

# La sucesión «iure transmissionis»

MANUEL ALBALADEJO GARCIA

Profesor adjunto de Derecho civil en la Universidad de Granada

SUMARIO: *Preliminar.—Capítulo primero: el «ius delationis».—I. Previo.—II. La adquisición de la herencia: 1. La apertura de sucesión; 2. La adquisición de la herencia.—III. La naturaleza del «ius delationis»: 1. Adquisición originaria e ipso iure del «ius delationis» y su fin instrumental; 2. El «ius delationis», ¿es verdadero derecho?; 3. Categoría de derechos a la que pertenece; 4. ¿Es personalismo? ¿Es patrimonial?; 5. Los sujetos del «ius delationis».—IV. Nacimiento del «ius delationis».—V. Extinción del «ius delationis»: 1. Plazo máximo posible legal de vida; 2. Extinción antes de transcurrir ese plazo: A) Fijación de un más corto plazo de caducidad: a) Fijación por ley; b) Fijación por el juez: La interpellatio in iure; B) Extinción por adquisición de la herencia; C) Extinción por renuncia o por otras causas; 3. Autonomía de voluntad del causante en la vida del «ius delationis»: A) Condición resolutoria; B) Término final; C) Intransmisibilización; D) Otros supuestos; E) Límites de la autonomía de voluntad.—Capítulo segundo: La transmisión del «ius delationis»: I. Derecho romano: 1. Intransmisibilidad; 2. La «in iure cessio hereditatis»; 3. Otras excepciones al principio de la intransmisibilidad; 4. La adquisición de herencia ipso iure. II. Derecho actual: 1. Transmisibilidad; 2. Disponibilidad; 3. Requisitos de la transmisión.—Capítulo tercero: La transmisión de la herencia del primer causante: I. A quién se sucede en ella.—II. Repercusión de lo anterior en la capacidad para suceder en el «ius delationis».—Capítulo cuarto: Sucesión «iure transmissionis» y sucesión «iure representationis».—Capítulo quinto: Problemas singulares: I. Pluralidad de herederos del transmitente: 1. La pluralidad de transmisarios y la aceptación de la herencia; 2. La partición de la herencia o del legado. II. Beneficio de inventario: 1. Previo; 2. Terminología; 3. Examen de los diferentes supuestos; 4. Posible duda.—III. Patrimonialidad del «ius delationis»: 1. Medida de su valor; 2. La legítima del transmitente; 3. Partición de la herencia del transmitente e incapacidad de algún heredero para suceder al primer causante; 4. Valor negativo del «ius delationis»; 5. Repudiación por alguno de los herederos del transmitente, de la herencia del primer causante.*

## PRELIMINAR

Si aquel a cuyo favor se ha deferido una herencia muere antes de adquirirla—o sea de *suceder*—sus sucesores *pueden* adquirir el derecho a tal adquisición—o sea a tal *sucesión*—. Que lo adquieran o no, dependerá de cada Derecho positivo, pero lo primero es aceptado en las legislaciones actuales. A tal respecto, el art. 939 del Código italiano de 1865 decía: «Aquel a cuyo favor se ha abierto una sucesión, si muere sin haberla aceptado expresa tácitamente, transmite a sus herederos el derecho a aceptarla». En cuanto al vigente Código de 1942 dispone en el art. 479: «1.º Si el llamado a la herencia muere sin haberla aceptado, el derecho de aceptarla se transmite a sus herederos». Y el Código español—art. 1.006—ordena: «Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia, pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía» (1).

Y si esos sucesores de la persona que murió sin adquirir la herencia que le estaba deferida, llegan a adquirir ésta por haber recibido del fallecido el derecho a adquirirla, se suele decir que suceden *iure transmissionis* (2) (2 bis).

Esta sucesión *iure transmissionis* presenta dos facetas, y, por ello, también dos órdenes de problemas. Por un lado nos encontramos con que los sucesores del llamado reciben de éste, y a causa de su muerte—es decir, le suceden en ella *mortis causa*—, la titu-

(1) Aunque en esos artículos se hable de la muerte del causante sin haber aceptado la herencia a él deferida (o sin haberla aceptado ni repudiado), y de que se transmite a sus herederos el derecho a aceptar, o—como dice el Código español—«el mismo derecho que él (causante segundo, llamado a la herencia del causante primero) tenía», hay que advertir varias cosas:

A) Tal transmisión puede no darse, aun en los Derechos que en principio la admiten, por causas que después veremos.

B) Tal transmisión sólo se puede dar, si el segundo causante, aun sin aceptar realmente la herencia que se le deferió, no la había adquirido ya por otro medio (asi, por ejemplo, por la llamada aceptación tácita o presunta, de la que luego hablaremos, pero de la que adelantamos aquí que no la consideramos aceptación), o, aun sin repudiarla, no había perdido el derecho a adquirirla.

C) Se transmite no sólo el derecho a *aceptar*—entendiendo aceptación en sentido riguroso—sino el derecho a *adquirir*, de cualquiera de las maneras que la ley admite, la herencia deferida.

(2) No hay sucesión *iure transmissionis* en los arts. 761 y 857 del C. español. Sin embargo, cfr. CASTÁN, pág. 443.

(2 bis) Nos referimos sólo a la sucesión *mortis causa*. Por esto nuestro estudio no excederá de los supuestos de extinción—muerte—de persona física. La extinción de una persona jurídica no provoca una sucesión hereditaria o *mortis causa*. (Sobre el argumento, en pro y contra, véase N. COVIELLO, pág. 36; D'AVANZO, *Suc.* I. pág. 19; CICU, *Suc.*, págs. 21 y 22). Ahora bien, que exista mayor o menor similitud entre las reglas que deban aplicarse a una y a otra, eso es cuestión aparte, y en la que no entramos.

Sin embargo, autores hay que aluden también a ese caso. Por ejemplo, LOSANA, núm. 140, págs. 95 y 96, se refiere al supuesto de persona jurídica que se extinga ante de que se le autorice para aceptar la herencia a la que fué llamada

laridad de un poder jurídico llamado *ius delationis*. Por otro lado tenemos que, una vez que han llegado a ser titulares de ese poder, les es posible, actuándolo, convertirse en titulares de la herencia a aquél deferida. Lo cual es realmente el fin al que como mero instrumento sirve el *ius delationis*.

Hace falta, pues, tratar de dos sucesiones: la sucesión en el *ius delationis* y la sucesión en la herencia del primer causante, respecto del cual el segundo causante no llegó a ser heredero, sino sólo a tener el derecho a serlo.

Ambas sucesiones plantean problemas distintos que vamos a estudiar separadamente, para tratar de hallar respuesta a una serie de interrogantes que en su pluralidad son susceptibles de compendiarse en unidad bajo la pregunta: ¿Cómo se opera la sucesión *iure transmissionis*?

Ahora bien, para ver cómo se opera esta sucesión, hace falta plantearse varias cuestiones previas, de cuya solución depende la construcción de dicha sucesión.

Tales cuestiones las abordaremos sólo en cuanto nos sea necesario para poder llegar a estudiar el tema central de este trabajo, o para que nuestra postura respecto de él aparezca más clara.

Creemos que la materia debe exponerse con arreglo a la siguiente línea general: 1.º, el *ius delationis*; 2.º, su transmisión; 3.º, la transmisión de la herencia a que aquél *ius delationis* da derecho (o sea, la herencia del primer causante).

Los sujetos que intervienen en esta situación son denominados así: 1.º Primer causante; 2.º Segundo causante o transmitente *delius delationis* a la herencia del primer causante; 3.º Transmisario o adquirente del *ius delationis* a la herencia del primer causante, *ius* que recibe del segundo causante.

## CAPITULO PRIMERO: EL *IUS DELATIONIS*

### I. PREVIO

En D. 50, 16, 151, se dice: «*Delata hereditas dicitur quam quis possit adeundo consequi*».

Nosotros denominamos delación a la atribución originaria a un sujeto del derecho de suceder a otro *mortis causa*. Este derecho del llamado a suceder se designa diversamente: así, derecho hereditario o bien *ius adeundi*, o *ius delationis*. De cualquier modo, con estas expresiones se quiere significar el poder de suceder *mortis causa* al causante. Pero se trata de un *poder jurídico actual*—(y no eventual)—y *concreto* de hacer propia la herencia—o la parte de ella—a la que se es llamado.

Una idea exacta del poder que confiere el *ius delationis* sólo es posible en base al examen previo de los sistemas de adquisición de la herencia.

## II. LA ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA

Para que se produzca una transmisión *mortis causa* se requiere: 1.º, la muerte de una persona (causante); 2.º, que otro (sucesor), en base a un llamamiento a la sucesión, asuma las titularidades antes correspondientes al difunto.

1. *Apertura de la sucesión.*

El primero de dichos extremos es denominado apertura de la sucesión, y significa solamente que un complejo o conjunto de relaciones jurídicas ha quedado sin titular. El producirse tal falta es debido a un hecho jurídico: la muerte—fin—de la persona que lo era. La muerte, pues, abre la sucesión (3).

La apertura de la sucesión no es sino la producción del hecho que *motiva* la sucesión. No constituye un momento del fenómeno sucesorio, sino que es su presupuesto esencial, su antecedente lógico. No es momento del fenómeno sucesorio sino anterior, preliminar a él, porque, siendo la sucesión el subentrar en la posesión jurídica que otro tuvo, es evidente que el hecho—muerte—de la desaparición del causante, sólo produce la situación que motiva la sucesión, pero no es ya esta misma, ni parte de ella. El fenómeno sucesorio consiste en que el puesto del antes titular (causante) lo ocupe otro (sucesor). Es decir, es el cubrir el vacío que se produjo. Pero la producción de tal vacío (apertura) es algo lógicamente anterior (4). Aunque en dicho momento surja un llamamiento dirigido al futuro ocupante del vacío que se ha producido

(3) Así lo dice clara y expresamente el artículo 456 del Código italiano de 1942: «La sucesión se abre al momento de la muerte.» Y lo mismo se quiere expresar en el Código español con la desgraciada fórmula del art. 657: «Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte.»

(4) En pro de una consideración de la apertura de la sucesión—muerte del causante—, como presupuesto, y no parte del fenómeno sucesorio, cfr.: En la doctrina romanística, BONFANTE, pág. 167 y sigs.; PEROZZI, pág. 324; SOLAZZI, pág. 204, etc. En la doctrina alemana, STROHAL, pág. 12; ENDEMANN, pág. 22 y siguiente; BINDER, pág. 9 y sig. En la doctrina italiana, NICOLÓ, pág. 10 y siguiente (en pág. 11 dice: «La adquisición del sucesor, o sea, el subentrar en la titularidad de las relaciones del *cuius*, agota, de por sí, todo el contenido y el objeto de la sucesión *mortis causa*»); MESSINEO III, 2.ª. § 174, núm. 1, pág. 36; RUGGIERO MAROI, pág. 381.

En contra, ANDREOLI, LIV, pág. 188, dice: «Es necesario admitir que la apertura de la sucesión no solamente *representa la fase inicial orgánicamente integrante del fenómeno sucesorio*, sino constituye, además, el momento base que liga, sin solución jurídica de continuidad, la pérdida de la titularidad de las relaciones hereditarias por parte del de *cuius* con la adquisición de la misma por parte del heredero, como efectos indisolublemente ligados por voluntad de la norma.» También D'AVANZO, *Suc.*, I, pág. 14.

Claramente, la polémica tiene una raíz terminológica. Si por fenómeno sucesorio se entiende la *transmisión mortis causa*, la apertura forma parte del fenómeno. Si por fenómeno sucesorio se entiende la *adquisición mortis causa*, la apertura cae fuera de tal fenómeno.

## 2. Adquisición de la herencia.

La vacante que produjo la muerte del causante se cubre cuando el llamado a ocuparla hace suya la herencia, o sea, cuando la adquiere. Tal adquisición es, pues, la ocupación del puesto por el nuevo titular.

Y, ¿en qué momento se produce dicha adquisición?

Se dice que hay dos sistemas de adquisición de la herencia: *ipso iure* y por aceptación. En líneas generales en uno y otro las cosas pasan de la siguiente manera:

En el primero, la persona llamada a suceder adquiere la herencia por el sólo hecho de la muerte del causante. Apertura y adquisición coinciden cronológicamente (salvo si la delación es posterior a la apertura). En el segundo, el llamado sólo adquiere la herencia mediante la aceptación. Hasta ésta no se convierte en sucesor. De forma que entre apertura y adquisición media un lapso de tiempo más o menos largo, aunque luego la aceptación opere retroactivamente.

En el primer sistema, *desde la muerte hay un sucesor*, bien que éste tenga el poder de repudiar, o sea el poder de *dejar de serlo*. Por eso es *sucesor provisional*. En este sistema, la aceptación es

Es evidente que denominando *transmisión* (a) al paso de una relación jurídica de un titular a otro, tal paso abarca dos aspectos: 1.º, el de la cesación de un sujeto en la titularidad; 2.º, el de la adquisición de esta titularidad por otro sujeto, adquisición *derivada* de aquella cesación.

Y denominando *sucesión* (b) (adquisición derivativa) a esta *recepción* de la relación por el nuevo titular—subentrar en la titularidad—, tal sucesión es sólo una parte—la adquisitiva—del fenómeno transmisivo.

Pero—partiendo de esta denominación—no se puede pretender que la denominada *apertura de la sucesión* sea parte del *fenómeno sucesorio*. Pues ello sería como pretender que inter vivos la adquisición derivativa de un derecho comprendiese dentro de sí la pérdida por el anterior titular, pérdida que *sólo da lugar a* aquella adquisición.

A esta afirmación no obsta el hecho de que la pérdida y la adquisición las provoque un mismo hecho (la muerte, en los sistemas de adquisición de la herencia *ipso iure*) o de que, siendo retroactiva la aceptación—en los sistemas de adquisición de la herencia por aceptación—, se entiendan, en definitiva, producidas en un mismo momento.

(a) No nos importan aquí las diferencias entre transmisión *inter vivos* y *mortis causa*. Podríamos decir que en aquélla un sujeto pierde un derecho que adquiere otro, y que en ésta es el derecho el que pierde el sujeto, cuyo puesto *para* otro a ocupar. Por lo demás, en los sistemas de adquisición de la herencia por aceptación, el hecho jurídico—muerte—no provoca la transmisión (pérdida + adquisición), como la provoca, por ejemplo, *inter vivos* el contrato de compraventa (si es transmisivo *nudo consensu*) o la *traditio*, sino que provoca sólo la falta de titular, pues la adquisición (*subentrar* del nuevo titular) es efecto de la aceptación en base a la delación.

(b) Es cierto que *sucesión* y *sucesor* son palabras que tanto el legislador italiano como el español utilizan ordinariamente para designar al sucesor *mortis causa*, y concretamente al heredero (Cfr. STOLFI, GIUSEPPE, *Note sul concetto di successione*, en loc. cit., pág. 535 y ss.). Mas, en principio, *sucesión* sólo quiere decir adquisición derivativa.

sólo la renuncia al poder de repudiar, convirtiéndose, así, en *definitivo* el sucesor provisional.

En el segundo sistema, desde la muerte *no hay sucesor sino meramente un sujeto llamado a serlo*. El poder que se confiere al llamado es el de *convertirse—aceptando—en sucesor*.

Ante esa diferencia de construcción jurídica es evidente una de estas dos cosas: bien lo que se designa por el nombre de *ius delationis* tiene diferente contenido en cada sistema, o bien en el de adquisición *ipso iure* no se puede hablar de *ius delationis*.

Nosotros, habida cuenta del concepto que hemos formulado de *ius delationis*, nos inclinamos por esto último. La denominada delación en el sistema de adquisición *ipso iure* atribuye la herencia y el *ius repudiandi*, mientras que en el sistema de adquisición por aceptación la delación atribuye un *ius delationis* o derecho a *adquirir la herencia*.

Si nosotros entendemos por *ius delationis* el derecho a *ser sucesor*—a adquirir la herencia deferida—no podemos admitir que exista tal *ius* en el sistema de adquisición *ipso iure*, en el que lo tiene *el que ya es sucesor provisional*, es precisamente un derecho a *dejar de serlo*, repudiando.

El *ius delationis* tiene cabida lo mismo en el Derecho italiano que en el español, porque ambos siguen el sistema de adquisición de la herencia por aceptación (5), (6), (7). Y, en tesis general, el

(5) En tal sentido, bajo el Código italiano de 1865, se pronunciaba la doctrina dominante. Sin embargo, también había en contra un importante sector de la misma. Confróntese por todos, principalmente GUERRERA, *L'acquisto dell'eredità*, en loc. cit., pág. 483; N. COVIELLO, capítulo VI, pág. 89 y sig.; GARCÍA VALDECASAS, *La adquisición de la herencia en el Derecho español*, en loc. cit., pág. 102 y 103; CARIOTA FERRARA, *Il diritto al diritto*, en loc. cit., pág. 147, clasifica las opiniones sostenidas en cuatro grupos: A) La herencia se adquiere *ipso iure*. B) La herencia se adquiere mediante la aceptación, mientras que la sola posesión se transmite de derecho con la apertura de la sucesión. C) La herencia se adquiere mediante la aceptación, y también la posesión pasa a consecuencia de la aceptación, aunque sin necesidad de aprehensión material. D) La herencia se adquiere *ipso iure*, pero bajo la condición suspensiva de la aceptación. La posesión se transmite también *ipso iure*.

Bajo el nuevo Código italiano el artículo 459 sienta: «La herencia se adquiere con la aceptación...» En tal sentido se pronuncia, asimismo, la doctrina dominante. Así NATOLI, I, núm. 10 y sig.; CASATTI-RUSSO, pág. 165; AZZARITI MARTÍNEZ, pág. 22; D'AVANZO, *Swc.* I, pág. 74 y sig.; RUSSO, en loc. cit., págs. 34 y sig.; RUGIERO y MAROI, I, pág. 385; CICU, *Swc.*, pág. 68 y sigs.; STOLFI (Nicola y Francesco), pág. 10; MESSINEO, III, 2.ª, § 192, pág. 244 y siguientes; BARASSI, pág. 33 y sigs.; BARBERO, págs. 875 y 876. Sin embargo, no falta quien sostenga que la adquisición se produce *ipso iure* aunque recibiéndose «como un derecho condicional, debilitado, bajo la condición suspensiva de la aceptación y resolutoria de la renuncia. Derecho que después de la aceptación se purifica y se convierte en definitivo e irrevocable». (BUTERA, pág. 14 y 15. Refutación de BUTERA pueda verse en NATOLI, I, núm. 12). También en pro de la adquisición *ipso iure*. RADAELLI, pág. 98 y sig.

(6) En el sentido del texto, la doctrina dominante (véanse citas en GARCÍA VALDECASAS, *La adquisición de la herencia*, en loc. cit., págs. 105 y 106; y ROCA, *La adquisición y la repudiación de la herencia en el derecho común y en el foral*, en loc. cit.). En contra: GARCÍA VALDECASAS, *La adquisición*, citada, en loc. cit.,

ámbito de tal *ius* se reduce al campo de la sucesión a título de herencia, porque, en ambos Derechos, el legado se adquiere *ipso*

pág. 106 y siguientes, y *De nuovo sobre la adquisición de la herencia*, en loc. cit., pág. 991 y sigs.; GUTRAMA, pág. 32.

(7) Aun en los Derechos en los que normalmente se adquiere la herencia mediante la aceptación, en determinados supuestos tal adquisición se produce por disposición de la ley.

En tales casos la doctrina suele hablar de aceptación tácita, o presunta, o necesaria, etc. Mas, realmente, se trata de casos en los que si suele ser lógico suponer que la conducta del sujeto responde a una voluntad de aceptar no manifestada expresamente, no es menos cierto que la ley toma en consideración la conducta de forma tal que, aun realizada con la expresa reserva de no aceptar, valdría como aceptación. Lo cual quiere decir que no se trata de verdadera aceptación, y que tal conducta se valora *en sí* y se le atribuye el efecto de provocar la adquisición, haya o no voluntad de aceptar.

Así, el art. 934—3.º del Código italiano de 1865—dice: «La aceptación es tácita cuando el heredero realiza un acto que presupone necesariamente su voluntad de aceptar la herencia, y que no habría el derecho de realizar sino con la cualidad de heredero». Y el artículo 476 del Código de 1942, repite: «La aceptación es tácita cuando el llamado a la herencia realiza un acto que presupone necesariamente su voluntad de aceptar y que no habría derecho de hacer sino con la cualidad de heredero» (a). Y el artículo 999—3.º del Código español, dispone: «La aceptación tácita es la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero.»

Ante normas como éstas, o como las que a continuación indicamos, parte de la doctrina ha advertido que realmente se trata de casos de adquisición de la herencia *ex lege* (D'AVANZO, *Istituzioni*, pág. 182, y *Swc.* I. § 47, págs. 111 y gusiguiente; MESSINEO, III. 2.ª, § 192, núm. 3, págs. 249 y 250), o bien de adquisición sin aceptación, por falta o pérdida del derecho a renunciar (BARBERO, número 1.065, pág. 886).

CICU, *Swc.*, pág. 73, duda que se pueda hablar de aceptación tácita.

Nosotros creemos que en tales supuestos, como en otros muchos, existe simplemente una atribución *ex lege* de la herencia. Así también, en el Código italiano de 1865, artículos 936, 937, 952, 953, 961; en el Código de 1942, artículos 477, 478, 485, 527; en el Código español, artículos 1.000, 1.002, 1.005, 1.019, etcétera.

En tales casos, el adquirente de la herencia no recibe ésta por aceptarla, sino que sucede lo siguientes: Al producirse la delación se le ofreció la herencia, o adquirió el derecho a la herencia. Ahora bien, para llegar a hacerla suya se necesita un acto más—se necesita la delación + una determinada conducta del titular de ésta—que produzca la adquisición. Y ese acto o conducta es bien la aceptación, bien la *pro herede gestio*, bien la ocultación de un bien de la herencia, etc.

Y, naturalmente, al adquirirse la herencia, por el medio que sea, se extingue el *ius delationis*, ya que no es posible ni adquirirla de nuevo ni repudiarla.

La diferencia entre los casos vistos de adquisición sin aceptación y el sistema de adquisición de la herencia *ipso iure*, es clara: En éste, la delación produce la adquisición. En aquél no se adquiere por la delación, sino por el acto que, además que aquélla, requiere la ley (*pro herede gestio*, ocultación de bienes de la herencia, etc.).

