



Roj: **STS 5269/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:5269**

Id Cendoj: **28079119912013100026**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **11/09/2013**

Nº de Recurso: **397/2011**

Nº de Resolución: **539/2011**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Civil**

**PLENO**

**Presidente Excmo. Sr. D.Francisco Marín Castán**

**SENTENCIA**

**Sentencia Nº:** 539/2011

**Fecha Sentencia :** 11/09/2013

**CASACIÓN**

**Recurso Nº :** 397/2011

**Fallo/Acuerdo:** Sentencia Estimando

**Votación y Fallo:** 17/07/2013

**Ponente Excmo. Sr. D. :** Francisco Javier Orduña Moreno

**Procedencia:** AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE, SECCIÓN 9ª

**Secretaría de Sala :** Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

**Escrito por :** RDG

NATURALEZA Y ALCANCE DEL DERECHO DE TRANSMISIÓN (IUS TRANSMISSIONIS) ARTÍCULO 1006 DEL CÓDIGO CIVIL .

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL APLICABLE.

**CASACIÓN Num.:** 397/2011

**Ponente Excmo. Sr. D.:** Francisco Javier Orduña Moreno

**Votación y Fallo:** 17/07/2013

**Secretaría de Sala:** Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Civil**

**PLENO**

**SENTENCIA Nº:** 539/2011

**Excmos. Sres.:**



**D. Francisco Marín Castán**

**D. José Ramón Ferrándiz Gabriel**

**D. José Antonio Seijas Quintana**

**D. Antonio Salas Carceller**

**D. Francisco Javier Arroyo Fiestas**

**D. Ignacio Sancho Gargallo**

**D. Francisco Javier Orduña Moreno**

**D. Rafael Sarazá Jimena**

**D. Sebastián Sastre Papiol**

En la Villa de Madrid, a once de Septiembre de dos mil trece.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 411/2010 por la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Alicante, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm 1107/2007, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Elche (Alicante), cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por el procurador don Vicente José Castaño López en nombre y representación de don Carmelo compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador don Antonio Rueda López en calidad de recurrente y la procuradora doña María Carmen Moreno Ramos en nombre y representación de doña Flora y otros y el procurador don José Vázquez Rey en nombre y representación de don Fulgencio en calidad de recurrido.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO .- 1.-** La procuradora doña Emma Cifuentes Viudes, en nombre y representación de doña Flora, doña Zulima, doña Esmeralda, doña Rosalia, don Roque, doña Constanza, don Ángel Jesús, don Domingo quien actúa en defensa de los derechos de los siguientes herederos de don Julio: don Fulgencio, don Urbano, doña Reyes, doña Carmen, doña Milagrosa. El letrado don David Peral Cerdá, quien actúa en su propio nombre y derecho en defensa de los intereses de don Blas, doña Camino, don Isaac, don Isaac, don Saturnino, doña Paula, doña Bibiana, don Alvaro interpuso demanda de juicio división de herencia, contra Parroquia El Salvador de Elche representada por don Victoriano y contra la Casa Asilo San José, representada por su madre superiora y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que: "... disponga que, conforme al art. 783 LEC, se forme el inventario de los bienes hereditarios (sin necesidad de acordar intervención del caudal que los mismos componen), se convoque a herederos y legatarios, citándolos en los domicilio indicados supra, donde residen, para la celebración de la junta para formar dicho inventario y en su caso designar contador y perito, y designados según lo prevenido en el artículo 784 de la LEC, se proceda según lo dispuesto en los arts. 785, 786 y 787 para la práctica de las operaciones de inventario, avalúo, liquidación y división del caudal hereditario que integran los bienes y derecho relictos, dictando en definitiva sentencia aprobando dichas operaciones, con los efectos que en las disposiciones citadas se previenen".

La procuradora doña EMMA CIFUENTES VIUDES, mediante escrito presentado el día 3 de diciembre de 2007, solicitó la inclusión como demandante de don Gustavo.

**2.-** El procurador don Vicente José Castaño López, en nombre y representación de don Carmelo.

La procuradora doña María Julia Quirante Antón, en nombre y representación de don Victoriano, párroco de la Parroquia del Salvador.

El procurador Pastor Esclápez, en nombre y representación de Casa Asilo de San José.

**3.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el ilmo. sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Elche (Alicante), dictó sentencia con fecha 15 de octubre de 2009, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: "...Que desestimando la oposición formulada por Carmelo representado por el Procurador Sr. Picó Meléndez, DEBO APROBAR Y APRUEBO definitivamente las operaciones divisorias practicadas por el contador-partidor en el presente procedimiento judicial de división de la herencia de Doña Cristina. Con expresa imposición de las costas a Carmelo.



