

UN INTENTO DE SUPERAR LAS TESIS OPUESTAS SOBRE SITUACIÓN DEL HEREDERO DEL HEREDERO EN EL MARCO DEL ARTÍCULO 1006 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

Pablo Rodríguez-Palmero Seuma*

Resumen

En el presente artículo se analiza una controversia que, pacífica durante mucho tiempo en la doctrina y jurisprudencia españolas, en los últimos tiempos ha recuperado buena parte de su vigor: si, en el marco del artículo 1006 del Código Civil español, cuando el transmisario del “ius delationis” acepta la herencia del primer causante, sucede únicamente a su causante, o también a su causante inmediato.

La resolución de esta cuestión constituye el punto de partida para el correcto enfoque de otras muchas incógnitas suscitadas en el marco de la figura del “ius transmissionis”, tales como la capacidad sucesoria, colación o el modo en que ese derecho se relaciona con la sustitución vulgar.

La solución reflejada pretende guiarse por la honestidad jurídica: apostando por el mejor fundamento de la doctrina moderna (de acuerdo con la que el transmisario aceptante sucede directamente, también, al primer causante), se reconoce la existencia de un supuesto en el que dicha tesis no puede sustentarse: cuando el transmitente haya fallecido con anterioridad al primer causante.

Palabras clave: Derecho de sucesiones, “ius transmissionis”, capacidad sucesoria.

* Responsable del Departamento de Derecho Procesal Manubens & Asociados Abogados (Barcelona - España). ppalmero@manubens.com www.manubens.com

I. Consideraciones generales

A diferencia de lo que sucedía en el Derecho romano, en el que el carácter personalísimo de la delación conllevaba la imposibilidad de que pudiera acabar cayendo en persona distinta a la querida por el causante (regla que, no obstante, presentó más excepciones de las habitualmente consideradas), los Derechos modernos han reconocido que aquella delación pueda transmitirse o, para ser más exactos, ser objeto de sucesión.

El Derecho español no ha sido una excepción a esa general evolución; dice el artículo 1006 del Código Civil español (en adelante, "CC"), consagrando el conocido como "*ius transmissionis*" o derecho de transmisión: "*Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía*".

Por lo que respecta a las regulaciones forales españolas, el mismo derecho, aunque con mayor detalle, aparece actualmente recogido en el artículo 461.13 de la Ley 10/2008, por la que se aprueba el Libro IV del Derecho Civil de Cataluña. Se dice en ese precepto: "*1. Si el llamado muere sin haber aceptado ni repudiado la herencia deferida, el derecho a suceder mediante la aceptación de la herencia y el de repudiar se transmiten siempre a sus herederos. 2. Los herederos del llamado que haya muerto sin haber aceptado ni repudiado la herencia la pueden aceptar o repudiar, pero solo si previamente o en el mismo acto aceptan la herencia de su causante. Si los herederos que aceptan esta segunda herencia son diversos, cada uno de ellos puede aceptar o repudiar la primera, independientemente de los demás, y con derecho preferente de acrecer entre ellos*".

En similares términos, la Ley 317 de la Compilación de Navarra, que también contiene la solución para algunos de los problemas tradicionalmente planteados en el ámbito de esta figura: "*El derecho del heredero a aceptar o renunciar la herencia se transmite a sus propios herederos, pero estos no tendrán tal derecho si hubieran renunciado la herencia de su causante; si fueren varios podrán ejercitar el derecho independientemente unos de otros*".

Bajo mi punto de vista, el hecho de que esta institución haya dado lugar a innumerables y tan complejos problemas interpretativos hace especialmente conveniente abordarla describiendo sus aspectos más pacíficos. Únicamente partiendo de una base sólida podremos afrontar la resolución de cuestiones más complejas.

Pues bien, tratando de dar cumplimiento a esta declaración de intenciones, debemos recordar que el juego del "*ius transmissionis*" requiere, desde el punto de vista subjetivo, de la concurrencia de tres personas (como resulta de la simple lectura del precepto antes transcrito): el primer causante (en ocasiones, también llamado, sin más, causante); el transmitente del "*ius delationis*" –también denominado segundo causante, que debe ser heredero, testamentario o abintestato, del primero–, y el trans-

misario o adquirente del *“ius delationis”*, que también puede ser heredero testamentario o abintestato (artículo 912 CC).

Asimismo, el derecho de transmisión requiere que, cronológicamente, hayan acontecido los siguientes hechos:

- 1) Que el primer causante haya fallecido, y el transmitente haya recibido la delación respecto de la herencia de aquel.

Salvo en determinados supuestos especiales (por ejemplo, el llamamiento en favor de *“nasciturus”* o *“concepturus”*, una persona jurídica en vías de constitución, sustituto vulgar, o cuando exista una condición suspensiva), aquella recepción coincidirá con el momento del fallecimiento del primer causante.

Se requiere, pues, que el transmitente sobreviva al primer causante, lo que implica una clara diferencia con el derecho de representación (artículos 921 y siguientes CC), en el que las cosas deben suceder precisamente a la inversa: el heredero debe fallecer con anterioridad a su causante.

A estos efectos, diferenciamos los conceptos de vocación y delación (algo durante mucho tiempo omitido por la doctrina española, que ha bebido, con retraso, de los autores alemanes e italianos), como sigue: vocación es el *“llamamiento o convocatoria general a todos los posibles herederos en el momento de la muerte del de cuius”*; delación es *“el ofrecimiento de la herencia a una o varias personas del grupo general de llamados para que puedan adquirir la herencia aceptándola, o bien rechazarla mediante la repudiación”*¹.

A ello debe añadirse que el transmitente debe tener capacidad de suceder respecto del primer causante, de acuerdo con lo previsto en el artículo 766 CC: *“El heredero voluntario que muere antes que el testador, el incapaz de heredar y el que renuncia a la herencia, no transmiten ningún derecho a sus herederos, salvo lo dispuesto en los artículos 761 y 857”*. No obstante, en este punto debe también tomarse en consideración lo prevenido en el artículo 762 CC: *“No puede deducirse acción para declarar la incapacidad pasados cinco años desde que el incapaz esté en posesión de la herencia o legado”*.

- 2) Asimismo, es necesario que, antes de aceptar (en cualquiera de sus modalidades, expresa, tácita o *“ex lege”*: artículos 999 y 1000 CC) o repudiar la herencia (artículo 1008 CC), fallezca el transmitente.

1. JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, *“La sucesión por derecho de transmisión”*, editorial Civitas, Madrid, 1996, páginas 152 y 153.