(a) Mientras que en el Derecho español se exige alternativamente a tenor del artículo 993, 3.º, acto que suponga necesariamente la voluntad de aceptar, o acto que no habría derecho a ejecutar sino con cualidad de heredero, en el Derecho italiano se advierte—así, por ejemplo, N. COVIELLO, pág. 160— que el artículo 934, 3.º del Código de 1865 (y el 476 del de 1942) parece exigir *cumulativamente* ambas cosas para que haya aceptación tácita, es decir, acto que presuponga la voluntad de aceptar y (y no o) que se hubiese derecho a realizar

*iure* (8), aunque también, en algunos supuestos excepcionales, se adquiere, asimismo, *ipso iure* la herencia (9).

sin la condición de heredero. Pero se advierte, también, que realmente el segundo requisito es consecuencia del primero, pues no puede haber acto que sólo pueda realizar el heredero y que no presuponga la voluntad de aceptar.

Hemos de indicar que esta última advertencia es equivocada. Indudablemente a primera vista parece exacta, pero lo cierto es que quien realiza un acto propio de heredero, puede hacerlo sin voluntad de aceptar. Falta de voluntad que podría patentizarse en una expresa declaración o protesta de no querer aceptar a pesar de realizar el acto propio de heredero. Quizá se dijese que esto sería contradictorio. Pero se puede responder que es posible querer proceder como heredero sin serlo. Si contra esto se arguye que no depende de la voluntad de los particulares el dar a los actos una u otra naturaleza (así POLACCO, II, pág. 188)—como si los que estipulan una venta le llaman donación, la cual denominación no modifica la naturaleza del acto—, cabría responder que el que actúa como heredero sin querer serlo no pretende modificar la naturaleza de su acto denominándolo con un nombre que no responda a tal naturaleza, sino que sólo pretende que tal acto no valga como aceptación. Y si se sostiene que, a pesar de ello, valdrá como tal, habrá quedado claro que lo que realmente sucede es que ese acto, encierre o no aceptación, vale como ésta. Es decir, que produce sus efectos aun sin ser aceptación. O lo que es lo mismo, que provoca la adquisición de la herencia, por sí, aparte e independientemente de la aceptación.

Conviene advertir, finalmente, que fué propuesto suprimir el 2.º requisito exigido por el art. 934, 3.º del Código italiano de 1865 como pleonástico. Pero en la R. G. núm. 28 se lee que no se le consideró así y que «para haber aceptación tácita no basta realizar un acto con la voluntad de aceptar, sino que es preciso también que el acto mismo sea tal que no pueda ser realizado sino por quien sea heredero». No está, sin embargo—como advierte CICU, *Swc.*, pág. 73—claro qué cosa se haya querido significar con las anteriores palabras de la R. G. Añade CICU: «...que no basta que el acto se haya realizado con la voluntad de aceptar, resulta ya del hecho de exigirse que el acto, por su propia naturaleza, presuponga necesariamente la voluntad de aceptar. Es decir, no se investiga si quien lo ha realizado ha tenido o no la voluntad de aceptar: se considera, por el contrario, que no tiene valor la voluntad declarada de no querer aceptar, no obstante la realización del acto: *protestatio contra factum non valet*. Requisito, por tanto, objetivo y no subjetivo. Por lo que puede dudarse si es exacto hablar de aceptación tácita. Sentado esto, se trata de ver si un acto que implica necesariamente voluntad de aceptar, podría ser realizado por el llamado, incluso independientemente de la cualidad de llamado».

(8) Código italiano de 1942, artículo 649: «El legado se adquiere sin necesidad de aceptación, salvo la facultad de renunciar.»

No aparece tan tajante en el Código español, e incluso pueden dar lugar a dudas ciertas normas relacionadas con este punto y aplicables igualmente a la herencia y al legado. Pero que el legado se adquiere *ipso iure* se puede afirmar en base a artículos como los 881, 882 y 888.

En tal sentido la doctrina (aunque algunos hablen de *aceptación presunta*, en vez de *adquisición ipso iure*), ROCA en KIPP, § III-II, pág. 194; TRAVIESAS. «Legados», en loc. cit., pág. 179; VALVERDE, págs. 510 y 511; DE DIEGO, página 485; SÁNCHEZ ROMÁN, VI-2.º, pág. 1326 (alega también este autor los artículos 799 y 889). Aunque el legado sea con carga (caso que literalmente tanto el art. 881 como los anteriores autores no abarcan), creemos que se adquiere *ipso iure*, ya que el posible perjuicio del legatario se puede evitar con la repudiación.

A tenor de la adquisición *ipso iure* hemos de excluir el *ius delationis*, según hemos ya dicho, en el llamamiento a título de legado, y entender repetido respecto de él lo que diremos sobre la sucesión *iure transmissionis* en los sistemas de adquisición de la herencia *ipso iure*.

Ahora bien, no hay que confundir esto con la adquisición por legado de un



### III. LA NATURALEZA DEL *IUS DELATIONIS*

#### 1. Adquisición originaria e «*ipso iure*» del «*ius delationis*» y su fin instrumental.

El *ius delationis* lo adquiere *originariamente* el llamado. No sucede, pues, en él al causante. Este sólo era titular de las relaciones que componen la herencia, pero no del poder de adquirirlas. De forma que el llamado adquirirá *derivativamente* (es decir, sucederá en) las titularidades que componen la herencia, pero no el *ius delationis* (10).

Lo adquiere, además, *ipso iure*. Sin necesidad del concurso de su voluntad. Ello, igualmente, a diferencia de la herencia. Entra en su esfera jurídica y deviene titular del mismo por el sólo hecho de habérsela deferido aquélla. Se podrá repudiar la herencia deferida, y entonces borrar retroactivamente la delación, pero no se puede impedir ser titular del derecho a adquirir la herencia.

Es, pues, claro el papel instrumental del *ius delationis*. Encaminado a posibilitar la adquisición del llamado, le queda, con ello,

*ius delationis*. En tal caso el adquirente—por ser sucesor a título de legatario—sucede en tal *ius delationis* sin necesidad de aceptar el legado, pero para adquirir la herencia que dicho *ius delationis* le ofrece, ha de aceptarla.

En conclusión, no es posible tener un *ius delationis*—derecho de adquirir—a un legado. Pero si es posible (y después trataremos de ello) recibir por legado un *ius delationis*.

(9) Expresamente declara el artículo 586, 1.º del Código italiano de 1942: «A falta de otros llamados, la herencia se defiere al Estado. La adquisición se opera de derecho sin necesidad de aceptación y la renuncia no es posible.»

Igualmente hay adquisición *ipso iure* en el Derecho español en la sucesión intestada del Estado (la adquisición del Estado se opera *iure hereditario*, por ello no es correcto opinar que no hay adquisición de herencia *ipso iure* porque no hay sucesión hereditaria). Nuestro Código no lo dice expresamente como el italiano, pero se sigue de que:

A) No se necesita aceptación (expresamente, ROYO, pág. 263).

B) No se puede repudiar (expresamente, ROCA en KRPP, § 6. pág. 56; ROYO, pág. 263).

Por ello es absurdo hablar de *ius delationis* (derecho a aceptar o repudiar). La falta de cualquiera de ambas posibilidades excluye el *ius delationis*. Por otro lado, supuesta la falta del poder de repudiar, no se puede admitir un derecho a *aceptar necesariamente*, pero ejercitable dentro de un cierto límite de tiempo. Ello porque, siendo la aceptación retroactiva, sería una teoría caprichosa y extraña la que mantuviese que no hay *ya* heredero, sino sólo un llamado que ha de aceptar necesaria y retroactivamente.

Lo mismo en Derecho italiano que español, el Estado no responde *ultra vires hereditatis*. Ello se expresa correctamente en el art. 586, 2.º del Código italiano. El Código español, en su art. 957 *in fine* dice que se entiende aceptada la herencia a beneficio de inventario.

Igualmente creemos que hay adquisición *ipso iure* en los casos de los artículos 992, 3.º y 996 *in fine* del Código español.

(10) Otra cosa es que al morir el llamado sin aceptar ni repudiar, sus herederos adquieran derivativamente—formando parte de su herencia—el *ius delationis* que no ejercitó.

marcado un límite por su propia naturaleza. Carece de sentido pensar que libremente puede disponer de él su titular, como disponer puede, por ejemplo, de un objeto de su propiedad. Sólo en casos excepcionales se puede permitir su transmisión mediante disposición.

## 2. El «ius delationis», ¿es verdadero derecho?

No hay acuerdo sobre la naturaleza del poder en que el *ius delationis* consiste (11).

Al desacuerdo contribuye no sólo la dificultad del problema, sino también el hecho de no partir toda la doctrina de los mismos presupuestos y de no utilizar una terminología inequívoca.

Por partir de presupuestos distintos es evidente que los que admiten que la herencia se adquiere *ipso iure* no pueden ver en el poder del *heredero provisional* el mismo contenido que ven en el del *llamado* los que acogen la adquisición por aceptación. De este modo se explican muchas posturas contrarias a la naturaleza de verdadero derecho del *ius delationis* (12).

Por otro lado tampoco la doctrina que parte de que la herencia se adquiere por la aceptación, está de acuerdo sobre la naturaleza del *ius delationis*. Unos entienden que atribuye una mera oportunidad de adquisición y que el sujeto tiene, por tanto, sólo una *facultas acquirendi* y no un derecho (13). Otros piensan que la posibilidad de adquirir constituye una expectativa jurídica (14). Otros advierten que el titular tiene más que una expectativa o que una simple facultad: tiene un verdadero derecho, el de hacer propia la herencia que se le defirió (15).

Frente a los que niegan la existencia de un derecho subjetivo (16), la doctrina dominante la afirma más o menos explícitamente (17). Y a tal afirmación podemos añadir, aunque el argu-

(11) En torno a este punto doctrina no reciente en Steinlechner, págs. 362 y siguientes.

(12) Por ejemplo, RADAELLI, núm. 140.

(13) PEROZZI, pág. 481.

(14) Así BARASSI, pág. 78.

(15) BARBERO, pág. 831; CARIOTA FERRARA, «Il diritto al diritto», en loc. citada, pág. 147, nota 1; etc.

(16) Aparte de los arriba citados, otros, por ejemplo, DE CASTRO, pág. 605, sostiene que «el poder de aceptar una herencia, de renunciar... son reflejos de la capacidad de obrar, en su aspecto negocial o autonomía de voluntad, de igual naturaleza que los de celebrar un contrato o de hacer un testamento».

(17) Por ejemplo: D'AVANZO, *Istituzioni*, pág. 177; BARBERO, pág. 831; DI SEMO, pág. 254; AZZARITI y MARTÍNEZ, pág. 14; MESSINEO, I, § 9, núm. 5, página 147; CARIOTA FERRARA, *Il diritto al diritto*, en loc. cit., pág. 147; ANDREOLI, LIV, pág. 220; TORRENTE, en loc. cit., pág. 548; SANTORO-PASSARELLI, en loc. cit., pág. 613; ENNECERUS (hablando del Derecho común), en *Rechtsgeschäft*, págs. 617 y siguientes, y *Parte General*, § 66, nota 7 y § 72-IV-1; ROYO, pág. 59; DE BUEN, pág. 213. Advierten algunos que tal derecho contiene la facultad alternativa de hacer propia la herencia o rechazarla con la renuncia. Así RUGGIERO y MAROI, pág. 381; D'AVANZO, *Swc.*, I, pág. 71; RUSSO.

mento meramente literal no sea de gran valor, que la ley habla también de *derecho* (18).

Por nuestra parte pensamos que el *ius delationis* es un derecho subjetivo.

A) Es una situación de poder concreto, poder concedido por la norma jurídica en base a un singular ofrecimiento que por ley (delación abintestato), por testamento (delación testamentaria) o por contrato (dónde y cómo se admita) se dirige a alguien en especial.

No se trata, pues, de una mera posibilidad de actuar con arreglo a lo permitido por la norma. Posibilidad otorgada a la generalidad de los que reúnan los requisitos legales para verificar determinados actos. Posibilidad que no es un derecho subjetivo, sino reflejo de la capacidad de obrar (así la de ocupar una cosa *nullius*, o contratar o testar, etc.).

B) Poder conferido a un sujeto (o a varios si el llamamiento legal o la institución testamentaria o contractual se hace a favor de varias personas) *exclusivamente*, *erga omnes*. Su contenido, pues, no está sólo en la posibilidad de actuar la modificación jurídica o la adquisición para sí, sino también en impedir que—*rebus sic stantibus*—puedan modificar o adquirir los demás.

C) Poder que recae sobre un algo determinado: la herencia deferida.

D) Poder que permite verificar fundamentalmente la modificación jurídica que es la sucesión *mortis causa*.

E) Se dice que el *ius delationis* consiste en el poder de adquirir o en el de optar por adquirir o no. Ello mediante la celebración de los comúnmente considerados negocios jurídicos de aceptación o repudiación. Los cuales son actos de ejercicio. Es decir, aceptar o repudiar son manifestaciones de un único poder: el *ius delationis*.

Ciertamente eso es verdad, pero se debe añadir que el poder que confiere el *ius delationis* excede de tal límite. En virtud de él puede producirse *exclusivamente por el llamado* (aceptando), *o a su favor, aun sin su voluntad*, la modificación jurídica. Y en este caso ésta es inmediatamente provocada por un hecho que no tiene que ser declaración de voluntad (así, supuestos de adquisición *ex lege*, en los que, a pesar de hablar comúnmente la doctrina de aceptación tácita, no se adquiere por aceptación).

en loc. cit., pág. 125. Otros hablan indistintamente de *derecho* o de *facultad*. Así ROCA, en *Estudios*, pág. 300 y en *KIPP*, § 50-I, pág. 286; DE DIEGO, páginas 94, 352 y 353; SÁNCHEZ ROMÁN, VI-1.º, pág. 21, etc.

(18) El Código italiano de 1942 habla de *derecho* de aceptar. Por ejemplo en los artículos 479, 1.º, 480, 1.º (en vez de *facultad* de aceptar, cambio que, como demuestra la R. G. núm. 32, no es casual) e igualmente el español, artículo 1.006, habla de *derecho*.

La Casación italiana ha dicho en sentencia de 19 de abril de 1944 que al llamado se atribuye «el *ius delationis*, es decir, la facultad alternativa de aceptación o de renuncia».

### 3. Categoría de derechos a la que pertenece.

Por lo que se refiere a la clase de derecho que sea, se considera al *ius delationis* como un derecho de adquisición, que forma parte de la categoría de derechos a la modificación jurídica o derechos de formación o derechos potestativos (19) (20).

Realmente, con independencia de lo que se pueda pensar sobre la solidez o utilidad de estas categorías jurídicas—cuestión que hemos de dejar al margen—, es lo cierto que hay quien discrepando, al menos en parte, de lo anterior, piensa que «no se trata ni de un derecho potestativo ni de otro derecho menor o, de cualquier manera, debilitado, y ni siquiera de una especie de derecho interno, o, si se quiere, relativo, o bien, en un cierto sentido, personal: se trata de un derecho patrimonial verdadero y propio: de un derecho al derecho» (21).

Nosotros, ante la inseguridad, lo mismo terminológica que conceptual y práctica que una clasificación de derechos—o si se quiere de poderes jurídicos—presenta en este punto, y ante la imposibilidad—dentro de los límites de este trabajo—de realizar una construcción de la misma para luego enclavar en uno de sus miembros el *ius delationis*, preferimos limitarnos a indicar el problema, pues, por otro lado, para el fin de este trabajo no es preciso ir más allá.

De todas maneras, hablar de que es un derecho *al* derecho, aunque no toque la cuestión de los derechos *sobre* derechos, tiene a primera vista el inconveniente de que el *ius delationis* no sólo da derecho a derechos.

### 4. ¿Es personalísimo? ¿Es patrimonial?

Aclaremos si es un derecho personalísimo y si es patrimonial.

A) No es un derecho personalísimo en el sentido de que pueda tenerlo o ejercitarlo sólo el llamado, pues es transmisible mortis causa (C. italiano de 1942, art. 479; C. español, art. 1006), y la aceptación o repudiación no ha de ser hecha necesariamente por el titular, sino que es posible verificarla por representante legal o voluntario.

Además, se dice que es un derecho personal porque la delación es personal.

En conclusión, se puede decir que sea un derecho personal en el sentido de que no es un derecho real.

B) Por lo que respecta a si es un derecho patrimonial, hemos de advertir lo siguiente:

(19) Terminología traída de la expresión alemana *Rechte des rechtlichen Könnens* (terminología que tampoco es única) = derechos del poder jurídico, introducida en Italia por CHIOVENDA. En pág. 49, CHIOVENDA califica de tal derecho potestativo al *ius delationis*.

(20) Véase, por ejemplo: en doctrina alemana, ENNECCERUS, *Parte General*, § 66, nota 7 y § 72-IV-1. En doctrina italiana, TORRENTE, pág. 548; SANTORO PASSARELLI, pág. 614; BARBERO, pág. 823; MESSINEO, I, § 9, núm. 5, pág. 147; ANDREOLI, LIV, pág. 220. En doctrina española, ROYO, pág. 59.

(21) CARIOTA FERRARA, *Il diritto al diritto* en loc. cit., pág. 147.

Aún continúa la discusión sobre el concepto de heredero. Lo cual no puede menos que repercutir en el llamamiento a ser heredero.

Para unos, la herencia es el patrimonio del causante. Es heredero el sucesor mortis causa a título universal en ese patrimonio o parte alicuota del mismo. Y *iure hereditario* sólo recibe el patrimonio.

Para otros, el heredero es aquel que recibe mortis causa a título universal el patrimonio del causante. Pero una vez determinado así quién sea heredero, éste recibe también *iure hereditario* otros derechos no patrimoniales del causante.

Algunos sostienen que heredero es el que fué llamado a suceder en *todos los BIENES*—o en una cuota—. Pero, fijado así quién sea heredero, el modo en el cual se opera el traspaso hereditario es el mismo que era en el antiguo Derecho romano: no se tiene, pues, una transferencia de bienes, sino un subentrar del heredero en la posición jurídica del difunto (22).

Frente a las anteriores posturas, un cierto sector doctrinal piensa que no es la atribución patrimonial a título universal la que confiere el título de heredero, sino que, por el contrario, es la asunción de tal título—ocupación de la posición jurídica del causante—la que determina la adquisición de la universalidad de los derechos y obligaciones de aquél (23) (24) (25).

En la anterior discusión no podemos entrar. De cualquier manera hay una cosa segura: que haya o no sucesión mortis causa—*iure hereditario*—en relaciones no patrimoniales, el patrimonio del causante, al menos, forma parte de su sucesión y va a parar a sus herederos, bien porque éstos lo reciban por ser herederos, bien por que sean herederos quienes los reciban. Por lo cual, en cuanto hay patrimonio, el *ius delationis*—derecho a la sucesión—es por lo menos, un derecho con *contenido* efectivamente patrimonial.

Prácticamente, es indudable que el concepto de heredero y el de herencia han adquirido un relieve particularmente patrimonial, incluso para los que piensan que en el Derecho moderno la adquisición patrimonial es consecuencia de la adquisición del título de heredero.

Para los mantenedores de las otras teorías es claro que el con-

(22) CICU. *Suc.*, pág. 9.

(23) Cfr. recientemente en este sentido la doctrina recogida por NATOLI, II, núm. 52. y STOLFI, GIUSEPPE, *Concetto dell'eredità* en loc. cit., IV, 166 ss.

(24) Aún hay otras posturas posibles. Así, ROCA, *El legado de parte alicuota*, en loc. cit., pág. 188, cree que en el Derecho español es heredero el que reúne los siguientes dos requisitos: 1.º, ser llamado a título universal; 2.º, que la disposición testamentaria a su favor se haga a título de herencia y no de legado.

(25) Lo anterior, aparte de que siguen en pie las dudas sobre si en casos como los de usufructo a título universal y legado de parte alicuota hay realmente herencia o legado.

cepto de heredero es fundamentalmente patrimonial, en cuanto se designa atribuyendo derecho a una cuota de patrimonio (activo + pasivo) o de activo (26), aunque luego la herencia no se componga del solo patrimonio o del solo activo.

Para éstos (27), el *ius delationis* o derecho a ser heredero es un derecho *patrimonial*.

Además, la patrimonialidad del *ius delationis* es comúnmente sostenida expresamente por la doctrina (27 bis), que no suele plantearse su conexión con el anterior problema. Y es excepcional el caso de quien sólo se limita a afirmar que tiene consecuencias patrimoniales (28).

Así que podemos concluir que el *ius delationis* es un derecho patrimonial, en cuanto potencialmente, al menos, da derecho a relaciones patrimoniales. Y ello se comprueba finalmente en textos legales concretos, como los artículos 1.001 del Código español y 524 del italiano de 1942.

##### 5. Los sujetos del «*ius delationis*».

El *ius delationis* se puede otorgar a una sola persona o a varias a la vez. En este caso, cada una es titular de un *ius* y diversos supuestos son posibles:

1.º Conferirlo a varios sobre *distintas* porciones del todo. Por ejemplo: instituyo herederos a A y a B, cada uno sólo y exclusivamente en la mitad de mi herencia.

2.º Conferirlo a varios sobre *el mismo* todo. Por ejemplo: instituyo herederos a A y a B.

A su vez, este segundo supuesto puede realizarse:

A) Aplicando la regla «*concursum partes fiunt*». De forma que el derecho de los dos al todo limite su posible participación. Y así, aceptando ambos, reciba cada uno la mitad de la herencia.

B) Sin aplicar la antedicha regla. Por ejemplo: sean mis herederos A y B, y lo sea en toda mi herencia el que antes acepte.

En el primer caso se dice que no hay derecho de acrecer. Lo hay en el segundo. Pero en éste, salvo voluntad contraria del testador (subcaso B), la ley no concede a cada llamado el poder de excluir al otro.

(26) De cualquier manera, no se olvide que unos conciben el patrimonio como el conjunto de relaciones patrimoniales, y otros piensan que se compone sólo del activo y que las relaciones pasivas *no son parte*, sino *carga* del patrimonio.

(27) Nosotros—entre éstos—seguimos a CICU, en base a C. ita. de 1942, artículo 588, y C. español, arts. 660, 667, 668, etc.

(27 bis) Así DE SEMO, pág. 254, núm. 436; RUSSO, en loc. cit., pág. 125; ZAPULLI, pág. 74; CASATTI-RUSSO, pág. 180; RUGGIERO MAROI, pág. 383; BUTERA, pág. 69; STOLFI (Nicola y Francesco), pág. 45; DUSSI, pág. 248; STOLFI (Nicola), pág. 156, núm. 308; BARASSI, pág. 78; CARIOTA FERRARA, *Il diritto al diritto*, en loc. cit., pág. 147; CICU, *Swes.*, pág. 61; COVIELLO (Leonardo), página 101; CASTÁN, pág. 164; ENNECERUS, § 72-IV; ROCA, *Estudios*, página 207; etc.

(28) Así MESSINEO, III-2.ª, § 192, núm. 1 bis, pág. 254.

