

La indivisibilidad de la aceptación y repudiación de la herencia

ÁNGELA GALVÁN GALLEGOS

Doctora en Derecho
Profesora de la Universidad San Pablo CEU

SUMARIO: I. *Regulación y breve referencia histórica.* II. *Significado y fundamento del carácter de indivisibilidad.* III. *Ámbito de la indivisibilidad de la aceptación y repudiación.* 1. Planteamiento general: la delación. 2. ¿Cuándo existe delación?; el sistema de delaciones sucesivas. IV. *La problemática de la pluralidad de llamamientos.* V. *Llamamientos independientes de un mismo heredero a distintas porciones de herencia.* 1. Presentación del problema. 2. Causas de la pluralidad de llamamientos. 3. ¿Cuándo es único el llamamiento a pesar de la pluralidad de cuotas? 4. Solución a los distintos supuestos. A) Criterio primordial: la voluntad del testador. B) Diversidad de cuotas hereditarias deferidas unas por vía testamentaria y otras abintestato en favor de un mismo sujeto. C) Concurrencia de cuotas hereditarias deferidas como instituido y como sustituto vulgar. D) Institución de heredero pura y bajo condición suspensiva. VI. *Llamamientos independientes de una persona a la misma porción de herencia o a la herencia entera.* VII. *Otros casos controvertidos.* 1. El heredero legitimario. A) Planteamiento doctrinal. B) Interpretación de los artículos 985 y 833 del Código Civil. 2. El llamamiento conjunto: el derecho de acrecer. A) La institución solidaria de herederos. B) El denominado «derecho de acrecer» y su renunciabilidad. VIII. *Eficacia de la aceptación y repudiación parcial.*

I. REGULACIÓN Y BREVE REFERENCIA HISTÓRICA

«La aceptación o la repudiación de la herencia no podrá hacerse en parte» dice literalmente el artículo 990 CC, precepto que muestra claramente la influencia en el Derecho sucesorio español del Derecho Romano, donde se rechazaba la aceptación o repudiación parcial no sólo cuando el llamamiento fuera a la herencia entera, sino, incluso, cuando se llamara al mismo sujeto a varias partes de la misma, pues no se le permitía que repudiara unas y aceptara otras, haciendo extensiva la aceptación de alguna de las partes al resto de la herencia¹.

¹ Digesto, 29, 2, 1-2 y 10

Esta misma idea de la indivisibilidad de la aceptación y repudiación es la que se quiso establecer en la Partida 6, 6, 15, cuando dice en su comienzo: «Seyendo algund ome establescido heredero en parte cierta, maguer el non sepa cuanta es, bien puede entrar² la herencia solamente que la entre con condicion de la aver cuanta quier que sea».

Concisamente se vuelve a recoger este principio de indivisibilidad en el Proyecto de Código Civil de 1851, que expresa en el artículo 822: «... la repudiación no puede hacerse parcialmente».

II. SIGNIFICADO Y FUNDAMENTO DEL CARÁCTER DE INDIVISIBILIDAD

Observando la trayectoria histórica del carácter de indivisibilidad de la repudiación y aceptación de la herencia, hay que advertir que, aunque se coincida en el enunciado, el significado actual es bien diferente. El fundamento que justificaba en el Derecho Romano y en Las Partidas la no parcialidad de la repudiación, no es aplicable al Código Civil que elabora un sistema sucesorio conforme a principios distintos a los que imperaban en el sistema romano, ya que el concepto de «heredero» ha evolucionado hacia una menor radicalidad de las consecuencias que suponía ser llamado a la universalidad de la herencia y convertirse en continuador de las relaciones jurídicas del causante.

Para los romanos la institución de heredero forma parte, como imprescindible, para la validez del testamento. Significaba la designación de quien sucedía *in locum* o *in ius defuncti* y, por lo tanto, en todas sus relaciones jurídicas sin más limitación que la derivada de concurrir con otros herederos designados en el mismo testamento. La concepción romana de la institución de heredero responde a la máxima expresión del principio de universalidad que tan sólo queda restringido espacialmente por el *concursum* de varios herederos testamentarios, de manera que cesando esa limitación, es decir, la presencia de otros llamados, deja libre su fuerza expansiva y el o los herederos restantes lo serán por el todo agotándose exhaustivamente la sucesión del causante.

Consecuencia lógica del principio de universalidad del título de heredero en tales extremos son las siguientes reglas vigentes en el Derecho Romano:

a) *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decere potest*: se trata de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada.

b) *Ius adcrendi*: el acrecimiento forzoso o no decrecimiento de las porciones no asignadas o vacantes por cualquier causa.

² Entiéndase también «no entrar», o sea, repudiar.

c) *Ut vel omnia admittentur, vel omnia repudiantur*: totalidad e indivisibilidad de la aceptación y repudiación, se debía aceptar todo o repudiar todo.

Suceder a título universal según el Código Civil vigente hay que estudiarlo dentro, o teniendo en cuenta, otro ámbito donde:

Primero: La sucesión testada e intestada pueden convivir como se deriva de lo que dispone el artículo 658-III CC: «Podrá también deferirse (la sucesión) en una parte por voluntad del hombre, y en otra, por disposición de la ley».

De acuerdo con esto, se define el testamento en el artículo 667 CC como el acto «por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos».

A su vez, el artículo 764 CC sigue esta orientación y dice que «el testamento será válido aunque no contenga institución de heredero o ésta no comprenda la totalidad de los bienes y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar. En estos casos se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo a las leyes, y el remanente de los bienes pasará a los herederos legítimos».

Segundo: Consecuentemente, admitida la simultaneidad de ambas sucesiones, desaparece el acrecimiento forzoso y así, el artículo 912-2.º CC expresa que la sucesión legítima tiene lugar: «Cuando el testamento no contiene institución de heredero en todo o en parte de los bienes, o no dispone de todos los que corresponden al testador. En este caso la sucesión legítima tendrá lugar solamente respecto de los bienes de que no hubiese dispuesto». Y de conformidad al artículo 986 CC «En la sucesión testamentaria, cuando no tenga lugar el derecho de acrecer (art. 982 CC), la porción vacante del instituido a quien no se hubiera designado sustituto, pasará a los herederos legítimos del testador, los cuales la recibirán con las mismas cargas y obligaciones».

En vista de esto, hay que distinguir, como lo hace Vallet de Goytiso-lo³, «la universalidad del título de heredero» de «la universalidad del heredero testamentario». Aquélla está proclamada por el Código en el artículo 660 («Llámesse heredero al que sucede a título universal...») y 661 («Los herederos suceden al difunto... en todos sus derechos y obligaciones.»). Ser heredero, es decir, sucesor universal significa adquirir un patrimonio concebido como universalidad de Derecho *universitas ius*; se adquiere un todo ideal sin consideración a su contenido ni a los heterogéneos elementos que la componen, por lo que no puede ser dividida sino en partes alícuotas. Esta concepción del patrimonio hereditario como universalidad responde a elementales exigencias de seguridad jurídica tendente a conseguir la realización completa del fenómeno sucesorio, la continuidad de las relaciones y la consiguiente garantía para los acreedores del causante.

³ VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama de Derecho de sucesiones*, II, Madrid, 1982, p. 103.

En el supuesto de no haber dispuesto el causante totalmente de la herencia, el Código Civil excluye la universalidad del heredero dispuesto en testamento, pues acepta, como se ha visto, que éste suceda conjuntamente con aquellos que lo sean abintestato. Esto no afecta a la universalidad del título de heredero de la que participan tanto el instituido en testamento como los llamados por la ley. Unos y otros se subrogan en todas y cada una de las relaciones jurídicas del causante transmisibles por herencia, respondiendo *ultra vires hereditatis* en caso de no acogerse al beneficio de inventario.

A la luz de un principio de universalidad concebido de manera mucho menos radical que en el Derecho Romano hay que plantearse el carácter de indivisibilidad de la aceptación y repudiación e indagar su auténtico significado y fundamento fuera de la universalidad de la institución de heredero.

Algunos autores⁴ siguen manteniendo el fundamento del carácter indivisible de la aceptación y repudiación en la idea de continuidad sucesoria que se desprende del concepto de herencia y de heredero como representante del causante, así si se repudia no se quiere representar y por lo tanto no se admite nada, y si se acepta se quiere todo. La sucesión en los bienes es lo secundario; la sucesión en la persona es lo esencial. Desde estos términos no hay que hablar de cuotas o partes separadas de bienes, la condición de heredero es única pues prevalece en ella no la adquisición patrimonial que entraña sino, precisamente, la cualidad o título personal de heredero, o sea de subrogado en la posición jurídica del finado.

Esta teoría que basa la indivisibilidad de aceptación y repudiación en la universalidad del título de heredero aporta los siguientes argumentos legales:

a) La circunstancia de que el Código no haya adoptado para los llamamientos hereditarios la misma norma que el artículo 890 CC aplica a los legados⁵.

b) Que en el artículo 990 CC se hable de aceptación o repudiación «de la herencia» y no de cada cuota, sin establecer excepción alguna⁶.

A pesar de esta teoría clásica, resulta evidente que la universalidad de la institución de heredero —al aceptar el Código Civil la institución sólo en parte de la herencia y la concurrencia de herederos intestados con los llamados testamentariamente en parte—, ya no puede ser fundamento de la indivisibilidad de la aceptación y repudiación de la herencia y, por tanto, debe buscarse otra razón.

García Goyena⁷, centrándose en la repudiación, alegaba que, como ésta «significa un desaire o afrenta al testador el heredero testamentario

⁴ MANRESA, «Comentarios al Código Civil Español, VII», 7.ª ed., Madrid, 1956, p. 418. ROCA SASTRE, en notas a KIPP, «Tratado de Derecho Civil, V-2.º», 2.ª ed., Madrid, 1976, p. 52. O'CALLAGHAN, *Comentario del Código Civil* (Ministerio de Justicia), I, Madrid, 1991, p. 2354.

⁵ ROCA SASTRE, en notas a KIPP, *op. cit.*, p. 52.

⁶ MANRESA, *op. cit.*, p. 418.

⁷ GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, II, Madrid, 1852, p. 212.

que repudia la herencia (o cuota de la misma a la que es llamado) pierde su derecho a otros posibles llamamientos hereditarios referentes al mismo causante como los legados (art. 839 del Proyecto de 1851) o la mejora hecha en testamento (art. 665 del Proyecto de 1851). Como se puede apreciar, con este razonamiento se alcanzan soluciones más radicales que con el principio romano de indivisibilidad basado en el carácter de universalidad.

Hoy se justifica la indivisibilidad de la repudiación proclamada en el artículo 990 CC a la vez que la posibilidad, en caso de varios llamamientos, de repudiar unos y aceptar otros, en la voluntad del testador que ha querido establecer distintos llamamientos con su *ius delationis* independiente y, por tanto, la libre opción de decidir entre aceptar o repudiar el objeto de dicha delación.

En el sistema sucesorio que se establece en el Código Civil, la sucesión en concepto de heredero se produce mediante el concurso de dos factores de voluntad: la del testador y la del delado (llamado a ser heredero con delación).

