

La liquidación de la herencia
en el Código Civil español.
Especial referencia a las deudas
sucesorias desconocidas
o sobrevenidas

MÓNICA GARCÍA GOLDAR
PRÓLOGO: MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO



Derecho Privado

LA LIQUIDACIÓN DE LA HERENCIA EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.
ESPECIAL REFERENCIA A LAS DEUDAS SUCESORIAS
DESCONOCIDAS O SOBREVENIDAS

COLECCIÓN DE DERECHO PRIVADO

Director

Antonio Manuel Morales Moreno

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid,
académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

Consejo Asesor

Antonio Pau Pedrón, doctor de la Universidad Autónoma de Madrid, notario, registrador de la propiedad y abogado del Estado.

José Miguel Embid Irujo, catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia.

María Paz García Rubio, catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela.

Nieves Fenoy Picón, profesora titular de Derecho Civil (acreditada como Catedrática de Universidad) de la Universidad Autónoma de Madrid.

**LA LIQUIDACIÓN DE LA HERENCIA
EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.
ESPECIAL REFERENCIA A LAS DEUDAS
SUCESORIAS DESCONOCIDAS
O SOBREVENIDAS**

MÓNICA GARCÍA GOLDAR



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2019

El presente trabajo fue realizado en el marco de las actividades del Proyecto I+D «Sucesiones Internacionales. El Reglamento 650/2012 y su interacción con el Derecho Civil nacional» (DER2013-13391-R). IP Profs. Santiago Álvarez González y María Paz García Rubio.



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

© Mónica García Goldar
© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

<http://cpage.mpr.gob.es>

NIPO: 043-19-126-3 (edición en papel)
043-19-127-9 (edición en línea, PDF)
043-19-128-4 (edición en línea, ePub)
ISBN: 978-84-340-2562-2
Depósito legal: M-21476-2019

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

A mis padres

ÍNDICE

PRÓLOGO	19
ABREVIATURAS	27
INTRODUCCIÓN	29
CAPÍTULO I. LA SUCESIÓN <i>MORTIS CAUSA</i> Y EL RECURSO A LA PLANIFICACIÓN TESTAMENTARIA	33
1. El fenómeno sucesorio	33
1.1 Introducción	33
1.2 La problemática subtipología de la sucesión <i>mortis causa</i>	37
1.3 Propuesta de definición de sucesión <i>mortis causa</i>	39
1.4 Fundamento de la sucesión <i>mortis causa</i>	41
1.5 La sucesión <i>mortis causa</i> : negocio jurídico ¿gratuito?	44
1.6 Elementos del fenómeno sucesorio. La muerte como causa ..	47
1.7 Elementos subjetivos de la sucesión	53
1.7.1 La multiplicidad de actores que pueden intervenir en el proceso sucesorio	53
1.7.2 Sujetos de participación procedimental. La reciente desjudicialización en materia sucesoria	54
1.7.3 Los sujetos naturales	58
1.7.3.1 El causante	58
1.7.3.2 Los sucesores	60

	Páginas
1.8 El objeto de la sucesión <i>mortis causa</i>	74
1.8.1 Introducción: la importancia del patrimonio	74
1.8.2 El concepto de herencia	78
1.8.3 La transmisibilidad de las relaciones jurídicas	82
1.8.4 El activo sucesorio	86
1.8.4.1 El activo patrimonial	86
1.8.4.2 El activo extrapatrimonial	93
1.8.4.3 El activo <i>sui generis</i> : el patrimonio virtual ..	98
1.8.5 El pasivo sucesorio	102
2. El recurso a la planificación testamentaria para proteger a sucesores o acreedores	108
2.1 Introducción: la voluntad testamentaria	108
2.2 Recursos testamentarios para proteger a los sucesores	118
2.2.1 Institución en usufructo	118
2.2.2 Institución condicional de heredero con aceptación a beneficio de inventario	122
2.2.3 Nombramiento de albacea y legado de residuo	127
2.2.4 Distribución de toda la herencia en legados	133
2.2.5 Legado de alimentos o legado de usufructo	136
2.3 Recursos para proteger a los acreedores	139
2.3.1 Legado de pago a acreedores	139
2.3.2 Institución de herederos a acreedores	143
2.4 Los pactos sucesorios, si fueran admisibles en el Código Civil	145
CAPÍTULO II. LA HERENCIA YACENTE	149
1. Introducción: a vueltas con el sistema de adquisición de la herencia ..	149
1.1 Nuestra postura o una apuesta interesada por el sistema germánico	157
2. La controvertida naturaleza jurídica de la herencia yacente	161

	Páginas
3. De la multitud de situaciones que originan yacencia hereditaria	164
4. Herencia yacente o la caja de Pandora sucesoria	167
4.1 Reconocimiento legal de la herencia yacente: debate sobre la conveniencia de su existencia	167
4.2 La administración de la herencia yacente	170
4.3 Herencia yacente y prescripción	174
4.4 Capacidad procesal y capacidad para ser parte de la herencia yacente	178
4.5 Cuando los llamados son desconocidos o están ausentes: cita- ción por edictos y repercusión registral	183
4.6 Propuestas de <i>lege ferenda</i>	187
5. Recursos de los acreedores ante la situación de herencia yacente ...	189
5.1 La denominada <i>interrogatio in iure</i>	189
5.2 La intervención judicial de la herencia yacente	193
6. El pago y cobro de deudas mientras la herencia está yacente	198
7. Recurso ambivalente para acreedores y llamados: el concurso de he- rencia	201
7.1 Los presupuestos del concurso de herencia (I): especial refe- rencia a la imposibilidad de declarar el concurso de herencia cuando esta se acepta pura y simplemente	202
7.2 Los presupuestos del concurso de herencia (II): sobre la exi- gencia de la declaración de beneficio de inventario cuando concurren varios coherederos y el conflicto de normas con- cursales y del beneficio de inventario	204
7.3 Legitimados para solicitar la declaración de concurso de he- rencia	208
7.4 Efectos	211
CAPÍTULO III. LOS SUCESORES	213
1. La adquisición automática del <i>ius delationis</i>	213
2. Presupuestos y características comunes a la aceptación y a la repu- diación	226

