como legítimo, pero ello porque la declaración de repudiar la herencia legítima tiene distinto significado según se conozca o ignore el testamento.

SÁNCHEZ ROMÁN (48) entiende que «conocedor como era de los dos títulos de su derecho para heredar, el del testamento por la institución y el del *ab intestato* por el llamamiento de la ley, era lógico presumir que no aceptando por el primero, tampoco querría aceptar por el segundo, puesto que ambos le atribuían el carácter de heredero y producían igual resultado». Ahora bien, es discutible que conduzca siempre a igual resultado. En Derecho romano el heredero podría tener interés de repudiar la herencia testamentaria y aceptar la intestada para liberarse de los legados, pues éstos quedarían sin efecto al repudiar el heredero aunque para evitar este fraude el Pretor salvaba los legados concediendo acciones ficticias. Pero también podemos encontrar razones lícitas que justifiquen su utilidad. Para el Derecho alemán que, como el romano, permite la repudiación como heredero testamentario y aceptación como *ab intestato* (parágrafo 1948-1), KIPP señala las siguientes: «Ante todo es importante para el llamado, cuando ha

(46) GLÜCK, Federico: *Commentario alle Pandette*, Libro XXIX, parte prima, Milano, 1907, pág. 484.

(47) *Op. y loc. cit.*

(48) SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *Estudios de Derecho Civil*, t. VI, vol. 2.º, Madrid, 1910, pág. 1844.

repudiado lo que le corresponde por testamento, sin conocer su parentesco con el causante, que le quede el derecho de aceptar por razón del parentesco; por ejemplo, alguien ha vivido con una causante como hijo adoptivo y es instituido como heredero en su testamento, repudiando, y enterándose luego de que es hijo natural de la fallecida. Pero el heredero puede también, conociendo su parentesco, repudiar la herencia testamentaria y aceptar la sucesión intestada. Por ejemplo, puede querer repartirse la herencia con el resto de los parientes como heredero legal; mientras que en el testamento fue instituido sólo y de acuerdo con el 1.950 no podía sólo aceptar una porción *ex testamento*». Y aunque no encontráramos una utilidad evidente, ¿por qué prohibir al heredero testamentario que repudie en cuanto tal la aceptación como intestado, siempre que con ello no se consiga una finalidad fraudulenta? Además del Código Civil alemán, el Derecho civil catalán también conserva la norma del Derecho romano de poder repudiar la herencia testamentaria y aceptar la intestada, pero con sujeción a las cargas impuestas por el testador (art. 27 del Código de Sucesiones de 30 de diciembre de 1991. Esta norma es igual a la que contenía el art. 256 de la Compilación derogado por dicho Código de Sucesiones).

Vemos, pues, que nuestro Código Civil no ha recogido la norma de D. 29, 2, 17 en este punto y entiende que la repudiación de la herencia testamentaria conlleva también la de la legítima. Los antecedentes del artículo 1.009, primer párrafo del Código Civil no están en D. 29, 2, 17, sino en la Ley 19, Tít. VI, de la Partida VI. En efecto, según el epígrafe o rúbrica de dicha Ley 19, «aquel que es establecido por heredero en testamento de otro que era su pariente, si desechare la heredad por razón del testamento, no la puede después cobrar por parentesco». GUTIÉRREZ (49), al comentar dicha ley, dice: «Bastó que la Ley 17, Tít. II, lib. XXIX Dig. par. 1, haeres institutus resolviera este caso para que los autores del Código Alfonsino se apoderasen de él convirtiéndolo en ley. En su consecuencia, si el heredero testamentario fuese también legítimo, y sabiendo su nombramiento no ade la herencia se infiere que la ha renunciado como heredero abintestato; mas si ignorando que había sido instituido heredero, renunciase como heredero abintestato, no sería excluido como testamentario, porque no podía renunciar lo que ignoraba». Ahora bien, del texto de GUTIÉRREZ parece derivarse que la solución del Código Alfonsino es la misma que la de D. 29, 2, 17. Pero acabamos de ver que no, que según D. 29, 2, 17 si un heredero testamentario que también lo es legítimo, repudia como instituido, no pierde la herencia en cuanto legítimo. Por otro lado extraña que la Ley 19 de Las Partidas se haya separado en este punto de la solución

(49) GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: *Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, t. III, Madrid, 1981, pág. 426.