## IV. NACIMIENTO DEL «IUS DELATIONIS»

Evidentemente, sólo entre dos momentos—el del nacimiento y el de la extinción—es posible la transmisión del *ius delationis*.

Cuándo tenga lugar la extinción lo veremos después. Ahora conviene aclarar ciertas dudas sobre su nacimiento.

Desde luego, no se produce antes de la apertura de la sucesión ; pero, ¿coincide siempre con ella o puede ser posterior?

Entendemos que la delación es la atribución del *ius delationis* al llamado, y que es en ese momento cuando tal *ius* nace.

Pero no hay acuerdo en la doctrina sobre cuál es el momento en que tiene lugar la delación.

Para unos se produce al abrirse la sucesión (29). Para otros, puede ser posterior, como en el Derecho romano (30).

Estos hablan de que hay eventos futuros que retrasan la delación. (Por ejemplo: la condición suspensiva puesta a la institución.) Aquellos entienden que no hay tal retraso, sino simplemente que la delación, que se produce al abrirse la sucesión, puede ser condicional o, en general, eventual.

De cualquier manera, hay acuerdo sobre un punto: que en todo caso los efectos de la delación se retrotraen al momento de la apertura, al cual hay que atender para la determinación y capacidad del, en definitiva, llamado (31).

Nosotros creemos que cuando con la sola apertura de la sucesión no se atribuye ya a un sujeto determinado el poder *actual* de adquirir la herencia, la delación a su favor se retrasa hasta que, con la realización de un evento futuro, tiene lugar tal atribución (32).

(29) Así NICOLO, pág. 69, nota 1; N. STOLFI, núm. 41; MELUCCI, pág. 88; D'AVANZO, *Suc.*, I, § 33, pág. 71; CICU, *Suc.*, pág. 26; MESSINEO, III-2.ª, § 174, pág. 38; BARBERO, pág. 824, núm. 1.033; CRUV. *Sullaist. di erede cond.*; etc.

En toda esta materia, y en lo que diremos a continuación, dejamos a salvo las especialidades del supuesto de la sustitución fideicomisaria, para el que el artículo 669 del C. ita. de 1942, dice: «La herencia se defiere al sustituto al momento de la muerte del instituido». Mientras que por el contrario el art. 784 del Código español, dispone: «El fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario...»

(30) Así, DEgni, IV, pág. 7; FILOMUSI GUELFi, pág. 21, nota 2; RADAELLI, pág. 166; NICOLA COVIELLO, pág. 141; RUGGIERO MAROI, pág. 381; BARASSI, página 30; BUTERA, pág. 8; ANDREOLI LIV, págs. 221 y ss.; (también parece opinar así PIACENTINI, en loc. cit., págs. 154 y ss.); CASTÁN, pág. 162; DE DIEGO, pág. 354; TRAVIESAS, en R. D. P., 1921, pág. 9; GARCÍA VALDECASAS, *De nuevo sobre la adquisición de la herencia*, en loc. cit., pág. 994; GITRAMA, pág. 32; ENNECERUS, § 185-I-1; KIPP, § 45, nota 1 (no se ovide la diferente construcción del Derecho alemán: adquisición *ipso iure*).

(31) El C. español, art. 758. 3.º, dice: «Si la institución o legado fuere condicional se atenderá, además, al tiempo en que se cumpla la condición».

(32) Hablamos de poder *actual* de adquirir la herencia. Lo cual excluye sólo el denominado poder condicional o eventual, pero no significa que se tenga que tener un poder de *adquirir actualmente*.

El instituido bajo condición suspensiva—según la construcción de los efectos de la condición que aceptamos—carece aún de un *ius delationis*. No creemos

Sin embargo, no es necesario entrar a dilucidar si al abrirse la sucesión hay siempre delación, aunque ésta sea eventual (así,

exacto decir que tiene un *ius delationis* condicional, sino que si se cumple la condición tendrá un *ius delationis*.

El instituido a término, lo mismo que el sustituto fideicomisario en el Derecho español (art. 784), tiene un *ius delationis* desde la muerte del causante. Pues ya tiene *poder actual* de adquirir en el futuro.

Por lo que respecta a la institución a término hay lo siguiente:

El Derecho italiano la prohíbe en las disposiciones a título universal (Cód. 1942, art. 637). Y como en la institución a título singular—legado—no surge un *ius delationis*, sino que se produce la adquisición *ipso iure*, resulta que no ha lugar cuestión alguna sobre si en la institución a término nace o no el *ius delationis* al abrirse la sucesión.

Pero en el Derecho español, por el contrario, se dispone en el art. 805, 1.º: «Será válida la designación de día o de tiempo en que haya de comenzar o cesar el efecto de la institución de heredero o del legado».

La cuestión surge para la institución de heredero, ya que también en el Derecho español el legado se adquiere *ipso iure*.

Ahora bien, la institución a término suspensivo en Derecho español—a diferencia de la condicionada suspensivamente—produce al abrirse la sucesión una delación a favor de los herederos intestados. Y la institución a término resolutorio produce, en tal momento, una delación a favor del instituido, pues el artículo 805, 2.º dice: «En ambos casos, hasta que llegue el término señalado, o cuando éste se concluya, se entenderá llamado el sucesor legítimo.»

De forma que la institución a término hace adquirir un *ius delationis* al abrirse la sucesión, bien al instituido a término resolutorio, bien al heredero intestado del testador que instituye un heredero a término suspensivo.

En cuanto al llamamiento a favor del llamado en segundo lugar, hay lo siguiente:

En puridad de principios, así como la condición suspensiva *retrasa y hace insegura* la producción de efectos de la institución, es decir, el nacimiento de los derechos que sean efectos de la misma, también el término referente al negocio habría de *retrasar* (puesto que siempre es suspensivo para uno y resolutorio para otro) los efectos que deban producirse en segundo lugar (aunque tal producción sea *segura*).

Pero el Derecho español acoge la construcción según la cual, a lo menos en los negocios obligatorios *inter vivos* e igualmente en las disposiciones patrimoniales *mortis causa*, los derechos (efectos) de los mismos, nacen con la perfección del negocio (unida al hecho de la muerte, en los *mortis causa*) y sólo queda aplazado su ejercicio (a) (Cfr. arts. 1.125 y siguientes y 799).

Por ello, el llamado en segundo lugar adquiere, asimismo, un *ius delationis*—o sea se produce también una delación para él—al abrirse la sucesión. Derecho que es transmisible a sus sucesores (art. 799) (b).

La transmisibilidad de tal derecho ha sido asimismo reiteradamente declarada por el T. S. (Sents. de 22-III-90, 4-VII-96, 9-III-99, 14-V-00, etc., y por la Dirección General (Resoluciones de 19-XII-01, 29-XI-11, etc.).

De forma que, aun para aquellos que entiendan que hasta la llegada del término sólo existe una expectativa, ésta será transmisible.

Es evidente, por último, que cuando de la voluntad del testador se deduce que el instituido debe vivir al cumplirse el plazo, la institución no es a término, sino condicional, puesto que la supervivencia constituye un acontecimiento futuro e incierto (Ad exemplum, Brunetti, «Il dies incertus», y «Modalità sospensiva», § 23).

(a) Sobre función del término, véase por todos CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, pág. 628.

(b) El artículo 799 ha sido interpretado por el T. S. como referente no a la condición, sino al *dies certus an et incertus quando*. Cfr. para doctrina y jurisprudencia CASTÁN, pág. 422, nota 2.



condicional), o si hay siempre nacimiento de un *ius delationis*, aunque de momento tenga un sujeto indeterminado. o si realmente ni la delación se produce ni el *ius delationis* surge hasta la atribución de un poder efectivo a un sujeto concreto

Este problema queda al margen de nuestro estudio sobre la transmisión del *ius delationis*, porque:

1.º Con la apertura de la sucesión, aunque no nazca el *ius delationis*, surge ya, al menos, una expectativa del mismo (o expectativa de delación), transmisible, en línea de principio, en los mismos términos que el propio *ius delationis* (33).

(33) Excepcionalmente el Código español—según la doctrina dominante (a)—, al igual que hacía el italiano de 1865—art. 853—, no admite la transmisión de la expectativa de delación en el caso de *institución condicional* (excepción que no hay que extender a cualquier otro supuesto de retraso de la delación, en el que, en sí, sea posible la transmisión de la expectativa. Por ejemplo, delación para el llamado en segundo lugar, que se produce al repudiar el llamado en primer lugar).

Que tal solución sea acertada o más o menos criticable es cosa en la que no entramos (b).

Diferentemente, el Código italiano de 1942 adopta la contraria, como se deduce de la supresión del antiguo artículo 853.

De todos modos, lo mismo en el Derecho italiano que en el español, la norma legal aplicable es de Derecho dispositivo. Ello quiere decir que el causante puede ordenar lo contrario, y que, por tanto, en definitiva, la transmisión de la expectativa depende de aquél (c) (d). Por lo cual hubiese sido mejor y más acertado decir, como el B. G. B., que en las disposiciones de última voluntad bajo condición se supondrá, en la duda, que sólo han sido queridas para el caso de que el favorecido sobreviva al cumplimiento de la condición (§ 2.074).

(a) En los Códigos italiano de 1865 y español—siguiendo precedentes romanos—, así como inter vivos, se admite como principio la transmisibilidad de la expectativa de derecho que confiere el acto *sub conditione*—Código italiano, artículo 1.170; Código español, arts. 1.112, 1.121. 1.º, 1.257, 1.º—*mortis causa* rige la regla contraria—Código italiano, art. 853; Código español, art. 759—.

Por lo que respecta al Código español, hemos de decir lo siguiente:

La intransmisibilidad *mortis causa* es afirmada por la doctrina dominante y por el T. S. (véase para todo CASTÁN, págs. 421 y 422. Posteriormente, en igual sentido, ROYO, págs. 146 y siguientes; ROCA, en KIPP, § 20-II, notas, pág. 148, y jurisprudencia allí cit.). Por unos en base a que, aunque el artículo 759 y el 799 no son realmente contradictorios, aquél excluye la transmisión. Por otros en base a que, siendo realmente contradictorios, aquél representa la buena doctrina.

Pero también se ha defendido la transmisibilidad, afirmando que los artículos 759 y 799 son contradictorios, por lo cual se neutralizan. Ahora bien; el artículo 791 dispone: «Las condiciones impuestas a los herederos y legatarios, en lo que no esté prevenido en esta sección, se regirán por las reglas establecidas para las obligaciones condicionales». Y resulta que, en definitiva, es de aplicar el principio de la transmisibilidad, ya que la laguna que produce aquella contradicción se colma con la aplicación de la regulación legal *inter vivos*, que acoge la transmisibilidad de la expectativa, pues aunque en los actos condicionales la adquisición de los derechos depende del acontecimiento que constituya la condición, esto no obta para que, habiéndose adquirido inmediatamente una expectativa y siendo ésta sólo frustrable por el incumplimiento de la condición, se transmita aunque su titular premuera al cumplimiento de dicha condición. (Así, PÉREZ Y ALGUER, en ENNECERETS tomo I, vol. II, pág. 341.)

(b) Sobre ello, cfr. especialmente BRUNETTI, *Modalità sospensiva*, págs. 11 y siguientes, en defensa del artículo 853. Pero en contra la doctrina dominante

2.º En virtud de la retroacción de la delación, en el espacio apertura-delación se producirán, en definitiva, los mismos efectos que si ésta hubiese coincidido con la apertura.

3.º El plazo de vida del *ius delationis* se cuenta a partir de ciertos momentos fijos (véase Código italiano de 1942, art. 480). Por lo cual, ni se extingue después porque se entienda que la delación se retrasa, ni se extingue antes porque se entienda que la delación coincide siempre con la apertura.

#### V. EXTINCIÓN DEL «IUS DELATIONIS»

El *ius delationis*, por su propia función, no nace para vivir indefinidamente, sino para hacer posible a su titular la adquisición de la herencia. Por ello, la forma de extinción que podemos llamar normal es por tal adquisición.

Una exposición sistemática de la materia creemos que requiere ver en primer término cuál es el tiempo máximo de su vida posible y examinar después por qué causas pueda extinguirse aun antes de que aquél transcurra.

##### 1. Plazo máximo posible legal de vida.

Hoy día las legislaciones conceden una duración temporal limitada al *ius delationis*. No sucedía así en Derecho romano, donde, en principio, no tenía término legal de vida, y el llamado podía esperar cuanto quisiera sin aceptar ni repudiar.

(v. citas en BRUNETTI, pág. 14, nota 10; y, además, NICOLÓ, págs. 66, 69, etcétera; AZZARITI Y MARTÍNEZ, pág. 64, etc.).

(c) En tal sentido expresamente la Resolución de 12-I-1944. ROCA, en KIPP, § 20, pág. 148, cree que prevalece la voluntad del testador; «pero no en el sentido que pretende la Resolución de 12-I-1944, fundándose en no ser la norma legal de Derecho coactivo, sino en el de que, sin trastrocar el diferente juego de condición y término, le acople el propio testador. un llamamiento: favor de los hijos o herederos del llamado bajo condición suspensiva que muera antes de su cumplimiento, a fin de que aquéllos ocupen en la delación el lugar que hubieran correspondido al premuerto». Opinión que nosotros creemos equivocada. Pensamos con DE CASTRO—pág. 614, nota 4—que «la heredabilidad de la titularidad del heredero instituido bajo condición suspensiva, depende de la naturaleza que haya dado el testador a la condición; si la establece como condicionante de la cualidad de heredero (capacidad), habrá de darse antes de su muerte, y no será, por tanto, heredable, si simplemente ha de depender de ella la apropiación de los derechos, será posible la herencia de la titularidad condicionada; comp. artículos 759 y 799 del C. c.».

En Derecho italiano algunos consideran el artículo 854—«la condición que, según la intención del testador, sólo suspende la ejecución de la disposición, no impide que el heredero o el legatario tengan un derecho adquirido y transmisible a sus propios herederos antes de que se cumpla la condición»—como consecuencia del carácter de *ius dispositivum* del art. 853 (cfr., *ad exemplum* BRUNETTI, *Modalità sospensiva*, § 22). De cualquier manera, sea la que sea la exégesis del artículo 854, ello no obsta para que el artículo 853 tenga carácter positivo.

(d) Salvo siempre lo referente al Derecho imperativo concerniente a la capacidad del sucesor y a los límites de la disponibilidad *mortis causa*.

Para el Derecho antejustiniano es característica la declaración del Comentario de Autún a las Instituciones de Gaio (34), donde se dice que el heredero puede adir indefinidamente, incluso después de cincuenta años (35). Incluso la prescripción trentenal de Teodosio concierne a las acciones y no afecta al derecho de adir. La única excepción establecida efectivamente por Justiniano se refiere al caso de la querela inoficiosi testamenti, intentada por el hijo desheredado, frente a la cual, en interés del desheredado, el instituido heredero se debe decidir dentro de seis meses si el legitimario y el instituido habitan en la misma provincia, y dentro de un año si habitan en provincia diversa, y en su defecto, según la opinión más atendible, el llamado se reputa aceptante (36) (37).

El Código Napoleón admitió explícitamente la prescripción de treinta años (art. 789) (38), e igualmente el Código italiano de 1865, art. 943, dispone: «La facultad de aceptar una herencia no se prescribe sino con el transcurso de treinta años».

El de 1942 dice que el derecho de aceptar la herencia se prescribe con el transcurso de diez años (art. 480, 1.º).

Bajo el de 1865 ya surgió el problema de si se trataba realmente de un término de prescripción o más bien de caducidad. Problema resuelto prevalentemente por doctrina y jurisprudencia en el primer sentido (39).

En la R. G. núm. 32 se dice: «El término fijado por el proyecto debe considerarse término de prescripción. Ello resulta evidente de la fórmula del artículo que, suprimiendo cualquier motivo de controversia, habla no ya de facultad, sino de derecho de aceptar.»

Aunque ciertamente bajo el nuevo Código la opinión dominante es que se trata de término de prescripción (40), hay quien no

(34) *Ist.*, II, 162: «eique (heredi) liberum est quocumque tempore voluerit, adire hereditatem».

(35) *Fragm. Augustodum.* II, 54.

(36) *D.* 3, 28, 36, 2.º.

(37) BONFANTE, págs. 199-200. Cfr., también especialmente, WINDSCHEID, § 598.

(38) Artículo 789: «La facultad de aceptar o de repudiar una sucesión se prescribe por el lapso de tiempo requerido para la prescripción más larga de derechos inmobiliarios». Semillero de dudas, por su redacción, el art. 789 ha sido interpretado por la jurisprudencia—dejando a un lado las opiniones de la doctrina—en el sentido de que transcurridos los treinta años el llamado queda excluido de la sucesión. (Cfr. PLANTOL, núm. 2.367).

(39) Cfr. POLACCO, II, pág. 46, nota 2; N. COVIELLO, pág. 132; L. COVIELLO, págs. 49 y 50; VENZI en PACIFICI-MAZZONI, págs. 54 y ss.; GARRA, en loc. cit., págs. 90 y ss.

(40) Así, BUTERA, pág. 71; BARASSI, pág. 97; BARBERO, pág. 885, número 1.064; D'AVANZO, *Ist.*, pág. 179; *Smc.*, I, pág. 95; RUGGIERO MAROI, página 385; MESSINEO, III, 2.ª, § 192, núm. 6 ss., págs. 255 y ss.; ANDREOLI, LIV, págs. 220 y ss.; RUSSO, en loc. cit., págs. 129 y 130; STOLFI (NICOLA y FRANCESCO), pág. 47; ZAPPULLI, en BRUNELLI y ZAPPULLI, pág. 78.

lo entiende así, como Cicu (41), que ve un supuesto de caducidad, o como Radaelli, que afirma no tratarse ni de lo uno ni de lo otro, sino de un instinto característico de la sucesión hereditaria: la *abstentio* productora de efectos jurídicos (43).

Según el art. 480: «El término transcurre desde el día de la apertura de la sucesión y, en caso de institución condicional, desde el día en el que se verifica la condición. El término no corre para los llamados ulteriores si ha habido aceptación por parte de precedentes llamados y sucesivamente su adquisición hereditaria se ha anulado.»

Por lo que al Derecho español respecta no existe ninguna disposición concreta sobre el particular. Por ello la doctrina se muestra insegura (43).

(41) *Suc.*, pág. 68.

(42) Niega que sean posibles la prescripción o la caducidad, porque cree que «lo que se extingue con el paso del tiempo no es ni un derecho subjetivo ni una acción, ni un poder, ni una facultad; sino una cualidad personal, consistente en la titularidad de una relación que tiene la naturaleza de relación fundamental, y que por consiguiente, aun siendo fuente de derechos subjetivos, no es ella misma un derecho» (pág. 186). (Recuérdese que RADAELLI cree que no hay *ius delationis* porque la herencia se adquiere *ipso iure*). «El instituto del artículo 480 es característico de la sucesión hereditaria. El error común es el de quererlo insertar en una categoría más amplia, no exclusiva de nuestra materia... Sin embargo, el fenómeno no se da aislado. Se vuelve a encontrar en otros institutos de los cuales ya hemos tratado en general: además de las renunciaciones, en aquellos todavía más semejantes previstos en los arts. 481 y 487...» (página 187).

(43) Unos, como DE BUEN—pág. 408—se limitan a afirmar que «el derecho de aceptar no tiene plazo. Durará mientras que dure el derecho hereditario y no prescriba la acción para hacerlo efectivo». Otros, como DE DIEGO—pág. 347—creen que se extingue por la prescripción de treinta años. Otros, como ROYO—página 275—entienden que se extingue por prescripción a los quince años a partir de la delación, a tenor del art. 1.964. Sin embargo, el propio ROYO—en página 59—indica que más bien se trata de un término de caducidad.

El art. 1.016 dice: «Fuera de los casos a que se refieren los dos anteriores artículos, si no se hubiere presentado ninguna demanda contra el heredero, podrá éste aceptar a beneficio de inventario, o con el derecho de deliberar, mientras no prescriba la acción para reclamar la herencia.»

Acción que, a tenor del art. 1.964, prescribe a los quince años, por ser personal (T. S., 20 de junio de 1928).

La doctrina cree posible la aplicación de la regla del art. 1.016, despojada de sus especialidades en cuanto a la aceptación a beneficio de inventario, a la aceptación en general (ROYO, pág. 275; CASTÁN, pág. 174). Tal regla se formularía así: «Fuera de los casos a que se refieren los arts. 1.014 y 1.015, si no se hubiere presentado ninguna demanda contra el heredero (llamado) podrá éste aceptar mientras no prescriba la acción para reclamar la herencia.»

Nosotros hemos de advertir lo siguiente:

1.º Que la acción para reclamar la herencia compete al que ya es heredero, o sea al que ya aceptó o adquirió *ex lege*. Luego no es posible hablar de que se puede aceptar mientras que dure tal acción, que implica la previa aceptación o adquisición *ex lege*.

2.º Que el art. 1.016 se refiere realmente al supuesto de petición del beneficio de inventario, aún después de ser heredero puro y simple. Lo cual sólo quiere decir que tal heredero aún puede limitar su responsabilidad al activo hereditario, convirtiéndose en heredero a beneficio de inventario. Ello porque

Nosotros pensamos que disponiendo el art. 1.930, 2.º, que se extinguen por prescripción los derechos y acciones de cualquier clase que sean, y no marcando la ley plazo especial para el *ius delationis*, se extingue por el de quince años (art. 1.964), que deberán contarse desde la apertura, en el caso de que el llamado pueda aceptar inmediatamente, o desde el momento en que—según el art. 991—pueda hacerlo (cumplimiento de la condición, si la institución era bajo condición suspensiva: declaración de nulidad del testamento en el que se instituía a otro heredero que aceptó, etcétera).

Realmente, la prescripción debe correr también contra los que serían llamados en defecto del que lo sea, cuando aquéllos, mediante la *interrogatio in inre*, pueden provocar su propio llamamiento (en el caso de que el interrogado no se convierta en heredero). Ello porque si es cierto que a tenor del art. 1.969 el tiempo debe contarse a partir de que se adquiriera el derecho a aceptar, no lo es menos que el llamado en suborden puede provocar su adquisición de tal derecho.

A lo más, en el caso del llamado en suborden, los quince años se contarán dejando transcurrir antes de ellos—y a partir desde la apertura o desde el cumplimiento de la condición, etc.—los plazos de los arts. 1.004 y 1.005.

el beneficio de inventario es simplemente un medio de limitar la responsabilidad, y perfectamente independiente de la aceptación, aunque, claro, sólo puede darse cuando haya aceptación—o, en general, adquisición—, pues sino no puede haber responsabilidad, y es, por tanto, innecesario limitarla. Pero puede pedirse a la vez que se acepta o después de aceptar. Y este es el supuesto del art. 1.016. Y que en nuestro Derecho se puede pedir el beneficio de inventario después de haber aceptado—o de cualquier manera, de ser heredero—es indudable que se sigue, más claramente que de cualquier otro artículo, de la lectura del 1.015.