**SEGUNDO** .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de don Hugo , la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Alicante, dictó sentencia con fecha 12 de noviembre de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: "...Que desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de don Carmelo , contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Elche, de fecha 15 de octubre de 2009 , que confirmamos en su integridad. Se imponen al apelante las costas de su recurso".

**TERCERO** .- 1.- Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso recurso de casación la representación procesal de don Carmelo con apoyo en los siguientes **MOTIVOS** :

Primero.- Infracción del artículo 1068 CC .

**CUARTO** .- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 10 de enero de 2012 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a las partes recurridas para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. La procuradora doña M Carmen Moreno Ramos, en nombre y representación de doña Flora y otros presentó escrito de impugnación al mismo.

El procurador don Jorge Vázquez Rey, en sustitución de su compañera doña Elisenda y en nombre y representación de don Fulgencio , presentó escrito de impugnación al mismo.

**QUINTO** .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 7 de mayo del 2013, en que cuyo acto se acordó someter el recurso al conocimiento del Pleno de la Sala, señalándose para ello el día 17 de julio de 2013, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Orduña Moreno** ,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- 1 .El presente caso plantea como cuestión de fondo, de índole doctrinal y sustantiva, la fundamentación correcta a la situación producida en un procedimiento de división de la herencia en el que uno de los herederos, llamado a suceder, fallece antes de aceptar o repudiar la herencia, pasando a sus propios herederos el derecho que él tenía ( artículo 1006 del Código Civil . Esta cuestión ha sido ampliamente debatida por la Doctrina científica dando lugar a la existencia de dos corrientes doctrinales: la denominada "teoría clásica" o "de la doble transmisión", según la cual en la sucesión por derecho de transmisión existen dos movimientos o pasos de los bienes, un primero desde el primer causante a la masa hereditaria del heredero transmitente y otro segundo, desde la masa hereditaria del citado transmitente al heredero transmisario que acepta las dos herencias; y la "teoría moderna", de la adquisición directa o de la doble capacidad, según la cual los bienes pasan directamente del primer causante al heredero transmisario cuando éste ejercita positivamente el denominado ius delationis (derecho a aceptar o repudiar la herencia).

2. En síntesis, en el iter procesal por los herederos de Doña Cristina se interpuso demanda de juicio especial de división de la herencia de ésta contra don Carmelo , la PARROQUIA EL SALVADOR DE ELCHE y contra la CASA ASILO SAN JOSÉ, éstos últimos en calidad de legatarios. Se exponía que uno de los herederos, don Julio , hermano de la fallecida, falleció en fecha 18 de marzo de 2006 "habiendo aceptado tácitamente la herencia" y dejando sus bienes en herencia a su esposa e hijos, entre los que se incluye el codemandado Carmelo ; también se afirmaba que con fecha 28 de junio de 2006, se reunieron los herederos en la notaría al objeto de firmar el cuaderno particional consensuado por los letrados de las partes, firma que no llegó a tener lugar por la oposición de don Carmelo .

Tras la correspondiente junta de herederos celebrada con fecha 29 de febrero de 2008 en el Juzgado de Primera Instancia 3 de Elche, se nombró contador-partidor para la realización de las operaciones particionales, presentándose el cuaderno con fecha 10 de marzo de 2009; todas las partes mostraron su conformidad con el mismo, salvo don Carmelo , quien se opuso con fecha 31 de marzo de 2009, señalando que en el cuaderno particional no se menciona individualmente a los herederos de don Julio con la cuota concreta que les es asignada por el contador-partidor, solicitando que el cuaderno sea aclarado y completado en el sentido de formular las adjudicaciones de bienes para don Julio de forma nominativa de individualizadamente para cada uno de sus seis hijos, herederos del mismo.

La Sentencia de Primera Instancia desestimó la oposición formulada por don Carmelo entendiendo que, en aplicación del artículo 1006 del CC , no cabe realizar una individualización concreta de la parte que le corresponde a cada uno de los herederos del Sr. Carmelo , toda vez que no se conoce quienes son los herederos del mismo; quienes sean sus herederos tendrán que aceptar primero su herencia, adquiriendo la condición de herederos de éste y, consecuentemente se posicionarán en los derechos y obligaciones del Sr. Carmelo , convirtiéndose en herederos de la primera causante.



Recorre en apelación la parte codemandada, don Carmelo , oponiéndose al recurso la parte actora (resto de los coherederos). Mantiene, en esencia, que no es que los derechos hereditarios de don Julio "pasen a sus herederos" como afirma el cuaderno particional, sino que éstos han de participar en la partición y ser incluidos en la misma; dicha afirmación la basa en el artículo 989 del CC , según el cual "*Los efectos de la aceptación y de la repudiación se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona a quien se hereda*"; por ello, la entrada en la partición de los sustitutos de D. Julio se efectúa al momento del fallecimiento de Doña Cristina , con abstracción del posterior fallecimiento de D. Julio y sin tomar en consideración sus disposiciones testamentarias que han de venir referidas al momento de su fallecimiento.

