

LA CAPACIDAD SUCESORIA DEL TRANSMISARIO EN EL *IUS DELATIONIS*

Ana Alemán Monterreal
Universidad de Almería

Como es sabido, el Derecho romano establece como principio o regla general la intransmisibilidad del *ius delationis*; en consecuencia, si el heredero voluntario fallece antes de adir la herencia, la vocación -el llamamiento a heredar- no se transmite a sus herederos. No obstante, tal principio fue sufriendo importantes excepciones en su devenir histórico, hasta llegar a afirmarse en el derecho justinianeo la norma contraria¹. Teniendo esto presente, pretendemos en esta comunicación determinar la capacidad sucesoria exigida al transmisario de este derecho, y si ésta es suficiente respecto del transmitente, o si, por el contrario, se requiere también respecto del primer causante.

Nuestro Código civil reconoce la transmisión del *ius delationis* en su art. 1006 cuando dice: «Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía». La doctrina es unánime en admitir que la transmisión del *ius delationis* presupone necesariamente una delación existente y eficaz; pero, para ello, es requisito, por un lado, que el transmitente haya sobrevivido al primer causante y tenga capacidad para sucederle, y por otro, que el transmisario sobreviva al transmitente y sea igualmente capaz. Sin embargo, la doctrina aparece dividida sobre a quién sucede el transmisario; parte de ella sostiene que éste, al aceptar la herencia del transmitente, acepta también la herencia del primer causante en virtud de la delación derivativamente adquirida, por lo que, es heredero del transmitente y del primer causante; en cambio, otros sostienen que, recibiendo el transmisario la delación para la primera herencia como parte del todo hereditario del transmitente, éste sería el único causante del transmisario.

Esta disparidad de criterios provocó, y sigue provocando, la escisión doctrinal en lo relativo a la capacidad sucesoria del transmisario. En efecto, quienes opinan que el transmitente es el único causante del transmisario afirman que es suficiente su capacidad para suceder sólo y exclusivamente respecto del transmitente; por contra, quienes afirman que el transmisario es heredero tanto del transmitente como del primer causante suelen sostener que el transmisario ha de tenerla no sólo respecto del transmitente sino también respecto del primer causante, exigiéndole, por tanto, una doble capacidad sucesoria².

1. La delación es definida por los romanos en Dig.50,16,151 en los siguientes términos: *delata hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi*; a saber, el llamamiento hecho a una persona para adquirir la herencia. En efecto, la delación concede al llamado la facultad de poder adquirir la herencia mediante un acto libre y voluntario que es la aceptación; tanto el acto adquisitivo como la llamada sólo pueden ser realizados por el heredero debido a su carácter personal, y es, precisamente, de dicho carácter de donde deriva su intransmisibilidad. Esta intransmisibilidad fue sufriendo sus excepciones hasta llegar a afirmarse el principio opuesto: transmisibilidad de la delación.

2. Así, en este sentido, Albaladejo, 'La sucesión iure transmissionis', *A.D.C.* 5 (1952) 911-971; Idem, *Anotaciones a Cicu, Derecho de sucesiones* (Barcelona 1964) 271; Idem, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, 14.1 (Madrid 1989) 284-290; Castán, *Derecho Civil Español Común y Foral* 6. *Derecho de sucesiones* 2 (Madrid 1978) 200; Puig Ferriol-Roca Trías, *Fundamentos del Derecho Civil de Cataluña* 3.1 (Barcelona 1979) 86-92; Vallet de Goytisoló, *Panorama del Derecho de Sucesiones* 2 (Madrid 1984) 399; Gete-Alonso, *Comentarios a Albaladejo* 29.3 (Madrid 1986) 285; Hernández Valdeolmillos, 'La transmisión

I. Ante esta polémica, y al objeto de determinar qué capacidad exige el Derecho romano al transmisario del *ius delationis*, así como la línea de continuidad de las soluciones dadas al respecto en su desarrollo histórico, analizaremos aquellos casos que han venido considerándose como excepciones a la regla general de su intransmisibilidad, hasta llegar a determinar en qué medida y momento se puede hablar de una auténtica transmisión de este derecho. Para ello, trataremos, en el derecho clásico de la *in iure cessio hereditatis* y de aquellos casos en que una herencia se considera aceptada cuando no pudo ser adida, para, a continuación, referirnos a algunos supuestos de transmisión de la *honorum possessio* y de la *in integrum restitutio*³; en el derecho postclásico, de la *transmissio ex capite infantiae* o *ex iure patrio*, y la *transmissio Theodosiana* o *ex iure sanguinis*; y recalar, en el derecho justinianeo, con la *transmissio iustiniana* o *ex iure deliberandi*.

I.1. Comencemos, pues, por la *in iure cessio hereditatis* como excepción, indiscutiblemente clásica, al principio de la no transmisibilidad tanto de la delación como del consiguiente derecho a llevar a efecto la *aditio*. El heredero intestado que no fuera *suus et necessarius* podía, antes de la *aditio*, ceder a otros la herencia, considerada como una sólo *res*, mediante la *in iure cessio*; de este modo, el cesionario venía a encontrarse en la misma situación jurídica que el que había recibido la *delatio*, y podía mediante la *aditio* adquirir en bloque la herencia. Pero en ello observamos, no tanto una transmisión de la delación sino antes bien una enajenación *inter vivos* de la misma por su titular originario. Esta institución presenta no pocos aspectos oscuros, provocando el desacuerdo doctrinal sobre cuál sería el objeto de la transmisión. Así, mientras algunos sostienen que se adquiere sólo el *ius delationis*⁴, otros afirman que en realidad la *in iure cessio hereditatis* no supone excepción alguna al principio de intransmisibilidad de la delación, al suponer un reconocimiento judicial de la cualidad de heredero, y, en consecuencia, adquirir el cesionario no el *ius delationis* sino la herencia misma⁵.