3.º Que la alusión del art. 1.016 a la aceptación con el derecho de deliberar no puede ser sino un lapsus del legislador, dado que el derecho de deliberar es algo anterior a la aceptación (art. 1.010, 2.º).

El tiempo hábil para ejercer el *ius delationis*, o tiempo de vida de éste, no puede buscarse en el art. 1.016, ni entenderse que es precisamente el mismo tiempo que dura la acción para reclamar la herencia, porque, como decimos, esta acción nace—si el llamado no posee la herencia—con la aceptación o adquisición *ex lege* de la misma.

Lo que sí se podrá decir es que el *ius delationis* se extingue por la prescripción de quince años, y que la acción para reclamar la herencia se extingue también por la prescripción de otros quince años, a partir de la aceptación o adquisición *ex lege*.

De todas maneras, lo referente a la naturaleza y plazo de vida de la *hereditatis petitio*, así como así es no prescriptible, son cuestiones en las que no entramos. Baste advertir que, frente a quienes afirman su prescriptibilidad, hay un importante sector doctrinal que la niega (Cfr. principalmente N. COVIELLO, páginas 311 y ss.; POLACCO, II, págs. 250 y ss.; D'AVANZO, *Suc.*, pág. 169, con abundante doctrina en pro y en contra, y sosteniendo, frente a la opinión común, que la *hereditatis petitio* es imprescriptible. Asimismo GUERRERA, *Imprescrittibilità dell'Azione di petizione d'eredita*, en loc. cit., 101; CICU, *Suc.*, págs. 86 y siguientes.

## 2. Extinción antes de transcurrir ese plazo.

Pero ese plazo que acabamos de ver es, como decimos, sólo un máximo posible. Antes de que transcurra por completo, el *ius delationis* se puede extinguir por otras causas. Son éstas:

A) Fijación de un más corto plazo de caducidad.

a) Fijación por ley.

En determinados supuestos la ley fija un plazo más corto de caducidad. Así, el art. 487, 3.º, del Código italiano de 1942 dispone: «Cuando se ha hecho inventario no precedido de declaración de aceptación, ésta debe ser hecha en los cuarenta días siguientes a la realización del inventario; en su defecto, el llamado pierde el derecho de aceptar la herencia.»

b) Fijación por el juez. La «*interpellatio in iure*».

La *interpellatio in iure*, acogida por el Derecho romano, la admiten el Código italiano de 1942 y el español.

Es el seguro remedio que la ley pone en manos de cualquier interesado (entre éstos particularmente, quienes serán llamados en defecto del llamado actual) para evitar perjuicios que se puedan irrogar con el prolongarse durante largo tiempo la incertidumbre sobre la sucesión.

El Código italiano, art. 481, dispone: «Cualquiera que tenga interés puede pedir que la autoridad judicial fije un término dentro del cual el llamado declare si acepta o renuncia la herencia. Transcurrido este término sin que haya hecho la declaración, el llamado pierde el derecho de aceptar.»

El Código español, art. 1.005, ordena: «Instando en juicio un tercer interesado para que el heredero acepte o repudie, deberá el juez señalar a éste un término, que no pase de treinta días, para que haga su declaración; apercibido de que, si no lo hace, se tendrá la herencia por aceptada.»

Del primero se sigue que el transcurso del término sin aceptar ni repudiar extingue el *ius delationis* sin que adquiera la herencia el titular del mismo. Del segundo se infiere lo contrario, es decir, que se extingue porque la adquiere si llega al fin del término observando una conducta pasiva. Lo cual es realmente un caso de extinción por adquisición *ex lege*, supuesto del apartado siguiente.

B) Extinción por adquisición de la herencia.

La normal forma de extinción del *ius delationis* es por tal adquisición, bien por aceptación o bien *ex lege*. (Código italiano de 1942, arts. 459 y 470 y sigts.; Código español, art. 988 y sigts.)

### C) Extinción por renuncia.

En algunos Derechos, como el español, se extingue el *ius delationis* asimismo por la renuncia—artículos 766 y 988 y siguientes, en particular 997 (4)—. Mas no así en Derecho italiano. En éste subsiste después de la renuncia (artículos 519 y siguientes).

Dice el art. 525: «Hasta que el derecho de aceptar la herencia no ha prescrito contra los llamados que han renunciado, éstos pueden siempre aceptarla, si no ha sido ya adquirida por otro llamado, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros sobre los bienes de la herencia.»

De él se sigue que, a pesar de la renuncia, el *ius delationis* vive hasta que prescribe o hasta que adquieren la herencia otros llamados o transmisarios de éstos.

De forma que el efecto de la renuncia es sólo producir otra delación a favor de quienes tendrían derecho a suceder en defecto del primer llamado o de sus transmisarios. Los cuales adquieren otro *ius delationis*. Conviviendo ambos, *iura delationis* la adquisición se produce a favor de quien acepte, o realice el acto productor de la adquisición *ex lege*, con anterioridad. Y en tal momento se extinguen los dos *iura delationis* (45).

Finalmente, hay casos de extinción del *ius delationis* sin renuncia. Por ejemplo, art. 756, séptimo del C. c. español (a pesar de la dición del art. 758), es un caso seguro; y C. italiano de 1942, art. 463, núms. 5 y 6.

### 3. Autonomía de voluntad del causante en la vida del «*ius delationis*».

Por último, dentro de los límites legales, el causante puede, asimismo, poner otros límites al *ius delationis*.

Pero, ¿cuál es el ámbito de autonomía de su voluntad?

#### A) Condición resolutoria.

Puede someterlo a condición resolutoria. Así, si dispone: Instituyo heredero a Cayo, pero pierda el derecho a mi herencia si Ticio va Asia antes de que la acepte.

Se trata, pues, de que se extinga el *ius delationis* si se cumple la condición.

Es preciso no confundir ello con otra posible figura: la institución bajo condición resolutoria. En este caso, aunque ya se

(44) Produciéndose una nueva delación a favor de quien corresponda.

(45) Normalmente una nueva delación sólo se produce por la extinción del *ius delationis* anterior, pero al igual que el caso visto de la renuncia en el Código italiano, es posible, en otros, que la nueva delación tenga lugar sin que se haya extinguido el anterior *ius delationis*. Por ejemplo: «Instituyo heredero a Ticio, pero si dentro de dos años no han aceptado mi herencia él o sus sucesores, entiéndase también llamado a Merio, y sea heredero el que antes acepte».

sea heredero, se deja de serlo si la condición se cumple. En aquél sólo se extingue el derecho a la herencia si la condición se cumple antes de llegar a ser heredero.

La condición suspensiva, afectando al nacimiento del *ius delationis*, no es posible que entre en juego en vida de éste. Y menos aún para los que crean que nace antes de que la condición se cumpla.

#### B) *Término final.*

Puede el testador fijar un término al *ius delationis* (46), el cual, como acabamos de decir respecto de la condición, es un supuesto diferente de la institución a término final.

Por ejemplo: Instituyo heredero a Cayo, pero extingase su *ius delationis* el día X. O bien: Instituyo heredero a Cayo, pero extingase su *ius delationis* dentro de X días.

En ambos supuestos dura el *ius delationis* hasta que el término venza. Y es transmisible. De manera que, muriendo el llamado, lo adquieren sus herederos que pueden ejercitarlo en el plazo de vida que le reste.

#### C) *Intransmisibilización.*

Puede el testador hacer personalísimo el *ius delationis*, es decir, intransmisible, de forma que sólo pueda adquirir la herencia—en base a ese *ius delationis*—el llamado (su primer y único titular), y si muere antes de la adquisición se extinga dicho *ius delationis* (47) y se produzca una nueva delación o bien opere

(46) Por lo que respecta al término inicial no sería caso distinto del de la institución a término inicial.

(47) La licitud de una tal disposición es inductable—(así expresamente POLACCO, II, págs. 61 y 62)—. El carácter imperativo de los arts. 939 del Código italiano de 1865, 479, 1.º, del de 1942, y 1.006 del español, que disponen la transmisibilidad, lo es sólo al respecto del transmitente. Las razones de sustraer a éste—en los términos que después veremos—la disponibilidad del *ius delationis*, es evidente que no reza con el primer causante que—al menos a este respecto—puede regular su sucesión como le plazca. (Decimos *carácter imperativo* de los antedichos artículos y quizá se piense que en ellos no se impone al transmitente la transmisión del *ius delationis*. Ciertamente, en cuanto que le basta aceptar o repudiar la herencia para que tal *ius* se extinga y no haya transmisión. Sin embargo, nosotros, al hablar de *imperatividad* queremos aludir a que, cuando falta la aceptación o la repudiación, el *ius delationis* se transmite *necesariamente* sin que pueda impedirlo el transmitente, que sólo puede *encausar* esta transmisión, dentro de ciertos límites: los de su poder de disponer *mortis causa*. Por otro lado, como en Derecho italiano la renuncia no extingue el *ius delationis* también se transmite *a pesar* de la renuncia del transmitente. Mientras que respecto del primer causante, el *ius delationis* a su herencia no se transmite *contra su voluntad*, pues es muy dueño de disponer que se extinga si muere el llamado sin aceptar ni repudiar, o habiendo repudiado).

Ni siquiera se puede hablar de que la intransmisibilidad del *ius delationis*, dispuesta por el testador, choque con el principio de libertad de aceptación y de repudiación (el Código español dedica un artículo, el 988, a decir expresa-



el acrecimiento (48), si el llamamiento fué conjunto para varias personas.

Si sólo es personalísimo, dura la vida del llamado, pero toda ella. Pero tal carácter se puede combinar, asimismo, con el sometimiento a condición resolutoria o fijación de un plazo final. De forma que si es personalísimo y, además, bajo condición o plazo, sólo existirá mientras viva el llamado y no se haya cumplido la condición o transcurrido el plazo. Muerto aquél, se extingue. Pero también se extingue, aunque aquél sobreviva al cumplimiento de la condición o llegada del plazo.

Es, pues, distinto hacerlo intransmisible—personalísimo—que limitarlo en el tiempo (claro que realmente en aquel caso se limita a la vida del llamado). Pero pueden hacerse las dos cosas a la vez.

---

mente que «la aceptación y repudiación de la herencia son actos enteramente voluntarios y libres»). Ese principio supone sólo la libertad de realizar una u otra (aceptación o repudiación). Lo cual es libertad no del acto de elegir, sino libertad de escoger el miembro sobre el que recaerá la elección. Pero no ya esta libertad, sino también aquélla existe en el caso que estudiamos. Lo único que sucederá es que si, en uso de ellas, no se usa del *ius delationis*—es decir, no se elige—el *ius* se extingue.

Patente la posibilidad de hacer personalísimo el *ius delationis*, hay que advertir que Códigos como el austriaco—§ 809—presumen tal la voluntad del testador en el caso de que éste nombre un sustituto vulgar. De forma que muerto el instituido sin aceptar ni repudiar, se extingue su *ius delationis*, en vez de transmitirse a sus sucesores, y se llama al sustituto. Por el contrario, tanto en el Derecho italiano como en el español, creemos que hay que partir de la postura opuesta. La sustitución vulgar no implica ni hace presumir que el *ius delationis* del instituido sea personalísimo. Por tauto, si muere sin aceptar ni repudiar, lo transmite a sus sucesores (en tal sentido deben entenderse los arts. 688 del Código italiano de 1942 y 774 del español). Rige, pues, el principio—acogido del Derecho romano—de que la transmisión precede a la sustitución. Ahora bien, como el testador puede hacer personalísimo el *ius delationis*, aunque ello no se presume porque nombre un sustituto, es claro que cuando lo haga y el llamado muera sin aceptar o repudiar, se llamará al sustituto. No porque triunfe la sustitución sobre un *ius delationis* que siendo transmisible no se transmite, sino porque falta un *ius delationis* transmisible.

De cualquier manera, la doctrina advierte que prevalece el *ius transmissionis* sobre la sustitución, salvo contraria voluntad del testador. (Así D'AVANZO, Suc., I, pág. 103; N. COVIELLO, pág. 140, nota 3; WINDSCHEID, § 557, pág. 184, nota 7; DERNBURG, § 88, pág. 323; CUTURI, pág. 208, nota 2; HOFMANN, página 140; SOHM, § 100-II-nota; POLACCO, II, pág. 60; LOSANA, núm. 143, página 97; BUTERA, pág. 71. Ya el Derecho común hacía cuestión al propósito—*ad exemplum*, VOET, lib. XXVIII, tit. VI, núm. 4—) E igualmente el § 809 del Código austriaco sólo establece una presunción de voluntad (Cf. UNGER, § 36, nota 18).

(48) Igualmente, la transmisión precede al acrecimiento (Código español, artículos 981 y ss.; Código italiano de 1942, arts. 674 y ss.). Salvo que, a tenor de lo dicho en el texto, aparezca ser voluntad del testador que la no adquisición de la herencia por uno de los llamados extinga su *ius delationis*.

D) *Otros supuestos.*

Es imposible examinar singularmente todas las peculiaridades con las que, en su campo de autonomía, puede la voluntad del causante matizar el *ius delationis*.

La admisibilidad de muchas quizá fuera más o menos discutible. Por otro lado, también pueden surgir dudas en cuanto a la configuración jurídica de las singulares disposiciones del causante. Es decir, ¿se tratará de condiciones, o de carga de la institución, o de características del *ius delationis* aparte de aquéllas, o de reflejos necesarios en la estructura de ese *ius*, consecuencia de las peculiaridades de la institución?

Ejemplos: Instituyo heredero a Cayo. Y a tal institución se pueden añadir infinidad de exigencias. Ha de aceptar en Roma, o por escrito, o el día X, o en jueves... Y de todas ellas y otras muchas pensables, exigir sólo una determinada o varias alternativa o conjuntamente, etc.

E) *Límites de la autonomía de voluntad.*

En vista de la imposibilidad aludida de estudiar las singulares disposiciones posibles del testador sobre el *ius delationis*, sólo diremos los límites que tiene la autonomía de su voluntad. Tales límites son:

1.º El plazo máximo de vida del *ius delationis*.

De forma que podrá el testador reducir aquélla dentro de él, pero no alargarla de cualquier modo (Así: Instituyo heredero a Ticio, que podrá aceptar dentro de cien años a partir de mi muerte. O bien: «Instituyo heredero a Ticio, que podrá aceptar durante la vida de Mevio.» En ambos casos el *ius delationis* se extingue por el plazo de prescripción que marca la Ley, aunque en el segundo, sobreviva Mevio a tal plazo. Si este muere antes de que el mismo transcurra, también se extingue a su muerte el *ius delationis*).

2.º Las normas referentes a la *interpellatio in iure* (Código italiano 1942 (art. 481; Código español, art. 1.005). Así que el que de no ser interpellado *in iure* podría aceptar en el tiempo máximo que le concede la Ley o, dentro de sus límites, el causante, cuando un interesado pida que se le fije un término para que acepte o repudie, habrá de hacerlo dentro de él.

3.º Asimismo, el testador puede disponer formas de extinción no contenidas en la Ley, pero no puede disponer que el *ius delationis* sobreviva a los supuestos de extinción que la Ley ordena.

Y también puede disponer que se extinga sin adquirir la herencia el llamado, en supuestos (salvo el de aceptación), en los que la Ley prevé su extinción por adquisición de aquélla. Pero no puede disponer que se extinga por adquisición de la heren-

cia por el llamado, en supuestos en los que la Ley prevé su extinción sin tal adquisición. (Así, no puede ordenar que en el caso del artículo 481 del Código italiano de 1942, el silencio del llamado implique adquisición de la herencia. Esto sólo tendrá lugar cuando así lo regule la Ley como en el caso del artículo 1.005 del Código español).

4.º Por último, el testador, aunque puede disponer la no transmisibilidad del *ius delationis* en los casos en los que la Ley la permite, no puede disponer su transmisibilidad para los casos en los que no la admite la Ley.

Ello, porque la construcción de tal transmisión, parte de la base de la existencia del derecho, y se organiza de determinada forma institucional, que no se impone a la voluntad del testador en el sentido de ser *ius cogens*, sino en el sentido de que lo que no se adapta a ella, es otra categoría jurídica.

Por eso el testador puede evitar una transmisión haciendo que el *ius delationis* se extinga en un supuesto concreto en el que a tenor de la Ley podría vivir y transmitirse. Pero no puede provocar una transmisión donde la Ley no la admite (49). En este caso se extingue el *ius delationis* y se producirá una nueva delación, la cual originará otro *ius delationis*. El testador puede hacer que esta otra delación se dé a favor de una persona distinta de la que determina la Ley (sustituto en vez de heredero intestado). Pero el que la sucesión del nuevo llamado se base en otra delación, y no en haber sucedido en el primer *ius delationis*, tiene importantes consecuencias. (Así no hace falta el nuevo llamado capacidad para suceder al primer llamado, que si no hubiese habido nueva delación le habría transmitido su *ius delationis*).

## CAPITULO SEGUNDO

### LA TRANSMISION DEL «IUS DELATIONIS»

Sabiendo lo que es el *ius delationis*, las peculiaridades que le imprime su fin, y cuándo nace y cuándo se extingue (50), estamos en condiciones de examinar su transmisión.

(49) No es éste el caso de que, a pesar del art. 759 del Código español, disponga el testador que se transmita la expectativa de *ius delationis* a los herederos del llamado que premuera al cumplimiento de la condición. Y no se aplica aquí lo que decimos en el texto, porque la condición depende de la voluntad del testador y puede éste asignarle diversos papeles, lo mismo que podría no haberla puesto y hubiese sido transmisible, sin duda, el *ius delationis*. (Cfr. la cita de DE CASTRO, en nota 33 c).

(50) Conviene hacer hincapié en que como en el Derecho italiano, a diferencia del español, la renuncia no extingue, *per sé*, el *ius delationis*, en aquel Derecho se puede éste transmitir aún después de la renuncia, siempre que el renunciante pueda aún adquirir la herencia, y concurren los requisitos necesarios para la transmisión (en especial Cfr.: AZZARITE y MARTÍNEZ, pág. 64; BRUNELLI-ZAPPALÀ, pág. 76; D'AVANZO, *Swc.*, I, pág. 103).

## I. DERECHO ROMANO (51)

1. *Intransmisibilidad.*

El *ius delationis* es inalienable inter vivos e intransmisible *mortis causa*.

El heredero puede lo mismo a título gratuito que oneroso enajenar a un tercero el patrimonio hereditario, pero el llamado no puede transmitir a otro el derecho de adquirir la herencia, es decir, el derecho al título de heredero.

La inalienabilidad inter vivos es un principio seguro, aunque no esté formulado expresamente en ningún texto, en cuanto es coherente con el ordenamiento de la *successio* (52). Esta es, en efecto, una forma excepcional de traspaso de relaciones jurídicas, la cual no se verifica nada más que en algunas hipótesis, y no es lícito a las partes producirla cuando quieran, lo cual sucedería si fuese lícita la enajenación no de la herencia, como masa de bienes (que es lícitísima), sino del *ius delationis*, en la manera simple y con los efectos característicos de la *successio*, fuera de los casos expresados por la Ley.

Por el contrario, la intrasmisibilidad a los herederos la encontramos expresada en algunos textos (53), pero quizá porque precisamente—como dice Bonfante—el principio no es ni tan lógico desde el punto de vista patrimonial ni tan sólido.

Desde el punto de vista lógico meramente patrimonial podría parecer que nada se opone a la transmisión a los herederos del derecho de adquirir la herencia. Es de creer que la cosa tiene su explicación en el carácter primitivo de la herencia. No se era llamado a adquirir, sino a suceder en una potestad, y es verdaderamente incongruente que el derecho o la designación a una potestad, puedan transferirse a otros distintos del llamado, independientemente del orden de sucesión establecido por la ley o de la voluntad de quien ha conferido el poder. Pero reducida la herencia a un instituto meramente patrimonial—continúa diciendo Bonfante—, puesto que en las relaciones patrimoniales del difunto suceden sus herederos, el principio podría ha-

(51) Sobre él cfr. particularmente BONFANTE, cap. X; BIONDI, cap. VII; SOLAZZI, cap. VI; FADDA, § 361 ss.; WINDSCHEID, §§ 600 y 601; KÖRPER, § § 17 y 23 y ss.; BRINZ, § 389; DERNBURG, § 165 y ss.

(52) BONFANTE, pág. 240; SOLAZZI, pág. 251.

(53) C. 6,30, 7; C. 6,51, 1,5. Dice el primero (Consultatio VI, 19, Diocleciano): «manifestum atque evidens est antequam pro herede gereret vñ bonorum possessionem admitterit, defunctam successionem eam non potuisse ad heredes suos transmittere». Y el segundo (Justiniano, año 534): «Hereditatem... nisi fuerit adita, transmitti nec veteres concedebant nec nos patimur».

ber desaparecido. Pero no es tan veloz ni el procedimiento de la Naturaleza ni el de la Historia, cuando sigue su curso natural (54).

## 2. *La in iure cessio hereditatis.*

Inter vivos, el principio de la inalienabilidad, del *ius delationis*, encuentra una excepción en el Derecho clásico, bastante misteriosa y oscura (55), en la *iure cessio hereditatis* (56).

El heredero legítimo, en sentido estricto, es decir, el agnado próximo, tenía la facultad de transmitir la herencia a otros antes de la aceptación, con el efecto de que el transmisario se convertía en heredero. Lo que quiere decir, como advierte Bonfante (57), que el cedente transmitía el *ius delationis* y, por tanto, la *successio* se operaba en cabeza del cesionario.

Sin embargo, no hay acuerdo en la doctrina sobre cuál es exactamente el mecanismo de la transmisión.

Unos creen que el cesionario se convertía en heredero sin más, es decir, sin necesidad de aceptar. La cesión le dispensaba de la adición. Efecto exagerado que, a tenor del Derecho clásico, es inexplicable—dice Solazzi (58)—, pues el cedente que no ha adido, y no es heredero, debería transmitir sólo el *ius adeundæ hereditatis*.

Otros afirman que adquiere sólo el *ius delationis*, pero que sería siempre precisa la aceptación para convertirse en heredero.

Hay, incluso, quien sostiene que objeto de la *in iure cessio* no es el *ius delationis—hereditas delata—*, sino la *hereditas ad-*

(54) BONFANTE, págs. 240-241; SOLAZZI, pág. 251 y 271.

