

**RELACIONES ENTRE LA SUCESIÓN *IURE TRANSMISSIONIS*
Y EL LLAMAMIENTO A LOS SUCESTORES LEGALES
DEL CÓNYUGE PREMUERTO *EX ART. 108-3 COMP.***

**EFFECTOS SOBRE LA ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA
POR LOS HEREDEROS «DEL MÁS VIVIENTE»¹**

***RELACIONES ENTRE LA SUCESIÓN IURE TRANSMISSIONIS
Y EL LLAMAMIENTO A LOS SUCESTORES LEGALES
DEL CÓNYUGE PREMUERTO EX ART. 108-3 COMP.***

***THE EFFECTS UPON THE SUCCESSORS OF “THE MOST LIVING”
REGARDING THE ACCEPTANCE OF THE INHERITANCE***

CARMEN BAYOD LÓPEZ
Catedrática de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

RESUMEN

Se analiza la diversidad de llamamientos que pueden concurrir sobre unos mismos bienes hereditarios en virtud del derecho de transmisión, ex art 354 CDFA y otro en virtud de la sustitución legal preventiva de residuo.

¹ Dictamen inédito que redacté en el año 2014 y que es ahora cuando puede ver la luz, al haber concluido el proceso. El dictamen fue seguido en ambas instancias sin necesidad de llegar a casación. [S. de 23 de marzo de 2017 del JPI N. 19 de Zaragoza y S. de 30 de octubre de 2017 de la APZ secc. 4ª]. Este primer análisis que realicé en este dictamen fue el origen de una ponencia que me encargó ese mismo año, por lo relevante de esta materia para Aragón, la Comisión de los vigesimocuartos encuentros de foro de Derecho aragonés y que fue publicada al año siguiente, 2015, con el siguiente título: «Incidencia del Derecho de transmisión en las instituciones sucesorias aragonesas: efectos prácticos», [*Actas de los Vigésimo cuartos encuentros de Foro de Derecho aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2015, págs. 51 a 106]. Trabajo realizado en el marco de Grupo IDDA (S.15_R.17) financiado por el Gobierno de Aragón y cofinanciado con Feder (2014-2020) «Construyendo Europa».

Palabras clave: sucesión *iure transmissionis*, bienes troncales, sustitución legal preventiva de residuo.

ABSTRAC

The various ways of summoning that can concur are analysed regarding the same inheritance assets by virtue of the right of transfer ex article 354 of the Aragonese Regional Law Code and by virtue of the residual preventive legal substitution.

Key word: *iure transmissionis* succession, inalienable property, residual preventive legal substitution.

SUMARIO

I. CONSULTA. 1. LOS HECHOS. 2. LA CONSULTA. 2.1. *Reflexiones previas: ausencia de estudios en la materia y desencuentro entre el sistema sucesorio del Código civil español y el sistema sucesorio aragonés.* 2.2. *Los problemas a resolver.* II. EL DICTAMEN. 3. LA LEY APLICABLE A LA SUCESIÓN Y A LA ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA. 3.1. *Ley aplicable a la sucesión. Derecho transitorio.* A. El momento de la muerte del causante: La ley que rige la sucesión. B. El momento de otorgar testamento. Su interpretación. C. La aceptación de la herencia: Ley aplicable. 4. DERECHO DE TRANSMISIÓN Y ART. 108-3 COMP. 4.1. *El Derecho de Transmisión. Caracteres y efectos.* A. Regulación. B. Concepto. C. Requisitos para que tenga lugar la transmisión. 4.2. *El llamamiento a los herederos del cónyuge premuerto: art. 108-3 Comp.* A. Antecedentes. B. Naturaleza: Estamos ante una sustitución legal preventiva de residuo. a) La doctrina. b) La jurisprudencia. C. Fundamento. D. Preferencia del llamamiento del art. 103-3 Comp. sobre la sucesión «*iure transmissionis*». a) El fundamento en la doctrina del Cc. b) Su trasvase al Derecho aragonés integrándolo con los principios que lo informan: la diversidad de llamamientos en función del origen de los bienes. 4.3. *La respuesta.* III. EFECTOS SOBRE LA ESCRITURA DE ACEPTACIÓN Y DIVISIÓN PARCIAL DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA. 5. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. 5.1. *Respecto a la infracción de normas imperativas.* 5.2. *La falta de alguno de los elementos esenciales.* 6. CONSECUENCIAS Y EFECTOS SOBRE LA ESCRITURA DE ACEPTACIÓN Y DISOLUCIÓN PARCIAL DE LA COMUNIDAD. 6.1. *Sobre la aceptación.* 6.2. *Sobre la disolución parcial.* IV. CONCLUSIONES. V. ANEXOS.

I. CONSULTA

1. LOS HECHOS

Se solicita mi parecer, en los términos que ulteriormente se enunciarán, sobre la siguiente cuestión jurídica, que viene configurada sobre los siguientes datos de hecho:

1. Los cónyuges, Dña. Natividad y D. Andrés Avelino, ambos de vecindad civil aragonesa, otorgaron testamento mancomunado abierto ante el notario D. José el 11 de septiembre de 1985.
2. En dicho testamento declaran que de sus únicas nupcias no tienen descendientes; instituyéndose «mutua y recíprocamente herederos universales, en pleno dominio y libre disposición, tanto por actos inter vivos como mortis causa», (cláusula 2 del testamento).
3. Los cónyuges no otorgaron ningún testamento posterior ni tampoco tuvieron descendencia ulterior. No consta que otorgaran capítulos matrimoniales.
4. El 10 de diciembre de 1988, fallece Dña. Natividad.
5. El 14 de diciembre de 1988, fallece D. Andrés, viudo de la anterior, y sin haber aceptado ni repudiado la herencia de su cónyuge, Dña. Natividad, a la que estaba llamado en virtud del testamento referido.
6. En 1993, Dña. Andresa, Dña. Engracia y Dña. Rosario, (hermanas de doble vínculo del causante); D. Julián y Dña. María Jesús (hijos de Mercedes, hermana premuerta de doble vínculo del causante y de las anteriores) promueven judicialmente la declaración de herederos legales de D. Andrés, al haber fallecido este con un testamento ineficaz, por premoriencia de su cónyuge, instituida heredera en su testamento.
7. Por Auto de 16 de abril de 1993 del JPI núm. 16, los mencionados parientes son declarados herederos legales de D. Andrés Avelino, respecto de todos sus bienes, derechos y acciones. Las hermanas dividen la herencia por cabezas correspondiendo un cuarto para cada una; y los sobrinos dividen por stirpes a razón, entonces, de un octavo para cada uno.
8. El 30 de julio de 2004, los herederos del causante (ya sobrinos y sobrinos nietos de este, al haber fallecido en el ínterin sus ascendientes), otorgan escritura de aceptación de herencia y disolución parcial de la comunidad, proveniente de la herencia de D. Andrés.
9. En dicha escritura se afirma que: «Al haber fallecido (D. Andrés Avelino) sin haber aceptado ni repudiado la herencia de Dña. Natividad, en virtud del art. 1006 del Código civil, por derecho de transmisión corresponde

heredar a los herederos de D. Avelino los bienes procedentes de la herencia de Dña. Natividad».