La necesidad de que este no haya aceptado ni repudiado se explica fácilmente: (i) si ha muerto habiendo aceptado la herencia del primer causante, sus herederos adquirirán, no ya el *"ius delationis"* relativo a aquella, sino los concretos bienes, derechos y deudas que componen el caudal relicto del primer causante, como integrantes ya de la herencia del transmitente; y (ii) si, por el contrario, el transmitente ha muerto después de haber renunciado la herencia, sus herederos no pueden ya, de ningún modo, pretender adquirir la herencia del primer causante.

Nos hallamos, pues, ante un fenómeno que implica la existencia de dos sucesiones, y dos delaciones, perfectamente diferenciadas: la del primer causante al transmitente, y la de este al transmisario (o transmisarios, evidentemente), de modo que dicho transmisario recibe el *"ius delationis"* en relación con una herencia que abarca, como un derecho más de los en ella integrados, la delación en favor del transmitente, que, por cuanto este ha muerto sin aceptar ni repudiar, se halla todavía viva.

Ante esta situación, es pacífico que el transmisario puede aceptar la herencia de su causante y, sin embargo, repudiar la del primero; no obstante, le está vedado tratar de aceptar la herencia del primer causante si repudia la del transmitente del *"ius delationis"*, pues la posibilidad de aceptar aquella es un derecho comprendido en la segunda herencia. Con carácter general, esta prohibición se ha fundado en el carácter indivisible de la aceptación (artículo 990 CC: *"La aceptación de la herencia no puede hacerse en parte, a plazo ni condicionalmente"*), si bien no falta algún autor que discute ese fundamento². La exposición de esas alternativas del transmisario es también unánime entre nuestros Tribunales; dice, por ejemplo, el auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de diciembre de 2008: *"(...) el "ius delationis" que contempla el artículo 1006 del Código Civil no supone el paso del haber hereditario del causante al heredero del heredero, existiendo, por ello, dos transmisiones, de modo que para aceptar la herencia del causante, el heredero del heredero tiene que haber aceptado la herencia de este"*.

En el mismo sentido, entre otras muchas resoluciones judiciales, el auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 22 de febrero de 2006, o la sentencia de la misma Audiencia de 26 de noviembre de 2008; puede leerse en esta última: *"(...) fallece el heredero después que el causante; ya se ha abierto la sucesión y por tanto el heredero antes de fallecer ya tiene vocación y delación hereditaria, posibilidad de aceptar o repudiar la herencia, falleciendo sin embargo antes de hacerlo, transmitiendo entonces a sus herederos el "ius adeundi vel repudiandi" que no ejercitó en vida, derecho que como uno más integra la masa hereditaria de la persona a quien se sucede"*.

2. FRANCISCO JORDANO FRAGA, *"La sucesión en el ius delationis. Una contribución al estudio de la adquisición sucesoria mortis causa"*, editorial Civitas, Madrid, 1990, página 268.

Esta imposibilidad de que el transmisario adquiriera la herencia del primer causante si no acepta la del transmitente constituye otra clara diferencia respecto del derecho de representación, en el que la repudiación de la herencia del causante no impide representar a este en la sucesión del causante anterior; dice el artículo 928 CC: *“No se pierde el derecho a representar a una persona por haber renunciado su herencia”*.

Asimismo, debe indicarse que, como concretas facultades comprendidas en el *“ius delationis”*, el transmisario adquirirá la posibilidad de solicitar el beneficio de inventario, el derecho de deliberar, o la comprendida en el artículo 1005 CC (*“Instando, en juicio, un tercer interesado para que el heredero acepte o repudie, deberá el Juez señalar a este 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”*).

Tradicionalmente, se ha considerado que la sucesión *“iure transmissionis”* únicamente tiene cabida en los Ordenamientos jurídicos que, como el español, siguen el sistema romano de adquisición hereditaria, de acuerdo con el que, como es conocido, la condición de heredero no se adquiere automáticamente por la muerte del causante, sino que requiere además de la aceptación (debe insistirse: aun tácita o legal)³.

No obstante, como advierte –a mi juicio, acertadamente– JORDANO FRAGA, si bien se mira, esa posibilidad no es exclusiva de esos regímenes romanos de adquisición; al contrario, tiene también perfecta cabida en los sistemas derivados del germánico: adviértase que, si bien es cierto que en estos la condición de heredero se adquiere automáticamente por el fallecimiento del causante, no lo es menos que esa adquisición es puramente provisional, de modo que quien –por el momento– es heredero puede más tarde repudiar la herencia; por cierto: también puede aceptarla, lo que entonces se presenta como una renuncia definitiva a la posibilidad de repudiar, y como adquisición definitiva de la condición de heredero⁴. Por tanto, mientras el heredero no ejercite esta opción, su posición respecto de la herencia puede también ser objeto de sucesión; la mejor prueba de ello es el propio parágrafo 1952 del BGB, cuyo contenido quizá sorprenda a algunos: *“1. El derecho del heredero a repudiar la herencia es transmisible por causa de muerte. 2. Si el heredero muere antes del transcurso del plazo para repudiar, el plazo no termina antes del transcurso del plazo establecido para repudiar la herencia del heredero. 3. Cada uno de los diversos herederos del heredero puede repudiar la parte de la herencia que corresponde a su cuota hereditaria”*.

3. Definitivamente superada la tesis de GUILLERMO GARCÍA VALDECASAS, *“La adquisición de la herencia en el Derecho español”*, Revista de Derecho Privado, 1944, páginas 89 y siguientes.

4. FRANCISCO JORDANO FRAGA, ob. cit., páginas 55 y siguientes.

Por argumentos similares a los expuestos, se ha dicho que tampoco cabe sucesión del *"ius delationis"* en relación con los legados, pues se entienden automáticamente aceptados desde el fallecimiento del causante, sin perjuicio de la posterior posibilidad de repudiarlos (artículos 881 y 882 CC). Sin embargo, por cuanto el Derecho español sigue en esta sede el sistema germánico de adquisición, damos por reproducidas en esta sede las matizaciones contenidas en el párrafo anterior.

Consignadas estas afirmaciones generales, en este artículo nos centraremos en una de las cuestiones más controvertidas del *"ius transmissionis"*, que a su vez constituye punto de partida para el correcto enfoque de otras muchas, a saber: si, caso de que el transmisario acepte, además de la herencia del transmitente, la del primer causante, sucede únicamente a dicho transmitente (la denominada teoría clásica), o si, respecto de los bienes que le llegan del primer causante, también sucede directamente a este, de modo que el transmisario deviene sucesor de dos personas: del transmitente, en relación con los bienes comprendidos en su herencia, y del primer causante, específicamente respecto de los que, mediante la aceptación que no pudo ejercitar el transmitente, le llegan de dicho primer causante (teoría moderna, también calificada como de la doble adquisición).

