

Sesión II.

INCIDENCIA DEL DERECHO DE TRANSMISIÓN EN LAS INSTITUCIONES SUCESORIAS ARAGONESAS: EFECTOS PRÁCTICOS

PONENTE:

D.^a María del Carmen Bayod López
PÁG. 51

COPONENTES:

D. Daniel Bellido Diego-Madrado
PÁG. 107

D. José Manuel Enciso Sánchez
PÁG. 117

INCIDENCIA DEL DERECHO DE TRANSMISIÓN EN LAS INSTITUCIONES SUCESORIAS ARAGONESAS: EFECTOS PRÁCTICOS¹

Dra. MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ
Acrd. Catedrática de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. EL DERECHO DE TRANSMISIÓN EN EL CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN 1. **Antecedentes y regulación del Derecho de transmisión en el vigente Código del Derecho civil de Aragón.** 1.1. Ubicación sistemática. 1.2. Antecedentes e incorporación del derecho de transmisión en la legislación aragonesa; 1.2.1. El art. 39 de la Ley de sucesiones por causa de muerte y el art. 1006 Cc.; 1.2.2. Incorporación del derecho de transmisión a la legislación aragonesa; 1.2.3. Su antecedente inmediato: el art. 1006 Cc. 2. **El Derecho de transmisión. Exégesis del art. 354 CDFA.** 2.1. La transmisibilidad del *ius delationis* como regla general; 2.1.1. Vocación y delación; 2.1.2. Concepto del derecho de transmisión; 2.1.3. Presupuestos de aplicación, en general. 2.2. Sujetos del derecho de transmisión. Requisitos desde el punto de vista de los sujetos; 2.2.1. Los sujetos; 2.2.2. El causante de la sucesión o disponente; 2.2.3; El llamado que fallece sin aceptar ni repudiar: el transmitente; 2.2.4. Los herederos del segundo causante: los transmisarios. 2.3. Efectos del derecho de transmisión; 2.3.1. La doctrina: Teorías sobre el ejercicio positivo de la delación; 2.3.1.1. La llamada teoría clásica o de la doble transmisión; 2.3.1.2. La llamada teoría moderna o de adquisición directa; 2.3.2. La Jurisprudencia y el art. 354 CDFA.; 2.3.3. Efectos y consecuencias de la aplicación de cada una de estas teorías: Ejemplificación; 2.3.3.1 La partición de la herencia; 2.3.3.2. La legítima ; 2.3.3.3 Donaciones colacionables ; 2.3.3.4 Los acreedores; 2.3.3.5. Capacidad para heredar de los transmisarios. 2.4. Derecho de transmisión y viudedad; 2.4.1. Fundamento: estructura del derecho de viudedad y del *ius delationis*. II. LAS RELACIONES DEL DERECHO DE TRANSMISIÓN CON OTROS MECANISMOS DE INEFICACIA. ORDEN DE PREFERENCIA. 3. **La relación entre los casos de ineficacia previstos en los arts. 323 y 520**

1. El estudio realizado para esta ponencia se incluye en el marco del grupo consolidado de la DGA, S-29 *Investigación y Desarrollo del Derecho civil de Aragón (IDDA)*, financiado con fondos FEDER y cuyo investigador principal es el Dr. D. Jesús Delgado Echeverría.

CDFA y el derecho de transmisión ex art. 354 CDFA. 3.1. Preferencia del Derecho de transmisión. 3.2. Derecho de transmisión y sustitución vulgar. 3.2.1. La preferencia del derecho de transmisión sobre la sustitución vulgar; 3.2.1.1. Concepto y finalidad; 3.2.1.2. Aplicación supletoria del Código civil. Casos en los que procede; 3.2.1.3. Preferencia del Derecho de transmisión ex art. 1.006 Cc.; 3.2.1.4. Y en Aragón: *¿Quid iuris?*. 3.3. El derecho de transmisión y el acrecimiento. 3.3.1. La preferencia del derecho de transmisión sobre el acrecimiento; 3.3.1.1. El acrecimiento: supuesto de hecho ; 3.3.1.2. El derecho de transmisión se antepone al acrecimiento. 3.4. Sustitución legal y derecho de transmisión. 3.4.1. El derecho de transmisión impide (elimina) la aplicación de la sustitución legal; 3.4.2. Diferencias entre el derecho de transmisión y la sustitución legal; 3.4.3. Esquemas para mostrar la diferencia entre una y otra figura. III. INCIDENCIA DEL DERECHO DE TRANSMISIÓN EN LAS INSTITUCIONES PROPIAS DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN. 4. **Los supuestos detectados por la doctrinara aragonesa y la jurisprudencia: sustituciones preventivas de residuo, consorcio foral y recobros.** 4.1. La institución recíproca de herederos y el llamamiento a los herederos del instituido premuerto. 4.1.1. Supuestos y su regulación legal; 4.1.2. Los problemas a resolver. Supuestos prácticos; 4.1.3. Preferencia del la sustitución fideicomisaria sobre la sucesión “iure transmisiones” en el Código civil y en el Código civil de Cataluña; 4.1.3.1. Preferencia de la sustitución fideicomisaria sobre derecho de transmisión ex art. 1.006 Cc; 4.1.3.2. Preferencia de la sustitución fideicomisaria sobre derecho de transmisión en el Código civil de Cataluña; 4.1.4. La situación en Aragón: preferencia de la sustitución legal preventiva de residuo sobre el derecho de transmisión; 4.1.4.1. Preferencia de la sustitución legal preventiva de residuo; 4.1.4.2. Efectos propios en Aragón. 4.2. El derecho de transmisión y el consorcio foral. 4.2.1. Las cuestiones a debatir. Planteamiento del problema; 4.2.1.1. Naturaleza y finalidad del consorcio foral; 4.2.1.2. Los problemas en la práctica forense. Los casos; 4.2.2. ¿Preferencia del consorcio foral sobre el derecho de transmisión?; 4.2.2.1. Opiniones doctrinales; 4.2.2.2. La especialidad del consorcio foral. Consideraciones de fondo; 4.2.3. Algunas consideraciones más: el nacimiento del consorcio y la falta de retroactividad. 4.3. El derecho de transmisión y los recobros. 4.3.1. Cuestiones previas: los problemas a resolver; 4.3.1.1. El orden de suceder y la finalidad del recobro de liberalidades ; 4.3.1.2. Los casos a resolver; 4.3.2. El derecho de transmisión en el recobro; 4.3.2.1. Opiniones en la doctrina aragonesa; 4.3.2.2. La reserva lineal del art. 811 Cc. y la reversión legal de donaciones del art. 812 Cc. Similitudes y diferencias; 4.3.3. Algunas reflexiones. La posible aplicación del art. 478 CDFA; 4.3.3.1. Las soluciones que se derivan de las anteriores opiniones doctrinales; 4.3.3.2. La posible aplicación del art. 478 CDFA: argumento a favor. IV. REFLEXIONES FINALES. EL DERECHO DE TRANSMISIÓN Y LAS INSTITUCIONES SUCESORIAS ARAGONESAS. SUCESIÓN TRONCAL. V. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

El vigente Código de Derecho foral de Aragón regula, con carácter general, el llamado derecho de transmisión en el art. 354 CDFA, que en su texto normativo incorpora lo explicado por la mejor doctrina civil en torno al art. 1006 Cc.

Dicho esto, bastaría con leer unos comentarios en torno al art. 1006 Cc., o un manual al uso sobre el mismo precepto, y obtendríamos una precisa explicación sobre, al menos, los dos primeros párrafos del precepto aragonés, ya que hasta la entrada en vigor de este precepto normativo, de forma pacífica se vino aplicando en Aragón el art. 1006 Cc. Por lo tanto, poco más habría que añadir a la exégesis del art. 354 CDFA.

No obstante, el sistema sucesorio aragonés presenta peculiaridades y principios propios al contar con diversos modos de delación desconocidos por el Derecho civil estatal (pactos sucesorios, testamento mancomunado, fiducia, etc.) así como también con la existencia de delaciones concurrentes en una misma herencia cuando el causante fallece sin haber otorgado disposición voluntaria alguna: la sucesión troncal, los recobros y las llamadas sustituciones legales preventivas de residuo, presentan llamamientos singulares que debemos tener en cuenta; por último, el consorcio foral exige también una situación de parentesco entre los llamados a ser consortes, que personaliza su llamamiento.

Todas estas situaciones propias de nuestro Derecho civil justifican que nos preguntemos qué papel tiene en Aragón esta norma cuyo efecto es desviar el curso normal de la sucesión, tal y como la previno el causante o la ley, a favor de unos sujetos ajenos a su familia y a sus bienes que terminarán, si quieren, por ser los herederos del causante originario de la sucesión.

Ciertamente, hemos podido comprobar, como así me imaginaba, que el Derecho de transmisión fue una institución desconocida en por el Derecho histórico aragonés, entre otras cosas, porque la adquisición de la herencia no era nunca dañosa al no operar la confusión de patrimonios.

Los problemas o dudas que presentan en la práctica forense las relaciones entre el derecho de transmisión y las instituciones referidas, serán atendidas por los componentes, en particular D. José Manuel Enciso, que hablará del tiempo presente y D. Daniel Bellido, que nos trasportará a momentos más pretéritos.

A mi, como académica, me corresponde, según hemos decidido, ofrecerles una visión más dogmática: cómo opera el llamado derecho de transmisión, su concepto, naturaleza y efectos, a la luz del texto aragonés y de la última jurisprudencia vertida en torno al art. 1.006 Cc., que, a mi juicio, es perfectamente trasladable a nuestro Derecho civil, al haber incorporado esta norma, como digo desconocida, a nuestro Derecho.

Por ello, me permitiré efectuar algunas reflexiones sobre la llamada sucesión en el *ius delationis* que, prohibida largo tiempo por el *ius civile*, sólo en la época justiniana se admitió, como excepción, la transmisión de la delación; generalizándose, más tarde, con gran generosidad. Posteriormente, con la codificación

francesa, llegó a la mayoría de los Códigos europeos y entre ellos al Código civil de 1889² y ahora al nuestro.

En particular, podemos preguntarnos ¿qué pasaría en Aragón si no hubiéramos regulado el derecho de transmisión o si nunca hubiéramos aplicado el art. 1006 Cc. porque a caso no hubiera habido laguna que cubrir?, ¿Cambiaría algo o, acaso, mejorarían las cosas?, ¿son compatibles los principios de la sucesión troncal aragonesa con el derecho de transmisión que trae a la casa al forastero ajeno a ella?

I. EL DERECHO DE TRANSMISIÓN EN EL CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN

1. Antecedentes y regulación del Derecho de transmisión en el vigente Código del Derecho civil de Aragón

1.1. Ubicación sistemática

El Código del Derecho foral de Aragón regula la *Transmisión del derecho a aceptar o repudiar* en el art. 354, incluido en el capítulo IV, *Aceptación y repudiación de la herencia*, del Título Primero, *De las sucesiones en general*, del Libro Tercero, *De las sucesiones por causa de muerte*.

Esta ubicación hace prever, en principio, que la llamada transmisión del *ius delationis* opera tanto en la sucesión voluntaria como en la sucesión legal, y ninguna duda hay de la aplicación de este mecanismo, a ambos modos de delación³.

Por su parte, el art. 478 CDFFA disciplina el *Derecho de transmisión* en los legados. En ambos casos, la regulación responde a la transmisión del *ius delationis* a los herederos del llamado a una herencia, bien a título universal bien a título particular, cuando habiendo sobrevivido al causante, y teniendo capacidad sucesoria, el llamado fallece sin haber aceptado o repudiado la herencia o el legado.

En razón de lo anterior, el llamado *Derecho de transmisión*, en la rúbrica del art. 387 CDFFA, no es un supuesto de sucesión o transmisión del *ius delationis*, sino un singular caso de sustitución legal para el supuesto de premoriencia del instituido en pacto sucesorio, tal y como establece el art. 337 CDFFA, por lo tanto dicho precepto no va ser analizado en estas páginas.

Por lo que respecta al *iure transmissionis* en el legado haré expresa referencia a él al tratar del derecho de transmisión en los recobros.

Las páginas que siguen analizan la regulación del derecho de transmisión en el art. 354 CDFFA.

2. Sobre la evolución del Derecho de transmisión y sus historia, me parece que hace un excelente estudio JORDANO FRAGA, Francisco, (1990): *La sucesión en el «ius delationis» (una contribución al estudio de la adquisición sucesoria «mortis causa»)*, ed. Civitas, Madrid, págs. 23 a 56.

3. Por todos ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (1952): "La sucesión *iure transmissionis*" en *ADC*, 1952, págs. 959-961. Su trabajo sigue siendo el más autorizado en la materia. El derecho de transmisión se regula también en el Derecho civil de Cataluña, art. 461-13 y en el Derecho Navarro, ley 317. En resto de los Derechos civiles españoles no hay expresa referencia al mismo.

1.2. Antecedentes e incorporación del derecho de transmisión a la legislación aragonesa

1.2.1. El art. 39 de la Ley de sucesiones por causa de muerte y el art. 1006 Cc.

El antecedente inmediato del art. 354 CDFa está en el art. 39 de la Ley aragonesa 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte (en adelante Lsuc.), que fue objeto de refundición a través del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprobó el Código del Derecho foral de Aragón, que entró en vigor el 23 de abril de 2011, sin que dicho precepto fuera objeto de aclaración⁴, sino tan solo de regularización y armonización con el resto de preceptos normativos refundidos.

Su regulación en la Lsuc. trae causa directa del art. 1006 Cc., cuyo texto se halla corregido en la norma aragonesa al incorporar en su redacción las enseñanzas de la doctrina y jurisprudencia vertidas en relación a dicho precepto estatal, que se vino aplicando en Aragón de forma supletoria hasta el 23 de abril de 1999, fecha en la que entró en vigor el vigente precepto normativo⁵.

1.2.2. Incorporación del derecho de transmisión a la legislación aragonesa.

Ni la Compilación ni el Apéndice regularon expresamente el llamado derecho de transmisión, y de forma pacífica se aplicó, quizás sin demasiada reflexión, el art. 1.006 Cc. en aquéllos casos en los que el heredero llamado a título universal o el legatario fallecían sin aceptar ni repudiar.

La decisión o finalidad de regular expresamente el derecho de transmisión en Aragón responde a la idea de evitar el recurso a la supletoriedad del Código civil en determinadas materias, y en particular en lo que atañe a las que serían las reglas básicas del Derecho sucesorio (Disposiciones generales, capacidad para suceder, sustitución legal, etc.) que se encuentran en el Título Primero, *De las sucesiones en general*, así como en el Título V, *Normas comunes a las sucesiones voluntarias*, sin pretender, con ello, agotar la competencia civil en materia sucesoria⁶,

4. Sobre la elaboración del CDFa, SERRANO GARCÍA, José Antonio (2012-2): "El Código del Derecho foral de Aragón", en *Actas de los Vigésimo Primeros Encuentros de Foro de Derecho aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, págs. 69 a 117; en relación a las facultades del Gobierno de Aragón para aclarar, regularizar y armonizar las leyes objeto de refundición BAYOD LÓPEZ, María del Carmen (2013-2): "De la Disposición Final primera de la ley 8/2010, de 2 de diciembre de Derecho Civil Patrimonial al Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Código del Derecho Foral de Aragón", en *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Joaquín Rams Albesa*, Dykinson, Madrid, págs. 29 a 58.

5. Sobre el Derecho transitorio en el CDFa: BAYOD LÓPEZ, María del Carmen (2013-1): "De los contratos sobre ganadería. Disposiciones transitorias, Disposición derogatoria y Disposiciones finales (de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre de Derecho civil patrimonial al Título IV del Libro IV del Código del Derecho Foral de Aragón)" en *Derecho civil patrimonial aragonés*. ed. IFC, Zaragoza, págs. 317 a 375 y CALATAYUD SIERRA, Adolfo (2012): "Disposiciones transitorias en el Código del Derecho foral de Aragón", en *Actas de los Vigésimo Primeros Encuentros de Foro de Derecho aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, págs. 119-140.

6. Así lo afirma el profesor Serrano García que, por encargo del Gobierno de Aragón, (Orden de 16 de octubre de 1997 del Departamento de Presidencia y relaciones institucionales), redactó una *Memoria de Borrador del Proyecto de Ley de Sucesiones por causa de muerte* para ser debatida en el seno de la CADC. Como señala el autor de la Memoria, "respetando el criterio mayoritario de los miembros de la Comisión, que no desea la elaboración de un código aragonés de Derecho de sucesiones, sino el desarrollo de todas y cada una de las instituciones actualmente contempladas, con mayor o menor extensión, en la Compilación del Derecho civil de Aragón, desarrollando todo lo extenso que sea preciso para eliminar la necesidad de acudir al Derecho supletorio, la Comisión no excluye la conveniencia de formular disposiciones generales que recojan los principios

sino facilitar la aplicación de las normas sucesorias a través de unos principios generales propios del Derecho de sucesiones aragonés.

1.2.3. Su antecedente inmediato: el art. 1006 Cc.

El art. 354 CDFa, siguiendo en su formulación la mejor doctrina construida en torno al art. 1006 Cc. incorpora a su texto legal sus enseñanzas mejorando la normativa estatal y añadiendo una peculiaridad propia de Aragón: las relaciones del derecho de transmisión con la viudedad foral; situación que aborda el párrafo 3 del precepto aragonés.

En particular, el texto aragonés expresa con precisión que el llamado o transmitente, no es heredero del causante de la sucesión (o *disponente* como lo denomina el art. 354 CDFa), superando con ello las críticas que en este punto se le hacían al art. 1006 Cc., al calificar este precepto de “heredero” a quien había fallecido sin haber aceptado la herencia.

En lo que atañe a sus efectos, el párrafo 2 del art. 354 CDFa indica con claridad que los transmisarios, para poder ejercer la delación a la herencia del disponente (causante-primero y único de la sucesión que regula el art. 354 CDFa) deben previamente, y como requisito, aceptar la herencia del transmitente; lo que creo que permite afirmar que la norma aragonesa recoge en su texto, la llamada teoría moderna, o de adquisición directa⁷, que niega que haya dos transmisiones: del disponente al transmitente y del patrimonio de éste al de sus herederos o transmisarios; teoría moderna que recientemente ha fijado el TS como doctrina jurisprudencial en sentencia de 11 de septiembre de 2013⁸ y que fue la doctrina seguida expresamente por los miembros del Comisión aragonesa de Derecho civil (CADC) al redactar esta norma⁹.

Por último, el párrafo 3 del art. 354 CDFa atiende a la relación entre el derecho de transmisión y la viudedad, para afirmar que si los transmisarios (o alguno de

informadores de nuestro sistema sucesorio”, en SERRANO GARCÍA, José Antonio (1997): *Memoria del Borrador del Proyecto de Ley de Sucesiones por causa de muerte*, Zaragoza, folios 1 a 6, Memoria Título I.

7. En este sentido SERRANO GARCÍA, José Antonio (2012-1): “De las sucesiones en general”, en *Manual de Derecho civil aragonés*, 4ª ed. El Justicia de Aragón e Ibercaja, Zaragoza, pág. 535.

8. STS 539/2013, de 11 de septiembre [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno (RJ 7045 2013)]. La sentencia está comentada por GALICIA IZPURUA, Gorka, (2014): “Naturaleza y alcance del derecho de transmisión (ius transmissionis) regulado en el art. 1006 CC. Sentencia de 11 de septiembre de 2013 (RJ 2013, 7045)”, en *CCJC*, núm. 95, Mayo-Agosto, págs. 257 a 274, quien es partidario de la teoría clásica (doble transmisión) y critica la decisión del TS. También analiza esta sentencia sin manifestar opinión en contra BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, (2014): “Naturaleza y alcance del derecho de transmisión”, en *Actualidad civil*, núm. 1, enero, págs. 54 a 74 y MARTÍNEZ ESPIN, Pascual (2014): “Problemática del derecho de transmisión” en *Revista doctrinal Aranzadi civil y mercantil*, núm. 5, (BIB 2014 2884).

Me parece oportuno manifestar en este punto, ya que este texto ha sido revisado con posterioridad a su exposición el pasado 11 de noviembre de 2014, la opinión contraria de D. Adolfo Calatayud, miembro de la CADC, que en la sala consideró, en contra de los manifestado por los ponentes, que no es aplicable en Aragón la doctrina del TS referida en el texto. En su opinión, en Aragón debe aplicarse la teoría de la doble transmisión.

9. SERRANO GARCÍA, José Antonio (1997): *Memoria del Borrador (...)*, pág. 50. En los debates en el seno de la CADC se tomó como premisa esta teorización, que no fue objeto de discusión. La transmisión del derecho a aceptar o repudiar la herencia se debatió los días 21 y 24 de junio de 1998. En la sesión de 8 de julio de 1998, la CADC aprobó el texto definitivo de este precepto, que fue modificado a través de la enmienda 79 del Grupo Mixto, con la que se mejora su redacción, sin cambiar el contenido. Cfr. *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho civil* y BOCCA núm. 280, de 8 de febrero de 1999. Este último está publicado en la RDCA-V, 1999, núm. 1, págs. 257 y ss. Las *Actas de la CADC* pueden consultarse en la Biblioteca de la Facultad de Derecho.

ellos) aceptan la herencia del disponente, la viuda de quién falleció sin aceptar ni repudiar su herencia, tendrá sobre esos bienes usufructo viudal, sin perjuicio del que le pueda corresponder al cónyuge del primer causante; manifestación que, necesariamente había que hacer, al operar la adquisición de la herencia directamente del causante.

2. El Derecho de transmisión. Exégesis del art. 354 CDFA

2.1. La transmisibilidad del *ius delationis* como regla general

2.1.1. Vocación y delación¹⁰

El Derecho sucesorio aragonés, aun con sus propias peculiaridades, sigue en la actualidad la tradición romanista, de manera que sólo se adquiere la herencia mediante la aceptación (art. 322 CDFA). Ello presupone también una serie de fases que desarrollan este fenómeno y que, en Aragón, no son lineales, al contar con dos peculiares modos de delación (sucesión paccionada y fiducia) que adelantan o retrasan la delación a la apertura de la sucesión.

Con todo, por regla general, entre la apertura de la sucesión y la aceptación de la herencia existe un lapso de tiempo en que aquélla carece de titular (art. 324 CDFA), si bien el derecho a la misma (el *ius delationis*), ingresa, por ministerio de la ley, en el patrimonio del sujeto llamado a ella.

Así, en el momento del fallecimiento del causante son llamados todos sus posibles sucesores, ya sea por haberlo dispuesto el causante, ya sea por mandato de la ley; en esta situación es la que podemos calificar como *vocación*, ya que tal llamamiento comporta una legitimación para suceder pero no para adquirir.

La *delación* es un paso más, ya que consiste en atribuir al llamado la posibilidad inmediata de aceptar o repudiar el llamamiento; de manera que si acepta, adquirirá la herencia; si repudia, se producirá una vacante personal y definitiva que se resolverá llamando y ofreciendo la herencia al sustituto vulgar, a los coherederos en virtud del derecho de acrecer o a los herederos legales (art. 323 CDFA).

Con todo, puede ocurrir que el llamado fallezca sin haber ejercitado la delación.

En este caso, la ley no considera adquirida la herencia pero tampoco la entiende repudiada, dando así entrada a los mecanismos previstos para evitar este tipo de ineficacia (art. 323 y 520 CDFA).

La falta de heredero en esta situación está resuelta por el legislador en art. 354 CDFA estableciendo la llamada transmisión del derecho a aceptar o repudiar la

10. Tengo en cuenta en relación al *ius delationis* y al derecho de transmisión los estudios más relevantes en la materia: ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, (1955): "La sucesión iure transmissionis" en *ADC*, Madrid, 1955, págs. 954 y ss.; JORDANO FRAGA, (1996): *La sucesión en el "ius delationis". Una contribución al estudio de la adquisición sucesoria "mortis causa"*, ed. Civitas, Madrid; GARCÍA GARCÍA, José Manuel, (1996): *La sucesión por derecho de transmisión* ed. Civitas, Madrid; COLINA GAREA, Rafael, (2006): "Comentario al art. 1006 Cc." en *Comentarios al Código civil*, 2ª ed. Coordinados por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Thomson-Aranzadi, Madrid, pp. 1176-1206; BOSCH CAPEDEVILLA, Esteve, (2011): "Comentario al art. 1.006 Cc." en *Código civil comentado*, Volumen II, Libro III *De los diferentes modos de adquirir la propiedad* (Artículos 609 a 1087), coordinados por Ana Cañizares Laso, (y otros) Dirigidos por Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, (y otros), ed. Civitas -Thomson Reuters, Navarra, págs. 1527-1534.

herencia a los herederos de quien fallece sobreviviendo a su causante pero sin haber ejercitado la delación, que adquirió, sin poder evitarlo, por ministerio de la ley.

A estos efectos el art. 354 CDFA, *Transmisión del derecho a aceptar o repudiar*, establece que:

1. *Salvo expresa previsión en contrario del disponente, por la muerte del llamado sin aceptar ni repudiar la herencia se transmite por ministerio de la ley a sus herederos, en la proporción en que lo sean, el mismo derecho que él tenía a aceptarla o repudiarla.*

2. *La transmisión del derecho a aceptar o repudiar la herencia del causante solo tiene lugar en favor del llamado que acepta la herencia del transmitente; si son varios los que la aceptan, cada uno puede ejercitar el derecho transmitido con independencia de los otros y con derecho preferente de acrecer entre ellos.*

3. *Conforme a lo dispuesto en el artículo 278, el usufructo de viudedad del cónyuge del transmitente se extenderá a los bienes así adquiridos por los herederos de éste, sin perjuicio del que, en su caso, previamente corresponda al cónyuge del primer causante”.*

El párrafo 1 alude a la transmisibilidad *mortis causa* del *ius delationis*, mientras que los párrafos 2 y 3 regulan los efectos del mismo. Cada uno de estos párrafos serán explicados seguidamente.

2.1.2. Concepto del derecho de transmisión

De la regulación que establece el art. 354 CDFA podemos afirmar que el derecho de transmisión es aquel que concede a los herederos del llamado, que falleció sin aceptar o repudiar la herencia de su causante, la posibilidad de ejercitar *el mismo derecho que el tenía a aceptar o repudiar la herencia a la que aquél fue llamado*.

Si sus herederos aceptan la herencia de su transmitente, adquirirán, sin poder evitarlo, *ministerio legis*, el *ius delationis* a la herencia del disponente; derecho que les permitirá adir la misma, convirtiéndose directamente en herederos del disponente y, sin perjuicio, del usufructo viudal que pudiera corresponder, en su caso, tanto al cónyuge supérstite del disponente como al cónyuge supérstite del transmitente, éste por expreso mandato legal. (art. 354-3 CDFA).

2.1.3. Presupuestos de aplicación, en general

Para que tenga lugar la transmisión del *ius delationis* se requiere que concurren los siguientes requisitos, según se deduce del art. 354 CDFA:

1. Que el disponente no haya excluido el derecho de transmisión.
2. Que el llamado sobreviva al causante.
3. Que fallezca sin aceptar ni repudiar.
4. Que su llamamiento sea directo y no sujeto a condición suspensiva (art. 321-2 CDFA), y
5. Que tenga capacidad sucesoria.

Dándose estos requisitos, el llamado que fallece sin aceptar ni repudiar transmite a sus herederos la misma delación que él tenía, siempre y cuando sus here-

deros acepten la herencia de su causante. A partir de este momento podrán aceptar, si quieren, la herencia del disponente, cumpliendo un requisito más: tener capacidad sucesoria para heredar al disponente.

2.2. Sujetos del derecho de transmisión. Requisitos desde el punto de vista de los sujetos

2.2.1. Los sujetos

En este proceso transmisivo intervienen, como mínimo tres sujetos: A) El primer causante de la herencia: *el disponente*; B) El llamado a ella, que fallece sin aceptar ni repudiar, denominado *transmitente* y C) Los herederos del segundo causante, a los que se les permite ejercitar el *ius delationis* a la herencia del primer causante, y la doctrina del Código civil denomina como *transmisarios*, término que no fue del gusto de los miembros de la CADC, y por ello no fue utilizado expresamente en el texto legal aragonés¹¹.

Respecto a cada uno de estos sujetos, el art. 354 CDFa les exige que cumplan determinados requisitos, que ya he nominado y que ahora relacionaré con cada uno de los sujetos implicados.

2.2.2. El causante de la sucesión o disponente

El legislador aragonés denomina “disponente” al causante de este fenómeno transmisivo: el primer causante, a cuya herencia serán llamados los herederos del instituido directamente por él (o por la ley) para el caso de que éste, siendo capaz de heredar, le sobreviva sin haber aceptado o repudiado la herencia, y siempre que el disponente no haya evitado “expresamente” la transmisión del *ius delationis*, bien porque la excluye, bien porque nombra sustituto para el supuesto de que el llamado fallezca sin aceptar o repudiar.

Estos últimos supuestos (nombrar a un sustituto o establecer una sustitución fideicomisaria) son denominados por la doctrina como supuestos de *intransmibilización del ius delationis* a través de la personalización del mismo: cuando el causante o la ley personifican la delación se excluye el derecho de transmisión¹².

El art. 354 CDFa acoge en su texto la doctrina común respecto del art. 1006 Cc., la disponibilidad *mortis causa* por parte del causante de este llamado derecho de transmisión.

Estamos, en consecuencia, ante una norma dispositiva, que permite al causante-disponente determinar a quién le corresponde la delación, pudiendo por ello establecer la inaplicación de este precepto [habría entonces acrecimiento al resto de los llamados, de ser varios; o si fuera uno sólo el llamado habría lugar a la apertura de la sucesión legal (arts. 323, 437 y 520 CDFa)] o nombrar un sustituto para el supuesto de hecho que prevé esta norma, evitando con ello su aplicación.

11. *Acta de la CADC* de 21 de junio de 1998, folio 8.

12. En este sentido ALBALADEJO (1952), págs. 935 y ss.

2.2.3. El llamado que fallece sin aceptar ni repudiar: el transmitente

Respecto de este sujeto, el llamado o transmitente, cabe afirmar que el art. 354 CDFa le exige varios requisitos:

- 1º. Que, abierta la sucesión, sobreviva al causante.
- 2º. Que sea capaz de sucederle.
- 3º. Que haya fallecido sin aceptar ni repudiar; y
- 4º. Que su llamamiento no esté sujeto a condición suspensiva.

El art. 321-1 CDFa determina con carácter general que la delación tiene lugar en el momento del fallecimiento del causante.

Por lo tanto, tienen capacidad para suceder las personas que sobrevivan al causante (art. 325 CDFa); no estén incursas en causa de indignidad (art. 330 CDFa), ni de inhabilidad (art. 475 CDFa, en el caso de sucesión voluntaria) y, además, que no estén excluidas absolutamente de la sucesión o desheredadas (art. 336 y 338 CDFa).

Obsérvese que en los casos de premoriencia, indignidad, exclusión o desheredación, *no habría delación* a favor del llamado habiendo *quedado vacante la delación* y, por lo tanto, siendo ineficaz el llamamiento. En estos casos, no puede haber transmisión, ya que no ha habido un sujeto capaz de adquirir la delación, habiendo previsto el legislador para estos supuestos otros mecanismos llamados a cubrir esta ineficacia: la sustitución voluntaria o legal, el acrecimiento o la apertura de la sucesión legal (arts. 323, 437, 520 CDFa).