La intransmisibilidad lo mismo *inter vivos* que *mortis causa* del *ius delationis* se funda, por otros, en el carácter personal lo mismo de la delación que de la aceptación: «El carácter personal de la aceptación exige que ésta sea hecha por el llamado. La consecuencia lógica es, de un lado, que aquél al que fué deferida la herencia no puede transferir a otro por ningún título el derecho de aceptar, y de otro que no es posible la aceptación cuando el llamado muere.» (FADDA, § 361, pág. 106). «La delación de la herencia tiene carácter estrictamente personal; ella atribuye al llamado no la herencia, sino la facultad de adquirirla mediante un acto libre y voluntario, que es precisamente la aceptación. Ahora bien, este acto adquisitivo puede ser realizado solamente por el llamado y tiene carácter personal, como personal es la llamada misma. Del carácter personal de la llamada deriva que sea intransmisibile, es decir, ni puede enajenarse ni puede transmitirse por sucesión hereditaria. Todo ello no se enlaza, como piensa BONFANTE, con el carácter extrapatrimonial de la herencia, sino más bien con la necesidad de la aceptación y la concepción absolutamente personal que se tenía de tal acto». (BRONDI, pág. 78.)

(55) BRONDI, pág. 79 De «figura singularísima, extraña y enigmática la califican los intérpretes». (SOLAZZI, pág. 252.)

(56) GATO, Inst. II, 34-37; II, 85-87; ULPIANO, Reg. XIX, 11-15; y un pasaje del Digesto (44. 4. 4, 28), donde ha sido suprimido *in iure* antes de *cesserit*.

(57) Pág. 241.

(58) Pág. 252.

quisita, porque al ceder la herencia, implícitamente, la acepta el cedente (59).

Nosotros nos limitamos a indicar, sin entrar más a fondo en la cuestión, cómo la *in iure cessio hereditatis* se ha concebido como una excepción a la inalienabilidad del *ius delationis* (60).

### 3. Otras excepciones al principio de intransmisibilidad.

El principio de intransmisibilidad *mortis causa* del *ius delationis* fué paulatinamente haciéndose tan pródigo en excepciones que, prácticamente, quedó reducido a ser una regla inoperante en la realidad, falta de valor sustancial. Como principio, se afirma, sin embargo, hasta por el propio Justiniano (61). Pero lo efectivo es que la paulatina patrimonialización del concepto de heredero, si no ha conseguido borrar definitivamente la tesis de la intransmisibilidad *mortis causa*, la ha ido limitando con las llamadas

(59) Ver citas abundantes de la doctrina para cada postura en FADDA, § 363, notas.

(60) Discutido es no sólo el verdadero contenido de la *in iure cessio hereditatis*, sino su explicación, su duración a través de la evolución del Derecho romano, etc.

Las hipótesis van desde una construcción del fenómeno de tal forma que la *iure cessio hereditatis* «no puede considerarse formalmente como excepción a la regla de la inalienabilidad, sino, más bien, como caso autónomo de sucesión universal» (BIONDI, pág. 81), hasta afirmar que la *in iure cessio hereditatis* «va contra las reglas más seguras, porque vive en un régimen diverso de aquel para el que fué creada». (SOLAZZI, pág. 252. El cual cree que nació como una *in iure cessio familiae*, encaminada, pues, no a transmitir ni la herencia ni el *ius delationis*, sino el *ius familiae habendae*, perteneciente al agnado. Sobre la explicación de SOLAZZI, véase págs. 67 y ss. y 252 y ss.).

La doctrina dominante entiende que la *in iure cessio hereditatis* surgió como expediente para remediar inconvenientes de la antigua sucesión legítima, es decir, la falta de la *successio graduum*.

Mediante la *in iure cessio* realizada por el agnado próximo (que pretendía renunciar a la herencia) al siguiente que estuviere dispuesto a asumir las cargas hereditarias se evitaban efectivamente inconvenientes procedentes de la antedicha falta. (Cfr. KARLOWA, § 82, pág. 884; FADDA, § 367; BONFANTE, pág. 242; BRINZ, § 389, pág. 157; AVENARIUS, § 5 ss., págs. 7 y ss.; CZYHLARZ, § 137 A, página 400; PERNICE, págs. 338 y ss.).

Sin embargo, la explicación de la doctrina dominante, aunque realmente aclara puntos, como el de la limitación de la *in iure cessio* al agnado próximo, no pasa de ser una mera conjetura (FADDA, § 367), pero siempre queda la duda de por qué se ha utilizado un expediente tan repugnante a los principios de la delación hereditaria (BIONDI, pág. 80).

Respecto a la duración, la doctrina dominante afirma que la *in iure cessio hereditatis* desapareció con la forma civil—*in iure cessio*—mediante la cual se operaba, y, desde luego, no subsiste en el Derecho justinianeo (Cfr. PEROZZI, página 490; DERNBURG, § 167, págs. 623 y 624; BONFANTE, pág. 243; FADDA, § 368; KÖPPEN, § 17, págs. 143 y ss.; BRINZ, § 389, pág. 157; AVENARIUS, páginas 16 y ss.).

Sin embargo, no falta quien disienta de tal punto de vista (Cfr. SOLAZZI, páginas 268 y ss., con doctrina y argumentos; WINDSCHEID, § 602, nota 4, y allí citas).

(61) C. 6, 30, 7; C. 6, 51, 1, 5. Constitución, esta última, posterior a la del año 529 (C. 6, 30, 19, 1), que establece la más amplia excepción al principio.

*transmissiones*, que terminaron por ser tan numerosas y generales que, verdaderamente, no es exagerada la afirmación de que, más que la excepción, constituyen la regla.

Como advierte Biondi (62), se puede decir que en el *Corpus iuris*, los casos en los que no puede aplicarse la transmisión son excepcionales. Y Windscheid (63), aunque repitiendo que la regla general es la intransmisibilidad, confiesa que es tan amplia la excepción introducida por Justiniano en C. 6, 30, 19, que sustancialmente «contiene en el fondo una derogación de la regla indicada, con el sólo tope de una limitación de tiempo».

Las fuentes hablan de *transmissio hereditatis*, y por ella se entiende la transmisión del *ius adeundi*, o *ius delationis*; es decir, de la herencia deferida y aun no aceptada.

Por no ser el estudio del Derecho romano tema central de nuestro trabajo, y referirnos a él solamente para dar una visión rápida del desarrollo histórico del problema, nos limitamos, a continuación, a indicar las transmisiones que suele enseñar la doctrina (64), advirtiendo, sin embargo, que alguna de ellas no es, ni mucho menos, aceptado unánimemente, que constituya verdadera excepción al principio de la intransmisibilidad, sino que es susceptible de otras explicaciones (65):

1.º *Transmissio ex capite in integrum restitutionis* (66).

2.º *Transmissio theodosiana, o ex iure sanguinis* (67).

3.º *Transmissio ex capite infantiae* (68).

4.º *Transmissio ex iure patrio* (distinta de la *transmissio ex capite infantiae*, también llamada, por algunos, *ex iure patrio* (69)).

5.º Y, finalmente, la *transmissio ex iure deliberandi* o justiniana, de C. 6, 38, 19, 1 (año 529). En tal lugar se establece que si el llamado por testamento o *ab intestato* a una herencia, muere sin haberla aceptado o repudiado, transmite el *ius delationis* a sus propios herederos: «ut ex hac causa deliberare videatur... praedictum arbitrium in successionem suam transmittat ita tamen, ut unius anni spatii eadem transmissio fuerit conclusa» (70).

Transmisión justiniana que es la más amplia acogida, en el

(62) Pág. 82.

(63) § 600, pág. 613.

(64) Como claro caso en el que no hay *transmissio*, excluimos la llamada *transmissio ex iure suitatis*.

(65) Así, la llamada *transmissio ex capite in integrum restitutionis ex persona defuncti*.

(66) D. 4, 4, 24, 2; C. 2, 50, 1; D. 29, 5, 3, 30; D. 37, 4, 4, 3; D. 37, 4, 5; etc.

(67) Introducida por TEODOSIO II, en el año 450—C. 6, 52, 1—.

(68) Introducida en el año 426—C. 6, 30, 18, 1 y 3.

(69) Introducida por JUSTINIANO (C. 6, 61, 8, 1.)

(70) Para un estudio, que aquí sería impropio, de las antedichas transmisiones, de las fuentes referentes a las mismas, de sus posibles interpretaciones, y de las desviaciones a la verdadera transmisión del *ius delationis*, véanse principalmente las obras indicadas en la nota a la rúbrica «Derecho romano», y la bibliografía en ellas citada.

Derecho romano, del criterio que en el Derecho moderno se convertirá en principio general.

#### 4. *La adquisición de la herencia «ipso iure».*

En lógica conexión con la realidad de las cosas, no era posible en el Derecho romano ni la *in iure cessio* ni la *transmissio* del *ius delationis*, cuando éste faltaba, como ocurría en el caso de los herederos necesarios (*necessarii* y *sui vel necessarii*). Adquiriendo éstos, *ipso iure*, la herencia, y no un mero *ius delationis*, podrían transmitir el conjunto global de los derechos hereditarios, o parte o alguno de ellos; pero no el *ius delationis* (71).

La moderna doctrina romanística suele destacar, expresamente, lo anterior, principalmente por el hecho de que los viejos autores hablaban de una *transmissio*—la *ex iure suitatis*—, que no era tal *transmissio* (se trataba de un supuesto de transmisión de la herencia, del *heres suus* del primer causante, al *heres suus* del transmitente, o segundo causante). Como dice Bonfante (72): «Esta transmisión y el modo de designarla, son una pura invención de los comentaristas... la herencia pasa del *suus* a su hijo por que tal herencia no estaba deferida, sino adquirida, «etiam invito vel ignorante» (73).

(71) La cosa se comprende porque con la llamada los herederos necesarios se convertían en herederos y eran colocados en la situación del que ya hubiese aceptado la herencia: no había, pues, un período anterior a la adición, en el cual pudiesen ceder *in iure* o *transmittere la hereditatis delata*.

(72) Pág. 244.

(73) Cfr. *ad exemplum*, BIONDI, págs. 80 y 84; FADDA, § 370 y 371; DERNBURG pág. 623; WINDSCHEID, § 600, nota 2; SOLAZZI, pág. 272, etc.

Ahora bien, la causa de que la doctrina romanística haya hablado de que en tal caso hay una *transmissio*, es la siguiente:

Contra los efectos de la *successio necessaria* (alta e injustamente perjudiciales para el heredero, cuando se tratase de una *hereditas* cargada de pasivo o, de cualquier modo, con cargas superiores al activo) aparecieron dos remedios: el *beneficium abstinendi* a favor de los *heredes sui et necessarii* y el *beneficium separationis* a favor del *heres necessarius*.

Nos basta fijarnos en el primero: El pretor concedió al *filiusfamilias* la posibilidad de no responder del pasivo de la herencia a cambio de que éste no se mezclase en la sucesión y abandonase el patrimonio hereditario a los acreedores. Sin embargo, para el Derecho civil, el *filiusfamilias* sigue siendo un *heres*. Sólo *iure* pretorio se consideran eliminadas las consecuencias patrimoniales de la herencia y respecto de ésta el que se abstuvo es tratado como un repudiante, aunque la conservación del *nudum nomen de heres* despliegue eficacia en el campo extrapatrimonial.

Si el *filiusfamilias* moría, su derecho al *beneficium abstinendi* se transmitía a sus herederos (a). Y esto es lo que dice PAULO (Ad. Sab. D. 29, 2, 7, 1.): «Si filius prius quam sciret se necessarium exitisse patri heredem decesserit relicto filio necessario, permittendum est nepoti abstinere se avi hereditate, quia et patri eius idem tribueretur».

Pero JUSTINIANO, en C. 6, 30, 19, pr., dijo: «in quaestionibus Julii Pauli invenimus filios familias paternam hereditatem deliberantes posse et in suam posteritatem hanc transmitters».

Y sobre el término *transmittere* la antigua doctrina montó una *transmissio*,



## II. DERECHO ACTUAL

1. *Transmisibilidad.*

El Derecho moderno acoge como regla general la transmisibilidad *mortis causa* del *ius delationis*, y su intransmisibilidad *inter vivos*.

Una vez patrimonializado el concepto de heredero, nada más lógico que el llamar a los sucesores del llamado, al derecho que la muerte de éste deja sin titular.

Pero conviene precisar si hay verdadera transmisión, porque es discutido.

Hay quien opina que no hay transmisión en sentido técnico. Así, Nicoló, piensa que existe una atribución operada *ex lege* (74). Cree que cuando el art. 939 del Código italiano de 1865 (correspondiente al 479, 1.º del actual y al 1.006 del español) habla de *transmisión del derecho de aceptación* (75), utiliza el término *transmisión* en sentido lato, no para indicar un fenómeno de transmisión en sentido técnico, sino para poner en evidencia que la vocación, de la que era destinatario el de *cuius*, está ligada, por virtud exclusiva de la norma, al *universum ius*, que pasa, en cuanto tal, a los herederos. Piensa (76) que, realmente, lo que hay es una ampliación del círculo de los titulares de la vocación (Ni queremos ni necesitamos entrar en la discusión sobre el tema delación-vocación, pero de cualquier manera, para Nicoló, particularmente, cfr. pág. 12, sgs. Entiende que delación y vocación no son sino dos aspectos de la *misma* realidad. Así que, al hablar de vocación, habla también de delación) inicial y única. Es decir, la vocación no sólo es llamamiento a favor del *llamado*, sino que, comprendiendo también, virtualmente, a los herederos de éste, es, asimismo, llamamiento virtual a favor de éstos. De manera

---

la *ex iure suitatis*. Cosa inadmisibles, habida cuenta de que el término *transmissio* debe ser utilizado en un sentido específico, es decir, para designar la transmisión precisamente del *ius delationis*, y no otra transmisión cualquiera, como lo es la de la herencia ya adquirida + el derecho al *beneficium abstinendi*.

(a) Se discute si se transmite al *heres extraneus* del *filius*. Cfr. principalmente DERNBURG, § 165, nota 5; WINDSCHEID, § 595, nota 14—con abundante bibliografía—; KOPPEN, pág. 201, nota 3; BRINZ, § 389, nota 19; FADDA, § 371. Nosotros aceptamos la respuesta afirmativa, habida cuenta de que el *heres, in genere*, tiene la misma posición jurídica que su causante, y por ello, también el *beneficium abstinendi*.

(74) Dice textualmente en pág. 63: «La atribución de la vocación se verifica por la propia ley a favor de aquellos que asumen respecto del causante (causante segundo, o sea transmitente) la cualidad de herederos.»

(75) Para Nicolo sería mejor hablar, en vez de transmisión del derecho de aceptar, de transmisión de la posición jurídica que la ley confiere al llamado, pues entiende que el derecho de aceptar es sólo una parte de esa posición. Pero ésta es cuestión en la que no entramos.

(76) Págs. 64 y 65.

que si el llamado muere, no es preciso ni puede haber ni una segunda vocación a favor de sus herederos, ni una transmisión del *ius delationis*, sino que, simplemente, tal muerte es el requisito para que el llamamiento virtual, que su propio llamamiento contiene a favor de sus herederos, se convierta en llamamiento operante y actual a favor de éstos.

Nosotros pensamos que: 1.º No hay un solo llamamiento (que sería el virtual a favor de los herederos del llamado en primer término, convertido en actual por la muerte de éste) y un solo *ius delationis* que no se transmite, sino que originariamente adquieren los herederos del llamado. Y, 2.º Al morir el llamado no se extingue su llamamiento y se produce una segunda delación de la herencia del primer causante, a favor de los herederos del llamado por la primera. 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 (76 bis), *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* (77).

---

(76 bis) Así, expresamente, WINDSCHEID, § 544, pág. 293, dice: «El derecho de adquirir la herencia es, en principio, un derecho personal del llamado. Pero este principio no fué inmutable en el Derecho romano. En una serie de casos, dicho Derecho romano, en base a la llamada de uno concede a otro la adquisición de la herencia». Y también CICU, *Suc.*, págs. 25 y 60; CASATTI-RUSSO, pág. 180; DI SEMO, pág. 254; RUSSO, en loc. cit., pág. 125; etc.

(77) Sustancialmente, esta opinión, mantenida en el texto, es la de la doctrina dominante.

Muchos hablan de *transmisión de la delación*, pero entendiendo por ello realmente lo que nosotros denominamos *transmisión del ius delationis*.

Otros piensan que la delación—o la vocación—es intransmisible. Y, con ello, quieren decir que lo es el llamamiento *en sí*, pero no niegan la transmisibilidad del derecho a adquirir la herencia, que de ese llamamiento surge. Cfr. CICU, *Suc.*, págs. 25 y 60; ANDREOLI, LVI, págs. 213 y sigs.; BUTERA, pág. 70; RUSSO en loc. cit., pág. 125 sigs.; D'AVANZO, *Suc.*, I, pág. 102; N. COVELLO, pág. 140; SANTORO PASSARELLI, en loc. cit., págs. 613 y 614; TORRENTE, en loc. cit., página 548; VASSALLI, pág. 59; DI SEMO, pág. 254; AZZARITI y MARTÍNEZ, pág. 63; POLACCO, II, pág. 58; BARASSI, pág. 94; BARBERO, núm. 1.035, pág. 838. En cuanto a este último queremos entrar en el examen de su argumento:

Ante todo advirtamos que la sustancia de lo que diremos es referible a delación y a vocación, se entienda o no que sean lo mismo.

BARBERO dice—pág. 838—: «La vocación es intransmisible. Ello no choca con el art. 470, que prevé la transmisión del derecho a aceptar la herencia a aquel (transmitente) deferida. Este derecho (a aceptar la herencia deferida a otro) no significa transmisión de la vocación a suceder al primer de *cuius*. Es, por el contrario, efecto de la propia vocación a suceder al segundo. Puesto que *succeder* significa subentrar en la posición jurídica del difunto, este subentrar

## 2. Disponibilidad.

Cuestión distinta de la transmisibilidad es la disponibilidad. Se puede admitir aquella y negar ésta. En tal caso, el *ius delationis* se transmitirá independientemente de la voluntad del llamado.

Hemos visto cómo en Roma, donde imperaba como tesis general—al menos teóricamente—la intransmisibilidad, existían, sin embargo, no ya casos de transmisión, sino de disposición (así, *in iure cessio hereditatis*). Y ¿qué sucede en el Derecho moderno, donde rige como regla general el principio de la transmisibilidad *mortis causa*?

Ante todo, digamos que sería equivocado pensar que al ampliarse el ámbito de ésta deba corresponder una ampliación del de aquella.

Ha pasado lo siguiente: el Derecho moderno no admite la

---

comprende, también, el derecho a aceptar la herencia, derecho contenido en aquella posición. Y así forma el contenido de la propia vocación, pero no es transmisión de la vocación del de *cuius*... Esto no es bizantinismo, pues si hubiese transmisión de la vocación del de *cuius*, habría, en sustancia, dos vocaciones distintas y, por tanto, la posibilidad de aceptar independientemente la una o la otra sucesión, y así renunciar a la herencia del propio causante aceptando la que fué a éste deferida».

Nosotros creemos acertada la tesis de BARBERO—intransmisibilidad de la vocación—, pero no sus argumentos. La vocación es intransmisible y no lo es el *ius delationis*, por una pura razón lógica. Este *ius delationis* consiste en el poder de adquirir la herencia, y este poder puede la ley atribuirlo o permitir que se transmita a determinadas personas, por razones determinadas. (Así, lo atribuye al llamado *porque* se le llama, o permite que se transmita a sus herederos *porque* aquél muere sin haberlo ejercitado.) Pero lo que la ley no puede hacer es que el llamado sea otro distinto del que lo fué, es decir, que el llamamiento se dirija a quien no se dirigía. O, si se quiere, lo que la ley puede hacer es que los efectos del llamamiento se produzcan en cabeza de otro, y que éste reciba el derecho a aceptar la herencia (transmisión del *ius delationis*), pero lo que no puede lógicamente hacer es que resulte llamado aquél a quien no se llamó (que es lo que sería la transmisión de la vocación).

BARBERO piensa que si la vocación fuese transmisible el llamado a la herencia del segundo causante (transmitente de la vocación) se encontraría con dos vocaciones distintas e independientes a su favor, y que, por tanto, podría repudiar la herencia del transmitente y aceptar la del primer causante cuya vocación le transmitió aquél. Cosa que, ciertamente, es inadmisibile. Pero BARBERO no se percata de que esa reducción al absurdo no es argumento en pro de la intransmisibilidad de la vocación, y no lo es por la siguiente razón: Aunque la vocación no fuese, de por sí, intransmisible, no por ello podría el llamado a la herencia del llamado repudiar la herencia de éste y aceptar la del primer causante. Y ello por la poderosa razón de que en todo caso la vocación del primer causante se transmitiría a los herederos del llamado, y el que repudia la herencia de éste no se convierte en su heredero. Luego no puede recibir la vocación del primer causante y, por tanto, no puede aceptar su herencia.

Así que, en conclusión, el argumento de BARBERO no prueba la intransmisibilidad de la vocación que, por otro lado, es ciertamente intransmisible, por la razón que antes apuntamos.

MESSINEO, III-2.º. § 193, núm. 8, págs. 258 y 259, dice que «la transmisión tiene por contenido no la cualidad de heredero—por sí intransmisible—, sino más bien el contenido económico de esta cualidad».

transmisibilidad inter vivos del *ius delationis*, y, consiguientemente, es indisponible *inter vivos*. Se suprime, pues, la excepción que la *in iure cesio hereditatis* representaba. Pero, *mortis causa*, el Derecho moderno parte del principio opuesto al que el Derecho romano acogía. Mas, aceptada, la transmisibilidad *mortis causa* como regla general, cabe preguntarse aún: ¿es disponible *mortis causa* el *ius delationis*, o su transmisión no se basará en un acto de disposición de su titular?

Se piensa que el *ius delationis* es indisponible lo mismo *inter vivos* que *mortis causa*, y se habla de *transmisión ex lege* (78) (79).

(78) Así, BUTERA, págs. 69 y 70, dice: «Es la propia ley la que permite la transmisión del *ius delationis*. Pasan al derechohabiente la cualidad de heredero y la masa hereditaria. Se transmite *ex lege*, pero no es enajenable *ex pacto*, pues la enajenación opera *ex voluntate* y la transmisión *ex lege*», MESSINEO, III-2.ª, § 193, núm. 8, pág. 258, dice que se transmite *ipso iure* a los sucesores a título universal (herederos); ANDREOLI, LVI, pág. 214 sgs.; FILOMUSI GUELFI, pág. 65; etc.

(79) Naturalmente, quien, como NICOLO, estima que no se puede hablar ni siquiera de verdadera transmisión, se suma a la teoría de que el *ius delationis* es indisponible, ya que no ha lugar a disponer si la disposición ha de ser para transmitir y no cabe la transmisión.