romana, cuando de la lectura de su texto se desprende que, en todos los demás aspectos, es un trasunto de D. 29, 2, 17. Pero, es más, en el texto de la Ley 19 no se encuentra la afirmación vertida en la rúbrica. Examinemos dicho texto. Para mayor seguridad he partido de la edición facsímil, realizada por el BOE, de Las Siete Partidas nuevamente glosadas por Gregorio López, Salamanca, A. de Portonaris, 1555, versión coincidente con la que cita GUTIÉRREZ. Rúbrica: «*Ley XIX. Como aquel que es establecido por heredero en testamento de otro que era su pariente, si desechara la heredad por razón del testamento, non la puede después cobrar por parentesco*». Texto: «*Cuando alguno es puesto por heredero en testamento de otro, de quien el fuesse el mas propinco pariente, si el, sabiendo que era asi establecido por heredero en el testamento, desechasse la herencia, diziendo que la non quería tomar por razon del parentesco, si entonce non se otorgasse luego por heredero por razon del testamento, non lo podría despues fazer, por que se entiende que la desemparó del todo. Mas si el heredero non sabiendo que era escrito en el testamento del finado desechasse la herencia diziendo, que non la querie ganar, por razon que era pariente mas propinco del muerto, entonce bien la podría despues cobrar por razon del testamento. E esto es porque non podría renunciar el derecho, que auia en la heredad, por razon del testamento, pues que lo non sabia. E otrosí non podría desecher el derecho que auia el en la heredad, por razon del parentesco, a menos de renunciar primer amiente el derecho, que auia en ella, por razon del testamento. E por ende tal renunciacion, non le empesce, si quisiere auer la heredad despues*».

La Ley 19 comienza regulando el supuesto del heredero legítimo que repudia la herencia en cuanto tal, conociendo su condición de testamentario, y ofrece la misma solución que el Digesto: no la podrá aceptar después como testamentario. Y a continuación —siguiendo el mismo orden del Digesto— plantea el supuesto de que repudie la herencia legítima ignorando que es testamentario y también acoge la solución del Digesto —la podrá después aceptar como heredero testamentario— y sus mismos argumentos —la repudiación en cuanto a la herencia testamentaria no le afectará, pues no se refirió a ella y en cuanto a la legítima tampoco, pues aún no le había sido deferida—. Pero el texto de la Ley 19 no contempla el supuesto del heredero testamentario que repudie la herencia en cuanto tal, que es precisamente el recogido en la rúbrica de la ley. Quizá alguno podría entender que la última frase de la ley se está refiriendo a este supuesto: «*tal renunciacion, non le empesce, si quisiere auer la heredad despues*». Que la *tal renunciacion* se refiere a la renuncia como heredero testamentario puede fundamentarse en dos razones. Una, de orden gramatical: es el sustantivo más próximo que podría servir de antecedente al pronombre *tal*. La otra, de orden lógico: entendiendo que la *tal renunciacion* se refiere a la testamen-

taria, se obtiene un sentido de la frase conclusiva coherente con las premisas expresadas en el texto. En efecto, si el heredero legítimo «*non podría desechar el derecho que auia el en la heredad, por razon del parentesco, a menos de renunciar primeramente el derecho, que auia en ella, por razon del testamento*», parece lógico concluir que *tal renunciacion*, como heredero testamentario, *non le empesce, si quiere auer la heredad despues*, como heredero legítimo. Pero tal interpretación nos llevaría a una conclusión contradictoria con la rúbrica de la ley XIX. Por tanto, parece, más probable que la *tal renunciacion* se refiera al supuesto de hecho contemplado en la segunda parte de la ley XIX: renuncia como heredero legítimo, ignorando que lo era testamentario. Aún hay en el texto de la ley XIX un inciso, referente a la delación testamentaria, que no aparece en D. 29, 2, 17. Este se limita a establecer que si el heredero legítimo repudia en cuanto tal, a sabiendas de que estaba instituido, hay que entender que la repudió por ambos conceptos. Las Partidas, igualmente, se refieren al heredero instituido que repudia la herencia como legítimo sabiendo que era testamentario, pero añaden, *si entonces non se otorgasse luego por heredero por razon del testamento*, y concluyen, como D. 29, 2, 17, *non lo podría despues fazer, por que se entiende que la desamparo del todo*. La lectura de dicho inciso no es tan clara como pudiera parecer a primera vista. En un principio se podría entender así: si se le ofreciese luego la herencia por razón del testamento, no la podrá aceptar. Pero para aceptar esta interpretación nos sobra un no, el que precede a *se otorgasse*. Este no nos conduce a otro entendimiento de la frase: si cuando repudia la herencia como legítimo, entonces, en ese mismo momento, no dice que la acepta como testamentario, ya no podrá hacerlo en un momento posterior. Aunque si en aquel momento la acepta como testamentario, más que repudiar la herencia intestada está aceptando la testamentaria. Tal interpretación es coherente con la glosa de GREGORIO LÓPEZ en este punto. En efecto, GREGORIO LÓPEZ, para explicar que el heredero legítimo que repudia en cuanto tal no puede aceptarla como testamentario dice lo siguiente: «Apruébase aquí la decisión de la Glos. ... que indiqué más arriba». Y según esta decisión, citada en sus anotaciones a la ley 18, el que repudia simplemente la herencia se entiende referirse tanto a la sucesión legítima como testamentaria. Pero lo que no es coherente es la fundamentación, por GREGORIO LÓPEZ, en dicho principio de la primera norma que establece la ley 19, porque dicha Partida nos dice que el heredero legítimo repudia en cuanto tal y, por tanto, no repudia simplemente. A no ser que entendiésemos repudiar simplemente en el sentido de no hacer salvedad, en el momento de la repudiación como heredero legítimo, de la aceptación como testamentario. Aunque entonces lo que se está haciendo no es repudiar la herencia legítima, sino aceptar la testamentaria. Es posible que el autor de la rúbrica de la ley 19 entendiera que, de la