Junto a lo anterior, se exige que el llamamiento sea puro y no esté sujeto a condición suspensiva, puesto que en estos casos sería inaplicable el art. 354 CDFa al no haberse producido la delación [art. 321-2 y 437 b) CDFa], al igual que en los casos anteriores.

Cuando el llamado sobrevive al causante y tiene capacidad sucesoria, adquiere por *ministerio de la ley*, y sin poder evitarlo, el *ius delationis*, que no es otra cosa que la facultad de aceptar o repudiar el ofrecimiento para adquirir la herencia del causante.

Por lo tanto, producida la delación eficazmente a favor del llamado, éste ha de fallecer sin haberla ejercitado: no ha de haber aceptado ni expresa ni tácitamente (art. 350 CDFa) ni tampoco haber repudiado el llamamiento (art. 351 CDFa).

En efecto, la transmisión del *ius delationis* en estas circunstancias es automática, el transmitente no goza de poder de disposición sobre el mismo: ni inter vivos ni mortis causa, cualquier desviación respecto de este destino que marca la ley, se reconducirá a un caso de aceptación tácita *ex art. 350 CDFa*¹³.

Concurriendo estos requisitos, el art. 354 establece que *se transmite por ministerio de la ley a sus herederos, en la proporción en que lo sean, el mismo derecho que él*

13. La aceptación tácita de la herencia (349-3 y 350 CDFa) excluye la aplicación del art. 354 CDFa, al haberse ejercitado la misma habiéndose consumado el efecto adquisitivo. Sobre la interpretación del art. 1000 Cc. en relación con la transmisión del *ius delationis* puede verse la STS 516/2012, de 20 de junio [Ponente Excmo. Sr. D. Javier Orduña Moreno (RJ 2012 9001)], cuya doctrina entiendo que es trasladable al art. 350 del CDFa.

tenía a aceptarla o repudiarla; efecto inevitable: *ministerio legis*, dice expresamente la norma aragonesa.

2.2.4. Los herederos del segundo causante: los transmisarios

El art. 354 CDFA, tras afirmar que, por ministerio de la ley, *el llamado transmite a sus herederos el mismo derecho que él tenía*, establece en el párrafo 2, en concordancia con lo anterior, otro requisito: que los transmisarios acepten la herencia de su transmitente: *La transmisión del derecho a aceptar o repudiar sólo tiene lugar a favor del llamado que acepta la herencia del transmitente*.

En efecto, para poder adquirir la herencia del disponente (causante de la sucesión), los llamados a la herencia del transmitente, deben aceptar dicho llamamiento; con la aceptación, y convertidos ya en herederos del transmitente, adquieren los bienes y derechos de la herencia.

Por lo tanto, aceptada la herencia de su causante, los transmisarios, y sin poder evitarlo, según afirma unánimemente la doctrina entorno al art. 1006 Cc., adquieren “derivativamente”, a través de la herencia del su causante y por el plazo que a éste le pudiera quedar para ejercitarla, la delación a la herencia del disponente.

a) Llamamiento a título de heredero. Según afirma la doctrina civil entorno al art. 1006 Cc., trasladable al art. 354 CDFA, la transmisión sólo puede verificarse a favor de quien sea sucesor a título universal, tanto si son herederos legales como voluntarios.

Con ello, se pretende excluir al legatario, aun cuando lo sea de parte alícuota de la herencia (art. 468 CDFA); así como al heredero *ex re certa*, cuya vocación y delación queda determinada específicamente por el transmitente (art. 467 CDFA)¹⁴; ellos, en su caso, y respecto a cada uno de los bienes a los que han sido llamados, podrían transmitir a sus herederos el derecho que a su causante le pudiera corresponder (art. 478 CDFA).

Por lo que respecta al heredero troncal, aun cuando esté llamado a heredar bienes troncales, bien sean simples o de abolorio, en principio, su delación sería también objeto de transmisión *ex art.* 354 CDFA al ser su llamamiento sucesorio a título universal (art. 518 CDFA), razón por la cual, responde de las deudas como cualquier otro heredero (art. 355 CDFA).

Respecto del recobrante, al ser un sucesor a título particular por disposición legal (art. 319-2 CDFA), tal vez, sería más conveniente incluirlo, en su caso, en la regulación del derecho de transmisión del art. 478 CDFA.

b) Ejercicio individual de la delación. Por último, el párrafo 2 del art. 354 *in fine*, acoge también lo que era opinión común en la interpretación del art. 1.006

14. En principio el heredero *ex re certa* no tiene un llamamiento universal y, por lo tanto, está excluido del derecho de transmisión regulado en el art. 354 CDFA, ya que él no está llamado al resto de los bienes que compongan el patrimonio hereditario del transmitente. Ahora bien, en atención a lo previsto en el art. 467-2 CDFA cabría pensar si acaso, cuando toda la herencia del transmitente hubiera sido distribuida entre herederos *ex re certa*, éstos tendrían derecho a suceder en el *ius delationis* de su *tradens*, en la porción al valor de lo recibido por cada uno sin que tenga lugar la apertura de la sucesión legal.

Cc., esto es, que aun cuando fueran varios los herederos transmisarios, el ejercicio del *ius delationis* a la herencia del disponente es individual, de manera que unos pueden aceptar el derecho transmitido y otros repudiarlo, acreciendo su parte al resto de los aceptantes. Así se prevé expresamente también en el Derecho civil de Cataluña, art. 461-13.2, norma que fue tenida en cuenta por el legislador aragonés¹⁵.

2.3. Efectos del derecho de transmisión

Una vez que los transmisarios han aceptado la herencia del transmitente y ejercitado el *ius delationis*, la doctrina se ha preguntado por los efectos que produce esta aceptación, o lo que es lo mismo: los transmisarios, a quién heredan: ¿sólo a su transmitente o también al disponente?

La doctrina científica y la jurisprudencia han seguido diversas teorías que paso a exponer.

2.3.1. La doctrina: Teorías sobre el ejercicio positivo de la delación

En relación a esta materia se han defendido dos teorías: la llamada teoría clásica o de la doble transmisión y la llamada teoría moderna o de adquisición directa.

2.3.1.1. *La llamada teoría clásica o de la doble transmisión*, defiende que en la sucesión por derecho de transmisión existen dos movimientos de bienes: uno, desde la masa hereditaria del disponente al transmitente y otro, desde el transmitente a los transmisarios.

La explicación que proporcionan los seguidores de esta teoría pasa por afirmar que el transmisario actúa siempre como sucesor universal del transmitente y nunca como verdadero y directo heredero del primer causante, pues éste no lo designa como tal en el testamento: *carece de vocación*¹⁶.

Por ello, dirán lo partidarios de esta teoría, que el transmisario se limita, en puridad, a ejercitar el derecho del transmitente (el derivado de su propia vocación), de suerte que ha de seguirse la misma consecuencia práctica que si hubiese sido él quién la hubiese ejercitado: los bienes de la herencia originaria se integran en la del transmitente y pasan al transmisario en su calidad de sucesor a título universal de éste último¹⁷.

15. SERRANO GARCÍA, José Antonio (1997): folios 1 a 6, *Memoria Título I*.

16. Cfr. LACRUZ, (2009): *Elementos de Derecho civil V. Sucesiones*. 4ª ed. Revisada y puesta al día por Joaquín Rams, Dykinson, Madrid, p. 42 (vid bibliografía allí citada, destacan Valderde, 1939, Roca Sastre, 1948, García García, 1996); recientemente GALICIA AIZPURUA, Gorka (2014): págs. 254 a 258.

17. Cfr. SAP de Alicante, 458/2010 de 12 noviembre. (AC 2011 672). En ella, hay cita de abundante de Sentencias de Audiencias españolas que siguen mayoritariamente este criterio. Pueden citarse también los Autos de declaración de herederos de la AP de Badajoz (Sección 3ª), Auto núm. 141/2009 de 10 septiembre (JUR 2009 429016), en el que afirma:

«No puede aceptarse el argumento del Ministerio Fiscal, pues viene a sostener que el “ius delationis” de los herederos de Don Teófilo, Doña Araceli y Don Juan Ignacio se extinguió cuando éstos fallecieron, toda vez que, al no haber aceptado ni repudiado la herencia, el artículo 1006 del Código Civil determina que ese derecho se transmite incólume a sus propios herederos -el denominado “ius transmissionis”-, produciéndose así sucesivas transmisiones, la primera, del causante inicial, Don José, a los llamados a su herencia (sus hermanos Doña Araceli, Don Juan Ignacio y Doña Rosaura), y así sucesivamente, cada uno de los hermanos citados a sus propios herederos, *que no adquieren del causante inicial directamente, sino a través de la herencia de sus respectivos causantes*» (FD Segundo).

En el fondo, afirma esta teoría, que los transmisarios ejercitan un derecho ajeno: el del transmitente, fingiendo la ley que él hereda después de muerto, y por ello los bienes del disponente ingresan en su patrimonio¹⁸; en apoyo de esta explicación han argüido también el art. 20 Lh., al referirse este precepto a la constancia de dos transmisiones.

Con esta teoría, al suceder los transmisarios únicamente a su transmitente, sólo respecto de éste deben tener capacidad sucesoria siendo indiferente que no la tengan respecto del disponente ya que no son herederos suyos¹⁹.

2.3.1.2. *La llamada teoría moderna o de adquisición directa* fue seguida en España por ALBALADEJO y a ella se han sumado buen número de autores, entre los que me incluyo, destacando entre todos JORDANO FRAGA²⁰, quien aporta excelentes argumentos en su defensa.

Esta teoría explica que el transmisario sucede al primer causante directamente. Se afirma que el adquirente del *ius delationis* no ejercita un derecho del transmitente, que hubiese producido efectos retroactivos, sino un derecho propio, que debe producir sus efectos en su patrimonio.

El transmisario deviene heredero de dos herencias: la de su transmitente y la del disponente, y por ello, requiere también gozar de capacidad para suceder a cada uno de los causantes a cuya herencia es llamado. El transmitente sólo transmite la delación y no los bienes de la herencia del disponente, éstos nunca ingresaron en su patrimonio ni formaron parte de su herencia.

2.3.2. La jurisprudencia

El TS, pero sobre todo las Audiencias Provinciales españolas, se han mostrado partidarias de la teoría clásica o de la doble transmisión.

Frente a esta doctrina forense, mayoritaria, pero no unánime, recientemente el TS ha puesto, a lo que creo, fin a esta situación, *al fijar doctrina jurisprudencial en relación a los efectos y naturaleza del art. 1006 Cc.*

En efecto, el TS, en sentencia 539/2013, de 11 de septiembre, explica la naturaleza y efectos del llamado derecho de transmisión, a través de la llamada teoría moderna o de la doble capacidad, afirmando al respecto 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

En el mismo sentido: AP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª) Auto núm. 30/2008 de 25 febrero. (JUR 2008 183386); AP de Guadalajara (Sección 1ª) Auto núm. 87/2007 de 12 noviembre (JUR 2008 267807).

18. En este sentido R. DGRN de 17 de julio de 2006, cuya doctrina aplica el Auto de la AP de Guadalajara 87/2007, de 12 de noviembre (JUR 2008 267807)

19. Explicaba Albaladejo que esta teoría sólo hubiera sido posible en un sistema hereditario de adquisición *ipso iure* de la herencia: en él, los bienes ingresan ya en el patrimonio del heredero, que en verdad lo es, aun cuando sea de forma provisional, puesto que se le permite repudiar Cfr. ALBALADEJO GARCÍA (1952), pág. 958, nota al pie 107. Quizás, este fuera el sistema originario aragonés mucho más respetuoso con la troncalidad, como veremos, pero no lo es ahora.

20. ALBALADEJO GARCÍA (1952); JORDANO FRAGA, (1996); BAYOD LÓPEZ (1998); recientemente BERROCAL LANZAROT (2014), con abundante cita de los seguidores de esta teoría.

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 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 (FD Segundo)*²¹.

La doctrina del TS es aplicable a mi juicio (y al de los coponenetes) al art. 354 CDFA que, como ya he indicado, fue redactado siguiendo dicha doctrina y expresamente se refiere a ello el párrafo 2 de dicho precepto: “La transmisión del derecho a aceptar o repudiar *la herencia del causante sólo tiene lugar a favor del llamado que acepta la herencia del transmitente*”, expresando, obviamente, que la aceptación recae directamente sobre la herencia del disponente, sin que opere una doble transmisión; y sirve también de justificación el párrafo 3º de dicho precepto.²²

Por lo tanto, teniendo en cuenta la aplicación de la teoría moderna o de transmisión directa, ahora seguida por el TS para dar explicación al art. 1006 Cc., y recogida por el legislador aragonés en el art. 354 CDFA, cabe afirmar que los transmisarios deben cumplir los siguientes requisitos:

1º. Aceptar la herencia del transmitente, para lo cual deben sobrevivirle y ser capaces de heredarle (art. 325 CDFA).

2º. Tras la aceptación de la herencia del transmitente, tendrá lugar la delación a la herencia del disponente a favor de los transmisarios: art. 321-3.2 CDFA (delación sucesiva).

3º En el momento que se produzca la delación a su favor deberán ser capaces de suceder también al disponente, debiendo tener capacidad sucesoria (art. 322, 325 y 329 CDFA) para adir la herencia, con el ingreso en su patrimonio de los bienes que componen la misma.

2.3.3. Efectos y consecuencias de la aplicación de cada una de estas teorías: Ejemplificación

Las consecuencias de aplicar una u otra teoría son importantes en orden:

2.3.3.1. *La partición de la herencia*: aplicando la teoría moderna los transmisarios tienen derecho a concurrir individualmente, y en función de su cuota, en la partición de la herencia del disponente, ya que estos bienes ingresan directamente en el patrimonio del heredero y no en el del transmitente.

2.3.3.2. *En la legítima*: en la herencia del transmitente no se han de computar los bienes del disponente, ya que no forman parte de su herencia; por el contrario sí que serán computables en la herencia de los transmisarios y, por lo

21. En el mismo sentido se ha manifestado la DGRN en Resolución núm. 4552/2014 de 26 marzo 2014 (RJ 2014 2376) comentada, junto a la STS referida en texto, por MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual (2014): págs. 1 a 10.

22. En este sentido SERRANO GARCÍA (2012-1): pág. 535; MERINO HERNÁNDEZ (2002): págs. 311 y ss.

tanto, sí serán tenidos en cuenta para el cálculo de la cuota legitimaria de sus descendientes (art. 489 CDFA).

2.3.3.3 *Donaciones colacionables*: de existir y proceder, deberán colacionarlas los transmisarios, en la herencia en que proceda, también en la del disponente, si de éste hubieran recibido bienes.

2.3.3.4 *Los acreedores*: que lo sean del transmitente no pueden hacer valer sus créditos sobre los bienes que componen la herencia del disponente, puesto que estos no han sido adquiridos por su deudor; sí en cambio podrán hacerlo los acreedores de los transmisarios, a quiénes también les corresponderá, en su caso, el ejercicio de la acción prevista en art. 353 CDFA²³.

2.3.3.5. *Capacidad para heredar*: los transmisarios deben tener capacidad sucesoria respecto de ambos causantes: del transmitente y del disponente, de aquél, porque necesariamente han de adquirir su herencia, y de éste, porque son herederos directos suyos.

Ahora bien, la capacidad de los transmisarios respecto de la herencia del disponente deberá ser calificada al tiempo en que se produzca la delación (art. 329-1 CDFA) y este momento, no es cuando fallece el causante, sino en el momento en el que acepten la herencia de su transmitente. Ello, significa también que, dada la aleatoriedad por la que el transmisario llega a ser heredero del disponente, no le sean aplicables las causas de incapacidad relativas (art. 475 CDFA)²⁴.

Estos efectos prácticos se derivan de la circunstancia de encontrarnos ante dos herencias diversas: la del disponente y la del causante-transmitente a la que están llamados unos mismos sujetos que concurren con independencia a cada una de ellas, si bien es requisito para adir la primera de ellas, ser heredero del causante de la segunda. En definitiva, no hay dos transmisiones sino dos sucesiones.

2.4. Derecho de transmisión y viudedad.

El párrafo 3 del art. 354 CDFA, en aplicación del principio *favor viuditatis*²⁵, reproduce en esta sede lo ya dispuesto en el art. 278 CDFA, la extensión del usufructo viudal a los bienes adquiridos por los herederos del cónyuge premuerto en virtud del derecho de transmisión o como consecuencia de los adquiridos por otros sujetos cuando tenga lugar el acrecimiento consorcial.

Por lo que respecta al *iure transmissiones*, el párrafo 3 del art. 354 CDFA, dispone: “Conforme a lo dispuesto en el art. 278, el usufructo de viudedad del cónyuge del transmitente se extenderá a los bienes así adquiridos por los herederos de

23. Cfr. Por todos, JORDANO FRAGA, (1990): pág. 319 y 341; 1531; BERROCAL LANZAROT, (2014): pág. 67 y ss.

24. Cfr. Por todos, ALBALADEJO, (1952): págs. 956 y ss; BOSCH CAPDEVILA (2011): pág. 1531; BERROCAL LANZAROT, (2014): pág. 66 y ss; STS 539/2014, de 11 de septiembre (RJ 2013 7045); BAYOD LÓPEZ, (1998).

25. La salvaguarda del derecho de viudedad procede directamente del art. 39 Lsuc. de 1999, que establece la extensión del derecho de viudedad a los bienes adquiridos por derecho de transmisión. El profesor Serrano, que redactó la Memoria de la Ley de sucesiones, justificó este derecho con base en dicho principio, que aparecía reflejado en diversos proyectos de Apéndice en los que se hacía referencia a la salvaguarda de la viudedad, si bien no se hablaba en ellos del derecho de transmisión, que no se reguló. En la práctica notarial se afirmara también la existencia de la viudedad sobre los bienes adquiridos *iure transmissionis*. Sobre esta cuestiones vid. SERRANO GARCÍA, José Antonio (1997): págs. 48 a 50 de la *Memoria*; MERINO HERNÁNDEZ, José Luís (2002): pág. 315 a 317.

éste, sin perjuicio del que, en su caso, previamente corresponda al cónyuge del primer causante”.

2.4.1. Fundamento: estructura del derecho de viudedad y del “*ius delationis*”.

Como recuerda la mejor doctrina²⁶, el derecho de viudedad, en su fase de derecho expectante recae sobre todas las titularidades, de bienes o de derechos, que ingresen en el patrimonio de cualquiera de los cónyuges, aun cuando ni siquiera hayan tomado posesión de los mismos.

El *ius delationis*, por ministerio de la ley, ingresa en el patrimonio del llamado sin que éste pueda evitarlo.

Así las cosas, en el supuesto de que el transmitente estuviera casado, el *ius delationis* está afecto al derecho expectante de viudedad, de manera que si es ejercitado positivamente, bien por el propio transmite, bien por sus herederos, en virtud del derecho de transmisión, dichos bienes deben estar sujetos al usufructo del viudo supérstite y, sin perjuicio, desde luego, del usufructo que, en su caso, le pudiera corresponder al cónyuge viudo del disponente.

Ni la doctrina científica, ni tampoco la jurisprudencia, nos enseñan antecedentes del juego del derecho de transmisión vigentes los Fueros de Aragón; tampoco vigente el Apéndice o la Compilación, porque como ya he indicado es esta una figura desconocida en el Aragón.

Con todo, la doctrina ha fijado precedentes prelegislativos de los que cabe deducir esta posibilidad. En concreto, el profesor SERRANO GARCÍA²⁷, en la *Memoria de Borrador del Anteproyecto de ley de sucesiones por causa de muerte*, para justificar la viudedad sobre los bienes adquiridos *iure transmissionis*, trae a colación diversos preceptos de los proyectos de Apéndice, en concreto los arts. 112-5º del Proyecto de 1904, que respecto de la reversión de las legítimas se entendía “sin perjuicio del derecho de viudedad de los consortes de los asignatarios”; el art. 79 del Proyecto de 1899, que en todo lo relativo al derecho de sucesiones afirma lo siguiente: “Todo lo prescrito en este Código y en el derecho supletorio común respecto a sucesiones por testamento o sin él, se entiende sin perjuicio del derecho de viudedad foral o pactada que corresponda al cónyuge sobreviviente”; por último, el art. 181-4º a la Adición a la Memoria de Franco y López, en sede de sucesión paccionada, dispone que aun cuando el instituido heredero premuera al causante sin dejar sucesión, “pasará el usufructo de los bienes de la herencia al consorte de aquél, si se conserva viudo”.

Todos estos preceptos son, a lo que creo, claros fundamentos, para defender la existencia de viudedad sobre los bienes adquiridos *iure transmissionis*, sin necesidad de que los mismos hayan ingresado en el patrimonio del transmitente,

26. SANCHO REBULLIDA, Fco. de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, (1993): “Comentario a los arts. 72 a 88 de la Compilación de Derecho civil de Aragón”, en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, Vol. 2º, dirigidos por José Luis Lacruz Berdejo y Jesús Delgado Echeverría, ed. DGA, Zaragoza, págs. 623 a 886.

27. SERRANO GARCÍA, José Antonio (1997): págs. 48 a 50.

ya que la causa de su adquisición es un derecho que sí ingresó en él: el *ius delationis*.

De cualquier manera, y precisamente porque estos bienes nunca han ingresado en el patrimonio del transmitente quizás se hiciera necesario, para despejar cualquier género de dudas, esta afirmación, que no hubiera sido necesaria, de haberse seguido el sistema doble transmisión en art. 354 o simplemente porque el sistema de adquisición de la herencia en Aragón fuera automático, como ocurre en los legados, dónde el art. 478 CDFa nada dice y, desde luego, acaso con mayor razón, nadie duda de la existencia de viudedad sobre dichos bienes.

De cualquier manera, el funcionamiento y fundamento de cada una de estas figuras, viudedad y delación, justifican la clara explicación que proporciona tanto el art. 278, como los arts. 354 y 475 CDFa, en relación al derecho de transmisión y al consorcio foral, preceptos que recogen la práctica notarial que, vigente la Compilación, y sin sustentarse en texto legal, se venía aplicando en virtud de los principios que informan a la viudedad foral aragonesa²⁸.

II. LAS RELACIONES DEL DERECHO DE TRANSMISIÓN CON OTROS MECANISMOS DE INEFICACIA. ORDEN DE PREFERENCIA

3. La relación entre los casos de ineficacia previstos en los arts. 323 y 520 CDFa y el derecho de transmisión ex art. 354 CDFa

3.1. Preferencia del Derecho de transmisión

La doctrina del Código civil ha discurrido desde hace varios decenios acerca de qué mecanismo es preferente, si el llamado derecho de transmisión o el resto de los supuestos previstos para evitar la ineficacia del llamamiento, bien sea la sustitución vulgar, el acrecimiento o el llamado derecho de representación.

La solución que ofrece la doctrina científica es la preferencia del llamado derecho de transmisión regulado en el art. 1.006 Cc., ya que en éste la delación no queda vacante, sino que la adquiere el llamado y la transmite a sus herederos, no hay, por lo tanto, ineficacia.

La respuesta para el Derecho aragonés es la misma, si bien debemos matizar que más que de una situación de preferencia o de prioridad nos encontramos ante normas (323 y 520 en relación con el art. 354 CDFa) que responden a diferentes supuestos de hecho; y por ello, la aplicación de uno de ellos, excluye a los otros.

En efecto, si el llamado a una herencia ha sobrevivido al causante, y era capaz de sucederle, su delación no ha sido ineficaz, sino que, por ministerio de la ley, forma parte de su herencia, no hay vacancia, y por ello, hay transmisibilidad de la delación ex art. 354 CDFa; no es, por lo tanto, que el derecho de transmisión

28. MERINO HERNÁNDEZ, [José Luís (2002): pág. 316 y 317] se refiere a dicha práctica notarial y critica ampliamente esta decisión del legislador, al considerar que no puede haber viudedad sobre bienes que nunca han estado en el patrimonio del transmitente, ya que estos bienes los adquieren directamente los transmisarios de la herencia del disponente.

sea preferente al resto de los casos [sustitución, voluntaria o legal, y acrecimiento], sino que éstos no son de aplicación, porque el llamado, no ha premuerto, no está ausente, no es incapaz, ni ha repudiado.

La doctrina del Código civil más reciente, volviendo los ojos al Derecho catalán que contempla expresamente “la preferencia” del llamado derecho de transmisión frente al acrecimiento (art. 462.1.1 Cc.Cat.) afirma, en el sentido que señalo, “que más que de preferencia debe hablarse de instituciones con ámbito de actuación distintos: el derecho de transmisión para el supuesto de fallecimiento del heredero sin haber ejercitado la delación, y el derecho de acrecer y la sustitución vulgar para los casos de inexistencia de delación (por premoriencia, incapacidad, o indignidad entre otras) o por agotamiento de la delación (repudiación de la herencia)”²⁹.

Con todo, veamos cada uno de los supuestos algo más detenidamente.

3.2. Derecho de transmisión y sustitución vulgar.

3.2.1. La preferencia del derecho de transmisión sobre la sustitución vulgar.

3.2.1.1. Concepto y finalidad. La sustitución vulgar es un mecanismo voluntario, previsto por el causante en su testamento, con la finalidad de evitar la ineficacia del llamamiento sucesorio.

El sustituto está llamado de forma indirecta de manera que, para los casos en los que el instituido en primer lugar no puede o no quiere heredar, la herencia se deferirá al sustituto.

En la sustitución vulgar existe un único llamamiento que opera de forma inmediata (desde la apertura de la sucesión) pero indirecta; hay un solo heredero: el primeramente llamado y, en su defecto, el sustituto. Así lo establece expresamente el art. 321-3.1 CDFA.

3.2.1.2. Aplicación supletoria del Código civil. Casos en los que procede. El legislador aragonés alude a la sustitución vulgar en el art. 323 CDFA como uno de los mecanismos previstos en orden a evitar la ineficacia del llamamiento sucesorio voluntario, y el primero que ha de aplicarse cuando es ineficaz el mismo: se antepone a la sustitución legal y al acrecimiento.

La sustitución vulgar no está regulada por el legislador aragonés resultando aplicable lo dispuesto por el Derecho supletorio, en concreto lo previsto en el art. 774 Cc.

Por lo tanto, la sustitución vulgar tendrá lugar cuando el llamado muera antes que el causante (premoriencia), no quiera o no pueda heredar. La sustitución simple, y sin expresión de casos, dice el párrafo 2 del art. 774 Cc., *comprende estos tres expresados, a menos que el testador haya dispuesto lo contrario*; esto es, haya eliminado alguno de los casos mencionados en la norma o añadido otros como bien podría ser la muerte del llamado sin aceptar ni repudiar.

29. BOSCH CAPDEVILLA, Esteve (2011): pág. 1532; BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel (2014): pág. 62.

La doctrina³⁰ afirma que la enumeración que lleva a cabo el precepto, no es exhaustiva y puede reconducirse a dos supuestos: *i*) que el llamado no adquiera la herencia (o legado) porque no quiere, sería el supuesto de la repudiación; o *ii*) porque no puede, donde se incluye, la premoriencia, ya citada por el legislador del Cc. expresamente; la ausencia, la indignidad; y la incapacidad para suceder entre otras³¹.

Como puede observarse todos ellos son supuestos que responden a una ineficacia originaria: cuando se ofrece la herencia, el llamado no existe o no puede recibirla, o la repudia, y es como si nunca hubiera estado llamado a la herencia, por ello se habla de *vacancia* en la delación.

3.2.1.3. *Preferencia del derecho de transmisión ex art. 1006 Cc.* Durante decenios, la doctrina del Código civil se ha preguntado si en el supuesto de que el llamado a una herencia, que habiendo sobrevivido al causante, fallece sin aceptar ni repudiar, pero habiéndosele nombrado por el causante un sustituto, debe preferirse al sustituto o bien debe prevalecer el *iure transmissionis* regulado en el art. 1006 Cc.³².

La doctrina viene admitiendo de forma unánime³³ que en estos casos debe primar el derecho de transmisión sobre la sustitución vulgar prevista por el disponente.

La explicación que ofrecen toma como premisa el diferente juego de cada una de las instituciones: en el caso del sustituto vulgar entienden que se ha producido una vacancia en la delación, mientras que el derecho de transmisión no hay tal vacancia porque, al sobrevivir el llamado al causante, adquirió la delación transmitiéndola a sus herederos.

Con todo, la doctrina se ha planteado si acaso el nombramiento de un sustituto voluntario no sería expresión, por parte del disponente, de una voluntad presunta que elimina el juego del derecho de transmisión.

ALBALADEJO en 1979 señaló que esta causa no se encontraba regulada por el art. 774 Cc. y sólo si “expresamente” la recogía el causante en su testamento sería posible que, en dicho caso, la herencia se ofreciera al sustituto, pero ello no es hacerla prevalecer, añadía ALBALADEJO, sino *personalizar la institución de heredero* haciendo que por esta causa también se extinga la delación³⁴.

3.2.1.4. *Y en Aragón: ¿Quid iuris?* En Aragón puede ofrecerse la misma explicación expuesta para el sistema del Código civil.

30. Por todos, CÁMARA LAPUENTE (2013), pág. 207.

31. Un amplio elenco recoge ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, (1979): *Sustituciones hereditarias*, Oviedo, págs. 17 y ss; seguidos por la jurisprudencia y el resto de la civilística española, por todos vid.: CÁMARA LAPUENTE (2013), pág. 207 y ss.

32. Así se establece, por ejemplo, en Derecho Austriaco en el § 809.

33. Por todos, ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, (1979): págs. 87 y ss. ; JORDANO FRAGA, (1990): págs. 285-286; recientemente, con cita de toda la doctrina anterior, BERROCAL LANZAROT (2014): pág. 62.

34. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, (1979): pág. 89.

Con todo, cabría pensar si acaso, el nombramiento de un sustituto vulgar elimina (intransmisibiliza)³⁵ el juego del art. 354 CDFA.

En efecto, el art. 354 CDFA comienza afirmando su carácter dispositivo: *Salvo expresa previsión en contrario del disponente*; expresión ésta que bien podría hacer pensar que el nombramiento de un sustituto vulgar elimina el juego del derecho de transmisión anteponiéndose, entonces, la sustitución vulgar al derecho de transmisión, por ser este un supuesto de “previsión en contrario del disponente”.

Siguiendo este razonamiento, podríamos entender que el nombramiento por el primer causante de un sustituto para la persona a quien llama a su sucesión en el caso de que ésta no quiera o no pueda aceptar (art. 774 Cc.) impide el juego de la *transmissio*, por implicar una voluntad tácita de intransmisibilidad del *ius delationis* para la primera herencia³⁶.

La anterior argumentación, aun cuando es muy sugerente, no parece adecuada para el Derecho sucesorio aragonés, al exigir el art. 354 CDFA que dicha excepción sea “expresa”, esto es, que el causante elimine con claridad y sin lugar a dudas la aplicación de este precepto, utilizando, en consecuencia, otros mecanismo para corregir la ineficacia y, en particular, nombrar un sustituto, para cuando el primer llamado fallezca sin aceptar o repudiar.

En el seno de la CADC se tuvo en cuenta esta posible interpretación: el entonces art. 37 del *Borrador de Memoria* redactado por el prof. Serrano comenzaba diciendo “Salvo previsión en contrario del disponente” y con toda reflexión se añadió el término “expresa”, precisamente para evitar que se pudiera sostener que el nombramiento de un sustituto por sí solo evitaba en Aragón el juego del derecho de transmisión³⁷.