La voluntad del causante puede manifestarse expresamente por testamento –sucesión «testada»–, o presuntamente, cuando no exista testamento o éste resulte incompleto, la ley designa a determinadas personas estimando que serían preferidos por el causante los parientes más próximos –sucesión «legal» o «abintestato».

El sujeto al que se le ofrece ser heredero ha de manifestar su voluntad de aceptación, expresa o presunta, para llegar a serlo; en caso de que no le interese, expresamente hará manifiesto su rechazo repudiando la herencia.

Aunque la decisión del llamado sea independiente de la del testador (desaparecidos los herederos forzosos, art. 988 CC) es preciso, sin embargo, que respete la voluntad del causante por ser ésta la dispositiva, fundamental y preferente, lo que subordina naturalmente la decisión del llamado a adherirse o rechazar, sin más, lo ofrecido; y sólo en cuanto se dé la absoluta identidad entre lo ofrecido y lo aceptado o repudiado será válida la voluntad del llamado originando la perfección jurídica de la relación hereditaria, en el primer caso, abortándola de manera definitiva en el segundo.

Gitrama⁸ pone de manifiesto esta idea comparando la sucesión hereditaria con los negocios jurídicos *inter vivos*, y así, si en estos «–valga por todos, el contrato– la aceptación debe hallarse en perfecta congruencia con la oferta para que haya el consentimiento o concurso de voluntades (art. 1262 CC) sin lo cual no hay contrato (art. 1261 CC), en alguna manera la aceptación de la herencia consolida o completa la disposición testamentaria o legal en que el heredero es llamado a la sucesión, disposición principal o fundamental que no puede ser modificada o corregida por aquella aceptación, la cual ha de ser congruente o concordante en perfecta identidad con ella». Y lo mismo para el supuesto de no querer

⁸ GITRAMA, *Comentarios al Código Civil*, XIV-1.ª, Madrid, 1989, p. 75.

suceder en cuanto a la indivisibilidad de la repudiación respecto del llamamiento a toda la herencia o a cada cuota de ella.

Admitir la divisibilidad de la aceptación o repudiación, es decir, que el heredero pueda hacer suyo parte de lo ofrecido y rechazar el resto que no le convenga, es ir contra el espíritu de la sucesión *mortis causa* basada en la voluntad de aquel sujeto a quien se sucede que goza de plena libertad (exceptuando las legítimas) para disponer *mortis causa* de sus bienes y elegir a las personas que quiere que sean sus sucesores. La voluntad del testador manifestada en testamento es título preferente para determinar la delación hereditaria y consiste en la declaración de voluntad del testador dirigida a producir determinados efectos que el ordenamiento jurídico sanciona y respeta en cuanto querido por aquél (art. 658 CC). Mediante el testamento una persona «dispone para después de su muerte» (art. 667 CC) lo que evidencia su naturaleza imperativa en el sentido de que el testador no se limita a rogar o a aconsejar sino que ordena o manda lo que quiere que se haga.

Sólo la ausencia de esta manifestación de voluntad por parte del causante, es suplida por la ley en cuanto la sucesión denominada «legítima» (art. 658 CC), legal, abintestato o intestada, es supletoria o complementaria (arts. 912 y 658) basándose en el criterio de que el causante habría preferido a aquellos parientes más cercanos.

La repudiación del llamado, designado en virtud de la voluntad expresa o presunta del finado, a ser heredero es voluntaria y libre en cuanto puede o no realizarla pero es indivisible en cuanto se ha de respetar lo querido por el testador sin oportunidad de modificarlo por el repudiante.

III. ÁMBITO DE LA INDIVISIBILIDAD DE LA ACEPTACIÓN Y REPUDIACIÓN

1. PLANTEAMIENTO GENERAL: LA DELACIÓN

Para explicar y aplicar el carácter indivisible de la repudiación es preciso determinar el ámbito en el que opera y al que se ha de ceñir.

La aceptación y repudiación de la herencia son facultades incluidas en el *ius delationis* atribuido *ope legis* a aquel sujeto designado por voluntad del causante o por ley. Este *ius delationis* trae su causa en la delación que es el llamamiento y ofrecimiento de la herencia y supone la posibilidad inmediata de aceptarla o repudiarla. Sólo se podrá aceptar o repudiar válida y eficazmente cuando exista ofrecimiento actual de la herencia y sólo respecto de éste surtirá efecto la aceptación o repudiación.

Para averiguar cuándo existe realmente delación hay que hacer referencia al sistema de vocaciones y delaciones hereditarias que rige en el Código Civil español.

La vocación o llamamiento eventual de todos los posibles herederos en el momento de la muerte del *de cuius* se produce simultáneamente.

Todos aquellos sujetos cuya relación con el causante supone una expectativa más o menos lejana de llegar a ser sucesores a título universal, testamentarios o intestados, son llamados en el momento mismo de la muerte al que se atiende para calificar su capacidad. El sistema del Código, por tanto, es un sistema de vocaciones simultáneas.

2. ¿CUÁNDO EXISTE DELACIÓN? EL SISTEMA DE DELACIONES SUCESIVAS

Por lo que se refiere a la delación, es decir, la oferta de la herencia para aceptarla o repudiarla, se puede producir, según la clase de delación, en el mismo momento de la apertura de la sucesión o posteriormente; así, por el momento en que surge la delación se distingue⁹:

– La *delación inmediata*: es aquella que coincide con la apertura de la sucesión y, por tanto, con la vocación.

– La *delación diferida*: es la que depende de una circunstancia que se ha de concretar después de la muerte del causante, como ocurre en el llamamiento bajo condición suspensiva.

– La *delación sucesiva*: se produce respecto de personas que estarían excluidas si otras preferentemente intituidas hubiesen podido y querido aceptar. La delación en favor de los llamados posteriormente existe desde el momento en que el llamado en primer lugar es declarado incapaz o repudia la herencia, pero, en virtud del efecto retroactivo que se concede a la aceptación y repudiación (art. 989 CC) hace que la delación secundaria opere como simultánea al momento de la apertura y vocación hereditarias.

La delación sucesiva puede tener lugar en la sucesión intestada y en la testamentaria. En la sucesión legal o abintestato es más fácil apreciar el juego de las delaciones sucesivas pues se regula de acuerdo con el principio romano de la *successio graduum et ordinum* (arts. 922 y 923 CC) de manera que si ninguno de los parientes más próximos que están en primer término del orden de posibles sucesores no quieren (repudiación) o no pueden adquirirla (incapacidad para suceder) se produce la delación o llamamiento en favor de los que siguen en el orden de preferencia, así hasta el último grado donde se encuentra el Estado.

En la sucesión testamentaria el llamamiento sucesivo existe cuando el llamado en primer lugar no puede o no quiere suceder, en estos casos tiene lugar la delación en favor del sustituto (art. 774 CC), si estaba nombrado, o en favor de los intestados (art. 913 CC).

Que la delación sea sucesiva significa que no hay ofrecimiento efectivo y actual de la herencia, ni tampoco posibilidad de aceptarla o repudiarla, a favor de los llamados en segundo o posterior lugar hasta que no se extinga el llamamiento anterior preferente, por repudiación o por falta de capacidad sucesoria del sujeto llamado en primer lugar.

⁹ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, V-1.º, 2.ª ed., Barcelona, 1975, p. 155.

La repudiación ha de ser *total para cada delación*, por consiguiente, cuando se repudia es obvio que ha de existir delación en virtud de la cual se concede el *ius delationis* donde se recoge la facultad de repudiar. La delación, como se ha apuntado, podrá ser simultánea, diferida o sucesiva respecto del momento de la apertura de la sucesión.

Cada delación es independiente y respecto de cada una la repudiación es libre y voluntaria (art. 988 CC).

IV. LA PROBLEMÁTICA DE LA PLURALIDAD DE LLAMAMIENTOS

El carácter indivisible de la aceptación y repudiación se ha estudiado siempre en relación a la problemática que plantea el supuesto de pluralidad de delaciones o llamamientos existentes respecto de una misma herencia; esto ocurre:

a) Cuando hay *pluralidad de sujetos llamados*: este caso no plantea problemas; la aceptación o repudiación no ha de ser unánime para considerarse total. Es principio fundamental de la sucesión «mortis causa» que la pluralidad de llamados determina, incluso a pesar de la posible disposición en contrario del testador, la de delaciones, independientemente de como hubiera sido configurado originariamente el título sucesorio (llamamiento conjunto o por cuotas) por el causante¹⁰. La decisión acerca de la procedencia de aceptar o repudiar, en virtud del llamamiento, a la herencia incumbe a cada uno de los llamados, aunque lo sean en virtud de un llamamiento conjunto¹¹. Esta solución es corroborada por el artículo 989 CC que proclama la voluntariedad y libertad de los actos de aceptación y repudiación, y el artículo 1007 CC que declara la independencia de cada llamado a la hora de ejercitar su *ius delationis* correspondiente.

b) Cuando hay *pluralidad de llamamientos respecto de la misma herencia en favor de un único sujeto*.

Primero. Advertencia: en este apartado se trata de concurrencia de llamamientos para suceder como heredero, o sea, sucesor a título universal excluyendo el llamamiento como legatario o sucesor a título particular donde, por otra parte, la delación no existe¹² o por lo menos no con idéntica naturaleza a la del llamamiento universal.

Se puede suceder como legatario y/o como heredero. El legatario adquiere cosas concretas desde el momento de la apertura de la sucesión, si bien se le concede el derecho de repudiarlas. Un mismo sujeto puede recibir varios legados de la misma sucesión con la libertad para repudiar

¹⁰ ROCA SASTRE, en notas a KIPP, *op. cit.*, p. 55.

¹¹ PUIG BRUTAU, (*op. cit.*, p. 233) dice: «en virtud de una misma delación».

¹² ALBADALEJO, (*Derecho Civil*, V-1.^a, Barcelona, 1979, p. 209): «el heredero que sea al mismo tiempo legatario, podrá renunciar la herencia y aceptar el legado (si bien, a éste no hay propiamente delación, sino adquisición con facultad de renunciarlo)».

unos y otros no, siempre que sean todos de la misma naturaleza, onerosos o gratuitos, pues si alguno fuese oneroso no se podrá renunciar exclusivamente a éste y adquirir los gratuitos (art. 890-I CC)

El heredero sucede al causante «en todos sus derechos y obligaciones» (art. 661 CC) que forman un único concepto: «la herencia» (art. 659 CC). Mientras que se puede hablar de «legados», en plural, la herencia es una sola y se participará en ella no en cosas determinadas sino en cuotas.

Una misma persona puede ser llamada como heredero y atribuirle, a su vez, uno o varios legados (se trata de la figura del «prelegado», art. 890 CC). No se trata propiamente de un supuesto de pluralidad de llamamientos al que se refiere este apartado del análisis del artículo 990 CC pues este precepto habla de la indivisibilidad de la aceptación o repudiación de la herencia, conjunto patrimonial, y no se trata de la del legado. De todas formas, el Código Civil también regula los supuestos de pluralidad de legados y la concurrencia de éstos con el llamamiento a heredero, determinando para este último caso la total independencia del, simultáneamente, instituido heredero y legatario para repudiar la herencia y aceptar el legado o viceversa (art. 890-II CC).

