

Asuntos pendientes en el derecho de transmisión: el cónyuge viudo del transmitente y otros supuestos

What the Law Has Yet to Specify: The Widowed Spouse of the Owner and Other Cases

por

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA
Registrador de la Propiedad
Doctor en Derecho

RESUMEN: Una de las cuestiones más difíciles y complejas del Derecho de Sucesiones se producen cuando el heredero llamado por un primer causante fallece después que este sin aceptar ni repudiar la herencia, en cuyo caso, pasa a sus propios herederos, el mismo derecho que tenía su transmitente o segundo causante. Las discusiones doctrinales para resolver los numerosos problemas se centran en dos teorías que se han venido denominando teoría clásica o de la doble transmisión y teoría moderna o de la adquisición directa. El Tribunal Supremo en la sentencia del Pleno de la Sala Primera de 11 de septiembre de 2013 fija doctrina jurisprudencial entendiendo respecto a un caso de partición de la herencia del primer causante por un contador partidor judicial, que no hay una doble transmisión de bienes o paso por dos herencias, sino que existe una adquisición directa de los herederos respecto al primer causante en cuanto a su herencia. Pero esta doctrina deja abiertas numerosas cuestiones para otros supuestos distintos que se pueden plantear en el futuro, como son los del cónyuge

viudo del transmitente, los herederos del heredero que no habían nacido en el momento de fallecimiento del primer causante y otros supuestos, que exigen una solución propia fuera de apriorismos o dogmatismos, y que son objeto de análisis y propuesta de solución en el presente estudio.

ABSTRACT: One of the thorniest, most complex cases in succession law happens when the heir named by a deceased person dies himself before either accepting or disclaiming his inheritance. In that case, the right of the second deceased passes to his own heirs. Learned discussion to settle the many problems involved mainly boils down to two theories, which are widely known as the classic or double conveyance theory and the modern or direct acquisition theory. In its ruling of 11 September 2013, the Plenary First Division of the Supreme Court established jurisprudence in a case of the distribution of the first deceased's estate by a court-appointed auditor. The court ruled that there was no double conveyance of ownership or inheritance of an inheritance, but that the heirs acquired their legacy directly from the first deceased. But this doctrine leaves a good many questions open in other cases quite likely to arise in future. What happens to the widowed spouse of the deceased? What about heirs of the heir who were not yet born at the time of the first deceased's death? These and other instances require a solution that does not depend on a-priori conditions or dogmatism. We analyse such cases and propose a solution.

PALABRAS CLAVE: Aceptación de herencia. Partición de herencia. Cónyuge viudo. Legítima.

KEY WORDS: *Acceptance of inheritance. Distribution of inheritance. Widowed spouse. Reserved portion.*

SUMARIO: I. LA SENTENCIA DEL PLENO DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2013.—II. EL VALOR Y EFECTOS DE LA FIJACIÓN DE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL POR LA SENTENCIA DEL PLENO DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO.—III. EL POSIBLE DERECHO DEL CÓNYUGE VIUDO DEL TRANSMITENTE RESPECTO A LA HERENCIA DEL PRIMER CAUSANTE.—IV. LA DISCRIMINACIÓN DE TRANSMISARIOS SEGÚN LA TEORÍA DE LA DOBLE CAPACIDAD (TAMBIÉN LLAMADA «TEORÍA DE LA ADQUISICIÓN DIRECTA»).—V. LOS ACREEDORES DEL TRANSMITENTE.—VI. EL PROBLEMA DE LOS LEGITIMARIOS DEL TRANSMITENTE.—VII. LA SENTENCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE MAYO DE 1963 SOBRE LAS FACULTADES

DEL CONTADOR PARTIDOR DEL SEGUNDO CAUSANTE RESPECTO A LA ADJUDICACIÓN DEL «*IUS DELATIONIS*» DE LA PRIMERA HERENCIA.—VIII. LOS ARGUMENTOS DE LA SALA PRIMERA, PLENO, DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2013.—IX. LOS DERECHOS DEL HEREDERO FIDUCIARIO Y LOS HEREDEROS FIDEICOMISARIOS DEL TRANSMITENTE RESPECTO A LA HERENCIA DEL PRIMER CAUSANTE: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA DE 12 DE JULIO DE 2012.

I. LA SENTENCIA DEL PLENO DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2013

A pesar de que el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013 fija doctrina jurisprudencial, es conveniente precisar el supuesto de hecho a que la misma se refiere teniendo en cuenta que una de las características de la jurisprudencia es la referencia al caso concreto debatido y resuelto.

Los hechos pueden resumirse así:

Doña Cristina, que es la primera causante, falleció bajo testamento en el que instituyó herederos a sus hermanos Flora, Zulima, Esmeralda, Rosalía, Roque, Constanza, Ángel, Jesús y Julio, dejando también unos legados a una Parroquia y a una Casa Asilo. Con posterioridad a ella, fallece el heredero Julio, que falleció sin haber aceptado ni repudiado la herencia de su hermana Cristina, dejando sus bienes en herencia a su esposa y seis hijos Julio, Fulgencio, Urbano, Reyes, Carmen, Milagrosa y Carmelo. Nada se vuelve a hablar en la sentencia sobre la esposa de don Julio, pues se alude después a la cuestión de las adjudicaciones a «cada uno de los seis hijos, herederos del mismo» (del transmitente don Julio).

El día 26 de junio de 2006 se reunieron los herederos (se supone que se refiere a los herederos de la primera causante, pero no queda claro, si allí estaban o no todos los transmisarios) en la notaría al objeto de firmar el cuaderno particional consensuado por los letrados de las partes, firma que no llegó a tener lugar por la oposición del hijo de Julio, llamado Carmelo.

Ante la falta de acuerdo de los herederos, especialmente por la oposición del heredero transmisario don Carmelo, hijo del heredero Julio, se planteó la demanda por los herederos de doña Cristina contra diferentes personas y legatarios y especialmente contra don Carmelo, en la que se pide que el Juzgado «disponga que, conforme al artículo 783 LEC se forme el inventario de los bienes hereditarios (sin necesidad de acordar intervención del caudal que los mismos componen), se convoque a herederos y legatarios, citándolos en el domicilio donde residen, para la celebración de la junta para formar dicho inventario y en su caso designar contador y perito, y designados según lo prevenido en el

artículo 784 LEC, se proceda según lo dispuesto en los artículos 785, 786 y 787 para la práctica de las operaciones de inventario, avalúo, liquidación y división del caudal hereditario que integran los bienes y derechos relictos, dictando en definitiva sentencia aprobando dichas operaciones, con los efectos que en las disposiciones citadas se previenen».

El citado heredero don Carmelo, hijo de don Julio, se opuso al cuaderno particional porque no se precisaban en él los bienes que correspondían de modo individualizado a cada uno de los transmisarios, en lugar de hacer un lote genérico de la porción correspondiente a los herederos de don Julio.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Elche desestimó la oposición formulada por don Carmelo entendiendo que, en aplicación del artículo 1006 del Código Civil, no cabía realizar una individualización concreta de la parte que le corresponde a cada uno de los herederos de don Julio (aunque por error en la sentencia se menciona a los herederos de don Carmelo), toda vez que no se conoce quiénes son los herederos del mismo y quienes sean sus herederos tendrán que aceptar primero su herencia, adquiriendo la condición de herederos de este y, consecuentemente se posicionarán en los derechos y obligaciones del Sr. Julio (otra vez se dice erróneamente, de don Carmelo), convirtiéndose en herederos de la primera causante.

Ante el recurso de apelación de don Carmelo, la Sección 9.^a de la Audiencia Provincial de Alicante lo desestima porque dice que es «claramente mayoritaria la teoría clásica o de la doble transmisión en la denominada pequeña jurisprudencia, y considera que, al ser más adecuada la teoría de la doble transmisión, el cuaderno particional es correcto y no cabe realizar una individualización concreta de la parte que le corresponde a cada uno de los herederos del señor Julio en la herencia de su hermana, pues el derecho del citado transmitente en la herencia de la misma formará, a su vez, parte de su propia herencia y ese derecho está individualizado en el controvertido cuaderno particional de la primera causante».

El recurso de casación se plantea por el transmisario don Carmelo y la cuestión en definitiva era la de decidir si el contador partidor judicial de la herencia de la primera causante Cristina, al hacer las adjudicaciones, debió hacer las adjudicaciones respecto a la parte del transmitente don Julio, de modo individualizado para cada uno de sus seis hijos transmisarios, o si bastaba formar un lote para los herederos de don Julio, que luego se incluiría en la herencia del mismo a repartir entre sus seis hijos.

El Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en la referida sentencia de 11 de septiembre de 2013, estimó el recurso de casación interpuesto por don Carmelo, casando y anulando la sentencia de la Audiencia, «debiéndose modificar y completar el cuaderno particional realizado de la herencia de doña Cristina, en orden a individualizar la cuota que corresponda a cada uno de los herederos de don Julio y su respectiva concreción en los bienes y derechos que

les resulten adjudicados parcialmente como fijación de la Doctrina jurisprudencial aplicable a la cuestión debatida».

Y a su vez dicha sentencia fija esa doctrina jurisprudencial del modo siguiente: *«Todo ello, en aplicación de la doctrina jurisprudencial, que ahora se fija, en orden a que 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 propiamente 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 derechos transmisarios; 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 ejercitado 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».*

Dentro de esta difícil redacción lo que queda absolutamente claro son dos cosas:

1.^a Que la sentencia entiende que no hay doble transmisión de bienes sino que los herederos transmisarios suceden directamente al causante de la primera herencia, sin que haya doble transmisión de bienes, pues se trata de sucesiones distintas.

2.^a Que la sentencia entiende, respecto al caso concreto, que el contador partidor judicial nombrado para la primera herencia debe individualizar la cuota que a cada transmisario les corresponde en la citada herencia y no solo eso, sino que debe concretarse en la partición de herencia de esa primera causante, los bienes y derechos que les sean adjudicados, pues es distinta la otra herencia, la del transmitente respecto a sus propios bienes.

Más difícil puede resultar comprender qué significa en definitiva el «*ius delationis*», a efectos del artículo 1006 del Código Civil, y sobre todo, qué grado de convicción puede atribuirse a los argumentos utilizados por la sentencia, según se examinará más adelante.

Pero, evidentemente, no hay duda de que el Tribunal Supremo en Pleno, excluye la teoría clásica de la doble transmisión y aplica la teoría de la adquisición directa, al menos en cuanto a que no hay doble transmisión o paso de los bienes por las dos herencias.

No obstante, pueden quedar una serie de cabos sueltos para supuestos de hecho futuros, sobre los que conviene meditar para tratar de ofrecer una solución adecuada a los mismos.

II. EL VALOR Y EFECTOS DE LA FIJACIÓN DE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL POR LA SENTENCIA DEL PLENO DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Dadas las consecuencias que tiene la doctrina de esta sentencia de la Sala Primera del Pleno del Tribunal Supremo, es necesario precisar como cuestión previa, cuál es el valor y efectos de la misma respecto a los futuros casos que puedan darse en la práctica sobre el derecho de transmisión.

En primer lugar, aunque hay una discusión interminable respecto a si la jurisprudencia puede o no ser considerada fuente del Derecho, parece prevalecer la opinión de que no se trata de una fuente propiamente dicha o al menos con el alcance tradicional que tienen las fuentes clásicas (ley, costumbre y principios generales del derecho), pues el artículo 1.º del Código Civil deja muy claro que «las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho» (lo cual a su vez ha de ser completado con la Constitución, pues en todo caso, la interpretación y aplicación de las fuentes debe hacerse de acuerdo con ella), asignando a la jurisprudencia la función que establece el propio artículo 1 en su apartado 6 diciendo:

«6. La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho».

Ciertamente dice que «complementará el ordenamiento jurídico», pero precisando que es «con la doctrina que de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho».

Con lo cual, a efectos prácticos, aunque no teóricos, no cabe ninguna duda de la importancia que tiene la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto a la interpretación y aplicación de las demás fuentes para «complementar el ordenamiento jurídico».

En definitiva, es lo que ya había dicho con gran acierto PUIG BRUTAU al señalar que el legislador es miope porque contempla los casos en forma general, y es la jurisprudencia la que constituye las verdaderas gafas de la ley, al decidir sobre casos concretos y determinados dentro de la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

Pero otra cuestión importante respecto a la jurisprudencia es que, por su propia naturaleza, para que pueda complementar de ese modo el ordenamiento jurídico, es que tiene que ser «reiterada». Hasta ahora se había considerado «reiterada» la que establecían al menos «dos sentencias» pero no una sola. También se había considerado que a la jurisprudencia no es de aplicación el principio de derogación de las normas, de que la ley posterior deroga a la anterior, sino que a lo sumo se podría hablar cuando hay sentencias de distinto signo, de varias

corrientes jurisprudenciales, aunque en un determinado momento puede tener valor el hecho de que se haya corregido una corriente anterior, pero sin que quede definitivamente descartada ni mucho menos derogada, pues en cualquier momento, ante un determinado caso concreto, puede volver a replantearse la cuestión con una interpretación nueva o siguiendo, en todo o en parte, una corriente anterior. Al menos, todo esto es lo específico de la jurisprudencia, pues en otro caso, la jurisprudencia sería una ley, y con un efecto todavía más fuerte que la ley, pues al menos las leyes periódicamente se modifican y derogan y en cambio, la jurisprudencia no puede tener la condición de definitiva e imperdurable.

Ahora bien, la fijación de doctrina jurisprudencial por el Pleno de la Sala Primera no tiene el carácter de «reiterada» a que se refiere el artículo 1.6 del Código Civil, a efectos de «complementar el ordenamiento jurídico», por lo que conviene plantearse si puede mantenerse la equiparación entre una sola sentencia del Pleno con la necesidad de que la jurisprudencia sea «reiterada».

La fijación de la llamada «doctrina jurisprudencial» por el Pleno de la Sala Primera está enmarcada dentro de la interpretación del artículo 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto al supuesto de «*interés casacional*» como requisito para admitir el recurso de casación. Se trata, por tanto, de un aspecto procesal del recurso de casación, y concretamente, el de si puede apreciarse o no interés casacional para admitir el recurso de casación por vulneración de doctrina jurisprudencial. En este ámbito, no cabe duda de la importancia práctica de dicha doctrina, pues determina, aunque se trate de una sola sentencia que, al provenir del Pleno, permite considerar que su infracción da lugar a interés casacional permitiendo la admisión del recurso de casación, pero no parece que pueda equipararse a jurisprudencia «reiterada» a efectos de lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 1 del Código Civil, pues en otro caso, quedaría derogado dicho apartado sin que lo haya sido.

A estos efectos, es oportuno recordar que una cosa son los *motivos del recurso de casación* y otra diferente *el interés casacional* que se exige como uno de los supuestos para la admisión del recurso de casación. El interés casacional se produce en atención a determinados supuestos, y da lugar si no existe tal interés, a la inadmisión del recurso de casación. En cambio, los motivos del recurso se refieren a las normas que se alegan como infringidas, entre las cuales está el artículo 1006 del Código Civil, que puede interpretarse en relación con el caso concreto en la forma más adecuada para resolver ese caso que siempre tiene matices distintos del anteriormente resuelto. E incluso un determinado recurrente puede enfocar el asunto con una serie de argumentos que quizá no haya tenido ocasión de plantear el anterior recurrente y dar por tanto, nuevas luces a la materia, para que, en su caso, pueda plantearse de nuevo la cuestión por el Tribunal Supremo.

La procedencia de que el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo fije doctrina jurisprudencial a efectos de la admisión del recurso de casación por

razón de «interés casacional», obedece a su competencia para la interpretación de las cuestiones procesales que resulta del Acuerdo de la Junta General de Magistrados de 30 de diciembre de 2011, en el que consideró que basta una sola sentencia cuando es adoptada por el Pleno, para fundar el interés casacional para admitir el recurso de casación. En el propio Acuerdo de los Magistrados se dice que cuando la decisión ha sido adoptada por el Pleno basta una sola sentencia, que podrá invocarse como jurisprudencia, a tales efectos, pero siempre que no exista ninguna sentencia posterior que haya modificado el criterio seguido.

Ya se comprende que un Acuerdo de los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo no constituye fuente de derecho, ni tampoco tiene como finalidad establecer el concepto general de jurisprudencia, sino únicamente solucionar los problemas del recurso de casación, a los efectos interpretativos indicados, pues deriva tal competencia de lo dispuesto en el artículo 264.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según el cual *«Los Magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala se reunirán para la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales. Las reuniones se convocarán por el Presidente de la Sala, por sí o a petición de los Magistrados, así como en los demás casos que establezca la ley. Serán presididas por el Presidente de la Sala»*.