Se trata, por cierto, de una polémica exclusivamente suscitada en la doctrina, pues los Tribunales españoles jamás han admitido la tesis moderna, de la que tan solo se hacen eco en alguna ocasión para rechazarla. Así, por ejemplo, el auto de la Audiencia Provincial de Tarragona de 31 de julio de 2002 dice: *"(...) el artículo 1006 del Código Civil determina que ese derecho se transmite incólume a sus propios herederos –el denominado "ius transmissionis"–, produciéndose así una doble transmisión, la primera, del causante inicial al llamado a su herencia o transmitente, y la segunda, de este a su propio heredero o transmisario, que no adquiere del causante inicial directamente, sino a través de la herencia de su propio causante, tal como exponen con todo detalle los autos de la Audiencia Provincial de Granada (secc. 3ª), de 22-9-1997 (AC 1997, 1850), y de Toledo (secc. 1ª) de 4-4-2000 (AC 2000, 4856)".*

En el mismo sentido, el auto de la Audiencia Provincial de Almería de 26 de febrero de 2008, la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 25 de enero de 2006, o el auto de la misma Audiencia Provincial de 12 de noviembre de 2007; dice este último: *"(...) produciéndose así una doble transmisión, la primera, del causante inicial al llamado a su herencia o transmitente, y la segunda, de este a su propio heredero o transmisario, que no adquiere del causante inicial directamente, sino a través de la herencia de su propio causante, tal como exponen con todo detalle los autos de la Audiencia Provincial de Granada (sec. 3ª), de 22 Sep. 1997, y de Toledo (sec 1ª) de 4 Abr. 2000".*

De acuerdo con lo anunciado, no analizaremos otras muchas cuestiones que afectan a esta figura, como, por ejemplo, si el *"ius delationis"* es o no un derecho personalísimo, o si su contenido es o no patrimonial. Sin embargo, respecto de esta

última cuestión no puedo dejar de denunciar un vicio demasiado extendido entre los autores que la examinan: equiparar (no totalmente, pero sí en exceso, aun cuando se anuncia que no se incurrirá en este defecto argumentativo) lo patrimonial con lo transmisible y, correlativamente, lo no patrimonial con lo intransmisible. Por mi parte, sugiero que se prescinda totalmente –no solo en parte– de dicho binomio:

- (a) Son perfectamente transmisibles "*mortis causa*" derechos sin contenido patrimonial alguno: por ejemplo, las acciones de filiación (artículos 130, 132, 133, 136 y otros CC), el derecho moral del autor (artículos 14 y 15 de la Ley de Propiedad Intelectual), el derecho de rectificación (Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo) y derechos derivados de los delitos de injuria y calumnia (artículo 466 del Código Penal).
- (b) A la inversa –reverso a menudo no detectado–, existen derechos de innegable contenido patrimonial que, no obstante, son intransmisibles: por ejemplo, los derechos de uso y habitación, indisponibles en cualquier forma⁵, o el usufructo, que se extingue a la muerte del usufructuario, salvo que se establezca otra cosa⁶.

Asimismo en concordancia con lo anticipado, tampoco entraré aquí en la calificación jurídica que pueda merecer el "*ius delationis*", cuestión sin relevancia práctica a los efectos presentes y respecto de la que nos limitaremos a mencionar que ha sido considerado como verdadero derecho subjetivo, como derecho potestativo⁷, como facultad jurídica de adquisición⁸, como poder jurídico en sentido estricto⁹, o incluso como mera manifestación de la capacidad de obrar¹⁰. En cualquier caso, podemos definirlo, de modo bien sencillo y siguiendo a GARCÍA GARCÍA, como "*el derecho que tiene el sucesor del heredero llamado por un primer causante para ejercitar respecto a la primera herencia las mismas facultades que tenía el llamado*"¹¹.

5. Dice el artículo 525 CC: "*Los derechos de uso y habitación no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título*".

6. Dice el artículo 513 CC: "*El usufructo se extingue: 1º Por muerte del usufructuario (...)*"; y el artículo 521 CC: "*El usufructo constituido en provecho de varias personas vivas al tiempo de su constitución, no se extinguirá hasta la muerte de la última que sobreviviere*".

7. MANUEL ALBADALEJO GARCÍA, "*La sucesión "iure transmissionis"*", Anuario de Derecho Civil, 1952, página 923.

8. Por ejemplo, PEROZZI, "*Instituzioni di Diritto Romano*", Tomo II, Roma, 1928; G. HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, "*La transmisión del ius delationis*", en "*Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*", volumen IV, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, páginas 465 a 491.

9. Así, parte de la doctrina italiana: por ejemplo, FERRI, "*Rinunzia e rifiuto nel diritto privato*", Milán, 1960, páginas 28 y siguientes.

10. FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, "*Derecho civil de España*", Madrid, 1984, editorial Civitas, página 605.

11. JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, ob.cit., página 150.

Dicho ello, paso a dar mi opinión acerca de los argumentos esgrimidos en favor de las dos doctrinas, ya anticipadas, sobre a quién sucede el transmisario. Lo hago con la siguiente advertencia previa: considero totalmente irrazonable esperar que este intento conduzca a la conclusión de que todos los argumentos que sostienen una de las tesis son razonables y, en el otro extremo, todos los alegados en defensa de la doctrina contraria resulten insostenibles. Probablemente, más sensato es albergar la esperanza de que, tras el mencionado examen, el apoyo a una de las teorías se produzca a pesar del reconocimiento de que alguno de los argumentos que defienden la contraria se mantienen en pie. Únicamente, pues, sopesando los argumentos en su conjunto, y examinando el estado en que cada uno quede tras su crítica, podremos afirmar cuál de las dos tesis goza de mejor amparo.

Otra advertencia debe hacerse constar, esta vez de carácter sistemático: al examinar los argumentos que sostienen una de las tesis, será imposible evitar que no se examine también la postura que, respecto de aquellos, mantiene la opinión contraria: obviamente, la bondad de cada doctrina depende en buena medida (al margen de los argumentos que militen exclusivamente en su favor) de la capacidad de destruir los alegatos de la contraria.