Segundo. Panorama de los casos posibles: la pluralidad de llamamientos sobre un mismo sujeto respecto de una única herencia puede presentar gran cantidad de variantes, así puede ocurrir que se trate de:

1. Llamamientos a distintas porciones de la herencia, que a su vez puede obedecer a:

a) Que el llamado lo haya sido por distintos fundamentos: testamento y abintestato.

b) Que el testador lo haya instituido en varias cuotas hereditarias separadas entre sí, bien expresando títulos o circunstancias diversas (instituido directamente, sustituto, condición suspensiva) bien sin ninguna particularidad.

A su vez, estos diversos llamamientos a cuotas distintas de la herencia pueden ser coetáneos, es decir, que coincidan y se mantengan vigentes durante un mismo período de tiempo o porque hayan nacido a la vez (simultáneos) o porque surgido uno posteriormente, el anterior ofrecimiento se mantenga actual. Pero pueden también no coincidir porque ya uno se haya extinguido cuando surja el otro.

2. Llamamientos a la misma porción de herencia o a la herencia entera. Caso que tiene lugar si el delado en cuestión es llamado por testamento y, sucesivamente, por ley, o si es llamado abintestato más de una vez¹³. Se trata siempre de delaciones sucesivas.

3. Supuestos muy discutidos:

a) El «llamamiento» legitimario: la legítima y la mejora.

b) El llamamiento conjunto: el derecho de acrecer.

¹³ ALBADALEJO, *op. cit.*, p. 87.

V. LLAMAMIENTOS INDEPENDIENTES DE UN MISMO HEREDERO A DISTINTAS PORCIONES DE HERENCIA

1. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA

La ausencia de preceptos que regulen los casos en que a un mismo llamado a ser heredero se le defieran diversas porciones hereditarias (*ex pluribus portionibus*), hace sumamente arriesgado, en el régimen del Código Civil, sentar afirmaciones acerca de si hay que aplicar aquella regla del artículo 990 CC respecto a todos los llamamientos o cuotas en conjunto como si formaren una sola unidad, o si, por el contrario, actúa dicha regla únicamente respecto de cada delación, pudiendo por tanto aceptar unas y repudiar otras.

Cabrá referir la indivisibilidad de la aceptación o repudiación individualmente a cada llamamiento aislado, y no a la situación total del instituido heredero.

Hay que tener en cuenta que a la separación de los llamamientos se oponen, principalmente, escrúpulos técnicos nacidos de la unidad que el Código parece atribuir a la situación de heredero —que, por lo demás, carece de sólido fundamento—. Cuando la dualidad de delaciones está clara, ya por tratarse de distintos fundamentos de vocación, ya porque las cláusulas que en varios testamentos o en uno sólo atribuyen al heredero partes distintas de la herencia dejan presumir la voluntad del causante de llamar a porciones diferentes¹⁴.

Como se ha visto, la aceptación y la repudiación han de ser totales respecto de cada delación. Se repudiará, por tanto, una cuota independientemente de otra que esté deferida por delación diversa y autónoma. Hay que determinar, entonces, cuándo existen delaciones autónomas e independientes, es decir, cuándo las distintas cuotas en que se ve dividida la herencia y que puede adquirir el llamado en concepto de heredero universal, responden a una pluralidad de delaciones. Hay que determinar el *criterio de independencia de las delaciones*.

2. CAUSAS DE LA PLURALIDAD DE LLAMAMIENTOS

La diversidad de delaciones implica siempre la pluralidad de cuotas o porciones hereditarias, y aquélla puede nacer:

a) *De diversos fundamentos*: Testamentario y legal. El artículo 658 CC recoge la delación testamentaria —«la sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento»— y la legal, abintestato o «legítima» —«por disposición de la ley»—. Y admite también la posibilidad de que una herencia se defiera parte por testamento y parte abintestato (último párrafo del art. 658 y art. 912.2.º).

¹⁴ LACRUZ BERDEJO, *Derecho de Sucesiones. Parte General*, Barcelona, 1961, p. 176.

b) *De varias instituciones*¹⁵ o *títulos adquisitivos diversos*. El llamamiento a heredero o sucesor universal admite distintas modalidades y puede realizarse como instituido, como sustituto o bajo condición suspensiva. Roca Sastre¹⁶ habla de títulos adquisitivos hereditarios y distingue al heredero instituido principalmente del sustituto (llamado eventual de ulterior grado).

Como llamamiento independiente, por asimilación al de sustituto, se puede considerar el llamamiento condicional en general (pues la sustitución no es más que un llamamiento condicionado a la no adquisición del primer llamado); en ambos existe vocación desde el momento en que se abre la sucesión, pero la delación queda retardada y no adquiere su ordinaria eficacia (posibilidad inmediata de aceptar o repudiar, transmisibilidad) desde aquel momento, sino que en el caso del sustituto será la delación, subsidiaria al llamamiento frustrado del instituido principalmente; y en el caso del llamamiento bajo condición suspensiva queda subordinada la existencia de la delación al cumplimiento del evento en que consistía la condición.

3. ¿CUÁNDO ES ÚNICO EL LLAMAMIENTO A PESAR DE LA PLURALIDAD DE CUOTAS?

Como se ha afirmado, la diversidad de delaciones supone la pluralidad de cuotas o porciones de herencia, pero no viceversa, es decir, la pluralidad de cuotas no implica necesariamente la diversidad de delaciones. Así podría ocurrir:

a) Que existan varias cuotas según distintos fundamentos que obedecen a la misma causa. Hay identidad de causa cuando se produce:

– Delación hereditaria intestada doble: caso insólito en nuestro Derecho, ya que sólo con respecto al cónyuge se podría imaginar un llamamiento simultáneo abintestato como tal cónyuge y como pariente (descendiente o descendiente) del causante, y esto es imposible pues los grados en que concurren son concubinarios y, en ellos, no cabe matrimonio según el Código Civil¹⁷.

– Delación hereditaria testamentaria doble por pluralidad de testamentos: sólo es posible la coexistencia si el testador expresa en el último su voluntad de que el anterior subsista en parte, lo cual, en cierto modo, unifica el llamamiento a cuotas distintas¹⁸.

b) Que existan varias cuotas en virtud de un mismo título o institución: esto es, que una misma persona sea instituida heredero, por un único testamento, en varias porciones de la herencia. Caso infrecuente pero que

¹⁵ LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, p. 175.

¹⁶ ROCA SASTRE, en notas a KIPP, *op. cit.*, p. 53.

¹⁷ VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho de Sucesiones*, I, Madrid, 1982, p. 112.

¹⁸ ROCA SASTRE, en notas a KIPP, *op. cit.*, p. 53.

¹⁸ VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama...*, I, *op. cit.*, p. 112.

tiene lugar si dispone el causante que deja a A media herencia y, que además le deja 1/4 más¹⁹.

4. SOLUCIÓN A LOS DISTINTOS SUPUESTOS

A) Criterio primordial: la voluntad del testador

Hasta aquí se ha expuesto cuándo y a qué obedece la independencia de llamamientos coetáneos a distintas porciones de una herencia en favor de un mismo sujeto. La independencia de llamamientos hace que el plurillamado sea dueño de aceptar o repudiar cada uno de ellos independientemente.

Pero el juego de todas estas reglas puede alterarlo la voluntad del causante tanto en el sentido de declarar separables las cuotas hereditarias aunque según aquéllas no lo sean, como declarar no separables los varios llamamientos que sí lo sean²⁰.

Hay que estar en cada caso concreto al criterio interpretativo basado precisamente en averiguar la intención del testador, presumiendo, según Lacruz Berdejo²¹, la voluntad del causante de hacer dos distintos llamamientos si, en cláusulas distintas de un mismo testamento (o de varios) atribuye a un mismo heredero partes distintas de la herencia.

B) Diversidad de cuotas hereditarias deferidas unas por vía testamentaria y otras abintestato en favor de un mismo sujeto

La posible coexistencia de la sucesión testada e intestada respecto de una misma herencia viene reconocida en diversos preceptos del Código Civil: artículos 658-III, 764, 912.2.º, 912.3.º

De esta posibilidad es un supuesto que cuotas deferidas unas por testamento y otras por ley lo sean a un mismo sujeto porque le haya instituido heredero el testador en parte de la herencia y la ley le llame a otra parte, bien porque el testador no dispuso de ella o bien porque se frustró el llamamiento a favor de otro sujeto.

La solución está en admitir la posibilidad de que el plurillamado pueda repudiar o aceptar independientemente las cuotas o porciones ofrecidas, pues las delaciones son independientes por tener distinto fundamento²².

No puede aceptarse la postura de Gitrama²³ que opina que «si se da la coincidencia de que el destinatario es único y el mismo para una cuota a la que es llamado *ex lege* y por otra a la que es llamado *ex testamento*, la

¹⁹ ALBADALEJO, *op. cit.*, p. 87.

²⁰ ROCA SASTRE, en notas a KIPP, *op. cit.*, p. 54. LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, p. 175. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama...*, I, *op. cit.*, p. 113.

²¹ LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, p. 176.

²² MANRESA, *op. cit.*, p. 419. ROCA SASTRE, en notas a KIPP, *op. cit.*, p. 54. LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, p. 172. ALBADALEJO, *op. cit.*, p. 87.

²³ GITRAMA, *op. cit.*, p. 81.

aceptación de una sola de ambas podría reputarse aceptación parcial ya que aceptar, desde el plano subjetivo, supone investirse de la cualidad de heredero, es decir, de continuador de la personalidad del difunto, y así aquél que en antedichos casos acepta, ya queda investido como heredero a todo evento».

Se trata de un razonamiento trasnochado procedente del Derecho Romano y que, como se ha expuesto en este mismo apartado, no es de aplicación al sistema sucesorio del Código Civil español donde el título de heredero adquiere un carácter patrimonial como título adquisitivo carente de carácter universal con respecto al activo del causante y limitado al contenido objetivo que éste le dio; por tanto, es evidente que no hay obstáculo para que una persona pueda adquirir diversas porciones de un mismo activo relicto.

Para aclarar la posición en favor de la autonomía de las delaciones testada e intestada refiriéndose a cuotas distintas de una misma herencia hay que acudir a su respectivo proceso genético y sus respectivas disciplinas²⁴.

En principio, se basan en distinta designación respecto del sujeto; una va dirigida a aquel que designó el testador sin otra razón que la de su voluntad; la otra recae sobre el sujeto que determina la ley según un criterio basado en el grado de parentesco. Probablemente tendrán una y otra diferentes destinatarios, cada uno de los cuales sólo es llamado a una parte y sólo a esa parte puede repudiar independientemente de lo que haga o pretenda hacer el otro. No hay razón por la que no se deba mantener esta autonomía e independencia de las cuotas ofrecidas por delaciones diferentes cuando, por casualidad, coincidan en el mismo sujeto.