del *ius delationis*', *Homenaje a Juan B. Vallet de Goytisolo* 4 (Madrid 1988) 465-491; Fernández Alvarez y Pascual de la Parte, 'Sobre el carácter meramente instrumental de la transmisión del *ius delationis*. La posición jurídica del transmitente y del transmisario', *A.D.C.* 49 (1996) 1541-1547. Por contra, en defensa de su exigencia sólo respecto del transmitente: Cicu, *Le successioni. Parte generale* (Milano 1945) 115-120; Roca Sastre, 'El derecho de transmisión', *Estudios de Derecho Privado 2. Sucesiones* (Madrid 1948) 294-301; Grosso-Burdese, *Le successioni. Parte Generale* (Torino 1977) 147; Branca, *Instituciones de Derecho Privado* (México 1978) 576; Lacruz y Sancho Rebullida, *Derecho de Sucesiones* (Barcelona 1981) 54-56; Capozzi, *Successioni e donazioni* 1 (Milano 1983) 73-74; Jordano Fraga, *La sucesión en el ius delationis. Una contribución al estudio de la adquisición sucesoria mortis causa* (Madrid 1990) 315-330. Por último, véase RDGRN de 20 de septiembre de 1967, que considera al *ius delationis* como uno de los derechos que integran la masa hereditaria de la persona a la que suceden, y por eso, se transmite junto con los demás bienes que forman parte de dicha herencia.

3. Sobre la transmisibilidad de la delación en época clásica, y las distintas posiciones doctrinales al respecto, véase Ribas Alba, 'La *transmissio* de la delación en derecho romano clásico', *BIDR* 33.34 (1991-1992) 289-307.

4. Al respecto, algunos sostienen que es necesaria la aceptación para convertirse en heredero, mientras que otros afirman que el cesionario se convierte directamente en heredero, por lo que no es ni siquiera necesaria la aceptación. Sobre los diferentes posicionamientos, véase Fadda, *Diritto ereditario romano* (Napoli 1902) 108.

5. Gayo 2,34-37; 3,85-87; Ulpiano *Fragm.* 19,11-15; D.44,44,28. *Serv. Ad aen.*, 3,29,7; *Sen. Ben.* 6,5,3; *Var. R.* 3,16,1; *Plin. Ep.* 5,1,3. Ambrosino, 'In iure cessio hereditatis. Spunti per la valutazione dell' hereditas', *SDHI* 10 (1944) 1-100; Idem, 'Esercitazioni di dommatica moderna sull diritto romano', *SDHI* 17 (1951) 195-224; Guarino, 'Notazione romanistiche: I la genesi storica dell' auctoritas patrum; II la lex XII tabularum e la tutela; III In iure cessio hereditatis', *Studi Solazzi* (1899-1948) 21-46; De Martino, 'Nota in tema di in iure cessio hereditatis', *Studi Solazzi* (1899-1948) 568-589; Betti, 'In iure cessio hereditatis, successio in ius e titolo di heres', *Studi Solazzi* (1899-1948) 594-602; Scherillo, 'La in iure cessio dell' eredità', *Scritti Carnelutti* 4 (1950) 255-292; Solazzi, 'L'in iure cessio hereditatis e la natura dell' antica hereditas', *IURA* 3 (1952) 21-47; Arangio Ruiz, *Istituzioni di diritto romano* (Napoli 1953) 322; Albanese, 'Gai 2, 34-34 e l'in iure cessio hereditatis', *Annali Palermo* 23 (1953) 213-251; Biondi, *diritto ereditario romano* (Milano 1954) 176-181; Betti, 'La in iure cessio hereditatis', *RIDA* 13 (1966) 97-106; Torrent, *Venditio hereditatis. La venta de herencia en Derecho Romano* (Salamanca 1966); Idem, 'Cronología, finalidad y desaparición de la in iure cessio hereditatis', *Studi Volterra* 3 (1971) 237 ss.; Von Lübtow, 'Die Übertragung des Rechts zur Antretung der Erbschaft un die Weitervererbung des erworbenen Nachlasses', *Studi Scherillo* 1 (1972) 327-340; Bonfante, *Corso di diritto romano 6. Le successione* (Milano 1974) 300-303.

En cualquier caso, no podemos cuestionarnos la capacidad sucesoria del transmisario, por no encontrarnos ante un supuesto de transmisión *mortis causa* del *ius delationis*, sino ante un acto de disposición *inter vivos* ya de la delación ya de la herencia misma.

I.2. De otro lado, encontramos algunos supuestos en los que se considera que la herencia ha sido adida cuando en realidad no pudo llevarse a cabo la adición. Nos referimos a los contemplados en tres fragmentos de Ulpiano recogidos en Dig.29,5,3,30; Dig.29,2,30pr.; Dig.38,2,6,1, y uno de Paulo Dig.29,2,7,1.

En el primero de ellos Ulpiano expone cómo el heredero que ha fallecido antes de adir la herencia, en espera de que se cumpla lo dispuesto en el Senadoconsulto Silaniano, transmite a sus herederos las acciones útiles para reclamar dicha herencia. En puridad, creemos, que no se trata de un supuesto de transmisión del *ius delationis*, puesto que el heredero no ha aceptado aún la herencia por existir una norma que se lo impedía, desprendiéndose del fragmento que la herencia habría sido adida de no haber fallecido. Así, ante tal situación, se finge que el heredero fallecido ha aceptado la herencia, y, por tanto, sus herederos pueden actuar por sus derechos hereditarios. No existe, pues, transmisión de la delación sino transmisión de una herencia *quasi* adquirida⁶.