Con todo, alguna sentencia aragonesa ha interpretado de forma laxa esta norma, y en un supuesto en el que uno de los herederos y prelagatario (Javier) falleció habiendo sobrevivido a la causante, pero sin haber ejercitado la delación, se entendió por la Sala que la cláusula testamentaria establecía un supuesto de sustitución vulgar que elimina el derecho de transmisión, al interpretar que esa era la voluntad del disponente, deducida del testamento.

En concreto afirma

“En todo caso hay que estar a la “voluntad del disponente”. Así se desprende de todo el conjunto normativo de la ley de sucesiones (arts. 8, 29 y 19, entre otros). Pero como principio programático, del art. 3, según el cual “ *el disponente goza de la más amplia libertad para ordenar su sucesión. . . sin más límites que el respeto a la legítima y los generales del principio standum est chartae*”.

35. “Intransmisibilización del *ius delationis*” es la expresión utilizada por la doctrina desde que la usara Albaladejo en 1952.

36. Sobre esta posición doctrinal y la argumentación en contra de la misma vid. JORDANO FRAGA, FRANCISCO (1990), págs. 278 a 284.

37. D. Adolfo Calatayud Sierra señaló que la expresión “salvo previsión en contrario” podía suscitar dudas sobre su alcance, ya que al relacionarla con la sustitución vulgar podía entenderse que la sustitución establecida por el causante es un supuesto de “previsión en contrario”. Por ello propuso que sería mejor empezar diciendo “Salvo *expresa* previsión en contrario”. Tal precisión fue aceptada por el resto de los miembros de la Comisión. Cfr. Acta de la CADC de 21 de junio de 1998, págs. 7 y 8.

Y a tal efecto, la madre común de los ahora litigantes dispuso que si alguno de sus hijos Javier, Eduardo o Marisol la premuriesen o no pudieran o quisieren heredarla, serían sustituidos por sus respectivos descendientes y, a falta de éstos (que es el caso de Javier), por los otros dos hijos citados, tanto en la herencia como en los legados o prelegados.

Es decir, la voluntad de la testadora fue clara. Si los bienes que lega o prelega no acceden definitivamente a los destinatarios queridos por ella, pasarán a sus descendientes o -en su defecto- a los otros dos hermanos. En este caso, Eduardo y Marisol. Por lo que aquellos bienes del legado de Javier no forman parte del haber hereditario y han de quedar fuera del Inventario. Confirmándose así la sentencia apelada en este punto³⁸ (FD Quinto)

3.3. El derecho de transmisión y el acrecimiento.

3.3.1. La preferencia del derecho de transmisión sobre el acrecimiento.

3.3.1.1. *El acrecimiento: supuesto de hecho.* El acrecimiento tiene lugar cuando varias personas son llamadas de forma conjunta o solidaria a una misma herencia o parte de ella, y uno de los llamados no quiere o no puede aceptar su parte, *salvo que el disponente hubiera nombrado un sustituto o excluido el derecho de acrecer o procediera la sustitución legal o el derecho de transmisión regulado en el art. 387 CDFA*; así lo establece expresamente el vigente art. 481 CDFA que indica los casos en los que procede el acrecimiento.

Como señala SERRANO GARCÍA³⁹ entre los medios de evitar la ineficacia de un llamamiento voluntario, el derecho de acrecer es subsidiario, residual, y cuando no tiene lugar da paso a la sucesión legal o a la refundición del legado en la masa de la herencia (art. 323 y 465-2 CDFA).

3.3.1.2. *El derecho de transmisión se antepone al acrecimiento.* En Derecho aragonés no hay duda de la preferencia del derecho de transmisión sobre el derecho de acrecer; la regulación de éste indica, como ha señalado la doctrina, su carácter subsidiario.

Por ello, si el llamado conjuntamente con otros a una cuota de la herencia fallece, habiendo sobrevivido al causante pero sin aceptar ni repudiar, la delación se transmite a sus herederos, tal y como establece el art. 354 CDFA; sólo si todos ellos repudian, habrá lugar al acrecimiento, y siempre y cuando no se hubiera nombrado al transmitente un sustituto (arts. 323 y 481 CDFA).

3.4. Sustitución legal y derecho de transmisión.

3.4.1. El derecho de transmisión impide (elimina) la aplicación de la sustitución legal.

En Derecho civil aragonés la sustitución legal actúa tanto en la sucesión voluntaria como en la legal, siendo este un rasgo que diferencia a esta figura del

38. S. 157/2012 de la APZ (Secc.5ª) de 6 de marzo, Ponente. Ilmo. Sr. D. Antonio Luis Pastor Oliver [(RJ 2012 118106) y (RDCA-2012-XIX, marginal núm. 78)].

39. SERRANO GARCÍA, José Antonio (2012-1), pág. 529.

llamado derecho de representación del Código civil, aplicable tan sólo a la sucesión intestada, y escasamente a la testamentaria.

Con todo, en lo que atañe al orden de preferencias entre uno y otro mecanismo, el discurso de la doctrina del Código civil puede también aplicarse en Aragón y afirmar que el derecho de transmisión es preferente a la sustitución legal.

Ahora bien, como ya he repetido varias veces, la razón no es que haya una preferencia entre la aplicación de uno u otro mecanismo, sino que cada uno de ellos tiene sus propios presupuestos de aplicación: en el *iure transmissionis* no hay vacancia, sino delación adquirida y no ejercitada.

Por esta razón, si se aplica el derecho de transmisión no tendrá lugar en ningún caso la sustitución legal.

En efecto, si el llamado, que ha sobrevivido al causante, fallece sin aceptar ni repudiar se aplica el art. 354 CDFA; si los herederos del transmitente repudian la herencia del disponente, se aplicarán el resto de los mecanismos de ineficacia: la sustitución vulgar, si la hubiera habido, tras ello, el acrecimiento, a falta de todos los demás se abrirá la sucesión legal.

3.4.2. Diferencias entre el derecho de transmisión y la sustitución legal.

Sus diferencias no sólo están en los presupuestos de actuación, sino también en los sujetos llamados a heredar al causante y en los requisitos de aplicación.

a) La sustitución legal exige para su aplicación una relación de parentesco entre el causante y el llamado: éste ha de ser descendiente o hermano de aquél (art. 335 CDFA); mientras que para que tenga lugar el derecho de transmisión no se exige relación alguna de parentesco entre el disponente y el llamado (transmitente).

b) En la sustitución legal se llama como sustitutos legales a los descendientes del llamado, sean o no herederos suyos; mientras que en el derecho de transmisión se llama como transmisarios a los herederos del llamado, sean o no sus descendientes.

c) En base a lo anterior, los sustitutos legales, que son herederos directos del causante, no necesitan aceptar la herencia del sustituido, ya que no se les exige ser sus herederos; mientras que los transmisarios sí deben aceptar la herencia del transmitente para poder aceptar la herencia del disponente, al exigir la norma su condición de herederos como presupuesto necesario para adir la herencia del disponente.

d) Por último, la viudedad no juega en los casos de la sustitución legal, y sí cuando procede la aplicación del derecho de transmisión, al haber sobrevivido el llamado a su causante.

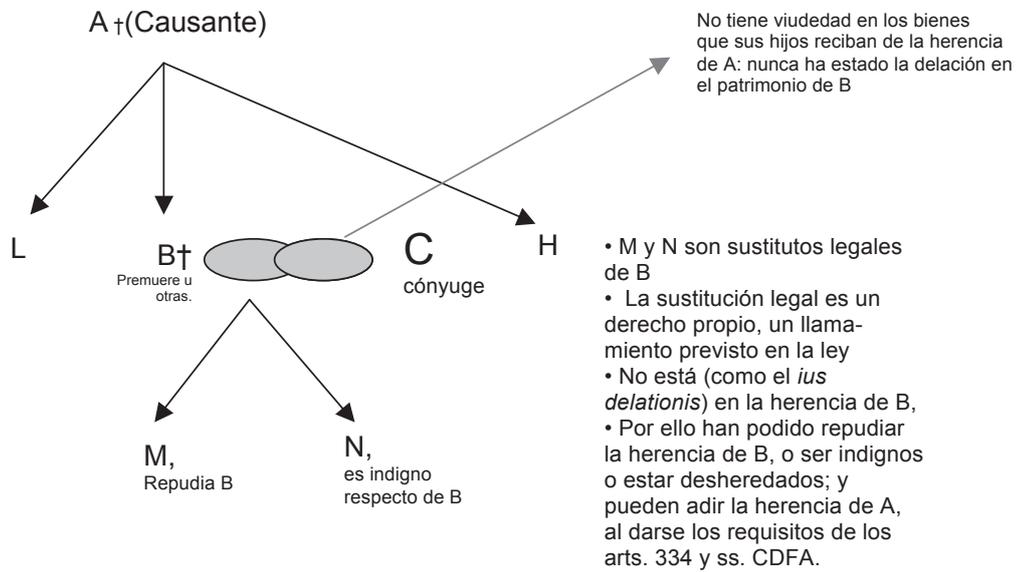
3.4.3. Esquemas para mostrar la diferencia entre una y otra figura. Podemos ejemplificar lo que acabo de explicar con un esquema:

Sustitución legal

Arts. 334 a 341 CDFA.

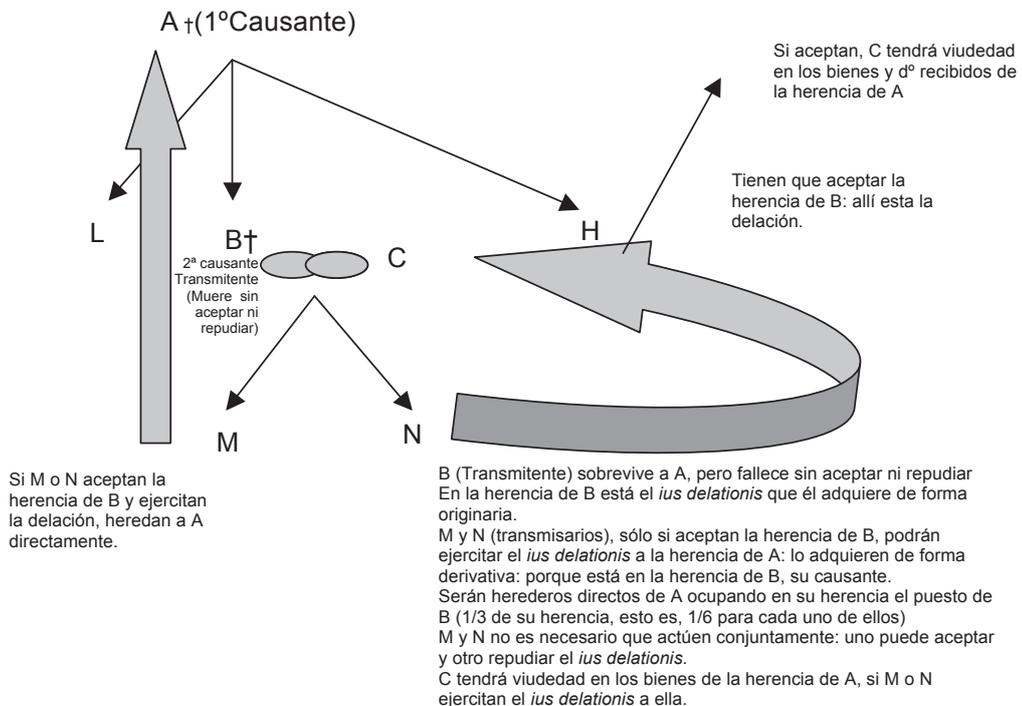
Su función

Diferencias con el *ius delationis*



lure transmisionis

Art. 354 CDFA



III. INCIDENCIA DEL DERECHO DE TRANSMISIÓN EN INSTITUCIONES PROPIAS DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN.

4. Los supuestos detectados por la doctrina aragonesa: sustituciones preventivas de residuo, consorcio foral y recobros.

La doctrina aragonesa⁴⁰ se ha planteado en diversas ocasiones la aplicación o no del derecho de transmisión regulado ahora en el art. 354 CDFa en relación con estos llamamientos propios del Derecho foral de Aragón, en parte desconocidos en el sistema del Código civil; si bien en relación con la llamada sustitución legal preventiva de residuo así como con los recobros, pueden servirnos como punto de partida las reflexiones que tanto la doctrina como la jurisprudencia han vertido en relación a las sustituciones fideicomisarias (art. 781 Cc. y arts. 428-8 y 456-9 Cc. Cat.) y la reserva troncal del art. 811 Cc.⁴¹

La situación que se produce respecto del consorcio foral, es si cabe, más peculiar; si bien algún sector de la doctrina se ha referido a ella.

Nada se ha dicho en particular sobre la sucesión troncal.

4.1. La institución recíproca de herederos y el llamamiento a los herederos del instituido premuerto.

4.1.1. Supuestos y su regulación legal.

En los casos de institución recíproca de herederos, bien sea por delación voluntaria: pacto (art. 395-3 CDFa) o testamento mancomunado (art. 419-3 CDFa.), bien sea por delación legal a favor del cónyuge premuerto (art. 531-2 CDFa), el legislador aragonés ha regulado, tomando como fundamento la presunta volun-

40. CALATAYUD SIERRA, Adolfo, (1996): "La institución recíproca entre cónyuges sin descendientes. El art. 108.3 de la Compilación: su naturaleza jurídica y sus efectos en Derecho interespecial", en *RDCA-II*, nº 2 págs. 99-111; ENCISO SÁNCHEZ, José Manuel, (1996): "El testamento de cónyuges aragoneses sin descendencia que desean instituirse herederos el uno al otro" en *RDCA, II*, 1996, nº2, págs. 113 a 128; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, (2006), "La institución recíproca de herederos" en *Actas de los decimoquintos encuentros de Foro de Derecho aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, págs. 13 a 56; CURIEL LORENTE, Fernando (1996): "Sucesión de ascendientes en Aragón. Recobro de liberalidades", en *Actas de los Segundos Encuentros de Foro de Derecho aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1992, págs. 133; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, (2000): *La sucesión legal en el Derecho civil aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pág. 97; MERINO HERNÁNDEZ, José Luis; y otros autores (2011): "Recobros y sucesión troncal" en *Memento Experto Derecho foral de Aragón*, coordinado por José Luis Merino, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2011, pág. 522 a 528 CALATAYUD SIERRA, Adolfo, (2010): "Cuestiones prácticas sobre consorcio foral", en *RDCA-XVI*, 2010, págs. 215 a 225; MERINO HERNÁNDEZ, José Luis (2002): "Comentario al art. 39 Lsuc." en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, T. XXXIV, vol. I, Edersa, págs. 303-321.

41. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, (1956): *Sustituciones hereditarias*, ed. Gráficas Summa, Oviedo, 1956; ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, (1979): "Las sustituciones fideicomisarias puras, a término y condicionales: sus límites, aceptabilidad o repudiabilidad, en el momento de la delación fideicomisaria, el momento de la delación fideicomisaria y la expansión del derecho del fiduciario o del fideicomisario", en *RDP*, págs. 519 a 545 y 641 a 666; ALVAREZ CAPEROCHIPI, José A., (1975): "La sustitución fideicomisaria de residuo" *RDP*, págs. 171-196; ALVAREZ CAPEROCHIPI, José A., (2004): "Comentario a la jurisprudencia sobre la sucesión de los ascendientes del art. 811 Cc." en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Tomo II, Murcia, págs. 139 y ss.; CÁMARA LAFUENTE, Sergio, (2013-1): "Las sustituciones", en *Curso de Derecho civil (V). Derecho de sucesiones*, Madrid, págs. 203-237; DÍAZ ALABART, Silvia, (1981): *El fideicomiso de residuo. Su condicionalidad y límites*, Barcelona; DIEZ SOTO, Carlos Manuel, (2011): "Comentario al art. 811 Cc." en *Código civil comentado*, volumen II, Dirigidos por Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Ordinaña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández, Navarra, 2011, págs. 801 a 818; MARSAL GUILLAMENT, Joan, (2009): "Comentari al article 426-59 Cc.C." en *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya*, relatiu a les successions, Directors Joan Egea i Fernández et Joseph Ferrer i Riba, págs. 740 a 745; SOLÉ RESINA, Judith (2011-1): "El fideicomiso en el Código civil de Cataluña" en *Tratado de Derecho de sucesiones*, T. I, Dirigido por M^a del Carmen Gete-Alonso y Calera, Pamplona, 2011, págs. 1005 a 1147.

tad del causante y el principio de troncalidad que inspira la sucesión legal, el destino que deban tener los bienes provenientes de la herencia del premuerto que son heredados por el sobreviviente y que, a su fallecimiento, permanezcan en su patrimonio por no haber dispuesto el supérstite de ellos por ningún título (lucrativo u oneroso, tanto *inter vivos* como *mortis causa*).

Esta regulación tiene como antecedente la previsión contenida en el art. 108-3 Comp., aplicable a la institución recíproca de herederos otorgada por los cónyuges en pacto o testamento mancomunado.

Con mejoras notables⁴² se incorpora su regulación y efectos a los arts. 80-3, 104-3 y 216-2 Lsuc., cuyo contenido normativo forma parte Código del Derecho foral de Aragón en los arts. 395-3, 419-3 y 531-2.

El texto de las normas referidas presenta una redacción idéntica en lo que tañe a este llamamiento, que responde en los tres casos a la misma naturaleza y finalidad.

El art. 395-3 CDFA, en sede de sucesión paccionada establece:

Si no hubiera ulterior llamamiento a tercero, fallecido el instituyente supérstite sin haber dispuesto por cualquier título de los bienes procedentes del primeramente fallecido, se deferirán los que quedaren a los parientes llamados, en tal momento, a la sucesión legal de éste, como herederos suyos y sustitutos de aquél. A falta de estos parientes, tales bienes quedan integrados en la herencia del sobreviviente.

Por su parte, el art. 419-3 CDFA regula las mismas consecuencias cuando la institución recíproca tiene lugar en testamento mancomunado:

Si no hubiera ulterior llamamiento a tercero, fallecido el testador supérstite sin haber dispuesto por título alguno de los bienes procedentes del primeramente fallecido, pasarán los que de ellos quedaren a los parientes llamados, en tal momento, a la sucesión legal de éste, como herederos suyos y sustitutos de aquél. A falta de estos parientes, tales bienes quedarán integrados en la herencia del sobreviviente.

Desde el 23 de abril 1999 no se exige que los otorgantes del pacto o del testamento mancomunado estén casados entre sí, como así se exigía por el art. 108-3 de la Compilación.

Por último, el art. 531-2 CDFA establece la misma consecuencia (desconocida con anterioridad a 1999)⁴³ para el caso de la sucesión legal a favor del cónyuge:

Si el viudo heredero legal falleciera sin haber dispuesto por cualquier título de todos los bienes adquiridos de su cónyuge, se deferirán los que quedaren a los parientes del premuerto llamados, en tal momento, a su sucesión legal, como herederos de éste y sustitutos de aquél. A falta de estos parientes, tales bienes quedarán integrados en la herencia del sobreviviente.

4.1.2. Los problemas a resolver. Supuestos prácticos.

Se trata de resolver la preferencia o la exclusión del derecho para aceptar o repudiar la herencia regulado en el vigente art. 354 CDFA sobre el llamamiento

42. Se evita la imperatividad de los efectos del pacto al más viviente así como el llamamiento al Estado, (hasta 1995) o la CCAA; y se extienden sus efectos a la sucesión legal entre cónyuges.

43. Sobre el art. 531-2 CDFA (216-2 Lsuc.) puede verse mi estudio: BAYOD LÓPEZ, Carmen, (2008): «“Ana y el art. 216-2 Lsuc”. Momento de aplicación de la norma y sucesión que regula. Problemas prácticos de aplicación», en RDCA-XIV, 2008, pp. 117-141.

que hace la ley a los herederos legales del causante premuerto en los supuestos de institución recíproca de herederos tanto en la sucesión voluntaria (arts. 395-3 y 419-3 CDFa) como en el supuesto de sucesión legal a favor del cónyuge superviviente prevista en el art. 531-2 CDFa.

El caso sería el siguiente:

Caso 1.

Andrés y Rosa, de vecindad civil aragonesa, otorgan testamento mancomunado (o pacto sucesorio o ambos estando casados entre sí mueren sin descendientes ni ascendientes) instituyéndose “mutua y recíprocamente herederos universales, en pleno dominio y libre disposición, tanto por actos inter vivos como mortis causa”. Andrés y Rosa no tienen descendencia y tan solo tienen un piso en común propiedad de ambos (de estar casados el piso sería consorcial, por no haber otorgado capítulos matrimoniales). Fallece Rosa y cuatro días más tarde, fallece Andrés, sin haber aceptado ni repudiado la herencia. A Rosa, la sobreviven dos sobrinas, Casta y Susana y a Andrés, le sobreviven sus dos sobrinos Felipe e Hilario. ¿Cómo se defiere la herencia de los causantes de la sucesión?

Ante esta situación se trata de establecer si se aplica el derecho de transmisión, de manera que Felipe e Hilario, aceptado la herencia de su tío Andrés, podrán ser herederos también de Rosa, en virtud del derecho de transmisión; o bien si no resulta aplicable el derecho de transmisión, por ser preferente el llamamiento legal que efectúan cualesquiera de estos preceptos, excluyendo, o caso postergando, el derecho de transmisión que hubiera correspondido a los herederos de Andrés, de manera que la herencia debería ser deferida a Casta y Susana.

Para dar respuesta a estas cuestiones, debemos analizar el llamamiento previsto en estos preceptos legales; determinar su naturaleza y su relación con el derecho de transmisión *ex art. 354 CDFa*.

4.1.2. Naturaleza y efectos de este llamamiento. Doctrina y jurisprudencia.

En la actualidad creo que se puede afirmar sin ningún género de dudas que los llamamientos que efectúan estos tres preceptos responden a lo que se ha venido en llamar *sustitución legal preventiva de residuo* por su similitud con el fideicomiso de residuo de la legislación civil estatal⁴⁴ o con la sustitución preventiva de residuo del Derecho civil catalán (art. 426-59 Cc.Cat.).

A esta naturaleza responden estos llamamientos en el Derecho vigente, como así se defendió ya por la doctrina respecto del derogado el art. 108 Comp.⁴⁵, pre-

44. Sigue siendo obra de referencia DÍAZ ALABART, Silvia, (1981): *El fideicomiso de residuo. Su condicionalidad y límites*, Barcelona.

45. En este sentido: NAVARRO VIÑUALES, José María (1992): “Algunos problemas prácticos en materia de sucesión paccionada en el Derecho aragonés”, en *Actas de los Segundos Encuentros de Foro de Derecho aragonés*, Zaragoza, págs. 87 a 98; CALATAYUD SIERRA, Adolfo, (1996), 99-111; ENCISO SÁNCHEZ, José Manuel, (1996), págs. 113 a 128; SERRANO GARCÍA, José Antonio. (1999), págs. 88- 119; SERRANO GARCÍA, José Antonio, (2000): “La sustitución legal preventiva de residuo: declaraciones de herederos legales y troncalidad (Comentario de un caso de pacto al más viviente)”, en *RDCA*, VI, n° 1, págs. 203 a 236; SERRANO GARCÍA, José Antonio, “Notas sobre las sustituciones de los artículos 80, 104 y 216 de la Ley de sucesiones” en *RDCA-IX-X*, ed. IFC, Zaragoza, 2003-2004, págs. 11- 42.

cedente de estos tres preceptos; naturaleza que yo misma he defendido en diversos trabajos⁴⁶.

Por su parte, el TSJA afirma también dicha naturaleza respecto de estos llamamientos sucesorios (STSJA de 13 de junio de 2007 y 30 de septiembre de 2005) indicando que su fundamento se encuentra en la “sucesión familiar” o “recuperación familiar”; cuya finalidad es evitar que los bienes del premuerto, si el sobreviviente fallece sin haber dispuesto de ellos, sean para los herederos legales de éste⁴⁷ o como dice el TSJA en la S. de 13 de junio de 2007, con este llamamiento se «atiende a una finalidad clara: el mantenimiento de los bienes en el seno de la familia de procedencia.»

4.1.3. Preferencia de la sustitución fideicomisaria sobre la sucesión “iure transmissiones” en el Código civil y en el Código civil de Cataluña.

El legislador aragonés, como ya he advertido, no regula expresamente las sustituciones, si bien hace expresa referencia a ellas en diversos preceptos, debiendo, en consecuencia, recurrir al Derecho supletorio estatal para dar respuesta e integrar las lagunas que esta falta de legislación comporta.

Por ello, entiendo que es trasladable la doctrina del Código civil al Derecho foral de Aragón en lo que atañe a las relaciones entre el derecho de transmisión y las sustituciones fideicomisarias; si bien, como también expondré, dicha doctrina debe ser adaptada a las peculiaridades que presenta la sustitución legal preventiva de residuo en Aragón.

4.1.3.1. *Preferencia de la sustitución fideicomisaria sobre el derecho de transmisión ex art. 1.006 Cc.* La mejor doctrina del Código civil⁴⁸ afirma que en los supuestos de sustitución fideicomisaria, como en los supuestos de sustitución fideicomisaria de residuo, *si aliquod supererit*⁴⁹, no se aplica el derecho de transmisión.

46. BAYOD LÓPEZ, Carmen (2008): «“Ana y el art. 216-2 Lsuc.” Momento de aplicación de la norma y sucesión que regula. Problemas prácticos de aplicación», en RDCA-XIV, 2008, pp. 117-141; BAYOD LÓPEZ, Carmen, (2009): “La existencia o no de viudedad a favor del cónyuge supérstite del bñubo premuerto sobre los bienes que éste recibió de su primer consorte y de los que no dispuso por ningún título (art. 108 Comp. y arts. 80-3, 104-3 y 216 Lsuc.”, en RDCA-XV, ed. IFC, Zaragoza, 2009, págs. 223 a 248.

47. En este sentido, SERRANO GARCÍA, José Antonio, (2003-2004), pág 39.

48. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, (1979), págs.519 a 545 y 641 a 666; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José A, (1975), pp. 171-196; DÍAZ ALABART, Silvia, (1981); JORDANO FRAGA, (1990); GARCÍA GARCÍA, (1996); PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, (2006), pp. 950-970; CÁMARA LAPUENTE, Sergio, (2013), págs. 203-237.

49. El TS, a pesar de serios y rigurosos estudios doctrinales, ha considerado hasta fechas muy recientes que el fideicomiso de residuo en la modalidad *si aliquod supererit* contiene un llamamiento condicional: el fideicomisario solo heredará si fallecido el fiduciario quedan bienes, por lo tanto su llamamiento está sujeto a condición y en razón de ello, si el fiduciario no llega a heredar, no se consolida su adquisición, y por lo tanto no puede transmitir su derecho. Esta tendencia, desdibujada por algunas sentencias [STS de 13 de diciembre de 1974 (RJ 1974 4677); STS 25 de abril de 1983 (RJ 1983 2122); STS de 22 de julio de 1994 (RJ 1994 6578) y STS de 29 de diciembre de 1997 (RJ 1997 9490)] llega a su fin tras la esclarecedora STS de 30 de octubre de 2012 [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno (RJ 2013 2274)] que explica perfectamente que:

“el fideicomiso de residuo se integra en la estructura y unidad del fenómeno sucesorio como una proyección de la centralidad y generalidad que presenta la institución de heredero. Quiere decirse con ello, entre otras cosas, que el llamamiento a los herederos fideicomisarios no es condicional, sino cierto desde la muerte del testador; resultando mas o menos incierto el caudal o cuantía a heredar, según la modalidad del fideicomiso dispuesto. El fideicomisario, según el “*ordo successivus*”, o llamamientos a sucesivos herederos como nota común y esencial en toda sustitución, trae directamente causa del fideicomitente o testador, pues el fiduciario, a estos efectos, no transmite derecho sucesorio alguno que no estuviere ya en la esfera hereditaria del fideicomisario (artículo 784 del Código Civil)”.

La razón que ofrecen para ello es la personalización del *ius delationis* e incluso la afirmación, quizás menos técnica, de que toda sustitución fideicomisaria encierra una sustitución vulgar.

Según afirmará ALBALADEJO, seguido por el resto de la doctrina, la delación fiduciaria ha de entenderse siempre personalísima y, por lo tanto, decae con el fallecimiento *ante aditionem* del llamado fiduciariamente, no pudiendo operar por ello la *transmissio* a favor de sus herederos *ex art. 1006 Cc.* y, procediéndose, por consiguiente, a la apertura de la sucesión fideicomisaria en favor del fideicomisario, con efectos desde la apertura de la sucesión (fiduciaria) del primer causante-fideicomitente. Esto es así, añade, porque al fideicomisario se le quiere heredero para cuando muera el fiduciario, con más razón se le querrá si éste ni siquiera llega a serlo⁵⁰.

Junto a ello, afirma también, que toda sustitución fideicomisaria encierra una sustitución vulgar: si el primer llamado no llega a ser heredero por cualquier causa, incluida la falta de ejercicio de la delación, será llamado el fideicomisario, pues ambos, y de forma sucesiva, son llamados a la sucesión del causante desde el momento de la apertura de la sucesión.

Obsérvese que en estos casos, los herederos del fiduciario no están en ningún caso llamados a la herencia del fideicomitente, al configurarse legalmente la sustitución fideicomisaria pura como una delación sucesiva en la que el fideicomisario está llamado a la herencia del fideicomitente desde el momento de la apertura de la sucesión, por ello, si el fideicomisario falleciera antes que el fiduciario pero habiendo sobrevivido al fideicomitente, transmitirá su derecho *ex art. 1006 Cc.* a sus propios herederos (incluido el Estado en la sucesión legal), sin que haya lugar a la purificación del fideicomiso.

4.1.3.2. *Preferencia de la sustitución fideicomisaria sobre el derecho de transmisión en el Código civil de Cataluña.* El Código civil de Cataluña afirma legalmente lo dicho por la doctrina del Código civil al disponer que en las sustituciones fideicomisarias no existe derecho de transmisión⁵¹.

El art. 426-8 Cc. *Sustitución vulgar implícita*, establece:

1. Siempre que el fiduciario llamado no llega a ser heredero o legatario por cualquier causa, opera en primer lugar la sustitución vulgar.-2. A falta de sustitución vulgar, el fideicomisario pasa a ser fiduciario si existe fideicomisario posterior. Si no existe, pasa a ser heredero o legatario libre.-3. En los supuestos de los apartados 1 y 2, **no existe derecho de transmisión.**

Esta sentencia esta comentada por GIL RODRIGUEZ, Jacinto (2013): "El reflejo de la obligación de conservar y la subrogación real en el fideicomiso de residuo *si aliquid supererit*. Sentencia 30 de octubre 2012" en CCJC, núm. 93, septiembre-diciembre 2913, págs. 235 a 258.

50. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, (1979), págs. 537 y ss.; JORDANO FRAGA, (1990): págs. 286 y ss. GARCÍA GARCÍA, (1996): págs. 332 y ss.

