



Universidad
Zaragoza

TRABAJO DE FIN DE GRADO

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL PLENO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2013 SOBRE LA NATURALEZA Y EFECTOS DEL “IUS DELATIONIS”

A COMMENT ON THE SENTENCE OF THE SPANISH
SUPREME COURT OF SEPTEMBER 11, ABOUT THE
NATURE AND EFFECTS OF THE “IUS DELATIONIS”

AUTOR

RAÚL LAJUSTICIA DEL CAMPO

DIRECTOR

PROFESOR DR. JOSÉ LUIS MOREU BALLONGA

FACULTAD DE DERECHO

2019

ÍNDICE

I. LISTADO DE ABREVIATURAS.

II. INTRODUCCIÓN.

III. HECHOS DEL CASO Y LAS DOS PRIMERAS INSTANCIAS JUDICIALES.

- 1. Antecedentes de hecho.**
- 2. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n. ° 3 de Elche de 15 de octubre de 2009.**
- 3. Sentencia de la Sección novena de la Audiencia Provincial de Alicante de 12 de noviembre de 2010.**

IV. COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL PLENO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2013.

- 1. Fundamento de Derecho Primero.**
- 2. Fundamento de Derecho Segundo.**
- 3. Fundamento de Derecho Tercero y Fallo.**

V. CONCLUSIONES.

VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. LISTADO DE ABREVIATURAS

AP.	Audiencia Provincial.
Art.	Artículo.
CC.	Código Civil.
Cit.	Citado.
DGRN	Dirección General de Registro y del Notariado
Ed.	Editorial.
Excmo.	Excelentísimo.
LEC.	Ley de Enjuiciamiento Civil.
P.	Página.
Pgs.	Páginas.
Pp.	Páginas.
TS	Tribunal Supremo.
STS.	Sentencia del Tribunal Supremo.
T.	Tomo.
VID.	Véase.
Vol.	Volumen.

II. INTRODUCCIÓN

Cuestión tratada en el Trabajo de Fin de Grado

El pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, ha dictado doctrina en la STS de 11 de septiembre de 2013, sobre el <<*ius delationis*>> o derecho de transmisión.

A través del comentario de esta Sentencia se analiza el derecho a aceptar o repudiar la herencia que tenía el heredero transmitente que fallece sin ejercitarlo, y por lo tanto el paso de ese derecho a sus herederos; así mismo, se analizará si procede o no concretar en el cuaderno particional la parte correspondiente a los transmisarios, y por último, un análisis de las posturas de dos posiciones enfrentadas sobre la interpretación del artículo 1006 del CC.

Razón de la elección del tema y justificación de su interés

La principal razón de la elección del tema se basa en mi interés por el Derecho de familia y sucesiones, el cual es un Derecho que está en constante uso y que contiene una gran utilidad. El Derecho de sucesiones, es algo cotidiano del día a día que ha estado presente en nuestra sociedad desde tiempos remotos, y lo seguirá estando. Por lo tanto, estos fueron motivos para la elección de este tema. Dentro del Derecho de sucesiones, la elección de una Sentencia relacionada con el *ius delationis*, me pareció muy interesante, debido a la existencia de dos teorías contrapuestas, diferenciando entre quienes apoyan la teoría moderna de la adquisición directa, en donde el transmisario sucede directamente y la teoría de la doble transmisión o clásica, la cual sostiene que hay dos pasos o movimientos de bienes. Finalmente mediante la STS de 11 de septiembre de 2013, el TS doctrina jurisprudencial, posicionándose a favor de la teoría moderna de la adquisición directa.

Metodología seguida en el desarrollo del trabajo

La metodología que he seguido para realizar este TFG, fue en primer lugar concertar una reunión con el director de este trabajo, el Profesor Doctor José Luis Moreu Ballonga. En esta reunión se me propusieron una serie de sentencias de Tribunal Supremo relacionadas con el Derecho de familia y sucesiones para analizar. Tras una

lectura de las sentencias, me decanté por realizar el comentario de la STS de 11 de septiembre de 2013.

Tras esto, realicé un análisis de esta Sentencia deteniéndome en los puntos que consideraba más interesantes. A su vez, busqué sentencias que se hayan dado anteriormente y cuál es la postura de los diferentes tribunales ante el tema del *ius delationis*. También me he basado en gran medida en la búsqueda e investigación de trabajos, manuales o revistas escritas por diversos autores, para llevar a cabo el presente trabajo, estos autores han mantenido en numerosas ocasiones posturas enfrentadas sobre este tema, lo que me ha ayudado a analizar ambas teorías enfrentadas.

Así pues, he intentado hacer un estudio y comentario de la Sentencia tratando de analizar los argumentos defendidos por ambas teorías, con el análisis de la doctrina y la jurisprudencia anteriormente aceptada y finalmente la posición del TS.

III. HECHOS DEL CASO Y LAS DOS PRIMERAS INSTANCIAS JUDICIALES.

1. ANTECEDENTES DE HECHO.

Se trata de una Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, la Sentencia número 539/2013, que casa la Sentencia dictada por la sección novena de la Audiencia Provincial de Alicante el 12 de noviembre de 2010, desestimatoria del recurso de apelación número 411/2010, interpuesto contra la Sentencia dictada en el Juzgado de primera instancia número 3 de Elche el día 15 de octubre de 2009.

Previamente a comentar la Sentencia, cabe hacer un análisis de los hechos relativos al presente caso:

El supuesto de hecho ante el que nos encontramos, consiste en un procedimiento de división de herencia en donde Doña Cristina, primera causante, muere sin ascendientes, descendientes ni cónyuges. En el testamento, instituyó herederos a sus hermanos. D. Julio, uno de los hermanos de Dña. Cristina, postmuere a la primera causante sin aceptar ni repudiar la herencia, pasando a sus herederos el derecho que él tenía.

El presente procedimiento, se inició mediante una solicitud de los demandantes para llevarse a cabo la división de la herencia de Dña. Cristina, por medio de una Junta de Herederos, con aplicación a los arts. 1051 y 1052 del Código Civil.

El día 29 de febrero de 2008, se convocó a todos los herederos a la Junta de herederos, con el fin de llevar a cabo las operaciones divisorias, dando así mismo el traslado a las partes, para que pudieran formular oposición si lo consideraban necesario. D. Carmelo, uno de las transmisarios, hijo de D. Julio, se opuso a firmar dicho cuaderno particional.

D. Carmelo, basó su oposición al cuaderno particional en que en dicho cuaderno debía incluirse que los herederos de D. Julio participaban por sextas partes iguales en las adjudicaciones de bienes y derechos correspondientes al mismo en la herencia de su hermana, no pudiendo limitarse a que simplemente se especificase la cuota abstracta que en los bienes del primer causante hubiese correspondido al transmitente. Por lo tanto, D. Carmelo pedía que en el cuaderno particional constara de forma individualizada la adjudicación de los bienes de Dña. Cristina a cada transmisario.

2. LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 3 DE ELCHE DE 15 DE OCTUBRE DE 2009.

En el procedimiento seguido por el Juzgado de Primera instancia número 3 de Elche, se actuó de la siguiente forma: Doña Emma Cifuentes Viudes, en nombre y representación de los herederos de Don Julio, interpuso demanda de juicio especial de división de herencia conforme al art 783 de la Ley de enjuiciamiento civil, para la convocatoria de la junta de herederos y legatarios, con el fin de formar inventario, se designó contador y perito conforme al art 784 LEC. El procedimiento de división de la herencia, se llevó a cabo según los arts. 1051 y 1052 del Código Civil.

Se convocó a las partes a la Junta de herederos, siendo nombrado como partidor D. Felicísimo, quien presentó el cuaderno particional, aceptado por todos los herederos a excepción de Carmelo, quien se opuso de acuerdo a lo dispuesto en el art 787 LEC.