El fenómeno lo concibe así NICOLO, págs. 62 y 63: «Si se considera que la ley no consiente una disposición voluntaria de la vocación hereditaria, que no implique aceptación de la herencia (art. 936), y admite, por el contrario, la transmisibilidad a los herederos (art. 939), debe considerarse que no es posible ni siquiera una disposición voluntaria *mortis causa*. En otros términos: el destinatario de una vocación no puede disponer de ella separadamente a favor de personas distintas de sus herederos, ni puede atribuirla aisladamente a uno de esos herederos o dividirla a su arbitrio entre éstos en proporción distinta de la en que son llamados a su herencia. Ello me parece que resulta claro del relacionar el art. 936 con el 939. Una interpretación ligeramente extensiva del primero lleva a incluir en la prohibición implícita de actos de disposición la disposición *mortis causa* a título singular, y tal interpretación está ampliamente apoyada en la letra del art. 939, que habla de *transmisión a los herederos*, y en una elemental razón lógica, dado que no se comprende por qué la disposición *inter vivos* implica aceptación y no ha de implicarla también la disposición *mortis causa* a título singular (legado). Las mismas razones sirven para excluir que el llamado pueda, a su arbitrio, disponer del *ius delationis* a favor de uno solo de sus herederos, o cambiar, para este solo efecto, la proporción en la que instituye a éstos. Los arts. 935 y sgs. presuponen un comportamiento *neutro* del transmitente, para que no haya aceptación tácita. Y no se puede negar que si éste designa transmisarios de forma distinta a la en que lo hace el art. 939, ello representa un comportamiento *positivo* del transmitente, de cuyo comportamiento se sigue la aceptación por *facta concludentia*. Y el art. 939, puesto en relación con los dos artículos siguientes, hace ver claramente que la cualidad de transmisario es un accesorio, una consecuencia de la cualidad de heredero del transmitente, cualidad conferida al llamado a la herencia del transmitente por ley o testamento en el que éste dispone a favor de aquél del *universum ius*.

En otros términos, mientras que la cualidad de heredero se adquiere en base a una asignación total o alicuota de bienes hereditarios (arts. 760, 827), y es la consecuencia de esta asignación, por el contrario, la transmisión de la vocación es una consecuencia de la cualidad de heredero y no uno de los elementos que concurren a atribuir tal cualidad.

Mientras normalmente la asignación patrimonial es el *prims* y la cualidad de heredero el *posterius*, por el contrario, en la hipótesis del art. 939 la relación se invierte, porque la cualidad de heredero es el *prims* y la atribución de

En efecto, la indisponibilidad *concreta inter vivos* aparece principalmente de los artículos 936 del Código italiano de 1865, 477 del de 1942 y 1.000 del español—como metafísicamente imposible. Si la pretendida disposición del *ius delationis* vale adquisición *ex lege* de la herencia, es evidente que no puede haber disposición de aquél, ya que con el acto que pretende serlo se produce la extinción de tal *ius*—al producirse la adquisición de la herencia, el derecho a la cual se pretendía transmitir—(80) (81).

En cuanto a la indisponibilidad *mortis causa*, tiene a su favor la aplicación analógica de lo dicho sobre la indisponibilidad *inter vivos*, y, además, la terminología legal—arts. 939 del Código italiano de 1865, 479 del de 1942 y 1.006 del español—que habla de transmisión o de paso del *ius*, del llamado a sus herederos, pero no de que aquél pueda disponer de él (82).

Sin embargo, es innegable que, *mortis causa*, el titular del *ius delationis* puede influir en su transmisión, instituyendo, por ejemplo, unos herederos distintos de los intestados (83). En tal caso, nos parece que hay una verdadera disposición del *ius delationis*—a título universal—, como hay disposición, a tal título, de to-

la vocación *ex art.* 939 el *posterius*. El de *cuius* puede, dentro de ciertos límites modificar la designación de sus herederos *ab intestato*, pero no puede disponer de la vocación, de la que es destinatario, a favor de uno de sus herederos con detrimento de los otros.

(80) El art. 477 del C. ita. de 1942 se expresa más exactamente que el 936 del de 1865 y que el 1.000 del C. español. Estos hablan de «disposición del heredero, y aquél habla de llamado. Siendo esto lo acertado, en cuanto que no se es todavía heredero, sino que es el acto de disposición de la herencia el que provoca la adquisición hereditaria.

(81) BUTERA, pág. 66, advierte cómo la enumeración del art. 477 es meramente demostrativa.

(82) Contra la indisponibilidad se puede alegar que, patrimonializado el concepto de heredero y admitida la enajenación en globo de la herencia, no tiene sentido impedir la disposición del *ius delationis*, ya que normalmente a través de aquella enajenación se puede conseguir todo lo que se conseguiría a través de la disposición del *ius delationis*, salvo el conferir al adquirente del contenido patrimonial de la herencia el título de heredero.

Y precisamente ese argumento es el que sirve para defender la tesis contraria, pues si los fines patrimoniales se pueden conseguir al margen de la disponibilidad del *ius delationis*, debe prevalecer la solución que confiere el título de heredero precisamente al llamado.

Tal título no se confiere al llamado que muere sin aceptar, sino al que le sucede en el *ius delationis* (y, ejercitándolo adquiere la herencia cuyo es) cuando éste se transmite. En tal caso, que sea heredero del primer causante un no llamado a la sucesión de éste, tiene una justificación precisamente en las razones que justifican la sucesión *iure transmissionis*. Pero tal justificación no alcanza a justificar también que el llamado pueda disponer de cualquier modo de su *ius delationis*.

(83) Rechazamos la posible postura que entienda que el *ius delationis* ha de ir a parar, en todo caso, a los herederos *ab intestato* del llamado. La ley habla sólo de que se transmite a los herederos, sin distinguir los testamentarios de los intestados. (art. 479 C. ita. de 1942, 936 del de 1865, 1.006 del español). En igual sentido que nosotros, expresamente, DE DIEGO, pág. 354; DUSTI, página 248; NICOLÒ, págs. 62 y 63.

das las relaciones jurídicas que componen el patrimonio del testador (transmitente, por disposición, del *ius delationis*) (84).

Ante ello se afirma (así Barbero) (85) que el titular «no puede disponer del *ius delationis* por legado, ni podría disponer a favor de alguno de sus herederos más que a favor de otro, sino que entre éstos se divide en proporción a sus respectivas cuotas» (86).

Lo cual parece querer decir que sólo puede disponer de él a título universal y que, supuesto esto, las cuotas del *ius delationis* que recibirán los herederos del testador, si son varios, vendrán fijadas en cada caso exclusivamente por las cuotas de su institución.

Nosotros pensamos lo siguiente:

Del *ius delationis* no se puede disponer *inter vivos* y sí se puede disponer *mortis causa*, dentro de ciertos límites. Ahora bien, el límite entre disponibilidad e indisponibilidad no está en el título de la sucesión (87): disponibilidad a título universal e indisponibilidad a título particular (88). El límite está en la concreción del acto referente al mismo.

Se puede disponer de él a título particular, cuando no se dispone de él *concretamente* (la disposición *uti singuli* no implica disposición concreta). Y, por el contrario, incluso cuando se haya dispuesto a título universal, si el disponente realiza una referencia partitiva *concreta* a él, tal referencia puede valer como aceptación y producir no la transmisión del *ius delationis*, sino la de herencia a la que tal derecho daba derecho, herencia cuya adquisición se ha producido *ex lege* por la referencia concreta a su *ius delationis*.

Por ejemplo: disposición a título universal del testador M.: Sean mis herederos A y B. Y como parte de sus cuotas reciban: A el *ius delationis* de la herencia de X, a la que soy llamado, y B el resto de mis bienes.

Creemos que, en tal caso, aunque la solución en la práctica de cada caso concreto dependa de circunstancias de hecho, la cláu-

(84) Los únicos modos de entender que en este caso no hay *disposición del ius delationis* son: O-1.º, adoptar la postura de NICOLÒ, *negando que haya transmisión* y estimando que hay atribución *ex lege* a los herederos del llamado, en base a la actualización—por la muerte de ese llamado—de la vocación potencial, a favor de sus herederos, que su propia vocación contenía. O-2.º, afirmar que, aunque haya transmisión, ésta no tiene por base la disposición, sino que se produce *ex lege* a favor de aquellos a quienes por la disposición a título universal se hizo herederos.

(85) Pág. 838.

(86) BARBERO—pág. 831, nota 1—dice que es un derecho que forma parte del patrimonio de su titular y que transfiere con ese patrimonio, *pero solamente con él*. En igual sentido, AZZARITI y MARTÍNEZ, pág. 43.

(87) ROCA—*Estudios*, págs. 295 y 296—afirma que el *ius delationis* es disponible a título de herencia y de legado.

(88) Nosotros pensamos que suceder a título de herencia es suceder a título universal, y suceder a título particular es suceder como legatario. Por eso utilizamos indistintamente una u otra terminología.

sula referente al *ius delationis* vale como aceptación (*adquisición ex lege*) (lo mismo que equivale a tal el supuesto de los arts. 477 del Código italiano de 1942, 934 del de 1865 y 1.000 del español) y A no recibe el *ius delationis*, sino las relaciones componentes de la herencia de X, que por tal adquisición *ex lege* habrán pasado a ser del testador. Recibe, pues, A tales relaciones como herencia de M, pues el *ius delationis* de que éste era titular se ha extinguido.

Otro ejemplo: disposición a título singular del testador M: Sean mis herederos A y B. Lego a C lo que reciba o pueda recibir de D y de E. D dona a M una finca. E muere, instituyendo heredero a M en una saneada herencia. M muere, también, después, ignorante de tal institución.

C es legatario de M (89) y, como tal, recibe la finca donada por D y el *ius delationis* de la herencia de E. Y al ejercitarlo, aceptando, se convierte en heredero de E.

Tal solución al problema de la disponibilidad del *ius delationis* la basamos en que siendo su fin que adquiera la herencia el llamado, el subrogar a otro en la titularidad de éste, sólo se justifica, excepcionalmente, en aquellos casos en que habiendo aquél haber podido adquirir la herencia deferida—por lo cual podría haberle transmitido su contenido dentro de su propia herencia—y no pudiendo hacerlo ya, por haber muerto, se seguiría, normalmente, para su sucesor, un perjuicio de la aplicación rigurosa de la indisponibilidad. Y, asimismo, admitir sólo la disponibilidad a título universal, llevaría a producir un perjuicio al sucesor a título singular, al cual el transmitente hubiese querido atribuir, con exclusión de cualquier otro, un sector de sus derechos entre los que se encontrase el *ius delationis* de la herencia del primer causante. Perjuicio que implica, además, quebrantamiento de la voluntad del testador.

Finalmente, en base a lo que hemos dicho sobre la disposición *mortis causa*, puede surgir la siguiente cuestión:

Ciertamente, la *disposición concreta inter vivos* del *ius delationis* es imposible—como ya hemos visto antes—. Pero ¿es posible disponer de él *inter vivos* cuando no se le considere especialmente?

Ejemplo: Venta en globo de una herencia (Código español, artículos 1.531 y ss.; italiano de 1942, arts. 1.542 y ss.). A vende a B la herencia que recibió de C. A ignora que D había muerto

(89) Sería erróneo pensar que C es heredero de M. Pues recibe *uti singuli* la finca y el *ius delationis*.

El título universal implica llamamiento, no a un conjunto de bienes individualmente sin especificar (así: todo lo que recibí de Z., o todo lo que tengo en América), sino un llamamiento a *todo o parte alicuota* del patrimonio (bienes) del causante. Y *todo* el patrimonio de otro, cuando se incorpora al *nuestro* (así por sucesión) no es ni siquiera una parte *alicuota* de *nuestro* patrimonio, sino, a lo más, un *sector* individualizable de éste. Y el *ius delationis* a ese patrimonio de otro, es sólo un bien *singular* en el nuestro.

instituyendo heredero a C, el cual ha muerto, a su vez, sin aceptar ni repudiar. Luego A, al aceptar la herencia de C, se convirtió en titular del *ius delationis* que C tenía a la herencia de D.

Y al vender a B la herencia de C, ¿qué sucede?

¿Es correcto decir que al comprender la herencia de C el *ius delationis* a la herencia de D y al haber vendido A tal herencia a B le ha vendido, asimismo, dicho *ius delationis*, con lo cual tal venta equivale a adquisición *ex lege* por A de la herencia de D? (artículos 477 Código italiano de 1942 y 1.000 del Código español).

Tal solución parece algo tajante, ignorando A la existencia del *ius delationis* a la herencia de D.

¿Es posible excluir del contenido vendido de la herencia de C el *ius delationis* a la de D, en base a la ignorancia del vendedor A?

No lo parece, ya que, en tesis de principio, el vendedor de la herencia queda obligado a transferir al comprador aun los singulares elementos patrimoniales contenidos en aquélla que fuesen eventualmente ignorados.

Sin son rechazadas ambas soluciones, se podría pensar que A, cuando llegue a conocer la existencia del *ius delationis*, debe aceptar la herencia de D para así traspasar a B su contenido.

Pero esto puede no ser posible, pues supongamos que A muere a su vez, y su deber de aceptar no lo pueden cumplir sus herederos, porque, por cualquier razón, no se transmite a éstos el *ius delationis* a la herencia de D, sino que este *ius* se extingue después de haber sido A su titular, y se produce una nueva delación para la herencia de D, a la que resultan llamadas personas ajenas por completo a la sucesión de A.

En resumidas cuentas, ¿es posible entender que A transmitió por venta a B el *ius delationis* a la herencia de D?

Creemos que no, pues aunque pudiese haber en pro de esa solución razones análogas a las que abonan la disponibilidad excepcional *mortis causa*, no existe en la ley un artículo que permita la transmisión *inter vivos*—como existe un artículo que la permite *mortis causa* (Código italiano de 1942, art. 479; Código español, artículo 1.006)—. Por ello, así como *mortis causa* es posible entrar en el examen de si se puede transmitir por *disposición, inter vivos*, excluida la transmisión (90), no ha lugar al problema de la disposición.

### 3. Requisitos de la transmisión.

La transmisión del *ius delationis* requiere, según la doctrina en general, los siguientes requisitos: 1.º Delación a favor del trans-

(90) Nosotros la excluimos en principio. ROCA—*Estudios*, pág. 296—advier-  
te que la transmisión *inter vivos* es problema que no puede estudiar por falta  
de espacio.



mitente (que así adquiere el *ius delationis*). 2.º Muerte del mismo sin aceptar ni repudiar. 3.º Aceptación de su herencia por el llamado a sucederle.

Yo creo que conviene examinar la cosa más a fondo. Y ello nos conduce, en principio, a hacer la siguiente afirmación, que parece obvia: La transmisión supone la existencia, a la muerte de su titular, de un *ius delationis* transmisible y de un sujeto capaz de adquirirlo que sea sucesor (91) de aquél. O sea, se requiere:

1.º Existencia de un *ius delationis*; es decir, que se ha de haber producido ya la delación.

2.º Que ese *ius delationis* ha de existir a la muerte de su titular. Lo cual no pasa si transcurrió ya el plazo de su vida o si, por cualquier causa, se produjo la adquisición de la herencia o la extinción del *ius delationis*.

Así que se equivoca la doctrina al hablar de delación a favor del transmitente, y muerte de éste sin aceptar ni repudiar, pues hubo tal delación y tal muerte, y faltan tal aceptación o repudiación en muchos casos en los que, sin embargo, no puede haber transmisión, porque ya murió el *ius delationis*.

3.º Dicho *ius delationis* ha de ser transmisible, cosa que depende del testador. La ley hace transmisible el *ius delationis*, aunque prohíba, en cierta forma, su disposición. Pero el testador puede hacerlo intransmisible, como hemos visto.

4.º Un sucesor del transmitente, sucesor capaz de adquirir tal *ius delationis*.

Lo cual implica:

A) Existencia de un *sucesor* del transmitente.

Es decir, no sólo la delación de su herencia a favor de un llamado que aún no la aceptó o adquirió o que la repudió, sino la *sucesión ya operada, la adquisición ya realizada* de la herencia del transmitente. Pues si el llamado a la herencia de éste aún no es su sucesor, nos encontramos con que actualmente sólo tiene un *ius delationis* referente a la herencia del transmitente, pero aún no ha ocupado la posición jurídica de éste, ni es, por tanto, titular de las relaciones jurídicas que compongan su herencia. De manera que, como el *ius delationis* a la herencia del primer causante forma parte de la herencia del segundo causante, el llamado a ésta que aún no sucedió, no es aún titular del *ius delationis* a la herencia del primer causante, puesto que aún no ocupa la posición jurídica del segundo (92) (93).

(91) *Mutatis mutandi*, lo que decimos en el texto de la transmisión del *ius delationis*, es de aplicar, en línea de principio, a la transmisión de la expectativa de *ius delationis*, cuando la delación es posterior a la apertura de la sucesión.

(92) Inexactamente los Códigos dicen a veces que la renuncia a la herencia propia del transmitente implica renuncia a la herencia al mismo diferida (C. ita. de 1942. arts. 479-32. C. de 1865, art. 941). Realmente no hay renuncia de la

B) Que ese sucesor del transmitente sea capaz de que le sea transmitido el *ius delationis*. Capacidad que después veremos cuál sea.

## CAPITULO TERCERO

### LA TRANSMISION DE LA HERENCIA DEL PRIMER CAUSANTE

#### I. A QUIÉN SE SUCEDE EN ELLA

Una vez que se ha aceptado la herencia del transmitente y aceptado también la herencia cuyo *ius delationis* se transmitió en aquella, ¿a quién ha sucedido el adquirente?

Creemos que se es sucesor del transmitente en el *ius delationis* y sucesor del primer causante en la herencia de éste (94). Pero sucesor de éste directamente—recta vía—y no a través del transmitente. Este es sólo un órgano que transmitió el derecho a aceptar (95).

Es evidente que el transmitente no transmite al adquirente la herencia del 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, ya que no la aceptó ni, de cualquier otro modo, la adquirió.

La aceptación de la herencia del primer causante realizada por el adquirente del *ius delationis* no se puede decir que opere retroactivamente de manera que se considere adquirida tal herencia por el transmitente al momento de la muerte del primer causante, y que así se considere también, en base a tal retroactividad, que el adquirente del *ius delationis* recibe del transmi-

---

del primer causante—renuncia que implicaría la previa adquisición del *ius delationis*—, sino que sólo hay no adquisición de éste.

(93) Si el que recibe el *ius delationis* es sucesor a título singular del transmitente, sucede a este *ipso iure*, y, por ello, adquiere, sin más, tal *ius*. Aunque luego lo pierda, si renuncia al legado.

(94) Así, BARASSI, pág. 79; SANTORO-PASARRELLI, en loc. cit., págs. 613 y 614; ANDREOLI, LVI, págs. 217 y 218; BARBERO, núm. 1.035, pág. 838, dice: «Del propio causante se adquiere sólo el derecho de adquirir. La herencia misma se adquiere, con la aceptación, directamente de quien la ha dejado; es decir, del primer *de cuius*. Por eso, todo lo relativo a esta herencia se producirá sin pasar a través de la posición de quien ha transmitido, con su patrimonio, el derecho a aceptar. A través de esta posición se pasa sólo para la adquisición de este derecho de aceptar. Ejercitado el cual, el aceptante se convierte en heredero del primer *de cuius*.» A esta postura también podemos adscribir a L. COVIELLO, aunque no la acepte explícitamente. V. páginas 101 y 102.

(95) BARASSI, pág. 88.

tente la herencia del primer causante como parte de la herencia de dicho transmitente (96).

Ceemos que pensar en una retroactividad de tal tipo es equivocado.

El adquirente del *ius delationis* no ejercita un derecho del transmitente que hubiese de producir sus efectos retroactivamente respecto de éste, sino que ejercita un derecho propio—que es propio porque se le transmitió— y que, por tanto, debe producir sus efectos respecto de su titular.

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*.

Así, pues, pensamos que la retroactividad de la aceptación del adquirente del *ius delationis* debe producir el efecto de dar por adquirida por dicho adquirente la herencia del primer causante al momento de la muerte de éste.

El transmitente sólo ha sido el vehículo por el que el *ius delationis* ha ido a parar al adquirente. Pero éste—repetimos—sucede directamente al primer causante en su herencia, y al transmitente en la suya, y dentro de ella, en el *ius delationis* que le posibilita la adquisición de aquélla.

Nuestro punto de vista no sólo se basa en la naturaleza de las cosas, sino que tiene su apoyo en la propia expresión de la ley. Así, la relación entre los artículos 459 y 479, 1.º, del Código italiano de 1942 y entre los artículos 989 y 1.006 del Código español; como la terminología de estos artículos. A tenor de ellos del transmitente no se recibe, no se le sucede, sino en el *ius delationis* (aparte de en su propia herencia).

Si la herencia del primer causante se recibiese asimismo del transmitente (es decir, se *sucede* en ella al transmitente; éste es el *causante*, éste es la persona a quien se *hereda*) habría que afirmar lo siguiente: los efectos de la aceptación de tal herencia sólo se retrotraen hasta la muerte del transmitente (97). Lo cual es inadmisibles. Y retrotraídos hasta el momento de la muerte del primer causante prueban que éste es el *causante o persona a quien directamente heredan* los ya herederos del transmitente.

Pensamos que todo el juego de articulado legal descansa lógicamente sobre la existencia de dos sucesiones distintas de dos personas diferentes.

(96) Es inadmisibles—como dice ANDREOLI, LVI, págs. 217 y 218—, porque sería una ficción jurídica—y, como tal, incompatible con la realidad—que no tiene la menor base en la ley, el afirmar que, por efecto de la aceptación del transmisero, se entiende adquirida retroactivamente por el transmitente la herencia del primer causante.

(97) Si a él se sucedió, él es el causante o *persona a quien se hereda*, a cuya muerte manda el art. 989 del Código español que se retrotraigan los efectos de la aceptación, o, a la *apertura* de cuya *sucesión* ordena el art. 459 del italiano de 1942 que se retrotraigan dichos efectos.

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 (98).

Y, de cualquier manera, el causante tiene siempre el poder de excluir la transmisión del *ius delationis* y evitar así tener un heredero que no le plazca (99).

Expuesto nuestro punto de vista, hemos de advertir que la tesis, con mucho, prevalente en la doctrina es la que el adquirente sucede absolutamente al transmitente (100). Así, pues—se-

(98) Así se sigue de los principios generales.

(99) Por otro lado, que el heredero del primer causante pueda, en definitiva, fijarse a través de la voluntad del transmitente, no choca con los arts. 631, 1.º del Código italiano de 1942, y 670 del español, porque no se trata de que el transmitente sea un tercero que nombra heredero de otra persona, sino de que, en la sucesión *iure transmissionis*—aunque no se dé el supuesto normal de que el heredero lo es el llamado—se encuentra una aplicación de la sucesión en los derechos, a tenor de la cual, heredero puede serlo el llamado o el que suceda a este en el derecho a serlo.