	Páginas
3. El ejercicio del <i>ius delationis</i> en sentido positivo: la aceptación	232
3.1 La aceptación tácita: prueba y naturaleza negocial	237
3.2 El listado de actuaciones que implican aceptación tácita <i>ex ar-</i> tículo 1000 CC: el problema de la renuncia traslativa	242
3.3 Efectos de la aceptación	245
3.4 Responsabilidad por deudas sucesorias en caso de venta de herencia	246
4. El ejercicio del <i>ius delationis</i> en sentido negativo: la repudiación ..	249
4.1 Debate sobre la controvertida naturaleza jurídica de la institu- ción: ¿hay renuncia, repudiación, o ambas?	250
4.2 La especial exigencia de forma para la repudiación	255
4.3 Efectos de la repudiación	257
4.4 La falacia de la retroacción de efectos en la repudiación	261
5. Recursos de protección del legatario	266
CAPÍTULO IV. LOS ACREEDORES	271
1. Introducción	271
2. Los acreedores hereditarios y la separación de patrimonios	271
3. Los acreedores personales del heredero y la acción subrogatoria	281
4. El posible ejercicio a la acción pauliana para impugnar una acepta- ción de herencia perjudicial	283
4.1 Introducción: presupuestos y efectos	283
4.2 Los acreedores del causante	289
4.3 Los acreedores del heredero aceptante	291
5. Los acreedores del repudiante: la acción del artículo 1001 CC	294
5.1 La controvertida naturaleza jurídica de la acción del 1001 CC ..	295
5.1.1 La teoría de la acción pauliana	295
5.1.2 Teoría de la acción subrogatoria	297

	Páginas
5.1.3 Teoría de la acción mixta	298
5.1.4 Nuestra opinión al respecto: acción <i>ad hoc</i>	299
5.2 Presupuestos de la acción del 1001 CC	299
5.2.1 Que exista verdadera repudiación	300
5.2.2 El perjuicio a acreedores	301
5.2.3 Autorización para aceptación en su nombre	303
5.3 Efectos o consecuencias del ejercicio de la acción del 1001 CC ..	308
5.4 Otras cuestiones sobre la acción del 1001 CC	310
5.5 La acción del 1001 CC no pueden ejercerla los acreedores del legatario	311
CAPÍTULO V. LA RESPONSABILIDAD DEL HEREDERO POR DEUDAS EN GENERAL	315
1. Introducción: análisis comparado de la responsabilidad del heredero por deudas	315
2. Los sistemas de sucesión en los bienes	316
2.1 La liquidación del pasivo hereditario en <i>common law</i>	316
2.1.1 La existencia necesaria de un representante del difunto ..	318
2.1.2 La liquidación de la herencia como una de las funciones principales del <i>personal representative</i>	321
2.1.3 Reacciones de la doctrina continental al sistema de liquidación del <i>common law</i>	325
2.2 El sistema germánico	327
3. Los sistemas de sucesión en la persona	330
3.1 El Código Civil español: antes y después de la tesis de Peña ..	332
3.2 Valoración personal	336
4. Régimen de responsabilidad por deudas	337
4.1 La regla general del artículo 1003 CC	337
4.1.1 Los herederos como únicos responsables	337
4.1.2 «Todas las cargas de la herencia»	338

	Páginas
4.2 La comunidad hereditaria	342
4.2.1 Introducción: la partición	342
4.2.2 La responsabilidad por deudas cuando hay comunidad hereditaria	346
4.2.2.1 Introducción: perspectiva comparada	346
4.2.2.2 El régimen del Código Civil: vertiente externa ..	350
4.2.2.3 La acción de regreso: vertiente interna	354
4.2.2.4 La distribución de las deudas por el testador o la adjudicación	355
4.2.2.5 La responsabilidad de los coherederos por legados	357
4.2.2.6 El coheredero acreedor de la herencia	358
4.2.2.7 El coheredero deudor de la herencia	359
4.2.2.8 Crítica a la liquidación de la comunidad hereditaria	360
4.2.2.9 La comunidad hereditaria y el beneficio de inventario	361
CAPÍTULO VI. EL BENEFICIO DE INVENTARIO	367
1. Introducción	367
2. Instituciones próximas al beneficio de inventario	369
2.1 El derecho de deliberar	369
2.2 Los supuestos de limitación <i>ex lege</i>	372
2.2.1 Supuestos de herencia aceptada a beneficio de inventario	372
2.2.2 Supuestos de responsabilidad limitada <i>intra vires</i> por una deuda concreta	374
2.2.3 Supuestos de responsabilidad limitada atípica	377
3. Los presupuestos del beneficio de inventario	378
3.1 La declaración de hacer uso del beneficio de inventario	378
3.1.1 La forma notarial	379

	Páginas
3.1.2 El beneficio de inventario como negocio jurídico diferente a la aceptación	380
3.1.3 Plazos para realizar la declaración ante notario	382
3.1.3.1 El llamado poseedor	382
3.1.3.2 El llamado no poseedor	384
3.1.3.3 Valoración de los plazos y de la reforma operada por la LJV	386
3.1.4 La formación de un inventario fiel y exacto	390
4. El procedimiento del beneficio de inventario	397
4.1 Competencia y documentación requerida	397
4.2 Aceptación y citación de acreedores y legatarios	398
4.3 Inicio del inventario: contenido activo y pasivo	403
4.4 Conclusión del inventario y posible prórroga	406
5. Consecuencias y efectos del beneficio de inventario	407
5.1 Limitación <i>intra vires</i> de la responsabilidad por deudas hereditarias	407
5.2 Conservación de todas las acciones y no confusión de patrimonios	411
5.3 Adquisición del remanente	411
6. Administración y liquidación de la herencia beneficiaria	412
6.1 El administrador	413
6.2 Derechos y obligaciones del administrador	414
6.3 Orden de pagos a acreedores y legatarios	416
6.4 Las deudas inciertas y no vencidas	419
6.5 Las deudas sobrevenidas o desconocidas	420
7. La limitación de la responsabilidad desde una perspectiva comparada	422
7.1 La liquidación beneficiaria en Italia	422