Pero es el propio Acuerdo de Magistrados del Tribunal Supremo el que hemos visto que prevé que la fijación de doctrina es *«siempre que no exista ninguna sentencia posterior que haya modificado el criterio seguido»*, y lógicamente, para modificar el criterio seguido es requisito previo y necesario que una sentencia de Audiencia haya tenido ocasión de aplicar el derecho de transmisión para un supuesto distinto del que se ha planteado en la sentencia, en forma distinta o con matices distintos de la que ha seguido el Pleno, y naturalmente, que haya un recurrente que vuelva a plantear el recurso de casación por infringir la Audiencia respectiva la doctrina jurisprudencial.

Difícil se presenta la cuestión, por lo que, aunque entendamos que la fijación de doctrina jurisprudencial por el Pleno, no tiene por qué ser definitiva, pues el mismo Acuerdo de Magistrados del Tribunal Supremo prevé que se pueda dictar una sentencia posterior que haya modificado el criterio anterior, en la práctica vemos poco menos que imposible que se replantee la cuestión, y desde esta perspectiva, hay que entender que la doctrina clásica del derecho de transmisión, habrá pasado a mejor vida, pero al menos ya no podrá ser criticada, y ahora se replantearán todas las cuestiones pendientes respecto a la teoría de la adquisición directa, que es la que fija el Pleno como doctrina jurisprudencial para el futuro. Eso siempre que en una futura reforma del Derecho de Sucesiones, el legislador no se replantee la modificación del artículo 1006 del Código Civil, y coloree el mismo con diferentes párrafos que, para resolver determinados problemas, que ahora quedan cegados por la sentencia del Pleno, permita volver a replantear la cuestión sobre las soluciones que ofrecía la teoría clásica del derecho de transmisión, pues no por llamarse «moderna» la teoría

de la adquisición directa, va a ser más adecuada que la teoría clásica, y desde luego que no lo es en los supuestos prácticos que se estudian a continuación.

III. EL POSIBLE DERECHO DEL CÓNYUGE VIUDO DEL TRANSMITENTE RESPECTO A LA HERENCIA DEL PRIMER CAUSANTE

Hasta ahora, uno de los argumentos de la teoría clásica del derecho de transmisión en la que no todo es defensa de una doble transmisión de bienes y paso de los bienes del primer causante a través de la herencia del transmitente, sino que hay en juego otras cuestiones y argumentos, era que si se consideraba que había adquisición directa de la herencia del primer causante sin mediación del transmitente, el cónyuge viudo de este en cuanto a su usufructo viudal, quedaría fuera de escena, pues, como tal usufructuario aunque sea legal y de cuota o incluso de la totalidad, no es heredero del transmitente, por tratarse de un derecho singular como es el usufructo, no respondiendo de las deudas, a diferencia de los herederos.

Pero una vez que la sentencia del Pleno de la Sala Primera de 11 de septiembre de 2013 fija doctrina jurisprudencial estableciendo la adquisición directa por parte de los herederos del transmitente, de la herencia del primer causante sin tener en cuenta la mediación del transmitente, resulta ineludible plantearse si, aun desde la perspectiva de la adquisición directa que consolida la sentencia, le queda todavía al cónyuge viudo usufructuario alguna posibilidad para reclamar bienes en usufructo procedentes de la herencia del primer causante.

El problema se hace más relevante si se tiene en cuenta que uno de los fundamentos del derecho de transmisión reside en la equidad, y concretamente, en que el legislador no podía quedar impasible ante la muerte del heredero sin haber aceptado ni repudiado la herencia del primer causante, pues podría suceder que por el mero azar quedasen sus herederos sin derecho alguno en la herencia del primer causante.

Y partiendo de ahí, cabe preguntar: ¿es equitativo que los herederos transmisarios reciban todos los bienes procedentes del primer causante sin reservar ninguna porción en usufructo al cónyuge viudo del transmitente?

La Dirección General de los Registros y del Notariado en resolución de 22 de octubre de 1999 entendió que era necesaria la intervención en la herencia del primer causante del cónyuge viudo usufructuario del transmitente, diciendo lo siguiente:

«I. Se debate en el presente recurso si para inscribir una escritura de adjudicación de herencia en la que determinados herederos suceden iure transmissionis es o no necesaria la intervención del cónyuge viudo legitimario del segundo causante (transmitente).

II. *En los supuestos en que el transmisario acepte la herencia del segundo causante, entre los bienes, derechos y acciones que la integran se encuentra el ius delationis respecto a la herencia del primero, por lo que, al igual que hubiera podido hacer el transmitente, podría el transmisario aceptar o repudiar esta última. Mas, aceptada la herencia, la legítima del cónyuge viudo —a la que existe un llamamiento directo ex lege— no se trata de un simple derecho de crédito frente a la herencia del segundo causante y frente al transmisario mismo, sino que constituye un verdadero usufructo sobre una cuota del patrimonio hereditario que afecta genéricamente a todos los bienes de la herencia hasta que con consentimiento del cónyuge legitimario o intervención judicial se concrete sobre bienes determinados o sea objeto de la correspondiente conmutación (cfr. arts. 806 y 839, párrafo segundo, del Código Civil. Por ello, la anotación preventiva en garantía de los derechos legitimarios del viudo que se introdujo en la Ley Hipotecaria de 1909 fue suprimida en la vigente Ley de 1946). Entre esos bienes han de ser incluidos los que el transmisario haya adquirido como heredero del transmitente en la herencia del primer causante, por lo que ha de reconocerse al cónyuge viudo de dicho transmitente el derecho a intervenir en la partición extrajudicial que de la misma realicen los herederos».*

Nada más lógica la doctrina de esta resolución que ha resultado pacífica en la práctica hasta que en el año 2014, después de la sentencia de la Sala Primera, Pleno, del Tribunal Supremo, de 11 de septiembre de 2013, dos resoluciones de la propia Dirección General de los Registros y del Notariado entendieron que procedía cambiar de doctrina teniendo en cuenta la citada decisión del Tribunal Supremo. Se trata de las resoluciones DGRN de 26 de marzo —1.^a— y 11 de junio de 2014 —1.^a—.

La resolución DGRN de 26 de marzo de 2014 —1.^a— entiende que, habiendo fallecido uno de los hijos del primer causante, se plantea si el cónyuge del mismo con derecho a legítima debe intervenir cuando dicho hijo falleció sin aceptar ni repudiar la herencia del padre o primer causante, y aunque la resolución DGRN de 22 de octubre de 1999 entendió que la legítima del viudo no es un simple derecho de crédito sino un verdadero usufructo sobre una cuota del patrimonio hereditario conforme a los artículos 806 y 839.2.º del Código Civil, procede revisar esta doctrina atendiendo a la sentencia TS Sala Primera de 11 de septiembre de 2013, por lo que debe concluirse, como fijación de la doctrina jurisprudencial aplicable a la cuestión debatida, que 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, y no hay, por tanto, una doble transmisión sucesoria o sucesión propiamente 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, por lo que no es necesaria en este caso la intervención del cónyuge del transmitente y sí tan solo la de los transmisarios.

La resolución de 11 de junio de 2014 —1.^a— repite literalmente la misma doctrina para un supuesto idéntico basándose igualmente en la doctrina jurisprudencial fijada por la sentencia del Pleno de la Sala 1.^a de 11 de septiembre de 2013.

No obstante, la resolución de la propia DGRN de 2 de marzo de 2015 —1.^a— admite el derecho del cónyuge viudo del transmitente respecto a su cuota usufructuaria legal sobre los bienes de la herencia del primer causante.

De todos modos esta resolución no resuelve directamente la cuestión que se planteó en las dos anteriores, en que el recurso se centró en si el cónyuge viudo usufructuario debía intervenir en la herencia del primer causante. Se trata de un problema distinto, pero aun así, esta otra resolución se inclina por considerar que el cónyuge viudo usufructuario del transmitente o segundo causante no incurre en conflicto de intereses al adjudicarse la cuota legal usufructuaria en los bienes de la primera herencia y representar al mismo tiempo a la hija menor en esa herencia.

Dicha resolución de 2 de marzo de 2015 —1.^a— se plantea si es o no inscribible una escritura de liquidación de sociedad de gananciales y adjudicación de herencia en la que concurren las circunstancias siguientes: de los dos herederos, uno de ellos falleció posteriormente a la apertura de la sucesión de su padre causante, sin aceptar ni repudiar la herencia, por lo que en virtud del artículo 1006 del Código Civil corresponde por transmisión a los suyos el derecho que este tenía. A este último le suceden abintestato sus dos hijos menores con el usufructo a favor de la viuda del heredero fallecido. La viuda del primer causante, para la liquidación de la sociedad de gananciales, ejerce su derecho de atribución con preferencia en su haber, de la vivienda donde estuvo establecida su residencia habitual; se incluyen otros bienes en el caudal relicto, entre los que se encuentra una mitad indivisa de un piso que es legada por el causante al heredero que después fallece, al que pertenecía ya la otra mitad indivisa.

En la liquidación de la herencia, se adjudica: a) a la viuda (del primer causante, que no es lo que interesa aquí), en pago de sus derechos en la liquidación de la sociedad de gananciales y del usufructo en la herencia de su esposo, que por lo tanto se capitaliza, el citado piso que constituyó la vivienda residencia habitual del matrimonio y una cantidad en dinero del caudal relicto para com-

pensar el inferior valor del total de sus adjudicaciones; b) a los menores por derecho de transmisión, se les adjudica la citada porción indivisa legada del piso además de cantidades de dinero procedentes de las cuentas corrientes del inventario, salvo el usufructo que en su parte corresponde a su madre (que es la viuda del segundo causante), por lo que no se capitaliza el mismo; a la última heredera, cantidades en dinero del caudal relicto.

Es cierto que el problema principal que se plantea en esa resolución es el de si existe o no conflicto de intereses entre la madre representante legal de la menor y ella misma, que exigiría si hubiera tal conflicto el nombramiento de defensor judicial.

La DGRN entiende que no hay conflicto de intereses entre la viuda (del segundo causante) representante legal de los menores, pues se limita a intervenir y aceptar las adjudicaciones que corresponde a la viuda del primer causante, y en cuanto a las adjudicaciones en usufructo a ella misma, lo hace en la misma proporción que le corresponde por su cuota legal usufructuaria.

La resolución resume el supuesto diciendo: «En definitiva, la cuestión que se debate es si hay oposición o conflicto de intereses entre los herederos menores y su madre que los representa legalmente en la herencia de su abuelo, a la que acceden por derecho de transmisión del artículo 1006 del Código Civil, tras el fallecimiento de su padre, heredero y legatario del citado abuelo. La registradora fundamenta la oposición de intereses en que las adjudicaciones realizadas no han sido operaciones particionales sino actos dispositivos, de forma que como sostiene en la calificación, no se ha realizado la partición de acuerdo con lo establecido en el testamento y que la viuda se adjudica íntegramente una finca que forma parte del caudal relicto, de manera que algunas participaciones indivisas de esta finca, pudieron ser adjudicadas a los herederos menores, y debieron quedar sometidas al control judicial. Es decir, que pudieron formarse lotes de porciones indivisas iguales o proporcionales, que no originarían conflicto de intereses, eliminándose la desigualdad de adjudicaciones. Contra esto alega la recurrente que las adjudicaciones se han hecho, en primer lugar, en ejercicio del derecho de atribución preferente de la viuda —que no es representante de los menores— conforme el artículo 1406.4.º del Código Civil, y en segundo lugar, en cuanto al resto, cumpliendo las disposiciones ordenadas por el causante en el testamento, esto es, legado de cosa ganancial de una mitad indivisa de finca —perteneciendo la otra mitad indivisa a los mismos legatarios— y adjudicación del resto de los bienes —dinero en metálico— a los herederos en sus proporciones correspondientes».

En lo que ahora nos interesa, la resolución dice al final, una vez diferenciados los derechos de las dos viudas, la del primer causante y la del segundo causante: *«Una vez liquidada la sociedad de gananciales, en la porción de herencia que corresponde a los menores por derecho de transmisión de su difunto padre, la cuota legal usufructuaria que corresponde a su madre que*

los representa, no se capitaliza, manteniéndose el usufructo sobre la porción ideal del tercio de mejora de la herencia del padre de los menores. Por lo tanto, no haciéndose capitalización del usufructo ni adjudicaciones de bienes, no existe tampoco en este punto conflicto de intereses sino intereses concurrentes».

Esta referencia a la cuota legal usufructuaria del cónyuge viudo en los bienes procedentes del primer causante, no constituye «*obiter dictum*», pues estamos ante un supuesto en que se trata de determinar si la viuda actúa con conflicto de intereses, al adjudicarse la cuota legal usufructuaria, y llega a la conclusión de que se adjudica dicha cuota en la misma proporción que corresponde a la misma, por lo que no hay conflicto de intereses. Ahora bien, si hubiera aplicado la doctrina de la sentencia del Pleno de 11 de septiembre de 2013, como las dos resoluciones DGRN anteriores, no hubiera tenido más remedio que decir que había conflicto de intereses con la menor, pues se habría adjudicado una cuota legal usufructuaria sobre los bienes del primer causante por derecho de transmisión, que desde la perspectiva de la teoría de la sucesión directa, no le hubiera correspondido porque no era heredera del transmitente, sino titular de un derecho singular de usufructo de cuota.

En mi opinión, con independencia de si son o no compatibles las dos resoluciones de 2014 con la de 2015, debería considerarse, a efectos registrales, que el cónyuge viudo del transmitente tiene derecho a su cuota legal usufructuaria sobre los bienes del primer causante, aunque no sea heredero del transmitente, tal como resuelve la última de las tres resoluciones.

Entendemos que, aun partiendo de la teoría de la adquisición directa, hay argumentos en favor de los derechos de usufructo del cónyuge viudo del transmitente, respecto a los bienes del primer causante.

Para ello, no sería suficiente partir del mero «*nomen*» de heredero forzoso que el Código Civil atribuye al cónyuge viudo usufructuario en el apartado 3.º del artículo 807 del Código Civil, pues la jurisprudencia más consolidada entiende que no tiene la condición de heredero, aunque no se ha planteado si tiene o no derechos en la herencia del primer causante, pues la sentencia del Pleno se refiere a un supuesto distinto.

Para reconducir esta cuestión, en lugar de centrarnos en el tema de la doble transmisión de bienes, que la sentencia del Pleno excluye, sería mejor profundizar en que los transmisarios son llamados a la herencia del primer causante porque son herederos del transmitente y solo en cuanto lo son y en la forma y proporción en que lo son, para lo cual es inevitable considerar en qué términos los ha llamado el transmitente por vía de testamento o la ley en caso de vocación abintestato o forzosa, según los supuestos.

No parece adecuado considerar que la «*autoridad máxima*» en derecho de transmisión corresponde al primer causante, sino que, con independencia de si hay o no paso de los bienes por la herencia del transmitente, y aunque se

considere que no, el transmitente tiene también «autoridad», y en el punto que ahora exponemos, es máxima, para determinar quiénes, en qué proporción y en qué forma son herederos del primer causante, pues son los «herederos suyos» los que participan en la herencia del primer causante, que son distintos de los herederos directos del primer causante.

La entrada del cónyuge viudo usufructuario en la herencia del primer causante puede fundarse en una vía de rebote a través de la limitación en el llamamiento de los herederos transmisarios por parte del transmitente o segundo causante o de la ley que supletoriamente los llamaba con relación al transmitente.

La sentencia del Pleno no pone en duda que los herederos transmisarios son los que resultan ser «herederos del transmitente», o sea los nombrados por el transmitente.

Pues bien, veamos en primer lugar, qué ocurre cuando el transmitente ha nombrado varios herederos en distintas proporciones, llamando por ejemplo, a uno de ellos en la mitad y a los otros dos herederos en una cuarta parte a cada uno. Nadie podrá discutir en este caso que los transmisarios reciben en este caso los bienes del primer causante en la proporción fijada por el transmitente y no por terceras partes iguales.

Demos ahora un salto que, aunque parece cualitativo, responde a la misma razón de ser. Supongamos que el transmitente testador, teniendo en cuenta la vocación forzosa del cónyuge viudo en cuanto al usufructo, llama a sus hijos como herederos en la nuda propiedad, total o parcial, según el grado que corresponda al correlativo usufructo del cónyuge viudo, llamando a este como legatario del usufructo. No cabe duda de que los hijos son los herederos del transmitente que tienen el derecho de aceptar o repudiar la herencia del primer causante, pero han sido nombrados por el transmitente y por la ley (vocación forzosa) solo como nudo propietarios (en todo o en parte), es decir, con la limitación que para su derecho representa el usufructo del cónyuge viudo.