En Dig.29,2,30pr. el mismo Ulpiano relata el caso de un hijo que había sido instituido heredero y falleció sin poder realizar la *aditio*, ya que el padre, por motivos de estado, estaba ausente y no pudo prestar su autorización; el emperador Antonino concede al *pater* la posibilidad de adir la herencia del hijo. De nuevo, no estamos ante una transmisión del *ius delationis*, porque del fragmento claramente se infiere que la intención del hijo era aceptar la herencia, lo que no pudo llevarse a cabo por un motivo justificado: el *pater* estaba ausente por una legación que le impidió prestar su autorización; de forma que esa falta de *iussum* se suple presuponiendo que la herencia ha sido aceptada, y que, en cualquier caso, el padre adquiriría *iure patrio* la herencia del hijo⁷.

Y en Dig.38,2,6,1, el mismo jurista se refiere a la hija del patrono que es instituida heredera por el liberto en un testamento impugnado como falso, y muere durante el juicio sin haber podido aceptar; ante tal situación, un rescripto del emperador Marco Aurelio reconoce a sus herederos el mismo derecho que ella tenía. Tampoco, aquí creemos que exista transmisión del *ius delationis*, pues la intención de la heredera era aceptar la herencia -lo que no se produjo por fallecer durante la impugnación del testamento-, y por este motivo se considera que actúa como si la herencia hubiese sido aceptada⁸.

6. Ulpiano Dig.29,5,3,30: *Eleganter Scaevola ait, ut quis ad heredem suum utiles actiones transmittat, si forte ante aditionem decessit, exploratum esse debere, idcirco cum non adire, quod Senatusconsulto Edicto que terreatur.* Maynz, *Curso de Derecho Romano* (Barcelona 1892) 466 n. 11; Windscheid, *Diritto delle Pandette* 3 tr. por Fadda y Bensa (Torino 1930) 317 n. 14; Biondi, *Diritto ereditario* 182-183; Voci, *Diritto ereditario romano* 1 (Milano 1967) 506; Bonfante, *Corso* 305; Volterra, *Instituciones de Derecho Privado* tr. por Daza Martínez (Madrid 1986) 705 n. 36. Según Ribas Alba, 'La transmissio' 305, considera que asistimos a un supuesto de *restitutio in integrum* y no, como ha sostenido parte de la doctrina, de *bonorum possessio*; argumentando que las acciones no se atribuyen al sucesor pretorio sino al heredero civil, por lo que la *bonorum possessio* debe ser excluida, ya que si así no fuera, se contradeciría todo el sistema pretorio basado en la *successio ordinum et graduum* y en la temporalidad de los llamamientos sucesivos. Es más razonable, pues, dice Ribas, sostener que las acciones útiles referidas en el texto son las ejercitadas por el heredero restituido. No obstante, nosotros lo incluimos, al igual que los demás casos que venimos contemplando, como supuestos de ficción jurídica de aceptación de una herencia.

7. Ulpiano Dig.29,2,30pr.: *Quum quidam legationis causa absens filium heredem institutum non potuisset iubere adire in provincia agentem, Divus Pius rescripsit Consulibus, subvenire ei oportere mortuo filio, eo, quod reipublicae causa aberat.* Fadda, *Diritto ereditario* 118; Windscheid, *Pandette* 317 n. 13; Biondi, *Diritto ereditario* 183.

8. Ulpiano Dig.38,2,6,1: *Quum patroni filia heres instituta esset a liberto, falsumque testamentum dictum esset, in quo scripta erat, et appellatione interposita et pendente diem suum obiisset, heredibus eius Divus Marcus subvenit, ut idem haberent, quod haberet patroni filia, si viveret.* Windscheid, *Pandette* 318 n. 16; Biondi, *Diritto ereditario* 184; Voci, *Diritto ereditario* 508; Bonfante, *Corso* 307.

Por último Paulo en Dig.29,2,7,1, ante el fallecimiento de un hijo sin conocer que había sido instituido heredero por su padre, contempla para el nieto el *beneficium abstinendi* sobre la herencia del abuelo. De nuevo, estamos ante un supuesto de transmisión de la herencia y no del *ius delationis*, puesto que el *suus* la adquiere sin necesidad de aceptación; por consiguiente, el hijo que ha fallecido transmite la herencia a sus herederos, quienes pueden abstenerse lo mismo que él -transmisión del *beneficium abstinendi*-, y se trataría, por tanto, de una sucesión en la herencia ya adquirida y no en la delación⁹.

I.3. Otros supuestos se refieren a la *bonorum possessio*: Así, Papiniano en Dig.29,2,84 expone el caso de la institución de heredero de un *suus* o un emancipado con preterición de un póstumo, lo que supone que la validez del testamento quede en suspenso: si el póstumo nace rompe el testamento y se abrirá la sucesión *ab intestato*, si no nace se abrirá la delación testamentaria. El texto contempla dos supuestos según que la mujer no esté o esté embarazada. En el primero, si el *suus* fallece no existe problema, pues transmite la herencia por él adquirida, al no requerirse la aceptación; lo que no acontece en el caso del emancipado, puesto que, si muere sin haber realizado la adición, no puede transmitir la delación. En el segundo, esto es, si la mujer del testador está embarazada, la presencia del *nasciturus* excluye la delación, ante este evento, ni el *suus* ni el emancipado podrán adquirir la herencia hasta que el póstumo nazca, de tal modo que si alguno de ellos muere antes de nacer el concebido, no habrá adquisición ni transmisión.