	Páginas
7.2 La liquidación beneficiaria en Francia	428
7.3 La liquidación beneficiaria en Alemania	430
7.4 Valoración personal	431
CAPÍTULO VII. LAS DEUDAS SUCESORIAS DESCONOCIDAS O SOBREVENIDAS	433
1. Introducción: la posibilidad de que los herederos se encuentren con deudas desconocidas o sobrevenidas tras la aceptación	433
2. Las obligaciones contractuales ocultas: la fianza del causante desconocida por el heredero	437
2.1 Introducción	437
2.2 Problemas que surgen cuando el causante era fiador	440
2.3 La transmisibilidad de la fianza	442
3. Deudas nacidas de la responsabilidad civil	448
3.1 Introducción	448
3.2 La responsabilidad civil por delitos o por actos y omisiones en que interviene culpa o negligencia	450
3.3 Elementos de la responsabilidad civil extracontractual	451
4. La responsabilidad legal: los casos de las deudas fiscales y los deberes del administrador de sociedad	457
4.1 Introducción: deudas y multas fiscales	457
4.2 La responsabilidad legal de los administradores de sociedades	460
5. Trascendencia práctica de las deudas ocultas	465
5.1 El impuesto de sucesiones: especial referencia al caso de la fianza	465
5.2 Repercusiones de las deudas ocultas en el pago de la legítima	469
5.2.1 La legítima: concepto y determinación	469

	Páginas
5.2.2 Reducción de la legítima: posible recurso a la acción del pago de lo indebido	474
5.2.3 Vía directa de reclamación del acreedor al legitimario	477
5.2.3.1 El pago de legítima <i>in natura</i> : reconocimiento de acción directa	477
5.2.3.2 El pago de legítima <i>ad valorem</i> : ¿acción directa de enriquecimiento sin causa?	478
5.2.3.3 En cualquier caso, posibilidad de recurso a la acción subrogatoria tanto si la legítima es <i>pars bonorum</i> como si es <i>pars valoris</i>	480
5.3 Relevancia de las deudas ocultas en relación con los intereses debidos	481
6. Soluciones legislativas para las deudas «ocultas»: perspectiva histórica y comparada	482
6.1 Derecho romano	482
6.2 <i>Common law</i>	483
6.3 Solución <i>ad hoc</i> en sistemas de responsabilidad <i>ultra vires</i> del Código Civil francés y neerlandés	486
6.4 Solución genérica del legislador catalán: el beneficio de inventario flexibilizado	492
7. Soluciones posibles dentro del Código Civil español para las deudas ocultas	497
7.1 <i>De lege lata</i> : la impugnación por error de la aceptación	497
7.2 <i>De lege ferenda</i> (I): la flexibilización del beneficio de inventario ..	509
7.3 <i>De lege ferenda</i> (II): la limitación de la responsabilidad <i>ex lege</i>	512
8. Al hilo del debate: cuestionamiento del principio de la responsabilidad <i>ultra vires</i>	517
8.1 La colisión del principio de responsabilidad <i>ultra vires</i> con el de intransmisibilidad <i>inter vivos</i> de deudas sin previo consentimiento del acreedor	518

■ LA LIQUIDACIÓN DE LA HERENCIA EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL...

	<u>Páginas</u>
8.2 La (des)actualizada fundamentación del principio de responsabilidad <i>ultra vires</i>	520
8.3 Movimiento revisionista	526
9. Recapitulación final	530
BIBLIOGRAFÍA	533

PRÓLOGO

La fuerte crisis económica que hemos atravesado en los últimos años ha tenido honda repercusión en todos los aspectos relacionados con el patrimonio de las personas; la sucesión *mortis causa* no ha sido, en modo alguno, una excepción.

Visto desde la perspectiva de un hipotético causante, han sido muchos quienes han experimentado un incremento de sus deudas y una disminución de su activo patrimonial. Esta circunstancia se ha visto a veces agravada por la especial vulnerabilidad de los afectados, lo que ha sido relativamente frecuente en personas de edad avanzada, en muchas ocasiones también preocupados por la precaria situación de sus hijos, a quienes tampoco les resultaban ajenos los problemas económicos; de hecho, han sido relativamente frecuentes los casos en los que los futuros causantes se han visto involucrados en deudas de familiares, amigos o allegados, con repercusiones directas en su propia solvencia patrimonial.

Desde el lado del llamado a la sucesión la perspectiva no ha sido más halagüeña. Por señalar únicamente alguna de las hipótesis más habituales, la crisis ha aumentado los casos de transmisión *mortis causa* tanto de inmuebles hipotecados, como de deudas derivadas de garantías personales en su día otorgadas por el causante de la sucesión y, en general, de patrimonios cuyo pasivo superaba al activo en el momento de la muerte del causante, aunque ello se descubriese en un tiempo posterior. A todo lo anterior hay que añadir que la crisis supuso una desvalorización generalizada del mercado inmobiliario, con las consiguientes repercusiones negativas en caso de ejecución o transmisión onerosa por parte de los sucesores que pretendían satisfacer las deudas hereditarias con el importe obtenido. Por todo ello, poco puede sorprender que, según se ha informado de modo recurrente en diversas publicaciones y desde distintas fuentes, el número de herencias dañosas y, consecuentemente, de repudiaciones, haya aumentado en los últimos años de modo muy significativo. Tampoco ha ayudado el régimen fiscal de la sucesión por causa de muerte,

pues el tratamiento por parte de algunas Comunidades Autónomas, sobre todo cuando los sucesores son colaterales o extraños, ha hecho que se piense en la repudiación incluso en supuestos en los que la herencia no es técnicamente dañosa; por poner solo un ejemplo relativamente usual, aunque los inmuebles valgan objetivamente más que la deuda tributaria, esta hay que pagarla en un plazo limitado y el inmueble no siempre puede ser objeto de una venta inmediata o suficientemente rápida como para atender tempestivamente al pago.