¿Podría admitirse que a pesar de esta limitación testamentaria y legal de los derechos de los herederos nombrados, podrían adquirir los bienes del primer causante como si fueran herederos plenos? ¿Qué título podría decirse que tienen para extender su derecho que es limitado en la fuente a la totalidad del pleno dominio de los bienes del primer causante? Ninguno. El primer causante ni los llamó ni pensó en ellos. La atribución «*ex lege*» del derecho de los transmisarios en el artículo 1006 la hace el legislador remitiéndose a quién haya sido nombrado heredero por el transmitente y en la forma y proporción que haya señalado, o bien, a falta de testamento, a quién resulte nombrado por la ley como pariente del transmitente, y en ambos casos con las limitaciones derivadas de la vocación forzosa del cónyuge usufructuario.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, ni sería justo ni sería técnicamente posible, convertir un derecho de un heredero en nuda propiedad, en un derecho en pleno dominio.

Ahora bien, si se reconoce que los herederos nombrados como nudo propietarios solo pueden adquirir bienes en la herencia del primer causante como herederos nudo propietarios por resultar tal llamamiento del transmitente o de la ley en sustitución del mismo, entonces hay que admitir por vía de limitación o rebote, que el cónyuge viudo usufructuario ostente el usufructo correlativo a esa nuda propiedad de aquellos, pues no puede admitirse una nuda propiedad sin usufructo, ni un usufructo sin nuda propiedad.

Da igual que se siga la tesis de la adquisición directa o la tesis de la teoría clásica, a estos efectos, pues aquí no se discute si los bienes siguen un doble paso o un doble itinerario, sino que estamos en el título de origen, el que resulta del transmitente, que es la «autoridad máxima» para determinar quiénes son aquí los llamados, en qué forma y en qué proporción. Partiendo de aquí, al cónyuge le dará igual que le llamen adquirente directo del primer causante en cuanto al usufructo o adquirente a través de la herencia del transmitente o mejor dicho, por mediación del transmitente, para ser más preciso.

Y si en lugar del cónyuge viudo usufructuario con la cuota que le corresponde por el Código Civil, en la sucesión testada, pasamos al usufructo que le corresponde en la sucesión intestada, la solución es la misma, pues es la ley la que llama como herederos a los hijos del transmitente, pero con el carácter de nudo propietarios en parte, con la consiguiente limitación de la cuota usufructuaria del cónyuge viudo del transmitente, en los mismos términos que hemos señalado para el caso de llamamiento testamentario por el transmitente.

Y si estamos en la legislación del Código Civil de Cataluña, en que el cónyuge viudo tiene derecho al usufructo de la totalidad de la herencia, resultará que los herederos del transmisario lo son solo «en nuda propiedad» y por tanto, no podrían ser herederos del primer causante en cuanto al pleno dominio, extendiendo su derecho más allá de lo que permite su llamamiento por la autoridad máxima en materia de nombramiento de heredero, que en este caso, a falta de testamento del transmitente, es la propia ley al llamar como nudo propietarios a los hijos y el usufructo universal al cónyuge viudo. Y no vale decir que el cónyuge sería heredero, pues dado el carácter de usufructuario como derecho singular, solo podría tener un legado legal o atribución legal, que desde luego limita el derecho de los herederos llamados.

IV. LA DISCRIMINACIÓN DE TRANSMISARIOS SEGÚN LA TEORÍA DE LA DOBLE CAPACIDAD (TAMBIÉN LLAMADA «DE LA ADQUISICIÓN DIRECTA»)

Aunque esta cuestión no constituya el supuesto de hecho de la presente sentencia del Pleno, no hay que olvidar que esta no solo resuelve un caso

concreto sino que fija una doctrina jurisprudencial con carácter general para futuros supuestos. Y esa doctrina jurisprudencial es la de la llamada adquisición directa y podría plantearse si es al mismo tiempo, como defienden los autores de dicha teoría, al menos en su formulador más insigne, que se trata de exigir una doble capacidad a los transmisarios, la que deben tener como herederos de su transmitente y la que deben tener respecto al causante de la primera herencia, o si por el contrario, como defiende la teoría clásica del derecho de transmisión, los transmisarios solo deben tener capacidad sucesoria y existencia respecto al transmitente, pero no respecto al primer causante. ALBALADEJO, que difundió ante nosotros con su brillantez acostumbrada, la teoría de la adquisición directa, defendió igualmente la doble capacidad del transmisario, hasta el punto de que su teoría de ha venido denominando «teoría de la doble capacidad» y ello porque defendía los postulados de la teoría de la adquisición directa.

Pues bien, antes de entrar en la cuestión de si la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013 sigue o no la teoría de la doble capacidad, pues se limita a defender la teoría de la adquisición directa, excluyendo la doble transmisión de bienes, es necesario aclarar que se trata de una cuestión que suele ir pareja a la teoría de la adquisición directa, por lo que es necesario precisar si, después de la sentencia del Pleno, además de la adquisición directa que esta defiende expresamente, se puede dar por admitida la necesidad de doble capacidad de los transmisarios o no.

Desde luego que no nos parece adecuado admitir la teoría de la doble capacidad, por lo que entendemos que la fijación de doctrina jurisprudencial por el Pleno se refiere únicamente a su idea sobre la sucesión directa respecto al primer causante, pero no a la exigencia de la doble capacidad.

Para comprobar el desacierto de la doble capacidad, supóngase que el transmitente deja como herederos «*suyos*» a sus cuatro hijos, pero dos de ellas nacieron después de la muerte del primer causante, aunque los otros dos ya existían en el momento de dicha muerte. Pues bien, según la teoría de la doble capacidad (equiparada hasta ahora a la de la adquisición directa), los transmisarios deben reunir el requisito de la doble capacidad o existencia: deben tener capacidad y existencia respecto al transmitente, en el momento de su muerte, del que reciben el «*ius delationis*» y deben aceptar o repudiar su herencia como requisito previo (y por tanto, con el requisito de capacidad y existencia respecto al mismo, que los tienen porque son los cuatro hijos del transmitente); pero además, deben tener el requisito de capacidad y existencia respecto al primer causante, en el momento de la muerte de este, pues le «*suceden directamente*» según dicha teoría, y resulta que en el caso señalado solo tienen existencia y por tanto capacidad respecto al primer causante, dos de los hijos del transmitente, por lo que quedarían excluidos de la herencia del primer causante los otros dos porque no existían todavía cuando falleció el primer causante.

¿Se puede admitir tal discriminación? Según la teoría clásica, que no sigue la sentencia del Pleno, para el supuesto de hecho que contempla, no habría tal discriminación, pues los cuatro transmisarios solo tendrían que tener capacidad y existencia respecto a su transmitente (y las tienen), no siendo necesario que tengan capacidad y existencia respecto al primer causante, pues estos requisitos solo los ha de cumplir el transmitente primeramente llamado a esa herencia, que aunque no aceptó ni repudió adquirió el *ius delationis* precisamente por tener él (y no sus transmisarios) la capacidad y existencia requeridas.

Ante este problema, ALBALADEJO, que hemos dicho que uno de los principales defensores de la teoría de la adquisición directa, que, al menos en cuanto al aspecto de la sucesión directa, sirve de soporte a la presente sentencia del Pleno, ya reconoce este resultado, diciendo:

«A instituye heredero a B; B ignora que posteriormente A ha muerto y, por tanto, ni acepta ni repudia su herencia. Muere después B dejando herederos a C y a D; C, nacido antes de la muerte de A; D, ni siquiera concebido en tal fecha»¹.

Dice ALBALADEJO que *«aplicando nuestra teoría (la de la doble capacidad), «D» no puede heredar a «A», ni, por tanto, suceder a «B» en el ius delationis a la herencia de «A».*

Ahora bien, esta interpretación de ALBALADEJO no es convincente, pues si ambos herederos tienen el *ius delationis* procedente del transmitente, y están en igualdad de condiciones —y no digamos nada si ambos son hijos del transmitente—, no se ve razón alguna para que se niegue a uno de ellos el derecho resultante de ese *ius delationis*, que es negar este derecho mismo, pues tendría un *ius delationis* que no podría ejercitar.

Y la prueba de la improcedencia de la solución de la teoría de la doble capacidad es el reconocimiento del propio patrocinador de la teoría:

«Aceptamos —dice ALBALADEJO— lo inequitativo de la solución, inequidad que, en todo caso, tiene paliativos: 1.º El artículo 462.3.º del Código italiano de 1942 («pueden, además, recibir por testamento los hijos de una determinada persona que viva al tiempo de la muerte del testador, aunque no estén todavía concebidos») y, en general, todos los supuestos en que se pueda considerar posible la sucesión de los no concebidos. 2.º El hecho de que siendo el ius delationis apreciable en dinero, si n él no puede suceder «D» a «B», se compensará a «D» con otros bienes de la herencia de «B», hasta paliar, dentro de lo posible, la desigualdad entre las porciones que «C» y «D» tengan en la institución de «B» y lo que reciban en pago de ellas».

Pero la consideración de «inequitativa» de la solución que se propone es ir actualmente en contra del artículo 3.2 del Código Civil y de la idea que el mismo ofrece de la equidad y su juego en Derecho español.

Y en cuanto a los citados paliativos que se señalan para disminuir la inequidad de la solución propuesta: a) Respecto al primer paliativo, se trata de una cita del Código Civil italiano, que no es aplicable en el sistema español; b) En cuanto a la referencia al *concepturus*, hay que observar que para que pueda entenderse llamado un *concepturus*, incluso en Derecho italiano, es necesario que el testador le haya llamado. Existiendo llamamiento o vocación, podría superarse el difícil inconveniente de admitir la sucesión por parte de un *concepturus*. Pero si no hay tal llamamiento, como en este caso, en que el primer causante ni siquiera lo contempla, carece de base pretender que suceda a un causante quien todavía no está concebido en el momento de la muerte del mismo, salvo que se excluya la teoría de la doble capacidad; c) Respecto al otro pretendido paliativo que se alega, consistente en que se pueden compensar al que no podría ejercitar el *ius delationis*, con bienes de la herencia del transmitente o segundo causante, esto no es posible, salvo que se entienda que los bienes a que se refiere el *ius delationis* han de integrarse en la segunda herencia, o sea en la del transmitente, para de ese modo distribuirla entre los transmisarios. Pero esta integración es precisamente lo que no admiten los partidarios de la llamada teoría de la adquisición directa, ni desde luego, la presente sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013.

Y si de los supuestos de inexistencia de los transmisarios en el momento de la muerte del primer causante, pasamos a otros supuestos de incapacidad sucesoria, como por ejemplo, el del notario ante el que otorgue su testamento, sería excesivo que no teniendo nada que ver con las disposiciones del primer causante respecto a su testamento, resultara que por el hecho de haber sido llamado por el transmitente como heredero, no fuera capaz de heredar al primer causante ese notario totalmente ajeno a las disposiciones del primer causante en el momento en que se hicieron a favor de un transmitente que podría no tener nada que ver con el citado notario, aunque luego le nombrara heredero en su testamento y fuera transmisario.

En todo caso, y volviendo al supuesto de discriminación de los nacidos según la fecha de su nacimiento, si se centra adecuadamente el valor de la doctrina de esta sentencia y su carácter no vinculante para los Tribunales de grado inferior, con independencia de sus efectos respecto al recurso de casación, que si se plantean supuestos de hecho muy distintos del que resolvió la presente sentencia del Pleno, y concretamente esta cuestión de discriminación de los efectos de la doble capacidad como consecuencia de la sucesión directa al primera causante, por razón de la fecha del nacimiento de los hijos del transmisario, que es el que llama a sus propios herederos («los suyos», según el art. 1006 del Código Civil), que haya que abandonar la teoría de la sucesión directa o matizarla respecto a este concreto problema distinto del que resuelve la sentencia del Pleno.

Y desde luego que si no fuera así, sí que llamaríamos la atención de la necesidad de una urgente reforma del artículo 1006 del Código Civil para evitar la discriminación que se acaba de indicar, que, desde luego no se da en la teoría clásica del derecho de transmisión.

Ahora bien, lo que nos planteamos a continuación es si, a pesar de que la sentencia del Pleno fija doctrina jurisprudencial partiendo exclusivamente de la teoría de la adquisición directa, pueden encontrarse datos en la propia sentencia, en el sentido de que no es partidaria de llegar en ese punto a todas las consecuencias de la teoría de la adquisición directa.

Por de pronto, en el caso planteado no existe ninguna cuestión sobre la capacidad de los transmisarios respecto a la primera causante, pues suponemos que todos ellos ya habrían nacido en el momento de la muerte de dicha primera causante, pues da la sensación que no hay lejanía de fechas respecto a la muerte de uno u otro causante, aunque dada la imprecisión del supuesto de hecho en este punto, tampoco cabe asegurarlo completamente.

Pero es que hay una frase un tanto misteriosa en el párrafo último del apartado 5 del Fundamento tercero de la sentencia del Pleno, que parece seguir en este punto los dictados de la teoría clásica, aunque no lo quiera reconocer así, pues dice:

«Esta misma razón de inalterabilidad o subsistencia del ius delationis hace que cumplidos ya los requisitos de capacidad sucesoria por el heredero transmitente y, por tanto, la posibilidad de transmisión del ius delationis, la capacidad sucesoria de los herederos transmisarios en la herencia del causante deba ser apreciada cuando estos acepten la herencia del fallecido heredero transmitente».

¿Qué significa este párrafo para una sentencia que fija doctrina jurisprudencial partiendo de la sucesión directa de los transmisarios respecto al primer causante y como sucesión totalmente distinta la del transmitente?

Es evidente que la sentencia aplica *«los requisitos de capacidad sucesoria al heredero transmitente»*, pues solo así cabe la transmisión del *ius delationis*.

Pero deja con cierta confusión o con una frase alambicada que plantea interpretaciones, cuando dice que *«la capacidad sucesoria de los herederos transmisarios en la herencia del causante deba ser apreciada cuando estos acepten la herencia del fallecido heredero transmitente»*. La frase *«cuando estos acepten la herencia del fallecido heredero transmitente»* vuelve a plantear problemas, pues aquí no estamos ante la «capacidad para aceptar» sino ante la «capacidad para suceder» e incluso a la «capacidad por razón de la existencia», que nunca se valora respecto al momento de aceptar la herencia de que se trate, sino respecto al momento de la muerte del causante respectivo. Y en el propio párrafo la sentencia habla de la «capacidad sucesoria», que es distinta de la «capacidad para aceptar» y por tanto, se refiere o incluye también la cuestión de la «existencia» del heredero. Si lo que

quiere decir la sentencia del Pleno es que los transmisarios no tienen que tener la doble capacidad para suceder sino únicamente respecto al segundo causante o transmitente, bienvenida sea, pero entonces tampoco puede decirse que aplique la teoría de la «sucesión directa» en su totalidad, pues no la aplica respecto a este problema tan importante y decisivo como es el de capacidad para suceder al primer causante, pues parece que no se concilia bien la declaración de que los transmisarios suceden directamente al primer causante, y sin embargo, reconocer que no tienen por qué tener capacidad ni existencias en el momento de la muerte de su causante directo. Por otra parte, tampoco cuadra mucho reconocer en ese párrafo que existe la «posibilidad de transmisión del *ius delationis*».

La conclusión es que, en nuestra opinión, la sentencia del Pleno sigue la teoría de la adquisición directa respecto al problema de la partición que se plantea en el caso, distinguiendo las dos particiones, la de la herencia del primer causante, y la de la herencia del segundo causante, pero no sigue esa teoría respecto a la exigencia de doble capacidad sucesoria, pues en este punto, aunque no lo quiera, sigue los postulados de la teoría clásica, que es la que descarta toda discriminación entre transmisarios por razón de la fecha de su nacimiento.

V. LOS ACREEDORES DEL TRANSMITENTE

En un fenómeno sucesorio tan complejo como el producido por el derecho de transmisión, con tres elementos personales en juego, el primer causante, el segundo causante o transmitente y los herederos transmisarios, hay tres posibles clases de acreedores: los del primer causante, los del segundo causante y los de los herederos transmisarios.