51. Vid. PUIG BLANES, Francisco de Paula (2013), "Comentario al art. 426-8 y 426-59 del Cc. de Cataluña" en *Comentarios al Código civil de Cataluña*, T. II, 2ª ed., coordinados por Francisco de Paula Puig Blanes y Francisco José Sospredra Navas, ed. Thomson-Reuters, Pamplona, págs. 188 y ss. y 238 a 240 respectivamente; SOLÉ RESINA, Judith (2011): "El fideicomiso en el Código civil de Cataluña" en *Tratado de Derecho de sucesiones*, T. I, Dirigido por Mª del Carmen Gete-Alonso y Calera, coordinado por Judith Solé Resina, ed. Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2011, págs. 1005-1147. Por lo que respecta al Derecho navarro, no hay unanimidad en la doctrina Vid. NANCLARES VALLE, Javier, (2011): "Sustituciones fideicomisarias en Navarra" en *Tratado de Derecho de sucesiones*, T. I, Dirigido por Mª del Carmen Gete-Alonso y Calera, coordinado por Judith Solé Resina, ed. Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2011, págs. 1083 a 1115.

Por lo tanto, fallecido el fiduciario sin aceptar ni repudiar, se extingue la delación hecha a su favor, y tiene lugar la apertura de la sustitución fideicomisaria.

En Cataluña, al igual que en el Código civil, los herederos del fiduciario que fallece sin aceptar ni repudiar carecen de legitimación para heredar al fideicomitente desde el mismo momento en que se otorga el testamento⁵² puesto que ya están legitimados para heredar los bienes el fideicomisario así designado y sus propios herederos, al aplicarse, ahora sí, el derecho de transmisión (art. 789 Cc. y art. 461-13 Cc. Cat.).

Las mismas consecuencias se predicán de la sustitución preventiva de residuo regulada en el art. 426-59 Cc. Cat.

4.1.4. La situación en Aragón: preferencia de la sustitución legal preventiva de residuo sobre el derecho de transmisión.

4.1.4.1. Preferencia de la sustitución legal preventiva de residuo. Con carácter general, y por lo que respecta al Derecho civil de Aragón, creo que podemos mantener la misma afirmación que, tanto la doctrina del Código civil como la legislación catalana, formulan en relación sus ordenamientos jurídicos respectivos; y así lo ha entendido la doctrina aragonesa que ha reflexionado acerca de esta situación⁵³.

Por lo tanto, podemos afirmar que, en los supuestos de institución recíproca de herederos como en el caso de llamamiento al cónyuge viudo, cuando fallece el supérstite sin haber aceptado o repudiado la delación, son preferidos en el ejercicio de la misma los herederos del primeramente fallecido a los herederos del supérstite, desplazándose así la sucesión *iure transmissionis*, pero como inmediatamente voy a explicar, sin que la misma quede extinguida o eliminada.

4.1.4.2. Efectos propios en Aragón. A diferencia de lo que sucede en los Derechos civil estatal y catalán, en Aragón la sucesión *iure transmissionis* no queda extinguida, eliminando definitivamente el llamamiento a los herederos del sustituido (el llamado supérstite) sino tan sólo desplazada o pospuesta frente al llamamiento que se hace a los herederos legales del premuerto.

Las razones para justificar la anterior afirmación, creo que se encuentran en los siguientes datos:

1º. Nos encontramos ante un llamamiento legal, cuyo objeto es integrar la presunta voluntad del disponente, que pasa por entender que los bienes deferidos a su heredero, para el caso de que éste no hubiera dispuesto de los mismos, y siempre que se conserven en su patrimonio, sean heredados por sus sucesores legales, pero no por la Comunidad Autónoma: no se llama a todos los sucesores legales.

52. Únicamente sería posible el ejercicio de la delación *iure transmissionis* por parte de los herederos del fiduciario en el caso de fallecimiento sin descendientes del fideicomisario, pues habiendo sobrevivido éste al fiduciario, transmite su derecho a sus herederos art. 789 Cc. También, desde luego, llegarían a heredar si, al final, se abriera la sucesión legal del fideicomitente y fuera a ellos a los que les correspondiera heredar.

53. CALATAYUD SIERRA, Adolfo, (1996): págs. 99-111; ENCISO SÁNCHEZ, José Manuel, (1996): págs. 113 a 128; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, (2006): págs. 32-34;

Tanto en el Derecho civil estatal como en el Derecho civil de Cataluña, el llamamiento no es legal sino voluntario, y tiene aplicación la subrogación legal⁵⁴, cosa que no sucede en Aragón: el llamamiento sólo opera sobre los mismos bienes que aun se conserven en el caudal.

2º. Los sustitutos heredan al disponente, pero su delación no opera a la muerte de éste, sino en el momento de la apertura de la sustitución legal preventiva de residuo ya que sólo son llamados los herederos legales del disponente que lo sean al tiempo de la muerte del supérstite o sustituido. Si heredan, heredarán no como sucesores legales, sino como sucesores testamentarios o en virtud del pacto, salvo que el llamamiento procediese del art. 531-2 en sede de sucesión legal.

Por lo tanto, a la muerte del causante no se produce la delación a su favor, ya que todavía no están determinados (art. 321-2 CDFA); debiendo sobrevivir necesariamente al sustituido para llegar a heredar al disponente. Esta delación es sucesiva y condicionada a la existencia de herederos legales del disponente.

En los Derechos estatal y catalán, tal y como he explicado, el llamamiento al sustituto (salvo que expresamente se hubiera sujetado a condición) se produce en el mismo momento en el que tiene lugar la apertura de la sucesión, pudiendo ya aceptar o repudiar el llamamiento y transmitiendo a sus herederos la delación *iure transmissionis*, que en el caso de ser llamados sus sucesores legales, el llamamiento incluye al Estado o a la Comunidad Autónoma.

3º. Los herederos del llamado supérstite no están excluidos de la sucesión en los bienes del disponente premuerto, sino que conservan su llamamiento a los mismos al establecerse que: "A falta de estos parientes, tales bienes quedan integrados en la herencia del sobreviviente" (art. 395-3, 419-3 y 531-2 CDFA).

Como explica el profesor SERRANO GARCÍA en opinión que comparto: "el hecho de que los sustitutos hayan de ser quienes sobrevivan al otorgante supérstite y, en ese momento tengan capacidad para suceder al otorgante premuerto, configura esta sustitución como sujeta a condición, suspensiva para los llamados a ella que ya existan y resolutoria para los herederos del sobreviviente que, en cuanto se cumpla la condición, tendrán que restituir esos bienes a los sustitutos. Si bien el cumplimiento de la condición de la que pende la sustitución carece, como en la sustitución fideicomisaria condicional, de efectos retroactivos"⁵⁵.

Por lo tanto, y a lo que creo en estos casos, fallecido el instituido heredero (o el cónyuge supérstite en la sucesión legal) sin aceptar ni repudiar la herencia del disponente (o del cónyuge premuerto en la sucesión legal), el *ius delationis* a su herencia contiene una doble legitimación: por un lado, la efectuada por la ley a los sustitutos legales de residuo, por otro, la delación *iure transmissionis*,

54. Vid. STS 624/2012, de 30 de octubre, [Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Orduña Moreno, (RJ 2013 2274)], art. 426-52 Cc. Cat., que expresamente prevé el juego de la subrogación real.

55. SERRANO GARCÍA, José Antonio, (2003-2004), pág 38.

a los herederos del llamado. Como ambas delaciones son incompatibles⁵⁶, una debe ser preferida a la otra.

La preferente es la prevista en los arts. 395-3, 419-3 y 531-2 y ello en razón de que el legislador afirma que esa hubiera sido la voluntad del disponente en aplicación del llamado principio de troncalidad que informa la sucesión legal aragonesa.

Ahora bien, a diferencia de lo que sucede en el Código civil y en el Derecho civil catalán, en que expresamente se elimina el juego del derecho de transmisión; en Aragón, la delación respecto de los herederos del sustituido supérstite (en el ejemplo, D. Andrés), no desaparece porque la delación *ex* arts. 395-3, 419-3 y 531-2 CDFA sólo se antepone a la de aquéllos a condición de que haya herederos del premuerto que ejerzan positivamente la delación, puesto que si no hay herederos del primer causante (de Dña. Rosa, en el ejemplo) o repudian el llamamiento, esos bienes quedarán integrados en la herencia del transmitente, y sus herederos consolidarán el derecho a la totalidad de los bienes, incluidos los del disponente en aplicación del *iure transmissionis*, *ex* art. 354 CDFA, si el transmitente falleció sin haber ejercitado la delación.

Los efectos prácticos de esta concurrencia de delaciones se miden en el plano de la eficacia desplazando el concepto de invalidez, de manera que si los herederos del supérstite (Hilario y Felipe) ejercitan la delación en razón del *iure transmissionis*, no hay invalidez de la aceptación, sino tan sólo y, en su caso, ineficacia, pues la misma puede ser resuelta, si los herederos legales del disponente (en el ejemplo, Casta y Susana) reclaman la herencia; si no lo hicieran, los aceptantes consolidarán su derecho definitivamente.

4.2. El Derecho de transmisión y el consorcio foral.

4.2.1. Las cuestiones a debatir. Planteamiento del problema.

4.2.1.1. *Naturaleza y finalidad del consorcio foral.* El consorcio foral puede definirse como una situación de comunidad que se produce sobre un inmueble que varios hermanos o hijos de hermanos heredan (o reciben por donación o legado) mientras subsiste la indivisión⁵⁷.

Se encuentra regulado en los arts. 373 a 376 CDFA, en el capítulo VII del Título I, *De las sucesiones en general*, cuyos efectos, salvo previsión en contrario del disponente, se aplican tanto en los supuestos de delación voluntaria como legal.

Siguiendo a SANCHEZ-FRIERA GÓNZALEZ⁵⁸, podemos afirmar que estamos ante una comunidad de origen sucesorio y de carácter familiar cuya finalidad es conservar el patrimonio familiar. Por ello esta comunidad esta sujeta a una reglas

56. Obsérvese que en la sustitución fideicomisaria tal y como se regula en el Cc. en este caso sólo hay una delación: la de los fideicomisarios; con su llamamiento se extingue la delación de los herederos del fiduciario que murió sin aceptar o repudiar la herencia del fideicomitente; esto mismo dispone el art. 426-8 Cc. Cat.

57. Así la describe CALATAYUD SIERRA, Adolfo (2010): pág. 216.

58. SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, María del Carmen (1994): *El consorcio foral en el Derecho civil aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, págs. 115-116 [=SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, María del Carmen (2000), págs. 88 y ss.].

especiales que responden al mantenimiento de dicha finalidad: la permanencia de los bienes en manos de los consortes: hermanos e hijos de hermanos del transmitente.

En efecto, las consecuencias del consorcio foral se describen en el art. 374 CDFA y suponen, por un lado, una limitación a las facultades de disposición de los consortes: éstos tan sólo pueden disponer de su cuota, o de bienes consorciales, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, a favor de sus descendientes o de otro consorte (art. 374.1 CDFA). Por otro lado, y para el caso de que un consorte fallezca sin descendencia, su parte en el consorcio acrece al resto de los consortes, que la reciben como procedente del ascendiente que originó el consorcio y sujeta, en su caso, al usufructo de viudedad del cónyuge del consorte fallecido (art. 374-4 CDFA).

Estos efectos del consorcio son de ineludible aplicación; salvo que se eliminen por el causante o disponente: “Salvo previsión en contrario del disponente” o también por acuerdo de todos los consortes (art. 376 CDFA) e incluso, desde la entrada en vigor de la Lsuc., es posible la separación de uno de los consortes (art. 375 CDFA).

4.2.1.2. *Los problemas en la práctica forense. Los casos.* Así las cosas, la doctrina se ha preguntado qué sucede en aquellos casos en los que siendo llamados varios hermanos o hijos de hermanos a la sucesión de un ascendiente, habiendo en su herencia bienes inmuebles, alguno de ellos fallece sin aceptar o repudiar el llamamiento no siendo alguno de sus herederos descendiente o hermano suyo.

El caso sería el siguiente.

Caso 2.

Andresa, aragonesa, fallece sin haber otorgado disposición voluntaria alguna, sobreviviéndole sus tres hijos César, Casio y Casto y dejando en su herencia dinero, acciones y una finca rustica. Casto, fallece sin aceptar ni repudiar la herencia de su madre, bajo testamento en el que lega a uno de sus hijos un valioso cuadro de su propiedad e instituye herederos a partes iguales a su cónyuge y a su otro hijo. ¿Cómo se defiere la herencia?

4.2.2. ¿Preferencia del consorcio foral sobre el derecho de transmisión?

4.2.2.1. *Opiniones doctrinales.* La doctrina aragonesa sí ha atendido de forma expresa a esta situación afirmando que no pueden formar parte del consorcio aquellos sujetos que no tengan la condición de consortes a tenor del art. 373 CDFA, esto es, que no sean hermanos o hijos de hermanos.

En concreto afirma MERINO HERNÁNDEZ que, aun cuando opere el derecho de transmisión a favor de los herederos del consorte que falleció sin aceptar ni repudiar, el heredero que no sea hermano o descendiente no podrá adquirir la cuota consorcial porque habrá operado automáticamente el derecho de acrecer respecto del testamento de los llamados⁵⁹. Por lo tanto, en caso propuesto, la cónyuge

59. MERINO HERNÁNDEZ, José Luis (2002): pág. 319. En las páginas 318 a 321 analiza esta situación a través de diversos casos prácticos a los que da solución, siendo el denominador común en todos ellos la falta de capacidad para formar parte del consorcio de todos aquellos sujetos que no sean hermanos o hijos de hermanos del ascendiente del que se recibió el bien inmueble indiviso.

de Casto no recibirá la cuota correspondiente en la finca, que solo corresponderá a su hijo, que sí tiene la condición de pariente consorcial.

CALATAYUD SIERRA mantiene una postura equivalente; si bien tiene en cuenta diversas situaciones en función de los bienes que forman parte de la herencia y de la condición de los transmisarios: si son hijos o hermanos del transmitente.

Así, considera que si todos los bienes son consorciables y todos los herederos del transmitente, son no consorciables, no podrán ejercer la delación, que pasará a sus descendientes y, si no los tuviera, acrecerá al resto de los consortes. Si el transmitente ha dejado herederos consorciables y otros que no lo son, junto a bienes de ambas clases, afirma CALATAYUD que todos los herederos adquirirán el derecho a aceptar la herencia del primer causante, formando parte de la comunidad hereditaria, y en este caso podrán distribuirse los bienes en función de la condición de los sujetos⁶⁰; este autor parte de la premisa de la llamada teoría clásica (doble transmisión) con efecto del derecho de transmisión.

La razón principal que alegan tanto uno como otro autor son los efectos retroactivos que produce la aceptación cuando la herencia ha sido deferida, aun cuando toda vía no haya sido aceptada.

En el caso propuesto, en aplicación de esta solución doctrinal, tanto la cónyuge de Casto como su hijo, si aceptan su herencia, pueden, si quieren, aceptar también la herencia de Andresa, correspondiendo a cada uno de ellos 1/6 sobre el total. El hijo de Casto formará parte junto a sus tíos del consorcio formado sobre la finca rústica y a la cónyuge de Casto deberá entregársele su parte en bienes no consorciables; si no hubiera bienes bastantes para pagar su parte, podrá entregarse dinero extrahereditario; los consortes, para evitar, esto podrían separarse del consorcio en cuyo caso esa cuota, que ha dejado de ser consorcial, podría ya, sin problema, adjudicarse a herederos no consorciables⁶¹.

4.2.2.2. *La especialidad del consorcio foral. Consideraciones de fondo.* La explicación que ofrecen estos autores, y que parece seguida por la práctica notarial, se haya en la especialidad que presenta esta figura así como la finalidad a la que atiende: el mantenimiento de los bienes inmuebles dentro de la familia de origen, de manera que desplaza la aplicación de otras normas que entren en concurrencia con ella.

En efecto, como decía al principio el art. 354 CDFA tiene como efecto desviar el curso de la sucesión establecida por el causante o por la ley, permitiendo que ejerciten la delación sujetos advenedizos a la familia.

Esta situación es contraria a la finalidad pretendida por la figura del consorcio foral: mantenimiento de los bienes en la familia y sólo a favor de un elenco determinado: hermanos e hijos de hermanos.

En razón de ello, aun perteneciendo ahora ambas normas al mismo sistema, e incluso no siendo imperativos sus efectos, parece que la finalidad y especialidad del consorcio foral, permite defender que los efectos del consorcio foral desplazan

60. CALATAYUD SIERRA, Adolfo (2010): págs. 222 y ss.

61. CALATAYUD SIERRA, Adolfo (2010): págs. 223 a 225.

la aplicación del art. 354 CDFA, siendo ineficaz el ejercicio de la delación por parte de los sujetos que no tengan legitimación para ser consortes, esto es, que no sean parientes del elenco.

Esto significa que los transmisarios en Aragón, cuando la delación tiene por finalidad la conservación de los bienes en el ámbito familiar, no sólo deben tener capacidad sucesoria, *sino además, han de tener legitimación para poder heredar al disponente*; ya que en esta clase de llamamientos, podríamos entender que hay “expresa previsión en contrario del disponente” si la delación se ofrece a sujetos que no forman parte del elenco, contraviniendo así la finalidad perseguida por el causante o por la ley.

Obsérvese, además, que en el acrecimiento consorcial, acaso pudiéramos ver también un supuesto de sustitución legal, puesto que la parte que acrece a los demás consortes la reciben como procedente del disponente y no de consorte que fallece sin descendencia; estaríamos entonces ante un supuesto de intransmisibilización o personificación de la delación que excluye o posterga la aplicación del art. 354 CDFA.

4.2.3. Algunas consideraciones más: el nacimiento del consocio y la ausencia de retroactividad.

Con todo, y aun cuando he de confesar que esta solución seguida por la doctrina me parece preferible y conecta mejor con el sistema sucesorio aragonés, creo que en la actualidad puede encontrarse con alguna dificultad, que al menos quiero poner de manifiesto.

Ciertamente, cuando el derecho de transmisión no formaba parte del Derecho civil aragonés, era fácil excluir su aplicación.

Obsérvese que hasta la entrada en vigor de la Lsuc. el 23 de abril de 1999, el art. 1006 Cc. no pertenecía del ordenamiento civil aragonés; su aplicación, en su caso, sería como Derecho supletorio y entonces siempre que no contradijera los principios que informan el Derecho suplido. En esta situación, hubiera sido fácil negar su aplicación por contradecir la finalidad del consorcio foral.

Creo que entonces no nos hubiéramos equivocado si afirmásemos que en estos casos no era aplicable el derecho de transmisión *ex art. 1006 Cc.*, salvo que, en su caso, los herederos del consorte transmisario fueran parientes del elenco: descendientes o hermanos consortes.

El anterior argumento venía sustentado también porque antes del 23 de abril de 1999, los efectos del consorcio eran inevitables, disolviéndose el consorcio tan sólo por la división del inmueble (art. 142-2 Comp).

Hoy la solución no me parece tan evidente por lo siguientes razones:

1º. El derecho de transmisión forma parte del sistema sucesorio aragonés e incide en todos sus modos de delación, salvo exclusión expresa del disponente.

2º. Los efectos del consorcio foral no son en la actualidad imperativos: no sólo los puede excluir el disponente, sino también los consortes y no hay pro-

blema en embargar una cuota consorcial y que el rematante sea comunero no consorte.

3°. El transmisario sucede al primer causante directamente, no ejercita un derecho del transmitente, que hubiese producido efectos retroactivos originado el nacimiento del consorcio, sino un derecho propio, que debe producir sus efectos para él y en su patrimonio.

Quizás, aun cuando esta solución me gusta menos, no le faltan, tampoco, argumentos en su defensa, con todo indicaré algunas razones, a pesar de estas objeciones, por las que me sumo a las opiniones de MERNINO y CALATAYUD.

Aun cuando ahora el derecho de transmisión forma parte del ordenamiento jurídico aragonés y es aplicable a cualesquiera sucesiones, creo que cuando concurre con figuras sucesorias propias y peculiares del Derecho civil de Aragón que responden al mantenimiento de determinados bienes en el ámbito familiar, el derecho de transmisión sólo debe operar si los transmisarios están legitimados para concurrir a dicha delación.

Lo anterior se puede justificar en razón de heredar los transmisarios directamente al causante, y por ello no sólo deben tener capacidad sucesoria, sino también legitimación.

En estos llamamientos propios de la sucesión aragonesa, cuya finalidad, bien sea por voluntad del causante, bien sea por voluntad de la ley, responde al mantenimiento de los bienes en una determinada parentela, podemos deducir que se produce la *intransmisibilización de la delación* respecto de transmisarios que no pertenezcan al elenco de parientes de la línea de procedencia de los bienes.

Esta es la razón por la que participo de la opinión de los autores referidos y creo que en estos casos (sujetos no consorciables: cónyuge o llamados que no sean hermanos o hijos de hermanos) no debe operar el derecho de transmisión.

4.3. El derecho de transmisión y los recobros.

4.3.1. Cuestiones previas: los problemas a resolver.

4.3.1.1. El orden de suceder y la finalidad del recobro de liberalidades. En la sucesión legal aragonesa, a falta de descendientes, se atiende al origen de los bienes, y el primer llamamiento se produce en relación a los bienes recobrables, que serán deferidos, en primer lugar, a los parientes con derecho a recobro: ascendientes o hermanos del causante, que le han sobrevivido y en vida del causante le donaron bienes que aún se conservan en el caudal relicto (art. 517-2 en relación con los arts. 524 y 525 CDFA). Son, por lo tanto, bienes objeto de recobro los mismos bienes que un ascendiente o hermano donaron al causante.

El recobrante no es un sucesor a título universal, sino que, en aplicación del art. 319-2 CDFA, estamos ante un sucesor a título particular: los bienes recobrables forman parte del haber hereditario pero la delación sobre ellos es singular y sólo referida a determinados parientes: los ascendientes o hermanos del causante

que por donación le transmitieron bienes que éste aún conserva en su patrimonio y de los que no dispuso por título alguno formando ahora parte de su herencia.

Como señalara LACRUZ el derecho de recobro tiene carácter personalísimo y es intransmisible a los herederos⁶².

Por lo demás, el régimen jurídico de estos sucesores a título particular no está expresamente regulado en el CDFA, de ellos tan sólo se indica que adquieren su derecho desde el momento de la delación, sin perjuicio de la posibilidad de repudiarlo (art. 322-3 CDFA), lo que ha podido servir a la doctrina para defender que, aun con cautela, podría ser aplicable el régimen de los legados, y en particular, el que corresponde al legatario de cosa cierta y determinada existente en el caudal⁶³.

En materia de recobros, y así lo ha reflexionado también la doctrina, surgen el mismo tipo de problemas que planteamos en relación al consorcio foral, esto es, si el derecho de transmisión resulta o no aplicable en estos casos.

La razón no es otra que la preferencia que sobre estos bienes concede la ley a los ascendientes o hermanos del causante de recuperar los mismos bienes que le donaron y que aun se conservan en el caudal.

Por esta razón, el recobro es previo a la sucesión troncal: estos bienes serían troncales (bienes de procedencia familiar), y se aplicaría el art. 526 CDFA sobre ellos, si no fuera porque los donantes siguen vivos y la ley les concede el derecho a recuperarlos a través de este llamamiento sucesorio a título particular.

Toda vía si cabe, la preferencia, singularidad y personalidad que tiene este grupo de recobrantes se manifiesta de forma especialmente acusada en punto 4 del art. 524 CDFA al prever el recobro sobre bienes donados por los cónyuges provenientes de su comunidad conyugal. En estos casos, el legislador prevé que cada uno de los cónyuges, y de forma individual, tengan derecho a recobrar la mitad indivisa del bien y para su patrimonio privativo.

Esta norma se relaciona, a su vez, con el art. 528-2 CDFA, que excluye de la condición de troncales los bienes que el causante hubiera adquirido de uno de sus padres y provenientes de la comunidad consorcial, con la única finalidad de que sea preferido en sus herencia al progenitor que le ha sobrevivido y que, acaso, por derecho de recobro podrá adquirir la otra mitad del bien, quedando así como absoluto propietario. En ambos casos, este derecho corresponde a los ascendientes del causante, sin que el mismo pueda ser transmitido a sus herederos.

Todo ello pone de manifiesto, la voluntad del legislador que determina el destino legal de estos bienes a favor de ascendientes o hermanos donantes, sustitui-

62. LACRUZ BERDEJO, José Luis (1992): "Derecho de sucesiones por causa de muerte: de las legítimas, de la sucesión intestada. Normas comunes a las diversas clases de sucesión" en *Estudios de Derecho Privado Común y Foral*, T. II Obligaciones y sucesiones. Barcelona, pág. 437. En este sentido y como afirma SERRANO GARCÍA, [José Antonio, (2000): *Troncalidad y comunidad conyugal aragonesa. (Relaciones del recobro de liberalidades, la sucesión troncal y el derecho de abolorio con la comunidad conyugal legal)*, ed. Centro de Estudios Registrales de Aragón, Zaragoza, pág. 24.]: "No se discute que el derecho de recobro de los ascendientes y hermanos es personalísimo, y que, por ello, falleciendo éstos antes que el donatario no pasa a sus herederos, según resulta de la comparación con lo que para el recobro de dote o firma de dote establecía el art. 129.2 de la Compilación". SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, [María del Carmen (1994). *El consorcio foral en el Derecho civil aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1994, pág. 468] mantiene la misma opinión.

63. MARTINEZ MARTÍNEZ, María (2000): vol. II, págs. 132 a 139.

dos éstos últimos por sus descendientes: hijos y nietos, si se dan los presupuestos para que opere la sustitución legal.

4.3.1.2. *Los casos a resolver.* En lo que atañe al recobro de liberalidades nos encontramos, a lo que creo, con dos problemas, distintos.

Por un lado, los casos similares a los analizados en relación al consorcio, esto es si para que proceda el derecho de transmisión a favor de los herederos del recobrante, estos han de ser también parientes con derecho de recobro, que en este caso, sólo podrán ser los descendientes del hermano donante, al regularse desde la entrada en vigor de la Lsuc. la sustitución legal a favor de los hijos y nietos del hermano donante; y por otro lado, qué sucede en el supuesto de ser aplicable el recobro habiendo descendientes, una situación que podría ser equivalente en su naturaleza a la sustitución legal preventiva de residuo⁶⁴.

Los casos a los que me refiero serían del siguiente tenor:

Caso 3.

Imaginemos que fallece Ginés, sin haber otorgado disposición voluntaria alguna, en estado de soltero y sin descendientes. Deja como únicos parientes vivos a sus padres Leonor y Francisco y a sus hermanos Adriano y Casto. Su herencia está compuesta por un valioso coche de época, que Ginés heredó de su abuelo paterno; por una casa que compró con la renta de su trabajo, dinero y acciones, así como un valioso jarrón chino, que le donó su hermano Adriano. Abierta la sucesión de Ginés, Adriano fallece sin aceptar ni repudiar la herencia y habiendo otorgado testamento en el que instituye herederos universales a su mujer Andresa y a su hijo Sebastián; interesa saber que el régimen económico matrimonial de Adriano es de separación de bienes. ¿Cómo se defiere la herencia y quién está llamado a suceder en el valioso jarrón chino?

Caso 4.

Teodoro donó a su hermano Francho una finca, “Ambiciones”, que éste a su vez donó a su hija Pilar. Pilar falleció en estado de casada, sin descendientes y sin haber dispuesto por ningún título, inter vivos o mortis causa de la finca referida. Le sobrevivieron su marido, Andrés, su padre Francho y sus tíos Fernando y Teodoro. Francho falleció sin aceptar ni repudiar la herencia de Pilar, dejando como única heredera a su cónyuge Ambrosia: ¿Quién está llamado a suceder en “Ambiciones”?

4.3.2. El derecho de transmisión en el recobro.

4.3.2.1. *Opiniones en la doctrina aragonesa.* Diversos autores han tenido en cuenta las relaciones que pueda haber entre el derecho de recobro y la sucesión *iure transmissionis* encontrándose la doctrina francamente dividida en esta materia.

64. Esta naturaleza le otorga SERRANO GARCÍA, José Antonio, (1999-2): “La sustitución legal” en *Actas de los novenos encuentros de Foro de Derecho aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1999, págs. 93 y 94.

Si bien, la razón de esta diferencia, si no yerro al analizar las opiniones de los autores, se encuentra en la diversa naturaleza que se le otorga al derecho de recobro.

Por una lado, la doctrina que considera que el recobro es un llamamiento sucesorio (sucesor a título particular por disposición legal, afirma el art. 319-2 CDFa) defienden la aplicación de la transmisión del *ius delationis*. De manera que en los casos propuestos tanto Andresa como Sebastián podrían recobrar el jarrón Chino, y ningún problema habría en que Ambrosia recobrara la finca “Ambiciones”.

Por el contrario, el sector doctrinal que cree que el recobro es una excepción a la sucesión legal y que estos bienes “se sacan” del patrimonio del causante, antes de que se abra la sucesión legal⁶⁵, son contrarios a la transmisión del *ius delationis*, por imposibilidad en su aplicación: no hay sucesión; así en los casos propuestos, el jarrón chino sería heredado por los hermanos de Ginés, como bien troncal que es, y la finca “Ambiciones” entiendo que debería ser recobrada por Teodoro, el donante primigenio, al haber sobrevivido a todos los donatarios.

A favor de la aplicación del *iure transmissionis* en el recobro se manifiestan: CURIEL LORENTE quien, vigente la Compilación, indicó que “(Lo que) sí parece posible es el «ius transmissionis» si la persona con derecho de recobro fallece sin aceptarlo ni repudiarlo, conforme a las normas generales de la sucesión”⁶⁶; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, vigente ya la Lsuc., afirma que “El derecho de transmisión, pues, tendrá lugar si fallece sin aceptar ni repudiar el ascendiente, hermano o sustitutos legales en su caso. En aplicación de lo dispuesto en el art. 39, podrán aceptar o repudiar sus herederos, los que resulten del pacto sucesorio o del testamento, si los otorgó y, en su defecto, los herederos legales”⁶⁷; y LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA alega que si el donante fallece después que el donatario sin aceptar ni repudiar, “entrará en juego el derecho de transmisión, aunque no se trate de una herencia o legado en que lo que se transmite es un derecho a aceptar o repudiar una herencia o parte de ella, en este caso se transmite el derecho legal a reclamar un bien que si bien salió de patrimonio del *de cuius* ha vuelto de nuevo y ha entrado en su patrimonio ya que el derecho de reversión se produce automáticamente desde el fallecimiento del donatario”⁶⁸.

En un sentido contrario se manifiestan, a lo que creo, MERINO HERNÁNDEZ, MATA RIVAS y GIL NOGUERAS⁶⁹, al considerar la imposibilidad de transmisión a

65. Cfr. *Memento experto. Derecho Foral de Aragón*, ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2011, pág. 522, marginal 4136.

66. CURIEL LORENTE, Fernando, (1992): pág. 137.

67. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, (2000): vol. II, pág. 97-98.

68. LATORRE MARTÍNEZ de Baroja, Emilio (2006): “De la sucesión legal” en *Manual de Derecho sucesorio aragonés*, coordinado por José Luis Merino Hernández, ed. SONLIBROS, Zaragoza, 2006, págs. 659-660. Yo misma afirmé esta posibilidad en trabajo expositivo de la sucesión legal aragonesa para un Tratado de sucesiones de ámbito nacional, en el que tan sólo se trataba de reflejar lo ya conocido y debatido hasta la fecha en Aragón recogiendo lo dicho por la doctrina aragonesa (Curiel, Martínez, Latorre); trabajo, que luego fue publicado en la *RDCA-XVIII*, 2012, y en la pág. 83, dando cuenta de lo dicho por los autores citados, tal y como se indica en el trabajo referido (p. 119), se refleja dicha opinión.