Pues bien, según nuestro ordenamiento jurídico a la realidad descrita se ha de aplicar una normativa de liquidación de deudas hereditarias que, al menos en el ámbito estatal, cabe calificar, como poco, de compleja, poco sistematizada y bastante oscura; con reglas que, sobremanera, se hallan dispersas en varios cuerpos legales distintos, pues a las que están en el Código civil han de añadirse los preceptos contenidos en la Ley de Enjuiciamiento civil y en la Ley Concursal; por si fuera poco, a todo lo anterior debemos sumar las importantes y recientes modificaciones operadas por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, así como el propio contenido de esta, que también afecta de manera decisiva a las cuestiones sucesorias.

Sabido es que, con la importante excepción de Peña y Bernaldo de Quirós, a quien sigue un sector minoritario de la doctrina, entre quienes me encuentro, la tesis mayoritaria en nuestra literatura jurídica es que en el sistema del Código civil español se produce la responsabilidad *ultra vires* de los herederos, salvo que se utilice el beneficio de inventario. Es cierto que, en principio, esta institución se destina a proteger tanto a los herederos como a los acreedores hereditarios, con lo que pudiera parecer que la aceptación beneficiaria es la solución idónea para atender a la mayoría de los problemas apuntados más arriba; pero lo cierto es que, incluso con las mejoras introducidas en por la citada Ley de Jurisdicción Voluntaria, el trámite del beneficio de inventario sigue teniendo todavía muchos inconvenientes para los herederos y para los acreedores.

La situación es un poco distinta en algunas Comunidades Autónomas con competencias civiles, que poseen una legislación algo más flexible. A título de ejemplo, aunque la liquidación de las deudas sucesorias no tenga una regulación *ad hoc* en el Derecho civil gallego, lo cierto es que las posibilidades que ofrece este ordenamiento, sobre todo a partir de la Ley de Derecho Civil de Galicia de 2006, pueden actuar de modo preventivo y ayudar a paliar algunos de los efectos más perversos del rígido régimen de liquidación del Código civil. En otros casos, la existencia de una normativa propia sobre la materia, destinada a facilitar el trámite del beneficio de inventario, como sucede en el Código civil de Cataluña, o a establecer directamente la responsabilidad limi-

tada por las deudas sucesorias, como hacen el Fuero Nuevo de Navarra, el Código de Derecho Foral de Aragón y, más recientemente, La Ley de Derecho Civil del País Vasco de 2015, permite también buscar soluciones aparentemente más adaptadas a la realidad actual; no obstante, tampoco puede decirse, ni mucho menos, que en estos ordenamientos todos los problemas planteados estén perfectamente resueltos.

A mayor abundamiento, no se deben olvidar las cada vez más frecuentes sucesiones internacionales; aunque es cierto que el Reglamento (UE) 650/2012, *relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo*, no se ocupa del tema de la liquidación de las deudas hereditarias de modo directo, sí muestra su preocupación por el tema, por ejemplo, en el Considerando n.º 7 cuando dice, «Es preciso garantizar de manera eficaz los derechos de los herederos y legatarios y de las personas próximas al causante, así como de los acreedores de la herencia» (cf. también los Considerandos 44, 45, 46, 56, y 80, así como los artículos 23.2 f, 29 y 33).

A profundizar en la temática descrita se destina el libro que presento en estas páginas y al que su autora, la doctora Mónica García Goldar, ha dedicado unos cuantos años de trabajo investigador; años que, siendo los primeros, son con bastante frecuencia los más concienzudos y provechosos para quien investiga y para el objeto de su investigación.

El Derecho de Sucesiones ha sido tradicionalmente considerado un sector del ordenamiento jurídico especialmente complejo; su carácter eminentemente técnico y su necesaria relación con todas las demás partes del Derecho Civil, a las que también hay que añadir ahora el Derecho Fiscal y el Derecho Internacional Privado, justifica sobradamente aquella consideración. De ahí nace el primer mérito de este libro, de la valentía de su autora al introducirse en la parte probablemente más espinosa del Derecho Civil, y de hacerlo además con un tema que, con seguridad, es difícil entre los difíciles, cual es el de la liquidación de la sucesión en escenarios de crisis económica, como los ya señalados. El segundo mérito está, sin vacilación, en el resultado: la autora ha escrito un texto exhaustivo en los temas tratados, concienzudo en las fuentes utilizadas y original en muchos de los resultados ofrecidos. En consecuencia, tengo que decir, sin asomo de duda, que se trata de un libro que aborda problemas nuevos, aporta soluciones argumentadas y obliga al lector a pensar sobre lo que está leyendo; por todo ello, y a diferencia de lo que sucede con mucha de la literatura jurídica actual, es un libro que merece ser leído con pausa y de manera reflexiva.

En fin, si la labor del prologuista consiste en presentar a la autora y a la obra, tal vez debería terminar aquí este que ahora escribo. Sin embargo, aunque ni puedo ni debo entrar en todos los temas que se abordan en las densas páginas que siguen, sí me gustaría hacer unos breves apuntes sobre dos de los asuntos que me parecen más originales y, precisamente por ello, merecedores de especial consideración, entre los muchos que se tratan en el libro. Me refiero al capítulo sobre la herencia yacente y al destinado a las deudas ocultas en el momento de la aceptación o sobrevenidas a esta; el primero analiza un institución clásica con nuevos ojos y nuevas ideas; el segundo, sin ser estrictamente novedoso, es un tema muy poco tratado por los especialistas tradicionales en Derecho de Sucesiones, pero que ha adquirido una especial relevancia en situaciones de crisis económica, lo que explica que algunos ordenamientos comparados, como el francés o en el neerlandés, le hayan destinado normas *ad hoc*.