D. Carmelo basó su oposición en que en el cuaderno debían de incluirse a los herederos de D. Julio, los cuales al ser seis hermanos, participaban por sextas partes

iguales en las adjudicaciones de bienes y derechos correspondientes al mismo en la herencia de Doña Cristina. De tal forma que pedía que en dicho cuaderno particional debían indicarse los bienes concretos que corresponden a cada uno de los seis transmisarios.

El 15 de octubre de 2009, el Juzgado de primera instancia de Elche, procedió a la desestimación de la oposición formulada por D. Carmelo, y a la aprobación definitiva de las operaciones divisorias practicadas por D. Felicísimo, el contador de la herencia. Se acredita que D. Julio fallece posteriormente a Dña. Cristina, por lo tanto, según el Juzgado, no cabe una sustitución vulgar como se prevé en el art 774 CC.

El Juzgado, de conformidad con el art 1006 del Código Civil, establece que D. Julio, muere sin aceptar ni repudiar la herencia, de forma que el derecho a la herencia pasa a sus herederos como parte de su herencia, así pues para atribuir los bienes de la causante, a cada uno de los herederos de D. Julio, se partirá desde la herencia de este segundo causante.

En este caso, el Juzgado, concretó que había dos delaciones y dos herencias. En la primera, a la muerte de Dña. Cristina, resultaba llamado, el segundo causante, D. Julio, quien adquiriendo el *ius delationis* sobre la herencia de Dña. Cristina, fallece sin haberlo ejercitado. A esta segunda sucesión de D. Julio, son llamadas nuevas personas, quienes se convierten en titulares del *ius delationis*. Así pues, el Juzgado no consideró hacer una individualización de la herencia que les corresponde a los herederos de D. Julio, puesto que estos herederos tendrán que aceptar en primer lugar la herencia de D. Julio, adquiriendo la condición de herederos, y a partir de ahí se posicionarán en los derechos y obligaciones de D. Julio, convirtiéndose en herederos de la primera causante, aplicando de esta forma la teoría clásica o de la doble transmisión.

3. SENTENCIA DE LA SECCIÓN NOVENA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2010.

Ante la Sentencia dictada en el Juzgado de Primera Instancia, la representación procesal de D. Carmelo, interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Alicante, en donde se dictó Sentencia el 12 de noviembre de 2010, desestimando la oposición del transmisario, aprobando las operaciones divisorias y confirmando plenamente la Sentencia del Juzgado de Elche de 15 de octubre de 2009.

D. Carmelo recurrió la Sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Elche, afirmando que los transmisarios debían de participar en la partición. En base al artículo 989 del Código Civil, que establece “los efectos de la aceptación y repudiación se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona a quien se hereda”, por lo tanto a criterio de Don Carmelo, el transmisario al ejercitar el derecho que le transfiere el transmitente, acepta la herencia dejando los bienes en la herencia del mismo con efectos retroactivos al momento de la muerte de la primera causante, Doña Cristina.

La Audiencia provincial resuelve dictando Sentencia de conformidad al artículo 1006 del Código Civil, posicionándose a favor de la teoría mayoritaria de la doble transmisión. La Audiencia, desestimando el recurso de apelación, consideró que el cuaderno particional era correcto, y por lo tanto, no cabía realizar una individualización concreta de la parte que le corresponde a cada uno de los transmisarios en la herencia de Doña Cristina, porque ese derecho estaba individualizado en el cuaderno particional de la primera causante y formará a su vez parte de su propia herencia.

La Audiencia considera más adecuada la teoría de la doble transmisión, la cual era claramente mayoritaria en la pequeña jurisprudencia como en algunas sentencias como la AAP de Badajoz de 10 de septiembre de 2009¹ (PROV 2009 429016).

¹ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 10 de septiembre de 2009 señala que <<el artículo 1006 del Código Civil determina que ese derecho se transmite incólume a sus propios herederos - el denominado "*ius transmissionis*"-, produciéndose así sucesivas transmisiones, la primera, del causante inicial, Don José, a los llamados a su herencia (sus hermanos Doña Araceli , Don Juan Ignacio , y Doña Rosaura), y así sucesivamente, cada uno de los hermanos citados a sus propios herederos, que no adquieren del causante inicial directamente, sino a través de la herencia de sus respectivos causantes>>.

Ante el fallo de la Audiencia Provincial, la representación procesal de D. Carmelo, amparándose en el art 477.2 LEC interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, basándose en:

- ❖ La infracción de los artículos 1068 y 1006 del Código Civil.
- ❖ Así mismo, alega que existe un interés casacional por oposición a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo la cual establece que la partición de la herencia sustituye a la cuota que cada heredero tiene en la comunidad hereditaria, por la titularidad exclusiva de los bienes o derechos que se le adjudican, apoyándose en alguna Sentencia como la STS de 28 de junio de 2001.
- ❖ El recurrente, D Carmelo, considera que los bienes pasan directamente del primer causante al transmisario cuando estos ejercitan positivamente el “*ius delationis*”.

III COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2013.

1. FUNDAMENTO DE DERECHO PRIMERO:

Contra la Sentencia de segunda instancia, dictada por la Audiencia Provincial, en representación de D. Carmelo, interpuso su procurador recurso de casación basándose en la infracción de los artículos 1068 y 1006 del Código Civil, puesto que consideraba que los bienes pasan directamente del primer causante al transmisario cuando estos ejercitan el *ius delationis*.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo civil del Tribunal Supremo, se acordó admitir el recurso interpuesto dando traslado a las partes para que formalizaran su oposición. No se solicitó por todas las partes la celebración de vista pública. Por otra parte, se señaló el 17 de julio de 2013, para el conocimiento del Pleno de la Sala siendo ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno, al considerarse que la Sentencia que se dictara iba a producir posibles innovaciones respecto de la jurisprudencia anterior.

El Derecho de transmisión o *ius transmissionis*, se produce de la siguiente manera:

En el momento de la muerte del causante o de la declaración de su fallecimiento, tiene origen la apertura de la sucesión, dando como consecuencia el inicio del fenómeno sucesorio. Haciendo referencia al art 657 CC, el cual afirma que “*Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte*”.

Una vez abierta la sucesión, se hacen efectivos los llamamientos a ella, hasta entonces virtuales, que pueden hacer el testador, la ley o ambos conjuntamente. Al llamamiento efectivo se le denominará también vocación. La efectividad del llamamiento o vocación, depende de que el llamado sobreviva al causante, no le haya premuerto.²

Cuando Dña. Cristina falleció, se abrió la sucesión, haciendo llamamiento virtual a sus hermanos, que serán sus herederos, ya que fallece sin ascendientes ni descendientes, por lo tanto hasta que estos herederos no aceptaran dicha herencia, serán considerados como herederos virtuales.

Una vez se hace efectiva la vocación, tiene lugar la delación, que como explica Martínez de Aguirre, la delación es el ofrecimiento concreto de la herencia a uno o varios de los llamados a ella, para que la acepten o la repudien: este ofrecimiento se hace a quienes son llamados en primer grado, y solo si ellos repudian, a los llamados de grado posterior. La delación atribuye al llamado el derecho a aceptar o repudiar la herencia.³

La delación, va dirigida a los llamados de primer grado, dándoles la posibilidad de que acepten o rechacen la herencia. Dicha delación, se extingue una vez que los llamados aceptan o repudian, en caso de que el llamado ni acepte ni repudie por fallecer, dicha delación no se extinguirá.

La adquisición de la herencia es explicada por la doctrina de dos formas diferentes: en primer lugar por adquisición *ipso iure*; en donde la persona llamada a suceder adquiere la herencia por el solo hecho de la muerte del causante y en segundo lugar, adquisición por aceptación; en este sistema, el llamado solo adquiere la herencia mediante la aceptación. Hasta que no se acepta la herencia no se convierte en sucesor, de manera que no hay un sucesor, sino simplemente un sujeto llamado a serlo.

² Vid. DIÉZ-PICAZO, L y GULLÓN, A., *Sistema de derecho civil. Derecho de sucesiones*, vol. IV, t 2º, 11º Ed, Tecnos, Madrid, 2012, p. 29.

³ Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, *Curso de Derecho Civil (V) Derecho de Sucesiones*, Ed Colex, Majadahonda 2013, p. 73.

Albaladejo, por tanto afirma que en el sistema de adquisición por aceptación la delación atribuye un *ius delationis* o un derecho a adquirir la herencia.⁴

Conforme al art 1006 del Código Civil, en donde se regula el *ius transmissionis*, se dicta que “por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía”.

Partiendo de la base del artículo 1006, llegamos a la conclusión de que la muerte, lleva aparejado el fin de una persona; esto trae un conjunto de relaciones jurídicas que quedan sin titular y como consecuencia, la apertura de la sucesión. El concepto “*ius transmissionis*” consiste en que una persona llamada a la herencia de otra, fallece antes de haberla aceptado o repudiado. Como consecuencia, se abre una segunda sucesión, a la cual son llamados sus propios herederos, y por lo tanto, estos pasarán a convertirse en titulares de la delación, ocupando el mismo puesto que el transmitente y disponiendo de la facultad de aceptar o repudiar la herencia. En caso de que los llamados acepten la herencia del segundo causante, podrán optar entre aceptar o repudiar la herencia del primer causante.

Llegados a este punto, los sujetos intervinientes en el proceso son tres claramente definidos en el esquema legal del *ius transmissionis*:

- El causante de la herencia que se defiere al llamado (que puede calificarse como intermedio) y que no es aceptada ni repudiada por éste antes de que fallezca (Doña Cristina).
- El transmitente, es decir, el fallecido sin aceptar ni repudiar la herencia, lo que trae como consecuencia que en su propia herencia se integre, junto con el resto de su patrimonio, el *ius delationis* respecto de la herencia anterior (Don Julio).
- El transmisario o heredero del transmitente, que como tal puede ejercitar el *ius delationis* del transmitente, aceptando o repudiando la herencia, lo que este no pudo hacer por fallecer con anterioridad⁵ (Los herederos de Don Julio).

⁴ Vid. ALBALADEJO GARCIA, Manuel, «La sucesión iure transmissionis», Anuario de Derecho Civil, 1952, p. 916

⁵ Vid. *Derecho de sucesiones*: editores. LÓPEZ LÓPEZ, A, VALPUESTA FERNÁNDEZ, R; coordinadores, PÉREZ VELÁZQUEZ, J, PIZARRO MORENO, E; autores, AGUILAR RUIZ, L. [et al.] Publicación Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 47.

Albaladejo García, profundizando en los requisitos de la transmisión, establece que a la muerte de un causante, existe un *ius delationis* transmisible, un sujeto capaz de adquirirlo que sea sucesor de aquél, y por lo tanto, requiere:

- ➔ Existencia de un *ius delationis*; es decir, que se ha de haber producido ya la delación.
- ➔ Que ese *ius delationis* ha de existir a la muerte de su titular. Lo cual no pasa si transcurrió ya el plazo de su vida o si, por cualquier causa, se produjo la adquisición de la herencia o la extinción del *ius delationis*.
- ➔ Dicho *ius delationis* ha de ser transmisible, cosa que depende del testador. La ley hace transmisible el *ius delationis*, aunque prohíba, en cierta forma, su disposición. Pero el testador puede hacerlo intransmisible.
- ➔ Un sucesor capaz de adquirir el *ius delationis*. De forma que ha de existir un sucesor del transmitente y ese sucesor del transmitente ha de ser capaz de que le sea transmitido el *ius delationis*.⁶ Es decir, es requisito para que se de *ius transmissionis*, es indispensable la supervivencia del transmisario.

El modo de funcionamiento de la *transmissio* es el siguiente: existen implicadas dos herencias y dos delaciones. A la muerte del primer causante se abre la primera sucesión cuyo objeto es el conjunto de titularidades transmisibles de aquél. A esta primera sucesión resulta llamado el transmitente o segundo causante quien, habiendo adquirido (originariamente) el *ius delationis* para la primera herencia, fallece sin haberlo ejercitado. “En nuestro caso, tenemos a Don Julio, quien adquirió el *ius delationis*, tras la muerte de su hermana Doña Cristina, pero que al momento de su fallecimiento, ni aceptó ni rechazó, dicha herencia”.

A la muerte de este llamado-transmitente se abre la segunda sucesión, cuyo objeto es el conjunto de titularidades transmisibles de las que era sujeto en el momento de su muerte, entre ellas, la del *ius delationis* para la primera herencia. A esta segunda sucesión son llamadas nuevas personas las cuales se convierten, así, en titulares originarios del *ius delationis* para la adquisición de la segunda herencia. “Tras la muerte de Don Julio, se abrió una segunda sucesión, a la que fueron llamados sus hijos, el objeto de esta segunda sucesión son las titularidades transmisibles de las cuales era

⁶ Vid. ALBALADEJO GARCIA, Manuel, «La sucesión iure transmissionis», Anuario de Derecho Civil 1952, p. 951

sujeto Don Julio al momento de su muerte, entre las que se encuentran dicho *ius delationis*”.

Si efectivamente adquieren la herencia, se convierten en titulares (derivativos) de la primera delación, y vienen a ocupar, respecto de la herencia del primer causante, la misma posición que tenía su propio causante-transmitente: por lo que, si ejercitan tal delación aceptando la primera herencia, se convierten en herederos del primer causante.⁷ “Cuando los herederos de don Julio aceptan la herencia, estos se convierten en titulares de la primera delación de Doña Cristina, y por lo tanto quedarán en la misma posición que Don Julio convirtiéndose en herederos de la primera causante”.

Aplicando la teoría al presente caso, una vez fallecido Don Julio, sus herederos podrán aceptar su herencia, convirtiéndose en titulares de la primera delación, pasando a ocupar el mismo lugar de Don Julio con respecto a la herencia de Doña Cristina; consecuentemente, en el momento en el que acepten la herencia de Doña Cristina, pasan a convertirse en herederos de la misma.

Como explica Martínez de Aguirre, a cada herencia le corresponde su delación: la de la primera herencia, en favor del transmitente; la segunda herencia, en favor del heredero del transmitente. Esto quiere decir que para que el transmisario pueda aceptar la primera herencia, tiene antes que aceptar la segunda, puesto que solo mediante esa aceptación adquiere el derecho a aceptar o repudiar la primera herencia.⁸ Por lo tanto, el *ius delationis* va incluido en la herencia del transmitente.

Esto lo ratifica Carlos Lasarte, quien dice que el primer y principal presupuesto para que tenga lugar de forma efectiva el *ius transmissionis* radica en que el transmisario, ejercitando su propio *ius delationis*, acepte la herencia del transmitente. En

⁷ Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., RAMS ALBESA, J., *Elementos de derecho civil. Sucesiones*, 5º Ed, Dykinson, Madrid, 2015, p. 41

⁸ Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos., *Curso de Derecho Civil (V) Derecho de Sucesiones*, Ed Colex, Majadahonda 2013, p. 76

<<Podemos afirmar que al momento del fallecimiento del transmitente, el transmisario puede optar por tres caminos:

1º Puede optar por repudiar la herencia del transmitente, lo que tiene como consecuencia que repudie a su vez la herencia del primer causante.

2º Puede ir por el camino de aceptar ambas herencias, es decir, aceptar la del transmitente en primer lugar y después la del primer causante.

3º Puede optar por aceptar la herencia del transmitente en primer lugar y después, podrá optar por repudiar la del primer causante. >>

caso contrario, no adquirirá el *ius delationis* correspondiente al transmitente ni, en consecuencia, facultad alguna para decidir si acepta o repudia la herencia del causante.⁹

Es de destacar el contenido del artículo 1007 del Código civil, el cual contempla que, si en una herencia fueren llamados varios herederos, estos gozarán de independencia unos herederos respecto de los otros para aceptarla o repudiarla. Una vez que los aceptantes han adquirido la herencia, recibirán a su vez el *ius delationis* de la primera herencia, aceptándola o repudiándola por el mismo artículo 1007 del Código Civil.