Ante esta situación de expectativa del nacimiento del póstumo, Papiniano en Dig.29,2,84 y Paulo en Dig.37,4,4,3 establecen que los herederos mencionados pueden solicitar la *bonorum possessio decretalis*, abriéndose, de este modo, la posibilidad de transmitir este derecho en caso del fallecimiento de los herederos. Pero aún más, un fragmento de Juliano recogido en Dig.37,4,5 reconoce expresamente la posibilidad de transmisión de la *bonorum possessio*, ya que puede ser solicitada por los herederos del heredero fallecido antes de la adición¹⁰.

9. Paulo Dig.29,2,7,1: *Si filius, priusquam sciret, se necessarium extitisse patri heredem, decesserit relicto filio necessario, permittendum est nepoti abstinere se avi hereditate, quia et patri eius idem tribueretur.* Maynz, *Curso* 465 n. 5; Biondi, *Diritto ereditario* 181; Bonfante, *Corso* 103.

10. Papiniano Dig.29,2,84: *Ventre praeterito si filius, qui fuit emancipatus, aut exter heres institutus sit, quamdiu rumpi testamentum potest, non defertur ex testamento hereditas; sed si vacuo ventre mulier fuit, et incerto eo filius in familia retentus vita decessit, heres fuisset intelligitur; emancipatus aut exter non aliter possunt hereditatem quaerere, quam si non esse praegnantem sciant. Ergo si ventre pleno sit mulier, nonne iniquum erit, interea defunctum filium heredi suo relinquere nihil? Et ideo decreto filio succurrendum est, quia, sive frater ei nascatur, sive non nascatur, patri heres futurus est. Eademque ratio facit, ut emancipato quoque subveniri debeat, qui alterutro casu rem omnimodo habiturus est.* Paulo Dig.37,4,4,3: *Si quis eum, qui in utero est, praetermiserit, etiam nondum nato eo, alius, qui heres institutus est, bonorum possessionem contra tabulas admittere potest, quia iniquum est, neque quasi scriptum posse petere bonorum possessionem, quamdiu contra tabulas peti potest, nec contra tabulas, quamdiu non nascitur praeteritus, ut, et si ante moriatur, bonorum possessionem beneficium ad heredem transmittat; quod maxime necessarium est in filio emancipato scripto herede, qui nec hereditatem interim adire potest.* Juliano Dig.37,4,5: *Sed et si decesserint, antequam peterent bonorum possessionem, non est iniquum, Praetorem decernere, heredibus eorum salvum fore commodum bonorum possessionis secundum tabulas, vel contra tabulas.* Maynz, *Curso* 466 n. 11; Windscheid, *Pandette* 317-318 n. 16; Biondi, *Diritto ereditario* 183-184; Solazzi, 'Bonorum possessio decretalis', *Scritti di diritto romano* 3 (Napoli 1960) 239-244; Voci, *Diritto ereditario* 509-510; Bonfante, *Corso* 306; Ribas Alba, 'La transmissio' 301-303.

El mismo supuesto nos refiere Ulpiano en Dig.38,17,1,1, si bien, en este caso, por dudas sobre la capacidad del *de cuius*¹¹. E idéntica transmisión encontramos en Dig.37,10,12, en relación a los herederos del heredero testamentario o del que hubiera podido obtener la posesión *ab intestato*¹².

En los casos señalados de *bonorum possessio* no creemos que exista transmisión del *ius delationis*, ya que ésta se obtiene indirectamente como consecuencia de la transmisión de la misma *bonorum possessio*.

I.4. En cuanto a la *transmissio ex capite in integrum restitutionis*, si el heredero que está en condiciones para obtener una *restitutio in integrum* contra la repudiación u omisión de una herencia, muere antes de ser restituida, transmite a sus herederos el derecho de obtener la restitución, y, con ello, la facultad de adquirir la herencia deferida del *de cuius*. No hay transmisión del *ius delationis* sino transmisión de la *in integrum restitutio*, consiguiendo indirectamente que la delación pueda transmitirse, ya que, como consecuencia de dicha restitución, el heredero ocupa la misma posición jurídica de su causante -el heredero fallecido-, viniendo, por tanto, facultado para aceptar la herencia.

Lo que vienen a corroborar, Ulpiano en Dig.4,1,6 al decir que la facultad de solicitar la *in integrum restitutio*, reconocida al heredero que por determinadas razones no pudo adir la herencia, se transmite a sus herederos; Paulo en Dig.4,4,24,2 al conceder al heredero del menor una *restitutio*, que le sitúa, por tanto, en la posición de aceptar o repudiar la herencia; y, Papiniano en Dig.29,2,86pr. exponiendo cómo los herederos de un *procurator*, que murió sin tener conocimiento de que había sido instituido heredero, solicitaron una *restitutio* en nombre del difunto, la cual les fue concedida aunque, según derecho estricto, no les correspondía por haber muerto antes de cumplirse el plazo para la adición¹³.