10. En consecuencia se declaran como bienes relictos de D. Andrés Avelino: un piso, sito en la calle de Zaragoza, que fue adquirido por el causante, constante matrimonio y para su sociedad conyugal, el 12 de mayo de 1982, valorado en 90.151,82 euros; y dinero en metálico (24.731,65 euros).
11. Los herederos aceptan la herencia del causante y se adjudican dichos bienes en pleno dominio razón de las cuotas que les corresponden según se indica en la escritura. El dinero en metálico queda depositado para gastos.
12. Seguidamente proceden a disolver la comunidad mediante la adjudicación del bien a Dña. Águeda, quién abona en efectivo y con dinero propio al resto de los coherederos el valor correspondiente en función de su cuota.
13. La adjudicataria del inmueble, Dña. Águeda, solicita la inscripción a su favor del pleno dominio del inmueble.
14. El registrador, el 9 de junio de 2005, deniega la inscripción por defectos insubsanables.
15. Las razones que alega el Registrador son las siguientes:

«Considerando: Que a tenor de lo dispuesto en el art. 108 de dicha Compilación, que regula la recíproca institución hereditaria entre cónyuges o pacto al más viviente, si no hubiere hijos el cónyuge sobreviviente heredaría los bienes del premuerto y, en tal caso, fallecido a su vez aquel sin haber dispuesto por cualquier título, de tales bienes, pasaran los que quedaren a las personas llamadas en tal momento a la sucesión del cónyuge primeramente fallecido, por lo que en el presente caso se dan los presupuestos legales necesarios para ser llamados a la sucesión de la referida finca, en la porción que corresponda, a los herederos del cónyuge primeramente fallecido, doña Natividad, los cuales no consta que hayan sido llamados ni, en su caso, hayan concurrido a las pertinentes operaciones sucesorias (...)».

«Considerando: Que figurando inscrita la finca en cuestión como perteneciente a la sociedad conyugal formada por don Avelino y doña Natividad, ambos fallecidos, tanto a la disolución y liquidación de dicha sociedad, como a la división y adjudicación de los correspondientes haberes hereditarios y, en su caso, a la disolución y adjudicación de la comunidad o condominio que pudiera resultar, deberán concurrir la totalidad de los llamados o partícipes, conforme a lo previsto en los artículos 1404, 1051, 406 y demás concordantes del Código civil y otros de general uso y aplicación».

16. En 2014, la adjudicataria del bien, Dña. Águeda, solicita la nulidad de la escritura de aceptación de herencia y disolución del condominio (en cuanto afecta al 50% de los bienes que pertenecían a los herederos de

Dña. Natividad, a quienes se excluye de la citada escritura, otorgando indebidamente carácter privativo al piso referido, disolviendo acto seguido el condominio de la totalidad de dicho inmueble), nulidad que fundamenta en la contravención de norma imperativa o prohibitiva y en la falta de elementos esenciales para la validez de los contratos; en razón de lo anterior deberán ser restituidas las prestaciones en base al art. 1303 Cc.

2. LA CONSULTA

2.1. *Reflexiones previas: ausencia de estudios en la materia y desencuentro entre el sistema sucesorio del Código civil español y el sistema sucesorio aragonés*

En razón de la demanda interpuesta por Dña. Águeda solicitando la nulidad de lo acordado en la escritura de aceptación y disolución parcial del condominio relativa a la herencia de D. Andrés, se solicita mi opinión académica acerca de la aplicación del derecho de transmisión en relación con la previsión del art. 108-3 Comp., así como los efectos que de ello se derivan en orden a la nulidad de la escritura referida.

La respuesta a esta consulta es harto vidriosa y complicada.

No existe en la actualidad² ningún estudio que analice cómo actúa en Aragón la sucesión *iure transmissionis*, regulada en el art. 354 CDFA, cuando concurre con diversos llamamientos sucesorios que responden al principio tradicional aragonés de mantener los bienes adquiridos a título gratuito dentro de la familia de procedencia, al que se ha denominado, con no demasiada propiedad, principio de troncalidad.

Entre estos llamamientos se sitúa el previsto en el ya derogado art. 108-3 Comp. para el caso de institución recíproca de herederos, tanto en testamento mancomunado como en pacto sucesorio, y que ahora se regula en los artículos 395-3, 419-3 y 531-2 CDFA.

Llamamientos similares podemos hallar también en recobro de liberalidades, habiendo descendientes, art. 525 CDFA, e incluso entre los efectos del consorcio foral regulados en el art. 374 CDFA.

Algunos de estos llamamientos responden a una suerte de sustitución legal preventiva de residuo prevista por el legislador en orden a integrar la voluntad del causante (arts. 395-3, 419-3 y 531-2 CDFA); una sustitución de este tipo pudiera haber también en el supuesto del art. 525 CDFA; y el otro caso responde a un denominado acrecimiento «foral» que determina el orden de la delación en el acrecimiento entre consortes (art. 374 CDFA).

² En el momento que redacto el dictamen no hay un estudio *ad hoc* sobre la materia.

Las sustituciones no se regulan en Aragón, y cuando el Código foral de Aragón hace referencia a ellas o se insertan sustituciones voluntarias en los testamentos de los aragoneses, debemos acudir al Derecho supletorio para dar respuesta a los problemas, y las soluciones que ofrece el Código civil español, interpretado e integrado con la doctrina y la jurisprudencia propia, encajan mal con los principios aragoneses.