En aplicación del art 999 del Código Civil, el transmitente, podrá aceptar la herencia de forma expresa o tácita. La aceptará tácitamente, en el momento en el cual el transmitente o transmisario, realicen alguna operación en cuanto al caudal relicto, que suponga la voluntad de aceptar la herencia.

Cuando Dña. Cristina muere, D Julio, adquiere el derecho a aceptar o repudiar su herencia, no obstante, fallece antes de ejercitar dicho derecho a aceptar o repudiar: así pues, el *ius delationis*, pasa a formar parte de su herencia, de manera que para que sus herederos lo adquieran, tienen que aceptar la herencia de Don Julio en primer lugar. Una vez adquieran dicha herencia, adquieren el derecho a aceptar la herencia de Doña Cristina y por lo tanto, los herederos de Don Julio, no pueden aceptar la herencia de Doña Cristina y rechazar la de Don Julio, ya que en el caso de que no acepten la herencia de Don Julio, no adquieren el derecho de aceptar o repudiar la herencia de Doña Cristina.

Para Pascual de la Parte, la cuestión que más polémica doctrinal y jurisprudencial suscita y ha suscitado siempre; a saber: es el problema de si el transmisario, cuando actúa o ejercita el *ius delationis* contenido en la herencia de su causante y transmitente, se convierte en heredero del primer causante o si, por el contrario, en simple heredero del transmitente (o segundo causante).¹⁰ Por lo tanto, la cuestión de fondo suscitada en este procedimiento de división de la herencia, es analizar si procede o no concretar en el cuaderno particional la parte que correspondiera a los herederos del heredero fallecido en la herencia del primer causante.

⁹ Vid. LASARTE, Carlos, *Derecho de sucesiones, Principios de Derecho Civil, VII*, 4ª es, Marcial Pons, 2005, p 23.

¹⁰ Vid. PASCUAL DE LA PARTE, Notas de urgencia sobre el Derecho de transmisión, RDCI, 2015/749, p.1586.

Cabe exponer antes de analizar la Sentencia que la doctrina española, hasta la presente Sentencia era más bien favorable a la teoría clásica o de la doble transmisión, pero una vez dictada Sentencia por el Tribunal Supremo, se fijó doctrina jurisprudencial sobre la interpretación del art. 1006 del Código Civil.

En la línea de la teoría clásica o de la doble transmisión, podemos decir que es defendida por algunos autores como Lacruz Berdejo o García García; la cual a su vez, fue la teoría elegida por las dos primeras instancias, hasta el fallo de la STS de 11 de septiembre de 2013.

Debido a que la delación se concede únicamente al transmitente, los herederos de este o transmisarios, adquieren un derecho derivado de la primera delación, por lo tanto siguiendo la explicación de Pablo Rodríguez-Palmero Seuma, 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.¹¹

De manera que en el caso de que el transmisario acepte la herencia, éste se convierte automáticamente en heredero de la primera causante y viene a ocupar la misma posición que tenía su transmitente situándose como titular originario del *ius delationis*, integrándose los bienes de la primera causante en la herencia del segundo causante.

Diversos defensores de la teoría clásica, se han apoyado en numerosas ocasiones en el artículo 20, párrafo 6º, de la Ley Hipotecaria¹², mediante este artículo Pablo Rodríguez, señala que en el asiento que se practique en favor del transmisario, deberán constar las “transmisiones realizadas”, en este punto está reconociendo que los bienes del primer causante hicieron tránsito al transmitente del “*ius delationis*”, y únicamente a

¹¹ Vid. *Un intento de superar las tesis opuestas sobre la situación del heredero del heredero en el marco del artículo 1006 del Código Civil español*. RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, P.,* Revista de Derecho-Año 9, número 9, 2008, p. 17

¹² El artículo 20, párrafo 6º, de la Ley Hipotecaria española dice: << Cuando en una partición de herencia, verificada después del fallecimiento de algún heredero, se adjudiquen a los que lo fuesen de éste los bienes que a aquél correspondían, deberá practicarse la inscripción a favor de los adjudicatarios, pero haciéndose constar en ella las transmisiones realizadas.>>

través de él pasaron al transmisario.¹³

En defensa de la teoría clásica, el Auto de la Audiencia Provincial de Granada de 22 septiembre 1997 afirma que teniendo en cuenta que el transmisario sucediera directamente al primer causante, como defiende la teoría moderna, se podría dar el caso de que el primer causante podrá tener un heredero en el que no había pensado. Esta Sentencia, posicionándose claramente en contra de eso, establece que la ley no puede permitir que el transmisario herede directamente.¹⁴

La Sentencia de la Audiencia de Alicante de 12 de noviembre de 2010, descartó en este caso aplicar alguna de las sustituciones que se dan en el artículo 774 del Código Civil, debido a que el primer instituido, falleció sin aceptar ni repudiar la herencia, con lo que la Audiencia no consideró dar lugar a alguno de los tres supuestos de sustitución vulgar.

La teoría clásica, se apoya en el art 989 CC , para regular el efecto retroactivo de la aceptación de la herencia; así pues, en el presente caso el transmisario, no podía retrotraer su adquisición hasta el momento de la muerte del primer causante, de manera que los transmisarios no serían considerados herederos en un momento en el que la vocación y la delación correspondía al transmitente, sino que únicamente podrán ser considerados herederos, en el momento en el que falleció el transmitente, padre de los transmisarios, D. Julio.

En base al artículo 1006 del Código Civil, la Audiencia, desestimó la oposición formulada por D. Carmelo, con el argumento de que los bienes de la herencia de Dña. Cristina, se integraran en la herencia del segundo causante, o sea, en la de Don Julio. Una vez fallece Don Julio, se hace un tránsito de los bienes a los transmisarios (los hijos de D. Julio), como herederos del propio transmitente. Los herederos de Don Julio tendrán que aceptar primero su herencia, convirtiéndose en herederos de éste, y posteriormente, se posicionarán en los derechos y obligaciones de D. Julio.

¹³ Vid. *Un intento de superar las tesis opuestas sobre la situación del heredero del heredero en el marco del artículo 1006 del Código Civil español*. RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, P.,* Revista de Derecho-Año 9, Número 9, 2008, p. 17

¹⁴ 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.

La STS de 5 de Noviembre de 2009,¹⁵ sirvió a la Audiencia de Alicante para fundamentar que por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia, pasa a los suyos el derecho que él tenía, manteniéndose el *ius transmissionis*.

La Audiencia claramente partidaria a la teoría clásica, dio unas series de razones por las que a su juicio, demuestra la conveniencia de seguir esta teoría, entre las que se encuentran:

- i) Basta con que los herederos transmisarios reúnan el requisito de existencia con referencia al momento de la muerte del transmitente (Don Julio) y no del primer causante (Doña Cristina).
- ii) Respecto de la indignidad, cabe decir que sería una desigualdad para el transmisario el que se hubiera dado causa de indignidad respecto al primer causante que éste no hubiera podido remitir en documento público ya que no contaba para nada como heredero suyo.
- iii) Los problemas de colación, tienen a su vez mejor explicación, ya que han de colacionarse las donaciones recibidas del primer causante por el transmitente y no han de colacionarse las recibidas por el transmisario de dicho primer causante.
- iv) Acudiendo a la teoría clásica, del doble paso de los bienes, las relaciones de la sucesión por derecho de transmisión ofrecen mejor explicación ya que esto impide que se defrauden los derechos de los acreedores respectivos, permitiendo ordenar adecuadamente la regulación de distintos supuestos.
- v) Finalmente, el posible conflicto entre derecho de transmisión y sustitución vulgar, tiene mejor solución partiendo de la teoría clásica, pues la preferencia del derecho de transmisión sobre la sustitución vulgar puede fundamentarse en que, al ejercitar positivamente el transmisario el *ius delationis* determina que los bienes quedan integrados en la herencia del transmitente, como si este acepta, excluyéndose la sustitución vulgar.