misma forma que el heredero legítimo que repudia en cuanto tal se entiende ha repudiado también la testamentaria, el heredero testamentario que repudia en cuanto tal, quiere repudiar también la intestada, en contra de la regulación del Digesto y de las razones allí expuestas para no entenderlo así. Pero por otro lado, la norma contenida en la rúbrica de las Partidas impide al heredero testamentario repudiar la herencia testada y aceptar después la intestada, pero parece que no impide aceptar la intestada si así se declara en el mismo momento de la repudiación. La interpretación del inciso *si entonces non se otorgasse luego por razon de testamento* que hemos realizado más arriba avala esta tesis.

Sin embargo, GARCÍA GOYENA, en los comentarios al proyecto de 1851, cuyo artículo 840 coincide con el artículo 1.009 del Código Civil, MANRESA (50), MUCIUS SCAEVOLA (51) citan como precedente del artículo 1.009, párrafo primero, la ley 19, Tít. VI, Partida VI, no reparando en ningún momento en que la norma recogida en el epígrafe de la ley no se encuentra en el texto de la misma.

Dejando a un lado esta observación sobre sus antecedentes históricos, la norma del artículo 1.009 del Código Civil, primer párrafo, está ahí. Y la doctrina entiende que dicha norma impide al heredero testamentario que, sabiendo lo era, repudiar la herencia testada y aceptarla como heredero legítimo. A los autores citados **anteriormente**, podemos añadir los siguientes de entre la doctrina actual:

ALBALADEJO entiende que «En cuanto a que la vocación testamentaria a toda la herencia excluya la intestada, es idea que aplica nuestro Código Civil... Luego, para el Derecho común sirve... la afirmación que el texto recoge en el ejemplo de que no podría, pues, el hijo, instituido heredero universal en el testamento, renunciar a la herencia como llamado testamentario, y aceptarla como llamado por la ley» (52). Y en otro lugar de su obra al comentar el artículo 1.009, 1.º, del Código Civil, aclara: «Realmente este entender hecha la repudiación por el segundo título, lo que significa es que no se es llamado por él (se queda excluido de la sucesión legal, como dice la *Comp. navarra*, ley 316, 1.º), pues sería absurdo considerar que se produce una delación abintestato, que no puede ser aceptada, ya que la ley la ENTIENDE repudiada» (53). GITRAMA explica que «... si el llamado por testamento repudia y, en razón de su repudiación, vuelve a ser llamado en

(50) MANRESA NAVARRO, José María: *Comentarios al Código Civil*, Madrid, 1955, t. VII, pág. 514.

(51) *Código Civil Comentado*, t. XVII, Madrid, 1900, pág. 490.

(52) En anotaciones a Cícu: *Derecho de Sucesiones. Parte General*, Bolonia, 1964, págs. 132 y 133.