(100) En tal sentido se pronuncian no solamente muchos implícitamente, sino también explícitamente. Entre estos últimos, por ejemplo, Russo, en loc. cit. pág. 126; MESSINEO, III, 2.ª, § 193, núm. 8, pág. 258 («El que acepta por derecho de transmisión—dice—sucede por derecho del transmitente, no por derecho propio, y sucede *mediatamente*»); N. COVIELLO, págs. 147 y ss. POLACCO, I, pág. 50; LENZI, pág. 41; VASSALLI, pág. 59; DEGNI, pág. 65; CICU, *Suc.*, págs. 60 y 61; LOSANA, pág. 98, núm. 147; NATOLI, I, pág. 43; ZAPPULLI, en pág. 75; TRAVIESAS, en *R. D. P.*, 1921, pág. 13; MANRESA, pág. 404; VALVERDE, pág. 535; ROCA, en *Estudios*, págs. 296 y 297.

Se suele, incluso, esgrimir el siguiente ejemplo, como prueba de que se sucede al transmitente: Muere el causante A. El sujeto llamado B repudia la herencia. En el interín, desde su llamamiento a su repudiación, muere C, que era llamado, en defecto de B. Los herederos de C reciben el *ius delationis* de la herencia de A. y pueden aceptar ésta, sucediendo en ella a C.

Ya se considera que la adquisición de la herencia de A por los herederos de C sólo es aplicable si se parte de la base de que tales herederos de C suceden a éste y no a A, en la herencia de A (Así Cicu, *Suc.*, pág. 60; POLACCO, I, pág. 50; N. COVIELLO, pág. 148).

Nosotros creemos que tal ejemplo no prueba la tesis propuesta, porque siendo retroactiva la renuncia de B, las cosas sucederán como si C hubiese sido llamado cuando se llamó a B. Y, por tanto, los herederos de C ocupan el puesto de éste respecto de la sucesión de A, y adquieren el derecho a aceptarla, derecho que C, de haber vivido al momento de la renuncia de B, habría adquirido. La retroactividad hace, pues, que las cosas pasen como si los herederos de C hubiesen adquirido al morir éste el derecho a aceptar la herencia de A. Pero por ningún lado vemos por qué las cosas no pasarían así si se afirma que los herederos de C suceden a A, y no a C, en la herencia de A.

De cualquier manera, la doctrina que combatimos, al afirmar que el adquirente del *ius delationis* no sucede al primer causante, excluye que sea heredero

gún esa doctrina—, de éste recibe el *ius delationis* cuando adquiere su herencia, y cuando adquiere la herencia del primer causante sucede, en ésta, también al transmitente.

De acuerdo con nuestra postura sobre a quién sucede el adquirente se debe determinar su capacidad para suceder (101), las normas sobre colación (102) y todo lo que se derive de que se sucede al primer causante y no al transmitente.

## II. REPERCUSIÓN DE LO ANTERIOR EN LA CAPACIDAD PARA SUCEDER EN EL «IUS DELATIONIS»

Presupuesto de la adquisición del *ius delationis* es la capacidad de suceder del adquirente respecto del primer causante (103).

de éste. Pero algunos expresament advirtin qu. con la cualidad d663fi— tp) rifica al actuar el *ius delationis* que se le transmitió, no recibe la cualidad de herederos del primer causante, sino sólo el contenido económico de tal cualidad (MESSINEO III, 2.<sup>a</sup>, § 193, núm. 8, pág. 259; TORRENTE, en loc. cit. pág. 548).

(101) Debemos hacer aquí una advertencia: hay ciertas disposiciones testamentarias que son nulas (así, C. ita. de 1942, arts. 596 y ss., C. esp., arts. 681 y ss., arts. 752 y ss.). Ahora bien, algunos autores hablan de que en tal caso existe una incapacidad de una *persona* (por ejemplo, del Notario) *para suceder por testamento* al testador. Realmente no se trata de incapacidad para suceder, sino de nulidad de la disposición testamentaria. Y la diferencia tiene una trascendencia práctica. 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 es en base al testamento de B, *pero también*—en un cierto pensable modo—*en base al testamento de X*, como A recibe el *ius delationis*, y 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.

(102) Expresamente en contra, por partir de la base de que el transmisario sucede al transmitente en la herencia del primer causante, algunos afirman que el transmisario no debe colacionar las donaciones recibidas del primer causante (así, MANRESA, pág. 404; VALVERDE, pág. 535; ROCA, en *Estudios*, pág. 300).

Nosotros creemos que el transmisario, en cuanto sucede al transmitente—en su herencia y, dentro de ella, en el *ius delationis*—, debe colacionar en la sucesión de éste las donaciones de él recibidas, y, en cuanto sucede al primer causante—en la herencia de ese primer causante—debe colacionar en la sucesión de éste, las donaciones que de él recibiera.

(103) La ley exige capacidad para suceder al *causante* (*ad exemplum*, tal es el sentido del C. ita. de 1942, arts. 462, 463, etc.; C. esp., arts. 756, 758, 759, etc.) y ya hemos dicho que en la herencia cuyo *ius delationis* se recibe del transmitente, *se sucede al primer causante*.

Creemos, pues, equivocado suponer que la capacidad para suceder al causante es sólo presupuesto de la delación. Pues realmente es presupuesto de la adquisición del *ius delationis*, tenga lugar esta adquisición originariamente—por delación—o derivativamente—por transmisión de tal *ius delationis* al morir el llamado—.

Nuestra afirmación se basa en que la ley exige al *sucesor* capacidad para suceder al *causante*. Y sería una sutileza inadmisibles entender que la capacidad

Ahora bien: en el caso de transmisión de un *ius delationis* es indudable que éste ya nació—existió delación eficaz—. Pero ¿qué capacidad ha de tener el receptor de ese *ius delationis* para que le sea transmisible?

En primer término, ha de ser capaz para suceder al transmitente, pues sin tal capacidad no puede llegar a ser su sucesor, y sin serlo no ocupa su posición jurídica y, por tanto, no puede recibir de él el *ius delationis* a la herencia del primer causante.

Pero supuesta su capacidad para suceder al transmitente y supuesta su adquisición de la herencia de éste, ¿se convierte, sin más, en titular del *ius delationis* a la herencia del primer causante?

Creemos que no, porque pensamos que para poder suceder en el *ius delationis* se requiere:

1.º Capacidad para suceder al transmitente.

2.º Capacidad, además, para suceder al primer causante a cuya herencia da derecho el *ius delationis* (104).

De acuerdo con lo dicho, rechazamos las dos tesis siguientes:

1.ª Para adquirir el *ius delationis* basta la capacidad para suceder al transmitente y la aceptación de su herencia. 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* (105).

2.º Para adquirir el *ius delationis* y para suceder en la he-

---

para suceder es sólo presupuesto de la delación, y deducir de ello que siendo capaz de suceder al causante el transmitente, tal capacidad no se requiere en el transmisario, el cual no es llamado—no recibió delación—, sino sólo sucesor del transmitente en el *ius delationis*.

(104) Explícitamente en tal sentido, BARBERO, pág. 838.

(105) Esta tesis es acertada en lo que se refiere a percatarse de que en el *ius delationis* se sucede al transmitente; pero que en la herencia se sucede al primer causante. Pero adolece del defecto siguiente: no tiene en cuenta que a la *capacidad del adquirente* del *ius delationis* hay que aplicarle las reglas sobre la *capacidad del llamado*, ADEMÁS de las reglas sobre su *propia* (del adquirente) *capacidad* (y no aquellas para el *ejercicio* del *ius delationis*, y éstas para su *adquisición*).

La capacidad del llamado es presupuesto de la delación, y la capacidad del adquirente es presupuesto de la transmisión. Pero como a ésta se aplican las reglas de aquélla, resulta que para *suceder* (y no sólo para ejercerlo) en el *ius delationis*, el sucesor debe ser a la vez capaz respecto del transmitente (pues si no lo es no adquiriría su herencia, dentro de la cual está el *ius delationis*) capaz respecto del primer causante, por aplicársele también las normas sobre la capacidad del llamado.

Si admitiésemos la tesis que rechazamos, nos encontraríamos: 1.º Con que se recibiría un *ius delationis* a una herencia, respecto de cuyo causante se es incapaz de suceder. Con lo cual se habría verificado una adquisición, para sí, inútil. 2.º Con que el adquirente del *ius delationis* podría, a su vez, transmitirlo a sus herederos, con lo cual, éstos, siendo capaces respecto del primer causante podrían sucederle, siendo así que su transmitente era incapaz de ello. Lo cual es inadmisibile.

rencia, del primer causante basta la capacidad para suceder al transmitente.

Esta tesis es, sin embargo, la mantenida por la doctrina dominante (106). Y lo es porque esa doctrina cree que el adquirente del *ius delationis* sucede al transmitente y no al primer causante en la herencia de éste (107).

(106) Cuya doctrina esmalta su tesis, por lo general, con ejemplos, que creemos equivocados, de sujetos incapaces respecto del primer causante que, sin embargo, suceden al *transmitente* en la herencia del primer causante.

Véanse citas en nota 100.

(107) Tesis que sólo es exacta para los Derechos que admiten la adquisición de la herencia *ipso iure*.

En estos sistemas, 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 ambos casos se tiene el derecho de repudiar.

Si se repudia la herencia del transmitente, se *cesa* de ser su heredero, y, por ello, se deja también de serlo en las titularidades que tal transmitente tenía provisionalmente (herencia del primer causante).

Si se acepta la herencia del transmitente, el adquirente se convierte en heredero definitivo de aquél. Pero aun puede, ejercitando el *ius repudiandi*, en el que también sucedió al transmitente, dejar de ser heredero *de este transmitente*, en aquellas titularidades que éste ostentaba provisionalmente (herencia del primer causante).

A tenor de ello, en los sistemas de adquisición *ipso iure* basta que el adquirente sea capaz de suceder al transmitente.

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.

En ambos casos, tal herencia se transmite *ipso iure*. Y, juntamente, el sucesor provisional recibe, originariamente, en el primer caso, y derivativamente en el segundo, el *ius repudiandi*.

Por el contrario, en los sistemas de adquisición por aceptación, la herencia del primer causante se transmite una sola vez: del primer causante, al sucesor del llamado, cuando tal sucesor ejerce el *ius delationis* que recibió al suceder al llamado.

Cfr. B. G. B., § 1952 y por ejemplo, KIPP—§ 50, II, nota 9—que, con razón, dice que, «desde el punto de vista del B. G. B., no hay lugar para una doctrina especial de la transmisión».

Cfr. C. NAPOLEÓN, art. 781. La doctrina francesa trata, asimismo, escasamente de la transmisión de lo que llama *opción o derecho de opción del heredero*, sin discrepar de lo que decimos (HUC., pág. 213, núm. 170; DEMOLOMBE, núm. 343 bis; LAURENT, núm. 70; BAUDRY-LACANTINERIE, núm. 629; PLANIOL, RIPERT, BOULANGER, núm. 2.344 y ss.; COLIN y CAPITANT, núm. 634 y ss., página 492 y ss.; VOIRIN, núm. 625 y ss., pág. 257 y ss.; BONNECASE, núm. 636, página 455; AUBRY Y RAU, §§ 609 y 610, págs. 531 y 550).

Otra cosa conviene aclarar aquí: creemos que la delación puede ser posterior a la apertura de la sucesión (así, por ejemplo, institución bajo condición suspensiva). Pues bien, cuando la delación se retrasa en los sistemas de adquisición por aceptación, quiérese decir que se retrasa el nacimiento del *ius delationis*. Y cuando la llamada delación de los sistemas de adquisición *ipso iure* se retrasa, respecto de la apertura de la sucesión, la diferencia antes expuesta entre los dos sistemas, proporcionalmente, también subsiste, puesto que el instituido en el sistema de adquisición *ipso iure* adquiere una *expectativa de adquisición ipso iure* (aparte de que en Derechos como el alemán, la institución bajo

Nuestra teoría, que podemos llamar de la doble capacidad, puede llevar en algunos casos a consecuencias no equitativas:

Por ejemplo: A instituye heredero a B; B ignora que posteriormente A ha muerto y, por tanto, ni acepta ni repudia su herencia. Muere después B dejando herederos a C y a D; C, nacido antes de la muerte de A; D, ni siquiera concebido en tal fecha.

Aplicando nuestra teoría, D no puede heredar a A, ni, por tanto, suceder a B en el *ius delationis* a la herencia de A.

Aceptamos lo inequitativo de la solución, inequidad que, en todo caso, tiene como paliativo:

1.º El artículo 462, 3.º, del Código italiano de 1942 («pueden, además, recibir por testamento los hijos de una determinada persona que viva al tiempo de la muerte del testador, aunque no estén todavía concebidos») y, en general, todos los supuestos en que se pueda considerar posible la sucesión de los no concebidos.

2.º El hecho de que siendo el *ius delationis* apreciable en dinero, si en él no puede suceder D a B, se compensará a D con otros bienes de la herencia de B, hasta paliar, dentro de lo posible, la desigualdad entre las porciones que C y D tengan en la institución de B y lo que reciban en pago de ellas.

Por otro lado, rechazando nuestro punto de vista sobre la capacidad necesaria en el adquirente del *ius delationis*, podría éste suceder —a través del transmitente— a alguien respecto del que fuera indigno (lo cual ciertamente es posible en otros casos en los que el que *hubiese* sido transmitente—si hubiese muerto *sin* aceptar—hubiera aceptado ya la herencia).

## CAPITULO CUARTO

### SUCESION "IURE TRANSMISSIONIS" Y SUCESION "IURE REPRÆSENTATIONIS"

Tanto en la sucesión *iure repræsentationis* como en la sucesión *iure transmissionis* hay una sola delación de la herencia del causante.

En la sucesión *iure repræsentationis* 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.

Por ello, en la sucesión *iure repræsentationis* hay sólo un títu-

---

condición suspensiva, tiene eficacia como institución fideicomisaria, en la que el fideicomisario es el instituido bajo condición suspensiva, y el fiduciario, si no se designa otro, el heredero intestado (B. G. B. § 2.105) lo mismo que en los sistemas de adquisición por aceptación, adquiere una expectativa de "*ius delationis*".



lar del *ius delationis*, mientras que en la sucesión *iure transmissionis* hay dos titulares sucesivamente.

Pero el representante y el transmisario son sucesores igualmente del causante (único para el representante y primero para el transmisario), porque ambos, ejercitando el *ius delationis*—que uno adquirió originariamente y otro derivativamente—reciben la herencia de aquél, *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—como ya hemos dicho—mero instrumento de traspaso del *ius delationis*, pero no de la herencia a que éste da derecho.

Así, pues, la diferencia clave entre la sucesión *iure transmissionis* ya la sucesión *iure repraesentationis* es que en ésta sólo hay un causante y un sucesor. Y el representado no interviene 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*.

Por ello, en ésta, el representante que no sucede al representado puede, no obstante, representarlo en la sucesión de otra persona. Y en la sucesión *iure transmissionis*, el que no sucede al transmitente, al no recibir el *ius delationis* contenido en su herencia, no puede suceder al primer causante.

La sucesión *iure repraesentationis* supone que el representado o no adquirió el *ius delationis* (así, si premurió al causante), o lo perdió (así, renunciando: Código italiano de 1942, art. 467), con lo cual se produce una delación a favor del representante.

La sucesión *iure transmissionis* supone que la delación se produjo a favor del transmitente, que adquirió y conserva el *ius delationis*, por lo cual lo transmite al transmisario.

Finalmente, el fundamento de una y otra es distinto. El de la sucesión *iure repraesentationis* es la protección a la familia del representado y a los vínculos de solidaridad familiar.

Y esa es la razón de que se establezca una excepción a la *successio graduum*, excepción limitada a favor de los hijos del representado.

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

Lo cual no es como en el caso anterior una excepción a un

principio, sino la aplicación de las normas sobre la transmisibilidad de los derechos. Por lo cual tal sucesión *iure transmissionis* se extiende en favor de cualquier sujeto, y no sólo en favor de los hijos del transmitente.

## CAPITULO QUINTO

### PROBLEMAS SINGULARES

#### I. PLURALIDAD DE HEREDEROS DEL TRANSMITENTE

##### 1. *La pluralidad de transmisarios y la aceptación de la herencia.*

Los sucesores del transmitente en el *ius delationis* pueden ser varios. En tal caso, dado que aunque en los términos que ya vimos es posible recibirlo a título singular, no se puede atribuir a ninguno concretamente. Suceden en él conjuntamente todos los adquirentes—que sean capaces de adquirirlo—de la herencia o legado de que forme parte.

Y ya convertidos en titulares del mismo, llega el momento de ejercitarlo, aceptando o no la herencia del primer causante.

En este punto los Derechos adoptan dos posturas. Unos obligan a una necesaria igualdad de conducta de todos los titulares. Así el Código Napoleón artículo 782 («Si los herederos no están de acuerdo para aceptar o repudiar la sucesión (del primer causante), debe ser aceptada a beneficio de inventario»). De forma que o aceptan o repudian todos, y en caso de que unos pretendan lo primero y otros lo segundo se impone la aceptación, incluso a los que pretendían repudiar. Claro, que, para evitar perjuicios, a beneficio de inventario.

De diversas maneras se ha pretendido explicar tal norma, pero sin conseguirlo satisfactoriamente. De cualquier manera, tanto la doctrina francesa como la extranjera la critican desfavorablemente (108). Y realmente, además de carecer de verdadero fundamento, puede ocasionar multitud de problemas.

(108) Por ejemplo, para ver explicaciones y críticas en doctrina italiana, N. COVIELLO, 146; POLACCO, II, págs. 60 y 61; RUSSO, en *loc. cit.*, pág. 127, nota 1. En doctrina francesa, véase por todos PLANIOL. RIPERT, P'OU LANGER, número 2.131. En doctrina española, ROCA, en *Estudios*, pág. 300.

La explicación más extendida en la doctrina es la siguiente: los herederos representan todos juntos al difunto su causante y adquieren el derecho de aceptar o de repudiar como correspondía a aquél, y como aquél no podía haber aceptado la herencia sólo en parte, así tampoco es posible que los transmisarios no observen todos una misma conducta aceptando o repudiando. Por lo cual, cuando no están de acuerdo se impone a todos la aceptación a beneficio de inventario, que no puede serles perjudicial.

Ahora bien; tal teoría es inadmisibles. Y lo único cierto es que se impone aceptar a quien no tiene interés en la aceptación, o lo tiene en repudiar, y se impone el beneficio de inventario a quien, quizá no tiene interés en pedirlo.

Por el contrario, la mayoría de los Códigos admiten que los diversos titulares puedan aceptar o repudiar la herencia del primer causante separada e independientemente unos de otros. Así el Código italiano de 1865, artículo 940; el Código de 1942, artículo 479, segundo; el Código español, artículos 1.007 y 889, segundo; el B. G. B. § 1.952 último (sólo a título de criterio lo decimos, pues, como sabemos, su sistema es distinto); etc.

Los titulares que aceptan o, de cualquier manera, adquieren *ex lege* la herencia del primer causante, reciben por el llamado acrecimiento la parte de los que repudien (si la repudiación extingue el *ius delationis*), salvo que ésta deba seguir distinto camino (109). Si alguno de ellos muere a su vez sin aceptar ni repudiar, se producen o una nueva transmisión de su *ius delationis* o bien su parte sigue la suerte que le corresponda (extinción, y acrecimiento por los otros llamados conjuntamente, o bien llamada del sustituto).

## 2. La partición de la herencia o del legado.

Por lo que respecta a la partición de la herencia o del legado del transmitente del *ius delationis*, puede haber duda de si es posible atribuir dicho *ius* exclusivamente a alguno o varios de los sucesores en pago de su parte (110), para que éste o éstos acepten luego la herencia del primer causante.

Creemos que hay que rechazar tal posibilidad, en base a que el *ius delationis* es indisponible *inter vivos*. Su disposición implica adquisición *ex lege* de la herencia deferida (Código italiano de 1942, art. 477, Código español, art. 1.000). Lo cual quiere decir que al adjudicarlo por partición a algún sucesor del transmitente, en pago de su parte, se verifica la adquisición de la herencia del primer causante por todos los titulares de *ius delationis* a ella, y los adjudicatarios no reciben realmente un *ius delationis*, sino el contenido de la herencia a la que aquél se refería.

A diversa solución se podría llegar, quizá, por quien no admita, como nosotros, la naturaleza constitutiva de la partición hereditaria.

(109) Por ejemplo: Sea mi heredero A, y, si muere sin aceptar ni repudiar y no aceptan mi herencia sus tres hijos, en la parte del que repudie, herédeme X.

(110) Por ejemplo, los tres herederos A, B y C acuerdan que la herencia de su causante—a la que fueron llamados por partes iguales—, compuesta de dos fincas y del *ius delationis* a la herencia de X, se parta así: a A y a B se adjudica una finca a cada uno, y a C, el *ius delationis* a la herencia de X.

Otro ejemplo: A, B y C, legatarios del causante H, han sido llamados a las ventajas patrimoniales que tal causante recibió de X. Tales ventajas son dos fincas, que X le había donado, y el propio llamamiento de H a la herencia de X, que H muere sin aceptar ni repudiar. Los legatarios acuerdan partir como en el caso anterior.

## II. BENEFICIO DE INVENTARIO

1. *Previo.*

Los aceptantes, tanto de la herencia del transmitente como de la del primer causante, pueden serlo a beneficio de inventario.

La aceptación pura o a beneficio de inventario de la herencia del transmitente, no prejuzga ni que se haya, ni cómo se haya de aceptar la del primer causante.

Ahora bien, la aceptación pura y simple o a beneficio de inventario, y también la repudiación, de la herencia del primer causante, implican la adquisición *ex lege* de la del transmitente (Código español, art. 999, 3.º; Código italiano de 1942, artículo 476).

2. *Terminología.*

Hablaremos de patrimonios separados, por ser la terminología legal (Código italiano de 1942, art. 499, Código español, art. 1.023), y que corrientemente ha utilizado la doctrina al construir los efectos de la aceptación a beneficio de inventario (111).

De cualquier manera, no se debe olvidar que la limitación de responsabilidad en la aceptación a beneficio de inventario, tiene sólo por fin reducir la del heredero, por el pasivo y cargas hereditarias, sólo al activo recibido. De ello se sigue que, en definitiva, por razón de la *diferente responsabilidad* que alcanza a cada masa patrimonial, no se trata de que el pasivo del heredero no vaya a afectar al activo heredado, sino de que el pasivo heredado y las cargas de la sucesión no afecten al activo del heredero.

3. *Examen de los diferentes supuestos.*

Teniendo esto presente podemos examinar los diferentes supuestos posibles (112):

1.º Aceptadas ambas herencias pura y simplemente, se funden con el patrimonio del heredero, formando un solo patrimonio.