II. Análisis de los argumentos favorables a la tesis clásica

La tesis clásica fue la mantenida por la totalidad de la doctrina española hasta la irrupción del profesor ALBADALEJO; a pesar de ello, en la actualidad sigue siendo claramente mayoritaria entre los autores españoles: la siguen, por ejemplo, MANRESA, VALVERDE, SÁNCHEZ ROMÁN, BARRACHINA, TRAVIESAS, ROCA SASTRE, LACRUZ BERDEJO y ÁLVAREZ CAPEROCHIPI¹².

Asimismo, como ya hemos anticipado, esta tesis ha sido la mantenida hasta la actualidad, sin fisuras, por nuestros Tribunales.

Pasamos a analizar los argumentos esgrimidos en favor de esta doctrina, para pronunciarnos acerca de cada uno de ellos:

12. JOSÉ MARÍA MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español*, Tomo VII, Madrid, 1953, páginas 433 y siguientes; CALIXTO VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de Derecho Civil Español*, Tomo V, Madrid, 1939, página 529; FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, tomo 6º, volumen III, 2ª edición, Madrid, 1910, página 1.784; EDUARDO BARRACHINA, *Derecho foral español*, Tomo III, Castellón, 1912, página 661; M. MIGUEL TRAVIESAS, *Sobre derecho hereditario*, Revista de Derecho Privado, 1921, página 12; RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE, *El derecho de transmisión*, Estudios de Derecho Privado, II, Madrid, 1948, página 298; JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, *Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1971, página 74, o, más recientemente, JOSÉ ANTONIO ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derecho Hereditario*, editorial Civitas, Madrid, 1990, página 84.

1) En primer lugar, se dice que, dado que la delación de la herencia del primer causante solo se concedió al transmitente, el transmisario únicamente adquiere un derecho derivado de dicha delación originaria.

En efecto: se afirma que la delación respecto de la herencia del primer causante únicamente se dirigió al transmitente o segundo causante; si más tarde llega al transmisario, lo hace solo en cuanto este es sucesor de dicho transmitente, de modo que no adquiere un derecho originario respecto del primer causante, sino meramente derivado.

De acuerdo con este entendimiento, quedan descartadas las siguientes tesis:

- (i) Que la posibilidad del transmisario de adquirir la herencia del primer causante sea consecuencia de un nuevo llamamiento, producido por el fallecimiento del transmitente y con base en la ley. Como puede comprobarse, este entendimiento parte de la base de que la delación en favor del transmitente quedó extinguida al momento mismo de su muerte.
- (ii) Que la delación a favor del transmisario constituya una consecuencia directa del llamamiento del primer causante en favor del transmitente, llamamiento que (de acuerdo con esta concepción) no abarcaba únicamente a dicho transmitente, sino también, de algún modo, potencial o eventualmente, al transmisario.

No obstante, el carácter inequívocamente derivativo de la delación en favor del transmisario es algo también aceptado por los defensores de la tesis moderna¹³, que sin embargo afirman que ello constituye obstáculo para entender que, una vez el transmisario acepta la herencia del primer causante, deviene sucesor directo de este. Dicho en otras palabras: es perfectamente compatible afirmar que el llamamiento al transmisario es derivativo del en su momento efectuado al transmitente –de un lado–, y que, una vez que ese transmisario acepta la herencia del primer causante, deviene, “*recta vía*”, heredero suyo –de otro lado–.

Por mi parte, considero que este argumento de la doctrina clásica encierra cierta dosis de juego de palabras o, mejor dicho, un incorrecto uso de ellas, al menos si acudimos a los conceptos de adquisición originaria y derivativa de la Parte General del Derecho Civil. De acuerdo con ella, es adquisición originaria la que no deriva de un titular anterior –por ejemplo, la ocupación: artículo 610 y siguientes CC–, o cuando, aun existiendo ese titular anterior, la nueva titularidad no queda afectada por el modo (extensión, compromisos adquiridos, etcétera) en que la anterior titularidad

13. Por ejemplo, FRANCISCO JORDANO FRAGA, ob cit., página 97 y otras.

existía –caso prototípico: la usucapión–; por el contrario, una adquisición es derivativa cuando trae causa de un anterior titular, de modo que el nuevo se subroga en los bienes, derechos y obligaciones en la misma forma y extensión que presentaban en el patrimonio de dicho titular anterior (*“nemo plus iura ad alium transferre potest quam ipsa haberet”*).

Pues bien, para que, de acuerdo con estos elementales conceptos, el argumento que aquí analizamos (recuérdese: el transmisario tiene un derecho derivado del segundo causante) fuera admisible, debiera suceder que dicho transmisario adquiriese los bienes en la misma extensión que tenían cuando se hallaban en el patrimonio del transmitente.

Sin embargo, creo no confundirme al decir que nadie ha afirmado jamás semejante cosa, pues es obvio que el transmisario recibirá los bienes únicamente de acuerdo con las condiciones en que los tenía, no el transmitente del *“ius delationis”*, sino el primer causante. No puede ser de otro modo: si, por hipótesis, el transmitente falleció sin aceptar ni repudiar la herencia del primer causante, en nada pudo influir en los bienes en ella comprendidos. JORDANO FRAGA parece referirse a esto cuando utiliza las siguientes palabras: *“(…) es evidente que la mecánica de la transmisión ex artículo 1006 CC presupone necesariamente que el transmitente no adquirió legal ni voluntariamente la herencia del primer causante a que resultaba llamado y que, por ello, el transmisario, su heredero, no encuentra en la herencia del transmitente más que el ius delationis relacionado con la primera herencia: la posibilidad de adquirirla si quiere, y no los bienes relictos que la componen”*¹⁴.

Por lo demás, debe advertirse que el argumento analizado (al igual que sucede con otros, aunque a veces sea de difícil detección) aparece relacionado con el de la retroactividad de la aceptación, lo que nos obliga a remitirnos al posterior estudio de esta cuestión, que ya anunciamos como la clave para la correcta comprensión del *“ius transmissionis”*.

2) También en apoyo de la tesis clásica se ha dicho que, de considerarse que transmisario sucede al primer causante, este tendría como heredero a alguien en quien puede no haber pensado; así lo expresa el auto de la Audiencia Provincial de Granada de 22 septiembre 1997: *“(…) la Ley no puede hacer que el transmisario sea directamente llamado a ella [a la herencia del primer causante], puesto que el primer causante no ha pensado en él ni lo ha nombrado en el testamento”*.