11. Ulpiano Dig.38,17,1,1: *Si ea sit mater, de cuius statu dubitatur, utrum materfamilias sit, an filiafamilias, utputa quoniam pater eius ab hostibus captus sit, si certum esse coeperit, matremfamilias esse, liberi admittentur. Unde tractari potest, an medio tempore, dum status pendet, succurri iis per Praetorem debeat, ne, si medio tempore decesserint, nihil ad heredem transmittant. Et magis est, ut subveniatur, ut in multis casibus placuit.* Cf. Windscheid, *Pandette* 318 n. 16; Biondi, *Diritto ereditario* 184; Voci, *Diritto ereditario* 511; Bonfante, *Corso* 307-308.

12. Papiniano Dig.37,10,12: *Scriptus heres, contra quem filius impubes, qui subiectus dicitur, ex Edicto primo bonorum possessionem petit exemplo legitimi, secundum tabulas interim accipere non potest; quodsi medio tempore scriptus, vel ille, qui intestati possessionem habere potuerit, moriantur, heredibus eorum succurrendum erit. Quid enim; si non potuerunt adire hereditatem iure cessante, vel ob litem in dubio constituti?.* Cf. Dig.37,4,5. Maynz, *Curso* 466 n. 11; Windscheid, *Pandette* 317 n. 16; Biondi, *Diritto ereditario* 184; Voci, *Diritto ereditario* 508-509; Bonfante, *Corso* 308; Ribas Alba, 'La transmissio' 301, quien considera que el fragmento contempla un supuesto de *restitutio* y no de *bonorum possessio*.

13. Ulpiano Dig.4,1,6: *Non solum minoris, verum eorum quoque, qui Reipublicae causa abfuerunt, item omnium, qui ipsi potuerunt restitui in integrum, successores in integrum restitui possunt; ita saepissime est constitutum. Sive igitur heres sit, sive is, cui hereditas restituta est, sive filiafamilias militis successor, in integrum restitui poterit. Proinde et si minor in servitutem redigatur, vel ancilla fiat, dominis eorum dabitur non ultra tempus statutum in integrum restitutio. Sed etsi forte hic minor erat captus in hereditate, quam adierit, Iulianus libro septimo decimo Digestorum scribit, abstinendi facultatem dominum posse habere non solum aetatis beneficio, verum et si aetas non patrocinetur; quia non adipiscendae hereditatis gratia legum beneficio usi sunt, sed vindictae gratia.* Paulo Dig.4,4,24,2: *Scaevola noster aiebat: si quis, iuvenili levitate ductus, omiserit vel repudiaverit hereditatem vel bonorum possessionem, siquidem omnia in integro sint, omnimodo audiendus est; si vero iam distracta hereditate et negotiis finitis ad paratam pecuniam laboribus substituti veniat, repellendus est; multoque parcius ex hac causa heredem minoris restituendum esse.* Papiniano Dig.29,2,86pr.: *Pannonius Avitus, quum in Cilicia procuraret, heres institutus ante vita decesserat, quam heredem se institutum cognosceret; quia bonorum possessionem, quam procurator eius petierat, heredes Aviti ratam habere non potuerant, ex persona defuncti restitutionem in integrum implorabant, quae stricto iure non competiit, quia intra diem aditionis Avitus obiisset. Divum tamen Pium contra constituisse, Maecianus libro Quaestionum refert in eo, qui legationis causa Romae erat, et filium, qui matris delatam possessionem absens amiserat, sine respectu eius distinctionis restitutionem locum habere; quod et hic humanitatis gratia obtinendum est.* Maynz, *Curso* 466 n. 11; Fadda, *Diritto ereditario* 116-117; Windscheid, *Pandette* 317 n. 15; Biondi, *Diritto ereditario* 183; Voci, *Diritto ereditario* 507; Bonfante, *Corso* 309. Cf. la constitución de Severo y Antonino recogida en Cod.2,51,1, que igualmente traspa a la *restitutio* a los herederos del militar que falleció con anterioridad a recibir la posesión de los bienes.

I.5. En definitiva, observamos cómo el derecho clásico busca medidas para evitar que una herencia quede vacante cuando el heredero, ante la existencia de un obstáculo legal o de razones de hecho, fallece sin ejercitar el *ius delationis*. De los textos mencionados se infiere claramente que el heredero no pudo adir la herencia debido a su fallecimiento; por este motivo, a veces se considera que la herencia ha sido aceptada, otras, en cambio, se transmite la *bonorum possessio* o la *in integrum restitutio*; de este modo, el heredero del heredero fallecido se coloca en la posición jurídica de su causante, y, por tanto, en la posibilidad de ejercitar el *ius delationis*. Así que, no podemos hablar de transmisión de la delación, puesto que ésta se consigue indirectamente, bien como consecuencia de considerar una herencia aceptada, bien transmitiendo la *bonorum possessio*, o mediante la transmisión de una *in integrum restitutio*. Por ello, es incuestionable la exigencia de la capacidad sucesoria del heredero transmisario respecto del primer causante, pudiendo únicamente ser apreciada en relación al heredero transmitente de una herencia que no pudo adir.

II. Pero, veamos qué ocurre en el derecho postclásico cuando comienzan a aparecer supuestos que realmente adquieren la consistencia de auténticas y verdaderas excepciones a la intransmisibilidad *mortis causa* del *ius delationis*.