Todos ellos deberían tener su derecho y su orden de preferencia para cobrar lo que les corresponde y para ejercitar los derechos que les concede la Ley y sin embargo, si se sigue la doctrina de la sentencia del Pleno, resultaría que en un escenario en el que los bienes de la herencia propiamente dicha del transmitente fueran insuficientes o inexistentes, los acreedores del primer causante podrían cobrar, conforme al principio de «antes es pagar que heredar»; los acreedores de los herederos transmisarios también podrían cobrar después de aquellos, sobre los bienes que sean ya propios de los herederos, una vez pagados los acreedores del primer causante. Pero quedarían fuera los acreedores particulares del transmitente, pues los bienes de la primera herencia pasarían directamente a los transmisarios sin pasar por la herencia del transmitente. Y lo más grave no es eso, pues si solo fuera así, podría decirse que son las reglas del Derecho de Sucesiones siguiendo una teoría previamente contrastada como más apropiada según cada punto de vista. Pero no se trata solo de eso, sino de que los herederos particulares del transmitente tienen un derecho reconocido por la ley que no se extingue con la muerte del transmitente, y es el derecho del artículo 1001 del Código Civil, en

virtud del cual puede ejercitar la «*interrogatio in iure*» frente a su deudor heredero para que manifieste si acepta o repudia la herencia a la que tiene derecho, después de pasados unos plazos puede pedirse al juez que le señale un plazo pasado el cual la herencia se entiende por aceptada. Pero el problema es que durante ese intervalo, el deudor transmitente fallezca sin aceptar ni repudiar y sin haber podido aplicarse la regla de que la herencia se entiende aceptada por su silencio, pues pasaría el derecho de aceptar o repudiar la herencia del primer causante a los suyos, y entonces los acreedores de ese deudor fallecido que tienen derecho a que se conteste a su pretensión, no puede decirseles que como el deudor ha fallecido se extingue su derecho, ni tampoco sería justo que se diera por terminado el plazo pendiente por el hecho de la muerte. No; el mismo derecho a contestar pasaría a los herederos del heredero que tendrían que decidir si aceptan o repudian la herencia del primer causante (que es la que era objeto de la pregunta de los acreedores del transmitente). Y si optan por aceptar, esos acreedores no van a recibir una contestación «en vacío» sino que tendrían derecho (salvado el preferente derecho de los acreedores del primer causante) a reclamar contra esos bienes del primer causante, que solo se explica si se parte de que los bienes pasan por la herencia del transmitente, respecto al que son acreedores, pues los embargarían como bienes de la primera herencia pero que pasan por la segunda en la que ellos son acreedores del deudor transmitente fallecido.

Y si los transmisarios optaran por repudiar la herencia del primer causante, es decir, ejercitar en forma negativa el *ius delationis*, lo harían ejercitando «el mismo derecho del transmitente», que es deudor de sus propios acreedores, por lo que estos conforme al artículo 1001 del Código Civil, en caso de repudiar a la herencia en perjuicio suyo, podrían pedir al juez que les autorizara para aceptarla en nombre de «aquel» dice el artículo 1001 del Código Civil; pero teniendo en cuenta que «aquel» es el que tiene el *ius delationis* derivado del transmitente, que es el único deudor que aparece en escena respecto a estos acreedores.

Por tanto, difícil papeleta se presenta para los acreedores particulares del transmitente respecto a los supuestos de los artículos 1004 y 1001 del Código Civil en relación con el artículo 1006 del mismo, si se parte de la teoría de la adquisición directa que sigue la sentencia del Pleno. Y ello no solo teniendo en cuenta las reglas de la equidad sino también las que resultan de los artículos 1004 y 1001 en relación con el derecho de transmisión del artículo 1006.

Por eso, civilistas tan relevantes como LACRUZ-SANCHO ya advirtieron que «*la atribución directa de la herencia del primer causante al transmisario priva a los acreedores del transmitente de un valor patrimonial —el caudal relicto de dicho primer causante— que ellos podían incorporar al caudal del transmitente aun repudiando esta la herencia en que se le instituyó (art. 1001 del Código Civil), pero que no van a poder disfrutar si la herencia es aceptada por el transmisario*»².

Pero no vemos cómo se puede conciliar la teoría de la sucesión directa que sigue la sentencia del Pleno con situación de los acreedores del transmitente,

aunque auguramos que si se plantea un problema de acreedores, al menos en su formulación más simple, para no complicar el supuesto, en que no haya herederos del primer causante, sino herederos del transmitente, va a ser difícil de entender que los acreedores del transmitente o segundo causante no cobren absolutamente nada de los bienes que reciben los herederos del transmitente de modo directo, dice la sentencia del Pleno, del primer causante, pues entonces los bienes pasarían como una exhalación y ni siquiera podría interpretarse que estarían un solo segundo en la herencia del transmitente. ¿Es justo este resultado al menos en el supuesto de que les hubiera sido imposible ejercitar la *interrogatio in iure* porque no hubieran conocido en momento oportuno ni la muerte del primer causante ni la del segundo causante?

Nos quedamos aquí en este supuesto y es de esperar, que se replantee este problema, pues hasta ahora no habría tal necesidad si, como decía la Sección 9.^a de la Audiencia Provincial de Alicante en el caso planteado, la tesis mayoritaria en la jurisprudencia menor, era la de la teoría clásica, que admite los derechos de los acreedores del transmitente sobre los bienes del primer causante.

VI. EL PROBLEMA DE LOS LEGITIMARIOS DEL TRANSMITENTE

Nuevamente traemos a colación aquí a los que el artículo 807 del Código Civil denomina «herederos forzosos», pero que según frase feliz «no es forzoso que sean herederos». Podemos aceptar que la legítima sea una cuarta clase de vocación, junto a la testada, la intestada y la contractual, la vocación «*forzosa*», como entendieron antiguos autores y más recientemente PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, frente a VALLET DE GOYTISOLO, en una conocida polémica entre ambos³. Pero en cambio, no podemos admitir que la legítima sea en cuanto a su contenido necesariamente una vocación o llamamiento de heredero, si el testador no la ha establecido como «*pars hereditatis*», pues tiene libertad para configurarla a través de cualquier título, como resulta del artículo 815 del Código Civil, siempre que no quede perjudicada la legítima en su contenido. Por tanto, el testador puede dejar la legítima a través de la sucesión a título particular bien sea como legado o con palabras comunes, dejando la legítima que corresponda pero sin necesidad de utilizar el llamamiento a título de heredero. En estos casos, los legitimarios no son herederos, ni puede considerarse la legítima como «*pars hereditatis*», sino que entra dentro del concepto de «*pars bonorum*» asimilable a un legado legal de parte alícuota (salvo en el caso de la legislación catalana), pues sus derechos se concretan en la parte que queda del activo hereditario después de pagar las deudas (art. 818 del Código Civil). Tienen «vocación forzosa» por determinación de la ley, pero no necesariamente a través del título de heredero. Pueden tener vocación testamentaria de heredero coincidente en cuanto al contenido con la vocación forzosa, pero también

pueden tener una vocación singular de legatarios que cumpla los requisitos de la propia vocación legal forzosa. En el caso de que su llamamiento sea el de legatarios, es evidente que no son herederos ni deben responder de las deudas y cargas de la herencia, y si no lo son, no pueden quedar comprendidos dentro de los «herederos suyos» del transmitente a que se refiere el artículo 1006 del Código Civil, salvo el caso ya citado de que a la vocación legal forzosa se una la vocación testamentaria expresa de llamamiento de heredero.

Pues bien, la doctrina jurisprudencial que fija esta sentencia basándose en la teoría de la adquisición directa, podría dejar fuera de juego a los legitimarios llamados a título particular por el transmitente o segundo causante, y no solo eso, sino que dejaría libres de esa importante limitación o carga a los herederos llamados por él, a pesar de que el llamamiento o *ius delationis* procedente del transmitente a sus herederos implica una limitación por razón de legítimas, no cabiendo por tanto, un llamamiento privilegiado «libre de legítimas». La consecuencia sería no solo que los legitimarios no recibirían absolutamente nada de los bienes procedentes del primer causante a pesar de que el «*ius delationis*» que les sirve de fundamento adquisitivo es un bien integrado en la herencia del transmitente (así lo dice expresamente la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo), sino además, que los herederos voluntarios nombrados por el transmitente, quedarían libres de la legítima respecto a los bienes que reciban de la herencia del primer causante, a pesar que su título derivado del *ius delationis*, está en la segunda herencia, es decir, a pesar de reconocer la propia sentencia del Pleno que el «*ius delationis*» está integrado en la segunda herencia.

Nada resulta tan falto de equidad y de lógica que la solución de excluir a los legitimarios de los bienes del primer causante, mientras los herederos puros y simples e incluso los extraños disfrutan con toda amplitud de dichos bienes, cosa que directamente no hace la presente sentencia del Pleno, a pesar de que fija una doctrina jurisprudencial que si se extiende sin las limitaciones que todo heredero tiene respecto a las legítimas, conduciría a ese resultado.

Todavía podría intentarse salvar de este resultado a los legitimarios. Una primera solución sería incluirlos siempre en la calificación de «herederos» partiendo del calificativo de «herederos forzosos» que emplea el artículo 807, cosa que no admite la doctrina ni la jurisprudencia mayoritaria. Y una segunda solución sería interpretar que el «*ius delationis*» que está integrado en la segunda herencia, según dice la presente sentencia, tiene un valor patrimonial o económico (en el caso de que se ejercite positivamente, que sería el equivalente al valor de los bienes a que se refiere), y aplicar la legítima a ese valor económico que, en definitiva, es el valor de los bienes que el transmisario heredero voluntario recibiría por su aceptación de la herencia del primer causante. Pero no todos los autores consideran que el «*ius delationis*» tenga un valor patrimonial o económico.

Pero obsérvese que desde el punto de vista de la teoría clásica que no sigue la presente sentencia del Pleno, no habría ningún problema en reconocer su

derecho a los legitimarios sin acudir a soluciones forzadas como las apuntadas y, por otra parte, la solución de extender el derecho de los legitimarios al valor del «*ius delationis*» tiene el inconveniente de que si no se configura como un derecho subjetivo, lo que parece excluir la sentencia a través de expresiones confusas o imprecisas que utiliza como las de «poder de configuración», «efecto transmisivo» o «legitimación» (salvo que lo del poder de configuración se corresponda con un derecho subjetivo potestativo de valor económico) o si se entiende que es un derecho subjetivo pero sin ese valor económico o patrimonial, los legitimarios no tendrían derecho a participar en el valor de los bienes procedentes de la primera herencia, y eso simplemente porque la «*autoridad máxima*» en materia de forma de designación de los llamados como «*herederos suyos*» corresponde al transmitente, conforme al artículo 1006 del Código Civil.

Solución que no es equitativa ni es lógica desde el punto de vista de la técnica jurídica, pues los legitimarios del transmitente, aunque no sean herederos en el caso concreto, tienen derecho a una porción de bienes, de la que no se pueden excluir los bienes que sustituyen y se ponen en el lugar del «*ius delationis*» integrado en la herencia del transmitente y que proceden del primer causante.

Por todo ello, la resolución DGRN de 23 de junio de 1986 admitió la posibilidad de que los legitimarios pudieran reclamar dentro de su derecho a la parte del activo líquido el valor económico del *ius delationis*.

Y en todo caso, si no se admite alguna de las vías que ofrece esa resolución, siempre podría decirse que los legitimarios no llamados como herederos conservan su vocación legal forzosa para no perder los derechos que les corresponderían como herederos, entre ellos el de participar en los bienes del primer causante. O incluso, considerar, por la vía del rebote o de la limitación a los herederos llamados, que si el transmitente los llama como herederos es con las limitaciones o cargas resultantes de la legítima que es una limitación legal, y por tanto, podrían acudir como herederos llamados a la herencia del primer causante, en la misma forma que resulta de su llamamiento por el transmitente, es decir, con las limitaciones y cargas derivadas de la legítima, que como vocación legal forzosa limita el llamamiento de los herederos transmisarios.

VII. LA SENTENCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE MAYO DE 1963 SOBRE LAS FACULTADES DEL CONTADOR PARTIDOR DEL SEGUNDO CAUSANTE RESPECTO A LA ADJUDICACIÓN DEL «*IUS DELATIONIS*» DE LA PRIMERA HERENCIA

Hay que reconocer que el problema de la partición de herencia plantea enormes dificultades doctrinales tanto para los autores que siguen la teoría de la adquisición directa como para los que seguían la teoría clásica de la doble

transmisión, y hasta podría decirse que, cuando unos y otros se enfrentaban con la partición de herencia, desaparecía toda posición dogmática entre ellos, y prácticamente intercambiaban en este ámbito concreto, sus respectivas posiciones doctrinales.

Así por ejemplo, el autor más significado dentro de la teoría clásica o de la doble transmisión, como era LACRUZ BERDEJO, no tenía ningún inconveniente en reconocer que la partición de herencia respecto a los bienes del primer causante, tenía que hacerse partiendo de cierta autonomía respecto a los bienes del segundo causante⁴. Y el autor más significado dentro de la teoría de la adquisición directa, como era ALBALADEJO, no tuvo tampoco ningún inconveniente para defender que, a pesar de la separación de las dos herencias, existían conexiones entre ellas a efectos de las respectivas particiones de herencia, hasta el punto de admitir compensación de valores entre las dos masas patrimoniales por razón del derecho de transmisión, especialmente en el supuesto de que se diera el caso de incapacidad de algunos transmisarios para suceder al primer causante, entendiéndose que en tal caso, deben producirse compensaciones con otros elementos de la herencia del transmitente, para equilibrar la parte de *ius delationis* que los transmisarios no pueden recibir, razonando que «en caso contrario, no podría suceder (el transmisario) en la porción de herencia del transmitente que este quiso si murió testado, o dispuso la Ley, si murió intestado»⁵.

Las posiciones excesivamente dogmáticas en esta materia de partición también pueden producir problemas en casos como el aquí planteado, en que el contador partidor judicial nombrado para la partición de la herencia del primer causante, con multiplicidad de herederos y de transmisarios, como reconocía la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, no había podido determinar si los transmisarios habían o no aceptado la herencia de su transmitente e incluso la del mismo primer causante.

También se podrían producir supuestos en que el lote de bienes del primer causante correspondiente a los herederos del transmitente fuese de cuantía no suficiente para atender a todos los transmisarios, que en este caso eran nada menos que seis, aunque no se sabe a cuánto ascenderían los bienes, pero que en otros casos podrían permitir que se dejaran en situación de comunidad hereditaria a la espera de la partición de la segunda herencia para las compensaciones que proponía ALBALADEJO, aun fuera del supuesto de incapacidad.

En fin, también podrían darse supuestos de identidad de los herederos del primer causante con los herederos del segundo causante, que es frecuente en la práctica, en que, aunque en las escrituras se mencionan los respectivos bienes de uno y otro causante, se opta por hacer una partición conjunta por la libre voluntad de los herederos mayores de edad. Tampoco puede descartarse el supuesto de que siendo distintos los herederos en una y otra herencia, al menos parcialmente, todos ellos estuvieran conformes en que se asignara en la primera herencia un lote global de bienes para los transmisarios en espera de que estos

los incluyeran a efectos de partición en la segunda herencia en la que está integrado el *ius delationis*.

Ciertamente, hay que reconocer que en el supuesto de hecho planteado, estamos ante un caso especial de contador partidor nombrado judicialmente porque precisamente uno de los transmisarios no estaba conforme con que se hiciera una adjudicación global para todos los transmisarios del lote de bienes correspondiente al derecho de transmisión en la herencia del primer causante, que era la que el contador partidor judicial tenía que partir y adjudicar los bienes.

En ese supuesto concreto, considero que puede estar justificado que el contador partidor judicial del primer causante, que tiene la obligación de hacer una partición completa incluyendo a todos los bienes y a todos los herederos, y sea cual fuere la teoría que se siga sobre el derecho de transmisión, habiendo oposición de uno de los transmisarios a que se haga un lote global, incluya de forma individualizada la cuota y los bienes concretos a adjudicar a cada transmisario en la herencia del primer causante.

Lo que ocurre es que la sentencia de la Sala Primera del Pleno que nos ocupa, ve precisamente en este supuesto la piedra de toque para fijar doctrina jurisprudencial diferenciando las dos sucesiones y los bienes de cada una de ellas, y para defender la teoría de la sucesión directa respecto al primer causante, excluyendo la teoría clásica del derecho de transmisión.