Ambas delaciones son, asimismo, independientes en cuanto al momento de su génesis. Es posible que se defiera por uno de los fundamentos parte de la herencia y se ejerza el *ius delationis* derivado de esa delación que queda extinguida, y posteriormente, en favor de la misma persona, se produzca la delación por distinto fundamento a otra cuota de la misma herencia. En este caso en que las delaciones no coinciden en el tiempo vigentes (que no significa que sean sucesivas, es decir, que el origen de una se base en la extinción de la anterior) es obvia su autonomía, pues la respuesta que se dio a la primera no es válida para la que se produce posteriormente, por dos razones: primera, porque no se puede aceptar o repudiar hasta que no se esté cierto del derecho a la herencia, es decir, hasta que se haya verificado el ofrecimiento actual de la herencia o cuota hereditaria (art. 991 CC); segunda, porque se vulnerarían los artículos 988 y 1007 CC en cuanto se elimina la libertad del llamado atribuyéndole o impidiéndole adquirir (según la respuesta a la delación anterior) lo ofrecido por la delación actual. O, si se considerara que por parcial no fue válida la primera decisión, hasta qué punto no se infringi-

²⁴ LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, p. 176.

ría el artículo 997 CC donde se proclama la irrevocabilidad de la aceptación y repudiación que en su momento fueron completamente correctas.

Si este razonamiento conduce a proclamar necesariamente independientes las delaciones testamentaria e intestada, como se hace tan evidente en el caso de que no coincidan en el tiempo, nada impide seguir manteniendo esta autonomía si se da la casualidad de que sean contemporáneas y estén vigentes durante un mismo período de tiempo.

C) Concurrencia de cuotas hereditarias deferidas como instituido y como sustituto vulgar

En virtud del principio de la libertad para disponer *mortis causa* se admite que el testador establezca respecto de un mismo objeto (toda la herencia o una cuota) un orden en el llamamiento de varias personas, las cuales no son llamadas conjunta y simultáneamente sino sucesiva y subsidiariamente, unas antes que otras. El testador se vale de una condición negativa, *si heres non erit* (si no hereda A herede B), para instituir heredero a un sujeto, en virtud de la cual el ofrecimiento a éste de la herencia no será efectivo sino en el caso de que el llamamiento del primer instituido se frustre y se extinga. Mientras tanto, el sustituto sólo tiene la expectativa surgida de la vocación (simultánea al instante de la apertura de la sucesión) a ser sucesor, pero no tiene posibilidad, aún, aceptar o repudiar porque carece de *ius delationis*, derecho nacido del ofrecimiento actual y efectivo de la herencia, que no se ha producido todavía o incluso no se produzca nunca.

Se trata de una institución condicional²⁵ cuya condición, suspensiva negativa, consiste en el acontecimiento futuro e incierto de que no sea heredero el instituido en el primer llamamiento (*si heres non erit*). El llamamiento de un segundo heredero depende de que no llegue a serlo el primer llamado.

Como institución bajo condición suspensiva la delación surge cuando la condición se cumple, es decir, falta o se extingue la delación a favor del instituido. El llamamiento efectivo a ser heredero que surge en favor del que fue designado sustituto es independiente de cualquier otro que recaiga en la misma o en distinta persona, sea a título universal o particular.

Es necesario insistir en que no hay llamamiento a favor del sustituto hasta que la condición –*si heres non erit*– se cumple, y en este momento deja de ser contemplado en defecto de instituido para pasar a serlo en primer término.

Como señala Albadalejo²⁶, no hay un período durante el cual se es llamado como sustituto –antes del cumplimiento de la condición– y otro

²⁵ ALBADALEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, X-2.º, Madrid, 1984, p. 17.

²⁶ ALBADALEJO, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 24.

en el que se es llamado como instituido –depués del cumplimiento–, sino que durante el primer período no se es llamado, y durante el segundo sí lo es como heredero.

En el supuesto de que, por haberlo dispuesto así el testador, sea una misma persona sustituto e instituido (heredero) en la misma sucesión respecto de diferentes cuotas o partes de la herencia, se pueden distinguir, una vez abierta la sucesión, varias situaciones:

Primera: Que coexistan delación hereditaria y vocación sustitutoria por no haber tenido lugar aún el hecho que condiciona el llamamiento del sustituto. Existen: la delación de instituido en la parte que haya dispuesto el testador y la vocación a la cuota respecto de la que es designado sustituto; por tanto solamente se podrá tomar la decisión de repudiar o aceptar la herencia ofrecida por el único llamamiento actual y efectivo que concede tal posibilidad representada en el denominado *ius delationis*, derecho nacido de la delación. Y esa decisión producirá el efecto correspondiente sobre la cuota que era su objeto. En el caso de repudiación, se rechazará la parte de la herencia sobre la que fue el sujeto instituido principalmente, por otra parte, la única ofrecida y, por tanto, respecto de la que se permite ejercitar las facultades de repudiar o aceptar (art. 991 CC).

La postura adoptada es claramente independiente de aquella que se podrá tomar una vez producida la delación fundamentada en la vocación de sustituto. No puede hacerse extensiva a la delación posterior intentando con ello salvaguardar lo dispuesto en el artículo 990 –la indivisibilidad–. Al imponerle la repudiación o aceptación que efectuó de acuerdo con otro llamamiento diferente se le está privando al, de nuevo y en otra cuota delado, de un derecho –el *ius delationis*– y además, se vulnera el principio de libertad que consagra el artículo 988 CC y el artículo 1007 CC.

Segunda: Que coincidan vigentes los dos llamamientos y sean ejercitables ambas delaciones en un mismo período de tiempo. Es el supuesto en que, subsistente la delación como instituido principal respecto de una porción de herencia, surta la delación a la cuota de la herencia en la que se le designó sustituto. El momento de tal coincidencia dependerá del hecho que motive el cumplimiento de la condición que suspendía los efectos de la vocación del sustituto y así la razón por la que instituido principal no llegue a ser heredero podrá ser: premoriencia, nulidad de la institución, incapacidad para suceder o repudiación.

En este supuesto se ofrecen dos porciones de la herencia a un mismo sujeto como heredero instituido en ambas. No hay que olvidar que mientras se es sustituto no hay llamamiento, y cuando se produce el llamamiento se deja de ser sustituto para ser instituido principal. El plurillamado podrá aceptar una cuota y repudiar la otra sin vulnerar lo preceptuado en el artículo 990 CC ya que la delación a favor del sustituto, afirma Albadalejo²⁷, es perfectamente distinta e independiente de cualquier otra,

²⁷ ALBADALEJO, *Comentario del Código Civil* (Ministerio de Justicia), I, Madrid, 1991, p. 1878.

y sólo se encuentra ligada con la delación a favor del instituido –de la que también es perfectamente distinta– en cuanto que la inexistencia o extinción de la una depende la producción de la otra. Por eso, siendo a la vez instituido y sustituto en la misma sucesión se puede aceptar la parte que corresponda en el primer concepto y repudiar la que corresponda en el segundo.

D) Institución de heredero pura y bajo condición suspensiva

El Código Civil en el artículo 790 menciona la posibilidad de que el testador instituya heredero bajo condición suspensiva, especificando el principio general de la autonomía de la voluntad que rige las estipulaciones sucesorias.

Consiste la institución condicional en someter la eficacia de la designación testamentaria a que acontezca un hecho futuro e incierto establecido por el mismo testador. La consecuencia jurídica de una designación de esta índole es que mientras no se produzca el hecho o circunstancia futura e incierta no hay delación; la condición suspensiva retrasa la delación que tendrá lugar cuando se cumpla, si llega a cumplirse, la condición, y esto debido a varias razones:

Primera: La condición se impone a la institución o designación de heredero por parte del testador (art. 790 CC: «las disposiciones testamentarias... podrán hacerse bajo condición»). Es a la designación a la que se limita la eficacia haciéndola depender del acontecimiento incierto; siendo la delación efecto de la designación, y admitido que los efectos del negocio condicional no se producen sino cuando la condición se cumple, es evidente que hasta tal momento la institución no produce delación u ofrecimiento efectivo de la herencia.

Segunda: En la institución condicional la cualidad de heredero es incierta y la aceptación o repudiación, contenido esencial del *ius delationis*, están en estos casos explícitamente prohibidas por el artículo 991 CC²⁸.

Tercera: Pero no es que no haya certeza (certeza subjetiva a la que hace referencia el art. 991 CC) del derecho subjetivo, sino que no existe tal derecho a la herencia –*ius delationis*– como demuestra el texto del artículo 759 CC de donde se deduce que el instituido bajo condición suspensiva no adquiere derecho a la sucesión si no sobrevive al cumplimiento de la condición, y, por tanto, no lo puede transmitir.

Cuarta: La delación significa ofrecimiento de la herencia para que el instituido la pueda adquirir sin más que aceptarla; es un ofrecimiento actual para que, si quiere, se convierta ya en heredero mediante la aceptación. El llamamiento condicionado es un llamamiento virtual, no actual, por tanto, se tratará de vocación sin delación o delación retardada e

²⁸ GARCÍA-BERNARDO LANDETA, «Designación mortis causa, vocación hereditaria y adquisición automática», en *Revista de Derecho Notarial*, 1959-II, p. 91.

incierta donde se contempla una designación vigente después de abierta la sucesión –vocación– sin delación simultánea.

No es correcto hablar en estos casos de «delación condicional», que en propiedad significa ofrecer la herencia condicionalmente, pues es tanto como no ofrecérsela, ya que lo ofrecido para si se da cierto caso, únicamente resulta ofrecido de forma real y actual si y cuando el caso se dé, y sólo desde entonces puede adquirirse. Luego la delación no admite por su propia esencia condición²⁹.

El testador puede instituir a un mismo sujeto en cuotas diferentes de la herencia de forma pura y condicionalmente, haciendo, de tal modo, independientes los llamamientos y, por ello, la respuesta del llamado respecto de cada uno. La independencia de estos llamamientos emana directamente de la voluntad del causante que es el que ha establecido (en testamento) las distintas circunstancias en las que al sujeto se le ha de ofrecer la herencia.

Una vez abierta la sucesión, la designación pura de heredero produce inmediatamente sus efectos: el ofrecimiento actual de la herencia, entera o en la cuota determinada.

La designación o institución condicional, una vez abierta la sucesión, puede plantearse en las siguientes situaciones:

- a) Que la condición se haya cumplido ya.
- b) Que se cumpla posteriormente pero vigente aún la institución pura.
- c) Que no se cumpla hasta después de haberse ejercitado el llamamiento puro y simple.

Resulta necesario admitir en este último supuesto la independencia de ambos llamamientos porque, indefectiblemente, producen dos delaciones, la pura y simple sometida tan sólo al hecho de la muerte del causante, y la otra, además, a la producción del hecho en que consiste la condición, no originándose hasta que éste tenga lugar. Ejercitado el «ius delationis» y extinguida la delación surgida del llamamiento puro y simple, puede ocurrir que se realice el evento que suspendía los efectos del llamamiento condicional y produzca la delación con el correspondiente ofrecimiento de la cuota hereditaria en la que se le designaba heredero, otorgándole al designado absoluta libertad para aceptarla o repudiarla sin atender a la decisión tomada anteriormente respecto de la delación surgida del llamamiento puro.