La razón de estos problemas y la falta, a veces, de maridaje entre las previsiones del Código civil y el Derecho civil aragonés se perciben con nitidez si pensamos en la herencia aragonesa. Esta no está formada por un solo universo de bienes cuyo destino marca el causante o la ley.

En Aragón, es, desde luego, el causante quien determina en primer lugar el destino de su herencia, pero a falta de previsión expresa del mismo, la ley establece diversos órdenes de llamamientos en función del tipo de bienes que integran el patrimonio hereditario: ahí están los recobros, los bienes troncales y los bienes industriales o no troncales, que estando todos ellos en una misma herencia son deferidos a diversos sujetos en orden a la procedencia y origen de los bienes. Pero todavía hallamos una complicación más, esta sobre la que se pide mi opinión, las sustituciones legales preventivas de residuo. Cómo entender en ellas la delación y el momento de adquisición no es fácil. Lo dicho por la doctrina y jurisprudencia para el Código civil no puede ser aplicado en Aragón de forma directa porque en el Derecho estatal faltan las premisas de las que partimos en Aragón: la troncalidad.

Por ello, las respuestas que proporcionan el Código civil y su doctrina, al igual que la jurisprudencia, correctas para dicho ordenamiento civil español, pueden no ser la solución que corresponda a la institución aragonesa.

Por esta razón debemos proceder a una previa integración de las normas supletorias dentro del sistema civil aragonés: éstas deben aplicarse, solo en defecto de normas aragonesas, una vez agotado su sistema de fuentes, y de acuerdo con los principios que informan nuestro ordenamiento, como establece el art. 1-2 CDFA³.

2.2. *Los problemas a resolver*

La consulta que se ha sometido a mi consideración es doble: por un lado, y en primer lugar, determinar si, habiendo muerto el causante, D. Andrés, sin aceptar ni repudiar el llamamiento sucesorio hecho por su esposa, Dña. Natividad, este debe resolverse por aplicación de la llamada sucesión en el *ius delationis*, ex art. 1006 Cc. (art. 354 CDFA) o bien procede la aplicación del llamamiento previsto

³ Sobre el Derecho supletorio y su aplicación: BAYOD LÓPEZ, Carmen, «El art. 149.3 CE: la supletoriedad del Código civil como Derecho estatal respecto de los Derechos civiles autonómicos. (Especial referencia a Aragón)», *RDCA-V*, 1999, n° 2, IFC, Zaragoza, págs. 75 a 125.

en párrafo 3 del art. 108 Comp. a los herederos legales de Dña. Natividad, tal y como afirmó el Registrador de la Propiedad, al denegar la inscripción.

Por otro, y en función de la respuesta que se dé al punto primero, en particular, si la sustitución prevista en el art. 108-3 Comp. es preferente y se antepone a la sucesión en el *ius delationis*, todo lo actuado en la escritura de 30 de julio de 2004 debe ser considerado nulo como pretende la parte actora.

La respuesta a estas preguntas pasa, en primer lugar, por fijar la ley que rige la sucesión del causante, D. Avelino, ya que en ella hay distintos momentos y una sucesión de leyes en el tiempo; establecido lo anterior se deben determinar las relaciones entre el derecho de transmisión, las sustituciones hereditarias y los efectos que ello provoca sobre la aceptación y división del condominio.

Como he indicado, para responder certeramente a estas cuestiones es necesario un estudio de estas instituciones en Derecho civil aragonés, comenzando por un riguroso análisis histórico y ofreciendo un discurso que coordine la pluralidad de universos hereditarios y la diversidad de delaciones que hay en nuestro sistema foral.

Todo ello no lo he podido hacer, estamos ante una investigación que he comenzado a acometer, y en razón de ello puedo ofrecer unas primeras reflexiones objetivas y fundadas sobre lo que se me consulta. Con objetivas quiero decir que el razonamiento que se ofrece no está, tal y como acostumbro a trabajar, predeterminado por los intereses de quien me consulta, sino por como creo que es la observancia del Derecho en Aragón.

Dicho todo lo cual, procedo a dar la opinión que se me solicita.

II. EL DICTAMEN

3. LA LEY APLICABLE A LA SUCESIÓN Y A LA ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA⁴

3.1. *Ley aplicable a la sucesión. Derecho transitorio*

Entre el otorgamiento del testamento mancomunado por los cónyuges, Natividad y Andrés Avelino, (11 de septiembre de 1985) hasta la fecha actual han

⁴ Sobre Derecho transitorio he tenido en cuenta el trabajo de DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «Parte final de la Ley» en *Ley de sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión aragonesa de Derecho civil*, ed. Librería General, Zaragoza, 1999, págs. 164 a 167 (= RDCA-V, 1999-1) y BAYOD LÓPEZ, Carmen, «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*

transcurrido casi veintiséis años, y a lo largo de este tiempo la Compilación aragonesa ha sido modificada y derogada por diversas leyes, integradas ahora en el Código del Derecho foral de Aragón.

Para atender a estas cuestiones creo que debemos tener en cuenta tres momentos:

1. El momento de otorgar testamento: 11 de septiembre de 1985.
2. El momento de la muerte del causante: 14 de diciembre de 1988.
3. El momento de la aceptación de la herencia: 30 de julio de 2004.

A. *El momento de otorgar testamento. Su interpretación*

Los cónyuges aragoneses otorgan testamento mancomunado con institución recíproca de herederos el 11 de septiembre de 1985 estando vigente la Compilación aragonesa de 1967, que se había visto modificada por la Ley aragonesa 3/1985, de 21 de mayo.

En consecuencia, y a los efectos de interpretar la voluntad de los otorgantes, habrá que atender al derecho vigente al momento del otorgamiento del testamento.

Así lo establece la Disposición Transitoria Decimocuarta del CDFA:

«Conservan su validez los pactos y testamentos otorgados y las fiducias sucesorias concedidas o pactadas antes del 23 de abril de 1999, fecha de entrada en vigor de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, que sean válidos con arreglo a la legislación anterior».

En esta ocasión sí hubiera sido relevante el momento del otorgamiento del testamento con anterioridad o posterioridad a la ley de sucesiones de 1999.

Vigente la Compilación la institución recíproca de herederos en testamento mancomunado producía los efectos del pacto al más viviente, *salvo declaración en contrario*; y desde el 23 de abril de 1999, la institución recíproca de herederos pactada en testamento mancomunado solo produce los efectos del pacto al más viviente (ineficacia del llamamiento sucesorio en el caso de que haya descendencia) *si expresamente lo acuerdan los testadores*.