Pero no parece que habría inconveniente en un supuesto distinto del actual en el que, en lugar de tratarse de partición realizada por el contador partidor judicial del primer causante y con oposición de un transmisario, se tratase de un supuesto en que estuvieran de acuerdo todos los transmisarios para que el lote de bienes que les correspondiera en la primera herencia, se pasase a la segunda herencia, la de su transmitente, en la que está integrado el *ius delationis*, para hacer la partición conjuntamente con los restantes bienes de dicha segunda herencia.

Problema especial, eso sí, se plantea respecto al caso de la sentencia de la propia Sala Primera de 8 de mayo de 1963, en un supuesto en que no se planteaba la partición de la herencia del primer causante, sino únicamente de la segunda y existía un contador partidor nombrado por el segundo causante o transmitente, sin que hubiera distintos herederos en la primera y en la segunda herencia, y en cuya sentencia el Tribunal Supremo admitió que el contador partidor de la segunda herencia tenía facultades para adjudicar a uno de los transmisarios el *ius delationis* procedente de la primera herencia y al otro transmisario otros bienes de la segunda herencia.

La referida sentencia dice concretamente lo siguiente en sus Considerandos segundo, sexto y séptimo:

«Que la circunstancia de la partición de bienes de doña Francisca S. R. (que era la segunda causante o transmitente) realizada por el contador, se hayan incluidos los derechos que a ella correspondían en la herencia de su

madre y hermanos fallecidos (que eran los primeros causantes), y que se hayan adjudicado con determinada valoración a uno de sus herederos (es decir, a uno de los transmisarios, y por eso, la otra transmisaria demandó la nulidad de la partición) sin la previa partición que la recurrente cree indispensable, no contraviene lo preceptuado en el artículo 1057 invocado, ni constituye vicio que implique la nulidad de tal partición: Primero. Porque, si la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte —como el art. 659 previene— la partición de ella, si ha de ser completa, tendrá que contener también adjudicaciones de derechos transmisibles de los que figuraban en la herencia. Segundo, porque si la recurrente entendía que con la adjudicación de esos derechos sucesorios a su coheredero, se le causaban perjuicios superiores a la cuarta parte de la herencia, podría impetrar la rescisión de ella por lesión —art. 1074—, pero no su nulidad; y, tercero, porque si creía que en ello se habían omitido alguno o algunos objetivos o valores de la herencia, podría pedir que se completase o adicionase con ellas, como el artículo 1079 preceptúa».

«Que como motivo tercero de su recurso, doña Dolores R., amparándose también en el núm. 1.º del tantas veces referido artículo 1692 (se refiere al de la antigua LEC sobre el recurso de casación), atribuye a la sentencia recurrida, infracción por violación, al dejar de aplicarlos, de los artículos 1006, 659 y 1068 del Código Civil, porque al fallecer doña Francisca S. R. M., los derechos de esta en las herencias de su madre y hermanos fallecidos, se transmitieron a la recurrente, que pasó a ocupar el lugar de su causante —la doña Francisca— y tenía que intervenir como interesada en la partición de tales herencias, para determinar el alcance de los derechos que a ella le correspondían; de donde la recurrente infiere que al inventariarlos el contador, sin estar concretados y delimitados, la partición por él realizada, adolece de vicio de nulidad, porque infringe los preceptos referidos».

«Que como, pese a tales alegaciones no ha logrado acreditar que el contador, con esa actuación, hubiese omitido objetos y valores que debían integrar la herencia partible, ni que se hubiese reputado heredero a quien no lo fuera, ni tampoco que su exclusión en la partición de la herencia de doña Petronila e hijos hubiese sido realizada por los herederos con mala fe o dolo, no puede obtener ni el complemento de aquella partición, ni su nulidad, ni tampoco la rescisión por preterición de la practicada por don Nicolás S. R.».

No cabe duda de que la presente sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013, aun no ocupándose del mismo supuesto de hecho que la sentencia del propio Tribunal de 8 de mayo de 1963, pues se refiere al contador partidor de la primera herencia, y no al de la segunda como en el caso de esta última sentencia del Tribunal de 8 de mayo de 1963, llega a una solución en la que podrían entrar en colisión una y otra, aunque se refieran a contadores distintos.

Y si es así, cabe preguntar, si no hubiera sido adecuada la cita de esa sentencia para poner en cuestión los argumentos que utiliza la misma con las de la presente sentencia en cuanto a la naturaleza del «*ius delationis*» como bien o derecho integrante de la herencia del transmitente, pues en otro caso, queda la duda de que hubiera dicho el Pleno si se hubiera planteado el debate en relación con esa sentencia, que es la gran ausente del texto de la sentencia del Pleno.

VIII. LOS ARGUMENTOS DE LA SALA PRIMERA, PLENO, DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2013

La sentencia se estructura en tres Fundamentos de Derecho, después de los antecedentes de hecho que expone.

A) FUNDAMENTO DE DERECHO PRIMERO. EL PRIMER FUNDAMENTO TIENE DOS APARTADOS

a) En el apartado 1 no hay propiamente argumentación sino que se trata de un planteamiento general de la cuestión, pues dice:

*«El presente caso plantea como cuestión de fondo, de índole doctrinal y sustantiva, la fundamentación correcta de la situación producida en un procedimiento de división de la herencia en el que uno de los herederos, llamado a suceder, fallece antes de aceptar o repudiar la herencia, pasando a sus propios herederos el derecho que él tenía (art. 1006 del Código Civil). Esta cuestión ha sido ampliamente debatida por la Doctrina científica dando lugar a la existencia de dos corrientes doctrinales: la denominada «teoría clásica» o «de la doble transmisión», según la cual en la sucesión por derecho de transmisión existen dos movimientos o pasos de los bienes, un primero desde el primer causante a la masa hereditaria del heredero transmitente y otro segundo, desde la masa hereditaria del citado transmitente al heredero transmisario que acepta las dos herencias; y la «teoría moderna», de la adquisición directa o de la doble capacidad, según la cual los bienes pasan directamente del primer causante al heredero transmisario cuando este ejercita positivamente el denominado *ius delationis* (derecho a aceptar o repudiar la herencia)».*

Por tanto, aquí todavía no hay ningún razonamiento, sino un enfoque meramente de «índole doctrinal», pues se refiere a las dos corrientes doctrinales. Ahora bien, puestos a precisar las teorías, quizá sea más relevante para la teoría clásica, decir que los transmisarios no suceden directamente al primer causante sino que lo hacen «*por mediación del transmitente*», es decir, porque el transmitente les ha llamado a su herencia o porque, si son «*ab intestado*» han sido

llamados por la ley a su herencia, en la que desde luego se encuentra el «*ius delationis*», que al ejercitarse, se ejercita por los transmisarios «el mismo derecho» que tenía el transmitente, y no otro distinto y propio de los transmisarios como si solo fueran herederos del primer causante.

Y por lo que se refiere a la teoría de la adquisición directa o de la doble capacidad, más que «teoría moderna», pues parece como si la «modernidad» tuviera un plus de ventaja sobre lo clásico, no puede desconocerse que lo que se defiende según esa teoría es que en realidad hay una doble transmisión: por una parte, la transmisión o sucesión en el *ius delationis* en el que el causante es el segundo a favor de sus herederos; y la transmisión o sucesión en los bienes del primer causante, en que ciertamente heredan de modo directo los transmisarios. Pero en todo caso, eso determina según la teoría de la adquisición directa o de «la doble capacidad», como así se denomina y la denomina también así la propia sentencia, que los transmisarios deben tener una doble capacidad o requisito de existencia: por una parte, capacidad de suceder a su transmitente; pero además, capacidad de suceder y existencia en el momento en que muera el primer causante.

Si no se exponen de modo completo aunque breve, ambas teorías, el planteamiento queda algo evanescente, sobre todo teniendo en cuenta que la «doble capacidad» es la gran cruz de la teoría de la adquisición directa, que al parecer no sigue la presente sentencia del Pleno de 11 de septiembre de 2013, pero que no explicita esta excepción a la teoría de la sucesión directa en el lugar decisivo que es el fallo, aunque parece desprenderse de que no admite la doble capacidad en uno de sus Fundamentos, según luego se ha indicado y después se insistirá en ello.

Quizá más que una cuestión de índole doctrinal, tratándose de un caso muy concreto, sería oportuno huir del excesivo dogmatismo y limitarse a resolver el caso planteado en la forma que se estimase más adecuada, pero fijar doctrina en un tema tan abierto y que da lugar a tantos cabos sueltos, sin haberse planteado todos ellos, parece que también debe tomarse en consideración a la hora de calificar la cuestión planteada, que no solo es dogmática o doctrinal, sino relativa a un supuesto de partición por contador partidor judicial con oposición de uno de los transmisarios, que no agota todos los supuestos de hecho que pueden darse en relación con el derecho de transmisión, tal como hemos venido señalando en los epígrafes anteriores.

b) En el apartado 2 del citado FUNDAMENTO DE DERECHO PRIMERO, a lo largo de varios párrafos, no aparece ningún Fundamento de Derecho, sino la exposición de los ANTECEDENTES DE HECHO que completan a lo que en la propia sentencia figura como tales ANTECEDENTES, que es una de las causas de que se produzca cierta complejidad o dificultad en la exposición de los hechos.

B) FUNDAMENTO DE DERECHO SEGUNDO. BAJO LA DENOMINACIÓN «NATURALEZA Y ALCANCE DEL DERECHO DE TRANSMISIÓN (*IUS TRANSMISSIONIS*) ARTÍCULO 1006 DEL CÓDIGO CIVIL. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL APLICABLE» SE ENCUENTRA EL FUNDAMENTO DE DERECHO SEGUNDO EN EL QUE APARECEN VARIOS APARTADOS

a) En el apartado 1, bajo la apariencia de que se trata de una mera exposición de hechos, en realidad, ese debería haber sido el fundamental argumento de la sentencia, sin entrar en otras disquisiciones que están fuera de lugar. Si se hubiera desarrollado este primer apartado, se hubiera resuelto el problema sin otros aditamentos y sin fijación de doctrina jurisprudencial, que es la que motiva la existencia de tantos cabos sueltos a efectos de supuestos futuros.

Efectivamente, en ese apartado 1, la sentencia dice:

«Frente a la anterior resolución (la de la Audiencia, que había aceptado un cuaderno particional sin individualizar las cuotas y bienes adjudicados a los transmisarios) el impugnante y apelante, don Carmelo, al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC, formaliza recurso de casación que articula en un único motivo. Se denuncia la infracción de los artículos 1068 y 1006 del Código Civil, y alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que establece que la partición de la herencia sustituye la cuota que cada heredero tiene en la comunidad hereditaria, por la titularidad exclusiva de los bienes o derechos que se le adjudican (SSTS de 28 de junio de 2001 y 21 de julio de 1986). En resumen, considera el recurrente que los bienes pasan directamente del primer causante al transmisario cuando estos ejercitan positivamente el «ius delationis». En el presente caso, el motivo debe ser estimado».

Lo que considero más relevante es la expresión «en el presente caso», es decir, en un caso en que lo que se plantea es únicamente la partición de la herencia del primer causante por un contador judicial en la que existen una serie de herederos y unos transmisarios, oponiéndose uno de los transmisarios a la adjudicación en forma global para todos los transmisarios del lote de bienes que correspondía al transmitente.

Así quedarían salvados otros casos que aquí han sido objeto de comentario y que pueden plantear problemas.

Por otro lado, si se compara el «motivo del recurso de casación» que es la infracción de los artículos 1068 y 1006», que estima la presente sentencia, con la fundamentación que para otro caso, el de la STS de 8 de mayo de 1963, da esta con referencia no solo a los artículos 1068 y 1006 sino también al artículo 659 del Código Civil, del que resulta que el «*ius delationis*» es un bien o derecho integrado en la segunda herencia, y que eso le permitió resolver un caso de partición de contador partidor nombrado por el segundo causante en el que

el mismo adjudicó ese *ius delationis* procedente de la primera herencia como bien de la segunda herencia, quizá hubiera dado lugar a una mayor alternatividad o matización de supuestos, antes que optar por una fijación de doctrina jurisprudencial por medio de una sola sentencia, es decir, por el Pleno, cuando existía esa otra sentencia que se planteaba la cuestión de distinta manera para otro supuesto distinto.

Y por otro lado, si se estima el motivo en el sentido de que «los bienes pasan directamente del primer causante al transmisario cuando estos ejercitan positivamente el *ius delationis*», con lo que se opta por la teoría de la adquisición directa, quizá hubiera sido el momento más adecuado para añadir que se estima en ese punto, pero sin que ello signifique que se admite la teoría de la adquisición directa en cuanto a la exigencia de la doble capacidad. Es lo que resulta del párrafo tercero del apartado 5 de este Fundamento de Derecho segundo, pero expuesto en forma algo confuso y sin reflejo alguno en el Fallo en el momento de exponer la fijación de la doctrina jurisprudencial, por lo que puede inducir a confusión sobre ese punto.

b) El apartado 2 del citado Fundamento de Derecho segundo, lejos de ser un argumento en favor de la teoría de sucesión o adquisición directa que defiende la sentencia, se trata en realidad de la cuestión previa relativa al derecho de transmisión, y concretamente, la procedencia de la transmisión del derecho de aceptar o repudiar la herencia, frente al rigorismo de la tradición romanística, que no admitía la transmisión de la cualidad de heredero. Pero, evidentemente, aquí no hay ningún argumento, pues se trata de una cuestión de la que parten tanto la teoría de la doble transmisión como de la adquisición directa, pues ambas parten de la existencia del derecho de transmisión, como no podía ser de otra manera. En cuanto a la «*aplicación ex lege de un efecto transmisivo en la adquisición de la herencia por el que el derecho a aceptar o repudiar la herencia que tenía el heredero transmitente, que fallece sin ejercitarlo, pasa a sus propios herederos, denominados en este proceso como herederos transmisarios*», puede aceptarse en el sentido de que el derecho de transmisión viene atribuido por la Ley en el artículo 1006, a diferencia de la tradición romanística (aunque hay diferentes fases en esa tradición que habría que distinguir), pero esa «*aplicación ex lege*» viene complementada por la vocación y delación resultante de la herencia del propio transmitente, pues es el propio transmitente el que llama por testamento a los suyos o bien es la ley de la sucesión intestada la que los llama, por lo que esa asignación «*ex lege*» derivada del artículo 1006 hay que interpretarla en el sentido de que la propia ley parte de la designación testamentaria o abintestato de los llamados a la herencia del transmitente. O sea, que la «*aplicación ex lege*» viene complementada por esa otra «*designación*» procedente del transmitente, que no se puede minimizar, pues precisamente es «*por mediación*» del transmitente, al menos en cuanto los transmisarios son «*los*

suyos» y además, deben aceptar previamente la herencia del transmitente. En todo caso, según queda dicho, el apartado 2 tiene la consideración de elemento «introdutorio» y no de argumento propiamente dicho.

c) En cuanto al apartado 3, parece pretender que el caso ahora planteado tiene una especie de paralelismo con el de dos sentencias que cita, las de 30 de octubre de 2012 y 20 de julio de 2012. Pero nada tienen que ver dichas sentencias con el caso ahora planteado, sencillamente porque ninguna de ellas se refiere al derecho de transmisión, que es un supuesto muy peculiar en que está en juego la sucesión en el *ius delationis*, cosa que nada tiene que ver ni con un supuesto de fideicomiso de residuo (supuesto de la sentencia de 30 de octubre de 2012) ni con un supuesto de una renuncia traslativa (supuesto de la sentencia de 20 de julio de 2012).