¹⁵ STS de 5 de Noviembre de 2009. El art. 1006 CC establece que por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia, pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía. Y en este caso, se sigue manteniendo el *ius transmissionis*, sin que tenga nada que ver la pretendida nulidad del testamento declarada por la Audiencia. En efecto, únicamente la cláusula del testamento que nombraba heredera a la madre del testador se mantiene en vigor, por lo que fallecida D^a Miriam sin haber aceptado ni repudiado, este derecho se encuentra en el patrimonio relicto de D^a Miriam y serán sus herederos quienes podrán o no ejercerlo, de acuerdo con el art. 1006 CC.

De manera que la Audiencia, habiendo estudiado ambas teorías, estima que la integración de los bienes de la primera herencia en la segunda, para que los adquiera el transmisario es la mejor solución, ya que es la teoría que mejor resuelve el problema del derecho de transmisión que se plantea en el caso.

Como bien define Carmen de Grado Sanz; para la teoría clásica el efecto transmisivo implica, que el *ius delationis* se integra en la herencia del transmitente y aceptada la herencia de éste por el transmisario y ejercitado por él positivamente el derecho, los bienes del primer causante se integran en la herencia del transmitente de igual forma que si éste hubiera aceptado la herencia de aquél. Los bienes de la herencia originaria se integran en la del transmitente y pasan al transmisario en calidad de sucesor universal de éste.¹⁶

Frente a esta teoría de la doble transmisión, algunos autores como Manuel Albaladejo, o Roca Trías, se posicionan a favor de la teoría moderna de la adquisición directa, esta teoría, tiene su origen de la doctrina italiana, desarrollada en el artículo 479, párrafo 1º, del Código Civil italiano¹⁷.

Esta teoría, aceptada por el Tribunal Supremo en la Sentencia aquí estudiada, sostiene que los bienes pasan directamente del primer causante al transmisario cuando éste ejercita positivamente el *ius delationis*. El transmisario, una vez aceptada la herencia del transmitente, es sucesor de éste en su herencia y en el *ius delationis* integrado en ella y sucesor directo del primer causante en la herencia de éste.¹⁸

El argumento de esta teoría, es la retroacción de la herencia hasta el momento de la muerte del primer causante, sin pasar por la herencia del transmitente, posición propia de la teoría clásica; así pues el transmisario sucederá directamente al primer causante y no al segundo, ya que recibe el derecho a aceptar o repudiar la herencia.

¹⁶ Vid. DE GRADO SANZ, C., “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013 (5269/2013). Naturaleza y alcance del derecho de transmisión (*ius transmissionis*) del artículo 1.0006 del Código Civil”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. (dir), Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil), vol. 6º, Dykinson, Madrid, 2013-2014, pp.710-720.

¹⁷El artículo 479, párrafo 1º, del Código Civil italiano señala:<< Se il chiamato all'eredità muore senza averla accettata, il diritto di accettarla si trasmette agli eredi>>. Lo que traducido al español sería:<< Si la persona llamada a la herencia muere sin haberla aceptado, el derecho de aceptarla se transmite a los herederos. >>

¹⁸ Vid. DE GRADO SANZ, C., “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013 (5269/2013). Naturaleza y alcance del derecho de transmisión (*ius transmissionis*) del artículo 1.0006 del Código Civil”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. (dir), Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil), vol. 6º, Dykinson, Madrid, 2013-2014, pp.710-720.

Albaladejo entiende que, una vez producida la transmisión, el transmisario es heredero directo del primer causante.¹⁹ También Jordano Fraga considera que la aceptación de la primera herencia por parte del transmisario, en cuanto titular sucesivo del *ius delationis* ínsito en la herencia del transmitente, le convierte en heredero del primer causante.²⁰

Adquirida por el transmisario la herencia del transmitente, o el legado del que forme parte el *ius delationis*, puede ya usándolo, aceptar o repudiar la herencia del primer causante. Cabrá pues que repudie la del primer causante después de haber aceptado la del transmitente, pero no al revés, ya que si repudió ésta, no llegó a adquirir el *ius delationis* que formaba parte de la misma.²¹

Según explica Jordano Fraga, la aceptación de la herencia del transmitente, sólo significa participación en la herencia de éste y posibilidad de participar en la del primer causante, pero en ningún modo prejuzga la adquisición de esta primera herencia.²²

Manuel Albaladejo, plantea la siguiente pregunta: Una vez que se ha aceptado la herencia del transmitente y aceptado la herencia cuyo *ius delationis* se le transmitió en aquella, ¿a quién ha sucedido el adquirente?²³ En el mismo cauce, lo explica Jordano Fraga.²⁴

¹⁹ Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., RAMS ALBESA, J., *Elementos de derecho civil. Sucesiones*, 5º Ed, Dykinson, Madrid, 2015, p. 42.

²⁰ En este sentido, JORDANO FRAGA, F, en la obra “*La sucesión en el Ius Delationis*”, Madrid, 1990, p. 291. Considera que hay que tener bien en cuenta, que la sucesión del primer causante y la del transmitente son dos sucesiones diversas e independientes aunque interconectadas, en el sentido que el derecho a participar en la primera se adquiere a través de la participación en la segunda.

²¹ Vid. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de derecho civil. Derecho de sucesiones*, t V, 11º Ed, Edisofer, Madrid 2015, p. 49

²² Vid. JORDANO FRAGA, Francisco, “*La sucesión en el Ius Delationis*”, Madrid, 1990, p 292.

²³ Vid. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de derecho civil. Derecho de sucesiones*, t V, 11º Ed, Edisofer, Madrid 2015, p. 50 <<Para Albaladejo la respuesta a esta pregunta según su criterio, es que es el adquirente es sucesor del transmitente en su herencia, del *ius delationis* que forma parte de ella, y sucesor del primer causante en la herencia de este, siendo sucesor directamente mediante una recta vía y no a través del transmitente, ya que éste es solo un canal que transmitió el derecho a aceptarla. >>

²⁴ Vid. JORDANO FRAGA, Francisco, en la obra, *La sucesión en el Ius Delationis*”, Madrid, 1990, p 316, explica que << Los transmisarios se convierten pues, en adquirentes sucesivos del *ius delationis* del llamado para la primera sucesión y vienen, por ello a ocupar respecto a la herencia del primer causante, la misma posición que tenía su propio causante. De forma que si aceptan la primera herencia, se convierten en herederos del primer causante>>

Aplicando la teoría a este caso, resulta que D. Julio, no transmitió la herencia de la primera causante, Doña Cristina. D. Julio actuando como un vehículo transmitió el *ius delationis*, y con esto el derecho a aceptar o repudiar la herencia a sus herederos. De manera, que los herederos de don Julio, serían sucesores del primer causante directamente, puesto que el transmitente, no llegó a aceptar o repudiar la herencia antes de morir.