Con todo, y en lo que afecta a este testamento, el cambio es irrelevante, puesto que no hay descendencia.

Joaquín Rams Albesa, Dykinson, Madrid, 2013, págs. 57 a 72; BAYOD LÓPEZ, Carmen, «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; BAYOD LÓPEZ «La vigencia en el tiempo (la entrada en vigor, la derogación y las normas transitorias) y el principio de irretroactividad», *Cuadernos Bolonia (Parte General. Cuaderno III. La vigencia, la eficacia y la aplicación de las normas)*, Dykinson, Madrid, 2009, págs. 15 a 40.

B. El momento de la muerte del causante. La ley que rige la sucesión

Como afirma la Disposición Transitoria Decimotercera del CDFA:

«Las sucesiones por causa de muerte se rigen por la ley vigente en el momento de la apertura de la sucesión».

Por lo tanto, fallecidos ambos cónyuges en 1988 (con tan solo cuatro días de diferencia) el Derecho aplicable a estas cuestiones será el previsto en la Compilación del Derecho civil aragonés.

Con todo, he de advertir que las reflexiones aquí vertidas en poco se verían modificadas de resultar aplicable el Derecho foral vigente, ya que el llamamiento previsto en el párrafo 3 del art. 108 Comp. se mantiene en el art. 419-3 CDFA, lo que propicia la misma solución.

C. La aceptación de la herencia. Ley aplicable.

Los herederos del causante, D. Andrés Avelino, son declarados herederos del mismo, el 16 de abril de 1993, vigente entonces la Compilación. Once años más tarde, el 30 de julio de 2004, proceden a aceptar y disolver parcialmente la comunidad hereditaria, por lo tanto, en el momento de la aceptación está ya vigente la ley de sucesiones.

A esta situación atiende la Disposición Transitoria Decimoséptima del CDFA:

«Las normas de este Código sobre aceptación, repudiación y partición de la herencia se aplican a las realizadas a partir del 23 de abril de 1999, aunque la sucesión se haya abierto antes».

En consecuencia, habiendo sido realizada la aceptación estando vigente la ley de sucesiones, a la misma le es aplicable lo dispuesto sobre esta materia en el CDFA, si bien por lo que respecta a la delación, al producirse esta en 1988 (la muerte del causante), podría ser aplicable el art. 1006 Cc⁵.

No obstante, el art. 354 CDFA, que regula la transmisión del derecho a aceptar o repudiar, recoge en su texto la interpretación que la doctrina y la jurisprudencia ofrecen sobre el art. 1006 Cc., por ello en el discurso que sigue será empleado este precepto; en particular porque nada cambia se aplique el 1006 Cc. o el 354 CDFA.

⁵ Sospechaba yo entonces que el art. 1006 Cc. encajaba mal en la sucesión troncal aragonesa y que ello era debido al sistema sucesorio foral. Creo que así se demuestra por Daniel BELLIDO [«Algunas notas históricas sobre el derecho de transmisión sucesorio de Aragón» *Actas de los Vigesimocuartos encuentros de Foro de Derecho aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2015, págs. 107 a 115] en que afirma que no es necesario aceptar la herencia para ser heredero al contar, de foro, con el beneficio de inventario.

4. DERECHO DE TRANSMISIÓN Y ART. 108-3 COMP.

4.1. *El Derecho de Transmisión. Caracteres y efectos*

A. *Regulación*

En la actualidad, y desde el 23 de abril de 1999, el Derecho civil aragonés regula expresamente la llamada sucesión en el *ius delationis* en el art. 354 CDFA que, como he advertido, es la norma que tendremos en cuenta para discurrir, al no discrepar, y expresar con mayor claridad, la dicción del art. 1006 Cc.

El art. 354 CDFA, *Transmisión del derecho a aceptar o repudiar*, establece:

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

El párrafo 1 alude a la transmisibilidad *mortis causa* del del *ius delationis*, mientras que los párrafos 2 y 3 regulan los efectos del mismo.

B. *Concepto*⁶

En el momento del fallecimiento del causante son llamados todos sus posibles sucesores, ya sea por haberlo dispuesto así el causante, ya sea por mandato

6 Tengo en cuenta en relación al *ius delationis* y al derecho de transmisión los estudios más relevantes en la materia: ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, «La sucesión iure transmissionis» en *ADCA*, Madrid, 1955, págs. 954 y ss.; JORDANO FRAGA, *La sucesión en el «ius delationis»*. Una contribución al estudio de la adquisición sucesoria «mortis causa», ed. Civitas, Madrid, 1996; GARCÍA GARCÍA, José Manuel, *La sucesión por derecho de transmisión* ed. Civitas, Madrid, 1996; 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; BOSCH CAPEDEVILLA, Esteve, «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, 2011, págs. 1527-1534.

de la ley; 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 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 puede considerar adquirida la herencia pero tampoco repudiada, dando así entrada a los mecanismo previstos para evitar la ineficacia (art. 323 CDFA).

La falta de heredero en esta situación está resuelta por el legislador en art. 354 CDFA (al igual que en el 1006 Cc.) estableciendo la transmisión del derecho a aceptar o repudiar la herencia a los herederos de quien fallece sobreviviendo a su causante pero sin haber ejercitado la delación que ya había ingresado en su patrimonio.

Por lo tanto, el legislador aragonés, al igual que el del Código civil (art. 1006) considera que la delación es transmisible *mortis causa* a los herederos del primer llamado, quienes aceptando la herencia de su causante, podrán ejercitar ese *ius delationis* a la herencia a la que estaba llamado su transmitente.

Esta es, en principio, la situación que parece haberse producido en el supuesto objeto de consulta: D. Andrés Avelino, llamado como heredero universal de su esposa premuerta fallece, cuatro días más tarde al óbito de esta, sin haber aceptado o repudiado: ¿dónde está esa delación a la herencia de Dña. Natividad y quién está legitimado para ejercitarla?

Esta respuesta es unívoca en el Derecho del Código civil, pero no lo es en Aragón: los bienes que componen la herencia pueden tener otro destino en función de su origen familiar pudiendo haber sobre ellos una pluralidad de legitimados, lo que exigirá establecer un orden de preferencias.