La integración del fideicomiso de residuo «en la estructura y unidad del fenómeno sucesorio en el que venga previsto como una proyección de la centralidad y generalidad que presenta la institución de heredero, de suerte que el fideicomisario trae directamente causa adquisitiva del fideicomitente o testador, ya que el fiduciario, a estos efectos, no fracciona la unidad del fenómeno sucesorio sin transmitir derecho sucesorio alguno que no estuviese ya en la esfera hereditaria del heredero fideicomisario», no dice absolutamente nada respecto al supuesto de derecho de transmisión que es una institución totalmente distinta al fideicomiso y más bien, la cita de tal supuesto para compararlo con el derecho de transmisión, lo que implicaría sería una enorme confusión con el fideicomiso de residuo, pues precisamente la diferencia con el derecho de transmisión es que nadie pone en duda de que el fideicomisario sucede directamente al fideicomitente que es el único que le ha llamado, y desde luego el fiduciario no se parece nada al transmitente, pues tiene sus propios herederos distintos del fideicomisario, que ni de lejos tiene ningún parecido con el supuesto de derecho de transmisión. Es más, en el caso planteado en dicha sentencia, que no deja de tener interés a otros efectos totalmente distintos, el pleito se planteó entre los herederos del fiduciario y los fideicomisarios, porque el fiduciario que tenía concedida la facultad de vender bienes, había vendido uno de ellos, y lo que se discutía es si se podía aplicar la subrogación real al precio obtenido por el fiduciario en la venta para que pasase a los fideicomisarios en lugar de a los herederos del fiduciario. Cuestión de envergadura que nada tiene que ver con el derecho de transmisión, ni con el carácter de los transmisarios como herederos también del transmitente, y en la que la sentencia optó por aplicar la subrogación real y conceder el dinero obtenido por la venta a los fideicomisarios. Precisamente la subrogación real ha sido uno de los argumentos, entre otros muchos, que la teoría clásica del derecho de transmisión ha utilizado para considerar que los bienes del primer causante sustituyen por subrogación real al *ius delationis* existente en la herencia del transmitente. Pero fuera de esta matización, lo que

es evidente es que nada tiene que ver ni se pueden comparar los supuestos de fideicomiso de residuo con el derecho de transmisión si no es para establecer precisamente las diferencias entre los mismos.

En cuanto a la otra sentencia que cita la presente en el mismo apartado 2 de ese mismo Fundamento Tercero, que es la de 20 de julio de 2012, sobre «*la equivalencia del fenómeno sucesorio y esencialidad del ius delationis*», no es posible tampoco descubrir nada que pueda ser comparable al presente supuesto de derecho de transmisión, pues el supuesto de hecho de esa sentencia es el de una renuncia traslativa por parte del cónyuge viudo al que se había legado el tercio de libre disposición y que, evidentemente, implica una aceptación *ex lege* de la herencia, conforme al artículo 1000.1 del Código Civil. Pero lo que no se acierta a comprender bien es la frase de la propia sentencias en que se dice no solo que la renuncia traslativa comporta una implícita aceptación *ex lege* de la herencia», sino la siguiente: «*y por tanto, del ius delationis*», pues este no se acepta sino que se ejercita, como dice a continuación, al aludir a «*que no se transmite al haberse ya ejercitado, de forma que dicha aceptación de la herencia es la que causaliza al inmediato negocio de atribución que se realice*». Pero esto solo significa que cuando el heredero realiza la renuncia traslativa implica que ha aceptado y por tanto, ya ha ejercitado el *ius delationis*. Y esto demuestra, además, que nada tiene que ver con el derecho de transmisión del *ius delationis* en el que ocurre precisamente lo contrario, y por tanto, no se ve qué argumento se puede obtener de esta comparación de supuestos totalmente distintos y hasta contrarios. Ello aparte de que el supuesto de esa sentencia no es el de renuncia traslativa por parte de un heredero, sino por parte de un legatario, como la propia sentencia reconoce que era el cónyuge, en el que, y esto es interesante, el legatario también puede aceptar con una renuncia traslativa del legado, que implica evidentemente la renuncia a renunciarlo, pero que es intrascendente para el presente caso.

Por cierto que en dicha sentencia, se planteó también otro problema y era el de si los legitimarios debían ser considerados «*pars hereditatis*» o «*pars bonorum*» y siendo una cuestión también «doctrinal y sustantiva» en la que debate interminablemente la doctrina, como demuestra la polémica entre dos grandes civilistas como son PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS y VALLET DE GOYTISOLO, el Tribunal Supremo en el caso de esa sentencia prefiere no resolver esa cuestión por entender que puede resolverse de otro modo, sin necesidad de entrar en ese discutible problema. Parece que las discusiones doctrinales sobre el derecho de transmisión nada tienen que envidiar a las que se plantean sobre la naturaleza de la legítima. Pero es acertada aquella sentencia en la que no se entra en lo que no es necesario entrar para resolver una concreta cuestión de un caso muy especial.

d) En el apartado 4 de dicho FUNDAMENTO DE DERECHO TERCERO, la sentencia del Pleno hace un ensayo de argumento histórico respecto a los

antecedentes del artículo 1006 del Código Civil, pero, en mi opinión, no es posible concluir por razón de los antecedentes que cita, ningún resultado positivo para la tesis de la adquisición directa, sino más bien a favor de la teoría clásica, que la propia sentencia excluye.

La sentencia cita tres precedentes, uno más lejano, el artículo 2365 del Proyecto de Código Civil de 1836, *«que ya establecía que el ius delationis podían ejercitarlo los herederos «en su propio nombre»*. Y los otros dos, los más próximos, por un lado el artículo 836.1 del Proyecto de 1851, que recalcaba que por la muerte del heredero sin aceptar o repudiar la herencia, *«se transmitía a los suyos el mismo derecho que él tenía»*; y por otro lado, el artículo 1018 del Anteproyecto de 1882, respecto al cual dice que *«dicha expresión fue mantenida en el mismo»*.

Respecto al antecedente que representa el artículo 2365 del Proyecto de Código Civil de 1836 podría constituir un argumento en favor de la teoría de la adquisición directa si no fuera porque resulta corregido por los dos siguientes Proyectos, que son antecedentes más próximos, ya que tanto el Proyecto de 1851 como el Anteproyecto de 1882 sustituyen la expresión «en su propio nombre» por la de «se transmitirá a los suyos el mismo derecho que él tenía (el transmitente)». Por tanto, si los herederos del transmitente ejercitan «el mismo derecho que él tenía», es el «derecho del transmitente» y no uno nuevo o distinto propio de los transmisarios. Por eso, probablemente se suprimió la referencia a su «propio nombre» (el de los transmisarios).

Pero es que, además, la referencia a que «tendrán el derecho de hacerlo en su propio nombre», quiere decir que no resulta obligado para ellos entender que pasa la herencia del primer causante a ellos de modo automático, sino que «por sí mismos» pueden decidir si aceptan o repudian la herencia del transmitente. Ello aparte de que la expresión «en su propio nombre» en materia de Derecho de Sucesiones, siempre hace referencia a la distinción con el derecho de representación, en el sentido, en este caso, de que no se trata del mismo derecho de sucesión en nombre del representado sino por derecho de transmisión como un derecho distinto, es decir, no por razón de parentesco, sino por razón de ser herederos del transmitente. Pero además, en una época en que por primera vez se plantea en un texto legislativo en proyecto, el derecho de transmisión en toda su amplitud, el significado de la expresión «en su propio nombre» no significa nada relativo a una sucesión directa al primer causante, sino que ya no podía considerarse que el derecho del transmitente fuese una cualidad personal exclusiva del mismo, que se extinguiera por su muerte, sino una cualidad o derecho que se podía transmitir por causa de muerte en la cabeza del heredero o herederos llamados a la herencia del propio transmitente. Es decir, no se trata de un derecho que solo tenga como personalísimo el transmitente, sino que lo tienen también sus herederos como si fuera suyo y por eso lo pueden hacer en su propio nombre, porque el transmitente ha fallecido y ya no puede actuar, pero

se salva el problema, diciendo que los herederos lo pueden hacer en su propio nombre porque no es una cualidad personalísima del transmitente.

Pero en todo caso, la posterior dicción de los artículos 836.1 del Proyecto de 1851 y del artículo 1018 del Anteproyecto de 1882, en una época de mayor elaboración y que es la que pasa al artículo 1006 del Código Civil, revela con toda claridad que lo que se adquieren los transmisarios no es un derecho propio sino que «se transmitía a los suyos *el mismo derecho que él tenía*», es decir, el mismo *ius delationis* que tenía el transmitente y no uno propio de los transmisarios, porque lo importante, en esta última línea histórica que lleva al artículo 1006 del vigente Código Civil, es que el derecho de aceptar o repudiar la herencia no es personalísimo del transmitente ni se extingue por su muerte, sino que se transmite, pasa y subsiste en y para los herederos del transmitente. Por eso, es un derecho que pasa a los suyos y por eso pueden actuar en su propio nombre, en el sentido de que son libres de aceptar o repudiar la herencia del primer causante una vez que hayan aceptado la del transmitente, porque no es una cualidad personal exclusiva del propio transmitente.

Parece que se olvida que lo más importante del artículo 1006 del Código Civil y de los textos que le sirven de precedente es por un lado, que lo que se excluye es que el *ius delationis* sea una cualidad personalísima del transmitente, y por otro lado, que el derecho corresponde a los «suyos», es decir, a los herederos del transmitente, y estos «herederos» lo son bajo las modalidades, cuantías y condiciones que haya establecido el transmitente, pues los «suyos» son los herederos que él ha nombrado en su testamento, y en defecto de testamento, por la ley, también con las limitaciones resultantes de la propia ley.

Si se tienen en cuenta estas consideraciones que resultan del propio artículo 1006 y de todos sus precedentes, el resultado es que, aunque se entendiera que los herederos del transmitente suceden al primer causante, lo hacen en su consideración de «herederos» del transmitente, pero «suyos del transmitente» y no del primer causante, porque heredan «por mediación del transmitente, aunque en definitiva sea porque así lo ha querido la ley.

e) En el apartado 5 del Fundamento tercero la sentencia más que una nueva argumentación lo que pretende es la conclusión fijando la doctrina jurisprudencial sobre la adquisición directa de los transmisarios respecto al primer causante, pues dice: «*Del contexto interpretativo realizado debe concluirse, como fijación de la Doctrina jurisprudencial aplicable a la cuestión debatida...*» (y aquí se incluye lo que luego literalmente pasa al FALLO, que ha sido ya objeto de transcripción anteriormente). Por tanto, es una explicación de cómo entiende la sentencia del Pleno, pero deduciéndolo de un contexto interpretativo que deduce de lo dicho anteriormente, y en los apartados anteriores no parece que se pueda sentar una conclusión resultante de argumentos definitivos o convincentes.

En ese apartado 5 del Fundamento tercero dice la sentencia que *«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»*. Pero esto no es objeto de discusión, pues precisamente las dos teorías parten de que hay una *«sucesión en el ius delationis»* porque se transmite por el transmitente a los transmisarios. La delación hereditaria no se fracciona. Simplemente, el primer causante determina en su testamento una vocación a favor del transmitente con una delación que implica un ofrecimiento de su herencia a su propio heredero, pero como este falleció sin aceptar ni renunciar a ese ofrecimiento, transmite a los suyos el mismo derecho que él tenía. No hay fraccionamiento de la delación ni una nueva delación, sino la misma, ejercitada por distintas personas, eso sí. Pero esto no lo discuten ni la teoría clásica ni la moderna, sino que es moneda común a ambas.

Seguidamente, en ese mismo apartado 5 del Fundamento tercero la sentencia obtiene otra conclusión: *«No hay, por tanto, una doble transmisión sucesoria o sucesión propiamente dicha en el ius delationis»*. Ahora bien, más bien resulta lo contrario, que en todo caso hay una doble transmisión sucesoria y esto lo defienden tanto la teoría clásica como la moderna, ya que incluso en la teoría de la adquisición directa, se parte de que hay dos tipos de transmisión: la transmisión de los bienes del primer causante a los transmisarios y la transmisión del *ius delationis* integrado en la herencia del segundo causante a los herederos del heredero. Y en todo caso, del artículo 1006 del Código Civil y de sus inmediatos precedentes, resulta que existe *«una sucesión propiamente dicha en el ius delationis»*, pues en otro caso, no se explica la transmisión o paso del mismo derecho que tenía el transmitente a favor de los transmisarios, ni se explica que el artículo 1006 residencia en los herederos «suyos» del transmitente, el mismo derecho que tenía el transmitente. Si el derecho «pasa» a los herederos, no hay otra posibilidad por causa de fallecimiento, que la de entender que hay una sucesión en el *«ius delationis»*, y ello porque este no se extingue por la muerte.

A continuación, la sentencia añade a lo de que no hay sucesión, lo siguiente: *«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»*. Pero con este circunloquio no queda suficientemente explicado lo que es la posibilidad de que los transmisarios ostenten el mismo derecho que tenía el transmitente, de aceptar o repudiar la herencia del primer causante. Así, en cuanto al *«efecto transmisivo»* tiene que tener una causa, y aunque se configure como atribución *«ex lege»*, no puede desconocerse que *«la ley»* se basa en la *designación testamentaria o abintestato resultante de las normas sucesorias del transmitente*, y por tanto, se trata de un *«efecto transmisivo»* derivado de la herencia testada o intestada del transmitente, porque así lo ha querido el transmitente, o porque la

ley lo establece si falleció intestado. En cuanto a que es un 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», se trata de una explicación bastante confusa del «*ius delationis*», que en definitiva no se sabe si es un verdadero derecho o un poder de configuración jurídica o si es una simple legitimación para aceptar o repudiar la herencia. La referencia a un «derecho o poder de configuración jurídica», parecería que se quiere hacer referencia al *ius delationis* como «derecho potestativo», pues en el ámbito doctrinal también se denominan «poderes de configuración jurídica». Si esto fuera así, esta figura jurídica, tan discutida por la doctrina (especialmente por DE CASTRO y sus seguidores), no tendría nada de criticable aplicada al «*ius delationis*», pero es a condición de que estemos ante un «derecho subjetivo» y no ante una mera «legitimación», pues el derecho potestativo, a pesar de sus especiales características, es también un derecho subjetivo, pues se trata de un poder concreto, aunque pueda ejercitarse en forma alternativa. La referencia a la «legitimación» no es suficiente, pues el «*ius delationis*» antes que «legitimación», tiene que ser derecho subjetivo, que es precisamente el que permite considerar que incluye una legitimación resultante de ese derecho subjetivo. La legitimación es un efecto y el derecho potestativo la causa. La sentencia identifica seguidamente el citado «efecto transmisivo» con un «presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia que *ex lege* ostentan los herederos transmisarios». La citada expresión «presupuesto necesario» es también muy imprecisa y puede producir confusiónismo o falta de claridad respecto a la naturaleza del «*ius delationis*» como «derecho», pues no es un simple presupuesto, sino un derecho subjetivo como lo demuestra que está integrado en la herencia del transmitente y lo reconoce la propia sentencia a continuación, tal como, además, resulta del artículo 659 del Código Civil, al incluir dentro de la herencia todos los bienes, derechos y acciones que no se extinguen por la muerte, y el *ius delationis* no se extingue por la muerte sino que pasa a los propios herederos del transmitente, pero como derecho subjetivo que se puede ejercitar en un sentido positivo o negativo, no como simple presupuesto. Y la aludida referencia a esa legitimación es un término que por sí solo no delimita la naturaleza del *ius delationis*, pues se tiene legitimación si se tiene el derecho y no a la inversa, por lo que la legitimación no excluye la naturaleza del *ius delationis* como verdadero derecho, ni tampoco la sucesión en el mismo. La legitimación no se hereda por sí misma, sino que deriva del derecho que se hereda o en el que se sucede. El artículo 1006 del Código Civil es bien claro al conceptuar el *ius delationis* como «derecho». Y el artículo 659 del Código Civil incluye entre los bienes de la herencia los derechos que no se extinguen por la muerte, entre los cuales está el derecho de aceptar o repudiar otra herencia conforme al artículo 1006 del Código Civil. Por dos veces, la terminología del Código Civil es bien concluyente: el *ius delationis* es

un «derecho» y un «derecho en el que se sucede al transmitente». Y sabemos que «*ius*» es «derecho».

Por lo que se refiere a la última parte del párrafo que se comenta, la sentencia reconoce, después de todos esos rodeos, que «*el ius delationis está integrado en la herencia del transmitente*», lo que implica su reconocimiento como derecho subjetivo que forma parte de la herencia del transmitente, y no un simple efecto transmisivo, ni un presupuesto, ni una legitimación, sino un verdadero derecho, del que luego surgen todas esas consecuencias, pero que en ningún caso pueden borrar el origen o base del «*ius delationis*» como derecho procedente e integrado en la herencia del transmitente, que es lo que da mayor fundamento a la teoría clásica, pues precisamente ese derecho integrado en la herencia del transmitente, no es muy conforme con esa adquisición directa de la herencia del primer causante, desconociendo la «mediación» del transmitente, que es el que nombra a sus herederos o los nombra la propia ley en su defecto. El primer causante no llamó a los transmisarios ni les concedió ninguna vocación en su herencia y si acceden a ella es porque el transmitente los llamó como herederos o la propia ley en defecto de testamento.