La herencia yacente es una institución de raigambre romana destinada a atender al hiato que se produce entre la muerte del causante y la efectiva aceptación por parte de los herederos en los sistemas de adquisición de la herencia por aceptación, entre los que, no sin cierta controversia doctrinal, se suele situar al Código Civil español. La autora del libro se pronuncia sobre la cuestión señalando que, según su criterio, nuestro Código establece «un sistema de adquisición semiautomático que en una primera fase es provisional y requiere de un evento confirmatorio posterior», de suerte que, en su opinión, «la única diferencia trascendental con el sistema germánico convencional vendría dada por el excesivo plazo en el que la adquisición se encontraría en estado provisional». Reconoce, no obstante, que esta interpretación, que justifica por razones tanto teóricas como prácticas, no es ni la sustentada por la doctrina, ni la que sigue nuestra jurisprudencia ni la que se deriva de varias normas procesales o tributarias, razón por la cual se detiene en el análisis de la herencia yacente, que caracteriza, sobre todo, por su provisionalidad y su indeterminación. Denuncia la autora el déficit normativo existente en la materia, con mención especial para la situación de desprotección de los acreedores ante situaciones de yacencia en las que no existe administración de la herencia; estudia también los problemas que plantea la prescripción extintiva en contra de la herencia yacente, muy especialmente en relación con el *dies a quo*, y que se han acrecentado tras el acortamiento del plazo general de prescripción producido en 2015; asimismo, aborda las nada sencillas cuestiones procesales que se plantean a raíz del reconocimiento en el artículo 6.4 LEC de la capacidad para ser parte de las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular, las cuales según el artículo 7.5 LEC comparecerán en juicio por medio de quienes, conforme a la ley, las administren; lo cierto es que la práctica muestra que

ese administrador muchas veces no existe, provocando situaciones indeseables que la autora considera evitables a través del nombramiento de un administrador *ad hoc* por parte de la autoridad judicial y ofreciendo otras soluciones al hilo de casos concretos derivados de la práctica judicial con cuyas decisiones la Dra. García Goldar se muestra, no pocas veces, bastante crítica. Tras explorar también las repercusiones registrales de la figura, la autora se arriesga a realizar algunas propuestas de *lege ferenda* que ayudarían a corregir lo que considera la «anómala situación» de la herencia yacente.

Por mi parte, no puedo sino coincidir con ella en la idea de que dejar que los múltiples problemas que esta situación plantea se vayan resolviendo por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y las decisiones de la Dirección General de Registros y Notariado, como se hace ahora a golpe de caso concreto, no parece lo más acorde con el principio de seguridad jurídica. Entre las otras alternativas que la autora plantea, esto es, (i) la imposición por parte del juez de la *interpellatio in iure* para evitar la situación de yacencia, (ii) la modificación legislativa que claramente establezca un sistema de adquisición automática de la herencia y finalmente (iii) el establecimiento por ley de la obligatoriedad del nombramiento de un administrador de la herencia yacente, efectuado por la autoridad judicial cuando sea necesario, me parece que esta última es la más prudente y equilibrada; esta solución puede arbitrarse a través del procedimiento de intervención judicial de la herencia previsto en los arts. 791 y ss. LEC si bien es conveniente que su contenido sea revisado y adecuadamente modificado para cubrir todas las exigencias que plantea la situación. Llamo también la atención del interesado sobre las páginas que el libro destina al concurso de herencia, donde la autora suscita problemas de colisión normativa entre el Código civil y la Ley Concursal, aporta propuestas de solución y en algún caso de reformas legislativas, mostrando una vez más la utilidad de su investigación.

Pero, sin duda, la parte más original y probablemente más práctica de este libro es la que conforma su último capítulo destinado a las deudas que eran ocultas para el heredero o herederos en el momento de aceptar o que, aun formando parte de la herencia, son sobrevenidas a la aceptación. Se trata de deudas de difícil o imposible detección antes de la aceptación, cuya existencia es hoy mucho más probable que en otras épocas por la complejidad del tráfico económico actual. En el libro se analizan algunas de las hipótesis más frecuentes de este tipo de deudas, sobre todas las cuales se citan decisiones judiciales que han puesto de manifiesto los problemas que plantean. En concreto la autora menciona la hipótesis, ya apuntada, de deudas derivadas de relaciones de fianza o similares que había prestado en su día el causante y que el heredero desconocía en

el momento de aceptar; también estudia las deudas nacidas de la responsabilidad civil del causante, cuando esta nace de una acción u omisión o de un riesgo que se produjeron en vida este, pero cuya determinación es posterior a su muerte y a la aceptación de la herencia por sus herederos, bien sea porque el daño no se manifiesta hasta después de ese momento, bien porque la declaración o el reconocimiento definitivos de la obligación de indemnizar también es posterior a esa fecha; asimismo se abordan los problemas suscitados por las deudas fiscales que, siendo del causante, no se reclaman hasta después de su muerte, así como los derivados de reclamaciones de responsabilidad de quien fue en vida administrador de una sociedad de capital, responsabilidad derivada de su condición de tal, y que igualmente se producen después de fallecido este y sin previo conocimiento de su existencia por parte de los sucesores.