Esta misma solución –independencia de delaciones– ha de adoptarse para los supuestos en que ambas delaciones concurren vigentes en el tiempo, así, cuando al abrirse la sucesión se haya cumplido la condición o se cumpla en un momento posterior pero subsistente el llamamiento no condicional, se podrá repudiar la cuota deferida por uno de los llamamientos y aceptar la porción ofrecida en virtud del otro.

²⁹ ROCA SASTRE, «La designación, la vocación y la delación sucesoria», en *Estudios sobre Sucesiones*, I, Madrid, 1981, p. 144. ALBADALEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, X-1.ª, Madrid, 1987, p. 258.

Como último fundamento de la independencia de los dos llamamientos, puro y condicional, hay que alegar la voluntad del testador que así quiso disponer que distintas cuotas de la herencia se defirieran por separado y en distintas circunstancias a un mismo sujeto.

VI. LLAMAMIENTOS INDEPENDIENTES DE UNA PERSONA A LA MISMA PORCIÓN DE HERENCIA O A LA HERENCIA ENTERA

Según el Código Civil, no cabe una doble delación simultánea y eficaz al mismo objeto en base a diversos fundamentos sucesorios, así se deduce de los artículos 658.1 y 912 que sólo prevén la posibilidad de llamamientos sucesivos o subsidiarios, como ocurre entre la sucesión testada e intestada y en los diversos órdenes de suceder dentro de esta última que también se estructuran conforme a las reglas de prioridad y subsidiariedad³⁰.

Dentro de este ámbito de llamamientos sucesivos se puede producir la hipótesis de que coincidan en un mismo sujeto dos delaciones sucesivas, una respecto de la otra, a la misma herencia o porción de herencia, como ocurre cuando:

a) Repudiada la herencia por el designado en testamento, y abierta, en consecuencia, la sucesión intestada, sea él mismo declarado heredero por ser el pariente más próximo del causante. De este supuesto se ocupa, precisamente, el artículo 1009 CC.

b) Aquél a quien se llama abintestato más de una vez por coincidir en él doble parentesco repudie la herencia en virtud del llamamiento legal por ser pariente más próximo en grado. Si no hereda ningún otro pariente en este grado se ofrecerá la herencia a los de grado inferior entre los que se tendría que incluir a aquél que repudió. Esta posibilidad de doble llamamiento intestado, una consecuencia de la extinción del otro, no se prevé en la ley pero será de aplicación, por analogía³¹, la solución que expone el artículo 1009 CC para la hipótesis de repudiación del llamamiento testamentario.

La duda surge de si es admisible que se produzca el nuevo llamamiento sucesivo en favor de la misma persona que repudió el principal y que, precisamente, provocó la existencia de aquél.

Según este planteamiento no se ve cuestionado en ninguno de los dos casos el principio de indivisibilidad de la repudiación, porque de ninguna manera el delado repudiaría parte de lo que se le ofrece, sino que cada

³⁰ Según HERNÁNDEZ GIL, A. (*Lecciones de Derecho sucesorio*, Madrid 1971, p. 47). «Hay delaciones subsidiarias: cuando se hace un llamamiento en defecto de otro primeramente establecido. En la sucesión intestada se observa que los diversos órdenes de suceder se estructuran conforme a las reglas de prioridad y subsidiariedad».

³¹ ALBADALEJO, *op. cit.*, p. 87.

vez repudia –primero– y acepta (o repudia) –después– lo que cada vez le es ofrecido ³².

Tampoco se trata de concurrencia de llamamientos, ya que, si el llamamiento testamentario (o el intestado en grado preferente) es válido y agota la herencia (se acepta) no tiene lugar el llamamiento legal, y sólo cuando aquél se ha frustrado resulta vigente el subsidiario.

Sin embargo, el artículo 1009 CC se ha querido poner en relación con el artículo 990 CC y fundamentarlo en el carácter de indivisibilidad de la repudiación; opinión muy discutida que obliga a estudiar y esclarecer la hipótesis a que se refiere y que soluciona dicho artículo 1009.

El texto del artículo 1009 CC dice así:

«El que es llamado a una misma herencia por testamento y abintestato, y la repudia por el primer título, se entiende haberla repudiado por los dos.

Repudiándola como heredero abintestato y sin noticia de su título testamentario, podrá todavía aceptarla por éste.»

En virtud de su sentido literal, no muy claro, se discute si se trata, de la atribución a idéntica persona de una misma herencia o cuota de ella por diversos fundamentos de vocación ³³, o regula, en verdad, la sucesión deferida en parte por testamento y en parte abintestato en que corresponda simultáneamente a un mismo sujeto dos porciones distintas, una a la que se le llama por ley y otra a la que le llama el testador.

Esta última hipótesis es la defendida por O'Callaghan ³⁴ y opina que el artículo 1009 CC en el caso de que concurren la sucesión testada e intestada, cuando el delado repudie la testada, queda repudiada toda la herencia. No se puede aceptar en parte, dice el artículo 990 CC, ni repudiar en parte, y si lo hace, este artículo 1009 CC, establece, según el autor, la sanción de imponer la repudiación total.

Sin embargo, no se puede sostener este razonamiento, primero, porque ya se ha visto y defendido con argumentos legales, la posición aceptada unánimemente por la doctrina, de acuerdo con el sistema sucesorio del Código, respecto de los llamamientos simultáneos por distinto fundamento a varias cuotas hereditarias, su independencia y consiguiente libertad del plurillamado para aceptar o repudiar cada uno de ellos. Y, segundo, resulta muy extraño que el artículo 1009 CC hable sólo de la repudiación y no mencione la aceptación como lo hace disyuntivamente en los artículos 988, 989, 990, 991, 992, 1004, 1005 y 1006 CC, lo que supondría que sí admite la aceptación parcial y no la repudiación parcial; pero incluso ésta también se admitiría, según el párrafo segundo del mismo artículo, cuando se repudiara el llamamiento intestado desconociendo el título testamentario, que se podría aún aceptar.

Sin duda el artículo 1009 CC no está regulando un supuesto de repudiación parcial ni su fundamento se encuentra en la indivisibili-

³² GITRAMA, *op. cit.*, p. 308.

³³ LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, p. 177.

³⁴ O'CALLAGHAN, *op. cit.*, p. 2383.

dad que proclama el artículo 990 CC, sino que hay que interpretarlo de la siguiente manera: cuando dice «a una misma herencia» se debe entender que hace referencia a ofrecimientos sucesivos y subsidiarios de toda o de la misma cuota de herencia, supuesto donde cobra importancia la repudiación, pues uno de sus efectos es provocar el ofrecimiento de la herencia o cuota repudiada al siguiente llamado que corresponda. Así es de aplicación el artículo 1009 CC para el supuesto de que, precisamente, la repudiación del delado –ejerciendo el llamamiento principal– sea causa de que entre en vigor el llamamiento subsidiario en su mismo favor, con idéntica posibilidad de aceptar o repudiar lo mismo.

La repudiación al llamamiento testado produciría la actualización de la vocación intestada del repudiante y el ofrecimiento, de nuevo, de la herencia según la ley y no según la voluntad del causante; admitir que esto ocurra sería permitir, de alguna manera, que el sucesor disponga de los bienes del causante defraudando la voluntad de éste. La herencia se adquiriría de forma diferente a como lo quiso y dispuso el testador, hecho que se rechaza tanto por la ley que no admite ningún tipo de condicionamiento a la hora de repudiar o aceptar la herencia (art. 990 CC), como por la doctrina³⁵.

Según el artículo 1009 CC, entonces, no puede ser aceptada la herencia deferida abintestato si la institución testamentaria sobre esa misma herencia o cuota resultara ineficaz por la repudiación del designado en ella. Se evita que nazca la delación sucesiva –aunque literalmente dice «se entiende repudiada»– en favor del repudiante, eludiéndole y ofreciendo la herencia al resto de aquellos con vocación en el mismo orden intestado o en el siguiente si no hubiera ninguno; habrá que llamar a los demás parientes del mismo grado y no a él, y si era el único en grado, a los del grado posterior, sin sobrepasar el cuarto. Todo esto significa que «carece de delación»³⁶.

³⁵ SÁNCHEZ ROMÁN (*Estudios de Derecho Civil*, VI-3.ª, 2.ª ed., Madrid, 1910, p. 1849) opina que «es una desconsideración para la voluntad del testador, dando la preferencia a la presunta en que se fundamentaba el llamamiento de la ley sobre la expresa contenida en testamento, lo que carecería de lógica explicación, y además alteraría el orden de prelación que en los principios y en las leyes tiene la sucesión testada sobre la intestada». MANRESA (*op. cit.*, p. 514) admite como razón importante a lo dispuesto por el artículo 1009 que «el que renuncia una herencia que se le defiere por testamento, correspondiéndole por su renuncia la sucesión intestada, desprecia la voluntad del causante, y no merece ser sucesor». CLEMENTE DE DIEGO (*Instituciones de Derecho Civil Español*, III, ed. revisada, Madrid, 1959, pp. 483-484) afirma que: «renunciando como heredero testamentario no puede aceptar como heredero abintestato por la desconsideración que envolvería para el testador desoír su llamamiento y atender el de la ley, dando preferencia a la voluntad presunta sobre la expresa, a la sucesión abintestato sobre la testamentaria». En el mismo sentido, GITRAMA, *op. cit.*, pp. 306-307, y PUIG BRUTAU, *op. cit.*, p. 234.

³⁶ O'CALLAGHAN, *op. cit.*, p. 2382.

VII. OTROS CASOS CONTROVERTIDOS

1. EL HEREDERO LEGITIMARIO

A) Planteamiento doctrinal

La Sección quinta del Capítulo II, Título III, Libro Segundo del Código Civil se titula «De las legítimas», y en el artículo 806 CC define la legítima como «la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos». Esta definición del Código no es muy afortunada, ni tampoco útil para el estudio de la institución, pues no se corresponde con la regulación ulterior de tal figura.

La expresión «legítima» alude, en realidad, a un *quantum* proporcional a la fortuna del causante que con cargo a la misma, debe pasar o haber pasado necesariamente a personas próximas a él denominadas «legitimarios». Es «legítima», según Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida³⁷, la porción o cuota a que tienen derecho los parientes en línea recta y el cónyuge de cualquier persona, en el patrimonio de éste, a percibir a partir de su muerte si no se recibió en vida.

La expresión «herederos forzosos» para designar a los titulares del derecho de legítima tampoco es muy acertada. Tal denominación no ha de considerarse más allá de una impropiedad del lenguaje favorecida por los precedentes históricos y, desde luego, no podrá servir tampoco para imponer una supuesta regla según la cual el legitimario fuera necesariamente heredero, frente al real funcionamiento del sistema sucesorio del Código Civil, en el cual ningún precepto establece que la legítima haya de cumplirse por título de herencia, sino que, más bien al contrario, del artículo 815 CC se deduce la posibilidad de cumplir con la legítima por parte del causante por «cualquier título», y uno de ellos, es el de heredero. En este caso se dará en la misma persona la doble condición de legitimario y heredero.