C. Requisitos para que tenga lugar la transmisión

El derecho de transmisión 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 él tenía a aceptar o repudiar la herencia a la que aquel fue llamado*.

Si sus herederos aceptan la herencia de su transmitente, adquirirán, sin poder evitarlo, *ministerio legis*, el *ius delationis* de su causante; derecho que les permitirá adir la herencia a la que este fue llamado, sin perjuicio del usufructo

vidual que pudiera corresponder, en su caso, a los cónyuges supérstites de los causantes (art. 354-3 CDFA).

El art. 354 CDFA no establece límites a la transmisibilidad de este derecho cuando concurre con otros llamamientos sucesorios como, por ejemplo, sí lo hace el legislador catalán en relación a la sustitución fideicomisaria (art. 426-8 Cc. Cat.), pero no significa que, igualmente, el derecho de transmisión, pueda estar preterido por el peculiar destino de los bienes que componen en Aragón el patrimonio hereditario.

En efecto, el art. 354 CDFA exige para que tenga lugar la transmisión los siguientes requisitos:

1. Que el llamado sobreviva al causante.
2. Que fallezca sin aceptar ni repudiar.
3. Que su llamamiento sea directo y no sujeto a condición (art. 321 CDFA).
4. 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 herederos acepten la herencia de su causante.

En consecuencia, si los transmisarios aceptan la herencia del transmitente, (D. Andrés Avelino) allí hallarán el *ius delationis* a la herencia de Dña. Natividad.

La pregunta que debemos hacernos es si ellos están legitimados para ejercerlo, porque así lo establece el art. 354 CDFA o, si por el contrario, dicha legitimación corresponde a los herederos de Dña. Natividad por aplicación del art. 108-3 Comp.

En definitiva la cuestión es la siguiente: ¿a quién le corresponde la preferencia sobre los bienes de la herencia de Dña. Natividad: a los herederos de D. Andrés Avelino *iure transmissiones* o a los herederos legales de ella por aplicación del art. 108-3 Comp.?

Por lo que luego explicaré, adelanto ya que, a mi juicio, tienen preferencia los herederos del primer causante, Dña. Natividad.

En razón de esta preferencia, a lo que creo, en Aragón, todavía habría que añadir a los anteriores requisitos del art. 354 CDFA (comunes al art. 1006 Cc.), algunos otros más que obedecen a los principios el sistema sucesorio aragonés:

El 5: Que no haya una delación preferente a la herencia del primer causante, como así se establece en los arts. 395-3, 419-3 y 531-2 CDFA.

Ahora bien, ello tampoco es definitivo, todavía hace falta un requisito más, porque la sucesión *iure transmissionis* en estos casos no desaparece, solo se pospone, por ello:

El 6: Que aun habiendo una delación preferente, esta quede ineficaz, bien porque no haya llamados o habiéndolos no acepten el llamamiento y por último:

El 7: que los transmisarios, al ser adquirentes del primer casusante no sean indignos respecto de esta sucesión. Este requisito también es compartido con la regulación del Derecho estatal.

Estos requisitos, en particular el 6, permitirán abordar con solvencia la cuestión referida a los efectos que debe tener la aceptación de la herencia de Dña. Natividad efectuada por los herederos de D. Andrés Avelino, ya que ellos no pierden la legitimación a los bienes de la herencia, tan solo está pospuesta; una vez ejercitada, será válida pero sujeta a resolución, si hubiera herederos de Dña. Natividad que ejercieran la delación.

Para justificar estas afirmaciones, debemos analizar el llamamiento previsto en el art. 108-3 Comp.; su naturaleza y las razones por las que considero que prevalece sobre el derecho de transmisión *ex* art. 354 CDFA.

4.2. El llamamiento a los herederos del cónyuge premuerto: art. 108-3 Comp⁷

A. Antecedentes

El pacto al más viviente, y en concreto este llamamiento sucesorio sobre los bienes heredados y no dispuestos por «el más viviente», se contempló por primera vez en la Compilación aragonesa en el art. 108.3. El Apéndice no lo había regulado, si bien contaba con gran arraigo en la sociedad aragonesa.

En efecto, COSTA⁸ explica los efectos del pacto al más viviente de la siguiente manera: «al fallecimiento de uno de los consortes, y faltando descendencia común de dicho matrimonio, el sobreviviente heredaba en plena propiedad –no en usufructo– los bienes del premuerto, para el caso de fallecer este cónyuge viudo sin haber dispuesto de dichos bienes, los mismos recaían por iguales partes en los herederos de las casas nativas de los cónyuges, es decir, en los parientes de cada uno de los cónyuges».

Igualmente SAPENA⁹ analiza esta institución y explica que se pactaba entre solteros, esto es, los jóvenes que no habían resultado ser herederos de sus pro-

⁷ El llamamiento sucesorio previsto en el ya derogado art. 108-3 Comp. se mantiene en el vigente Código del Derecho foral de Aragón en los arts. 395-3, 419-3 y 531-2, lo dicho para el precepto ya derogado es aplicable a los vigentes, y la misma solución cabría defender de ser aplicable al caso el CDFA.

⁸ COSTA MARTÍNEZ, J. (1981): Joaquín Costa Martínez, *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, reedición facsimilar por Guara editorial, Zaragoza, págs. 232 a 236.

⁹ SAPENA TOMÁS, Joaquín, (1954): «El pacto sucesorio en el Alto Aragón», en *RDP*, págs. 750 a 771, principalmente.

pías casas, añadiendo un pacto de reversión, de manera que los bienes no dispuestos por el más viviente, se devolvieran a los herederos legales del primeramente fallecido.

B. *Naturaleza: estamos ante una sustitución legal preventiva de residuo.*

El párrafo 3 del art. 108.3 Comp., señala que:

3. No habiendo hijos o fallecidos todos antes de llegar a la edad para poder testar, el sobreviviente heredará los bienes del premuerto. En tal caso, fallecido a su vez aquel sin haber dispuesto por cualquier título de tales bienes pasarán los que quedaren a las personas llamadas, en tal momento, a la sucesión del cónyuge primeramente fallecido.

El funcionamiento de esta llamada por algunos devolución sucesoria o pacto de reversión se explica perfectamente ahora en el art.419-3 CDEA, que acoge en su texto las explicaciones doctrinales sobre el 108 Comp., en este sentido dispone que:

«3. 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 este, como herederos suyos y sustitutos de aquel. A falta de estos parientes, tales bienes quedarán integrados en la herencia del sobreviviente».