A continuación, en el párrafo segundo del citado apartado 5 la sentencia dice:

«La inalterabilidad del ius delationis, junto con la debida diferenciación de los procesos sucesorios en liza, determina, a su vez, que los derechos hereditarios de los herederos transmisarios se ejerciten plenamente conforme a la sucesión del causante de la herencia, ya testamentariamente o bien de forma intestada, quedando comprendidas en dicha ejecución sucesoria la concreción e individualización propia de las operaciones particionales cuando estas tengan lugar; sin que dicha ejecución venga condicionada por las disposiciones que deban seguirse respecto de la sucesión o partición de la herencia del heredero transmitente».

Nada que objetar a esas dos distintas formas de vocación o sucesión, testamentaria o abintestato, resultantes de la herencia del primer causante, pero si se parte de la vocación, como hace la sentencia en ese párrafo, tendría que reconocer algo que la teoría clásica venía resaltando y es que el único que tiene «vocación» derivada del primer causante es el transmitente, pues es el único que ha sido «*llamado testamentariamente*» por el primer causante, que no ha llamado como herederos a los transmisarios, por lo que su delación es por mediación del llamado y no como derecho directo. Y en cuanto al supuesto de que el primer causante hubiera muerto abintestato, que no es este el supuesto de hecho planteado en este caso, entonces el llamado como pariente abintestato es el transmitente y no los transmisarios.

Cuestión distinta es la de la partición de herencia del primer causante en que ya se ha indicado anteriormente que si lo que se plantea es la partición de la herencia

del primer causante y no hay voluntad de los transmisarios de que queden sin adjudicar los bienes individualizados que les corresponden en esa primera herencia, resulta adecuado lo que dice la presente sentencia, pero que no debería prejuzgar si se sigue la teoría clásica (por mediación del transmitente) o la de la sucesión directa.

Obsérvese lo que dice un texto legal vigente como es el párrafo penúltimo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria:

«Cuando en una partición de herencia verificada después del fallecimiento de algún heredero, se adjudiquen a los que lo fuesen de este los bienes que a aquel correspondía, deberá practicarse la inscripción a favor de los adjudicatarios, pero haciéndose constar en ella las transmisiones realizadas».

Este precepto revela que pueden hacerse adjudicaciones individualizadas de bienes a los transmisarios procedentes de la herencia del primer causante, y que se puede practicar la inscripción de los bienes a nombre de los mismos, sin previa inscripción a nombre del transmitente que falleció, pero con una importante salvedad que es la que señala el precepto: «pero haciéndose constar en ella (en la inscripción) las transmisiones realizadas».

En el párrafo tercero del apartado 5 del Fundamento tercero la sentencia hace una declaración un tanto misteriosa pero muy importante, que debería haberse incluido también en el Fallo, pues en otro caso puede inducir a confusión respecto a la teoría de la doble capacidad.

En dicho párrafo tercero establece: *«Esta misma inalterabilidad o subsistencia del ius delationis hace que cumplidos ya los requisitos de capacidad sucesoria por el heredero transmitente y, por tanto, la posibilidad de transmisión del ius delationis, la capacidad sucesoria de los herederos transmisarios en la herencia del causante deba ser apreciada cuando estos acepten la herencia del fallecido heredero transmitente».*

A pesar de una cierta dificultad en la comprensión de lo que la sentencia quiere decir con esta frase, entendemos que lo que pretende es excluir la teoría de la doble capacidad, expresando que la capacidad sucesoria respecto al primer causante la tiene solo el transmitente, y en cambio, la capacidad sucesoria de los transmisarios debe valorarse no respecto al primer causante sino respecto al transmitente.

Esto es lo que hemos deducido en el análisis de ese párrafo al tratar de la posible discriminación de los transmisarios por razón de la fecha de nacimiento si se sigue la teoría de la doble capacidad. Pero si la sentencia lo que pretende en este párrafo efectivamente es excluir la teoría de la doble capacidad, hubiera quedado más completa la doctrina jurisprudencial fijada en el fallo, añadiendo que, aunque los transmisarios «adquieran directamente del primer causante», *la capacidad sucesoria y existencia de los mismos la han de tener respecto al transmisario y no respecto al primer causante.*

Para un análisis más amplio de esta cuestión, nos remitimos al epígrafe IV de este estudio sobre el problema de la discriminación de los transmisarios si se les exigiera la doble capacidad que exigen algunos autores de la teoría moderna de la adquisición directa.

f) En el apartado 6 del mismo Fundamento tercero, la sentencia comienza apuntando un tema distinto de los que hasta ahora han sido objeto de análisis, y es que el primer causante hubiera podido en su testamento excluir el derecho de transmisión y no lo ha hecho. Nada que objetar a esta posibilidad, porque está admitida por toda la doctrina, tanto la clásica como la moderna, que el primer causante puede excluir el derecho de transmisión, razón por la cual la llamada atribución «*ex lege*» del *ius delationis* en este caso no es lo suficientemente precisa o completa, pues no cuadra con la voluntad del primer causante, que lógicamente si puede decidir quién sea su heredero, habrá podido nombrar como tal al transmitente o no y habrá podido excluir para su herencia el supuesto del artículo 1006 del Código Civil.

Seguidamente la sentencia añade que no hay constancia «*de repudiación alguna por parte de los beneficiarios*». Con esto parece querer contestar a la objeción que puso el Juez de Primera Instancia en su sentencia para admitir de momento una adjudicación del lote correspondiente a los transmisarios como herederos del transmitente en forma global, partiendo, como ya vimos y recoge la sentencia en el apartado 2 del Fundamento primero, que «*no cabe realizar una individualización concreta de la parte que le corresponde a cada uno de los herederos del Sr. Julio, toda vez que no se conoce quienes son los herederos del mismo; quienes sean sus herederos tendrán que aceptar primero su herencia, adquiriendo la condición de herederos de este y, consecuentemente se posicionarán en los derechos y obligaciones del Sr. Julio, convirtiéndose en herederos de la primera causante*».

Entendemos que tiene perfecta lógica esta observación del juez de Primera Instancia. Pero claro está que para llegar a la teoría de que el contador partidario judicial de la primera herencia tenía obligatoriamente que individualizar la cuota y bienes de los transmisarios, la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo no tenía más remedio que encontrar alguna razón que desvirtuase esa observación del juez de Primera Instancia, y la trata de encontrar diciendo que no hay «*constancia de repudiación alguna por parte de los beneficiarios*». Pero en principio, no es suficiente que no haya constancia de repudiación, sino que el requisito para que opere el derecho de transmisión es que los transmisarios ACEPTEN previamente la herencia del transmitente, que es en la que está integrado el «*ius delationis*», no bastando que NO LA REPUDIEN. Lo dice claramente el inciso primero del apartado 2 del artículo 461-13 del Código Civil de Cataluña: «Los herederos del llamado que haya muerto sin haber aceptado ni repudiado la herencia la pueden aceptar o repudiar, pero solo

si previamente o en el mismo acto aceptan la herencia de su causante...». Este requisito es también aplicable al derecho de transmisión del artículo 1006 del Código Civil, pues se desprende del texto del propio precepto.

Ahora bien, es cierto que un sector de la doctrina, aun partiendo de la exigencia de que los transmisarios deben aceptar previamente la herencia del transmitente para poder ejercitar el *ius delationis* respecto a la primera herencia, lo que se ha planteado es si puede admitirse una «aceptación tácita» de la herencia del transmitente, por el mero hecho de que los transmisarios acepten la herencia del primer causante. Pero claro está que para admitir esta posibilidad sería necesario en todo caso que los transmisarios *aceptasen* la herencia del primer causante, pues si lo único que hay es que «no hay constancia de repudiación alguna por parte de los beneficiarios», esa falta de repudiación *alguna* no implica de ningún modo aceptación tácita de ninguna herencia. Y como el único que ha manifestado actos concluyentes de aceptar la herencia del primer causante, es el transmisario que se opone a la partición del contador partidor, pero no los demás transmisarios, que al parecer, ateniéndonos a los hechos de la sentencia, no se sabe quiénes son los herederos del mismo ni si han aceptado o no su herencia, ni tampoco la del primer causante, cae por su base la conclusión de adquisición directa del primer causante por parte de los transmisarios, al menos en el momento actual.

IX. LOS DERECHOS DEL HEREDERO FIDUCIARIO Y LOS HEREDEROS FIDEICOMISARIOS DEL TRANSMITENTE RESPECTO A LA HERENCIA DEL PRIMER CAUSANTE: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA DE 12 DE JULIO DE 2012

Con anterioridad a la sentencia del Tribunal Supremo del Pleno de la Sala Primera de 11 de septiembre de 2013, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en sentencia de la Sala de lo Civil de 12 de julio de 2012⁶ ya había seguido también la teoría de la adquisición directa o de la doble capacidad en un supuesto de hecho distinto del que se ocupa la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo.

El caso que se planteó ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña es el siguiente:

Doña Celsa falleció el 6 de julio de 1963, sin legitimarios, bajo testamento de 19 de febrero de 1986 en el que, entre otras disposiciones, instituyó heredera universal de todos sus bienes presentes y futuros a su hermana doña Serafina.

Doña Serafina falleció pocos meses después, el día 12 de diciembre de 1993, sin haber aceptado ni repudiado la herencia de su hermana Celsa, habiendo otorgado testamento el 7 de julio de 1965 en el que dispuso:

«Instituye heredero fiduciario a su mencionado esposo don Jesús Carlos, pudiendo este disponer por actos inter vivos a título oneroso en concepto de libres de todos los bienes de la herencia fideicomitida, y por actos mortis causa podrá también disponer de aquellos bienes de la dicha herencia de que no hubiese dispuesto en vida, pero tan solo en favor de los parientes consanguíneos de la testadora y en la forma y proporción que libremente elija, a cuyos parientes nombra, para dicho supuesto, sus herederos fideicomisarios de residuo. Si el heredero fiduciario falleciese sin haber dispuesto de los bienes de la herencia fideicomitida, en ninguna de las formas autorizadas, dicha herencia pasará, íntegramente a su residuo, a los parientes de la testadora que se designan en la cláusula siguiente y en la forma en ella ordenada».

En dicha cláusula siguiente la testadora «sustituye vulgarmente al heredero instituido por las dos hermanas del testador doña María de la Gloria y doña Celsa y a estas por sus respectivos descendientes.

Con fecha 9 de junio de 1994, el esposo de la señora Serafina, el citado señor Jesús Carlos, otorgó escritura pública en la que deja constancia de que «en su condición de heredero único y universal de su esposa doña Serafina, acepta pura y simplemente su herencia y acepta asimismo pura y simplemente por derecho de transmisión la herencia causada por su cuñada hermana de su citada esposa doña Celsa, adjudicándose el caudal relicto de ambas herencias en pleno dominio.

El citado señor Jesús Carlos otorgó testamento en el que ordenó una serie de legados a favor de su hermana, sobrina y otras personas, y sin perjuicio de esos legados instituye herederos con carácter universal del resto de sus bienes derechos y acciones, presentes y futuros, a los señores Germán y Encarna, por partes iguales entre ellos, a los que sustituye respectivamente por la sustitución vulgar.

El problema se plantea porque los citados herederos de don Jesús Carlos, a su fallecimiento, aceptan la herencia del mismo a beneficio de inventario y consideran libres de fideicomiso los bienes procedentes de la herencia de la primera causante la señora Celsa.

Lo cierto es que en los diferentes Registros de la Propiedad, todos los bienes que adquirió el heredero fiduciario don Jesús Carlos, tanto los de su esposa Josefina, como los procedentes de la herencia de la señora Celsa o primera causante, se inscribieron sujetos al fideicomiso de residuo ordenado por su esposa, transmitente. Por eso, el día 26 de julio de 2006 el señor Juan Francisco, único pariente consanguíneo de la causante transmitente señora Serafina, inscribió a su favor todas las fincas que formaban parte del caudal relicto, tanto de la señora Serafina, como de su hermana premuerta señora Celsa, al haberse inscrito todos los bienes, tanto los que adquirió la transmitente, como los que eran de su hermana primera causante, a nombre del heredero fiduciario de la transmitente, con sujeción al fideicomiso de residuo.

Los señores Germán y Encarna como herederos y legatarios del señor Jesús Carlos formulan demanda contra Juan Francisco, único pariente consanguíneo de doña Serafina, reclamándole los bienes procedentes de la herencia del primer causante como libres de fideicomiso.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 12 de julio de 2012 repasa las teorías sobre la naturaleza del derecho de transmisión en la forma que sigue.

La teoría clásica, seguida en la doctrina italiana por autores tan conocidos como CICU, LOSANA y FERRI, y en la doctrina española por MANRESA, VALVERDE, SÁNCHEZ ROMÁN, BARRACHINA, TRAVIESAS, ROCA SASTRE Y LACRUZ, entiende que los transmisarios suceden al primer causante pero no en forma directa sino a través de la herencia del transmitente. Concretamente, ROCA SASTRE comparaba el derecho de transmisión con el derecho de representación, diciendo que *«los llamados por derecho de representación son simples herederos del causante, mientras que los que se aprovechan del derecho de transmisión son herederos del heredero del causante»*.

La segunda teoría es la de la adquisición directa, también denominada teoría de la doble capacidad, ya que exige al transmisario capacidad tanto en relación con el primer causante, como en relación con el transmitente, estando representada en España esta teoría por ALBALADEJO, PUIG FERRIOL, ROCA TRÍAS, VATTIER FUENZALIDA, JORDANO FRAGA Y MONTSERRAT VALERO, teniendo su antecedente en autores italianos tales como BASRASSI, BARBERO y ANDREOLI.

Dice también la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que parte de la doctrina considera por la distinta redacción del artículo 1006 del Código Civil y el 29 del antiguo Código de Sucesiones de Cataluña, vigente en la fecha de autos (actualmente se regula en el art. 461-13 del Código Civil de Cataluña), que en Cataluña debe seguirse la teoría de la adquisición directa o moderna, mientras que en ámbito del Código Civil, debe seguirse la teoría clásica, si bien la Sala solo se puede pronunciar en relación con el citado artículo 29 del Código de Sucesiones de Cataluña.

No obstante, resulta muy difícil entender que, siendo el derecho de transmisión una institución que procede de una ampliación de los supuestos excepcionales que admitía el derecho justinianeo, con idéntica influencia en el Código Civil y en la legislación de Cataluña, pueda entenderse que para el Código Civil deba seguirse la teoría clásica y para el Código de Cataluña la teoría moderna.

Da la sensación de que, al centrarse las discusiones doctrinales en los últimos tiempos en que la teoría clásica implica una doble transmisión de bienes, se han olvidado los elementos fundamentales de dicha teoría, en la que no está en primera línea la doble transmisión de bienes desde la primera herencia a la segunda, sino que lo fundamental es que la herencia del primer causante se adquiere no directamente sino «por mediación» del transmitente y no solo eso, sino que, aun

admitiendo que la transmisión se produce «*ex lege*», porque la ley lo quiere así, los herederos transmisarios lo son en tanto en cuanto son herederos del transmitente y en la forma, proporción y condiciones en que los haya nombrado el transmitente, o la ley en su defecto. No se trata de unos «*herederos nuevos*» que lo sean directamente del primer causante, pues ni este los ha nombrado ni él ha pensado en ellos, por lo que esos herederos el único título de que disponen para ser considerados herederos del primer causante es haber sido nombrados herederos por el transmitente o por la ley en caso de sucesión abintestato del mismo.

Por tanto, no se trata de un problema de «*bienes*» sino de «*personas llamadas*». Aunque se entendiera que no hay «*doble transmisión de los bienes por dos herencias*», siempre habría que entender que *los llamados son herederos no porque los haya llamado el primer causante, sino porque son «herederos llamados» por el transmitente*, y si esto es así, no hay otra solución que considerarlos «*herederos del primer causante en la forma, proporción y cargas o condiciones que hayan sido nombrados por el transmitente o supletoriamente por la ley como herederos abintestato del transmitente*».

La teoría clásica no niega que los herederos del transmitente sean herederos del primer causante, pues es evidente que al aceptar la herencia del mismo se convierten en sus herederos. Lo que niega es que haya que prescindir de la impronta que en esos herederos significa el nombramiento por parte del transmitente o por la ley supliendo al mismo. No son unos herederos equiparables a los herederos directos del primer causante, pues estos son los llamados por él mismo, en la forma y proporción correspondiente.

En el caso planteado ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no puede olvidarse que la testadora transmitente Serafina lo único que hace es que «*instituye heredero fiduciario a su mencionado esposo*» y además, «*instituye herederos fideicomisarios de residuo*» a «*los parientes consanguíneos de la testadora en la forma y proporción que libremente elija su esposo*» y su clara voluntad es que no sean sus herederos los parientes de su marido sino los parientes de ella misma.