Todos los casos mencionados tienen matices que los diferencian desde el punto de vista normativo, pero en todos ellos subyace un problema común, cual es el de concretar los mecanismos de los que dispone el heredero o herederos que han aceptado una herencia pura y simplemente, sin conocimiento de la existencia de estas deudas por las que se ven sorprendidos y de las que sobrevenidamente son responsables por su condición de herederos de su titular primigenio. Sin olvidar otras aristas del asunto, como su repercusión en la legítima, la autora trata de hallar respuestas que, en el marco del Código civil español, satisfagan a ese heredero o herederos sorprendidos, sin que ello conlleve un injusto tratamiento de los acreedores implicados. Tras bucear en el Derecho comparado y sin omitir las herramientas de las que disponen los Derechos civiles autonómicos, analiza la posible impugnación de la aceptación del heredero por error, opción que Códigos bien cercanos al nuestro no permiten, pero que no se puede considerar totalmente desechada en el caso del español; no obstante, aunque se admita, como la autora hace, la impugnabilidad por error de la aceptación (por tanto, de un acto unilateral, lo que le obliga a realizar un considerable esfuerzo de adaptación de las normas existentes sobre esta figura, pensadas básicamente para relaciones contractuales), esta solución no parece demasiado útil, toda vez que con muy alta probabilidad, conllevaría la repudiación ulterior de la herencia por parte del llamado y la consiguiente pérdida de su condición de heredero.

Precisamente por ello parecen más adecuadas otras posibles respuestas legales, acertadamente expuestas en el libro, y que podrían consistir en: (i) una nueva regulación del beneficio de inventario que lo haga más flexible y sencillo, siguiendo más o menos el modelo del Código civil de Cataluña, (ii) una regulación *ad hoc* de esta cuestión, posibilitando la limitación de la responsabilidad del heredero por las deudas ocultas o sobrevenidas, al modo francés u holan-

dés, (iii) la modificación del sistema general de responsabilidad *ultra vires* del vigente Código civil, sustituyéndolo por uno de responsabilidad limitada al activo hereditario para todo tipo de deudas, como permiten en nuestro Derecho los legisladores navarro, aragonés y vasco, y como parece ser la tendencia general entre los Códigos civiles de nueva factura o recientemente modificados. Esta última es la solución preferida por la Dra. García Goldar, que no la adopta de modo gratuito, sino tras un exhaustivo análisis de los inconvenientes del sistema de responsabilidad ilimitada, de su relativa obsolescencia y de las cada vez más numerosas opiniones expertas que también la prefieren. Aunque, esta opción rupturista con nuestra tradición parece técnicamente la más sencilla, mi opinión es que con el régimen vigente adecuadamente interpretado, la pertinente revisión de las normas reguladoras del beneficio de inventario y, de verse necesario, el complemento que representa la introducción de una norma singular similar a la francesa o a la holandesa, quedaría igualmente solventado para el heredero el problema de las deudas ocultas o sobrevenidas, sin que con ello se vieran mermados los derechos de los demás acreedores hereditarios.

Me gustaría añadir que este libro constituye la depuración escrita de la tesis doctoral defendida por Mónica García Goldar, en diciembre de 2018, en la Universidad de Santiago de Compostela; la Memoria doctoral obtuvo la calificación de Sobresaliente Cum Laude y la Mención Internacional, tras ser juzgada por un tribunal presidido por D. Andrés Domínguez Luelmo, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid, y del que también formaban parte Dña. Birke Häcker, Catedrática de Derecho Comparado y Directora del *Institute European and Comparative Law* de la Universidad de Oxford, y Dña Antonia Nieto Alonso, Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela. El lector podrá decidir si comparte o no el juicio emitido por los tres destacados profesores; por mi parte, no tengo dudas de que fue muy merecido, así como de que los retoques que la autora hizo en su obra a raíz de las observaciones recibidas, no han hecho sino mejorarla.

Termino poniendo de manifiesto que el hecho de que personas como la Dra. García Goldar quieran seguir la carrera docente e investigadora con una ilusión y una dedicación que el entorno no favorece, pero tampoco logra destruir, es precisamente lo que mantiene una llama de esperanza sobre el futuro de la labor universitaria y de la propia Universidad como institución; solo espero que esa llama no se apague, convencida de que poco se puede hacer ya por convertirla en hoguera resplandeciente.

MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO
Londres, abril, 2019

ABREVIATURAS

ABGB	Código Civil austríaco
AC	Referencia del repertorio de jurisprudencia Aranzadi
AP	Audiencia Provincial
BGB	Código Civil alemán
BW	Código Civil neerlandés
CC	Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CCCat	Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a sucesiones
CCfr	Code Civil francés
CCit	Codice Civile italiano
CDCFN	Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación de derecho civil foral de Navarra
CDCIB	Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares
CDFA	Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas
CE	Constitución Española
CIRBE	Central de Información de Riesgo
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
DA	Disposición Adicional
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado

JPI	Juzgado de Primera Instancia
JT	Referencia del repertorio de jurisprudencia de Aranzadi
JUR	Referencia del repertorio de jurisprudencia de Aranzadi
LAU	Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos
LC	Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal
LDCG	Ley 2/2006, de 14 de julio, de derecho civil de Galicia
LDCV	Ley 5/2015, de 25 de junio, de derecho civil vasco
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LGT	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria
LH	Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria
LISJ	Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones
LJV	Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria
LN	Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862
LO	Ley Orgánica
LORPM	Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores
LSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
pp.	páginas
RAE	Real Academia Española
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RISD	Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones
RJ	Referencia del repertorio de jurisprudencia Aranzadi
RRDGRN	Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
SJPI	Sentencia de juzgado de primera instancia
ss.	siguientes
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TJCE	Referencia del repertorio de jurisprudencia de Aranzadi
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

INTRODUCCIÓN

El ámbito de las sucesiones *mortis causa* ha dejado de ser probablemente aquel que permanecía, de alguna manera, más estático¹. Los cambios sociales que le afectan son en efecto numerosos. Dice LIBCHABER que la familia ya no es un concepto de derecho civil, ni siquiera un concepto jurídico; la sucesión *mortis causa* ha cambiado: los bienes que se dejan en herencia ya no son útiles desde una perspectiva económica (*les enfants qui héritent du défunt sont déjà en retraite, ce qui condamne toute utilisation dynamique des fonds*). En su opinión, la sucesión ya se trata más de un problema económico que jurídico: se están estancando las masas de bienes en manos inactivas. Ello se debe a que hasta principios del siglo xx, el riesgo de muerte era elevado; cuestión que ha cambiado, especialmente con la disminución drástica de enfermedades infecciosas tras el descubrimiento de los antibióticos². Por otra parte, esto contribuye a que existan grandes costes de hospitalización en la vejez³.