Heredero es el que sucede como tal, aunque el derecho a la sucesión no lo tenga por ser llamado a ella, sino por haberlo adquirido el llamado. Con todo esto el causante, siempre tiene el poder de excluir la transmisión del *ius delationis*.²⁵

A juicio de Pascual de la Parte y Fernández Álvarez, el fundamento de la construcción del profesor Albaladejo y por lo tanto de la teoría de la adquisición directa, consiste en creer que la titularidad del transmitente respecto del *ius delationis* se extingue por su muerte y pasa entonces derivativamente al transmisario. Por eso sostiene que, aunque la vocación es intransmisible, al fallecer el transmitente, el *ius delationis* del que aquél era titular pasa o se transmite a un nuevo titular: el transmisario, el cual adquiere *recta vía*, y por esta causa, la herencia del primer causante.²⁶

Cabe añadir, una interesante ventaja que tiene la teoría moderna sobre la clásica, y es que como 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.²⁷

En opinión de Carlos Lasarte, la opción de la adquisición directa, parece más razonable atendiendo a consideraciones de índole fiscal (evitación de doble imposición) y al dato de que, dada la retroactividad del fenómeno sucesorio, la aceptación del transmisario se conecta así con la propia apertura de la sucesión del transmitente.²⁸

²⁵ Vid. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de derecho civil. Derecho de sucesiones*, t V, 11º Ed, Edisofer, Madrid 2015, p. 49

²⁶ Vid. FERNÁNDEZ ÁLVAREZ Y PASCUAL DE LA PARTE, *Anuario de derecho Civil*, 1996, p. 1576

²⁷ Vid. *Un intento de superar las tesis opuestas sobre la situación del heredero del heredero en el marco del artículo 1006 del Código Civil español*. RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, P.,* *Revista de Derecho*- Año 9, número 9, 2008, p. 27

²⁸ Vid. LASARTE, Carlos, *Derecho de sucesiones, Principios de Derecho Civil*, VII, 4ª es, Marcial Pons, 2005, p. 23.

2. FUNDAMENTO DE DERECHO SEGUNDO.

Al amparo del art 477.2 de la LEC, D. Carmelo, formalizó el recurso de casación consecuencia del fallo de la AP, ante el TS, en base a los artículos 1068 y 1006 del CC, así como alegó que existía un interés casacional, ya que las sentencias dictadas en primera instancia, se oponían a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

D. Carmelo fundamentó el motivo de su recurso en que los bienes, una vez aceptada la herencia del transmitente, debían de pasar directamente del primer causante (Doña Cristina) a los transmisarios, que en este caso eran los herederos de D. Julio, ejercitando el *ius delationis*.

En esta línea, la jurisprudencia, establecía que la partición de la herencia sustituye a la cuota que cada heredero tiene en la comunidad hereditaria, por la titularidad exclusiva de los bienes y derechos que se le adjudican. De forma que D. Carmelo, consideraba adecuado que los bienes pasaran directamente del primer causante al transmisario, cuando estos ejercitan el *ius delationis*.

El Tribunal Supremo, estimó el recurso de casación fundamentando que interesaba destacar que el derecho de transmisión, refiere la cualidad del *ius delationis* de poder ser objeto de transmisión, es decir, el derecho que tenían los herederos de D. Julio a aceptar o repudiar la herencia, ya que el heredero transmitente, murió sin ejercerlo, y por lo tanto, ese derecho, pasa a sus herederos.

Con esto, llegamos a la conclusión de que a pesar del fallecimiento del transmitente, el derecho de transmisión, ni configura ni altera la naturaleza del *ius delationis*. Por lo que el Tribunal Supremo, se decantó por la idea de equivalencia entre la unidad del fenómeno sucesorio y la del *ius delationis*.

El Tribunal Supremo destaca la STS de 30 de octubre de 2012²⁹ (RJ: STS 9156/2012), para decir que el fideicomiso de residuo, se integra en la estructura y unidad del fenómeno sucesorio, puesto que el fideicomisario trae de forma directa causa adquisitiva del fideicomitente o testador, sin que el fiduciario fraccione la unidad del fenómeno sucesorio, debido a que ya no transmite derecho alguno.

²⁹La STS de 30 de octubre de 2012 señala que: <<El fideicomiso de residuo se integra en la estructura y unidad del fenómeno sucesorio como una proyección de la centralidad y generalidad que presenta la institución de heredero. Quiere decirse con ello, entre otras cosas, que el llamamiento a los herederos fideicomisarios no es condicional, sino cierto desde la muerte del testador; resultando más o menos incierto el caudal o cuantía a heredar, según la modalidad del fideicomiso dispuesto. >>

Por otra parte, la Sala argumenta que la STS 20 de julio de 2012³⁰, a tenor del art 1000.1 CC destaca que la fórmula de la renuncia traslativa, comporta una implícita aceptación *ex lege* de la herencia y del *ius delationis*, que no se transmite, de forma que dicha aceptación, es la que causaliza al inmediato negocio de atribución. De aplicación del artículo 1000.1 CC, en el momento en el que el llamado a una herencia, dispone de ella pese a no haberla aceptado ni repudiado, la habrá aceptado en realidad, transmitiendo al beneficiario la disposición de los bienes.

En contra de los argumentos de la teoría clásica de la doble adquisición, el TS aseguraba que no había una doble transmisión sucesoria, sino un mero efecto transmisivo del derecho, de los herederos transmisarios, como presupuesto para aceptar o repudiar la herencia *ex lege*.

Rivas Martínez, afirma que: el transmitente no transmite al adquirente la herencia del primer causante, sino que le confiere el derecho a adquirirla. El transmisario sucede al transmitente en su herencia, que en ella se encuentra el *ius delationis*, y al ejercitarlo, aceptando, se convierte también en sucesor del primer causante, cuya herencia no llegó a hacer suya el transmitente, ya que no la aceptó, ni de cualquier modo la adquirió³¹. El Tribunal Supremo, siguiendo en gran medida esta afirmación, trae como resultado que dicho *ius delationis*, contenía el derecho a aceptar o rechazar la herencia que tenía el transmitente y que no ejercitó por morir, como consecuencia, ese derecho pasará directamente del primer causante a sus transmisarios, los cuales han aceptado su herencia.

Con la mera aceptación de la herencia del heredero transmitente, ejercitando el *ius delationis*, los herederos transmisarios, (herederos de D. Julio), van a suceder directamente al causante de la herencia y en otra distinta sucesión, al fallecido heredero transmitente.

Para la Sala del TS, la inalterabilidad del *ius delationis*, tiene como resultado que los derechos hereditarios de los herederos transmisarios, se ejerciten conforme a la sucesión del causante de la herencia, de manera testamentaria o no testamentada,

³⁰ La STS de 20 de julio de 2012 señala que: << A tenor del artículo 1000.1 del Código Civil , comporta una implícita aceptación *ex lege* de la herencia y, por tanto, del *ius delationis*, que causa liza al inmediato negocio de atribución intervivos realizado, particularmente el de una cesión gratuita del derecho hereditario>>.

³¹ Vid. RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de sucesiones común...* op. cit. p. 2336.

quedando de esta forma comprendidas en dicha ejecución sucesoria la concreción e individualización de las operaciones particionales, dicha ejecución no podrá ser condicionada por las disposiciones que deban seguirse respecto de la sucesión o partición de la herencia del transmitente.

El TS, fijó doctrina en que la herencia, pasa de una forma directa y *ex lege* del causante a los transmisarios aceptantes de la herencia, de manera, que el TS viene a posicionarse en que únicamente se produjo un mero efecto transmisivo del *ius delationis*, legitimando a los transmisarios para que ejerciten el derecho.

El TS, no solo estimó el recurso de casación interpuesto por Don Carmelo en base a los arts. 1006 y 1068 del Código Civil, sino que también al ser herederos directos, estimó la pretensión de corregir el cuaderno particional, ordenando concretar la cuota que correspondía a cada uno de los herederos transmisarios.

Siguiendo la opinión de Manuel Albaladejo, el TS sostiene que el transmitente, D. Julio, actúa como un vehículo, mediante el cual, el *ius delationis*, ha ido a parar al adquirente. El adquirente, sucede directamente al primer causante en su herencia y al transmitente en la suya, y dentro de ella, en el *ius delationis*, le posibilita la adquisición de dicha herencia.³²

3º FUNDAMENTO DE DERECHO TERCERO Y FALLO.