69. Salvo error, por mi parte, entiendo que estos tres autores comparten esta opinión expresada en la obra *Memento experto. Derecho Foral de Aragón*, ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2011, pág. 523, marginal 4138, al definirse esta obra como colectiva y no haber, por lo tanto, indicación de autorías individuales.

los herederos del donante: “El derecho de recobro no es un beneficio sucesorio, sino precisamente una excepción a la sucesión legal respecto de determinados bienes y determinadas circunstancias. Por ello, en contra de otros criterios, no creemos que respecto de él quepa el llamado derecho de transmisión; es decir, no cabe la transmisión a los llamados herederos del donante *si éste no llega a ejercitarlo* (sic). Apoya esta tesis la previsión de que un derecho de recobro de bienes que se transmitieron a descendientes del donatario, si estos descendientes «fallecen ... antes que la persona con derecho a tal recobro»; de lo que se deduce que el *fallecimiento de los donantes, previo a los donatarios o sus descendientes* (sic) extingue el derecho de recobro.

4.3.2.2. *La reserva lineal del art. 811 Cc. y la reversión legal de donaciones del art. 812 Cc. Similitudes y diferencias.* Los arts. 811 y 812 Cc. regulan en sede de legítima de los ascendientes dos supuestos que guardan cierta similitud con el derecho de recobro regulado en el art. 524 CDFA.

Con todo, y como ha señalado tanto la doctrina como la jurisprudencia en torno a estos dos preceptos, su finalidad no responde aun verdadero principio de troncalidad, similar al de los derechos forales, sino más bien a un pura finalidad de protección del patrimonio familiar frente a la incidencia de vicisitudes inesperadas⁷⁰.

a) *La reversión de donaciones: art. 812 Cc.* El derecho de reversión de donaciones del art. 812 Cc. ha sido calificado por la doctrina como una especie de legado legal, un supuesto de sucesión a título singular, que permite a los ascendientes suceder con exclusión de otras personas en las cosas donadas por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad cuando esos mismos bienes existan en la sucesión.

Si bien, y a diferencia de la previsión del art. 524, juega en el Cc. el principio de subrogación real, puesto que, “Si hubieran sido enajenados, sucederán en todas las acciones que el donatario tuviera en relación a ellos, y en el precio si se hubieren vendido, o en los bienes con se hayan sustituido si los permutó o cambió”.

Señalada es también la diferencia, respecto al Derecho civil de Aragón, en los presupuestos de aplicación del art. 812 Cc., ya que no operará el derecho de reversión cuando el donatario hubiera fallecido dejando sus propios descendientes con independencia de que éstos lleguen o no a heredar a aquel; y así, no habrá lugar a la reversión, cuando dichos descendientes, tras haber recibido los bienes, fallezcan a su vez sin descendencia propia antes que el donante.

La jurisprudencia ha considerado que estos bienes donados no han de ser incluidos en el inventario de los bienes que integran la herencia del donatario a efectos de partición [S. AP Sevilla, secc. 5ª de 31 de octubre de 2007 (JUR 2008 379409) y S. AP Álava de 23 de septiembre de 1992 (AC 1992 1318)].

70. Cfr. Díez Soto, Carlos Manuel, (2011): “Comentario a los arts. 811 y 812 Cc.” en *Código civil comentado*, volumen II, Libro III De los diferentes modos de adquirir la propiedad (Artículos 609 a 1087), coordinados por Ana Cañizares Laso, Sergio Cámara Lapuente, Carmen Sánchez Hernández, Dirigidos por Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández, ed. Civitas y Thomson Reuters, Navarra, págs. 802, 819; Ss. TS 12 de diciembre de 1945 (RJ 1945 1294); 22 de marzo de 1986 (RJ 1986 1475) y 21 de octubre de 1991 (RJ 19918862).

Respecto de la reversión de donaciones del art. 812 Cc. se ha defendido, por parte de la doctrina y de la jurisprudencia⁷¹, que la misma opera de forma automática y por ministerio de la ley, al producirse el fallecimiento del donatario, transmitiéndose en ese momento los bienes al beneficiario de la reversión, sin perjuicio de que éste pueda renunciar a ella (arts. 881, 882 y 888 Cc.)⁷².

b) *La reserva del art. 811 Cc.* En lo que atañe a la reserva lineal del art. 811 Cc., tanto la doctrina como la jurisprudencia, han abordado de manera directa la procedencia o no de la transmisión del *ius delationis*.

Hasta los años 60 del siglo XX, con algún altibajo⁷³ se mantuvo una clara postura contraria a la aplicación del art. 1006 Cc. en estos supuestos, alegando en contra de la transmisión en el *ius delationis* que el derecho de recobro tenía carácter personalísimo y por ello no podía transmitirse a los herederos del reservatario. En este sentido se expresó el TS en diversas sentencias (27 de enero de 1909, 11 de marzo de 1927, 2 de enero de 1929) y también la DGRN que en la R. de 19 de febrero de 1969, reflejó la doctrina señalada hasta la fecha al afirmar:

“Que como uno más de los problemas derivados de la aplicación del art. 811 del CC, se encuentra el de si cabe el «ius transmissionis» del derecho a los reservatarios, que mantiene dividida a la doctrina patria, pues mientras unos autores se inclinan por la postura afirmativa en base fundamentalmente al art. 1112 del Código que establece la regla general de transmisibilidad de los derechos, y a que el reservatario adquiere el dominio de los bienes sujetos a reserva en el momento del fallecimiento del reservista, por lo que se encuentran dentro de su patrimonio, o al menos lo está su derecho a aceptar o repudiar esa sucesión, que se transmitirá a sus herederos de conformidad con el art. 1006 del mismo CC, otros autores sostienen que no es posible la aplicación del «ius transmissionis», dado el carácter personalísimo que tiene el derecho a la reserva, por lo que si el reservatario fallece sin haber reclamado los bienes, nada transmite a sus herederos porque no aparece consumada la misma. (...) el Tribunal Supremo mantiene reiteradamente la postura negativa, dado que el derecho a la reserva de bienes del art. 811 del CC es de carácter personalísimo y sólo cabe su ejercicio por la persona que reúna las circunstancias previstas en la ley, sin que pueda transmitirse a otras que no estén dentro del tercer grado, ya que debido a aquel carácter, la acción quedó extinguida si no la ejercitó el reservatario, y solamente si éste fallece después de haber hecho la reclamación, sus herederos podrán pedir los bienes reservables, pero no porque se les haya transmitido su derecho a la reserva, sino como continuadores de la personalidad del causante y haber éste manifestado su voluntad de adquirirlos” (Considerandos 3 y 5)⁷⁴.

71. En este sentido, STS de 12 de noviembre de 1990 (RJ 1990 8698).

72. Así lo afirma Díez Soto, Carlos Manuel, (2011): pág. 881.

73. La STS de 14 de junio de 1945 (RJ 1945 703), puso la nota discordante, pues mantuvo la naturaleza personal del derecho derivado del art. 811 Cc. para afirmar que impide el derecho de representación pueda extenderse a personas que no estén dentro del grado por él establecido (tema todavía debatido por la doctrina en esta sede) pero “no impide, en cambio, que una vez adquirido por una persona que se encuentra en él (y la transmisión se produce *ope legis* por muerte del reservista) pueda admitirlo su inmediato sucesor, no por virtud del derecho de reserva, sino por estar ya en el patrimonio del causante”. Criterio esté que sería seguido por la STS de 8 de junio de 1954 (RJ 1954 1591), y a partir de los años 70 del pasado siglo será el generalmente admitido. Vid. sobre estas cuestiones Díez Soto, Carlos Manuel, (2011): pág 815.

74. (RJ 1969 4154).

La razón de la negativa está, como claramente se señala en esta Resolución, y así lo afirmó también el TS, en el carácter personalísimo del derecho a la reserva.

Con posterioridad, sobre todo a partir de los años 80 del pasado siglo, y con las excepciones ya señaladas, se modifica el centro de gravedad de los argumentos hasta entonces defendidos, dejando de lado el carácter personalísimo del derecho a la reserva, para poner el acento en *el modo en que se produce la adquisición de los bienes* reservables por parte de los reservatarios.

El TS afirma que el ingreso de los bienes en el patrimonio del reservatario opera automáticamente, de manera que transmite a los suyos, sean quienes sean, *los bienes que ya eran suyos en virtud de la adquisición automática* regulada en el art. 811, bastando con que el reservatario sí cumpla el doble requisito de grado de parentesco y línea familiar.

En concreto afirma la STS de 9 de enero de 1991, lo siguiente:

“Ya las sentencias de esta Sala de 14 de junio de 1945 (RJ 1945 703), y de 8 de junio de 1954 (RJ 1954 1591) la primera de las cuales es citada por el Tribunal «a quo» aunque no siga su criterio, se separaron de la doctrina antigua, en la que incluso la sentencia de 2 de enero de 1929 había introducido alguna matización, y, en definitiva, ha sido la sentencia de 21 de diciembre de 1989 (RJ 1989 8862), la que ha consolidado la doctrina de que el derecho de reserva se actúa automáticamente, una vez fallecido el reservista, en favor de los reservatarios que son determinados en ese preciso momento. Siendo así, la consecuencia no puede ser otra que reconocer que, incorporados los bienes reservados al patrimonio del reservatario, éstos se transmiten a sus herederos siguiendo las reglas ordinarias de la sucesión, sin que ello implique desvirtuación alguna del sentido troncal de la reserva del art. 811, toda vez que la misma se respeta hasta el límite parental del tercer grado, que es su extensión legal, y resulta indiferente, a efectos de la reserva hereditaria, a qué personas transmita libremente los bienes quien los adquirió en virtud de aquélla”⁷⁵.

Esta es la doctrina que sigue en la actualidad el TS: como vemos se afirma la admisión del derecho de transmisión, si bien, ni siquiera ello es necesario, al considerar tanto la doctrina como la jurisprudencia, que los bienes ya han ingresado en el patrimonio del reservatario desde el mismo momento de la muerte del reservista. Con todo, la doctrina sigue afirmado el carácter personalísimo del derecho a la reserva, y por ello, se mantiene la duda acerca de si es aplicable el derecho de representación, salvo en aquéllos casos en los que los representantes fueran parientes dentro del tercer grado, en los que sí se admite la representación⁷⁶.

4.3.3. Algunas reflexiones. ¿La posible aplicación del art. 478 CDFA?

4.3.3.1. *Las soluciones que se derivan de las anteriores opiniones doctrinales.* Ciertamente no es sencillo ofrecer una solución, ya que los mimbres para defender una u otra postura son parejos.

75. (RJ 1991 291).

76. El TS en sentencias de 8 de noviembre de 1909 y 11 de marzo de 1927 negó la aplicación del derecho de representación; posteriormente se admite su aplicación pero sólo a favor de personas que estén dentro del tercer grado, lo que de hecho limita el juego del derecho de representación en la reserva del art. 811 Cc. En este sentido las STS de 19 de enero de 1935 (RJ 1935 234) y 8 de junio de 1954 (RJ 1954 1591). Vid. Díez Soto, Carlos Manuel, (2011): págs. 808 y 809.

La doctrina del Código civil, al igual que la jurisprudencia del TS, ha discurrido sobradamente sobre estas cuestiones ofreciendo los argumentos que ya he expuesto. La doctrina aragonesa, dividida en este asunto, afirma o niega la posible aplicación del derecho de transmisión.

A mi juicio, también en el recobro del art. 524 CDFA tenemos dos centros de gravedad, y según por el que nos decantemos habría una u otra solución.

En efecto, por un lado, y siguiendo al profesor LACRUZ, el derecho de recobro tiene carácter personalísimo y, por lo tanto, intransmisible a sus herederos⁷⁷. Planteamiento, que nos llevaría a afirmar que en razón de este carácter personal, no procedería el derecho de transmisión.

Por el contrario, si ponemos el acento en la forma de adquisición, y en la naturaleza sucesoria de este llamamiento, tal y como lo califica el legislador, [sucesor a título particular por disposición legal (art. 319-2 CDFA)]⁷⁸, como creo que así lo es, nos encontramos que éste adquiere su derecho “desde el momento de la delación, sin perjuicio de la posibilidad de repudiarlo” (art. 322-2 CDFA) y, por su parte, el art. 477 CDFA, aplicable por analogía a este supuesto, afirma que “En los legados de cosa cierta y determinada existente en el caudal hereditario, el legatario adquiere su propiedad desde que se le defiere”.

Por lo tanto, si seguimos la actual doctrina del TS, muerto el recobrante sin aceptar o repudiar, transmite a los suyos su derecho, y así lo establece el art. 478 CDFA, en sede también de legados.

4.3.3.2. *La posible aplicación del art. 478 CDFA: argumento a favor: la intransmisibilización de la delación.* En Aragón, y con respecto al derecho de recobro, tal vez podríamos ofrecer un argumento más, que tomando como premisa el carácter personalísimo del derecho de recobro, admitido por la doctrina, desplace el centro de gravedad a este lado y a favor de una solución negativa.

En efecto, el derecho de recobro presenta un indudable carácter personalísimo que conlleva diversos efectos: en primer lugar, la preferencia para recibir dichos bienes por parte de la stirpe del hermano donante en detrimento del resto de los herederos troncales; en segundo lugar, la preferencia del recobro frente al acrecimiento consorcial y, en tercer lugar, la exclusión de troncalidad de respecto de estos bienes cuando provienen del consorcio conyugal para preferir al cónyuge sobre el resto de parientes troncales a favor de los cónyuges (arts. 524-4 en relación con el art. 528-2 CDFA).

77. LACRUZ BERDEJO, José Luis (1992): “Derecho de sucesiones por causa de muerte: de las legítimas, de la sucesión intestada. Normas comunes a las diversas clases de sucesión” en *Estudios de Derecho Privado Común y Foral*, T. II Obligaciones y sucesiones. Barcelona, pág. 437. En este sentido y como afirma SERRANO GARCÍA, [José Antonio, (2000): *Troncalidad y comunidad conyugal aragonesa. (Relaciones del recobro de liberalidades, la sucesión troncal y el derecho de abolorio con la comunidad conyugal legal)*, ed. Centro de Estudios Registrales de Aragón, Zaragoza, pág. 24.]: “No se discute que el derecho de recobro de los ascendientes y hermanos es personalísimo, y que, por ello, falleciendo éstos antes que el donatario no pasa a sus herederos, según resulta de la comparación con lo que para el recobro de dote o firma de dote establecía el art. 129.2 de la Compilación”. SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, [María del Carmen (1994). *El consorcio foral en el Derecho civil aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1994, pág. 468] mantiene la misma opinión.

78. En contra de esta calificación, MERINO HERNÁNDEZ, MATA RIVAS y GIL NOGUERAS en *Memento experto ...*, 2011, págs. 522 y 523.

Tomando como premisa cierta el carácter personalísimo de este derecho, su naturaleza de sucesión a título particular por disposición legal y la posibilidad de aplicar algunas normas de los legados, siempre que no contradigan su naturaleza, podemos concluir que en lo que atañe al derecho de transmisión respecto de los recobros es de preferente aplicación el art. 478 frente al 354⁷⁹, por ser aquél norma especial frente a ésta que es general y exige, además esta última, que el llamado lo sea a título universal, llamamiento que no concurre en el recobrante.

Si creemos que este planteamiento es correcto, y que resulta aplicable el art. 478 CDFA, tal vez podamos concluir que en el recobro no juega el derecho de transmisión ya que el mismo sólo se aplica “salvo voluntad contraria del disponente o de que se trate de legados de usufructo, de renta, de pensión vitalicia u otros de carácter personalísimo”⁸⁰, expresión que, en lo que atañe al recobro, supondría un supuesto de intransmisibilización de la delación que impide el juego del derecho de transmisión, como defendió ALBALADEJO⁸¹, al tratarse de un llamamiento personalísimo.

En razón de esta interpretación podría afirmarse que en materia de recobros no tiene aplicación el derecho de transmisión.

Por lo tanto, aplicando el art. 478 CDFA a los casos que hemos puesto como ejemplo, fallecido Adriano, sin aceptar ni repudiar, el jarrón chino que le donó a su hermano Gines, seguiría los llamamientos previstos para la sucesión troncal y sería heredado por su hermano Casto al no se aplicable el derecho de transmisión ni tampoco en este caso la sustitución legal. Posiblemente, nos parezca bien que nada reciba Andresa al ser ajena a la familia, pero quizás no nos importaría que el hijo de Adriano sí recibiera el jarrón, ya que fue donado por su padre. Con todo, las reglas de la sucesión troncal prefieren a los hermanos frente a los sobrinos; y el recobro es un derecho personalísimo: sólo a favor del donante, sustituido por sus hijos nietos, en caso de operar la sustitución legal.

Conviene advertir que si considerásemos que el recobro no es un Derecho personalísimo, al operar la adquisición de forma automática, los bienes ya han ingresado en el patrimonio del llamado y sus herederos son ya propietarios de los mismos con derecho a repudiar los bienes del disponente.

Por lo que respecta al segundo caso, “la finca Ambiciones”, es evidente que no juega el derecho de transmisión, si entendemos que esta figura es también un supuesto de sustitución legal preventiva de residuo, puesto que como ya hemos

79. No opina en este sentido y considera de preferente aplicación el art. 354 (39 Lsuc.) MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, (2000): vol. II, pág. 97-98.

80. La razón de la exclusión del derecho de transmisión cuando el llamamiento es personalísimo la expresa con claridad *Mirambell i Abanco* para el art. 427-18 Cc.Cat., del que es copia literal el art. 478 CDFA, al decir que “por el carácter vitalicio del derecho adquirido y por la naturaleza inherente a la persona del legatario designado el derecho al legado se extinguirá con la muerte del legatario y, por lo tanto no es posible su transmisión”. Cfr. en “Comentari article 427-17. Transmissió del dret al llegat”, en *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya*, relatiu a les successions, Directors Joan Egea i Fernández et Joseph Ferrer i Riba, coordinadora Laura Alsacio i Carrasco, vol. I, ed. Atelier, Barcelona, 2009, pág. 804.

81. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, (1979), págs. 537 y ss.

justificado en estos casos, el llamamiento es personal haciendo con ello intransmisible el derecho de transmisión.

Respecto de la finca ambiciones sería recobrada por Teodoro, el donante original, y no por Ambrosia, la esposa de Francho, padre de Pilar, la última donataria que fallece sin descendientes.

En este caso, y a diferencia de lo explicado en los casos de los arts. 365-3; 419-3 y 531-2 CDFA, no hay aquí concurrencia de delaciones: tanto a favor de Francho como a favor Ambrosio; puesto que aquí no hay “devolución” de los bienes a dicho patrimonio; en su caso, tan sólo habría purificación del fideicomiso.

IV. REFLEXIONES FINALES. EL DERECHO DE TRANSMISIÓN Y LAS INSTITUCIONES SUCESORIAS ARAGONESAS. SUCESIÓN TRONCAL.

Al comenzar este análisis, decía al principio del mismo que nos preguntáramos sobre ¿qué pasaría en Aragón si no hubiéramos regulado el derecho de transmisión o si nunca hubiéramos aplicado el art. 1006 Cc. porque a caso no hubiera habido laguna que cubrir?, ¿Cambiaría algo o mejorarían las cosas?, ¿son compatibles los principios de la sucesión troncal aragonesa con el derecho de transmisión que trae a la casa al forastero ajeno a ella? ¿Es está una norma desconocida para el Derecho histórico aragonés?

A lo primero, ¿Qué pasaría si no hubiera derecho de transmisión?

Ciertamente, y como afirmará JORDANO FRAGA⁸², sino fuera por la existencia de esta previsión en el art. 1006 Cc. (lo mismo vale para el art. 354 CDFA), y nos preguntáramos si, fallecido el llamado a heredar por el disponente sin haber aceptado o repudiado, se transmite la delación a sus herederos, más bien estaríamos dispuestos a negar tal posibilidad y afirmar que la delación se extinguió con él.

Indudablemente es este un mecanismo extraño, puesto que no es fácil justificar la razón que permite que hereden al disponente sujetos ajenos a su voluntad, a su parentela y a sus bienes.

JORDANO FRAGA, observando esta realidad, al igual que lo hace el resto de la doctrina, afirma que la ratio que subyace en el art. 1006 Cc., es una determinada manera de entender la equidad, ya que se ampara a los herederos del llamado-transmitente preservándoles de los perjuicios que se puedan derivar de su fallecimiento antes de haber aceptado la herencia a la que fue llamado; así “para evitar que su muerte sin haberse pronunciado sobre la delación de la que era titular, prive a sus herederos de toda posibilidad de beneficiarse de la herencia del primer causante, es por lo que se atribuye a estos la misma facultad de adquirirla que tenía el transmitente”⁸³.

82. JORDANO FRAGA, Francisco (1990), pag. 148.

83. JORDANO FRAGA, Francisco (1990), pp. 173-174.

Ciertamente, puede ser esta la equidad, o como dice el autor citado, “una determinada manera de entenderla”, el fundamento del derecho de transmisión a favor de los herederos del llamado que, sorprendido por la muerte antes de haber ejercitado el *ius delationis*, debe ser transmitido a sus herederos legales o voluntarios.

Innegablemente esta ratio desconoce la voluntad del causante, soberana en cualquier sucesión, ya que a través de este mecanismo serán herederos del disponente sujetos que poco o nada tienen que ver con él.

De cualquier manera, de haber aceptado la herencia el transmitente, y habiendo fallecido tras la misma, no sería otra la conclusión que se derivaría y acaso, sea una forma de equidad o de justicia.

A lo segundo, ¿son compatibles los principios de la sucesión troncal aragonesa con el derecho de transmisión que trae a la casa al forastero ajeno a ella?

El derecho de transmisión regulado en el art. 1006 Cc. ha sido aplicado en Aragón de forma pacífica sin que ningún autor ni sentencia haya nunca formulado problema alguno; luego no es sensato, buscar ahora tres pies al gato, menos aun cuando dicha norma, con su mejor doctrina, ha sido incorporada al Derecho civil de Aragón.

Por lo tanto, la respuesta debe ser afirmativa, sin perjuicio de las especialidades que ya hemos puesto de relieve a lo largo del texto y que excluyen de forma absoluta o limitada la aplicación del art. 354 CDFA, ya que, a lo que creo, en estas instituciones peculiares del Derecho civil de Aragón, la finalidad de mantener los bienes en la familia, en eso que llamamos el principio de troncalidad, personalizan la delación haciéndola intransmisibles a personas advenedizas a la familia; la razón la podemos encontrar en el hecho de operar la adquisición de la herencia directamente del patrimonio del disponente, de manera que no sólo se debe exigir los transmisarios capacidad sucesoria sino además legitimación para cumplir con esta finalidad sucesoria.

En efecto, hemos observado este principio en relación al consorcio foral al exigir la doctrina, para que tenga lugar la transmisión en el *ius delationis*, que los herederos del transmitente tengan, no solo capacidad para heredar al causante, sino también legitimación, esto es, que sean parientes del elenco: descendientes o hermanos del consorte. La razón, como hemos señalado también, es el principio de troncalidad presente en la sucesión aragonesa.

En relación a su aplicación en la sustitución legal preventiva de residuo hemos afirmado que se excluye la aplicación del derecho de transmisión, sin perjuicio de que en Aragón, dicha delación pueda aún ser operativa a favor de los herederos del sustituido al haber una concurrencia de delaciones sobre unos mismos bienes, como hemos explicado.

En los recobros, es posible entender que juega el derecho transmisión por operar de forma automática la adquisición de la herencia, como ocurría en Derecho

histórico; si bien es posible también excluirla si entendemos que a los mismos les es aplicable el art. 478 CDFA.

Todo ello se justifica porque la herencia aragonesa no presenta un solo universo de bienes, como así sucede en el Código civil, sino que en la misma, y en razón del origen de los aquéllos, hay diversas delaciones: bienes troncales y no troncales; la finalidad a la que responden aquéllos puede servir de argumento para intransmisibilizar la delación fuera de los parientes del elenco.

Justificado todo lo anterior, y como reflexión final, nos queda por formular una última cuestión sobre la que no se ha pronunciado la doctrina. Esto es, si el art. 354 CDFA es aplicable a la sucesión troncal.

Al igual que hemos formulado en los casos anteriores, se trata de determinar si podríamos exigir, cuando la delación es troncal, de los transmisarios no sólo capacidad sucesoria sino, además, *legitimación*; esto es, ser parientes troncales *ex* art. 526 CDFA para que al misma opere, estando excluida en el caso contrario.

Pensemos en el siguiente caso:

Demetrio, de vecindad civil aragonesa, fallece sin haber otorgado disposición voluntaria alguna, dejando como únicos parientes vivos a su hermano Teodoro, a los hijos de éste y a la madre de ambos, Pascuala. En la herencia de Demetrio hay una finca que le legó su tío paterno y cierta cantidad de dinero y acciones. Teodoro, sobrevivió a su causante, pero falleció sin haber ejercitado la delación, habiendo designado como heredera testamentaria de todos sus bienes a su cónyuge Pandora, y dejando a salvo la legítima de sus descendientes. Pandora acepta la herencia de Teodoro. ¿Cómo se defiere la herencia de Demetrio?

Respecto de los bienes no troncales, el dinero y las acciones, la herencia se defiere a favor de la madre de Demetrio (art. 530 CDFA).

En lo que atañe a los bienes troncales, la finca legada por un pariente colateral, (art. 528 CDFA), se defiere a su hermano Teodoro, *ex* art. 526 CDFA.

Ahora bien, fallecido Teodoro sin aceptar ni repudiar: ¿opera sin límite ni traba la sucesión en el *ius delationis* de manera que el mismo corresponda a Pandora, persona ajena al elenco de parientes tronqueros y heredera directa, tras la aceptación de la herencia de su marido, de Teodoro?

Los argumentos a favor de la aplicación del art. 354 CDFA serían los siguientes:

1º. El carácter general de la misma aplicable tanto a la sucesión voluntaria como a la legal.

2º. El heredero troncal es un sucesor a título universal, luego su llamamiento está incluido en el art. 354 CDFA.

3º. La sucesión troncal en Aragón sólo tiene lugar a falta de disposición voluntaria del causante, no hay obligación de reserva de estos bienes, ni límites a su libre disponibilidad, tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa*.

4º. En razón de lo anterior, si el transmitente hubiera aceptado el llamamiento troncal, y hubiera fallecido, esos bienes tendrían el destino que él hubiera dispuesto en su testamento o pacto.

Por lo tanto, en el caso propuesto Pandora, ya heredera de Teodoro, en ejercicio del *ius delationis*, podría adir la finca aun cuando la misma tuviera carácter troncal.

Con todo, tal vez, podríamos ofrecer una solución alternativa, con base en los siguientes argumentos que ya hemos venido ofreciendo y he resumido en este último epígrafe:

1. La regulación de la sucesión troncal en Aragón presenta una peculiaridad propia que responde a una finalidad especial, de manera que su regulación supone un supuesto de “expresa previsión en contrario del disponente” que excluye la aplicación de la sucesión *iure transmissionis*.

En razón de ello, la heredera de Teodoro, su cónyuge Pandora, no puede ejercer la delación a la herencia de Demetrio. La delación en este caso es troncal y la misma sólo corresponde a los parientes troncales, no perteneciendo la misma al elenco de parientes por la línea a la que pertenecen los bienes, no es aplicable el derecho de transmisión.

En el caso propuesto, el *ius delationis* opera sobre la herencia de Demetrio, que falleció sin disposición voluntaria alguna y, por lo tanto siendo de aplicación, el orden de llamamientos previsto para la sucesión troncal.

Por lo tanto, habiendo sobrevenido la muerte del llamado, Teodoro, sin aceptar ni repudiar y no siendo de aplicación el art. 354 CDFA, el llamamiento a la sucesión troncal de Demetrio deviene definitivamente ineficaz, y procede aplicar el art. 320 CDFA el párrafo 1 en su letra c): “Si tampoco hubiera acrecimiento, sucederán por derecho propio los parientes del grado siguiente, o, en su defecto, las personas que ocupan el lugar siguiente, todo ello según el orden de delación legal”.

El orden de llamamientos lo determina el art. 526 CDFA, que defiere a la herencia en lo que atañe a los bienes troncales “a los hermanos del causante e hijos y nietos de hermanos por la línea de procedencia de los bienes”, sucediendo los hijos y nietos de hermanos tanto por sustitución legal como, a falta de aplicación de la misma, por derecho propio, conforme al art. 532 CDFA esto es, como parientes privilegiados: mientras haya un hermano, hijo o nieto de hermano que quiera y pueda heredar no ofreceremos al herencia al orden siguiente de llamados.

Por lo tanto, en este caso, heredarán a Demetrio por derecho propio en la finca de origen familiar sus sobrinos, los hijos de Teodoro. Nada le corresponderá a su cónyuge, tampoco, en este caso, el usufructo sobre ellos, al no ser de aplicación el art. 354 CDFA.

El derecho de transmisión no resulta aplicable si los transmisarios no tienen legitimación para adir los bienes troncales que integran esta delación sucesoria.

En el supuesto de haber sido entregados los bienes o puestos disposición de los transmisarios que carezcan de legitimación para ello, será aplicable el párrafo

2 del art. 518 CDFA, pudiendo instarse una nueva declaración voluntaria sobre los mismos, por tratarse de bienes troncales. Si no hubiera reclamación por parte de los legitimados para ello, los adquirentes no troncales consolidaran su derecho [art. 517-2. b) CDFA].

Esta es la solución que a mi me gusta y estos son los argumentos en su defensa.

En esta solución, al igual que en las anteriores, están de acuerdo los coponentes.

En efecto, ambos se reunieron conmigo, y les solicité que respondieran a este caso, y al resto de los casos del texto, y está fue también la solución que dieron. La razón ésta en la adquisición de la herencia directamente del disponente y no del transmitente, lo que, tal vez sin haberlo pensado el legislador (o tal vez sí) contribuye a la defensa y mantenimiento de la troncalidad, entendida esta como conservación de los bienes en la familia de procedencia de los mismos.

Con esta última reflexión cierro mi intervención, que someto a este Foro de debate.

He dicho.

V. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, (1952): “La sucesión *iure transmissionis*” en *ADC*, 1952, págs. 912 a 971.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, (1956): *Sustituciones hereditarias*, ed. Gráficas Summa, Oviedo, 1956.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, (1979): “Las sustituciones fideicomisarias puras, a término y condicionales: sus límites, aceptabilidad o repudiabilidad, en el momento de la delación fideicomisaria, el momento de la delación fideicomisaria y la expansión del derecho del fiduciario o del fideicomisario”, en *RDP*, 1979, pp.519 a 545 y 641 a 666.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, (1986): “Comentario al art. 805 Cc.” en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, T. X, vol, 2 artículos 774 a 805, ed. Edersa, Madrid, 1986, págs. 544 a 557.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, (1986): “Comentario a los arts. 781 a 884 Cc.” en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, T. X, vol, 2 artículos 774 a 805, ed. Edersa, Madrid, 1986, págs. 142 a 205 y 277 a 377,

ALVAREZ CAPEROCHIPI, José A., (1975): “La sustitución fideicomisaria de residuo” *RDP*, marzo, 1975, pp. 171-196.

ALVAREZ CAPEROCHIPI, José A., (2004): “Comentario a la jurisprudencia sobre la sucesión de los ascendientes del art. 811 Cc.” en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Tomo II, ed. Prensas Universitaria y Colegio de Registradores, Murcia, págs. 139 y ss.