Con fecha 12 de noviembre de 2010, la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Alicante dictó sentencia desestimando el recurso de apelación interpuesto.

En primer lugar la Audiencia, tras analizar la disposición testamentaria de la causante, descarta que se den en este litigio ninguna de las tres clases de sustitución a que se refiere el artículo 774 del Código Civil , ya que el primer instituido falleció después que la testadora sin aceptar ni repudiar la herencia.

Considera que el precepto aplicable es el artículo 1006 del Código Civil que regula el denominado "ius transmissionis" o derecho de transmisión consistente en aquel derecho que tienen los herederos del heredero que fallece en el intervalo comprendido entre la delación hereditaria a su favor y la aceptación o adición hereditaria futura y, en virtud del cual, aquellos hacen suya la facultad de aceptar o repudiar la herencia, o sea, el "ius delationis" atribuido a éste.

La Audiencia, una vez aclarado que el precepto aplicable es el citado artículo 1006 del Código Civil , pasa a analizar las dos posiciones que sobre su interpretación y alcance predominan: **la teoría moderna de la adquisición directa o de la doble capacidad**, defensora de que los bienes pasan directamente del primer causante al transmisario, cuando éste ejercita positivamente el "ius delationis" (derecho a aceptar o repudiar la herencia); y, **la teoría clásica**, conforme a la cual, en la sucesión por derecho de transmisión, existen dos movimientos o pasos de los bienes: uno primero desde el primer causante a la masa hereditaria del segundo causante y otro segundo, desde esa masa hereditaria del transmitente ( art 1006 CC ) al transmisario que acepta las dos herencias. Destaca que es claramente mayoritaria la teoría clásica o de la doble transmisión en la denominada pequeña jurisprudencia, y considera que, al ser más adecuada la teoría de la doble transmisión, el cuaderno particional es correcto y no cabe realizar una individualización concreta de la parte que le corresponde a cada uno de los herederos del señor Julio en la herencia de su hermana, pues el derecho del citado transmitente en la herencia de la misma formará, a su vez, parte de su propia herencia y ese derecho está individualizado en el controvertido cuaderno particional de la primera causante.

#### **Naturaleza y alcance del derecho de transmisión (ius transmissionis) artículo 1006 del Código Civil . Doctrina jurisprudencial aplicable.**

**SEGUNDO .- 1.** Frente a la anterior resolución el impugnante y apelante, don Carmelo , al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC , formaliza recurso de casación que articula en un único motivo. Se denuncia la infracción de los artículos 1068 y 1006 del Código Civil , y alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que establece que la partición de la herencia sustituye la cuota que cada heredero tiene en la comunidad hereditaria, por la titularidad exclusiva de los bienes o derechos que se le adjudican ( SSTS de 28 de junio de 2001 y 21 de julio de 1986 ). En resumen, considera el recurrente que los bienes pasan directamente del primer causante al transmisario cuando estos ejercitan positivamente el "ius delationis".

En el presente caso, el motivo debe ser estimado.

**2.** La correcta fundamentación del presente caso requiere de una previa precisión de índole metodológica en el alcance del artículo 1006 del Código Civil . En este sentido interesa destacar que el derecho de transmisión que contempla el citado precepto (ius transmissionis) refiere, sustancialmente, la cualidad del ius delationis de poder ser objeto de transmisión, esto es, la aplicación ex lege de un efecto transmisivo en la adquisición de la herencia por el que el derecho a aceptar o repudiar la herencia que tenía el heredero transmitente, que fallece sin ejercitarlo, pasa a sus propios herederos, denominados en este proceso como herederos transmisarios. De esta forma, fuera de la mencionada cualidad el derecho de transmisión, en sí mismo considerado, ni configura ni altera la naturaleza y caracterización del ius delationis, verdadera cuestión de fondo del caso planteado. Por lo demás, la transmisibilidad de la delación hereditaria debe enmarcarse en la progresiva flexibilización del rigorismo de la tradición romanística, que no admitía la transmisión de la cualidad de heredero, que adopta y desarrolla nuestro Código Civil con abundantes muestras al respecto. En parecidos términos, esta flexibilización se produce en los Derechos Forales en donde el ius transmissionis goza de plena carta de naturaleza, artículos 461.13 CcC, 39 LSCM y Ley 317 FNN .