Pero estos no son los únicos cambios que se han producido. La crisis económica también ha afectado sobremanera al ámbito sucesorio, pues las herencias gravosas o arruinadas han dejado de ser la excepción⁴: así lo demuestra el incremento en el número de repudiaciones de herencia⁵. No en vano, Feás Costilla considera que uno de los casos en que encuentra al público

¹ DE WAAL (2007), p. 26, afirma que «*the law of succession often projects a static –even a sterile– image*».

² El aumento de la esperanza de vida también ha fomentado la creación de nuevos instrumentos, como la hipoteca inversa; *vid.* en este sentido ÁLVAREZ ÁLVAREZ (2009), p. 22.

³ LIBCHABER (2016), pp. 729-750.

⁴ Entre otros, JORDANO FRAGA (1990), p. 70, consideraba que «las herencias gravosas son estadísticamente la excepción», y que «la repudiación es lo anómalo».

⁵ El número de repudiaciones de herencia ha pasado de 11047 en el año 2007 a 46781 en el año 2018; datos obtenidos en: www.notariado.org/liferay/web/cien/estadisticas-al-completo. Sin embargo, FEÁS COSTILLA (2014), p. 150, considera que «las repudiaciones han sido muchas más, puesto que normalmente no se computan las que puedan incluirse en una escritura de partición de herencia en que unos repudien y otros acepten».

de las notarías más necesitado de ayuda es en la renuncia de la herencia, «asunto de moda en tiempos de crisis, pero asunto raro antiguamente, casi una extravagancia»⁶.

Además, el Derecho sucesorio se encuentra aquejado de otros males; uno de ellos, que el pago de las deudas hereditarias, tema crucial⁷, se regula de manera asistemática en diversos cuerpos legales: principalmente Código Civil, pero también existen normas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley Hipotecaria e incluso la Ley Concursal⁸. Otro de los problemas recientes del Derecho de Sucesiones viene dado por la mayor posibilidad de que aparezcan deudas hereditarias desconocidas por el heredero; hecho este que nos llevará a cuestionar el principio general de responsabilidad ilimitada por deudas de la herencia⁹. No se debe olvidar que, como dijo Durnerin, «*l'obligation ultra vires ne va pas de soi*»¹⁰.

Y qué decir sobre los impuestos sucesorios: aquí el problema no viene representado por la cuantía de los mismos –que por definición es inferior al activo heredado–, sino por la posible falta de liquidez y la «inflexibilidad de la ley, que exige el pago en dinero y casi no permite a la Administración Tributaria cobrarse en especie»¹¹. Tema este, el de la cuestión fiscal, que únicamente analizaremos de manera tangencial.

En este trabajo estudiaremos todas estas cuestiones y otras, desde una perspectiva nacional y comparada, a fin de analizar otros sistemas legislativos y evitar que el Derecho de Sucesiones se convierta en el área «más indígena» de nuestro sistema legal¹².

⁶ FEÁS COSTILLA (2014), p. 150.

⁷ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), p. 19, consideran que saber qué sucede con las deudas del causante que no se extinguen tras su muerte es una de las cuestiones fundamentales que ha de resolver un sistema sucesorio.

⁸ NAVARRO CASTRO (2009), p. 14; GALICIA AIZPURÚA (2018), p. 46.

⁹ Principio que, como puso de manifiesto CASTÁN TOBEÑAS (1960 A), p. 148, ya comenzó su *deca-dencia* en el Derecho romano, a través del beneficio de inventario. Ello probablemente debido a la frecuencia con que existían, en la Roma clásica mercantilizada, herencias con pasivos superiores al activo (CASTRO SÁENZ 1995, p. 628).

¹⁰ DURNERIN (1992), p. 141, que añade «*il pourrait paraître tout aussi logique de décider que les successeurs ne seront obligés au passif que sur l'actif successoral. Selon M. Héron, la succession aux biens correspondrait même à l'archétype de toute succession*».

¹¹ FEÁS COSTILLA (2014), pp. 183-185, que critica además las desigualdades fiscales entre las Comunidades Autónomas.

¹² DE WAAL (2007), pp. 3 y ss., afirma que «*it has often been stated that the law of succession is one of the most indigenous branches of the law and that it does not lend itself easily to comparative research. The law of succession is, as it were, a part of a country's cultural goods – like its monuments and museums*». En su opinión, «*in the modern world, the law of succession cannot be confined to national boundaries*».

Todo ello nos conducirá a una clara conclusión: que la importancia de la renovación del Derecho sucesorio es máxima y debe ser constante. Como se ha dicho, la tasa de mortalidad del género humano es del 100%¹³; por lo tanto, la sucesión *mortis causa* es un fenómeno perenne que conviene regular –y bien– para hacerlo más acorde con la realidad social actual. Hace ya muchos años que se viene reclamando una reforma sucesoria; reforma que el legislador español debe efectuar para no darle más sentido del que ya tiene a la demanda de Núñez Lagos, cuando afirmaba en 1951 que «buena falta le hace al Derecho sucesorio español que se ocupen de él» ya que es «la cenicienta, cuando no el ludibrio, de los juristas españoles. Está sin hacer»¹⁴.

¹³ PARDO MUÑOZ (2001), p. 92.

¹⁴ NÚÑEZ LAGOS (1951), pp. 385-387.