BAYOD LÓPEZ, María del Carmen (1998): *La llamada aceptación de la herencia por los acreedores. Artículo 1001 del Código civil*, ed. Tecnos, Madrid, 1998.

BAYOD LÓPEZ, Carmen, (2008): «“Ana y el art. 216-2 Lsuc”. Momento de aplicación de la norma y sucesión que regula. Problemas prácticos de aplicación», en *RDCA-XIV*, 2008, pp. 117-141

BAYOD LÓPEZ, Carmen, (2009): “La existencia o no de viudedad a favor del cónyuge supérstite del bínubo premuerto sobre los bienes que éste recibió de su primer consorte y de los que no dispuso por ningún título (art. 108 comp. y arts. 80-3, 104.3 y 216 Lsuc.”, en *RDCA-XV*, ed. IFC, Zaragoza, 2009, págs. 223 a 248.

BAYOD LÓPEZ, María del Carmen (2012): “La sucesión legal en el Código del Derecho Foral de Aragón”, *RDCA*, XVIII, 2012, págs. 55 a 120.

BAYOD LÓPEZ, María del Carmen (2013-1): “De la Disposición Final primera de la ley 8/2010, de 2 de diciembre de Derecho Civil Patrimonial al Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el

Código del Derecho Foral de Aragón”, en *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Joaquín Rams Albesa*, Dykinson, Madrid, págs. 29 a 58.

BAYOD LÓPEZ, María del Carmen (2013-2): “De los contratos sobre ganadería. Disposiciones transitorias, Disposición derogatoria y Disposiciones finales (de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre de Derecho civil patrimonial al Título IV del Libro IV del Código del Derecho Foral de Aragón)” en *Derecho civil patrimonial aragonés*. ed. IFC, Zaragoza, págs. 317 a 375.

BAYOD LÓPEZ, María del Carmen, (2013-3): “Derecho foral aragonés, aplicación y posibles líneas de reforma”, en *Jornadas de Derecho foral aragonés, aplicación y análisis comparativo con otros Derechos forales*, ed. Gobierno de Aragón. Dpt. de Presidencia y Justicia, Zaragoza, págs. 9 a 65

BELLED HEREDIA, José María (1968): “La sucesión intestada en el Derecho aragonés” en *RCDI*, 1968, págs.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, (2014): “Naturaleza y alcance del derecho de transmisión”, en *Actualidad civil*, núm. 1, enero 2014, págs. 54 a 74.

BIESA HERNÁNDEZ, María (2010): *Las causas de extinción del derecho expectante de viudedad en la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad*, ed. el Justicia de Aragón, Zaragoza.

BOSCH CAPEDEVILLA, Esteve, (2009): “Comentari article 462-4. Pret d’acréixer en els fideicomisos”, *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya*, relatiu a les successions, Directores Joan Egea i Fernández et Joseph Ferrer i Riba, coordinadora Laura Alsacio i Carrasco, vol. II ed. Atelier, Barcelona, 2009, págs. 1568 a 1572.

BOSCH CAPEDEVILLA, Esteve, (2011): “Comentario al art. 1.006 Cc.” en *Código civil comentado*, volumen II, Libro III De los diferentes modos de adquirir la propiedad (Artículos 609 a 1087), coordinados por Ana Cañizares Laso, Sergio Cámara Lapuente, Carmen Sánchez Hernández, Dirigidos por Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Ordinaña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández, ed. Civitas y Thomson Reuters, Navarra, 2011, págs. 1527-1534.

CALATAYUD SIERRA, Adolfo (1995): “La sustitución legal en Aragón. (El art. 141 de la Compilación)” en *Quintos encuentros de Foro de Derecho aragonés*, Zaragoza, págs. 159 a 194.

CALATAYUD SIERRA, Adolfo, (1996): “La institución recíproca entre cónyuges sin descendientes. El art. 108.3 de la Compilación: su naturaleza jurídica y sus efectos en Derecho interespacial, en *RDCA-II*, nº 2 págs. 99-111.

CALATAYUD SIERRA, Adolfo, (2010): “Cuestiones prácticas sobre consorcio foral”, en *RDCA-XVI*, 2010, págs. 215 a 225.

CALATAYUD SIERRA, Adolfo (2012): “Disposiciones transitorias en el Código del Derecho foral de Aragón”, en *Actas de los Vigésimo Primeros Encuentros de Foro de Derecho aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, págs. 119-140.

CÁMARA LAFUENTE, Sergio, (2013-1): “Las sustituciones”, en *Curso de Derecho civil (V). Derecho de sucesiones*. Ed. Colex, Madrid, 2013, pp. 203-237.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, (2013-2): “Las disposiciones testamentarias. En particular la institución de heredero”, en *Curso de Derecho civil (V). Derecho de sucesiones*. Ed. Colex, Madrid, 2013, pp. 143-174.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio. (2011): “Comentario a los arts. 774 a 789 Cc.” en *Código civil comentado*, volumen II, Libro III De los diferentes modos de adquirir la propiedad (Artículos 609 a 1087), coordinados por Ana Cañizares Laso, Sergio Cámara Lapuente, Carmen Sánchez Hernández, Dirigidos por Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández, ed. Civitas y Thomson Reuters, Navarra, 2011, págs. 709-738.

CASANOVAS I MUSSINS, Anna, (2009): “Comentari al article 461-13 Cc.C. Dret de Transmissió” en *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya*, relatiu a les successions, Directors Joan Egea i Fernández et Joseph Ferrer i Riba, coordinado-ra Laura Alsacio i Carrasco, vol. II ed. Atelier, Barcelona, 2009, págs. 1493 a 1494.

CELAYA IBARRA, Adrián, (2012): “La troncalidad”, *Boletín JADO, Bilbao, año XI, N° 23*, junio 2012, págs. 7-19.

CLAVERÍA GOSALBEZ, Luis H. (1980): “Teoría general de la reserva hereditaria” en ADC, T. XXXIII, IV, Civitas, Madrid, págs. 827 a 864.

COLINA GAREA, Rafael, “Comentario al art. 1006 Cc.” en *Comentarios al Código civil*, 2ª ed. Coordinados por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2006, pp. 1176-1206

CURIEL LORENTE, Fernando (1992): “Sucesión de ascendientes en Aragón. Recobro de liberalidades”, en *Actas de los Segundos Encuentros de Foro de Derecho aragones*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1992, págs. 133 a 139.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (2000): “Comentario al art. 16 Cc.”, en *Comentarios al Código civil*, I, Título Preliminar, coordinados por Joaquín Rams Albesa, ed. J.M. Bosch editor, S.A., Barcelona, págs. 431 a 433.

DÍAZ ALABART, Silvia, (1981): *El fideicomiso de residuo. Su condicionalidad y límites*, ed. Bosch, Barcelona, 1981 (276 págs). [sig. Civil 21-434].

DÍAZ ALABART, Silvia, (1986): “El fideicomiso de residuo” en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, T. X, vol, 2 artículos 774 a 805, ed. Edersa, Madrid, 1986, págs. 205 a 276.

DÍAZ ROMERO, María del Rosario (2011): “Comentario al art. 868 Cc.” en *Código civil comentado*, volumen II, Libro III De los diferentes modos de adquirir la propiedad (Artículos 609 a 1087), coordinados por Ana Cañizares Laso, Sergio Cámara Lapuente, Carmen Sánchez Hernández, Dirigidos por Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Ordinaña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández, ed. Civitas y Thomson Reuters, Navarra, 2011, págs. 1405 a 1409.

DIEZ SOTO, Carlos Manuel, (2011): "Comentario al art. 811 Cc." en *Código civil comentado*, volumen II, Libro III De los diferentes modos de adquirir la propiedad (Artículos 609 a 1087), coordinados por Ana Cañizares Laso, Sergio Cámara Lapuente, Carmen Sánchez Hernández, Dirigidos por Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Ordinaña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández, ed. Civitas y Thomson Reuters, Navarra, 2011, págs. 801 a 818.

DIEZ SOTO, Carlos Manuel, (2011): "Comentario al art. 813 Cc." en *Código civil comentado*, volumen II, Libro III De los diferentes modos de adquirir la propiedad (Artículos 609 a 1087), coordinados por Ana Cañizares Laso, Sergio Cámara Lapuente, Carmen Sánchez Hernández, Dirigidos por Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Ordinaña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández, ed. Civitas y Thomson Reuters, Navarra, 2011, págs. 818 a 824.

DOMINGO AZNAR, Antonio, (1999): *El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*, ed. Marcial Pons, Barcelona, 1999 [134 págs. (civil 21-3859)]

ENCISO SÁNCHEZ, José Manuel, (1996): "El testamento de cónyuges aragoneses sin descendencia que desean instituirse herederos el uno al otro" en *RDCA, II*, 1996, nº2, págs. 113 a 128

FARRERO RÚA, Ana Belén, (2013): "Comentario al art. 461-13 Cc. Cataluña" en *Comentarios al Código civil de Cataluña*, T. II ,2ª ed., coordinados por Francisco de Paula Puig Blanes y Francisco José Sospredra Navas, ed. Thomson-Reuters, Pamplona, 2013, págs. 476 a 478.

FERRER VANRRELL, María Pilar, (2011): "Sustituciones fideicomisarias en el Derecho Balear" en *Tratado de Derecho de sucesiones*, T. I, Dirigido por Mª del Carmen Gete-Alonso y Calera, coordinado por Judith Solé Resina, ed. Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2011, págs. 1047 a 1082.

GALICIA AIZPURUA, Gorka, (2014): "Naturaleza y alcance del derecho de transmisión (ius transmissionis) regulado en el art. 1006 CC" Sentencia de 11 de septiembre de 2013 (RJ 2013, 7045), en *CCJC*, núm. 95, Mayo-Agosto, 2014, págs. 257 a 274.

GARCÍA GARCÍA, José Manuel, (1996): *La sucesión por derecho de transmisión* ed. Civitas, Madrid, 1996 (492 pags) [civil 21-372].

GARCÍA-RODEJA FERNÁNDEZ, Vicente. (1992). "Dos supuestos de sucesión intestada. Cuestiones procesales con relación a la troncalidad" en *Actas de los Segundos Encuentros de Foro de Derecho aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, págs. 125 a 132;

GARRIDO MELERO, Martín, (2006): "La regulación de los fideicomisos en el Código civil catalán" en *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, coordinado por Sergio Nasarre Azanar y Martín Garrido Melero. III Congreso de Derecho civil Catalán, Taragona 20 y 21 de octubre de 2005, ed. Mongràfics La Notaría, Marcial Pons Madrid-Barcelona, 2006, págs. 463 a 524.

GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, (2011): “Las sustituciones hereditaria” en *Tratado de Derecho de sucesiones*, T. I, Dirigido por M^a del Carmen Gete-Alonso y Calera, coordinado por Judith Solé Resina, ed. Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2011, págs. 953 a 970.

GINER GARGALLO, Antoni, (2009): “Cometari al article 426-12 Cc.C.” en *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya*, relatiu a les successions, Directores Joan Egea i Fernández et Joseph Ferrer i Riba, coordinadora Laura Alsacio i Carrasco, vil. I, ed. Atelier, Barcelona, 2009, págs. 549 a 550.

GINER GARGALLO, Antoni, (2009): “Cometari al article 426-8 Cc.C.” en *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya*, relatiu a les successions, Directores Joan Egea i Fernández et Joseph Ferrer i Riba, coordinadora Laura Alsacio i Carrasco, vil. I, ed. Atelier, Barcelona, 2009, págs. 542-544

GIL RODRIGUEZ, Jacinto (2013): “El reflejo de la obligación de conservar y la subrogación real en el fideicomiso de residuo si aliquid supereit. Sentencia 30 de octubre 2012” en CCJC, núm. 93, septiembre-diciembre 2913, págs. 235 a 258.

JORDANO FRAGA, Francisco, (1990): *La sucesión en el «ius delationis» (una contribución al estudio de la adquisición sucesoria «mortis causa»)*, ed. Civitas, S.A., Madrid, 1990. (363 páginas).

LACRUZ BERDEJO, José Luis (1992): “Derecho de sucesiones por causa de muerte: de las legítimas, de la sucesión intestada. Normas comunes a las diversas clases de sucesión” en *Estudios de Derecho Privado Común y Foral*, T. II Obligaciones y sucesiones. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles y Bosch, Barcelona, págs.409 a 454 [= *Separata del Boletín del Colegio de Abogados de Zaragoza*, núm. 26, 1967, págs. 145 a 194).

LACRUZ, (2009): *Elementos de Derecho civil V. Sucesiones*. 4^a ed. Revisada y puesta al día por Joaquín Rams, Dykinson, Madrid, 2009.

LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio (2006): “De la sucesión legal” en *Manual de Derecho sucesorio aragonés*, coordinado por José Luis Merino Hernández, ed. SONLIBROS, Zaragoza, 2006, págs. 639 a 690.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen, (2011): “Aspecto relevantes de la institución condicional de heredero y su modernización por los notarios”, en RJN, núm. 78, 2011, pp. 327-360

MARSAL GUILLAMENT, Joan, (2009): “Comentari al article 426-59 Cc.C.” en *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya*, relatiu a les successions, Directores Joan Egea i Fernández et Joseph Ferrer i Riba, coordinadora Laura Alsacio i Carrasco, vil. I, ed. Atelier, Barcelona, 2009, págs. 740 a 745.

MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual (2014): “Problemática del derecho de transmisión” en *Revista Doctrinal Aranzadi civil-Mercantil*, núm 5, 2014, págs. 1 a 10 (BIB 2014/2884)

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, (2000): *La sucesión legal en el Derecho civil aragonés*. Dos volúmenes. ed. El Justicia de Aragón. Zaragoza.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, (2002): “La sucesión troncal” *Actas de los Duodécimos Encuentros de Foro de Derecho aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, págs. 11 a 64-

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Maria, (2006): “La institución recíproca de herederos” en *Actas de los decimoquintos encuentros de Foro de Derecho aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, págs. 13 a 56.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, (2012): “Sucesión troncal aragonesa y comparación con el Derecho vasco ante una eventual reforma”, en *Boletín JADO, Bilbao, año XI, N° 23*, junio 2012, págs. 21 a 65.

MERINO HERNÁNDEZ, José Luís, (1983): *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, T. XXXIV, vol. 1º, pág. 264.

MERINO HERNÁNDEZ, José Luis (1988): “Comentario al art. 130 Comp” en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, T. XXXIV, Edersa, 1988,

MERINO HERNÁNDEZ, José Luis (2002): “Comentario al art. 39 Lsuc.” en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, T. XXXIV, vol. I Edersa, págs. 303-321.

MERINO HERNÁNDEZ, José Luis; y otros autores (2011): “Recobros y sucesión troncal” en *Memento Experto Derecho foral de Aragón*, coordinado por José Luis Merino, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2011, pág. 522 a 528.

MIRANBELL I ABANCÓ, Antoni (2009): “Comentari article 427-17. Transmissió del dret al llegat”, en *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya*, relatiu a les successions, Directores Joan Egea i Fernández et Joseph Ferrer i Riba, coordinadora Laura Alsacio i Carrasco, vol. I, ed. Atelier, Barcelona, 2009, págs. 802 a 804.

NANCLARES VALLE, Javier, (2011): “Sustituciones fideicomisarias en Navarra” en *Tratado de Derecho de sucesiones*, T. I, Dirigido por M^a del Carmen Gete-Alonso y Calera, coordinado por Judith Solé Resina, ed. Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2011, págs. 1083 a 1115.

NAVARRO VIÑUALES, José María (1992): “Algunos problemas prácticos en materia de sucesión paccionada en el Derecho aragonés”, en *Actas de los Segundos Encuentros de Foro de Derecho aragonés*, Zaragoza, págs. 87 a 98.

PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, “Comentario a los arts. 774 a 789 Cc.”, en *Comentarios al Código civil*, 2ª ed. Coordinados por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2006, pp. 950-970

PUIG BLANES, Francisco de Paula, (2013): “Comentario al Título II del Libro IV del Cc. de Cataluña” en *Comentarios al Código civil de Cataluña*, T. II ,2ª ed., coordi-

nados por Francisco de Paula Puig Blanes y Francisco José Sospredra Navas, ed. Thomson-Reuters, Pamplona, 2013, págs. 163 a 240.

SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, María del Carmen (1994): *El consorcio foral en el Derecho civil aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza.

SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, María del Carmen (2000). *El consorcio foral. (Tras la reforma de la Institución por la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte)*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen, (2011): “Comentario al art. 799 Cc.” en *Código civil comentado*, volumen II, Libro III De los diferentes modos de adquirir la propiedad (Artículos 609 a 1087), coordinados por Ana Cañizares Laso, Serguo Cámara Lapuente, Carmen Sánchez Hernández, Dirigidos por Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández, ed. Civitas y Thonson Reuters, Navarra, 2011, págs. 760-762.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen, (2011): “Comentario al art. 805 Cc.” en *Código civil comentado*, volumen II, Libro III De los diferentes modos de adquirir la propiedad (Artículos 609 a 1087), coordinados por Ana Cañizares Laso, Serguo Cámara Lapuente, Carmen Sánchez Hernández, Dirigidos por Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández, ed. Civitas y Thonson Reuters, Navarra, 2011, págs. 771-773.

SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, Alfredo. (1992): “El pacto al más viviente en la Compilación del Derecho civil de Aragón”, en *Actas de los Segundos Encuentros de Foro de Derecho aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, págs. 83 a 86.

SANCHO REBULLIDA, Fco. de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, (1993): “Comentario a los arts. 72 a 88 de la Compilación de Derecho civil de Aragón”, en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, Vol. 2º, dirigidos por José Luis Lacruz Berdejot y Jesús Delgado Echeverría, ed. DGA, Zaragoza, págs. 623 a 886.

SERRANO DE NICOLAS, Ángel (2014): «Artículo 1006 Código civil español: el “mismo derecho” no es el meramente instrumental ius delationis», *Revista de Derecho civil* [<http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>], vol. I núm. 4 (octubre-diciembre, 2014) págs. 189 a 203.

SERRANO GARCÍA, José Antonio (1999-1): “Introducción a la ley aragonesa de sucesiones por causa de muerte”, en *Cuadernos de Economía aragonesa*, ed. Ibercaja, págs. 75 a 97.

SERRANO GARCÍA, José Antonio, (1999-2): “La sustitución legal” en *Actas de los novenos encuentros de Foro de Derecho aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1999, págs. 88 a 119.

SERRANO GARCÍA, José Antonio, (2000-1): *Troncalidad y comunidad conyugal aragonesa. (Relaciones del recobro de liberalidades, la sucesión troncal y el derecho de abolorio*

con la comunidad conyugal legal), ed. Centro de Estudios Registrales de Aragón, Zaragoza, 2000.

SERRANO GARCÍA, José Antonio, (2000-2): “La sustitución legal preventiva de residuo: declaraciones de herederos legales y troncalidad (Comentario de un caso de pacto al más viviente), en *RDCA*, VI, nº 1, págs. 203 a 236

SERRANO GARCÍA, José Antonio, (2003-2004). “Notas sobre las sustituciones de los artículos 80, 104 y 216 de la Ley de sucesiones” en *RDCA-IX-X*, ed. IFC, Zaragoza, págs. 11- 42

SERRANO GARCÍA, José Antonio, (2006): “Los patrimonios fiduciarios en el Derecho civil aragonés”, en *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, coordinado por Sergio Nasarre Azanar y Martín Garrido Melero. III Congreso de Derecho civil Catalán, Taragona 20 y 21 de octubre de 2005, ed. Mongràfics La Notaría, Marcial Pons Madrid-Barcelona, págs. 243 a 266.

SERRANO GARCÍA, José Antonio (2012-1): “De las sucesiones en general”, en *Manual de Derecho civil aragonés*, 4ª ed. El Justicia de Aragón e Ibercaja, Zaragoza, págs. 507 a 548.

SERRANO GARCÍA, José Antonio (2012-2): “El Código del Derecho foral de Aragón”, en *Actas de los Vigésimo Primeros Encuentros de Foro de Derecho aragonés*, ed. el Justicia de Aragón, Zaragoza, págs. 69 a 117

SOLÉ RESINA, Judith (2011-1): “El fideicomiso en el Código civil de Cataluña” en *Tratado de Derecho de sucesiones*, T. I, Dirigido por Mª del Carmen Gete-Alonso y Calera, coordinado por Judith Solé Resina, ed. Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2011, págs. 1005 a 1147.

SOLÉ RESINA, Judith (2011-2): “Sustitución fideicomisaria en el Código civil” en *Tratado de Derecho de sucesiones*, T. I, Dirigido por Mª del Carmen Gete-Alonso y Calera, coordinado por Judith Solé Resina, ed. Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2011, págs. 971 a 1004.

ZABALO ESCUDERO, María Elena (1993): *La situación jurídica del cónyuge viudo en el Derecho internacional privado e interregional*, ed. Aranzadi, Madrid

Materiales

Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho civil.

SERRANO GARCÍA, José Antonio, (1997): *Memoria del borrador de proyecto de ley de sucesiones por causa de muerte*, Zaragoza (inédito). [Sig. DCIV 2 239]

ALGUNAS NOTAS HISTÓRICAS SOBRE EL DERECHO DE TRANSMISIÓN SUCESORIO DE ARAGÓN.

D. DANIEL BELLIDO DIEGO-MADRAZO

Abogado

Interpretar el silencio de una persona es difícil y cuando se encadenan dos silencios sobre una misma cosa, resolver el enigma¹ es una audacia. El Derecho, entendido como instrumento ordenador de situaciones y herramienta útil, ha intentado ofrecer en todo tiempo soluciones, incluso en aquellos casos en que el silencio del agente era atronador.

Como se ha podido ver, tras la ponencia de la Dra. Bayod, los casos en que concurren estas circunstancias de hecho son singulares pero no extraños. Siempre ha habido situaciones de conmorienca o de catástrofes que han producido hechos sucesorios más o menos próximos en el tiempo pero que, por un motivo o por otro, impidieron que una persona llamada a la herencia de un progenitor, o causante, la llegase a aceptar o manifestase la repudiación de esa herencia y falleciese sin ordenar nada sobre ello. Además de estos casos accidentados hay no pocos en los que el protagonismo es la falta de diligencia, el dejar para más tarde, para decidir sobre esos derechos sucesorios y verse sorprendido por la muerte o la completa incapacidad para ordenar la propia sucesión y también sobre esos derechos sucesorios a los que estaban llamados.

Sobre los conflictos y problemas sucesorios, incluso para los más complejos y menos probables, los juristas de la Roma clásica y postclásica discurrieron soluciones prácticas a estos casos, aunque sin llegar a escribir tratados teóricos. Podemos revisar algunas de esas ideas.

1. Alguna referencia previa del Derecho Romano.

Entre la delación y la aceptación de la herencia hay una situación intermedia de “herencia yacente” y cuya naturaleza fue controvertida incluso en el periodo

1. Georges CLÉMENCEAU , en su poema *L'Art de se taire*, termina diciendo “*Manier le silence est plus difficile que de manier la parole*” (Manejar el silencio es más difícil que manejar la palabra.)

clásico romano. La *“hereditas iacens”* no tenía titular en ese espacio temporal y para las opiniones de los juristas republicanos, rigurosas y lógicas, esos bienes yacentes eran *“res nullius”*, cosa sin dueño², tanto es así que era posible cometer *“furtum”* al apoderarse de cosas de esa herencia yacente y la adquisición de la herencia no se retrotraía al momento de la muerte sino al tiempo de la efectiva aceptación.

Esta concepción declinó con el tiempo. Juristas como Casio sugirieron que la adquisición de la herencia debía llevarse al momento de la muerte del *“de cuius”*. En general la doctrina clásica reconoció la existencia de esos derechos hereditarios sin titular (*“res sine domino”*) y de deudas u obligaciones sin deudor. Un instrumento que defendió Gayo para reducir este tiempo de incertidumbre de la herencia yacente fue la *“usucapio pro herede”*, por la que quien ocupaba durante un año la herencia, o alguno de los bienes de la misma³, a la que estaba llamado un extraño, la adquiriría para sí, sin justo título ni buena fe:

“54. Sin embargo en este caso para las cosas inmuebles se había establecido una usucapación de un año, la razón es que antiguamente las mismas herencias eran susceptibles de usucapion por la posesión de los bienes hereditarios durante un año. En realidad la ley de las Doce Tablas tenía ordenado que las cosas inmuebles verdaderamente se usucapían tras dos años y las demás sólo por un año: por consiguiente la herencia estaba comprendida entre las restantes, porque no es inmueble ni es corpórea; y por mucho que después se reconoció que las herencias no era posible usucapirlas, sin embargo se mantuvo la usucapio anual para todos los bienes hereditarios, aunque fueran inmuebles.

55. Por qué se concedió en general tan excesiva posesión y usucapación, la razón era qué los antiguos quisieron que las herencias fuesen aceptadas con rapidez, para que hubiera quienes hicieran las ceremonias [por el difunto], cuya observancia era rigurosa en aquellos tiempos, y para que los acreedores tuvieran de quien conseguir lo suyo” (traducción del autor)

Esto no quiere decir que el heredero antes de adir la herencia estuviese por completo desprotegido o desarmado frente a terceros: así el jurista Celso reconoció al heredero una acción aquilia útil para defender la integridad de la herencia de posibles daños causados a los bienes en sucesión antes de aceptarla, sin que tal ejercicio de acciones supusiera una forma de aceptación tácita. Ya en época postclásica y justiniana la herencia yacente llegó a ser tratada como una

2. Fritz SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, Ed. Bosch, Barcelona, 1960, pp. 279-280.

3. GAYO, *Institutiones*, 2. 54-55: “54. Quare autem hoc casu etiam soli rerum annua constituta sit usucapio, illa ratio est, quod olim rerum hereditariarum possessione ipsae hereditates usucapi credebantur, scilicet anno: lex enim XII tabularum soli quidem res biennio usucapi iussit, ceteras uero anno: ergo hereditas in ceteris rebus uidebatur esse, quia soli non est [quia neque corporalis est]; et quamuis postea creditum sit ipsas hereditates usucapi non posse, tamen in omnibus rebus hereditariis, etiam quae solo tenentur, annua usucapio remansit.

55. Quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod uoluerunt ueteres maturius hereditates adiri, ut essent, qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit, ut et creditores haberent, a quo suum consequerentur.”

especie de persona jurídica⁴, como una suerte de entidad como personalidad propia temporal.

Así pues el heredero voluntario, antes de aceptar o adir, se encontraba tras la delación en una situación de expectativa y no podía transmitir la herencia ni por actos *inter vivos* ni tampoco por sucesión, puesto que el derecho que la delación transfería al heredero era personalísimo.

Es cierto que hubo algunas singulares excepciones⁵: como la “*cessio in iure*” de la condición de heredero a un tercero, que convertía a este adquirente en el auténtico heredero del causante, como explicaba Gayo al tratar las formas de transmitir no la herencia sino el derecho a la herencia⁶:

“85. Si el heredero antes de aceptar o actuar como heredero hiciese a otro una *cessio in iure* de la herencia legítima, hace heredero de pleno derecho a quien es cedida la herencia, como si el mismo hubiera sido llamado por la ley a la herencia; sin embargo si hiciese la cesión después de hacerse heredero, todavía es el heredero y por eso el mismo seguirá obligado con los acreedores...

86. El mismo derecho es aplicable si el heredero instituido en testamento, después de hacerse heredero realizase la *in iure cessio*; cediendo antes de adir la herencia verdaderamente no hace nada.” (traducción del autor)

No obstante, y como criterio general, si el heredero moría sin ejercitar el derecho a adir o inmiscuir la herencia, es decir, guardando silencio, sus herederos no estarían facultados para adquirir herencia a la que estaba llamado el primero⁷.

La solución clásica en Derecho Romano para estos casos de doble silencio y, en todo caso, cuando no se producía la aceptación (ya por *cretio* ya *pro herede gestio*), tenía como consecuencia que no se producía la transmisión de ese derecho a suceder a los herederos del fallecido silente, que no llegó a aceptar la herencia precedente. *No era posible que los herederos de ese heredero, que nada decide, sucedieran al primer causante instituyente, porque se entendía que quien no había aceptado la herencia, nada podía transmitir sobre ésta a terceros, porque lógicamente no se había incorporado a su patrimonio.*

4. José ARIAS RAMOS, *Derecho Romano II-III*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, pp. 1071-1072.

5 Sin duda hubo excepciones pero en todo caso había un acto por parte del heredero llamado, como el traspaso por *in iure cessio* de su derecho a la herencia, de modo que el adquirente se hacía heredero como si fuera el primer llamado. Otras excepciones, que se desarrollaron posteriormente, fueron la *transmissio ex capite in integrum restitutionis*, a favor de los sucesores mortis causa del heredero que murió sin que hubiera podido aceptar, como por ejemplo los ausentes por encontrarse en la milicia; también la *transmissio theodosiana ex iure sanguinis*, a favor de los descendientes del heredero que muere antes de la apertura del testamento. Vid. J. ARIAS RAMOS, op. cit., pág. 1073.

6 GAYO, *Institutiones*, 3. 85-86: “85. *Item si legitimam hereditatem heres, antequam cernat aut pro herede gerat, alii in iure cedat, pleno iure fit ille heres, cui cessa est hereditas, proinde ac si ipse per legem ad hereditatem uocaretur; quod si postea quam heres extiterit, cesserit, adhuc heres manet et ob id creditoribus ipse tenebitur; ...*

86. *Idem iuris est, si testamento scriptus heres, postea quam heres extiterit, in iure cesserit hereditatem; ante aditam uero hereditatem cedendo nihil agit.*”.

7. Fritz SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, op. cit, pág. 273 § 494 *Transmissio hereditatis delatae*.

Nuestro sistema foral clásico, como ha reiterado el Prof. Lalinde Abadía⁸, mantuvo una tensión dialéctica entre Fuero y Derecho, ya que no hubo una recepción ni política ni técnica del Derecho Cómún, romano y canónico, aunque pueda hablarse, como hace el Prof. Delgado Echeverría⁹, de que existió una primera infiltración y luego una penetración doctrinal y, por tanto, un “romanismo instrumental”¹⁰, el *Ius* al servicio del Fuero, aunque las soluciones prácticas sean en muchas ocasiones distintas. Los foristas y juristas aragoneses desde finales del siglo XIII tienen formación académica en Derecho Cómún, pero sabían que lo que regía en las actuaciones cotidianas y en los litigios, como normas de aplicación, eran los Fueros de Aragón y su interpretación y recreación normativa por la vía de las Observancias, estrechamente vinculadas con la figura del Justicia Mayor de Aragón¹¹. Esto suponía que las soluciones para muchos ámbitos y conflictos solían apartarse bastante de las previstas en ese *ius commune*.

Mientras que la aceptación de la herencia, expresa o tácita pero inequívoca, preside ese sistema sucesorio de Derecho Común, el modo de entender la sucesión en el sistema foral aragonés gira en torno a un principio onnipresente: el beneficio de inventario.

Esta institución sucesoria es, sin embargo, creación de Derecho Romano y tras alguna norma aprobada por el emperador Adriano en el primer tercio del siglo II y después por el emperador Gordiano¹² cerca de la medianía del siglo III a favor de los soldados que se encontrasen con una herencia onerosa. Dos siglos después el emperador Justiniano aprobó en el año 531 la constitución *Scimus*¹³ extendiendo el beneficio de inventario a todos los herederos testamentarios o *ab intestato*. No obstante la articulación de este beneficio, de no quedar obligado el heredero “*ultra vires haereditatis*”, ordenaba la necesaria formulación de un inventario con todos los bienes de la herencia, facilitando así conocer el alcance o valor de los mismos y

8. Jesús LALINDE ABADÍA, “Perfil histórico de la foralidad aragonesa”, en *Estudios de Derecho Aragonés*, Cuadernos de Cultura Aragonesa, 16, ed. Rolde de Estudios Aragoneses y Colegio de Abogados de Zaragoza, 1994, pp. 31-32.

9. Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, “El Justicia Jimeno Pérez de Salanova, experto en Fuero y Derecho”, en *Segundo encuentro de estudios sobre el Justicia de Aragón*, Zaragoza, mayo 2001, ed. El Justicia de Aragón e IberCaja, Zaragoza, 2002, pp. 61 á 92, en concreto en pp. 64-66.

10. Los conceptos de “romanismo normativo” y “romanismo instrumental” fueron acuñados por mi maestro el Prof. LALINDE ABADÍA, en el artículo “El Derecho Común en los territorios ibéricos de la Corona de Aragón”, en *España y Europa, un pasado jurídico común*, Actas del I Simposio Internacional del Instituto de Derecho Común, Murcia, 1985, pp. 145-178, en especial pp. 163-168. Tales conceptos han tenido acogida por otros estudiosos para ilustrar ese proceso de afectación limitada.

11. Jesús MORALES ARRIZABALAGA, *Aragón, nacionalidad histórica. La declaración del Estatuto de 2007, su fundamento y sus efectos constitucionales*, Ed. Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2009, pp. 72-74.

12. Se trata del emperador Gordiano III (238-244 D.C) que aplicó a militares una forma de beneficio para que la aceptación de la herencia no pudiera resultar onerosa para el heredero.

13. Esta constitución justiniana *Scimus* está recogida en el *Codex Iustinianus* 6, 30, 22, núm. 2 y 4 y es expuesta en las *Institutiones* 2, 19, 6, resultando un instrumento útil para reducir el *spatium deliberandi*. Es ilustrativo el artículo de Paula DOMÍNGUEZ TRISTÁN, “*Constitutio scimus*: el heredero después de la confección del inventario”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 9, 2005, pp. 211-236.

proporcionando una decisión más temprana para la aceptación o repudiación de la herencia.

En el sistema sucesorio romano-justiniano, que después pasará a Partidas, era preciso un acto de aceptación de la herencia por el instituido, no obstante la existencia del beneficio de inventario, pues de otro modo el llamado no accedía al caudal hereditario.

2. El beneficio de inventario y el acceso no dañoso a la herencia en Aragón

En primer término hay que aclarar que en las principales colecciones “privadas” (siglo XIV), no oficiales, de observancias, como las atribuidas a Jimeno Pérez de Salanova¹⁴ y a los Jaimes de Hospital¹⁵, padre e hijo, no aparece el beneficio de inventario, que encontraremos después en la colección oficial de Martín Diez de Aux de 1437, concretamente en la Observancia 12 *De Testamentis* y de forma indirecta en el Fuero único *De iis qui in fraudem creditorum*¹⁶ (Juan II, Alcañiz-1436). En el caso aragonés este beneficio de inventario tiene una característica especial, que se aprecia en la literalidad de la propia Observancia 12 *De Testamentis*¹⁷:

“12 § Así mismo, según el Fuero, los herederos no están obligados más allá de las posibilidades que ofrece la herencia aun cuando no hayan hecho inventario.”

Hay una diferencia sustancial entre el Derecho Común o el castellano¹⁸, y la norma foral aragonesa, ya que mientras que la formación de inventario era esencial

14. Me refiero a las observancias del código 248 del Archivo de la Catedral de Tortosa cuya transcripción y edición preparó y tradujo Antonio PÉREZ MARTÍN, *Las Observancias de Jimeno Pérez de Salanova, Justicia de Aragón*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000; esta colección de observancias se fue elaborando por el Justicia Pérez de Salanova a lo largo de sus más de 30 años en el cargo (1295-1330).

15. Gonzalo MARTINEZ DIEZ, *Observancias del Reino de Aragón de Jaime de Hospital*, ed. Caja de Ahorros de la Inmaculada, Zaragoza, 1977; esta edición crítica se formó a partir de varios manuscritos y parece que intervinieron tanto Jaime de Hospital padre, muerto en 1362, como su hijo que murió en 1404. El Prof. Martínez Díez dató estas observancias como elaboradas entre 1361 y 1398 y por un único Jaime de Hospital, aunque hace pocos años se ha podido fijar la fecha de la muerte de Jaime de Hospital senior, a través de un notarial por el que sabemos éste testó el 17 de julio de 1362 y que debió morir poco tiempo después, ya que se conserva un otorgamiento para nombrar procurador por su viuda e hijo Jaime, de fecha 14 de diciembre de 1362, conservado en el Archivo Histórico de Protocolos de Zaragoza, Protocolo de Rodrigo López de Castellón, reg. de 1362, ff. 26v-27r., como dio cuenta en su día Ana del CAMPO GUTIÉRREZ, “Catalina del Hospital: ciudadana por prestigio”, en el libro colectivo, coordinado por Blanca Garí Aguilera, *Vidas de mujeres del Renacimiento*, Publicacions i Edicions Universitat de Barcelona, Barcelona, 2008, pp. 23-47, en concreto pág. 26 y nota 25.

16 Fuero único *De iis qui in fraudem creditorum*: “Perpetuamen de voluntad de la Cort estatuymos, é ordenamos, que qualquiere heredero, ó sucessor universal sucedient por titol lucrativo, sia tenido á los deudos de su predecesor, quanto bastan los bienes en que suceydo haurá encara que por el dito heredero, ó sucessor, sian estados ditos bienes en alguna manera alienados, consumidos, ó trasportados. Declaramos empero, que el ppresent Fuero no se estienda á los contracto antes de la edición del present Fuero testificados: antes aquellos queremos que se romangan é sian juzgados, segun los Fueros antoguos, é costumbres del dito Regno.”. Para los textos forales y de observancias he usado la edición facsimil publicada bajo la dirección del Prof. Delgado Echeverría en Zaragoza, 1991, impulsada por El Justicia de Aragón y la ayuda de IberCaja, de la obra de Pascual SAVALL Y DRONDA y Santiago PENÉN Y DEBESA, *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón, Zaragoza, 1866*, en vol. I, pág. 276, col. 2.

17. El beneficio de inventario quedó reconocido a través de las Observancias 3^a, 4^a y especialmente en 12 *De Testamentis*, Pascual SAVALL Y DRONDA y Santiago PENÉN Y DEBESA, *Fueros, Observancias y Actos de Corte ...*, vol. II, pág. 39, col. 1 y su traducción en vol. III, pág. 222, col. 2.: “12 § Item, de Foro haeredes non teneatur ultra vires haereditarias, etiam si non fecerint inventarium”

18. Véase la doctrina legal castellana, sobre el tiempo de deliberación y la trascendencia de hacer inventario, en la Partida Sexta, Título VI, Leyes I, II, V y, en especial, la X: *Cómo debe pagar las mandas et las debdas complidamente el*

en los primeros, esta ventaja de no quedar obligado “*ultra vires hereditatis*” obraba igual y radicalmente en Aragón aunque no se hiciera inventario. Así lo han admitido la mayoría de los juristas aragoneses desde entonces y durante cuatro siglos.

A continuación voy a presentar una serie de posiciones doctrinales desde principios del siglo XVI y hasta comienzos del siglo XX, que hacen referencia a la interpretación y consecuencia de esta observancia: así lo recogió Jerónimo PORTOLÉS¹⁹, a finales del siglo XVI, en sus comentarios a la obra de Miguel del MOLINO, editada por primera vez en 1513, y señalando la diferencia del régimen aragonés con el *ius commune*:

“Molino en este lugar enseña que en este Reino el heredero incluso si no hiciera el inventario, no estaría obligado más allá de los haberes hereditarios, porque en Aragón sucedemos con el beneficio de inventario. Esta opinión repugna al derecho ya que el heredero que omite hacer el inventario está obligado con los acreedores aun más allá de los haberes hereditarios..., pero en este Reino la opinión de nuestro Molino es seguida.” (traducción del autor)

Como puede apreciarse no es lo mismo el beneficio de inventario sin realizar la relación de bienes de la herencia, que aceptar una herencia a beneficio de inventario, para lo que resulta precisa esa relación para saber si los bienes y derechos son mayores que las obligaciones de la herencia.

Esta ventaja sucesoria, que limita la responsabilidad del heredero por deudas del causante al caudal recibido en herencia, aunque no se hubiera hecho relación o inventario de la misma, tiene como consecuencia, no falta de lógica, que en Aragón históricamente no se haya reconocido un *ius deliberandi*²⁰ propiamente, ya que la herencia nunca perjudica, nunca puede ser dañosa para quien la recibe, pues no se obliga a más de lo que efectivamente se reciba, como afirma nuestro clásico Miguel del MOLINO²¹:

“...el heredero no estaba obligado más allá de los haberes hereditarios, y así la herencia en Aragón no podía ser dañosa, y además el heredero no detraía la

heredero si non fizo el inventario al plazo quelfue puesto.” Si el heredero desque hobiere entrado la heredit del testador non ficie el inventario fasta el tiempo que desuso dixiemos dende adelante fincan obligados tambien los sus bienes que habie de otra parte como los que hobo del testador para pagar complidamente las debdas et las mandas del facedor del testamento et non puede sacar nin retenir para sí la quarta parte de los bienes del testador de las mandas ante las debe pagar entregamente pues que non fizo el inventario á la sazón que debie.”

19. Jerónimo PORTOLÉS, *Tertia Pars Scholia sive adnotationes ad repertorium Michaelis Molini, super Foris et Observantiis Regni Aragonum*, Laurentium de Robles, Zaragoza, 1590, verb. Haeres, pag. 27, col. 1, núm. 1 y 2.: “Molinus hoc loco docet, quod in hoc Regno haeres etiamsi inventarium non confecerit, ultra vires haereditarias non tenetur, quia in Aragonia omnes cum beneficio inventarii succedimus. Quae sententia iuri repugnat, siquidem haeres inventarium conficere ommittens, creditoribus, etiam ultra vires haereditarias tenetur... sed in hoc Regno opinio Molini nostri hoc loco servatur.”

20. Al no poder perjudicar la herencia, carece de sentido disponer de un tiempo relativamente amplio para pensar y decidir el aceptar o repudiar la herencia, como sucede en el Derecho común romano-canónico con el *spatium deliberandi*; eso no significa que no pudiera obligarse al heredero por persona legitimada a que tomase la decisión dentro de un plazo razonable.

21 He usado la edición tardía del Repertorio, no la 1513, por su mejor legibilidad; Miguel del MOLINO, *Repertorium Fororum et Observantiarum Regni Aragonum: una pluribus cum determinationibus consilli iustitiae Aragonum practicis atque cautelis eisdem fideliter annexis, Domingo de Portinaris*, Zaragoza, 1585, ver, Haeres, pp. 167, col. 4 y 168, col 1.: “...haeres non teneatur ultra vires haereditarias, et sic haereditas in Aragonia non potest esse damnosa: et ideo haeres non detrahit Falcidiam, nec Trebellianicam: et talis est práctica et consuetudo regni.”

[cuarta] Falcidia, ni la Trebeliánica: y tal es la práctica y costumbre del reino.” (traducción del autor).

Así pues si la herencia no puede ser dañosa, por efecto del beneficio de inventario sin siquiera formarlo, la lógica inclina a pensar que debe ser aceptada, salvo que exista una patente repudiación de la misma, o dicho de otro modo, la herencia se presumía en Aragón aceptada siempre porque sólo podía afectar positivamente al causahabiente, como viene a afirmar Jerónimo PORTOLÉS²²:

“...así en este Reino toda herencia, incluso la no conocida, puede ser transmitida, porque no puede ser dañosa y, en consecuencia, siempre se presume aceptada y porque en este Reino se transmite su dominio por escritura sin aceptación alguna, como enseña nuestro Molino en la voz dominium...” (traducción del autor).

Es esa presunción de aceptación la que hace superar el silencio del heredero, que muere sin haber aceptado ni realizado manifestación expresa, y mucho menos repudiado, que necesariamente ha de ser expresa en Aragón. Estas ideas son expresadas por otros tratadistas como Juan Francisco MONTEMAYOR Y CORDOBA DE CUENCA²³, que ya a mediados del siglo XVII afirmaba:

“Sin embargo esta cuestión se lleva en este Reino de otra manera, ya que como no tenemos adición de herencia, por esto el heredero accede a la herencia de la mano del testador, y muerto éste el dominio se transmite al heredero, como dijimos más arriba, (y esto acaso porque no puede serle dañosa, pues por mucho que no se haga el inventario, no se obliga más allá de los haberes hereditarios, Molino, voz haeres, y allí su comentario), así como que si no se renuncia expresamente, siempre se considera aceptada, y pasa a cualesquiera sucesores que se hayan instituido.” (traducción de autor)

Puede decirse que con la apertura de la sucesión, dada la presunción de aceptación por el beneficio del Fuero, la herencia se transmite a los herederos, lo que prácticamente iguala herencia y legados o, dicho de otro modo, no hay diferencia entre legado y herencia como llega a afirmar Jerónimo PORTOLÉS²⁴ :

22. Jerónimo PORTOLÉS, *Tertia Pars Scholia sive adnotationes ad repertorium Michaelis Molini...*, verb. Haeres, pag. 31, col. 1, núm. 20 y 21.: “... ita in hoc Regno, omnis haereditas, etiam non agnita transmittitur, quia damnosa esse nequit, et proinde semper acceptata praesumitur, et quia in hoc Regno per instrumentum absque ulla acceptatione dominium eius transfertur: ut docet Mol. noster in verb. dominium...”

23. Juan Francisco MONTEMAYOR Y CORDOBA DE CUENCA, *Ad comandae sive depositi instrumentum scholium*, Zaragoza, Didaci Dormer, 1644, claus. 17 núm. 23, pp. 54 y 55: “In hoc autem Regno aliter procedit haec quaestio, quia cum non habemus additionem haereditatis, ex quo haeres de manu testatoris accipit haereditatem, et mortuo eo ad haeredem transit dominium ut supra diximus, (ex eo forte, quia ei damnosa esse non potest, nam quamvis non conficiat inventarium ultra vires haereditarias non tenetur, Mol. verbo haeres, et ibi eius scholiastes) ita ut nisi expresse renuntietur, semper censetur adquisita, et transit in quoscumque successores instituti...”

24. Jerónimo PORTOLÉS, *Tertia Pars Scholia sive adnotationes ad repertorium Michaelis Molini...*, pág. 31, col. 1 num. 20: “Ex quibus infertur, quod cum in hoc Regno nulla haereditas damnosa esse possit, quia cum beneficio inventarii ipso foro defertur, ut supra diximus, et tradit Molinus noster, in verbo Haeres, fol. 167, col. 4. in fine quod proinde securè concludi potest, omnes haereditates à quibuscumque relictas, etiam ad haeredes extraneos transmittitur quia in hoc Regno cessat praesumptio repudiationis, quae in terminis iuris communis suberat. Nam in hoc Regno inter legatum, et haereditatem quoad transmissionem nulla differentia fit; et sicut legatum in terminis iuris transmittitur, quia damnosum esse nequit”: ut supra ostendimus, et quia dominium illius, statim a die mortis testatoris in legatarium, etiam ignorantem transit...”

“De todo eso se deduce que ninguna herencia pueda ser dañosa en este Reino, porque se defiere por el mismo fuero a beneficio de inventario, como dijimos antes, y expone nuestro Molino, en la voz Haeres, folio 167, columna 4 in fine lo que por tanto puede seguramente concluirse que todas las herencias dejadas a cualesquiera se transmite incluso a herederos extraños porque en este Reino no se aplica la presunción de repudiación, que subyace en los términos del derecho común. Pues en este Reino entre el legado y la herencia hasta en la transmisión ninguna diferencia se hace, y se transmite de igual manera que el legado en término de derecho, porque no puede ser dañoso: como antes presentamos, y porque su dominio se transmite desde el día de la muerte del testador al legatario, incluso si lo ignora...” (traducción del autor).

Otros juristas aragoneses del siglo XVII, como Pedro Calixto RAMIREZ o José de SESSÉ han recogido y reiterado la doctrina de MOLINO y PORTOLÉS, aunque pudieran mostrar algunas discrepancias sobre el alcance de “adir” o “inmiscuir” la herencia.

Por efecto del beneficio de inventario el heredero “silencioso”, puede considerarse transmitido el derecho de la herencia de su causante. Se trataría del tercer efecto del beneficio de inventario, como venía a detallar Gil Custudio de LISSA²⁵ en los primeros años del siglo XVIII:

“El tercer efecto es que en Aragón toda herencia que fuera dejada a parientes, consanguíneos, o también extraños, incluso no conocida se transmite a cualesquiera herederos, pues por esto toda herencia se defiere con beneficio de inventario y no puede ser dañosa y se continua el dominio y posesión del difunto en el heredero...”(traducción del autor).

En similar sentido a los anteriores tratadistas, ya avanzado este “siglo de las luces”, los autores ASSO y DE MANUEL²⁶ presentan sucintamente el régimen sucesorio aragonés regido por el beneficio de inventario, aunque no se haga éste, y por el criterio consecuente de que la herencia nunca puede ser dañosa.

En la doctrina del siglo XIX, aunque haya también voces discrepantes, se insiste en la misma línea de interpretar en igual forma el beneficio de inventario y las consecuencias que de esto derivan. Así lo expresan Luis FRANCO Y LÓPEZ

25. He usado la edición que está disponible en la Biblioteca del Real Colegio de Abogados de Zaragoza, no la fechada en 1703 de la imprenta de Gil Custodio de LISSA Y GUEVARA, *Tyrociniium Jurisprudenciae forensis, seu animadversiones theorico-practicae iuxta foros Aragonum in IV. Libros Institutionum Iuris Imperatoris Justiniani. Nova aeditio: Cum aliquibus Annotationibus tam ipsius Auctoris, quam aliorum Iurisconsultorum adiectis, et iuxta Ordinem Titulorum, et paragraphorum ad calam Operis appositis, Medardode Heras, Zaragoza, 1788, pág. 194: “Tertius effectus est, quod in Aragonia omnis haereditas, sive à parentibus, sive à consanguineis, aut etiam extraneis purè relicta fuerit, etiam non agnita ad quoscumque haeredes transmititur; nam ex quo omnis haereditas, cum beneficio inventarii defertur, nec damnosa esse potest dominium ac possessio defuncti in haeredem continuatur...”. Y reitera similares apreciaciones sobre la falta de necesidad de adir la herencia para su transmisión, en la Parte Segunda del mismo tratado, pág. 26.*

26. Ignacio Jordán ASSO Y DEL RIO y Miguél de MANÚEL Y RODRIGUEZ, *Instituciones del Derecho civil de Castilla. Van añadidas al fin de cada título las diferencias que de este Derecho se observan en Aragón por disposición de sus Fueros*, Quarta Edición, Madrid, 1786, pp. 131.

y Felipe GUIILEN Y CARABANTES en su principal monografía²⁷ sobre Derecho Aragonés:

“Art. 391. El heredero sucede siempre con beneficio de inventario aunque no lo haga (Ob. 12 de Testamentis). De aquí se deduce: 1. Que no está obligado á mas de lo que alcance la herencia (Ob. citada). 2. Que no se confunden los bienes del difunto y del heredero y por consiguiente que siendo este acreedor de aquel podrá deducir su crédito en el orden que le corresponda y reintegrarse como los demás acreedores... 3. Que aun cuando uno no haya llegado a adir la herencia que se le ha dejado puramente la trasmitirá a sus herederos...”

Por último, y ya en los primeros años del siglo XX, autores como Luis MOUTON²⁸ o Marceliano ISÁBAL²⁹, insisten, citando a algunos clásicos, en que la herencia se supone aceptada y que se transmite aunque el heredero muera sin admitirla y por ello en Aragón no es necesaria la adición o aceptación de la herencia, aunque en la practica, añade éste último, se emplace en los litigios a la herencia yacente, cuando no consta la aceptación del heredero, ya expresa o tácita.

Esta presunción de aceptación del heredero, incluso del silencioso o del ignorante, supondría una forma de posesión mediata en el derecho foral histórico y susceptible de ser transmitida. En Derecho Común esa posesión se asemejaba a una suerte de “cosa” y precisaba ser ocupada, si tal ocupación directa no se producía, no era posible transmitirla. En el caso de nuestro derecho foral histórico esa aceptación presunta (salvo repudiación expresa) generaría esa ficción de transmisión de la posesión en la que se suponía que el heredero materialmente la había recibido y por tanto podría, a pesar de su silencio, llegar o ser reclamada por el heredero del heredero.

Daniel Bellido Diego-Madrado

Abogado.

27. Luis FRANCO Y LÓPEZ y Felipe GUILLÉN Y CARABANTES, *Instituciones de Derecho Civil Aragonés*, Imprenta M. Peiró, Zaragoza, 1841, pp. 195-196.

28. Luis MOUTON OCAMPO, *Diccionario del Derecho Civil Foral*, Sociedad Editorial Española, Madrid, 1904, Tomo I, voz: aceptación de la herencia, Aragón, pág. 14.

29. Marceliano ISÁBAL Y BADA, *Exposición y Comentario del cuerpo legal denominado “Fueros y Observancias del reino de Aragón” derogado por el Apéndice al Código civil español*, Imprenta de Heraldo de Aragón, Zaragoza, 1926, pp. 370-371.

**INCIDENCIA DEL DERECHO DE TRANSMISION EN LAS
INSTITUCIONES SUCESORIAS ARAGONESAS:
EFECTOS PRACTICOS.**

D. JOSÉ MANUEL ENCISO SÁNCHEZ

Notario

Buenas tardes:

Excmo. Sr. Justicia de Aragón, Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, queridos compañeros.

Como acertadamente ha puesto de manifiesto la profesora Bayod, las respuestas que pueda proporcionar el Código Civil -con la doctrina y jurisprudencia basada en el mismo- en sede de derecho de transmisión y que resultan correctas para el ordenamiento civil de Derecho Común, pueden no serlo en Derecho Civil aragonés, puesto que, así como en Derecho Común la herencia tiene la consideración de una universalidad de bienes y derechos cuyo destino lo determina el causante o la ley, en Derecho Civil aragonés la ley establece diversos ordenes de llamamientos en función del tipo de bienes que integran el patrimonio hereditario, bajo el principio tradicional aragonés de mantener los bienes adquiridos a título gratuito dentro de la familia de procedencia, o principio llamado de troncalidad.

Partiendo de esa consideración, y como corresponde a la referencia que a los "efectos prácticos" se hace en el título de la Ponencia, me corresponde aludir, brevemente y sin ánimo exhaustivo, a aquellos supuestos con que podemos encontrarnos en el ejercicio profesional en los cuales puede operar -o no- el derecho de transmisión en el Derecho Civil aragonés.

PREAMBULO

El derecho de transmisión del artículo 1.006 del Código Civil: "Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía".

Aunque resulte elemental, recordemos el esquema clásico del derecho de transmisión, cuya denominación por cierto, DIEZ PICAZO y GULLÓN no consideran exacta porque no se trata de un derecho de transmisión sino de la transmisión de un derecho.

Las personas que intervienen en el mismo son las siguientes:

a) El PRIMER CAUSANTE O CAUSANTE SIN MAS: el que fallece en primer lugar.

b) El SEGUNDO CAUSANTE O TRANSMITENTE: el que ha sido llamado a la herencia del anterior y que fallece después que el primer causante, pero sin aceptar ni repudiar su herencia.

c) El TRANSMISARIO: que es heredero del transmitente, y que tiene la oportunidad de aceptar o repudiar la herencia del primer causante por el juego del artículo 1.006 del Código Civil (en Derecho Común) o artículo 354.1 CDFA (en Derecho Aragonés), y pese a no haber sido llamado a dicha herencia.

El presupuesto para poder ejercitar el derecho de transmisión, es que el transmisor acepte de la herencia del transmitente y, una vez aceptada, podrá el transmisor optar por aceptar o repudiar la herencia del primer causante.

Lo que no es admisible -según doctrina y Jurisprudencia-, es que el transmisor repudie la herencia del transmitente y acepte, en cambio, la del primer causante, pues el derecho a aceptar o repudiar la herencia de este último está integrado en la herencia del transmitente, por lo que si se repudia esta se pierde la posibilidad de ejercitar aquel derecho.

1. PREVALENCIA ENTRE EL DERECHO DE TRANSMISION Y LA SUSTITUCION LEGAL PREVENTIVA DE RESIDUO, EN LA INSTITUCION RECÍPROCA DE HEREDEROS EN TESTAMENTO MANCOMUNADO.

Este supuesto ha sido examinado y resuelto brillantemente por la profesora Bayod en un trabajo suyo aun no publicado (espero que lo haga en breve), y ejemplificándolo, contempla el caso de los cónyuges aragoneses A y B, que no tienen descendientes, que otorgan Testamento Mancomunado en el que se instituyen mutua y recíprocamente el uno al otro herederos universales, en pleno dominio y libre disposición, tanto por actos inter vivos como mortis causa, sin más previsiones.- Fallece primero el cónyuge A, y posteriormente fallece el cónyuge B, sin haber aceptado ni repudiado la herencia del cónyuge premuerto y sin haber otorgado testamento posterior.- La cuestión que se plantea es si los bienes de la herencia del cónyuge A, primeramente fallecido, corresponden a los herederos del cónyuge B fallecido en segundo lugar, por derecho de transmisión (artículo 354.1 CDFA), o si por el contrario corresponden a los que en ese momento sean herederos legales del cónyuge A primeramente fallecido en virtud de la sustitución legal preventiva de residuo ordenada para este supuesto de institución recíproca de herederos en el testamento mancomunado (419-3 CDFA).

PRECEPTOS:

El derecho de transmisión del artículo 354.1 CDFA:

“Salvo expresa previsión en contrario del disponente, por la muerte del llamado sin aceptar ni repudiar la herencia, se transmite por ministerio de la ley a sus herederos, en la proporción en que lo sean, el mismo derecho que él tenía a aceptarla o repudiarla”.

La sustitución legal preventiva de residuo del artículo ahora 419-3 CDFA, regulador de la institución recíproca entre otorgantes, dentro de la normativa reguladora del testamento mancomunado:

“Si no hubiera ulterior llamamiento a tercero, fallecido el testador superviviente sin haber dispuesto por título alguno de los bienes procedentes del primeramente fallecido, pasaran los que de ellos quedaren a los parientes llamados, en tal momento, a la sucesión legal de éste, como herederos suyos y sustitutos de aquél.- A falta de estos parientes, tales bienes quedarán integrados en la herencia del sobreviviente”.

Entiendo, en total acuerdo con la profesora Bayod, que lo argumenta y justifica ampliamente con gran rigor científico, que la cuestión debe resolverse a favor de la **aplicación del artículo 419-3 CDFA** frente al artículo 354.1 CDFA regulador del derecho de transmisión.-

En justificación de esta posición, cabe aducir:

- los propios antecedentes del artículo 419-3 CDFA, que no son otros que el “pacto al más viviente”, es decir el llamamiento sucesorio sobre los bienes heredados y no dispuestos por “el más viviente”, regulado por primera vez en los artículos 95 y 108.3. de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, puesto que el Apéndice no lo había regulado pese a su arraigo en la sociedad aragonesa, y estudiado por diversos autores (Costa, Sapena).

- la configuración mayoritaria de este llamamiento, tanto en doctrina como en jurisprudencia, como una sustitución legal preventiva de residuo, con fundamento en el principio de troncalidad que informa la sucesión aragonesa.

- Y partiendo de esta naturaleza, la consideración en la doctrina del Código Civil de que, en estos casos, tanto en la sustitución fideicomisaria pura como en la sustitución fideicomisaria de residuo, cuando el fiduciario fallece sin aceptar ni repudiar la herencia a la que fue llamado, no resulta de aplicación la sucesión por derecho de transmisión, sino que la delación pasa al fideicomisario, por entender que ambos, fiduciario y fideicomisario, son llamados por el causante sucesivamente, lo que hace que el llamamiento del fiduciario sea personalísimo y por ello intransferible a sus herederos; de ahí la afirmación doctrinal de que la sustitución fideicomisaria implica la sustitución vulgar, y esto tanto en la sustitución fideicomisaria pura, como en la sustitución fideicomisaria de residuo que equivaldría a este llamamiento previsto en el art. 108-3 de la Compilación, hoy artículo 419-3 CDFA.

Pero este razonamiento del Derecho Común ha de ser adaptado a los principios aragoneses, por la diversidad de llamamientos en función del origen de los bienes, lo que origina que en el supuesto contemplado no existan dos llamamientos sucesivos sino dos llamamientos incompatibles, por lo que debe prevalecer uno sobre el otro.

La preferente debe ser la del actual art. 419-3 CDFA, antes art.108-3 Compilación, porque el propio legislador viene a establecer una presunción de que esa hubiera sido la voluntad del primer causante, ya que no evitó ese efecto en su testamento, pudiendo haberlo hecho nombrando un sustituto vulgar o excluyendo el llamamiento legal del art. 419-3 CDFA.

Conviene hacer constar, que si tales cónyuges aragoneses sin descendientes, en vez de otorgar un **testamento mancomunado** con institución recíproca de herederos entre ellos, hubiesen otorgado **sendos testamentos individuales**, en el que cada uno hubiese instituido heredero al otro, sin ulteriores previsiones, sí que operaría el derecho de transmisión del artículo 354.1 CDFA: y fallecido el cónyuge sobreviviente sin haber procedido a aceptar ni repudiar la herencia del cónyuge premuerto y sin haber otorgado nuevo testamento, el ius delationis o derecho a aceptar o repudiar la herencia del cónyuge primeramente fallecido pasaría a los herederos del cónyuge fallecido en segundo lugar, y caso de aceptarla, los bienes integrantes de su herencia pasarían a quienes fuesen herederos del cónyuge fallecido en segundo lugar, pues no sería de aplicación el artículo 419-3 CDFA que está incluido en la normativa del testamento mancomunado.-

LA PREVALENCIA ENTRE EL DERECHO DE TRANSMISION Y LA SUSTITUCION LEGAL PREVENTIVA DE RESIDUO, EN LA INSTITUCION RECIPROCA DE HEREDEROS O PACTO AL MÁS VIVIENTE DENTRO DE LA SUCESION PACCIONADA.

Es el caso de los cónyuges aragoneses A y B, que no tienen descendientes, y que otorgan Pacto Sucesorio en el que se instituyen mutua y recíprocamente el uno al otro herederos universales, en pleno dominio y libre disposición, tanto por actos inter vivos como mortis causa, sin más previsiones.- Fallece primero el cónyuge instituyente A, y posteriormente fallece el cónyuge instituyente B, sin haber otorgado testamento posterior y conservando bienes procedentes del primeramente fallecido.-

El **artículo 395.3 CDFA**, dentro de la Sucesión Paccionada, regula los efectos de la institución recíproca de heredero o pacto al más viviente, disponiendo que: “3.- Si no hubiera ulterior llamamiento a tercero, fallecido el instituyente supérstite sin haber dispuesto por título alguno de los bienes procedentes del primeramente fallecido, se deferirán los que quedaren a los parientes llamados, en tal momento, a la sucesión legal de éste, como herederos suyos y sustitutos de aquél. A falta de estos parientes, tales bienes quedaran integrados en la herencia del sobreviviente”.