3. Sentada esta precisión, también conviene señalar que recientemente esta Sala ha profundizado en la naturaleza y caracterización del ius delationis en el fenómeno sucesorio. Así en la *Sentencia de 30 de octubre de 2012* (núm. 624/2012) se destaca como la figura del fideicomiso de residuo se integra en la estructura y unidad del fenómeno sucesorio en el que venga previsto como una proyección de la centralidad y generalidad que presenta la institución de heredero, de suerte que el fideicomisario trae directamente causa adquisitiva del fideicomitente o testador, ya que el fiduciario, a estos efectos, no fracciona la unidad del fenómeno sucesorio sin transmitir derecho sucesorio alguno que no estuviese ya en la esfera hereditaria del heredero fideicomisario.

Por su parte, en la *Sentencia de 20 de julio de 2012* (núm. 516/2012), en torno a la equivalencia entre la unidad del fenómeno sucesorio y esencialidad del ius delationis, se destaca que la fórmula de la renuncia traslativa, a tenor del artículo 1000.1 del Código Civil, comporta una implícita aceptación ex lege de la herencia y, por tanto, del ius delationis, que no se transmite al haberse ya ejercitado, de forma que dicha aceptación de la herencia es la que causaliza al inmediato negocio de atribución que se realice.

4. Esta equivalencia entre la unidad del fenómeno sucesorio y el ius delationis, que subsiste como tal, sin pérdida de su esencia o de sus caracteres en el curso de dicho fenómeno sucesorio, también encuentra un claro apoyo interpretativo en los precedentes de nuestro Código Civil pertinentes al actual artículo 1006. En este sentido, el artículo 2365 del Proyecto de 1836 ya establecía que el ius delationis podían ejercitarlo los herederos "en su propio nombre". Por su parte, el artículo 836.1 del Proyecto de 1851 recalca que por la muerte del heredero, sin aceptar o repudiar la herencia, "se transmitía a los suyos el mismo derecho que él tenía". Dicha expresión fue mantenida en el artículo 1018 del Anteproyecto de 1882.

5. Del contexto interpretativo realizado debe concluirse, como fijación de la Doctrina jurisprudencial aplicable a la cuestión debatida, que el denominado derecho de transmisión previsto en el artículo 1006 del Código Civil no constituye, en ningún caso, una nueva delación hereditaria o fraccionamiento del ius delationis en curso de la herencia del causante que subsistiendo como tal, inalterado en su esencia y caracterización, transita o pasa al heredero transmisor. 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.

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

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

6. En el presente caso, habiéndose cumplido los presupuestos y requisitos para la aplicación ex lege del derecho de transmisión previsto en el artículo 1006 del Código Civil, sin exclusión de dicha consecuencia en el testamento otorgado por doña Cristina, de fecha 28 de enero de 1999, no habiendo constancia, a su vez, de repudiación alguna por parte de los beneficiarios, y conforme a la Doctrina jurisprudencial que ha resultado fijada, procede estimar la pretensión de la parte recurrente en orden a corregir el cuaderno particional, objeto de la litis, a los efectos de que se establezca la cuota hereditaria de los herederos de don Julio en la herencia de su tía doña Cristina y su correspondiente determinación o concreción en los bienes y derechos que singularmente les sean adjudicados.

**TERCERO** .- Estimación del recurso y costas.

1. La estimación del motivo comporta la estimación íntegra del recurso de casación.

2. Por aplicación del artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no procede hacer expresa imposición de costas del recurso de casación.





3. Por aplicación de los artículos 394.1 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no procede hacer expresa imposición de costas de Apelación, ni de Primera Instancia, dadas las serias dudas de derecho que presenta el caso en el desenvolvimiento de la doctrina jurisprudencial y científica.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

1. Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Carmelo contra la Sentencia dictada, en fecha 12 de noviembre de 2010, por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 9ª, en el rollo de apelación nº 411/2010 que, casamos y anulamos, estimando el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, debiéndose modificar y completar el cuaderno particional realizado de la herencia de doña Cristina , en orden a individualizar la cuota que corresponda a cada uno de los herederos de don Julio y su respectiva concreción en los bienes y derechos que les resulten adjudicados particionalmente.como fijación de la Doctrina jurisprudencial aplicable a la cuestión debatida.

Todo ello, en aplicación de la doctrina jurisprudencial, que ahora se fija, en orden a que el denominado derecho de transmisión previsto en el artículo 1006 del Código Civil no constituye, en ningún caso, una nueva delación hereditaria o fraccionamiento del ius delationis en curso de la herencia del causante que subsistiendo como tal, inalterado en su esencia y caracterización, transita o pasa al heredero trasmisario. 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; 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.

2. No procede hacer expresa imposición de costas del recurso de casación.

3. Tampoco procede hacer expresa imposición de costas de Apelación y Primera Instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

**Francisco Marín Castán José Ramón Ferrándiz Gabriel**

**José Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller**

**Francisco Javier Arroyo Fiestas Ignacio Sancho Gargallo**

**Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Sarazá Jimena**

**Sebastián Sastre Papiol**

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Orduña Moreno** , ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como secretario de la misma, certifico.