II.1. En primer lugar, hemos de referirnos a la *transmissio ex capite infantiae o ex iure patrio*, aunque tampoco parece constituir excepción alguna a la intransmisibilidad de la *delatio*. En efecto, esta transmisión establecida por los emperadores Teodosio y Valentiniano en el año 426 (Cod.6,30,18), y que concede al *pater* la posibilidad de adir la herencia que su hijo por fallecimiento no pudo adir, expresamente dice que en caso de fallecimiento del infante la herencia se transmite «como si éste la hubiese aceptado», de donde se desprende que no hay transmisión del *ius delationis* sino de una herencia previamente aceptada; ficción jurídica de aceptación de una herencia que no pudo ser adida por fallecimiento del *infans*¹⁴. Y, no es coincidencia que observemos idéntica solución que en aquellas hipótesis del derecho clásico en que la herencia se entendía adida sin haber habido adición, en concreto, con el fragmento de Ulpiano recogido en Dig.29,2,30pr., si bien, en este caso, el *pater* sólo podía adir la herencia cuando su falta de consentimiento se debía a una causa pública, ahora, el *pater* puede adirla independientemente del motivo que le impidió prestar el *iussum*¹⁵.

Es más, viene a confirmar nuestro criterio cuando la misma constitución añade que si el hijo muere sin herederos se considera que la herencia no le ha sido deferida; de modo que, la delación de la herencia corresponde a aquellas personas que han de ser llamadas de no haberse instituido herede-

14. Teodosio y Valentiniano al Senado Cod.6,30,18pr.: *Si infanti, id est minori septem annis, in potestate patris vel avi vel proavi constituto vel constitutae, hereditas sit derelicta vel ab intestato delata a matre vel linea, ex qua mater descendit, vel aliis quibuscunque personis, licebit parentibus eius, sub quorum potestate est, adire eius nomine hereditatem vel bonorum possessionem petere*. Cod.6,30,18,1: *... ex quacunque successione ad eundem infantem devoluta, iure patrio quasi iam infanti quaesita capere*. Partiendo, pues, de esta afirmación, bajo ningún concepto en el ámbito del derecho clásico podríamos hablar de *transmissio*, ya que la herencia deferida al hijo, una vez adida con el *iussum* del *pater*, se entiende adquirida por él. Ahora bien, en el derecho postclásico se podría afirmar una transmisión de la delación, en cuanto se le reconoce al hijo un ámbito patrimonial en el que puede actuar con plena capacidad, por lo que, el padre recibiría la delación no en virtud de su patria potestad sino como consecuencia de la sucesión *mortis causa* del hijo; sin embargo, no estamos ante dicha situación, puesto que el hijo es un infante, y como tal no puede adir por sí mismo sino que necesita el consentimiento del *pater*. Sobre esta *transmissio*, véase: Maynz, *Curso* 466-467; Fadda, *Diritto ereditario* 122-123; Windscheid, *Pandette* 319; Biondi, *Diritto ereditario* 184-185; Voci, *Diritto ereditario* 512; Bonfante, *Corso* 312; Kaser, *Derecho romano privado* tr. por Santa Cruz Teijeiro (Madrid 1982) 331; Arangio Ruiz, *Istituzioni* 552; Schulz, *Derecho romano clásico* tr. por Santa Cruz Teijeiro (Barcelona 1960) 277-278; Roca Sastre, 'El derecho de transmisión' 297-298.

15. Evidentemente, la *transmissio ex capite infantiae o ex iure patrio* encuentra su precedente en Dig.29,2,30pr..

ro al infante¹⁶. Se pretende, pues, que la herencia no quede vacante, y para ello se recurre a una doble ficción jurídica dependiente de que existan o no herederos del infante; en el primer caso, la herencia se entiende aceptada, en el segundo, la herencia no se ha deferido. En consecuencia, no hay, en ninguno de los casos, transmisión del *ius delationis*, sino transmisión de una herencia o ejercicio originario de la delación. Nuevamente, pues, no podemos plantearnos la capacidad sucesoria que ha de tener el transmisario del *ius delationis*.

II.2. De otro lado, nos encontramos con la *transmissio Theodosiana o ex iure sanguinis* establecida por los mismos emperadores en una constitución del año 450 y recogida en Cod.6,52,1, por la cual, si el descendiente instituido por un ascendiente muere antes de la apertura del testamento, se verifica la transmisión a favor de sus propios descendientes, y el instituido transmite a sus descendientes la posibilidad de aceptar o repudiar la herencia, esto es, el *ius delationis*¹⁷.

Si bien, para que dicha transmisión se produzca, es requisito imprescindible que el transmisario posea capacidad para suceder no sólo respecto del heredero fallecido sino también respecto del primer causante. Lo que se evidencia de la mencionada constitución cuando establece: por un lado, la exclusividad de la transmisión a favor de los descendientes del descendiente instituido, y por otro, en el fin ínsito de la transmisión: «impedir que por accidentes o causas fortuitas los nietos y biznietos sean privados de la sucesión de los abuelos y bisabuelos». En consecuencia, asistimos a una transmisión del *ius delationis* en donde observamos la exigencia de que el transmisario de la delación ha de tener capacidad para suceder al transmitente y al primer causante, exigiéndosele, por tanto, una doble capacidad sucesoria.