Para justificar mi afirmación acerca de que este llamamiento se antepone al previsto en el art. 354 CDEA, debe abordarse la naturaleza del mismo.

a) *La doctrina* ha explicado de diversas formas la naturaleza de este llamamiento: se ha dicho de ella que estamos ante una *sustitución fideicomisaria de residuo* prevista legalmente por el legislador (MERINO HERNÁNDEZ¹⁰); otros hablan de una *sucesión especial del cónyuge viudo en cuanto los bienes recibidos del premuerto*, explicándola con diversos matices (SÁNCHEZ RUBIO GARCÍA, GARCÍA-RODEJA FERNÁNDEZ)¹¹ y otros, creo que con mejor criterio, hablan de un mecanismo sucesorio previsto legalmente para la herencia del cónyuge premuerto, como

¹⁰ MERINO HERNÁNDEZ, José Luís, (1983): *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, T. XXXIV, vol. 1º, pág. 264.

¹¹ 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; 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.

sustitución legal preventiva de residuo, que parece que es la explicación que acoge el Derecho vigente, pero que igualmente explica las previsiones del art. 108 Comp¹². Esta es la naturaleza que yo misma he defendido en diversos trabajos¹³.

b) *La jurisprudencia*, por su parte, se ha hecho eco también de estos planteamientos doctrinales y ha configurado este llamamiento sucesorio de diversas formas:

La S. AP de Teruel de 30 de octubre de 1995, expone las diversas posiciones mantenidas:

«Mucho ha discutido la doctrina sobre la revisión que contempla el referido párrafo del art. 108 de la Compilación, comparándola, unas veces, con el fideicomiso de residuo, del que se diferencia por el hecho de tener este siempre un origen voluntario, mientras que aquella es legal, y en que el fideicomisario es heredero desde el mismo momento de la apertura de la sucesión, mientras que en el pacto al más viviente el único llamado a la sucesión del cónyuge que primeramente fallece es el otro cónyuge; otras veces se ha hablado de que se trata de una sustitución preventiva de residuo (utilizando la terminología de la Compilación Catalana) en la que, al igual que en la fideicomisaria, a quien se hereda no es al fiduciario, sino al fideicomitente, de tal manera que se trataría de una sucesión que se abre en un momento posterior a la muerte del causante».

De sustitución fideicomisaria de residuo habla, entre otras, la S. AP de Zaragoza de 4 de mayo de 2005, que afirma:

«la Lsuc. afirma expresamente (en el pacto al más viviente) una modalidad de fideicomiso de residuo, que limita a los parientes del premuerto llamados ahora a su sucesión legal, de modo que en su defecto los bienes que quedaren

¹² 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 (fue uno de los primeros en calificar a esta figura como un caso de sustitución legal preventiva de residuo); 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*, n° 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, n° 2, págs. 113 a 128; SERRANO GARCÍA, José Antonio. (1999): «La sustitución legal» en *Actas de los Novenos Encuentros de Foro de Derecho aragonés*, págs. 88 a 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*, 2000, 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

¹³ BAYOD LÓPEZ, Carmen «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, «La existencia o no de viudedad a favor del cónyuge supérstite del bínubo premuerto sobre los bienes que este 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.

de los heredados del cónyuge premuerto quedan integrados en la herencia del sobreviviente».

El TSJA acoge también para este llamamiento dicha naturaleza (STSJA de 13 de junio de 2007 y 30 de septiembre de 2005).

En definitiva, doctrina y jurisprudencia tratan de explicar este fenómeno sucesorio que, con SERRANO GARCÍA, debe ser calificado como un supuesto de sustitución legal preventiva de residuo (así lo configura el CDFA, siguiendo la previsión del derogado 108 Comp.).

C. Fundamento

Doctrina y jurisprudencia consideran como fundamento de este llamamiento el principio de troncalidad que informa la sucesión aragonesa.

Así lo han afirmado diversas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (29 de enero de 1991, 30 de septiembre de 2005 y 13 de junio de 2007).

La doctrina afirma que más que de principio de troncalidad, «sucesión familiar» o «recuperación familiar» este llamamiento tiene por finalidad evitar que los bienes del premuerto, si el sobreviviente fallece sin haber dispuesto de ellos, sean para los herederos legales de este¹⁴ o como dice el TSJA en la S. de 13 de junio de 2007, al afirmar que este llamamiento «atiende a una finalidad clara: el mantenimiento de los bienes en el seno de la familia de procedencia».

D. Preferencia del llamamiento del art. 108-3 Comp. sobre la sucesión «iure transmissionis»¹⁵

a) *El fundamento en la doctrina del Cc.* Tomando como premisa que este llamamiento responde a la naturaleza de una sustitución preventiva de residuo, podemos afirmar, siguiendo a la mejor doctrina del Código civil¹⁶, que en estos casos

¹⁴ En este sentido, 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, pág. 39.

¹⁵ La doctrina, al igual que el registrador en este caso que dictamino, ha dado por supuesto que debe aplicarse el llamamiento a los herederos legales del primer causante, antes que a los herederos del supérstite, así CALATAYUD SIERRA, Adolfo, «Institución hereditaria recíproca entre cónyuges sin descendientes. El art. 108.3 Comp.: su naturaleza jurídica y efectos en el Derecho interespacial, en RDCA-II, núm. 2, IFC, Zaragoza, 1996, págs. 99 a 111; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, «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.

¹⁶ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, «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; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José A., «La sustitución

cuando el fiduciario (D. Andrés Avelino) fallece sin aceptar ni repudiar la herencia a la que fue llamado, no resulta de aplicación la sucesión *iure transmissionis*, sino que la delación pasa al fideicomisario (los herederos legales de Dña. Natividad), por entender que ambos, fiduciario y fideicomisario son llamados por el causante sucesivamente; el llamamiento del fideicomisario por parte del causante hace que el llamamiento del fiduciario sea personalísimo y por ello intransferible a sus herederos.

Esta es la justificación aportada por la doctrina para desplazar la sucesión *iure transmissionis* y afirmar 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.

Esto es así a juicio de la doctrina del Código civil no solo ante una sustitución fideicomisaria pura sino también en los supuestos de sustitución fideicomisaria de residuo, *si aliquid superit*¹⁷, que equivaldría a este llamamiento previsto en el art. 108-3 Comp.