La cuestión que se plantea es si los bienes de la herencia del cónyuge A, primeramente fallecido corresponden a los herederos del cónyuge B fallecido en segundo lugar, por derecho de transmisión, o si por el contrario corresponden a los que en ese momento sean herederos legales del cónyuge A primeramente fallecido en virtud de la sustitución legal preventiva de residuo ordenada para este supuesto de institución recíproca de herederos en pacto sucesorio.-

Observemos que, en este supuesto, no cabe hablar como en el caso anterior, de que el cónyuge B fallezca sin haber procedido a aceptar ni repudiar la herencia del cónyuge A premuerto, porque en los pactos sucesorios, el instituido -en la institución de heredero a favor del contratante-, o los instituidos -en la institución recíproca-, ya han aceptado la institución en la escritura pública en que instituyente e instituido han formalizado el pacto sucesorio (así lo confirma el **art. 385 CDFA** en sede de institución a favor del contratante), sino sólo sin haber otorgado testamento posterior y conservando bienes procedentes del primeramente fallecido.

Las razones alegadas en el supuesto anterior, para optar por la preferencia de la sustitución legal preventiva de residuo del artículo 419-3 CDFA frente al derecho de transmisión del artículo 354 CDFA, podemos esgrimir ahora en el caso del **395.3 CDFA**, para inclinarnos por la prevalencia a favor de los herederos legales del cónyuge primeramente fallecido.

LA PREVALENCIA ENTRE EL DERECHO DE TRANSMISION Y LA SUSTITUCION LEGAL PREVENTIVA DE RESIDUO, EN LA SUCESION INTESTADA A FAVOR DEL CÓNYPUGE VIUDO.

El artículo **531.2 CDFA**, introduce un principio de troncalidad en la sucesión intestada a favor del cónyuge viudo, introducido por la Ley de Sucesiones por causa de Muerte de Aragón, pues la Compilación no lo recogía, que tiene evidentes concomitancias con el artículo 419-3 CDFA que acabamos de examinar.

Dispone el citado artículo **531.2 CDFA**: “si el viudo heredero legal falleciere sin haber dispuesto por título alguno de todos los bienes adquiridos de su cónyuge, se deferirán los que quedaren a los parientes del premuerto llamados, en tal momento, a su sucesión legal, como herederos de éste y sustitutos de aquél. A falta de estos parientes, tales bienes quedaran integrados en la herencia del sobreviviente”.

Se plantea una cuestión análoga: fallece el cónyuge viudo -que era heredero legal del cónyuge premuerto- sin haber aceptado ni repudiado la herencia del cónyuge premuerto y sin haber otorgado testamento posterior.- La cuestión que se plantea es si los bienes de la herencia del cónyuge primeramente fallecido corresponden a los herederos del cónyuge fallecido en segundo lugar, por derecho de transmisión del artículo 354.1 CDFA, o si por el contrario corresponden a los que en ese momento sean herederos legales del cónyuge primeramente fallecido en virtud de la sustitución legal preventiva de residuo ordenada para este supuesto por el artículo 531.2 CDFA.

Análogas razones alegadas en los dos supuestos anteriores para optar por la preferencia de la sustitución legal preventiva de residuo del artículo 419-3 CDFa en sede de institución recíproca entre otorgantes en testamento mancomunado, y el artículo

395.3 CDFa, en sede de la institución recíproca de heredero o pacto al más vi-
viente dentro de la Sucesión paccionada, podemos esgrimir ahora para inclinar-
nos por la prevalencia a favor de los herederos legales del cónyuge primeramente
fallecido del 531.2 CDFa.

EL “DENOMINADO” DERECHO DE TRANSMISION EN LA INSTITUCION A FAVOR DE CONTRATANTE, DENTRO DE LA SUCESION PACCIONADA.

En el ámbito de la sucesión paccionada, en su modalidad de la institución a
favor de contratante, y bajo el titulillo de derecho de transmisión, el artículo 387
CDFa, establece un “denominado” derecho de transmisión en estos términos:

“**Artículo 387.-Derecho de transmisión.- 1.-** Salvo lo establecido en el pacto
sucesorio, cuando el instituido premuera al instituyente, transmitirá a sus des-
cendientes los derechos y obligaciones derivados del pacto, y en su caso los bie-
nes adquiridos de presente.”

Pero, pese a su denominación como derecho de transmisión, no es tal en el
sentido propio de los arts. 1.006 CC y 354 CDFa, sino que constituye una susti-
tución, y en realidad, son las peculiares características de la sucesión paccionada
en la institución a favor de contratante, las que configuran este “denominado”
derecho de transmisión que aquí es más bien, jugando con las palabras, la trans-
misión de un derecho ya adquirido.

Y ello porque:

-Lo que caracteriza al derecho de transmisión es que el llamado a la he-
rencia sobreviva al causante, pero fallezca sin aceptar ni repudiar la herencia, y
es entonces cuando se transmite por ministerio de la ley a sus herederos en la
proporción en que lo sean el mismo derecho que él tenía a aceptarla o repudiarla,
lo que no se da en este caso, en el que el instituido premuere al instituyente.

-Además, en la institución de heredero a favor de contratante, éste ya ha
aceptado la institución en la escritura pública en que instituyente e instituido
han formalizado el pacto sucesorio, así lo confirma el **art. 385 CDFa**: “En la ins-
titución a favor del contratante, el consentimiento de éste implica la aceptación
de la herencia o legado.- En consecuencia, fallecido el instituyente, el instituido
heredero o legatario no podrá repudiar la herencia o renunciar al legado.”

-Y además, en el derecho de transmisión, el derecho que el heredero lla-
mado tenía de aceptar o repudiar la herencia pasa a sus “herederos” mientras
que en este denominado derecho de transmisión de la sucesión contractual pasa
a sus “descendientes”.

-Lo que ocurre es que un llamamiento sucesorio es ineficaz si el instituido
no sobrevive al causante, (artículo 325.1 CDFa: tienen capacidad sucesoria aque-

llas personas nacidas o concebidas al tiempo de la apertura de la sucesión y que sobrevivan al causante.) y la apertura de la sucesión, en la institución de heredero a favor del contratante, se produce al fallecimiento del instituyente.

Pues bien, para el supuesto de que el instituido, -que está vivo en el momento de la formalización y aceptación de la institución de heredero a su favor- fallezca posteriormente antes que el instituyente, es por lo que el art. 387.1 CDFA establece ese “denominado” derecho de transmisión en los términos vistos.

Por tanto:

* Es un precepto de carácter dispositivo (“salvo lo establecido en el pacto sucesorio”) lo que implica:

- que se puede excluir este efecto en el pacto sucesorio.
- que puede establecerse en el pacto sucesorio una sustitución voluntaria a favor de descendiente o descendientes del instituido, para el supuesto de premoriencia de éste.

En mi experiencia profesional en pacto sucesorios, tanto a título universal como singular, ya se dispone normalmente que si el instituido premuere al instituyente, transmite a sus descendientes, por iguales partes entre ellos de ser varios, los derechos y obligaciones derivados del pacto sucesorio

- que, aun no estableciéndose en el pacto sucesorio una sustitución voluntaria a favor de descendientes, puede el instituyente, si los descendientes son varios, designar a uno de ellos como heredero en testamento o escritura pública o encomendar la designación a fiduciarios si no lo hubiese hecho ya el primer favorecido (art.387.2 CDFA).

* Que si el instituido premuere al instituyente sin dejar descendientes, la institución queda sin efecto (art.387.3 CDFA).

* Por último, hemos de tener en cuenta que los efectos de este “denominado” derecho de transmisión a favor de los descendientes del instituido, son diferentes según que la institución de heredero a favor del contratante fuese “de presente”, es decir con transmisión actual de bienes al instituido (arts. 389 y ss. CDFA), o “para después de los días del instituyente” o sea sin transmisión actual de bienes al instituido (arts.392 y ss. CDFA):

- si la institución es de presente, con transmisión actual de bienes al instituido, lo que se transmite a los descendientes del instituido si premuere al instituyente, son los mismos bienes recibidos en su día, y si la institución queda sin efecto por premoriencia del instituido sin descendientes, los bienes transmitidos de presente que aun subsistan en el patrimonio del instituido, revertirán al instituyente. (**art.387.3 CDFA**).

- si la institución es “para después de los días del instituyente” o sea sin transmisión actual de bienes al instituido, lo que se transmite a los descendientes del instituido si premuere al instituyente, son los derechos y obligaciones derivados del pacto.

LA POSICION Y LOS DERECHOS DEL CÓNYUGE VIUDO DEL TRANSMITENTE.

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Septiembre de 2.013 (en sede de derecho común), hay dos posturas claramente enfrentadas en la doctrina española acerca de la interpretación del artículo 1.006 del Código civil, y que responden de forma opuesta a la **pregunta de a quién sucede el transmisario**.

- La teoría moderna de la adquisición directa sostiene que los bienes pasan directamente del primer causante al transmisario cuando este ejercita el “ius delationis” (derecho a aceptar o repudiar la herencia).

- Por el contrario, la teoría clásica defiende que en la sucesión por derecho de transmisión existe dos movimientos o pasos de los bienes: el primero desde el primer causante a la masa hereditaria del segundo causante, y otro segundo, desde esa masa hereditaria del transmitente (artículo 1.006 C.C.) al transmisario que acepta las dos herencias.

Pues bien, la citada sentencia del TS de 11 de septiembre de 2013, opta por la teoría moderna de la adquisición directa, y estima que debe concluirse, como fijación de la doctrina jurisprudencial, que el denominado derecho de transmisión previsto en el 1.006 del Código Civil no constituye en ningún caso una nueva delación hereditaria ni hay por tanto una doble transmisión sucesoria en el «ius delationis», sino que, dentro de la unidad orgánica y funcional del fenómeno sucesorio del causante de la herencia, los herederos transmisarios aceptando la herencia del heredero transmitente y ejercitando el «ius delationis» integrado en la misma, sucedrán directamente al causante de la herencia y en otra distinta sucesión al fallecido heredero transmitente.

Pues bien, las recientes resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) de 26 de marzo y 11 de junio de 2.014, siguiendo la doctrina fijada por dicha STS de 11 septiembre de 2.013, cambian el criterio de dicha Dirección General en materia de derecho de transmisión, representado hasta ahora por la Resolución DGRN de 2 de octubre de 1.999, y la principal consecuencia es que el cónyuge viudo del transmitente únicamente tendrá derecho a intervenir en la partición de la herencia del primer causante si ha sido llamado como heredero, es decir, como sucesor a título universal, bien sea por testamento o abintestato, a la herencia del transmitente, pues el artículo 1.006 del Código Civil únicamente atribuye la condición de transmisario a los herederos del transmitente, y en cambio no tendrá derecho a intervenir en la partición de la herencia del primer causante si ha sido llamado a la herencia del transmitente como legatario del mismo, por ejemplo, como usufructuario universal, o en virtud de otro legado de parte alícuota o de cosa determinada, o cuando se le atribuya en la sucesión intestada su cuota legal usufructuaria.- Y lo mismo debe predicarse respecto de los hijos y descendientes del transmitente, que no serán considerados transmisarios del mismo si únicamente se establecen a su favor, en la herencia de dicho transmitente, legados, aunque sean de parte alícuota o de lo que por legítima les corresponda.- Y, en cambio, podrán ser transmisarios los parientes no

legitimarios o, incluso, los extraños, siempre que sean nombrados herederos del transmitente.- Es decir, para poder ejercitar el ius delationis y para intervenir en la partición de la herencia del primer causante lo único relevante es ser heredero del transmitente, no su legitimario.

Lo que, con traslación al Derecho aragonés, plantearía la cuestión de la posición del cónyuge viudo del transmitente en la herencia del primer causante.

Pero esta cuestión está **resuelta en derecho aragonés**, en el que la extensión del usufructo de viudedad a la herencia del transmitente la establece actualmente el artículo 278 del CDFA: “Los bienes adquiridos como consecuencia de la transmisión del derecho a aceptar o repudiar la herencia quedan sujetos al usufructo de viudedad del cónyuge del transmitente, conforme a lo previsto en el apartado 3 del artículo 354; y los adquiridos por el acrecimiento derivado del consorcio foral regulado en el apartado 3 del artículo 374, al del cónyuge del consorte fallecido.”; disponiendo el artículo 354.3 CDFA que “Conforme a lo dispuesto en el artículo 278, el usufructo de viudedad del cónyuge del transmitente se extenderá a los bienes así adquiridos por los herederos de éste, sin perjuicio del que, en su caso, previamente corresponda al cónyuge del primer causante.”

La introducción del referido precepto en la Ley de Sucesiones Aragonesa, hoy el CDFA, fue criticada por algún autor (así José Luis-Merino Hernández, que sigue la postura doctrinal de Albadalejo págs. 315 y siguientes de los Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo XXXIX-Vol.1º, artículos 1 a 148 de la Ley de Sucesiones Aragonesa, 2002.)

En los XI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés del año 2.001, página 77 y siguientes, el notario **Adolfo Calatayud Sierra** explicó la razón del precepto porque, como decía atinadamente, sobre el derecho de transmisión se puede discutir casi todo pero había que resolver esta cuestión y dejarla un poco al margen de las disputas teóricas sobre las características y naturaleza de la transmisión del ius delationis, y se optó por la solución de concederle el derecho de viudedad como más ajustada al derecho aragonés en el que el principio de la protección del cónyuge viudo está muy arraigado.

Pero además, como señala el notario **Francisco Javier González López** (página Web notariosyregistradores.es), hay una cuestión de índole práctica y es que, en un gran número de las herencias que se documentan como si se tratara de una transmisión del derecho de aceptar o repudiar, no son tales sino que en muchos casos ha habido aceptación, pero no se ha documentado; ha habido **aceptación tácita**: han dispuesto de los bienes de la herencia, han sacado dinero del banco, han cogido bienes de la herencia, ha habido reparto de bienes y los herederos desde luego que han aceptado la herencia en la inmensa mayoría de los casos, pero no han ido al notario a formalizar la aceptación de la herencia; y antes de que se vaya a formalizar la aceptación de la herencia se produce el fallecimiento de uno de los herederos; como no está documentada, en la escritura se documenta como si se tratara de una transmisión del derecho a aceptar o repudiar la herencia, pero en realidad, no hay tal cosa sino que ha habido una verdadera aceptación tácita.

Y como señala el notario **Joaquín Zejalbo Martín** (página Web notariosyregis-tradores.es) si, como lo hace el Derecho aragonés que tiende a resolver cuestiones prácticas y concretas, aclaramos que los derechos del viudo son éstos, evitamos un posible litigio sobre si se produjo la aceptación tácita o no se produjo.

Como último argumento a favor de la tesis moderna puede citarse la consideración de que **fiscalmente es absurdo, por gravoso**, que los bienes que se adquieren del primer causante tributen dos veces, pues de acuerdo con la doctrina clásica han pasado del primer causante al transmitente –primero– y de dicho transmitente al transmisario –más adelante–. Resulta evidente la conveniencia fiscal de que el transmisario no tribute dos veces por la adquisición de los bienes del primer causante

DERECHO DE TRANSMISION Y FIDUCIA SUCESORIA.-

Nos encontramos con el supuesto del heredero fallecido sin aceptar ni repudiar la herencia del primer causante, caso en que, conforme al artículo 354.1 CDFA, se transmite por ministerio de la ley a sus herederos en la proporción en que lo sean el mismo derecho que él tenía a aceptarla o repudiarla, pero cuyos herederos transmisarios no están todavía determinados, por haber fallecido el heredero transmitente bajo testamento en el que concede la facultad fiduciaria a favor de una o varias persona para que, conforme al artículo 439 CDFA, ordenen su sucesión, y todavía no se ha ejercitado la facultad fiduciaria.

Contemplo ahora el supuesto más frecuente en la práctica: el heredero transmitente fallecido en estado de casado y bajo testamento mancomunado en el que ambos cónyuges se conceden la facultad fiduciaria para que el cónyuge sobreviviente como único fiduciario (y por tanto con nombramiento de por vida, art. 444.2 CDFA) pueda, durante toda su vida, ordenar tanto su propia sucesión como la del premuerto entre los hijos y descendientes comunes, en la forma que tenga por conveniente.

En tal caso, estando dicha fiducia sucesoria pendiente de ejecución, el cónyuge viudo fiduciario puede, en ejercicio de la misma, efectuar la designación de heredero o herederos transmisarios del transmitente en escritura pública (art. 456 CDFA), para que pueda o puedan aceptar o repudiar la herencia del primer causante (art.354.1 CDFA).-

Pero además, y puesto que conforme al artículo 457.2 CDFA y salvo que el causante haya dispuesto lo contrario, el fiduciario puede hacer un uso total o parcial y aún en tiempo distintos de sus facultades, entendemos que no existe inconveniente alguno para que el cónyuge fiduciario ejercite la facultad fiduciaria designando heredero o herederos del transmitente, tanto de forma universal o total como de forma parcial, es decir sólo respecto del “ius delationis” del transmitente (transmisarios), que les permitirá aceptar o repudiar la herencia del primer causante, pero no respecto de los demás bienes y derechos integrantes de su caudal hereditario.- Lo cual es muy útil, porque es perfectamente posible que el cónyuge viudo fiduciario no estime oportuno todavía ejercitar en escritura

pública sus facultades respecto de todo el caudal hereditario del premuerto cónyuge por no tenerlo decidido, o incluso porque tiene intención de ejercitar esa facultad por medio de testamento (art.456.2 CDFA), con lo cual el ejercicio de esa facultad fiduciaria en forma parcial respecto del ius delationis efectuado en escritura pública es irrevocable (art. 458.1 CDFA) y puede ejercitar más adelante su facultad fiduciaria respecto de los demás bienes y derechos de la herencia de su premuerto cónyuge, bien sea en escritura pública o bien sea en testamento o en sucesivos testamentos, ya que conforme al art. 458.3 CDFA los actos de ejecución de la fiducia en forma testamentaria son siempre revocables.

Ya he indicado que he examinado la cuestión en relación con el supuesto más frecuente en la práctica, pero también puede contemplarse en supuestos de nombramiento de fiduciario por persona no casada a favor de persona distinta del cónyuge o a favor de varias personas, o con instrucciones más concretas, o con plazo señalado, etc, todo ello con las debidas adaptaciones (así, por ej., el fiduciario no cónyuge sólo puede ejecutar la facultad fiduciaria en escritura pública y no en testamento (art. 456 CDFA).

EL DERECHO DE TRANSMISIÓN EN LOS LEGADOS.-

En el Código Civil, el derecho de transmisión del llamado a título de legado no puede basarse en el precepto general del artículo 1006 del Código Civil regulador del derecho de transmisión, porque conforme a dicho precepto, el transmitente debe ser llamado a la herencia del primer causante siempre a título de heredero, tanto por testamento como abintestato, pero no a título de legatario, teniendo en cuenta que conforme al artículo 881 CC el legatario adquiere derecho a los legados puros y simples desde la muerte del testador y los transmite a sus herederos, y si es de cosa específica y determinada propia del testador adquiere su propiedad desde la muerte del testador conforme al art.882 CC. , sin perjuicio de la facultad de repudiarlo mientras no lo haya aceptado y de que tenga que solicitar su entrega y posesión al heredero o albacea (art.885 CC), mientras que el heredero sólo adquiere la herencia si la acepta, expresa o tácitamente.-

Por ello el CC regula separadamente el derecho de transmisión en los legados en esta forma:

Art. 881 CC, en sede de legados puros y simples: "El legatario adquiere derecho a los legados puros y simples desde la muerte del testador y lo transmite a sus herederos.

Art. 889.2 CC, en forma más general: si muriese (el legatario) antes de aceptar el legado dejando varios herederos, podrá uno de éstos aceptar y otro repudiar la parte que le corresponda en el legado."

El **CDFA regula el derecho de transmisión en los legados en forma directa, en su art. 478**: "Derecho de transmisión:

1.- El legado deferido y no aceptado ni repudiado se transmitirá, por fallecimiento del legatario a sus herederos, con la misma facultad de aceptarlo o re-

pudiarlo, salvo voluntad contraria del disponente o que se trate de legados de usufructo, de renta, de pensión vitalicia u otros de carácter personalísimo.

2.- De existir una pluralidad de herederos del legatario, cada uno podrá repudiar o aceptar la parte que le corresponda en el legado.”

La diferencia radica en que, en el legado, lo que se transmite es la confirmación de una adquisición ya producida o bien la facultad de deshacerse de ella.

EL DERECHO DE TRANSMISION Y EL RECOBRO DE LIBERALIDADES.-

El artículo 524.1 CDFa regula la institución del recobro de liberalidades, refiriéndolo al supuesto de quien fallece sin descendientes y sin pacto o testamento, en cuyo caso los bienes que quedaren en su caudal procedentes de donación de ascendientes o hermanos son recobrados por éstos.-

Pero frente a esta regla general referida a quien fallece sin descendientes, el artículo 525 CDFa, dispone que procede también el recobro si habiendo recaído ya tales bienes por título gratuito en descendientes del finado, fallecen todos éstos, sin descendencia y sin haber dispuesto de dichos bienes, antes que la persona con derecho a tal recobro.-

Nos encontramos con otro supuesto en el que la ley, en Derecho Civil aragonés, establece diversos ordenes de llamamientos en función del tipo de bienes que integran el patrimonio hereditario, bajo el principio tradicional aragonés de mantener los bienes adquiridos a título gratuito dentro de la familia de procedencia, o principio llamado de troncalidad, por lo que, en este supuesto, debe prevalecer el recobro de tales bienes a favor de la persona con derecho a tal recobro frente a los posibles herederos legales del fallecido.

DERECHO DE TRANSMISION Y CONSORCIO FORAL ARAGONES.

El denominado consorcio o fideicomiso foral aragonés, que no recogía el Apéndice del Derecho Foral de Aragón de 7 de diciembre de 1.925, fue reintroducido posteriormente por el artículo 142 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón de 8 de abril de 1.967, tal como se reseña en su propia Exposición de Motivos; regulado más tarde por los artículos 58 y siguientes de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte de Aragón de 24 de febrero de 1.999, suavizando su regulación al ampliar las facultades de disposición del consorte tanto por actos inter vivos como mortis causa y al facilitar la separación del consorte, en cuya Exposición de Motivos se vuelve a insistir en que dicha institución fue reintroducida por la Compilación de 1.967, y en la actualidad por los artículos 373 a 376 del Código del Derecho Foral de Aragón.

La problemática entre el derecho de transmisión y el consorcio foral ha sido estudiada por el notario Adolfo Calatayud Sierra en su trabajo titulado “Cuestiones Prácticas sobre el consorcio foral” (publicado en la RDCA, año 2.010, pgs. 215 a 225).

El **art. 373 CDFa** regula el supuesto de hecho que origina el nacimiento del consorcio: “1.- Salvo previsión en contrario del disponente, desde que varios hermanos o hijos de hermanos hereden de un ascendiente bienes inmuebles, queda establecido entre ellos, y entre tanto subsista la indivisión, el llamado consorcio o fideicomiso foral. 2.- Lo dispuesto en el apartado anterior se aplicará también a los inmuebles adquiridos pro indiviso por legado o donación.”.

El **artículo 374.1**, al regular los efectos del consorcio, dispone que mientras esté vigente el consorcio, sólo se permite al consorte que disponga de su cuota en el consorcio -bien sea inter vivos o actos mortis causa- a favor de sus descendientes, que adquieren con ello la condición de consortes, o de otro consorte.

Y consecuentemente, el **artículo 374.3** dispone que si un consorte muere sin descendencia, su parte acrece a los demás consortes que la reciben como procedente del ascendiente que originó el consorcio, pero sujeta al usufructo de viudedad del cónyuge del consorte fallecido, conforme al artículo 278.

Se trata, en definitiva, de una **delación hereditaria especial**, en atención al origen familiar y forma de adquisición de bienes inmuebles, en la que prevalece su normativa específica sobre la normativa sucesoria general.-

Esto es así hasta el punto de que en el caso típico de hermanos que heredan de un ascendiente bienes inmuebles en forma indivisa, y fallece uno de ellos soltero y sin descendientes y subsistiendo la indivisión, y sólo deja en su herencia su cuota en el consorcio:

-Fallece intestado:

- si sólo deja en su herencia su cuota en el consorcio, ni siquiera es necesario obtener la declaración de herederos abintestato, pues su cuota acrece a los demás consortes sin necesidad de ella; la escritura no es una escritura de herencia sino sencillamente de acrecimiento en el consorcio foral aragonés.-

- si, además de su cuota en el consorcio, deja otros bienes, será necesario obtener la declaración de herederos abintestato en relación con esos otros bienes, y tendremos una escritura mixta de herencia intestada y de acrecimiento en el consorcio foral aragonés, en la que los causahabientes pueden ser los mismos en la sucesión intestada y en el consorcio, o distintos en uno u otro supuesto.

- si fallece con testamento, su cuota en el consorcio pasará a su heredero o herederos sólo si son consortes, pero no en caso contrario, ya que si los herederos designados no fueran consortes la cuota acrecería a los demás consortes, con lo que tendremos una escritura mixta de herencia testada y de acrecimiento en el consorcio foral aragonés, en la que los causahabientes pueden ser los mismos en la sucesión testada y en el consorcio, o distintos en uno u otro supuesto.

Esta regulación específica del consorcio foral aragonés, trae como consecuencia que la normativa general del derecho de transmisión del art. 354.1 CDFa operará cuando su resultado sea compatible con la normativa específica del consorcio foral, pero no en caso contrario.- Es decir, en el supuesto de un heredero llamado a la herencia de un consorte y que a su vez fallece sin aceptar ni repudiar su herencia:

- Si su heredero o herederos transmisarios, bien sean testamentarios o abintestato, son o bien descendientes o bien consortes, actuará a su favor el derecho de transmisión del artículo 354.1 CDFA por adecuarse a lo previsto en el artículo 374.1 CDFA (disposición mortis causa a favor de descendientes o de consortes).

- Pero si su heredero o herederos transmisarios, bien sean testamentarios o abintestato, no son ni descendientes ni consortes, no puede actuar a su favor el derecho de transmisión del artículo 354.1 CDFA por no adecuarse a lo previsto en el artículo 374.1 CDFA (disposición mortis causa a favor de descendientes o de consortes) sino que actuaría el artículo 374.3 CDFA y la parte en el consorcio del causante acrecería a los demás consortes que la reciben como procedente del ascendiente que originó el consorcio, pero sujeta al usufructo de viudedad del cónyuge del consorte fallecido, conforme al artículo 278.

DERECHO DE TRANSMISION Y SUCESION TRONCAL.

A modo de resumen final, podríamos decir que la cuestión básica que plantea el tema debatido, es el conflicto que puede existir en el Derecho Aragonés, entre el denominado principio de troncalidad y el derecho de transmisión del artículo 354 CDFA.-

Como ejemplo de síntesis pondremos un caso típico del señor A, un soltero de vecindad civil aragonesa, que fallece sin haber otorgado disposición de última voluntad, dejando como únicos parientes vivos a su madre B, a un hermano C, y a sus sobrinos hijos de dicho hermano D y E.- En su herencia hay bienes no troncales (dinero, un vehículo y un piso comprados) y bienes troncales (una finca que le legó su abuela paterna).- El hermano C, que ha sobrevivido a su causante hermano A, fallece después pero sin haber procedido a aceptar ni repudiar su herencia, y bajo la vigencia de un testamento en el que, dejando a salvo la legítima de sus descendientes, instituye heredera a su esposa F.-

¿Qué ocurre con esta herencia?

a) Está claro que el dinero y el vehículo y piso comprados los hereda su madre B, como heredera abintestato de los bienes no troncales (artículos 517.2.b. y 529 CDFA).

b) Y de la finca heredada de la abuela (bien troncal de abolorio art. 527. CDFA), de la que era heredero troncal su hermano C (artículo 526.a CDFA) el cual sobrevivió a su causante hermano pero falleció después sin haber procedido a aceptar ni repudiar su herencia, caben dos posturas:

1. Que fallecido el hermano C, que era el heredero troncal (art. 526.a CDFA), sin haber aceptado ni repudiado la herencia, pasa a su viuda F, como heredera testamentaria del mismo y por derecho de transmisión, el ius delationis (art.354 CDFA), y aceptada por la viuda la herencia de su esposo de la que forma parte dicho ius delationis, adquiere la finca de referencia.- Nada obsta además a que sea la viuda F la heredera testamentaria de su esposo C pues dicho señor ha salvado la legítima de los descendientes D y E, ya que la legítima puede atribuirse por cualquier título (art. 487 CDFA).

No parece que el art. 526 CDFA sobre sucesión troncal pueda impedirlo, porque en este caso no hay, en relación con el hermano C, ni premoriencia ni ausencia ni indignidad ni desheredación justa ni exclusión (art.338.1 sobre sustitución legal en la intestada), en cuyo caso heredaría sus hijos D y E (art. 526.a) sobrinos del causante A, porque aquí sí hay un hermano que sobrevivió, C, si bien falleció sin haber aceptado ni repudiado la herencia de su hermano A.- Tengamos en cuenta, además, que el principio de troncalidad no es absoluto sino que opera en la sucesión legal, y que cualquiera puede excluir sus efectos en un testamento.-

2. La postura opuesta parte de la posición actual de la jurisprudencia en relación con el derecho de transmisión (aunque sea en sede de derecho común): la STS de 11 de septiembre de 2.013, establece que debe concluirse como fijación de la doctrina jurisprudencial, que el denominado derecho de transmisión previsto en el 1.006 del Código Civil no constituye en ningún caso una nueva delación hereditaria ni hay por tanto, una doble transmisión sucesoria en el «ius delationis», sino que, dentro de la unidad orgánica y funcional del fenómeno sucesorio del causante de la herencia, aceptando los herederos transmisarios la herencia del heredero transmitente y ejercitando el «ius delationis» integrado en la misma, los herederos transmisarios suceden directamente al causante de la herencia, y en otra distinta sucesión al fallecido heredero transmitente.

Pues bien, las recientes resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) de 26 de marzo y 11 de junio de 2.014, siguen la doctrina fijada por dicha STS de 11 de septiembre de 2.013, cambiando el criterio de dicha Dirección General en materia de derecho de transmisión representado hasta ahora por la Resolución DGRN de 2 de octubre de 1.999.-

Si, de acuerdo con esta posición jurisprudencial, el transmisario –aceptada la herencia del transmitente- sucede directamente al primer causante, no cabe que F, viuda de C, que es extraña a la línea de procedencia del bien o sea que no es heredera troncal, pueda suceder directamente al primer causante, A, pues lo impediría el **art. 526.a) CDFA**. que, tratándose de bienes troncales, prioriza a los parientes de la línea de donde procedan los bienes: “Cuando no haya lugar a la aplicación de los artículos anteriores (recobros) la sucesión en los bienes troncales, se deferirá: a) A los hermanos e hijos y nietos por la línea de donde procedan los bienes.- Los hijos y nietos de hermanos suceden por sustitución legal o por derecho propio conforme a lo dispuesto en el artículo 532.

Y, aceptada esta tesis, la finca pasaría a D y E, hijos del hermano C, y por tanto sobrinos del causante A, que sí son herederos troncales.-

Nada más por mi parte, y muchas gracias a todos por vuestra paciencia.

Zaragoza, 11 de noviembre de 2.014.

José-Manuel Enciso Sánchez.

Notario de Zaragoza.