2.º Si se acepta a beneficio de inventario la del primer causante y pura y simplemente la del transmitente, se forman dos patrimonios: 1.º, el del heredero más el del transmitente; 2.º, la herencia del primer causante.

3.º Si se aceptan ambas a beneficio del inventario, se tienen tres patrimonios: 1.º, el del heredero; 2.º, la herencia del transmitente; 3.º, la herencia del primer causante.

(111) Sobre ello véanse especialmente VOCIÑO y PINO. Este, más recientemente, sostiene ser, el que tratamos, un caso de patrimonio separado (particularmente pág. 26). Nosotros adoptamos la construcción que de los efectos de la aceptación a beneficio de inventario hace CICU. *SMC.*, págs. 95 y ss.

(112) En la doctrina española breves alusiones a ellos en MANRESA, pág. 402; DE DIEGO, pág. 354; etc.

4.º Si se acepta a beneficio de inventario la herencia del transmitente y pura y simplemente la del primer causante, se suele decir que hay dos patrimonios, y que éstos están formados así: 1.º, el del heredero; 2.º, la herencia del transmitente más la herencia del primer causante (113).

La formación de estos patrimonios del cuarto supuesto, se hace en base a creer que el adquirente sucede al transmitente, además de en su herencia, también en la herencia del primer causante.

Nosotros, pues, habida cuenta de que pensamos que el adquirente sucede *directamente* al primer causante, en la herencia de éste, negamos la exactitud de esa composición de los patrimonios, y parece que deberíamos afirmar esta otra: 1.º, el compuesto por el del adquirente más la herencia del primer causante: 2.º, la herencia del transmitente.

Ahora bien, 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 (114).

Por lo cual, lo oneroso de la herencia del transmitente pesa sobre lo recibido del primer causante. Y como, además, naturalmente, con lo adquirido del transmitente a beneficio de inventario, responde el adquirente del pasivo y cargas de la herencia del primer causante—aceptada pura y simplemente—; y, por último, como el patrimonio propio del adquirente se fundió con la herencia del primer causante por tal aceptación pura y simple, resulta que no es exacto hablar de que esta herencia esté exclusivamente ni en el primero ni en el segundo grupo patrimonial—caracterizados por la diferente responsabilidad—, ya que de ella y con ella se responde por igual en uno y otro.

#### 4. Posible duda.

Una posible duda, planteable en el caso de aceptación a beneficio de inventario de la herencia del transmitente y pura y simplemente de la del primer causante, podría ser:

Si fuese una *damnosa hereditas*, esa del primer causante (cuyo pasivo superase, además de al activo recibido del primer causante, al saldo de la herencia del transmitente), supondría para el adquirente un perjuicio incompatible con la aceptación a beneficio de inventario de la herencia del transmitente, dentro de la cual, en definitiva, se encontraba el *ius delationis*.

(113) Así, expresamente, LOSANA, núm. 146, pág. 98.

(114) Ya que, por otro lado, si este transmitente antes de morir hubiese aceptado, con o sin beneficio de inventario, tales acreedores y legatarios tendrían derecho a ser satisfechos con el activo que hubiese recibido.

Sin embargo, creemos que debe sostenerse que no hay tal incompatibilidad, porque:

1.º El *ius delationis* que se le transmite no es ni una deuda hereditaria ni un legado o carga que grave la herencia (Código italiano de 1942, art. 490, número segundo, Código español, artículo 1.023, número primero), sino un *derecho* cuyo ejercicio, como el de otros pensables derechos hereditarios, puede serle perjudicial.

2.º Porque, de cualquier manera, ese perjuicio puede evitarlo aceptando a beneficio de inventario, la herencia del primer causante.

3.º Porque, una vez adquirido del transmitente el *ius delationis*, la sucesión del primer causante es sucesión distinta de la de aquél.

Análogamente creemos que cuando se recibe el *ius delationis* por legado, si no se acepta a beneficio de inventario la herencia del primer causante no se limita la responsabilidad del sucesor (heredero del primer causante y legatario del transmitente) por el pasivo y cargas de la herencia del primer causante.

### III. PATRIMONIALIDAD DEL «IUS DELATIONIS»

#### 1. *Medida de su valor.*

El *ius delationis* es un derecho patrimonial. Su valor es el valor de la herencia a la que da derecho.

Evidentemente parece esto lo razonable, cuando, una vez atribuido, depende de la sola voluntad del llamado, adquirir el propio patrimonio que es la herencia deferida, aceptándola.

Cualquier postura contraria a ésta llevaría, por otro lado, al problema, que no parece resoluble, de qué otro módulo ha de admitirse para el cálculo del valor del *ius delationis*.

Del valor de la masa patrimonial que a través del *ius delationis* se ofrece, hay que disminuir el valor de las cargas testamentarias válidas, y cualquier otra mengua patrimonial que—además de las que provocaría si la herencia la hubiese ya adquirido el transmitente—provoque la adquisición de tal herencia (salvo, naturalmente, el impuesto por la transmisión *mortis causa* del *ius delationis*).

Con tales deducciones tendremos el valor exacto del *ius delationis*, cuyo valor tiene fundamentalmente importancia a dos efectos: 1.º, al de la legítima; 2.º, al de cuantía de la porción hereditaria del transmitente atribuida a sus sucesores.

#### 2. *La legítima del transmitente.*

Respecto a lo primero, a tenor de los artículos 556 del Código italiano de 1942 y 818 del español, a los bienes propios del

transmitente—deducido el pasivo y sumadas las donaciones colacionables—hay que añadir el valor del *ius delationis*, que será el del contenido que componga la herencia del primer causante (con las deducciones antedichas) tal como se halle al morir el transmitente.

Los legitimarios del transmitente tienen derecho al cómputo del *ius delationis* para calcular sus legítimas (115).

A efectos de éstas creemos que el *ius delationis* es substancia hereditaria lo mismo que, por ejemplo, un derecho de propiedad. Y lo mismo que objeto de éste es la cosa, de aquél lo es el contenido de la herencia deferida.

Así, por ejemplo, los legitimarios que el transmitente instituye herederos, no podrán reclamar (aunque los legados, verificados por este transmitente a favor de otras personas, agoten sus propios bienes), con tal de que el contenido de la herencia, cuyo *ius delationis* reciben, sea bastante para satisfacer sus derechos legitimarios.

### 3. Participación de la herencia del transmitente e incapacidad de algún heredero para suceder al primer causante.

Respecto a lo segundo, cuando uno de los sucesores del transmitente hubiese sido llamado a una parte de la herencia de éste (la mitad por ejemplo) y sea incapaz de suceder al primer causante, hay que tener en cuenta que será preciso compensar, con otros elementos de la sucesión del transmitente, la parte de *ius delationis* que no puede recibir, ya que, en caso contrario, no podría suceder en la porción de herencia del transmitente que éste quiso si murió testado, o dispuso la Ley, si murió intestado (116).

La adquisición *exclusiva* del *ius delationis* por los sucesores del transmitente que son capaces de suceder al primer causante, determina, una reducción del ámbito de libertad en la partición. La cual, siendo forzada en cuanto a los receptores del *ius delationis* sólo puede ya extenderse libremente a los bienes restantes de la herencia del transmitente, en forma de *compensar* a los otros sucesores del transmitente, incapaces de suceder al primer causante (117).

(115) Si tal valor es negativo, nos remitimos a lo que diremos más adelante.

(116) Por ejemplo, la herencia del transmitente vale cien, y la del primer causante otros cien. Son dos los herederos del transmitente: A y B, llamados ambos por partes iguales. B incapaz de suceder al primer causante.

• En base a lo sentado en el texto, B debe suceder en la íntegra herencia del transmitente, salvo el *ius delationis* a la herencia del primer causante, que no puede recibir. A debe suceder al transmitente sólo en el *ius delationis*. Pues, en otro caso, habida cuenta de que la herencia del transmitente se compone de dos valores patrimoniales iguales (1.º, el *ius delationis* a la herencia del primer causante; 2.º, la herencia propia del transmitente, con exclusión del *ius delationis*), A y B no sucederían al transmitente por partes iguales.

(117) Supuesto que, por lo demás, se da en otras muchas ocasiones. Por

## 4. Valor negativo del «ius delationis».

Como principio general creemos que se debe afirmar que no puede entrar en juego el posible valor negativo del *ius delationis* (herencia del primer causante con más pasivo que activo). En tal caso, dicho valor debe apreciarse como cero, pero no negativamente. Ello porque teniendo el titular del mismo siempre la posibilidad de repudiar o de aceptar a beneficio de inventario, puede, si quiere, eliminar ese valor negativo (118).

## 5. Repudiación por alguno de los herederos del transmitente, de la herencia del primer causante.

En caso de repudiar la herencia del primer causante alguno de los herederos del transmitente, estos herederos no suceden a dicho transmitente desigualmente (respecto de la porción en que el transmitente los instituyó o les llamó la ley), aunque pudiese parecerlo, porque:

A) Se atribuye a todos los herederos del transmitente igual valor patrimonial, por ejemplo con igual porción de *ius delationis* a la herencia del primer causante.

B). El hecho de que alguno de esos herederos del transmitente, repudiando la herencia del primer causante, destruya voluntariamente el valor que se le atribuyó, provocando así una desigualdad objetiva, no dice nada en contra, pues es lo mismo que si alguno quema o abandona la casa que heredó.

Si aún se dice que es que, además, con la repudiación se produce un beneficio a los demás coherederos del heredero del transmitente, se puede responder que, a los efectos que aquí interesan, no sería sustancialmente distinto tal caso al de que, por ejemplo, un coheredero recibiese un derecho de usufructo y, renunciando a él, enriqueciese al titular de la nuda propiedad.

---

ejemplo: institución de heredero a favor de A y B. Este es extranjero, y en la herencia existen bienes que no pueden pertenecer sino a nacionales.

(118) Proceder de otro modo llevaría a soluciones injustas. Así, en el ejemplo de la nota 116, pensemos que la herencia del transmitente X vale + 300, y que el *ius delationis* vale — 100. Dándole a éste su valor negativo, habría que atribuir a A 200 de la herencia de X, que — 100 de la herencia del primer causante, harían 100. Y atribuir otros 100 de la herencia de X a B.

Ahora bien; pudiendo A repudiar la herencia del primer causante o aceptarla a beneficio de inventario, resultaría que, en definitiva, percibiría 100 más que B.

El valor negativo del *ius delationis* podría, quizá, apreciarse cuando, en base a cualesquiera razones, A quedase obligado a aceptar pura y simplemente la herencia del primer causante.

Creemos que no habría de apreciarse el valor negativo cuando, por ejemplo, A hubiese aceptado, sin beneficio de inventario, espontáneamente la herencia del primer causante. Pues si ello le es perjudicial, B no tiene por qué ver mermada su parte por el acto de A.



## AUTORES Y OBRAS CITADOS EN ESTE TRABAJO

- ANDREOLI: *La vocazione ereditaria*, en «Studi senesi», vols. LIV (1940), páginas 178 y ss., y LVI (1942), págs. 70 y ss.
- AUBRY Y RAU: *Cours de Droit civil français*, 5.<sup>a</sup> ed. (rev. por Martin), tomo IX Paris, 1917.
- AVENARIUS: *Der Erbschaftskauf im römischen Recht*. Leipzig, 1877.
- AZZARITI y MARTÍNEZ: *Successioni per causa di morte e donazioni*, 2.<sup>a</sup> ed. Padova, 1948.
- BARASSI: *Le successioni per causa di morte*, 3.<sup>a</sup> ed. Milano, 1947.
- BARBERO: *Sistema istituzionale di Diritto privato italiano*, 3.<sup>a</sup> ed. Torino, 1951. tomo II.
- BAUDRY-LACANTINIERE: *Precis de Droit civil*, 13.<sup>a</sup> ed., tomo III. Paris, 1927.
- BINDER: *Bürgerliches Recht*. Erbrecht, 1930.
- BIONDI: *Corso di Diritto romano. Diritto ereditario*. Parte generale. Milano, 1934.
- PONFANTE: *Corso di Diritto romano*, vol. VI. *Le successioni*. Parte generale. Roma, 1930.
- BONNECASE: *Precis de Droit civil*, tomo III. Paris, 1935.
- BRINZ: *Lehrbuch der Pandekten*, 2.<sup>a</sup> ed., tomo III. Erlangen, 1886.
- BRUNETTI: *Modalità sospensiva e transmisibilità del diritto nelle successioni testamentarie*, Firenze, 1934.
- BRUNETTI: *Il dies incertus nelle disposizioni testamentarie*, Firenze, 1893.
- BUTERA: *Libro delle successioni per causa di morte e della donazioni*. Torino, 1940.
- CARIOTA-FERRARA: *Il diritto al diritto*, en *Diritto e Giurisprudenza*. 1945, páginas 145 y siguientes.
- CARIOTA-FERRARA: *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli, 1948.
- CASSATI-RUSSO: *Manuale di Diritto civile italiano*. Torino, 1947.
- CASTÁN: *Derecho civil español común y foral*, 6.<sup>a</sup> ed., tomo IV. Madrid, 1944.
- CICU: *Le successioni* (Parte generale: *Successione legittima e dei legittimari. Testamento*). Milano, 1947.
- CICU: *Sulla istituzione di erede condizionale*, en *Scritti giuridici in memoria di Ageo Arcangelli*. Padova, 1939, I, págs. 95 y ss.
- COLIN y CAPITANT: *Cours elementaire de Droit civil français*, tomo III, octava edicion. Paris, 1936.
- COVIELLO-NICOLA: *Delle successioni*, Parte generale. 4.<sup>a</sup> ed. (reelaborada por Leonardo Coviello). Napoli, 1935.
- COVIELLO, LEONARDO: *Successione legittima e necessaria*, 2.<sup>a</sup> ed. Milano, 1938.
- CUTURI: *Dei fidecommissi e delle sostituzioni nel Diritto civile italiano*. Città del Castello, 1889.
- CZYHLARZ: *Lehrbuch der Institutionen des römischen. Rechtes*, 19.<sup>a</sup> ed. 1933.
- CHIOVENDA: *Azione ed eccezione*, en *Saggi di Diritto proc. civ.* Roma, 1930.
- D'AMELIO en D'AMELIO: *Com. al C. c. Libro delle suc. e delle donaz.* Firenze, 1941.
- D'AVANZO: *Delle successioni*, 2 tomos. Firenze, 1941.
- D'AVANZO: *Istituzione di Diritto civile*, 3.<sup>a</sup> ed. Roma, 1950.
- DE BUEN: *Notas a la traducción española del Curso de COLIN y CAPITANT*, tomo VIII. Madrid, 1928.

- DE CASTRO: *Derecho civil de España*, I, 2.<sup>a</sup> ed. Madrid, 1949.
- DE DIEGO: *Instituciones de Derecho civil*, tomo III. Madrid, 1932.
- DEGNI: *Lezioni di Diritto civile. La successione a causa di morte*, tomos I (*Suc. legittima*). Padova, 1931, y IV (*Disposizioni comuni alle suc. legittime e testamentarie*). Padova, 1937.
- DEMOLOMBE: *Cours de Code civil*, XIV. Bruxelles, 1868.
- DE RUGGIERO y MAROI: *Istituzioni di Diritto civile*, 8.<sup>a</sup> ed., tomo I. Milano, 1950.
- DERNBURG: *Pandette*, Traduc. italiana de CICALA, tomo III. Torino, 1905.
- DE SEMO: *Istituzioni di Diritto privato*, 4.<sup>a</sup> ed. Firenze, 1946.
- DUSE: *Istituzioni di Diritto civile*, 5.<sup>a</sup> ed., tomo II. Torino, 1951 (revisada por MONTEL).
- ENDEMANN: *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, tomo III, 1.<sup>a</sup> parte, 9.<sup>a</sup> edición. Berlin, 1919.
- ENNECERUS: *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*. Marburg, 1889.
- ENNECERUS: en *Tratado de Derecho civil*, de ENNECERUS, KIPP, WOLFF; traducción esp. de PÉREZ y ALGUER.
- FADDA: *Concetti fondamentali del Diritto ereditario romano*, tomo II. Milano, 1949.
- FILOMUS-GUELFI: *Diritto ereditario*, tomo I. Roma, 1909.
- GABBA: *Intorno a la prescrizione del Diritto di accettare l'eredità*, en *Questioni di Diritto civile*, tomo II, 2.<sup>a</sup> ed., págs. 80 y sigts. Torino, 1911.
- GARCÍA VALDECASAS, GUILLERMO: *La adquisición de la herencia en el Derecho español*, en «Rev. de Der. Priv.», 1944, págs. 89 y siguientes.
- GARCÍA VALDECASAS, GUILLERMO: *De nuevo sobre la adquisición de la herencia*, en «Rev. de Der. Priv.», 1951, págs. 991 y ss.
- GITRAMA: *La administración de la herencia en el Derecho español*. Madrid, 1950.
- GUERRERA: *Imprescrittibilità dell'azione di petizione d'eredità*, en *Giur. italiana*, 1929, IV, 101 y siguientes.
- GUERRERA: *L'acquisto de l'eredità nell Diritto italiano*, en «Rev. Ita. per le Scienze giur.», 1923, pág. 483.
- HOFMANN: *Kritische Studien im römischen Rechte*. Wien, 1885 (estudio III).
- HUC: *Commentaire theorique et pratique du code civil*, tomo V. Paris, 1893.
- KARLOWA: *Römische Rechtsgeschichte*, tomo II. Leipzig, 1901.
- KIPP: en *Tratado de Derecho civil*, de ENNECERUS, KIPP y WOLF, trad. esp. de PÉREZ y ALGUER.
- KÖPPEN: *Lerhbuch des heutigen römischen Erbrecht*. Würzburg, 1895.
- LAURENT: *Principi di Diritto civile*. Trad. italiana, tomo IX. Milán, 1898.
- LENZI: *Casistica del Diritto successorio italiano*. Pisa, 1934.
- LOSANA: *Le disposizioni comuni alle successioni legittime e testamentarie*, segunda ed. Torino, 1911.
- MANRESA: *Comentario al C. c.*, 7.<sup>a</sup> edición. Madrid, 1907. Comentario al artículo 1.006.
- MELUCCI: *Il Diritto de successione*. Napoli, 1910.
- MESSINEO: *Manuale di Diritto civile e commerciale*, 8.<sup>a</sup> ed., vol. III, segunda parte. Milano, 1951, y vol. I, Milano, 1950.
- NATOLI: *L'amministrazione dei beni ereditari*, 2 tomos, I, Milano, 1947; II, Milano, 1949.

- NICOLO: *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*. Messina, 1934.
- PÉREZ y ALGUER: Notas a la trad. esp. del *Tratado* de ENNECERUS, KIPP y WOLFF.
- PERNICE: *Marcus Antistius Labeo*, tomo I. Halle, 1873.
- PEROZZI: *Istituzioni di Diritto romano*, 2.<sup>a</sup> ed., tomo II. Roma, 1928.
- PIACENTINI: *La c. d. istituzione di nascituri non concepti*, en «Rev. di Diritto civile», 1923, págs. 144 y ss.
- PINO: *Il patrimonio separato*. Padova, 1950.
- PLANIOL RIFERT BOULANGER: *Traité de Droit civil de Marcel Planiol*, tomo III, 4.<sup>a</sup> ed. Paris, 1951.
- POLACCO: *Delle successioni*, 2.<sup>a</sup> ed., 2 tomos. Milano, 1937.
- RADAELLI: *L'ereditá giacente*. Milano 1948.
- ROCA: *La adquisición y la repudiación de la herencia en el Derecho común y en el foral*, en *Estudios de Derecho privado*, tomo II, *Sucesiones*. Madrid, 1948, págs. 1 y ss. *El derecho de transmisión*, en *Estudios cit.*, pág. 294; *El legado de parte alícuota*, en *Estudios cit.*, págs. 181 y ss; Notas a la trad. esp. del *Tratado* de ENNECERUS, KIPP y WOLF.
- ROYO: *Derecho sucesorio*. Sevilla, 1951.
- RUSO en D'AMELIO: *C. c. Libro delle suc. per causa di morti e delle donas.* Firenze, 1941.
- SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, tomo VI, 2.<sup>a</sup> ed.
- SANTORO-PASSERELLI: *Appunti sulle suc. legittime*, en «Rev. Ita. per le Scienze giur.», 1928, págs. 599 y ss. (También existe volumen separado, Roma, 1930, pero citamos «btre la revista.)
- SOHM: *Instituciones de Derecho privado romano*. trad. esp. de Rocés. Madrid, 1936.
- SOLAZZI: *Diritto ereditario romano*. Napoli, 1932, tomo I.
- STEINLECHNER: *Das schwebende Erbrecht und die Unmittelbarkeit der Erbfolge*, tomo I. Innsbruck, 1893.
- STOLFI NICOLA y FRANCESCO: *Il nuovo C. c. comm. Libro delle suc. e delle donas.* Napoli, 1941.
- STOLFI, NICOLA: *Diritto civile*, tomo VI. Torino, 1934.
- STOLFI, GIUSEPPE: *Note sul concetto di successione*, en «Rev. trim. di Dir. e proc. civ.», 1949, págs. 535 y ss.
- STOLFF: *Concetto dell'erede*, en *Giur. ita.* 1949, IV, 162 y siguientes.
- STROHAL: *Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des B. G. B.*, tomo I. Berlin, 1903.
- TORRENTE: *In tema di trasmissione della delazione ereditaria*. en *Giur. completa della Corte Suprema di Casazione, sez. civ.*, 1944, pág. 548.
- TRAVIESAS: *Sobre derecho hereditario*, en «Rev. de Der. Priv.», 1921, págs. 1 y siguientes.
- TRAVIESAS: *Legados*, en *Rev. de Der. Priv.* 1931 (varios números).
- ÜNGER: *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, tomo VI, *Erbrecht*, 4.<sup>a</sup> ed. Leipzig, 1894.
- VALVERDE: *Tratado de Derecho civil español*, tomo V, 3.<sup>a</sup> ed. Valladolid, 1926.
- VASSALLI: *Delle successioni*. Parte I. Torino, 1928.
- VENZI y FRANCO: *Notas a las Istituzioni* de PACIFICI MAZZONI, 5.<sup>a</sup> edición, tomo VI, parte II. Firenze, 1923.

VOCINO: *Contributo alla dottrina del beneficio d'inventario*. Milano, 1942.

VOET: *Commentariorum ad Pandectas*.

VOIRIN: *Manuel de Droit civil* (première année) 7.<sup>ª</sup> ed. Paris, 1950.

WINDSCHEID: *Diritto delle Pandette*, trad. ita. de FADDA y BENZA. Tomo III.  
Torino, 1930.

ZAPULLI en BRUNELLI y ZAPULLI: *Commento al nuovo C. c. Libro delle suc. e delle donaz.* 2.<sup>ª</sup> ed. Milano, 1951.