(53) *Curso de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*. Barcelona, 1991, pág. 43.

vía abintestato, se considera que por haber despreciado la voluntad del causante no merece ser su sucesor» (54). Finalmente, DÍEZ PICAZO-GULLÓN razonan del siguiente modo: «... al ejercitar de forma negativa el *ius delationis*, se abre la sucesión intestada por ineficacia de la disposición testamentaria y se repite la misma llamada. Se entiende que ya ha ejercitado el *ius delationis* en forma negativa también. Ello obedece a evitar que el llamado pueda liberarse de una condición o de un modo que le hubiera impuesto el testador por ese subterfugio» (55).

El fundamento que, según la doctrina, justifica la norma del artículo 1.009, párrafo primero, nos confirma que ésta es entendida como una prohibición para el heredero. En efecto, GARCÍA GOYENA razona la prohibición de repudiar como heredero testamentario y aceptar como heredero legítimo diciendo que, si no, se haría mofa de la voluntad del testador. Razón que repiten SÁNCHEZ ROMÁN (56) —que, además, añade la falta de utilidad como hemos explicado antes— MANRESA (57) y en la doctrina actual GITRAMA (58). No se puede alegar como fundamento —y no se hace— que el primer párrafo del artículo 1.009 trata de evitar que el heredero por el subterfugio de repudiar la herencia testada y aceptar la intestada se libere de las cargas impuestas por el testador, pues el artículo 986 del Código Civil impone a los herederos legítimos las mismas cargas y obligaciones que a los herederos testamentarios.

Sin embargo, el sentido literal del texto del primer párrafo del artículo 1.009 no es prohibitivo. No dice taxativamente que el heredero testamentario no pueda, después, aceptar la herencia como intestado. Simplemente dice que se entiende que la ha repudiado también como intestado. ¿Y no se podría mantener que el artículo 1.009 es una norma interpretativa de la voluntad del repudiante, pero que éste puede manifestar su deseo de repudiar la herencia como heredero testamentario y aceptarla como intestado? Al menos si tal salvedad la hace en el mismo momento de repudiar la herencia testamentaria. Quizá se podría pensar que permitir la repudiación, primero como heredero testamentario, y al cabo de un tiempo la aceptación como heredero intestado iría, al menos materialmente contra el principio de irrevocabilidad de la repudiación de la herencia (art. 997

(54) En *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, de EDESA, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, t. XIV-1.º, Madrid, 1989, pág. 306.

(55) En *Sistema de Derecho Civil* Vol. IV, Madrid, 1983, pág. 436 *in fine* y 437.

(56) *Op. cit.*, *loc. cit.*

(57) MANRESA NAVARRO, José María: *Comentarios al Código Civil*, Madrid, 1955, t. VII, pág. 514.

(58) GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, de EDESA, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, t. XIV-1.º, Madrid, 1989, pág. 306.

C.C.). Formalmente se podría defender que no es contrario a tal principio, porque lo repudiado en primer lugar, la herencia testada, no es lo mismo que lo aceptado posteriormente, la herencia intestada. De todas formas, si la repudiación en virtud de un título y aceptación en virtud del otro son simultáneas, no se atentaría tampoco contra el principio material de la irrevocabilidad de la repudiación.

4. CONCLUSIÓN

Admitamos que la norma del primer párrafo del artículo 1.009 del Código Civil es una norma prohibitiva y no meramente interpretativa de la voluntad del repudiante. Si su *vatio legis* es la expresada anteriormente, difícilmente cabría su aplicación analógica al supuesto que nos planteamos, pues el transmisario que repudie, en cuanto tal, la herencia del primer causante no desprecia la voluntad del testador, pues éste en ningún momento ha tenido voluntad de llamarle a él a la herencia e, incluso, esa voluntad ha podido no existir y deferirse su herencia *ab intestato*. Quizá alguno podría entender que sería un desprecio no de la voluntad, sino de la persona del primer causante, mas no se ve por qué. A lo más se podría exigir que la aceptación como heredero intestado del primer causante o sustituido fuese simultánea a la repudiación como transmisario, para no vulnerar materialmente la norma que prescribe la irrevocabilidad de la repudiación hereditaria.

Si bien hay que tener en cuenta que el transmisario que repudie en cuanto tal y acepte como heredero intestado o sustituto recibirá la herencia del primer causante con las mismas cargas que si la hubiese aceptado como transmisario, pues, si, como dice ALBALADEJO (59), existe el principio de que a quien va la sucesión que no tomó otro, le va como se dejó a éste (aplicación del cual serían los artículos 780, 984 y 986 del Código Civil), con especial razón se aplicará en este caso.

ANTONIO MONSERRAT VALERO
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Barcelona

(59) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. X, vol. 2, Madrid, 1984, pág. 135.