El supuesto de heredero legitimario ha planteado la problemática de la repudiación y aceptación global e indivisible, es decir, si la repudiación del llamamiento hereditario lleva consigo la de la legítima, y la repudiación parcial e independiente de la herencia, por un lado, y la legítima, por otro.

Ante esta figura del legitimario que a la vez es nombrado heredero (por testamento o legalmente en la sucesión intestada) surge la duda de si cabe aceptar o repudiar la legítima con independencia de la herencia, cuestión directamente relacionada con el artículo 990 CC y necesaria-

³⁷ LACRUZ BERDEJO Y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil*, V, Barcelona, 1988, p. 442.

mente enlazada con una de las polémicas más difíciles de desentrañar en el Derecho Común: la naturaleza jurídica de la legítima.

Es abrumador el número de autores que han estudiado el asunto y la variedad de opiniones que se han vertido sobre él.

A los efectos de este punto (el de la indivisibilidad) es más apropiado orientar la polémica y el estudio de todas las posturas doctrinales tomando como referencia y criterio el juego de aceptaciones y repudiaciones de la herencia y de la legítima, según admitan o no su independencia, que es lo que ahora interesa desentrañar para averiguar el alcance del artículo 990 CC. Los autores que han admitido el juego independiente de la repudiación o aceptación de herencia y legítima lo han basado y defendido con muy diferentes argumentos.

El Proyecto de 1851 recogía en el párrafo segundo del artículo 822, después de afirmar que la aceptación o repudiación no podían hacerse parcialmente, que «la repudiación no perjudica a los que tengan derecho a porción legítima para reclamarla». Este párrafo, según el comentario que hace García Goyena³⁸, no era de necesidad, por entender el autor que la porción legítima es una deuda.

Dávila García³⁹ y Roca Sastre⁴⁰ defienden la idea de legítima como porción de bienes o de valor de bienes que el testador está obligado a dejar a aquellos sujetos legitimarios que pueden recibirla por distintos títulos y en formas diferentes: como heredero, por legado e incluso por donación *inter vivos*. En el caso de que se instituya heredero al legitimario se produce una incompatibilidad que resuelven ambos autores en favor del título hereditario afirmando que donde hay herencia no hay legítima⁴¹. Los títulos de heredero y legitimario no pueden darse en una misma persona, así el legitimario instituido heredero no tiene legítima, pues obtiene un título, más amplio, de sucesor en todo el *ius* del causante.

Ambos autores coinciden, de nuevo, en la posibilidad de renunciar y aceptar independientemente una de otra; Dávila García⁴² sin más razonamiento se basa en que legítima y herencia son dos aspectos de la sucesión distintos. Roca Sastre⁴³ se plantea que ante la evidencia de que, con la doctrina por él expuesta, el legitimario que llega a ser heredero puede resultar que obtenga una utilidad neta inferior al importe de la porción legitimaria que en otro caso adquiriría, es conveniente admitir que el legitimario llamado a heredar pueda repudiar la herencia conservando entonces la condición de «legitimatio»; y esto por la razón de que no puede considerarse en ningún caso, incluso cuando esté instituido por testamen-

³⁸ GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, p. 213.

³⁹ DÁVILA GARCÍA, «Herederos y legitimarios (Donde hay herencia no hay legítima)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario 1943*, p. 661 ss.

⁴⁰ ROCA SASTRE, «Naturaleza jurídica de la legítima (Teoría de la "debita pars valoris bonorum")», en *Revista de Derecho Privado 1944*, p. 185 ss.

⁴¹ DÁVILA GARCÍA, *op. cit.*, p. 670. ROCA SASTRE, «Naturaleza...», *op. cit.*, p. 205.

⁴² Dávila GARCÍA, *op. cit.*, p. 670.

⁴³ ROCA SASTRE, «Naturaleza...», *op. cit.*, p. 205.

to, que el título hereditario sea expresión de la porción legítima, pues ésta, frente a dicho título, desaparece, y el título de heredero supera todo contenido útil patrimonial.

González Collado y Crehuet Juliá parten de que la herencia no excluye ni elimina el título de legítima porque ésta se trata de una adquisición a título singular que tiene campo de acción tanto en la sucesión testada como intestada⁴⁴; o, según González Collado⁴⁵, se trata de una adquisición *ex lege* independiente de la sucesión que participa de una naturaleza jurídica distinta de la del heredero, y que en caso de converger se yuxtaponen conservando su autonomía absoluta; lo que permite un régimen de aceptaciones y repudiaciones que funcionan por separado.

González Palomino añade a los argumentos anteriores en favor del libre juego de aceptaciones y repudiaciones de herencia y legítima los siguientes:

a) El artículo 985 CC, regulando el acrecimiento, da a entender en el párrafo primero que el legitimario acepta la parte de legítima y repudia la de libre disposición, y que en el segundo párrafo se considera el caso inverso, que la parte repudiada es la de legítima y la aceptada es la de libre disposición⁴⁶.

b) La legítima constituye una delación independiente (*tertium genus*) de la testada e intestada, que se rige exclusiva y absolutamente, por las normas legales y le corresponde una opción separada de aceptación o repudiación⁴⁷.

Entre los autores que NO admiten el funcionamiento por separado de la repudiación/aceptación de herencia y legítima, es curioso advertir la presencia de autores que han defendido tesis tan contrapuestas respecto de la naturaleza de la legítima como Peña Bernaldo de Quirós y Vallet de Goytisolo, y que, sin embargo, coinciden en la inadmisibilidad de escisión del llamamiento sucesorio de heredero legitimario de manera que se pudiera repudiar la herencia y aceptar la legítima o viceversa.

Ya Casso y Viñas Mey⁴⁸ sostenían que el legitimario instituido heredero que renunciara a la herencia nada podía conseguir a título de legítima.

Esta idea es defendida por la mayoría de los autores que más recientemente han estudiado el problema de la legítima, pero sus fundamentos no dejan de ser muy dispares, así:

⁴⁴ CREHUET JULIÁ, «Algo sobre la legítima», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 1948, p. 228.

⁴⁵ GONZÁLEZ COLLADO, «El legitimario no es sucesor», en *Anales de la Academia Matritense y del Notariado* 1946, p. 537.

⁴⁶ GONZÁLEZ PALOMINO, «El acrecimiento en la mejora», en *Anales de la Academia Matritense y del Notariado* 1950, p. 536.

⁴⁷ GONZÁLEZ PALOMINO, *op. cit.*, pp. 538, 540.

⁴⁸ CASSO Y VIÑAS MEY, *Derecho Civil Español –del Código Civil y exceptuado–*, Madrid 1926, p. 490.

Ortega Pardo⁴⁹ y Peña Bernaldo de Quirós⁵⁰ mantienen que la legítima es atribuida directamente por la ley a título de heredero con carácter de tercer llamamiento, el de heredero forzoso, distinto del llamamiento voluntario y del llamamiento abintestato. El causante no podrá instituir legatario en su legítima al legitimario pues no se le puede privar de su calidad legal de heredero. Sí podrá el testador nombrar heredero al legitimario en testamento, éste no pierde su carácter de heredero forzoso, y coexistirán entonces en la misma persona, los títulos de heredero forzoso y testamentario. En este caso, si se renuncia a la herencia no se puede conseguir nada a título de legítima pues, según una razón poco convincente de Peña Bernaldo de Quirós⁵¹, el llamamiento forzoso no engendra un «ius delationis» independiente, sino que sus normas se integran siempre en la sucesión derivada, bien del testamento, bien de la ley.

En contra de la existencia de un llamamiento general primario, impuesto por la ley, de heredero forzoso, está la doctrina mejor razonada y más coherente que defiende la inseparabilidad del carácter legitimario que tenga el heredero o llamado a serlo por ley o por voluntad del causante.

Porpeta Clérigo⁵² se planteaba el supuesto en el que el titular de la legítima adquiriera juntamente con ella algo de la parte libre; y negaba la posibilidad, en Derecho Español, de aceptar la herencia y repudiar la legítima o, a la inversa, aceptar ésta y repudiar aquélla porque –y esta es su explicación– la legítima permanece embebida en la parte de la herencia que al legitimario se le adjudique, y todo intento de opción (aceptar o repudiar) separada respecto de ella chocaría ásperamente con la norma prohibitiva del artículo 990 CC.

Esta solución la prevé el autor para la situación de heredero forzoso que recibe un plus –por el llamamiento testamentario– sobre su cuota, pero nada dice respecto del caso en que reciba por herencia menos de lo que por legítima le correspondería.

Son Vallet de Goytisolo⁵³ y Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida⁵⁴ los que, modernamente, generalizan la imposibilidad del ejercicio autónomo de la alternativa repudiación-aceptación respecto de legítima y herencia, tanto para la hipótesis de que aquélla se vea sobradamente cumplida por ésta, como para el supuesto de que no resulte totalmente cubierta.

El legitimario, en principio, es titular del derecho a obtener un activo de bienes líquido que puede recibir por cualquier título (herencia, legado o

⁴⁹ ORTEGA PARDO, «Heredero testamentario y heredero forzoso», en *Anuario de Derecho Civil* 1950, p. 352.

⁵⁰ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «La naturaleza de la legítima», en *Anuario de Derecho Civil* 1985, p. 865 ss.

⁵¹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 869.

⁵² PORPETA CLÉRIGO, «Naturaleza jurídica de la legítima», en *Estudios de Derecho Sucesorio*, Colegio Notarial de Barcelona 1946, p. 149

⁵³ VALLET DE GOYTISOLO, «Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer» I-2.ª, Madrid 1974, p. 798. «Observaciones en torno a la naturaleza de la legítima», en *Anuario de Derecho Civil* 1986, p. 38 ss.

⁵⁴ LACRUZ BERDEJO Y SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, p. 453.

donación *inter vivos*), lo que se traduce, desde el punto de vista del causante, en un deber genérico de atribución al legitimario de esa mínima cuantía, prevista en la ley, por el título que tenga conveniente⁵⁵. No hay razón alguna, según lo previsto por el Código Civil, para entender que el legitimario tenga que ser necesariamente heredero. Que el derecho del legitimario a obtener determinada cantidad de bienes nazca de la ley con carácter imperativo, en modo alguno transforma sin más a la institución de heredero, o al legado, o a la sucesión intestada en un modo distinto de suceder⁵⁶.

Por tanto, no cabe, si la legítima se deja a título de heredero, repudiar la herencia y aceptar la legítima, porque esto excedería los propios límites de tal derecho que no comprende la elección del modo de satisfacción confiada al causante. No se puede separar de una parte la legítima y de otra la atribución destinada a satisfacerla; el deber «legitimatio» del causante se extingue al disponer una atribución suficiente, y no revive por el hecho de que la disposición se repudie⁵⁷.