Obsérvese, por lo que luego se dirá, que en el caso de sustitución fideicomisaria de residuo, tal y como la interpreta la doctrina, 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 testamento¹⁸ puesto que ya está legitimado para heredar los bienes el fideicomisario así designado y sus propios herederos (art. 789 Cc.).

No es esto lo que ocurre en Aragón como ahora veremos, de ahí que estas normas y sus explicaciones deban ser adaptadas a los principios aragoneses.

fideicomisaria de residuo» RDP, marzo, 1975, pp. 171-196; DÍAZ ALABART, Silvia, *El fideicomiso de residuo. Su condicionalidad y límites*, ed. Bosch, Barcelona, 1981; JORDANO FRAGA, *La sucesión en el «ius delationis». Una contribución al estudio de la adquisición sucesoria «mortis causa»*, ed. Civitas, Madrid, 1996; GARCÍA GARCÍA, José Manuel, *La sucesión por derecho de transmisión*, ed. Civitas, Madrid, 1996; 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; CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Sustituciones», en *Curso de Derecho civil (V). Derecho de sucesiones*. Ed. Colex, Madrid, 2013, pp. 203-237.

¹⁷ El TS, a pesar de serios y rigurosos estudios doctrinales, considera que el fideicomiso de residuo en la modalidad *si aliquid superit* 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.

¹⁸ 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 este al fiduciario, transmite su derecho a sus herederos art. 789 Cc., ya que su llamamiento no es condicional. 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.

b) Su trasvase al Derecho aragonés integrándolo con los principios que lo informan: la diversidad de llamamientos en función del origen de los bienes. Estas afirmaciones pueden, a lo que creo, admitirse para el llamamiento previsto en el art. 108-3 Comp. y, por consiguiente, desplazar «eventualmente» la sucesión *iuris transmissionis*, pero no eliminarla.

En efecto, fallecido D. Andrés Avelino sin aceptar ni repudiar la herencia de su esposa, Dña. Natividad, 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*, a los herederos del llamado.

Como ambas delaciones son incompatibles¹⁹, una debe ser preferida a la otra.

La preferente es la prevista en el art. 108-3 Comp. (ahora 419-3 CDFA) y ello en razón de que el legislador afirma que esa hubiera sido la voluntad de la causante, Dña. Natividad, puesto que ella no la ha evitado en su testamento, nombrando un sustituto vulgar o excluyendo el llamamiento legal del art. 108-3 Comp.

Ahora bien, a diferencia de lo que sucede en el Código civil, la delación respecto de los herederos del llamado, D. Andrés Avelino, no desaparece porque la delación *ex* art. 108-3 Comp. solo se antepondrá a la suya a condición de que haya herederos del premuerto que ejerzan positivamente delación, puesto que si no hay herederos del primer causante (de Dña. Natividad) o repudian el llamamiento, o son indignos, esos bienes quedarán integrados en la herencia del transmitente, de D. Andrés Avelino, y sus herederos consolidarán el derecho a la totalidad de los bienes, también a los de Dña. Natividad.

Por ello, a lo que creo, el ejercicio de la delación completa efectuada por los herederos de D. Andrés Avelino no es inválida sino tan solo y, en su caso, ineficaz, pues la misma puede ser resuelta, si los herederos legales de Dña. Natividad reclaman la herencia.

4.3. La respuesta

Con fundamento en todo lo expuesto, cabe afirmar que la delación a la herencia de Dña. Natividad corresponde a los que fueran sus herederos en el momento de la muerte del causante: 14 de diciembre de 1988, si bien ello no elimina el llamamiento que a dichos bienes pudieran tener los herederos de D. Andrés, ya que los sustitutos legales de este debían existir y tener capacidad sucesoria en el momento de su fallecimiento. Para el caso de no existir, la delación,

¹⁹ Obsérvese que en la sustitución fideicomisaria tal y como se regula en el Cc. en este caso solo 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.

que se halla incluida en la herencia de D. Andrés, corresponderá a sus herederos por transmisión del *ius delationis*.

III. EFECTOS SOBRE LA ESCRITURA DE ACEPTACIÓN Y DIVISIÓN PARCIAL DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA

5. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Determinado que los herederos de Dña. Natividad son preferentes en el ejercicio de la delación, nos queda por establecer cómo afecta esta situación a la escritura de aceptación y división otorgada por los herederos de D. Andrés en la que se incluían entre los bienes de la herencia de su causante los bienes provenientes de la herencia de Dña. Natividad.

En concreto se consulta mi opinión acerca de si la aceptación y disolución parcial de la comunidad debe ser considerada nula por infringir norma imperativa o faltar alguno de los elementos del contrato.

5.1. *Respecto a la infracción de normas imperativas*

Es evidente que no hay infracción alguna, las normas que establecen la delación en Aragón no presentan carácter de *ius cogens*, como hemos advertido al exponer el juego de los arts. 108-3 Comp. y 354 CDFA. Además, como he advertido, los herederos de D. Andrés están legitimados para adir la herencia de la causante, si bien hay una delación preferente que de existir y ser ejercitada resolverá su derecho sobre esos bienes.

5.2. *La falta de alguno de los elementos esenciales.*

Podría ser relevante si consideramos que la disolución del consorcio conyugal y en la partición, con adjudicación del bien a una de las coherederas, era necesario el consentimiento unánime de todos los partícipes y es evidente que en este caso no se dio tal concurrencia.

Aun en estos casos, la doctrina del TS es reticente en la aplicación de la nulidad reconduciendo estas situaciones a supuestos de rescisión de la partición²⁰ y tratando de conservar lo hecho favoreciendo así lo dispuesto por los partícipes.

²⁰ Sobre la nulidad y rescisión de la partición: ROBLES LATORRE; Pedro, *La partición convencional y su impugnación*, ed. McGraw-Hill, Madrid, 1996; MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, «Comentario a los arts.

Ahora bien, aun cuando aplicando la normativa del Código civil pudiera haber algún caso en que lo acordado por los herederos de D. Andrés fuera inválido por falta de consentimiento al haber incluido bienes que no eran exclusivamente del causante, a lo que creo no sería esta, desde luego, la solución que se deriva teniendo en cuenta la naturaleza del llamamiento previsto en el art. 108-3 Comp.