A mi juicio, la respuesta a este argumento se contiene en una pregunta: ¿qué tiene de anómalo que el sucesor sea finalmente alguien en quien no pensó el causan-

14. FRANCISCO JORDANO FRAGA, ob cit., páginas 318 y 319.

te?, ¿es acaso ello insólito en el Derecho de Sucesiones español? Evidentemente no: reconociendo –no puede ser de otra forma– que la ley del causante es la regla reina en el desenvolvimiento del proceso sucesorio, también aparece un heredero en quien quizá aquel no pensó (y, desde luego, no designó en su testamento) cuando juega el derecho de representación (ámbito en el que, además, se modifican las cuotas hereditarias, pues se pasa de suceder por personas a hacerlo por estirpes: artículo 926 CC), o cuando la Ley impone abrir la sucesión intestada, al menos en los siguientes casos previstos en el artículo 912 CC: (i) cuando el testamento es posteriormente declarado nulo, algo que sin duda jamás imaginó el causante, (ii) cuando el testador omitió en su testamento, involuntariamente, disponer de parte de sus bienes, o (iii) cuando, habiendo designando el testador a determinado heredero, este resulta ser incapaz de suceder por una circunstancia que el causante desconocía.

Asimismo, la voluntad del testador también se distorsiona cuando tiene lugar el acrecimiento (artículos 982 y siguientes CC). Ciertamente, en este caso podrá decirse que la cuota hereditaria vacante pasará a alguien en quien sí pensó el testador (por definición, otro de los herederos); no obstante, a nadie se le oculta que el modo y proporción en que los herederos fueron instituidos pudo ser esencial para el causante, hasta el punto de que, de haber previsto que otros herederos llegarían a percibir mayor porción hereditaria, hubiera modificado las cuotas, o incluso alterado los herederos designados.

Por último, para refutar este argumento no puede olvidarse que, de acuerdo con buena parte de la doctrina, incluso defensora de la doctrina clásica –opinión que comparto–, el testador puede disponer que el *“ius transmissionis”* no opere. Y, partiendo de esta premisa, es perfectamente legítimo concluir que, si el testador no estableció aquella exclusión y se considera que el transmisario es su sucesor, no nos hallaremos ante un heredero contrario a la voluntad del causante, sino, al contrario, ante alguien tolerado para adquirir tal condición.

3) También en la favor de la doctrina clásica se alega la literalidad del artículo 1006 CC, llamándose la atención acerca de que el precepto dice que el transmisario adquiere el *“mismo derecho”* que tenía el transmitente, esto es, el de aceptar o repudiar la herencia con los mismos caracteres y efectos que tendría si lo hubiera efectuado el transmitente.

Por tanto –se continúa diciendo–, cuando el transmisario acepta la herencia del primer causante se produce la misma consecuencia que si ello hubiera sido efectuado por el transmitente: la integración de los bienes del primer causante en su herencia, de modo que únicamente desde ahí hacen tránsito al transmisario.

El argumento (en parte solapado con el que califica la delación del transmisario como derivativa, y en parte relacionado con el problema de la retroactividad) resulta cualquier cosa menos convincente: con carácter previo, porque acudir a argumentos

estrictamente literales no es práctica aconsejable en el ámbito del CC español: ¿cuántas veces se califica de heredero a quien solo es llamado, comenzando por el mismísimo artículo 1006 CC? Pero, principalmente, no se sustenta el entendimiento de que la aceptación del transmisario pueda alterar el caudal relicto de quien, cuando dicha aceptación tiene lugar, ya falleció: semejante afirmación contraviene la regla general de que la determinación de los bienes que forman parte de la herencia se lleva a cabo al momento del fallecimiento (artículos 657, 659 y otros CC).

Ciertamente, para la práctica de ciertas operaciones sucesorias, tales como la computación o colación, se toman en consideración momentos distintos a dicho fallecimiento: singularmente, se consideran los actos que aquel ha llevado a cabo durante su vida (respectivamente, artículos 818 y 1035 y siguientes CC). No obstante, nótese que (i) esas operaciones hacen referencia a la determinación del *"donatum"*, no del *"relictum"* –al que sí pretende afectar el argumento aquí analizado–, y (ii) en ningún lugar se reconoce la posibilidad de que la herencia quede alterada (mucho menos, tan sustancialmente) por actos posteriores al fallecimiento del causante.

Para concluir con este apartado, debo señalar que considero que el invocado tenor del artículo 1006 CC más bien ampara la tesis moderna: si, de acuerdo con la literalidad del precepto, el transmisario puede ejercer el mismo derecho que tuvo el transmitente, la conclusión más elemental que de ello se deriva es que el transmisario sucede directamente al primer causante, pues sería precisamente esto lo que, de haber aceptado el transmitente, hubiera acontecido.

4) También en favor de la tesis clásica se ha invocado el artículo 20, párrafo 6º, de la Ley Hipotecaria española, que literalmente dice: *"Cuando en una partición de herencia, verificada después del fallecimiento de algún heredero, se adjudiquen a los bienes que lo fuesen de este los bienes que a aquel correspondan, deberá practicarse la inscripción a favor de los adjudicatarios, pero haciéndose constar en ella las transmisiones realizadas"*.

La interpretación que de este precepto llevan a cabo los defensores de esta tesis es bien sencilla: si el precepto, al margen de imponer que la inscripción debe hacerse a favor del transmisario, señala que en el asiento que se practique en su favor deberán constar las *"transmisiones realizadas"*, está reconociendo que los bienes del primer causante hicieron tránsito al transmitente del *"ius delationis"*, y únicamente a través de él pasaron al transmisario.

Lo curioso de este argumento es que en ocasiones ha sido también esgrimido en beneficio de la tesis moderna, alegando que, dado que tras el primer causante aparecerá como titular registral el transmisario, este sucede directamente a aquel. En apoyo de esta tesis se cita con frecuencia la resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 3 de octubre de 1967, que (realmente, sin añadir nada a lo que el propio precepto prevé), afirmó: *"(...) no procede realizar ningún previo asiento"*

de inscripción a favor de la primera heredera llamada (transmitente), porque esta no llegó a adquirir la propiedad del inmueble transmitido, ya que no aceptó ni repudió la herencia, sino un mero "ius delationis", que sirva de base para la determinación de los ulteriores interesados".

Por mi parte, considero meridianamente claro que este precepto favorece la tesis clásica, pues, independientemente del modo en que regula la titularidad registral y el tracto sucesivo, viene a reconocer que desde la muerte del primer causante hasta la aceptación del transmisario han mediado transmisiones: las acontecidas entre transmitentes y transmisarios. El hecho de que, por lo que respecta al tracto sucesivo y la titularidad registral, sea el transmisario quien aparezca inmediatamente después del primer causante, no tiene mayor importancia, máxime si esta regla se pone en relación con el resto de las previstas en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria española, que, como es generalmente reconocido, contemplan –al margen de supuestos de falsos "saltos" en la titularidad registral– casos de tracto abreviado, que implican la constancia de varias transmisiones sustantivas en un solo asiento.