III. Llegamos, por este camino, a la *transmissio iustiniana o ex iure deliberandi*, establecida en una constitución de Justiniano del año 529 y recogida en Cod.6,30,19¹⁸. En su virtud, si el llamado

16. Cod.6,30,18,3: ... *omnes hereditates ad eum devolutas et non agnitas ita intelligi, quasi ab initio non essent ad eum delatae, et eo modo ad illas personas perveniant, quae vocabantur, si minime hereditas infanti fuisset delata...*

17. Teodosio y Valentiniano a Hormisdas Cod.6,52,1: *Per hanc iubemus sanctionem, in posterum filios seu filias, nepotes aut neptes, pronepotes aut proneptes a patre vel matre, avo vel avia, proavo vel proavia scriptos heredes, licet non sint invicem substituti, seu cum extraneis seu soli sint instituti, et ante apertas tabulas defuncti, sive se noverint scriptos heredes, sive ignoraverint, in liberos suos, cuiuscunque sint sexus vel gradus, derelictam sibi hereditariam portionem posse transmittere, memoratasque personas, si tamen hereditatem non recusant, nulla huiusmodi praescriptione obstante, sibi tanquam debitam vindicare; quod scilicet etiam super legatis seu fideicommissis a patre vel a matre, avo vel avia, proavo vel proavia derelictis locum habet; siquidem perindignum est, fortuitas ob causas vel casus humanus nepotes aut neptes, pronepotes aut proneptes avita vel proavita successione fraudari, aliosque adversus avitum vel proavitum desiderium vel institutum insperato legati commodo vel hereditatis gaudere. Habeant vero solatium tristitiae suae, quibus est merito consulendum.* Maynz, *Curso* 467; Fadda, *Diritto ereditario* 123-124; Windscheid, *Pandette* 315-316; Biondi, *Diritto ereditario* 185; Voci, *Diritto ereditario* 512; Bonfante, *Corso* 310; Kaser, *Derecho romano* 331 y 326; Arangio Ruiz, *Istituzioni* 552; Kunkel, *Derecho privado romano* tr. por Prieto Castro (Barcelona 1937) 473-474; Roca Sastre, 'El derecho de transmisión' 297.

18. Justiniano a Demóstenes Cod.6,30,19: *Quum antiquioribus legibus, et praecipue in quaestionibus Iulii Pauli invenimus, filiosfamilias paternam hereditatem deliberantes posse et in suam posteritatem hanc transmittere, et aliis quibusdam adiectis, quae huiusmodi personis praecipua sunt; eam deliberationem et in omnes successores, sive cognatos sive extraneos, duximus esse protelandam. Ideoque sancimus: si quis vel ex testamento vel ab intestato vocatus deliberationem meruerit, vel hoc quidem non fecerit, non tamen successionem renuntiaverit, ut ex hac causa deliberari videatur, sed nec aliquid gesserit, quod aditionem vel pro herede gestionem inducit, praedictum arbitrium in successionem suam transmitat, ita tamen, ut unius anni spatio eadem transmissio fuerit conclusa; et siquidem is, qui sciens, hereditatem sibi esse vel ab intestato vel ex testamento delatam, deliberatione minime petita, intra annale tempus decesserit, hoc ius ad suam successionem intra annale tempus extendat. Si enim ipse, postquam testamentum fuerit insinuat, vel ab intestato vel aliter ei cognitum sit, heredem eum vocatum fuisse, annali tempore translapso nihil fecerit, ex quo vel adeundam vel renuntiandam hereditatem manifestaverit, is cum successionem suam ab huiusmodi beneficio excludatur. Sin autem instante annali tempore decesserit, reliquum tempus pro adeunda hereditate suis successoribus sine aliqua dubietate relinquat, quo completo nec heredibus eius alius regressus in hereditatem habendam servabitur.* Maynz, *Curso* 468-469; Fadda, *Diritto ereditario* 125-126; Windscheid, *Pandette* 313-314; Biondi, *Diritto ereditario*

testamentaria o legalmente a una herencia muere sin haberla aceptado o repudiado, transmite a sus herederos el mismo derecho de aceptarla o repudiarla. En este caso, evidentemente asistimos a una verdadera transmisión del *ius delationis*; sin embargo, esta transmisión viene condicionada a un límite de tiempo: el plazo de un año. Así, si el heredero muere antes de que haya transcurrido un año desde el día que tuvo noticia de la delación, sus herederos pueden, dentro del resto del año, adir la herencia del primer causante; por otra parte, si el transmitente segundo-causante muere sin conocer la delación, el año transcurre por entero a favor de sus herederos.

Una vez admitida la *transmissio*, se hace necesario el preguntarnos ¿Cuál es la capacidad sucesoria que ha de tener el transmisario?, y hemos de afirmar, sin duda, que ésta es exigida sólo y exclusivamente respecto a la persona del transmitente. En efecto, la constitución justiniana establece que la transmisión del *ius delationis* debe extenderse a todos los sucesores del heredero fallecido -transmitente-, ya sean cognados ya sean extraños; se amplía, pues, la limitación establecida por la *transmissio Theodosiana* que, como hemos tenido ocasión de comprobar, sólo se producía cuando el transmisario era heredero tanto del transmitente como del primer causante. Por tanto, la *transmissio iustiniana* supone que cualquier heredero del transmitente puede suceder al primer causante, con independencia de que presente o no capacidad para sucederle.

Lo que responde a la concepción justiniana de la transmisión del *ius delationis*. El transmitente es llamado a la herencia del primer causante, quien fallece sin haber ejercitado el *ius delationis*; a su muerte, se abre su sucesión, por lo que son llamados sus herederos -titulares originarios del *ius delationis* para esta segunda herencia-, quienes haciendo uso de esta delación aceptan la herencia, adquiriendo, en consecuencia, el conjunto de titularidades que la integran, y entre ellas, se encuentra el *ius delationis* de la primera herencia. Observamos, pues, cómo la delación que se transmite es la misma que había adquirido el heredero fallecido, y por ello, el transmisario ha de hacer uso de este derecho en el tiempo que le restase al transmitente. Y es que, el transmisario se ha colocado en la misma posición sucesoria que tenía su causante -transmitente-, de modo que, si ejercita positivamente este derecho, se convierte en heredero del primer causante; el transmisario sucede, pues, al transmitente pero no al primer causante, de quien se ha convertido en heredero por efecto de una transmisión derivativamente adquirida como parte de una herencia aceptada.