Ahora bien, si a pesar de la institución de heredero se comprueba la infracción de la cuantía o de la intangibilidad cualitativa de la legítima, la condición de heredero no elimina la de legitimario, pues son categorías que se hayan en planos distintos, y se autoriza, entonces, a modificar las vocaciones testamentarias o abintestato, reducir donaciones o legados, anular gravámenes impuestos en el testamento e impugnar transmisiones fraudulentas o simuladas (pedir el «complemento», según la redacción del art. 815 CC).

B) Interpretación de los artículos 985 y 833 CC

Existen en el Código Civil dos preceptos que según están redactados parecen admitir la posibilidad de repudiar la herencia y aceptar la legítima, son el artículo 985 que trata del acrecimiento, y el artículo 833 sobre la mejora. Ambos artículos requieren una interpretación de acuerdo con el sistema sucesorio que recoge el Código Civil.

«El artículo 985 establece: *Entre los herederos forzosos el derecho de acrecer sólo tendrá lugar cuando la parte de libre disposición se deje a dos o más de ellos, o a alguno de ellos y a un extraño.*

Si la parte repudiada fuere la legítima, sucederán en ella los coherederos por su derecho propio y no por el derecho de acrecer.»

Del texto del párrafo segundo parece deducirse que un heredero forzoso puede repudiar la parte que le corresponda en la legítima y aceptar la otra parte de la herencia que no lo es. Sin embargo, lo que el legislador ha querido decir, según interpreta Albi Agero⁵⁸, es que si un heredero for-

⁵⁵ VALLET DE GOYTISOLO, «Observaciones...», *op. cit.*, pp. 56, 59.

⁵⁶ LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, p. 461.

⁵⁷ LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, p. 464, nota núm. 9.

⁵⁸ ALBI AGERO, «Derecho de acrecer entre los herederos forzosos», en *Revista de Derecho Privado* 1942, p. 116.

zoso repudia la herencia tendrá lugar el derecho de acrecer en cuanto a la participación que le correspondería en la parte libre, pero no en cuanto a lo que le corresponda en la legítima que pasará a los demás legitimarios por derecho propio.

Niega este artículo el juego del derecho de acrecer en la legítima, advirtiendo que sólo se producirá respecto de aquella parte de la herencia que no sea legítima.

El artículo 833 CC dice así: «*El hijo o descendiente mejorado podrá renunciar la herencia y admitir la mejora*».

La exacta comprensión de este precepto requiere una explicación, pues la mera lectura aislada puede hacer caer en el error de creer que se admite la repudiación parcial de una herencia en la que se instituyó heredero a un sujeto que además fue mejorado.

La mejora, hay que afirmar en primer lugar, es legítima, pues forma parte de los dos tercios de asignación únicamente posible a alguna o algunas personas integrantes de un grupo familiar, los descendientes; pero se contrapone a la legítima estricta en que, en el tercio correspondiente a la mejora el causante puede elegir al asignatario, y no sólo entre los legitimarios inmediatos sino también entre los ulteriores. Es una facultad que se concede al ascendiente y no una necesidad (art. 833 CC, art. 808-II CC), de tal manera que si no la ejercita, ambos tercios el de legítima estricta y el de mejora quedarán refundidos en un solo bloque, el de legítima, que beneficiará a los legitimarios por línea recta descendente, quienes recibirán la parte que les corresponda de los dos tercios distribuidos por igual entre todos ellos⁵⁹.

La ley concede al ascendiente causante amplia libertad para disponer del tercio de mejora que la podrá constituir por negocio *inter vivos* (arts. 825, 826 y 827 CC), aunque lo ordinario será que se establezca en testamento que, a su vez, admite la posibilidad de atribuirla a título de heredero o de legado.

Aunque la doctrina tradicional vino concibiendo la mejora como una disposición a título particular, no hay legalmente dificultad, dice Lacruz Berdejo⁶⁰, en mejorar mediante atribución de herencia, es decir, conferir una cuota de la herencia a un descendiente instituido heredero como parte de la institución y con imputación al tercio de mejora. En este último supuesto la herencia engloba la mejora de tal forma que la repudiación de la herencia entraña necesariamente la renuncia de la mejora, ya que la unidad del llamamiento —a heredero— no puede romperse arbitrariamente por el llamado^{61, 62}.

⁵⁹ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, v. 3.º, 3.ª edic., Barcelona 1983, p. 46.

⁶⁰ LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, p. 473.

⁶¹ PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, v. 3.º, *op. cit.*, p. 72. VALLET DE GOYTISOLO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XI, 2.ª edic., Madrid 1982, p. 438.

⁶² En contra, ROGEL VIDE («Renuncia y repudiación de la herencia», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 1980, p. 341), que admite la posibilidad de renunciar a la herencia y aceptar la mejora incluso cuando ésta se haya constituido por vía de institución de heredero.

El artículo 833 CC hay que entenderlo⁶³, por tanto, referido a los casos de mejora realizada *inter vivos* o por prelegado en favor de un descendiente, instituido, además, heredero; en concreto, cuando el descendiente haya sido instituido heredero y al mismo tiempo el ascendiente causante haya ordenado a su favor un legado en concepto de mejora, podrá aquél repudiar la herencia y aceptar el legado de mejora, o viceversa, que no es más que la aplicación del criterio recogido en el artículo 890-II CC.

2. EL LLAMAMIENTO CONJUNTO: EL DERECHO DE ACRECER

A) La institución solidaria de herederos

Ya se ha visto que en una misma sucesión pueden existir varios llamados a ser herederos, y que, respecto de cada uno, el artículo 1007 CC establece la independencia de sus declaraciones –aceptación o repudiación– porque responden, cada una, a una delación personal distinta, ejercitable libre, voluntaria e individualmente por cada uno de ellos.

Sin embargo, no todas las situaciones de collamados responden a un mismo tipo de llamamiento, sino que se puede diferenciar aquella delación derivada de una designación aislada o *pro parte*⁶⁴ y la delación basada en una institución conjunta⁶⁵.

La institución de varios sujetos herederos de forma aislada o *pro parte* produce delaciones independientes, pues se ofrecen cuotas de herencia diferentes (objetos distintos de delaciones distintas) a distintos sujetos, de tal manera que a falta de sustituto expresamente nombrado respecto de la cuota no adquirida por el destinatario principal, se abre la sucesión intestada, y se ofrecerá dicha porción hereditaria a los herederos abintestato con el correspondiente derecho a optar –*ius delationis*– entre acertarla o repudiarla. Y en el caso de que el llamado por ley coincida que es, también, uno de los collamados en el testamento, podrá ejercitar independientemente cada *ius delationis* nacidos de delaciones diferentes y compatibles (una surgida de designación voluntaria por el testador, y otra de designación presunta, por la ley); y así, será factible que repudie una cuota hereditaria y acepte la otra sin que se considere parcial ninguna de ellas, ya que la totalidad de la repudiación se exige respecto de cada ofrecimiento o delación que, en este supuesto, es plural.

La institución de una pluralidad de sujetos como herederos conjuntamente –institución solidaria– significa que se llama a todos ellos poten-

⁶³ ROCA SASTRE, en notas a KIPP, *op. cit.*, p. 178. PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, v. 3.º, *op. cit.*, p. 72. VALLET DE GOYTISOLO, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 438. LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, p. 473.

⁶⁴ Terminología que emplean LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, p. 65.

⁶⁵ PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho Civil*, v. 2.º, 2.ª edic., Barcelona 1977, p. 375) habla de «institución conjunta». ALBALADEJO (*op. cit.*, p. 104) le denomina «institución solidaria». BELTRÁN DE HEREDIA, P. (*El derecho de acrecer*, Madrid 1956, p. 71) utiliza el término «vocación solidaria».

cialmente al todo, atribuyendo la ley una delación solidaria en virtud de la cual se ofrece el total de la herencia o el total de una cuota, a cada uno de los collamados, de tal modo que, pretendiendo que todo sea para cada uno de coherederos designados, al ser varios no se puede más que reducir a una parte lo que les corresponde a cada cual, pero con espíritu de que lo que quede vacante por falta de alguno sea para los otros, hasta el extremo de que si es uno solo el que sucede, sea todo para él⁶⁶.

Pero, concurriendo más de uno a suceder, es consecuencia inescusable la formación de porciones que, no viniendo establecidas ni por voluntad del causante ni por la ley que las asignen como tales partes delimitadas a personas diversas, traen su causa en el concurso de sucesores —*concursum partes fiunt*— de tal manera, que eliminado este concurso o concurrencia de herederos, cesa de haber partes o disminuye el número de éstas⁶⁷.

Es llamamiento conjunto o solidario el que hace la ley en la sucesión intestada cuando existan dos o más parientes que sean del mismo grado (arts. 922 y 981 CC)⁶⁸; y, en la sucesión testada, el que se produce siempre que el disponente llame como herederos a varios sujetos y no sean instituidos cada uno en una parte concreta o cuerpo separado de bienes de la herencia (arts. 982.1º y 983 CC)⁶⁹.

Vigente el concurso en el momento de la delación, es decir, al tiempo del ofrecimiento efectivo de la herencia a partir del cual se puede ejercitar el *ius delationis*, la repudiación o la aceptación han de ser totales respecto del objeto ofrecido por la delación que, al ser solidaria, implica un derecho al todo (herencia entera o una cuota), y repudiando, se rechaza no sólo la parte de la herencia resultante de dividirla entre todos los instituidos, sino todas aquellas que resulten vacantes por haber fallado sus destinatarios.

B) El denominado «derecho de acrecer» y su renunciabilidad

Efecto principal y específico de la institución solidaria es el acrecimiento. Consiste en que cuando alguno de los llamados a la misma cuota hereditaria o a la misma herencia global no llegue a adquirir, ni tiene sustituto al que le corresponda ocupar el puesto que viene a quedar vacante, los

⁶⁶ ALBALADEJO, «La delación solidaria», en *Libro Homenaje a Roca Sastre*, III, Madrid, 1977, p. 276.

⁶⁷ Viene expresada esta idea de forma muy clara en el *Digesto* 32, 80, donde se dice: «Instituir herederos conjuntamente consiste en dar a cada uno herencia entera, aunque se lo repartan los que concurren». En este mismo sentido, ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio "mortis causa"*, Sevilla 1951, p. 65. ALBALADEJO, «La delación...», *op. cit.*, p. 276. ROCA SASTRE, «El llamado derecho de acrecer. Sus aplicaciones en el Derecho sucesorio y fuera de él», en *Estudios de Derecho privado*, II, Madrid 1948, p. 225. BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, p. 74.

⁶⁸ PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, v. 2.º, *op. cit.*, p. 390.

⁶⁹ ALBALADEJO, («La delación...»), *op. cit.*, pp. 288-289 opina que ésta es la solución adoptada por el Código Civil según el espíritu del artículo 983.

demás derechos concurrentes no desaparecidos «crecen», es decir, el o los llamados que acepten podrán adquirir el todo o una cuota superior a la que resultaría del concurso de los instituidos si todos hubieran aceptado⁷⁰.

Esta consecuencia derivada de la institución conjunta o llamamiento solidario es denominada por el Código Civil (arts. 981 a 987) y la doctrina «*derecho de acrecer*»; expresión incorrecta por cuanto se colige de su estudio que no se trata de un derecho sino de un resultado⁷¹ o un efecto necesario⁷² que se produce por la vacante de un sujeto llamado heredero en institución solidaria.