No obstante, dado que nos hallamos ante un precepto meramente registral y, por tanto, adjetivo (además, redactado cuando todavía no había nacido la teoría moderna del artículo 1006 CC), este argumento no puede ser considerado, ni mucho menos, determinante: el Registro de la Propiedad establece el modo en que la modificaciones jurídico-reales deben aparecer en él, pero no cómo se producen civilmente.

5) Por último, en beneficio de la teoría clásica se han aducido razones de conveniencia práctica, consistentes en que entender que el transmisario adquiere únicamente del transmitente encaja mejor con otras figuras sucesorias, o simplemente resulta más equitativo.

Con carácter general, debo señalar que, sin desmerecer que las consecuencias derivadas de una u otra postura puedan considerarse para sopesar la razonabilidad de aquellas (de hecho, ya adelanto que una de esas consecuencias, la relativa a la capacidad, constituye un obstáculo de gran importancia para la doctrina clásica), las razones aquí expuestas no parecen, siquiera remotamente, suficientes para acoger esta tesis.

Se alega, por ejemplo:

- (i) La tesis clásica es más razonable puesta en relación con la colación, pues justifica que no deban colacionarse las donaciones del primer causante al transmisario.

El argumento adolece de un error de principio: considerar que dichas donaciones no deben colacionarse (conclusión que, desde luego, se alcanza sin

problema de acuerdo con la tesis clásica). Sin embargo, no se comprende por qué se considera esa solución más razonable: si la colación consiste en tomar en consideración lo que cada legitimario recibió del causante durante la vida de este, para considerarlo como un anticipo de lo que se le iba a dejar por vía hereditaria, lo más razonable parece lo contrario de lo que se predica, esto es, que sean tenidas en cuenta, y no omitidas, las donaciones que el primer causante realizó en favor del transmisario.

- (ii) También se ha dicho que la tesis clásica concede mejor explicación para la resolver el conflicto entre el "*ius transmissionis*" y la sustitución vulgar que el primer causante puede haber establecido en su testamento.

Para la comprensión de este argumento, se hace imprescindible explicar, aun sucintamente, en qué consiste tal conflicto: para el supuesto de que el primer causante haya previsto una sustitución vulgar de acuerdo con el artículo 774 CC –esto es, para los supuestos de premoriencia, incapacidad y renuncia del designado–, y éste fallezca sin aceptar ni repudiar, se discute si debe prevalecer el artículo 1006 CC (de modo que la delación se transmite a los herederos del heredero) o, por el contrario, la sustitución vulgar (de forma que será el sustituto quien tendrá la posibilidad de aceptar la herencia).

Ante esta tesis, algunos autores consideran que debe prevalecer el artículo 1006 CC, principalmente considerando que aquel evita de raíz la vacancia que es presupuesto de toda sustitución; a mayor abundamiento, se alega que no concurre premoriencia, pues, por definición, el heredero no ha fallecido antes que el causante, sino que, por el contrario, le ha sobrevivido. Sin embargo, otros autores entienden que debe considerarse llamado el sustituto vulgar, basándose en que el "*ius transmissionis*" es disponible por el testador, y en la identidad de razón existente entre el caso en que el designado fallezca antes que el testador –de un lado– y el supuesto en que sobreviva, pero muera más tarde sin haber aceptado ni repudiado la herencia –de otro–.

Pues bien, como se recordará, los defensores de la doctrina clásica aducen que esta otorga mejor explicación a la preferencia del derecho de transmisión sobre la sustitución vulgar, pues permite entender (se continúa) que, al ejercitar el transmisario el "*ius delationis*", en cierta forma desencadenó una aceptación del propio transmitente y que, por tanto, los bienes del primer causante quedaron integrados en la herencia del transmitente, lo que –la consecuencia es obvia– determina la exclusión de la sustitución vulgar.

También esta explicación parte de un error de principio: considerar deseable la preferencia del transmisario sobre el sustituto, lo que considero cuando menos dudoso, atendida la voluntad del testador. Efectivamente: si la voluntad del causante debe ser respetada en la mayor medida posible, ¿parece razonable

que devenga heredero alguien en quien (como precisamente aducen los defensores de la doctrina clásica) no pensó el causante, por delante de aquel que sí fue establecido en defecto del inicialmente designado?

A mi juicio, siguiendo a ROCA SASTRE y DE BUEN, es evidente que no. Considero que aquí cabe una argumentación similar a la aceptada para el caso en que, prevenida una sustitución fideicomisaria, el fiduciario fallezca antes que el causante: si en este caso, en que el testador quiso que primero heredase el fiduciario y luego el fideicomisario, el fallecimiento del primero lleva a adaptar la previsión y concluir que el fideicomisario debe ser el heredero inicial (la sustitución fideicomisaria implica la vulgar: al fin y al cabo, el testador quiso que dicho fideicomisario heredase, aunque fuera en segundo lugar), no se entiende por qué, cuando el testador estableció que de premorir cierta persona heredase otra, el hecho de que el heredero muera después que el causante, pero antes de aceptar o repudiar, no permite entender que el testador habría querido que sucediese el sustituto vulgar. Estoy convencido de que la mayoría de los testadores así lo confirmarían.

Pero es que, además, debe de nuevo denunciarse que la doctrina clásica propugna, también en relación con esta cuestión, que la aceptación del transmisario equivale a la que hubiera podido ser llevada a cabo por el transmitente. Nos hallamos ante un efecto que bien pudiera considerarse mágico, ante una ficción sin amparo alguno la ley o, más bien, contraria a ella: que, de algún modo (desconozco exactamente cómo), el transmisario acepta en nombre del transmitente, de modo que este ha aceptado tras morir. Semejante entendimiento, obviamente, no puede ser aquí compartido.

Hasta aquí, el análisis de los argumentos tradicionalmente invocados en favor de la tesis clásica, del que, como ha podido comprobarse, resulta la inconsistencia (o, cuando menos, el carácter no convincente) de la práctica totalidad de aquellos. En resumidas cuentas, considero que el único argumento que resiste razonablemente la crítica es el consistente en que, de seguirse la tesis moderna, pudiera devenir sucesor del primer causante alguien que no existía al momento de su fallecimiento.