IV. En suma, podemos concluir diciendo que sólo la *transmissio Theodosiana* y la *transmissio iustiniana* constituyen auténticos casos de transmisión del *ius delationis*. En la primera se exige una doble capacidad sucesoria en el transmisario del mencionado derecho; en la segunda, sólo capacidad para suceder respecto del transmitente. Y si la regla o principio general de transmisibilidad del *ius delationis* es definitivamente confirmado en el derecho justiniano, creemos, pues, que el transmisario del *ius delationis* sólo ha de tener capacidad sucesoria respecto del transmitente.

No obstante, hemos visto cómo el derecho romano partiendo del principio de intransmisibilidad del *ius delationis*, busca, ya en el derecho clásico, expedientes jurídicos para conseguir el efecto práctico de la *transmissio*. Si bien, hay que esperar a la *transmissio Theodosiana* del derecho postclásico para asistir a una auténtica transmisión de la *delatio*, la cual, viene condicionada a que el transmisario posea capacidad para suceder al transmitente y al primer causante. Dicha limitación desaparece en derecho justiniano, lo que supone que cualquier heredero del heredero fallecido pueda ser titular del *ius delationis*; aunque, entonces, se establece una limitación en el tiempo para su ejercicio. Tras el derecho romano, observamos cómo las Partidas distinguen entre que el heredero fallezca antes de terminar el plazo concedido para deliberar y después de éste; en el primer caso, es evidente la recepción de la *transmissio iustiniana*, sin embargo, a diferencia de ésta, la transmisión se amplía a aquellos supuestos en que haya concluido el tiempo que tenía el heredero fallecido para su ejercicio,

185186; Voci, *Diritto ereditario* 512; Bonfante, *Corso* 313; Kunkel, *Derecho privado romano* 474; Arangio Ruiz, *Istituzioni* 552-523; Kaser, *Derecho romano* 331; Albaladejo, 'La sucesión' 942; Roca Sastre, 'El derecho de transmisión' 298; Masi, 'Note sulla transmissio Iustiniana' *Synteleia Arangio Ruiz* 2, 1026-1036. Cf. la Novela justiniana 158.

operando, en este caso, la transmisión sólo a favor de los herederos descendientes, y, exigiéndoseles, por tanto, una doble capacidad sucesoria¹⁹. El paso siguiente será la transmisión del *ius delationis* sin distinción de herederos y sin la limitación de tiempo, lo que encontramos en el art. 836 del proyecto de Cc. de 1851 así como en el art. 1018 del anteproyecto de 1882; ambos reflejados en el art. 1006 del vigente Cc., el art. 29 de la Compilación Catalana, y la ley 317 de la Compilación Navarra²⁰.

19. P.6,6,2: *Un anno de plazo puede el Rey dar a los herederos, en que se consejen, si quisieren tomar la herencia, en que son establecidos o non: mas los otros juezes, les deuen dar nueue meses. Pero si entendieren que en menor tiempo, se podria acordar, bien les pueden nienguar este plazo, dando les cient dias alomenos. E si por auentura alguno de los herederos muriessse, ante que se cumpliesse el plazo, que les era puesto: aquel tienpo que le fincaua despues de su muerte, deue lo auer su heredero para consejarse. Pero si se muriessse despues del plazo, ante que se otorgasse por heredero, si este atal era estranno, el su heredero, non aura derecho ninguno en la herencia, sobre quel finado auia tomado plazo para consejarse. Mas si aquel que fino deseendiesse de la linna derecha del testador que lo establescio por su heredero: estonce su heredero puede auer la herencia maguer aquel a quien heredaua, sea muerto despues del plazo, que le fue dado para consejarse.*

20. Art. 836 del Proyecto de Cc. de 1851: Por la muerte del heredero, sin aceptar o repudiar, se transmite a los suyos el mismo derecho que él tenía, aunque haya muerto ignorando que le había sido deferida la herencia. Si son varios los herederos y hay discordia, aceptarán los que quieran y los que no quieran no; pero los que acepten lo harán por la totalidad. Si la discordia fuere sobre aceptar a beneficio de inventario o sin él, se aceptará a beneficio de inventario y aprovechará a todos los coherederos. Art. 1018 del Anteproyecto de 1882: Por muerte del heredero sin aceptar o repudiar la herencia, pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía, aunque haya muerto ignorando que le había sido deferida la herencia. Art. 1006 Cc.: Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía. Art. 29 de la Compilación Catalana: Fallecido el llamado sin haber aceptado ni repudiado la herencia, el derecho a suceder mediante su aceptación y el de repudiar serán transmitidos siempre a sus herederos. Los herederos del llamado que hubiera fallecido sin aceptar ni repudiar la herencia podrán aceptar ambas herencias, pero no aceptar la primera y repudiar la segunda. En caso de ser varios los herederos que acepten la segunda herencia cada uno de ellos podrá aceptar o repudiar la primera independientemente de los otros, y con derecho precedente de acrecer entre ellos. El legitimario, legatario o fideicomisario que después de serle deferido el derecho de legítima, legado o fideicomiso falleciera sin haberlo renunciado ni aceptado, lo transmitirá siempre a sus herederos. Ley 317 de la Compilación Navarra: El derecho del heredero a aceptar o renunciar la herencia se transmite a sus propios herederos, pero éstos no tendrán tal derecho si hubieren renunciado la herencia de su causante; si fueren varios, podrán ejercitar el derecho independientemente unos de otros.