Por tanto, si el «*ius delationis*» de la señora Serafina que no ejercitó en vida porque falleció a los pocos meses de su hermana causante (la primera causante) sin haber aceptado ni repudiado su herencia, si se transmite siempre «a sus herederos» (art. 29 Código de Sucesiones de Cataluña) o a los «*suyos*» (art. 1006 del Código Civil), esos herederos pueden ser en primer lugar los herederos testamentarios de ella y solo si hubiera muerto intestada, serían los parientes herederos abintestato de ella, pero siempre serán unos herederos en la forma y proporción que los haya llamado ella misma, pues si no, no serían sus herederos.

Lo de menos, por tanto, es *por donde pasan «los bienes»*. Lo importante en el derecho de transmisión es *qué carácter y cualidad tienen los «herederos» transmisarios*. Y no cabe duda de que estos herederos son precisamente aquellos que nombra la transmitente y en la forma y proporción que los ha nombrado.

Así, en este caso, la testadora solo ha nombrado «heredero fiduciario» a su esposo, y ha nombrado «herederos fideicomisarios de residuo» a sus propios parientes, y *no a los de su esposo*. En consecuencia, el esposo heredero fiduciario no puede convertirse por arte de magia en *heredero libre por el mero hecho de que el primer causante no haya impuesto ninguna sustitución*. Podía haber establecido una sustitución y tendría plenos efectos, pero esto no se discute aquí, pues no ha establecido tal sustitución, pero ha llamado a una persona, el transmitente, que es el «legitimado» para determinar los herederos, en este caso, que son los herederos suyos y no los del transmitente, aunque luego, al ejercitar el *ius delationis* del llamado se conviertan en herederos del primer causante, pero sin que puedan prescindir de los caracteres atribuidos por el transmitente.

Y a su vez, la testadora transmitente también ha nombrado «herederos» a los fideicomisarios parientes suyos, por lo que estos también tienen derecho a ser herederos del primer causante cuando les llegue el momento de su delación, porque son «*sus herederos*» (del transmitente).

Por tanto, cuando la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dice que los efectos de la herencia fideicomitada, según el artículo 205 del Código de Sucesiones, se limitan a «las personas que haya determinado el testador», esas personas son el fiduciario y los fideicomisarios, sin que haya nombrado herederos, ni la ley tampoco los ha nombrado, a los parientes del esposo de la testadora, sino que los quiere excluir expresamente. De ahí que tampoco constituya argumento en este caso, la referencia al artículo 110 del Código de Sucesiones, en que es fundamental atender a la voluntad de la testadora, que en este caso, muestra una clara preferencia por sus propios parientes y no por los parientes de su esposo.

Respecto al argumento de dicha sentencia de que el «objeto de transmisión» o sea lo que el transmitente transmite al transmisario es la herencia del primer causante y no únicamente el *ius delationis* o derecho a aceptar o repudiar la herencia», esto va en contra de los textos legales, pues lo que se transmite es «el mismo derecho que tenía el transmitente» (art. 1006 del Código Civil) o el derecho a suceder al primer causante mediante la aceptación o el derecho a repudiar, pero no los bienes del primer causante. Precisamente si se entendiera que transmite los bienes de la primera herencia, solo podría ser porque hay doble transmisión, ya que no puede transmitir bienes de otra herencia distinta.

En cuanto al argumento de que hay dos herencias independientes y que no hay justificación para gravar con un fideicomiso una herencia cuando precisamente *la autoridad máxima* en la decisión de la suerte de esta, es decir, el causante testador, no quiso gravar sus bienes, no tiene en cuenta dicha sentencia, que *la autoridad máxima en materia de derecho de transmisión en lo que se refiere a la forma, proporción y determinación de los herederos es el transmitente*. Los bienes son del primer causante, pero los herederos lo son del transmitente. Así por ejemplo, la autoridad máxima a la que alude la sentencia,

considerando como tal al primer causante, quiso por ejemplo formar dos cuotas de su herencia (si es que hubiera nombrado a sus dos hermanas) y sin embargo, la autoridad máxima en la determinación de los herederos, ha querido que sean herederos cinco parientes extraños a la primer causante, la herencia del primer causante se partirá formando varias cuotas distintas: una mitad para una hermana de la primer causante y la quinta parte de la otra mitad para cada uno de los herederos nombrados por la transmitente y no por la primer causante. Y si se admite que es el transmitente el que nombra los herederos y la proporción en que deben adquirir (por quintas partes, o uno cuatro quintos y otro un quinto), también habrá que tener en cuenta si lo nombró exclusivamente nudo propietario, pues si así fuera, sería injusto que se le atribuyera en la primera herencia el pleno dominio, o si, como aquí ocurre, solo nombre a su heredero fiduciario (porque no hay otro heredero pleno) y «herederos» fideicomisarios a sus propios parientes (de la testadora) excluyendo a los parientes del fiduciario, sería absurdo que llegaran a ser herederos libres unos parientes del «heredero» que solo figuraba nombrado como fiduciario por la testadora transmitente.

Otro argumento que utiliza la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña es el ya clásico que había utilizado la teoría de la adquisición directa, que es el de que los efectos de la aceptación se retrotraen al momento de la muerte del causante. Ahora bien, si así fuera, resultaría que los transmisarios que no existían en el momento de la muerte del primer causante, por haber nacido con posterioridad, adquirirían un derecho con efecto retroactivo a un momento en que «*ni siquiera existían*» en ese supuesto hipotético. Por otra parte, si no es posible que los transmisarios acepten directamente la herencia del primer causante sin aceptar previamente la herencia del transmitente, esto significa que es un requisito previo cuyo significado es precisamente que al aceptar la herencia de su transmitente se hacen herederos suyos a partir del momento del fallecimiento del transmitente y no antes, y solo por mediación del transmitente y habiendo aceptado su herencia con esa retroactividad, se les permite aceptar la herencia del primer causante poniéndose en lugar del transmitente y por tanto, aceptando la herencia del primer causante con la misma retroactividad que hubiera tenido si la hubiera aceptado el transmitente, pues ese es el efecto que tiene la sucesión en el «*ius delationis*» del transmitente.

Añade también como argumento la sentencia lo relativo al requisito de la dignidad, que entiende que deben tener los transmisarios respecto al primer causante. En el supuesto de hecho planteado ante la sentencia, que se rige por el Código de Sucesiones, no existía ningún precepto que exigiera que el transmisario tuviera dignidad para suceder al primer causante. Actualmente, el Código Civil de Cataluña ha introducido de modo específico un precepto que exige a los transmisarios que no sean indignos de suceder al primer causante, según resulta del apartado 3 del artículo 412-8 de dicho Código Civil.

Ahora bien, la cuestión de la indignidad del transmisario respecto al primer causante, ha motivado distintas opiniones, con independencia de la teoría clásica o moderna que se siga respecto al derecho de transmisión.

Así, por ejemplo, un autor del prestigio de JORDANO FRAGA, que siguió la teoría de la adquisición directa, entendió, sin embargo que, en materia de indignidad, al igual en el de incapacidad sucesoria, había que tener en cuenta exclusivamente la relación con el transmitente y no con el primer causante, pues dijo:

«Puede suceder “iure transmissionis” al primer causante un transmisario que es indigno de sucederle (pero que es digno de suceder al transmitente, que, a su vez, era digno de suceder al primer causante). Este último resultado, que puede parecer, a primera vista, aberrante, es, en cambio, en el fondo congruente con la ratio inspiradora del artículo 1006 del Código Civil: si esa ratio es ofrecer a los herederos del transmitente la posibilidad de colocarse en la misma posición que si el transmitente hubiese adquirido la primera herencia, que este hubiera podido adquirir de no fallecer, el que sucedan iure transmissionis al primer causante personas respecto de él indignas, les coloca también en la misma posición —perfectamente irreproachable— que si el que podía haber sido transmitente (de haber muerto sin adquirirla) hubiese adquirido la herencia del primer causante, y los herederos del adquirente de la primera herencia hubieran recibido, con la herencia de este, los bienes relictos de la del primer causante, respecto del que son indignos»⁷. A esta consideración de JORDANO FRAGA podría añadirse que, con independencia del caso del indigno, no es posible exigir capacidad sucesoria y existencia del transmisario en el momento de la muerte del primer causante, sino solo referidas al momento de la muerte del transmitente. Y también que, a pesar de la carga que tiene la indignidad sucesoria, no se puede minusvalorar, que el primer causante, al no haber llamado al «indigno», ni haber pensado siquiera en él como heredero, tampoco pudo tener la ocasión de perdonarle a efectos de la indignidad sucesoria al menos de modo expreso como tal heredero.

Pero, por otro lado, el máximo representante de la teoría clásica como es LACRUZ entendió que, a pesar de que el transmisario sucede al primer causante solo por mediación del transmitente, habría que defender que el transmisario, aun dentro de la teoría clásica, debería ser digno de suceder también al primer causante, y a este propósito dice lo siguiente:

«La naturaleza ética de la sanción impuesta a los indignos podría llevarnos a interpretar el inicio del artículo 756 como prohibiéndoles también recibir el ius delationis aun a través de otra herencia, pues en el caso de la transmisión, si no suceden al primer causante, sí están llamados a hacer uso de un ius delationis procedente de él, lo cual choca contra el sentido moral corriente, hasta el

punto de que, para el caso de heredar por representación los hijos del indigno, el artículo 761-2.º del Código Civil prohíbe que este tenga la administración y el usufructo de los bienes así adquiridos»⁸.

Por tanto, el problema de la dignidad o indignidad puede resolverse con independencia de la teoría que se siga respecto al derecho de transmisión, y en todo caso, siendo el fundamento del derecho de transmisión, una razón de equidad hacia los herederos del transmitente para que no pierdan los bienes de la herencia del primer causante por el azar de haber fallecido el transmitente sin aceptar ni repudiar la herencia, es el argumento de equidad el que se suele manejar aquí para excluir a los indignos de suceder, pero tanto respecto al primer causante como al transmitente.

Por todo ello, no vemos muy convincente la doctrina de esta sentencia de 12 de julio de 2012 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que, a diferencia de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013, no ha fijado doctrina jurisprudencial, y constituye una única sentencia hasta el momento sobre esta cuestión en el ámbito del Derecho sucesorio catalán.

Dudamos mucho que cuando se plantee por ejemplo el problema concreto del usufructo universal abintestato del cónyuge viudo del transmitente pueda admitirse que unos herederos del transmitente llamados por la ley exclusivamente en cuanto a la nuda propiedad, puedan heredar los bienes del primer causante como herederos en pleno dominio, excluyendo el derecho de usufructo universal del cónyuge viudo del transmitente.

X. CONCLUSIONES

I. La sentencia de la Sala Primera, Pleno, del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013 fija doctrina jurisprudencial admitiendo la teoría de la adquisición directa y abandonando la teoría clásica de la doble transmisión de bienes, aplicando aquella a un supuesto de partición de herencia por contador partididor judicial que debe incluir las cuotas y bienes de modo individualizado para cada uno de los herederos transmisarios, sin que baste adjudicarles el lote global que corresponde al transmitente.

II. Hay una serie de asuntos pendientes o cabos sueltos que deja esa doctrina jurisprudencial, que deben tener la solución equitativa más allá de dogmatismos, como ocurre con los supuestos del cónyuge viudo del transmitente por su cuota usufructuaria, los transmisarios que no hayan nacido o sean incapaces de suceder al primer causante, pero nacidos y capaces respecto al transmitente, los acreedores del transmitente, los legitimarios e incluso los fideicomisarios del mismo.

III. La doctrina de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de marzo —1.^a— y 11 de junio —1.^a— de 2014, sobre

la inscripción de la partición de herencia de bienes del primer causante aunque no intervenga el cónyuge viudo, debe ser revisada, en línea con lo que resulta de la resolución de 2 de marzo de 2015 —1.^a—, aunque esta se refiera a un supuesto distinto de aquellas.

IV. No acaban de ser totalmente concluyentes los argumentos dados por la sentencia del Pleno de la Sala Primera de 11 de septiembre de 2013 sobre el artículo 1006 del Código Civil, ni tampoco los que ofrece la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 12 de julio de 2012 para el Derecho Civil catalán, ni mucho menos la llamada teoría de la doble capacidad, por lo que sería conveniente que ante nuevos supuestos, se pudiera volver a plantear la cuestión sobre la naturaleza y efectos del derecho de transmisión.

V. Atendiendo a esas previsiones, se impone una actualización, modernización o puesta al día de las soluciones que ofrecía la llamada teoría clásica sobre el derecho de transmisión por los partidarios de la misma, en una serie de asuntos no contemplados por la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013, en que se ofrecen mejores soluciones que la llamada teoría de la adquisición directa.

VI. A tales efectos, sería conveniente para lograr una mayor convicción y evitar errores de partida, que se abandonaran en primer lugar las denominaciones utilizadas sobre las teorías clásica y moderna, cambiando la denominación de aquella por parte de los autores partidarios de las soluciones que la misma ofrece, por otras expresiones como la de teoría subjetiva o de la mediación del transmitente para contraponerla a la de la adquisición directa o equiparadora de herederos. Y partiendo de ese cambio de denominación de la teoría clásica, modernizar también los planteamientos de dicha teoría abandonando sus autores la idea de la doble transmisión de bienes o paso por dos herencias (concepción objetiva de las herencias atendiendo a los bienes) y sustituyéndola por la idea de diferenciación subjetiva de los que son herederos directos del primer causante, que son sus propios herederos llamados por él, respecto a los herederos transmisarios, que son herederos del primer causante por mediación del transmitente y por haber sido nombrados por él, que es el que tiene la última palabra en el nombramiento, forma, proporción y condiciones de los llamados (concepción subjetiva de las herencias atendiendo a las personas de los herederos según su origen). Hechas estas precisiones, tal como se ha intentado en el presente estudio, la llamada teoría clásica del derecho de transmisión puede pasar de ser la teoría antigua, a ser una teoría con soluciones más acordes con los problemas concretos que se plantean en el derecho de transmisión.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M. (1952). La sucesión *iure transmissionis*, *Anuario de Derecho Civil*, 1952, pp. 954 y sigs.

- DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A. y BOSCH CAPDEVILA, E. (2009). *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*. Madrid. Marcial Pons, pp. 494-500.
- JORDANO FRAGA, F. (1990). *La sucesión en el «ius delationis». Una contribución al estudio de la adquisición sucesoria «mortis causa»*. Madrid. Edictorial Civitas S.A.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (1971). *Derecho de Sucesiones, I. Parte General*, en colaboración con SANCHO REBULLIDA. Barcelona 1971.
- *Elementos de Derecho Civil I, Parte General*, vol. III, en colaboración con RIVERO HERNÁNDEZ, F., Barcelona 1990.
- ROCA SASTRE, R. M.^a (1948). El derecho de transmisión, en *Estudios de Derecho Privado II, Sucesiones*. Madrid, pp. 298 y sigs.
- SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1910). *Estudios de Derecho Civil*, tomo VI, vol. 1.º. Madrid.

NOTAS

¹ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, La sucesión *iure transmissionis*, *Anuario de Derecho Civil*, 1952, p. 959.

² LACRUZ-SANCHO, *Derecho de Sucesiones, I, Parte General*, Barcelona, Bosch, 1971, p. 74, nota 6.

³ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, La naturaleza de la legítima, *Anuario de Derecho Civil*, fascículo IV, 1985, pp. 868 y sigs.; y La naturaleza de la legítima. Nota final, *Anuario de Derecho Civil*, fascículo II, 1986, pp. 571 y sigs.; y VALLET DE GOYTISOLO, Juan, Observaciones en torno a la naturaleza de la legítima, *Anuario de Derecho Civil*, 1986, fascículo I, 1986 y *Anuario de Derecho Civil*, fascículo III, 1986.

⁴ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil I, Parte General*, vol. III, Barcelona 1990, p. 74.

⁵ ALBALADEJO GARCÍA, *ob. cit.*, p. 966.

⁶ Repertorio Jurisprudencia Aranzadi, *RJ* 2012, núm. 10024.

⁷ JORDANO FRAGA, F., *La sucesión en el ius delationis. Una contribución al estudio de la adquisición sucesoria «mortis causa»*, Madrid, 1990, Editorial Civitas S.A., p. 330.

⁸ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de Sucesiones, I, Parte General*, Barcelona, Bosch, 1971, p. 75, nota.

*(Trabajo recibido el 23-4-2015 y aceptado
para su publicación el 14-5-2015)*