No obstante, antes de pronunciarnos con mayor contundencia, analizaremos los alegatos invocados por quienes sostienen la doctrina moderna. Solo posteriormente, considerando el estado en que queden aquellos y comparándolo con el de las razones hasta aquí expuestas, estaremos en condiciones de esbozar un balance global de razonabilidad.

III. Examen de los argumentos alegados a favor de la tesis moderna o de la doble adquisición

Esta tesis –como se ha dicho, consistente en entender que, si el transmisario acepta la herencia del primer causante, también deviene heredero directo suyo– fue introducida en nuestro país por influencia de buena parte de la doctrina italiana, desarrollada con base en el artículo 479, párrafo 1º, del Código Civil italiano: “*Se il chiamato all’eredità muore senza averla accettata, il diritto di accettarla si trasmette agli eredi*”¹⁵.

Poco más tarde, esta doctrina fue introducida en España bajo la autoridad de ALBADALEJO¹⁶, para ir posteriormente captando un creciente número de adeptos (a pesar de lo cual sigue siendo claramente minoritaria): entre otros, PUIG FERRIOL, ROCA TRIAS, VATTIER FUENZALIDA, JORDANO FRAGA y MONTSERRAT VALERO¹⁷.

Los principales argumentos que militan a favor de esta tesis (trataré de agrupar todos los invocados, ya que la fuerza de cada autor en relación con cada uno es dispar), son los siguientes:

a) El carácter retroactivo de la aceptación de la herencia, consagrado, como es conocido, en los artículos 989 (“*Los efectos de la aceptación y de la repudiación se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona a quien se hereda*”), y 440 CC (“*La posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a asirse la herencia. El que válidamente repudia una herencia se entiende que no la ha poseído en ningún momento*”).

De acuerdo con ello, los partidarios de esta tesis invocan la necesidad de considerar, “*a posteriori*”, que los bienes, derechos y obligaciones del primer causante no quedaron sin titular en momento alguno. Y, considerando que en el “*ius transmissionis*” únicamente media aceptación del transmisario –por definición, no del transmitente–, de modo que únicamente desde entonces puede jugar la retroactividad, esta debe remontarse hasta la muerte del primer causante. De entenderse otra cosa, no existiría forma de localizar un titular para el período comprendido entre la muerte del primer

15. Entre otros, BARASSI, BARBERO y ANDREOLI.

16. MANUEL ALBADALEJO GARCÍA, ob. cit., páginas 953 y siguientes.

17. JOSÉ PUIG FERRIOL y ENCARNA ROCA TRIAS, “*Fundamentos del Derecho Civil de Cataluña*”, tomo III, volumen 1, Barcelona, 1979, página 131; CARLOS VATTIER FUENZALIDA, “*El derecho de representación en la sucesión mortis causa*”, editorial Montecorvo, Madrid, 1986, página 232; FRANCISCO JORDANO FRAGA, ob. cit., páginas 315 y siguientes (si bien con matices) y ANTONIO MONTSERRAT VALERO, “*La sucesión iure transmissionis, el concurso de delaciones en un mismo heredero y el impuesto de sucesiones*”, R.C.D.I., número 622, mayo-junio de 1994, páginas 1.037 y siguientes.

causante y la del segundo: desde luego, no podría hacerse entendiendo que la aceptación del transmisario implica, en cierta forma, también la del transmitente, pues, como se ha hecho constar, no cabe considerar que la aceptación de una persona pueda entenderse efectuada cuando ya ha fallecido.

No obstante, como también se ha mencionado, esta interpretación de la retroactividad choca con un obstáculo de importancia, que constituye uno de los principales argumentos de la doctrina clásica: entendidas las cosas según lo expuesto, el sucesor del primer causante (en esa hipótesis, el transmisario) podría ser alguien no nacido, ni concebido –artículo 29 CC– a la muerte de aquel.

Recogiendo lo dicho hasta aquí, la retroactividad en su conjunto parece tener un obstáculo insalvable para ambas doctrinas: para la clásica, que equiparar la aceptación del transmisario a la del transmitente implica reconocer una adición de quien ya falleció; para la doctrina moderna, la posibilidad de que el sucesor de una persona no haya existido a la muerte de aquel.

Dada la complejidad de la cuestión, que considero constituye el núcleo de este artículo, pospongo mi pronunciamiento hasta el último apartado.

b) Asimismo se alega, en defensa de la doctrina moderna, que de considerarse que el transmisario sucede únicamente al transmitente, podría llegar a adquirir los bienes del primer causante alguien incurso en causa de incapacidad relativa (artículos 752 a 755 CC) o incluso indignidad (artículo 756 CC).

Como es conocido, al margen de las causas de incapacidad absoluta para suceder (artículo 745 CC, que realmente contempla casos en que el llamado no tiene, o no llega a tener, personalidad jurídica), existen ciertos supuestos que determinan que cierta persona no pueda ser sucesora de otra en particular: así, se prohíbe que el confesor, el tutor o el notario autorizante del testamento sucedan a aquel a quien confesaron, que está bajo su tutela, o cuyo testamento autorizaron. Evidentemente, el fundamento de estas previsiones radica en la sospecha de que esas personas han podido desplegar, al otorgarse el testamento o anteriormente, una captación de la voluntad del testador.

Mayor gravedad tienen las causas de indignidad, elementalmente consistentes en la concurrencia de causa penal grave entre testador y sucesor, o en la manipulación efectiva (no meramente presunta) de la voluntad de aquel testador. A pesar de la posible exención de la indignidad (artículo 757 CC), innegablemente nos hallamos ante situaciones de la mayor gravedad, que determinan que se considere inadmisibles que cierta persona suceda a otra.

Pues bien, siguiendo la doctrina clásica, podría perfectamente suceder que los bienes del primer causante pasaran, por vía del artículo 1006 CC, a favor de quien, por ejemplo, atentó contra su vida.

A mi juicio, semejante resultado debe ser evitado a toda costa, pues atenta contra el más elemental sentido común y repugna al Derecho. Así lo reconocen incluso los defensores de la teoría clásica; dice GARCÍA GARCÍA que *“no cabe duda de que las causas de indignidad repugnan, pues son situaciones extremas, y eso podría dar pie a dar algún fundamento a la teoría de la adquisición directa”*¹⁸. Incluso el Profesor LACRUZ BERDEJO tiene que reconocer que *“esta solución [la de la teoría clásica] presenta el inconveniente moral de que un heredero que sería indigno de suceder al primer causante puede recibir sus bienes a través del ius delationis transmitido”*¹⁹.