El Tribunal Supremo, decretó la estimación íntegra del recurso de casación, decretando que no procedía la imposición en costas de dicho recurso por aplicación del art 398.2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil; así mismo el Tribunal, decretó no hacer imposición en costas de Apelación ni de Primera Instancia por aplicación de los artículos 394.1 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013 fija doctrina jurisprudencial: «El denominado derecho de transmisión previsto en el artículo 1006 del Código Civil no constituye, en ningún caso, una nueva delación hereditaria o fraccionamiento del *ius delationis* en curso de la herencia del causante que subsistiendo como tal, inalterado en su esencia y caracterización, transita o pasa al heredero transmisario. No hay, por tanto, una doble transmisión sucesoria o sucesión

³² Vid. ALBALADEJO GARCIA, M, «La sucesión *iure transmissionis*», Anuario de Derecho Civil 1952, p. 954

propriadamente dicha en el *ius delationis*, sino un mero efecto transmisivo del derecho o del poder de configuración jurídica como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia que *ex lege* ostentan los herederos transmisarios; todo ello dentro de la unidad orgánica y funcional del fenómeno sucesorio del causante de la herencia, de forma que aceptando la herencia del heredero transmitente, y ejercitando el *ius delationis* integrado en la misma, los herederos transmisarios sucederán directamente al causante de la herencia y en otra distinta sucesión al fallecido heredero transmitente».

Con este fallo, el TS, casó la Sentencia dictada en fecha 12 de noviembre de 2010, por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 9, ordenando complementar y modificar el cuaderno particional de Doña Cristina, procediendo a individualizar la cuota que correspondía a cada uno de los herederos de D. Julio concretando los bienes y derechos que les resulten adjudicados particionalmente, fijando así doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión.

Las consecuencias prácticas derivadas de la doctrina fijada por el Tribunal Supremo son:

El Tribunal Supremo, basándose en el artículo 1068 del Código Civil, admitió a trámite el recurso de casación debido a que consideraba que la partición realizada por el partidor en el cuaderno particional era incorrecta, ya que se debía adjudicar una cuota hereditaria determinada o concreta de los derechos y bienes que les debían ser asignados a los herederos de Don Julio.

Es con base en este razonamiento que el Tribunal Supremo falla en contra del cuaderno particional elaborado por el contador de la herencia del primer causante, pues no puede limitarse simplemente a especificar a través de la adjudicación de bienes singulares la cuota abstracta que hubiese competido al transmitente en caso de haber aceptado antes de morir, como si tal lote fuera a integrarse después en su herencia para ser seguidamente repartido entre sus sucesores. Sino que ha de concretar la cuota que pertenece a cada uno de los herederos transmisarios, al ser todos ellos sus herederos directos.³³

³³ Vid. GALICIA AIZPURUA, G., “Naturaleza y alcance del derecho de transmisión (*ius transmissionis*) regulado en el artículo 1006 CC. Sentencia 11 de septiembre de 2013 (RJ 2013, 7045)”. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, n.º 95, Mayo-Agosto, Pamplona, 2014. p 246

Para Martínez de Aguirre, la afirmación de los autores Albaladejo y Jordano Fraga sobre la teoría moderna de que “el transmisario que ha aceptado la herencia del transmitente y acepta a su vez la del primer causante, sucederá directamente a éste”, tiene algunas consecuencias que merecen ser tenidas en cuenta.

Esta afirmación, tiene consecuencias importantes a la hora de juzgar acerca de la capacidad para suceder: i) en relación con la primera herencia, el llamado transmitente ha de reunir, para adquirir la delación los requisitos precisos: sobrevivir al primer causante y ser capaz; ii) en relación con la segunda herencia, (la del transmitente), quien ha de reunir los requisitos precisos para adquirir la delación a ella es el transmisario; iii) en último lugar, se discute si el transmisario que ha aceptado la segunda herencia, debe reunir los requisitos de capacidad también respecto a la primera. Albaladejo, y parte importante de la doctrina, entiende que sí, precisamente porque el transmisario hereda directamente al primer causante; frente a ello Jordano Fraga, que no, puesto que el transmisario recibe una delación ya adquirida válidamente por el transmitente, sin que sea preciso hacer un nuevo juicio de capacidad a tal fin.³⁴

Es destacable la opinión de Fernández Álvarez y Pascual de la Parte, en cuanto a la capacidad del transmisario. Estos autores, plantean la siguiente pregunta: ¿Por qué el transmisario ha de tener la capacidad para suceder al primer causante si no es su heredero? Para ellos, al ejercitar el transmisario el *ius delationis*, emitiendo una declaración de voluntad en uno u en otro sentido, ha de tener capacidad para suceder al primer causante, en cuanto requisito para la actuación de tal derecho, que aquel ejercicio supone.³⁵

En la línea de esta Sentencia, el transmisario para aceptar o repudiar la herencia, ha de ser capaz de suceder al transmitente y al primer causante, para por ley poder ejercitar el *ius delationis*, y una vez ejercitado dicho derecho, se convertirá en heredero directo del primer causante, ocupando la misma posición que el segundo causante.

Siguiendo con la figura del transmisario, al momento del fallecimiento del transmitente, éste ha de existir y ser capaz para sucederle, quedando legitimado para

³⁴ Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, *Curso de Derecho Civil (V) Derecho de Sucesiones*, Ed Colex, Majadahonda 2013, p. 77.

³⁵ Vid. FERNÁNDEZ ÁLVAREZ Y PASCUAL DE LA PARTE, *Anuario de derecho Civil*, 1996, pp. 1582 – 1583.

ejercer su derecho a aceptar el *ius delationis*, así pues, será heredero directo del primer causante. Todo esto se justifica en base a que va a existir un solo derecho que pasa del heredero transmitente al heredero transmisario, quedando en la misma posición que tenía aunque no existiera al momento del fallecimiento de aquél.

Podemos concluir con que el Tribunal Supremo sostiene la independencia absoluta de la herencia del primer causante y la del transmitente, considerando como “un mero efecto transmisivo del derecho o poder de configuración jurídica fundamental como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia”³⁶.

A este respecto señala Carmen de Grado Sanz lo siguiente; viene a decir la Sentencia, que el *ius delationis* derivado de la herencia del primer causante, no sufre alteración y no ejercitado por el transmitente pasa directamente y *ex lege* a los transmisarios que aceptan su herencia, habiéndose producido únicamente un mero efecto transmisivo del derecho o del poder de configuración jurídica (*ius delationis*) para poder legitimar el ejercicio del derecho por los transmisarios. Luego hay un efecto transmisivo del derecho como presupuesto para que pueda ser ejercitado por otros titulares.³⁷

Es decir, solamente, con dicho efecto transmisivo, se hace efectivo el derecho a aceptar o repudiar la herencia, que ostentan los herederos de Don Julio, para que estos en nombre propio, ejerciten un derecho *ex lege*, para suceder a la primera causante, Doña Cristina.

Conviene destacar para concluir la cita de Jordano Fraga, la cual fue compartida por el TS “es inexacto el planteamiento de quienes sostienen que, recibiendo el transmisario la delación para la primera herencia con la herencia del transmitente, una vez adquirida por aquel dicha primera herencia, sucedería en esta también al transmitente. De manera que el heredero del transmisario no encuentra en la herencia

³⁶ Fundamento de derecho 2º de la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013 (5269/2013)

³⁷ Vid. DE GRADO SANZ, C., “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013 (5269/2013). Naturaleza y alcance del derecho de transmisión (*ius transmissionis*) del artículo 1.0006 del Código Civil”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. (dir), Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil), vol. 6º, Dykinson, Madrid, 2013-2014, pp. 710-720.

del transmitente más que el *ius delationis* relativo a la primera herencia, pudiendo adquirirla únicamente si lo quiere”³⁸.

Tras la Sentencia de 11 septiembre de 2013, la DGRN, admite como válida la postura defendida por el TS, hasta la Resolución 22 de enero de 2018³⁹, en donde se acepta que el transmisario, sucede directamente al primer causante, no obstante el derecho de transmisión deberá de computarse para calcular las legítimas del transmitente.