La falta de de sucesor significa una vacante en el puesto de coheredero, vacante de persona⁷³, no de cuota o porción, que puede ser consecuencia de distintos hechos acaecidos en momentos diversos. Los acontecimientos que recoge el Código Civil productores de vacante en el puesto de sucesor son los de premoriencia al testador, de incapacidad (e indignidad) para suceder y el de repudiación de la herencia (art. 982.2º CC), a los que la doctrina⁷⁴ añade el no nacimiento del concebido, la ausencia de algún heredero conjunto al tiempo de la delación (art. 191 CC), el incumplimiento de la condición suspensiva (arts. 802, 912.3º CC) y por analogía, el cumplimiento de la condición resolutoria⁷⁵, la nulidad del llamamiento de uno de los instituidos conjuntos, e incluso, la prescripción del *ius delationis*.

Hay que advertir que la muerte de uno de los llamados tras la apertura de la sucesión sólo producirá vacante si aún no recibió delación, pues recibida ésta, su puesto lo ocuparán, en virtud del *ius transmissionis* (art. 1006 CC), sus sucesores.

En síntesis, existe vacante según expresa el Código de Sucesiones de Cataluña (Ley 40/1991, 30 de diciembre) en el artículo 38 «si por cualquier causa» alguno de los instituidos conjuntamente herederos, no llega efectivamente a serlo.

De esta relación de hechos se sigue que la falta de sucesor en unos casos se da porque no llegó a recibir delación (casos de premoriencia, indignidad o incumplimiento de la condición suspensiva) y en otros a pesar de haberla recibido (supuesto de repudiación). El momento de pro-

De la comparación del texto de ambos artículos, 982.1º y 983, deduce VALLET DE GOYTISOLO (*Panorama...*, I, *op. cit.*, p. 123) «la diferencia que media entre el llamamiento concreto a una parte o cuota para cada uno, y el llamamiento conjunto al todo con designación de parte alcuota de distribución».

⁷⁰ Es posible que la concurrencia nacida de la institución conjunta hubiera desaparecido por muerte, indignidad o incapacidad para suceder de todos los instituidos menos uno y, por tanto, sólo se llega a producir la delación respecto de éste y el consiguiente crecimiento efectivo de la herencia o del total de la cuota en la que fueron instituidos solidariamente.

⁷¹ GONZÁLEZ PALOMINO, *op. cit.*, p. 533.

⁷² ROYO MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 216. BELTRÁN DE HEREDIA, P., *op. cit.*, p. 72.

⁷³ LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, p. 216. O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho Civil*, V, 4.ª edic., Madrid 1993, p. 220.

⁷⁴ O'CALLAGHAN, *Compendio...*, *op. cit.*, p. 221. ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 111. BELTRÁN DE HEREDIA, P., *op. cit.*, pp. 109 ss. LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, pp. 216, 217.

⁷⁵ OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, Madrid 1957, p. 325.

ducirse la vacante realmente cobra importancia en relación al sujeto beneficiado del acrecimiento ya que éste puede ser consecuencia de hechos acaecidos antes de la delación y aún de la apertura de la sucesión a su favor, o puede surgir de acontecimientos producidos después de la delación y vigente ésta; y, por último, puede ser originado por un hecho posterior a la aceptación o repudiación el collamado.

El Código Civil no aclara si el acrecimiento es forzoso o voluntario para el collamado como sí lo regulaba expresamente el Proyecto de 1851 en el artículo 846.3º, y actualmente el Código de Sucesiones de Cataluña en el párrafo cuarto del artículo 38-IV.

Sin embargo, se colige de la naturaleza de la delación solidaria así como de las otras normas que el Código Civil le dedica, que el acrecimiento, en todo caso de vacante, sea el momento que sea, y salvo que el disponente lo excluya expresamente, se produce *ope legis* automática y forzosamente para el heredero sin necesidad de intervención de su voluntad y aun contra ella, como efecto intrínseco al concepto de institución solidaria. Aquel collamado que haya ejercitado su delación –solidaria– ha repudiado o aceptado cualquier contenido que pueda tener la cuota con el anterior o ulterior acrecimiento; por eso no hace falta, afirma Albaladejo⁷⁶, una aceptación del crecimiento aparte de la aceptación inicial, ni sirve una repudiación del mismo cuando se aceptó la «cuota inicial», ni vale una aceptación del crecimiento si se repudió la cuota inicial; porque la aceptación o repudiación versaron en verdad sobre una cuota única, que eventualmente podría ser mayor (si se llega a producir el acrecimiento) o menor (cuando no se produzca).

De esta opinión es la totalidad de los autores más actuales que, ante lo confuso del Código, mantiene que es forzoso el acrecimiento, opinión que ha sufrido una evolución doctrinal como pone de manifiesto Moreno Quesada⁷⁷.

Según la doctrina tradicional recogida y estudiada por este autor⁷⁸, el acrecimiento constituye un derecho, así lo califica el Código, y todo derecho, por regla general, es renunciabile. Desde este punto de vista se distingue, por tanto, la cuota o patrimonio heredado por derecho propio y la porción o patrimonio heredado por «derecho de acrecer», que constituyen partes distintas de la herencia que se podrán aceptar o repudiar independientemente.

Frente a esta doctrina es desmantelado su argumento de la denominación por el Código del acrecimiento con la categoría de derecho que considera Royo Martínez⁷⁹ «puro nominalismo, pues no es menos cierto que al referirse al acrecimiento hereditario usa siempre un lenguaje absoluta-

⁷⁶ ALBALADEJO, *op. cit.*, pp. 128-129.

⁷⁷ MORENO QUESADA, «Un caso de evolución doctrinal: la renunciabilidad del derecho de acrecer en la sucesión testamentaria», en *Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo*, VII, Madrid 1988, pp. 450 ss.

⁷⁸ MORENO QUESADA, *op. cit.*, pp. 455-456.

⁷⁹ ROYO MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 69.

mente imperativo que no descubre el menor vestigio de otorgar un derecho potestativo o de reconocer una facultad».

Se aportan también otros razonamientos, en pro de la irrenunciabilidad del acrecimiento, que tienen su principal apoyo en el concepto de delación solidaria. Esta particular estructuración del llamamiento hereditario cuyo último origen es siempre la voluntad del causante (expresa, tácita o presunta) implica una delación única a un todo posible. No se producen delaciones a cuotas independientes de manera que, aunque los distintos llamados tengan libertad de aceptar o repudiar voluntariamente en virtud de los artículos 988 y 1007 CC, no significa que la desaparición de uno de ellos suponga un nuevo llamamiento de los demás a esa porción que no se adquirió, sino que dicha porción había quedado virtualmente ofrecida por el llamamiento único potencial al todo. Así:

Primero. Es única, también, la facultad de opción (aceptación o repudiación que versarán sobre cualquier contenido que puede tener la cuota), teniendo en cuenta que la eventual extensión del llamamiento en que consiste el derecho de acrecer existe desde la apertura de la sucesión y no es una pretensión a un «plus» nacida en el momento de faltar un collamado⁸⁰.

Segundo. El objeto que se ofrece participa de la incertidumbre de que el acrecimiento se produzca o no sin impedir que el error del aceptante o repudiante que admitió o rechazó la parte inicial de la herencia y luego se encuentra, además, con la crecida, o con que por haber rechazado aquélla no le corresponde también ésta (y, de haber sabido que le correspondería habría aceptado la primera), no constituye vicio de la voluntad que invalide el acto (art. 997 CC), pues, en primer lugar, no se trata más que de una de las muchas incertidumbres que implica aceptar o repudiar una cuota en una *universitas* abstracta que puede deparar sorpresas favorables o adversas en su resultado económico. Y, en segundo lugar, que el interesado puede evitar verse sorprendido por el resultado del acrecimiento si espera antes de emitir su declaración a que los demás collamados hayan tomado o rechazado la herencia, para lo que se le permite, además, que inste a éstos a que se decidan utilizando la institución denominada *interrogatio in iure* que recoge el artículo 1005 CC.

Esta solución de irrenunciabilidad del derecho de acrecer y, por tanto, de la inseparabilidad de cuotas –propia y acrecida– y de sus respectivas aceptaciones o repudiaciones, es la que acogió expresamente el Proyecto de 1851 en el artículo 816.3.º, que decía: «el coheredero o coherederos no pueden aceptar su parte personal y renunciar la que acrece, ni al contrario»⁸¹ y la que recogen los textos vigentes de Derecho Foral que tienen la misma construcción del acrecimiento que el Código; así la Compilación de Navarra establece en la Ley 312-2.º que «el derecho de acrecer no

⁸⁰ LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, p. 70.

⁸¹ Precisamente por no haberse adoptado la solución del Proyecto de 1851, el silencio del Código puede ser utilizado como argumento para la renunciabilidad del acrecimiento, según expone MORENO QUESADA (*op. cit.*, p. 454).

puede ser renunciado separadamente de la herencia»; y el moderno Código de Sucesiones de Cataluña en el último párrafo del artículo 38 dice: «El heredero que acepte la cuota de herencia que le corresponda directamente adquirirá la que acrece a su favor».

VIII. EFICACIA DE LA ACEPTACIÓN Y REPUDIACIÓN PARCIAL

El Derecho Romano respecto de la repudiación parcial no establecía directamente efecto alguno, sin embargo, por su interdependencia con la aceptación parcial, pues donde sólo se repudia en parte el resto se acepta, y considerando equivalente dicha aceptación a una aceptación íntegra⁸², la repudiación en parte daría lugar, paradójicamente, a una aceptación global de la herencia.

El Código Civil no prevé en el escueto artículo 990 una consecuencia para la aceptación o repudiación realizada parcialmente, simplemente se limita a decir que «no podrá hacerse en parte». Es decir, establece la prohibición de aceptar o repudiar en parte, se trata, entonces, de una norma imperativa cuya infracción producirá la nulidad absoluta del negocio jurídico –la aceptación o la repudiación parcial– que vaya contra la misma, por aplicación del artículo 6.3º CC que preceptúa que los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas son nulos de pleno Derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención⁸³.

La ineficacia de la repudiación parcial derivada de su nulidad, se produce *ipso iure* y *ex tunc*, sin posibilidad de convalidarla, considerándose como no hecha y permaneciendo, entonces, vigente la delación, si no se ha extinguido por otras razones, con las posibilidades de aceptar y repudiar correctamente.

⁸² *Digesto*, 28, 2, 10: «Si el que fue instituido heredero en toda la herencia hubiera decidido tomar una parte de la herencia, se entiende que hizo gestión de heredero en toda ella».

⁸³ LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, p. 282. ALBALADEJO, en notas a CICU, *Derecho de sucesiones. Parte General*, Barcelona 1964, p. 348. HERNÁNDEZ GIL, A., *op. cit.*, p. 114. GITRAMA, *op. cit.*, p. 85. O'CALLAGHAN, *op. cit.*, p. 2355.