6. CONSECUENCIAS Y EFECTOS SOBRE LA ESCRITURA DE ACEPTACIÓN Y DISOLUCIÓN PARCIAL DE LA COMUNIDAD

6.1. *Sobre la aceptación*

La circunstancia de que exista un llamamiento preferente a la delación de la herencia de Dña. Natividad que pudiera ser ejercido por los herederos de esta a la fecha de 14 de diciembre de 1988, en nada afecta a la aceptación de la herencia de su causante, D. Andrés, por sus herederos, lo único que en su caso se verá modificado será el haber hereditario.

Cabe afirmar que a fecha de hoy ni siquiera es ineficaz la aceptación que, *iure transmissionis*, han efectuado los herederos de D. Andrés a la herencia de Dña. Natividad.

En efecto, cuando se produce una aceptación *iure transmissionis* correspondiendo la preferencia en el *ius delationis* a los llamados *ex* art. 108-3 Comp., la misma es válida, pero sujeta a condición resolutoria.

Creo que esto es lo que se deduce de la expresión final de este llamamiento cuando se afirma que: «A falta de estos parientes tales bienes quedarán integrados en la herencia del sobreviviente»²¹.

1051 a 1081 Cc.» en Comentarios al Código civil, 2ª ed. Coordinados por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Thomson-Aranzadi, 2006, pp. 1250-1282; GALICIA AIZPURUA, Gorka, «Comentario a los arts. 1073 a 1081 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 y Thomson Reuters, Navarra, 2011, págs. 1809 a 1838.

²¹ Este inciso no se contenía en el derogado art. 108-3 Comp. y que ahora sí se recoge expresamente en los arts. 395-3, 419-3 y 531-2 CDFA, pero como se afirma por el TSJA de 30 de septiembre de 2005 (Ponente Ilmo. Sr. D. Luís Fernández Álvarez), así se entendía también vigente la Compilación: «Cualquier duda al respecto ha quedado despejada con la actual Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte (que no es de aplicación al conflicto que ahora se dilucida), la cual establece en el inciso final del artículo 216.2 que a falta de parientes del cónyuge pre-muerto, los bienes del cónyuge primeramente fallecido «quedarán integrados en la herencia del sobreviviente»; dicha regulación no supone un cambio normativo, sino que se limita a consignar de forma expresa lo que antes se hallaba implícito y exigía una labor de interpretación; entender lo contrario supondría atribuir al mentado párrafo una alteración de fondo importante, y de ser así se habría aludido a ella en el apartado IX del Preámbulo de la mentada Ley 1/1999, relativo a la «sucesión legal».

Como afirma el profesor SERRANO GARCÍA²² 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».

En efecto, en Aragón, a diferencia de lo que acontece en el Código civil, en relación con la sustituciones fideicomisarias, nos encontramos ante una doble legitimación para ejercer una única delación en los llamamientos que hemos calificado como sustitución legal preventiva de residuo, lo que provoca que haya que decidir sobre la preferencia de uno sobre otro, pero ello no elimina la posibilidad de ejercicio de la delación por parte de los llamados *iure transmissionis*, y que hace, para cuando la ejercen anteponiéndose a los que tienen mejor derecho, los sustitutos, que pueda resolverse el ejercicio de su delación debiendo reintegrar los bienes, entre tanto poseídos por los herederos *iure transmissionis*, si así lo solicitan los referidos sustitutos legales.

6.2. *Sobre la disolución parcial*

Como acabo de afirmar, la aceptación de la herencia *iure transmissionis* por los herederos de D. Andrés Avelino no es inválida, si bien puede llegar a ser ineficaz.

Mientras no lo sea, todo lo actuado en base a ella es válido y eficaz y podrá ser irresoluble bien por el paso del tiempo, si estos herederos hubieran poseído en concepto de dueño el tiempo previsto por la ley (art. 1957 Cc.); bien porque nunca hubo sustitutos o bien porque habiéndolos repudian el llamamiento.

La ineficacia solo puede reclamarla quién esté legitimado para ello, que son los herederos legales de Dña. Natividad *ex* art. 108-3 Comp. pero no, a lo que creo, uno de los partícipes que no se ha visto perturbado en la posesión y nadie le ha discutido su derecho²³.

²² 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, pág. 38.

²³ Obsérvese que desde que se abre la herencia de D. Andrés Avelino han transcurrido casi veintiséis años sin que durante este tiempo haya habido reclamación por parte de los herederos de Dña. Natividad.

En el caso de que los herederos legales de Dña. Natividad reclamen la herencia de esta, los herederos de D. Andrés, que hasta entonces han estado poseyendo los bienes, deberán restituirlos²⁴.

IV. CONCLUSIONES

Apreciados todos los expuestos argumentos y posibles soluciones, concreto mi parecer en cuanto al supuesto sometido a mi consideración en afirmar que:

- 1º Muerto el causante, D. Andrés Avelino, sin aceptar ni repudiar el llamamiento sucesorio hecho por su esposa, Dña. Natividad, en el testamento mancomunado que ambos otorgaron el 11 de septiembre de 1995, corresponde afirmar que tienen preferencia en el ejercicio de la delación a la misma los herederos legales del cónyuge premuerto en aplicación del art. 108-3 Comp. sobre los herederos *iure transmissionis* de D. Andrés Avelino, pretiriendo así la delación de los herederos del causante.
- 2º Respecto de las consecuencias de esta afirmación en relación a la escritura de aceptación y disolución parcial de la comunidad otorgada el 30 de julio de 2004 realizada por los herederos de D. Andrés Avelino aceptando la herencia de su causante y ejercitando la delación a la herencia de Dña. Natividad, cabe afirmar que la misma no es inválida, en razón de que el llamamiento contenido en el art. 108-3 Comp. configura esta sustitución como sujeta a condición, suspensiva para los llamados a ella que ya existan (los herederos de Dña. Natividad) y resolutoria para los herederos del sobreviviente (D. Andrés Avelino) que, en cuanto se cumpla la condición, tendrán que restituir los bienes objeto de posesión a los sustitutos.

Este es mi parecer, que someto a cualquier otro mejor fundado.

²⁴ Así lo afirma SERRANO GARCÍA, José Antonio, «La sustitución legal preventiva de residuo: declaración de herederos legales y troncalidad (comentario de un caso de pacto al más viviente)» en *RDCA-VI*, núm. 1, ed. IFC, Zaragoza, 2000, págs. 203-236.