La DGRN, matizando la teoría de la adquisición directa por la que se declina el TS de la adquisición directa, ha creado una tercera teoría intermedia, basada en que para calcular la legítima de los herederos forzosos del transmitente se deben valorar el *ius delationis*, y que con bienes del primer causante se deben pagar dichas legítimas y dichos legitimarios aunque no sean transmisarios, deben consentir la herencia del primer causante.⁴⁰

Los pilares sobre los que se basa la DGRN para justificar su teoría según Carlos Pérez son:

- a) Aunque el transmisario suceda directamente al primer causante, el derecho de transmisión se valora para calcular las legítimas de los legitimarios del transmitente.
- b) Cuando la legítima de los legitimarios no transmisarios se pague con bienes del primer causante, no se puede sostener que estos estén sucediendo directamente al primer causante.
- c) Los legitimarios del transmitente, nunca podrán ser legitimarios del primer causante. El legitimario del primer causante en cualquier caso será el transmitente, pero nunca lo pueden ser los transmisarios porque el artículo 766 CC combinado con el artículo 814.3 CC únicamente reconoce la condición de

³⁸ Vid. JORDANO FRAGA, F., *La sucesión en el ius delationis. Una contribución al estudio de la adquisición sucesoria mortis causa*. Universidad de Sevilla-Civitas, Sevilla, 1990, p. 318

³⁹ Vid. DGRN de 22 de enero de 2018: << Es objeto de este recurso resolver sobre la procedencia o improcedencia, en caso de derecho de transmisión, de la intervención de uno de los hijos del segundo causante a quien se ha dejado, por vía de legado, la parte que le corresponda en la legítima, habiendo sido nombrada heredera universal una hermana del legatario, que sí comparece, acepta la herencia y se adjudica los bienes integrantes del caudal relicto. >>

⁴⁰ Vid. Revista El Notario del Siglo XXI. Revista del Colegio Notarial de Madrid Nº 83 Enero/Febrero 2019, pp. 188-194.

legitimario por derecho de representación, a los hijos del hijo legitimario que haya premuerto.

- d) Si los legitimarios del transmitente no los son del primer causante, coincidiremos en que, y por consiguiente, no podrá ser *pars bonorum*, ni el legitimario del transmitente tendrá derecho a que se pague su legítima con bienes del primer causante, lo tendrá en su condición de heredero del primer causante, pero no en su condición de legitimario del transmitente.
- e) Por último, como corolario de todo lo anterior en la partición de la herencia del primer causante no tienen por qué intervenir ni consentir los legitimarios no herederos del transmitente, puesto que ni son legitimarios del primer causante ni son sus herederos.

La postura adoptada por el DG es afín a que la legítima de los herederos forzosos del transmitente no herederos, deba pagarse con bienes del primer causante, como se argumenta en el fundamento de derecho número 5 de la Resolución de 22 de enero de 2018⁴¹, pese a que el TS, establece que se hereda directamente al causante en el tiempo, una vez que el heredero decide aceptar dicha condición de heredero, el activo y el pasivo del primer causante, deben de recaer en la masa patrimonial del transmitente y por tanto, la partición de los bienes de la masa del transmitente debe cumplir con las normas aplicables a su propia sucesión.

⁴¹ La Resolución de 22 de enero de 2018 resuelve <<Si bien se ha de recordar que nuestro Alto Tribunal ha aclarado que se hereda directamente al causante primero en el tiempo, resolviendo numerosas dudas acerca de la capacidad que ha de ostentarse para suceder, ello no se hace con la intención de vulnerar otras normas imperativas que rigen la sucesión testamentaria, por lo que si bien sí resulta evidente que es el heredero el que debe aceptar o repudiar la herencia del causante, una vez emite su voluntad de aceptar dicha condición de heredero, el conjunto patrimonial activo y pasivo del causante deberían recaer en la masa patrimonial del transmitente, y por ende, la partición de los bienes de la masa del transmitente debe cumplir con las normas aplicables a su propia sucesión. Otra solución llevaría a una vulneración casi sistemática de las normas de la legítima, pero no sólo ya en lo que concierne al transmisario como acabamos de ver, sino del propio causante, ya que el reparto por mitad de la herencia entre un hijo y otra persona que sólo lo hace como heredero de su hijo postmuerto y que por ello puede ser absolutamente extraño a la sucesión forzosa del primer causante -en cuya masa hereditaria no entrarían, por tanto los bienes- supone que la parte que debería integrarse en la legítima del primer fallecido (dos tercios de la herencia) se ve reducida a la mitad pudiendo significar una vulneración de los derechos legitimarios del otro heredero forzoso>>

V. CONCLUSIONES

Bajo mi humilde punto de vista, el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha sentado doctrina en torno al artículo 1006 del Código Civil sobre el *ius delationis*. Se ha discutido en torno a varias teorías, en un procedimiento de división de la herencia sobre si procedía o no concretar el cuaderno particional. Finalmente el TS, en la Sentencia ya analizada se decanta por la teoría moderna de la adquisición directa poniendo fin a la postura aceptada por los tribunales hasta este momento de la doble adquisición, afirmando que los bienes pasan directamente del primer causante al transmisario, corrigiendo el cuaderno particional y ordenando que se debe concretar la cuota que corresponde a cada uno de los herederos transmisarios.

El magistrado Orduña Moreno, ponente de esta importante Sentencia, concreta así pues que no hay una sucesión, sino un mero efecto transmisivo como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M., “*La sucesión iure transmissionis*”, ADC, 1952, pgs. 913-971.

ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de derecho civil. Derecho de sucesiones*, t V, 11º Ed, Edisofer, Madrid 2015.

DE GRADO SANZ, C., “*Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013 (5269/2013). Naturaleza y alcance del derecho de transmisión (ius transmissionis) del artículo 1.0006 del Código Civil*”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. (dir), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, vol. 6º, Dykinson, Madrid, 2013-2014, pgs. 700-710.

DIÉZ-PICAZO, L y GULLÓN, A., *Sistema de derecho civil. Derecho de sucesiones*, vol IV, t 2º, 11º Ed, Tecnos, Madrid, 2012.

FERNÁNDEZ ÁLVAREZ Y PASCUAL DE LA PARTE, *Anuario de derecho Civil*, 1996, pgs. 1542 – 1596.

GALICIA AIZPURUA, G., “*Naturaleza y alcance del derecho de transmisión (ius transmissionis) regulado en el artículo 1006 CC. Sentencia 11 de septiembre de 2013 (RJ 2013, 7045)*”. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, n. º 95, Mayo-Agosto, Pamplona 2014, pgs. 246 ss.

JORDANO FRAGA, F., *La sucesión en el ius delationis. Una contribución al estudio de la adquisición sucesoria mortis causa*. Universidad de Sevilla-Civitas, Sevilla, 1990, 363 pgs.

LACRUZ BERDEJO, J. M., RAMS ALBESA, J., *Elementos de derecho civil. Sucesiones*, 5º Ed, Dykinson, Madrid, 2015.

LASARTE, Carlos, *Derecho de sucesiones, Principios de Derecho Civil*, VII, 4ª ed, Marcial Pons, 2005.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos. *Curso de Derecho Civil (V) Derecho de Sucesiones*, Ed Colex, Majadahonda 2013.

PASCUAL DE LA PARTE, *Notas de urgencia sobre el Derecho de transmisión*, RDCI, 2015/749, pgs.1586 ss.

RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de sucesiones común y foral*, 4ª ed., Dykinson, Madrid, 2009

Pablo RODRÍGUEZ-PALMERO *Un intento de superar las tesis opuestas sobre la situación del heredero del heredero en el marco del artículo 1006 del Código Civil español*. Revista de Derecho- Año 9, Número 9, 2008, pgs. 17-27.

Revista El Notario del Siglo XXI. Revista del Colegio Notarial de Madrid N° 83 Enero/Febrero 2019, pgs. 188-194.

VVAA, *Derecho de sucesiones*: editores. LÓPEZ LÓPEZ, A, ROSARIO VALPUESTA FERNÁNDEZ, R; coordinadores, PÉREZ VELÁZQUEZ, J, PIZARRO MORENO, E; autores, AGUILAR RUIZ, L. [et al.] Publicación Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.