Por ello resulta especialmente criticable el ya citado auto de la Audiencia Provincial de Granada de 22 de septiembre de 1997, que toma en consideración la cuestión de la indignidad precisamente para lo contrario de lo dicho: para defender la doctrina clásica; dice este auto: *“Existen una serie de razones y consideraciones prácticas que demuestran la conveniencia de seguir la teoría clásica del Derecho de Transmisión (...). Las soluciones que ofrece la teoría clásica a los problemas de las incapacidades relativas derivadas de ser Notario, confesor o tutor del primer causante, encuentran mejor explicación desde la teoría clásica. Lo mismo ha de decirse respecto a la indignidad sucesorio del transmisario, pues sería una desigualdad para el transmisario que hubiera ocurrido en causa de indignidad respecto al primer causante, que este no hubiera podido remitir en documento público la indignidad del transmisario, al no contar para nada con él como heredero suyo”*.

También GARCÍA GARCÍA invoca la cuestión de la indignidad a favor de la doctrina clásica, indicando que (i) atendida la literalidad del artículo 1006 CC, no es necesario que el transmisario sea digno respecto del primer causante, (ii) consideraciones meramente morales no pueden llevar a extender el contenido del artículo 756 CC, y (iii) sería inadmisibles que el primer causante pudiera perdonar al transmitente y no al transmisario, en quien no pensó²⁰.

No puede negarse que este último argumento (desigualdad entre transmitente y transmisario frente al posible perdón) pudiera hacer preferible la teoría clásica: del mismo modo que al transmitente, considerado como heredero por el primer causante, pudiera haber sido perdonada la indignidad, debiera poderlo ser el transmisario si se le considera sucesor directo de dicho primer causante.

No obstante, me parece inaceptable invocar ese aspecto (ciertamente recóndito) para eludir reconocer que la doctrina clásica encuentra, en la capacidad sucesoria, un gravísimo inconveniente. Nos remitimos a lo dicho: permitir que quien ha

18. JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, ob. cit., página 208.

19. JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, *“Derecho de Sucesiones”*, editorial Bosch, Barcelona, 1971, página 74.

20. JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, ob. cit., páginas 209 y 210.

atentado contra el primer causante reciba, no obstante, todos sus bienes, es algo tan grave que, por sí solo, debe bastar para rechazar la doctrina clásica.

c) Como último argumento a favor de la tesis moderna puede citarse la consideración de que fiscalmente es absurdo, por gravoso, que los bienes que se adquieren del primer causante tributen dos veces, pues de acuerdo con la doctrina clásica han pasado del primer causante al transmitente –primero– y de dicho transmitente al transmisario –más adelante–.

Resulta evidente la conveniencia fiscal de que el transmisario no tribute dos veces por la adquisición de los bienes del primer causante. No obstante, es igualmente claro que este argumento carece, a efectos civiles, de un mínimo rigor.

Analizados los principales argumentos que soportan ambas corrientes doctrinales (insisto: no jurisprudenciales), corresponde ineludiblemente pronunciarse, lo que hago a continuación.

IV. Posicionamiento personal

Llegados a este punto, es obligado hacer balance del resultado del estudio. Lo primero que debo decir es que considero que la mayoría de los argumentos que apoyan la doctrina clásica han quedado desvirtuados; en síntesis, (i) no puede afirmarse, con rigor, que el "*ius delationis*" que llega al transmisario sea derivativo, (ii) no puede considerarse proscrito por nuestro Ordenamiento jurídico que el sucesor de cierta persona sea alguien en quien este jamás pensó, (iii) el tenor literal del artículo 1006 CC no es un argumento concluyente, y más bien favorece la tesis moderna, (iv) el artículo 20, párrafo 6º, de la Ley Hipotecaria no es un argumento sustantivo, y (v) la conveniencia práctica de la tesis clásica, en relación con cuestiones tales como la colación o la sustitución vulgar, adolece del vicio de partida de considerar deseable lo que no necesariamente lo es.

Más variada es la conclusión que se extrae del análisis de los argumentos invocados a favor de la tesis moderna: así, mientras que el transmisario deba tener capacidad de suceder al primer causante se presenta como algo a respetar en todo caso, la consideración de que es fiscalmente preferible no es siquiera argumento a estos efectos.

De acuerdo con ello, creo que la clave para inclinarse por una u otra teoría reside la cuestión de la retroactividad de la aceptación. Si bien este efecto ha sido generalmente invocado por los partidarios de la tesis moderna, pues no es posible entender (como hace la doctrina clásica) que la aceptación del transmisario produzca también la del transmitente, este alegato arrastra hasta aquí un obstáculo al que no se ha dado todavía respuesta: la posibilidad de que sea heredero del primer cau-

sante quien ni siquiera se hallaba concebido cuando aquel falleció (artículos 758 y 29 CC).

Para estos casos, aunque sean estadísticamente escasos (y abandonado por mi parte el intento de acudir, análogica y forzosamente, al artículo 758 *“in fine”* CC, que también atiende al momento en que se cumple condición para calificar la capacidad), debe reconocerse que el transmisario no puede ser heredero del causante. Aquel precepto es claro, y no parece admisible tratar de reinventarlo para incurrir en el frecuente error consistente en, dando por supuesta la bondad de una teoría, hacer lo posible para conseguir que en su contra no quede en pie un solo argumento.

Por tanto, acerca de cuál de las dos doctrinas parece más razonable, me inclino por la moderna con carácter general, opción para la que, como ya he dicho, considero que la cuestión relativa a la capacidad sucesoria tiene un peso decisivo.

Respecto a la retroactividad, debe señalarse que, mientras que el problema de que el transmisario no exista al fallecimiento del primer causante se dará en escasas ocasiones, el problema con el que topa la tesis clásica (la aceptación del transmisario se equipara, en cierta forma, con la del transmitente) concurre, por definición, en todos los casos. Por tanto, mi conclusión es que, respecto de los bienes que provienen del primer causante, el transmisario le sucede directamente, salvo en un supuesto: cuando no haya nacido a la muerte de dicho causante.

No considero criticable esta opinión por ser variable. Sí lo sería, a mi juicio, si la variabilidad viniera dada por el hecho de que en algunas ocasiones se hiciera especial hincapié en unos argumentos y, en otros casos, en otros bien distintos, cual si la fuerza de cada uno fuera imprevisible. No obstante, ya se ha dicho que, atendida la totalidad de los argumentos, resulta más convincente la tesis moderna; sin embargo, en un caso aquella topa una prohibición legal que considero de imposible elusión: dado que, cuando así suceda, la ley impide considerar que el transmisario es sucesor directo del primer causante, habrá que admitir que lo es del transmitente.