CAPÍTULO I

LA SUCESIÓN *MORTIS CAUSA* Y EL RECURSO A LA PLANIFICACIÓN TESTAMENTARIA

1. EL FENÓMENO SUCESORIO

1.1 Introducción

La primera cuestión que conviene abordar es una suerte de introducción sobre el ámbito en que se inserta este trabajo, a saber, el Derecho de Sucesiones. Este campo del Derecho adopta el nombre de un concreto fenómeno jurídico: el de la sucesión *mortis causa*. La RAE define de varias formas el término *sucesión*: una de ellas es la de *sustitución de alguien en un lugar o en el desempeño de una función*; otra, la de *hecho de ir detrás alguien o algo en el espacio o en el tiempo*. En efecto, la sucesión no es otra cosa más que la su(cesión)¹⁵, el mecanismo jurídico a través del cual se cede algo; si bien, dicha cesión se ha de producir de forma continuada en el tiempo, sin saltos o rupturas con el estado anterior de las cosas. La sucesión es por tanto un fenómeno jurídico de *cambio*, y más concretamente, de *cambio de sujeto*; mutación subjetiva que se configura como nota definitoria del fenómeno *sucesión* y también como efecto por antonomasia producido¹⁶.

¹⁵ SÁNCHEZ ROMÁN (1910), p. 11, dice que la sucesión es la acción de suceder o *sub-cedere*.

¹⁶ DE BUEN (1931), p. 256, define la sucesión como «el traslado de las relaciones jurídicas de una persona que ha muerto, a otras u otras que vienen a ocupar así el lugar que antes ocupaba aquélla». NÚÑEZ LAGOS (1951), p. 26, indica que la sucesión implica ocupar una vacante, *subentrare* en el mismo puesto del difunto. ALBALADEJO GARCÍA (1952), p. 915, lo define así: «el fenómeno sucesorio consiste en que el puesto del antes titular (causante) lo ocupe otro (sucesor). Es decir, es el cubrir el vacío que se produjo». VOCI (1967), p. 163, señala que el significado fundamental de suceder es genérico: entrar en el lugar de otro.

No obstante, no todo cambio de sujeto representa una sucesión; existen otras figuras a través de las cuales se consigue un resultado parecido, como ocurre, por ejemplo, con la prescripción adquisitiva. La diferencia entre ambos fenómenos jurídicos reside en el tipo de adquisición de derecho; así, en la prescripción, la adquisición de derecho es *originaria*, no existe relación de causalidad entre la pérdida del derecho preexistente y la adquisición del nuevo derecho –la adquisición originaria puede coincidir también con la pérdida de un derecho preexistente y sin intervalo de tiempo concebible entre pérdida y adquisición, pero la pérdida no es la causa, sino efecto de la adquisición–. Por el contrario, en la sucesión la adquisición de derecho es *derivativa*, pues sí está causalmente conectada con la pérdida o limitación del derecho preexistente¹⁷.

Los negocios que originan sucesión pueden ser de dos tipos: *inter vivos* y *mortis causa*. A grandes rasgos, la sucesión *inter vivos* es aquella que produce una adquisición a título derivativo entre sujetos coexistentes, tras la confluencia de voluntades de las partes implicadas; por el contrario, la sucesión *mortis causa* se produce por la muerte del titular de las relaciones objeto de sucesión. En este caso no tiene por qué existir una verdadera confluencia de voluntades; más bien, existe la necesidad imperiosa de determinar quién sucede en los bienes y relaciones jurídicas una vez acaecido el fallecimiento¹⁸. Lo cierto es que el término sucesión es generalmente empleado, tanto en registros informales como en los técnico-jurídicos, para referirse a la sucesión *mortis causa*¹⁹;

¹⁷ CARIOTA FERRARA (1956), pp. 10-11, también distingue entre adquisición derivativo-traslativa, cuando el mismo derecho pasa de un sujeto a otro, y adquisición derivativo-constitutiva, cuando sobre el derecho de un sujeto se fundamenta el derecho de otro, como ocurre en la constitución de servidumbre. La sucesión *mortis causa* se encuadra dentro del primer tipo, esto es, adquisición derivativo-traslativa. MESSINEO (1962), p. 12, matiza esto señalando que la adquisición de bienes por sucesión tiene lugar, normalmente, a título derivativo-traslativo, pero es a título derivativo-constitutivo cuando el sucesor adquiere un derecho (por ejemplo, usufructo testamentario) que no existía antes en el patrimonio del *de cuius*.

¹⁸ En este sentido, DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 7, pone de manifiesto la existencia, en el Código Civil, de consecuencias jurídicas diferentes respecto a la regulación de las sucesiones *inter vivos* y *mortis causa*. Estas desigualdades se sintetizan en los siguientes tres aspectos: en primer lugar, el artículo 1116 CC establece que, en lo tocante a la sucesión *inter vivos*, las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la ley anularán la obligación que de ellas dependa; sin embargo, el artículo 792 CC sienta la regla contraria para la sucesión *mortis causa*, al señalar que las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres se tendrán por no puestas y en nada perjudicarán al heredero o legatario, aun cuando el testador disponga otra cosa. En segundo lugar, el error no está recogido entre los vicios de voluntad a la hora de otorgar testamento (artículo 673 CC), a diferencia de lo que ocurre en cualquier negocio jurídico *inter vivos* (artículo 1265 CC). Finalmente, la última disimilitud la emplaza el autor en sede de acrecimiento pues, mientras en la sucesión *inter vivos* no se da este derecho de acrecer, incluso si son varios los llamados a un enriquecimiento patrimonial –a excepción de que así lo disponga el donante (artículo 637 CC)–; en la sucesión *mortis causa*, la porción vacante sí acrece a los coherederos, tal y como dispone el artículo 982 CC.

¹⁹ En este sentido se manifiesta ROYO MARTÍNEZ (1951), pp. 2-3, al decir que existe «una modalidad especial de transferencia a la que en el lenguaje ordinario es aplicada por antonomasia la palabra sucesión: la que tiene lugar cuando un sujeto muere, respecto de los derechos y deberes correspondientes al mismo,

no en vano, el Derecho de Sucesiones es la rama del ordenamiento jurídico destinada a regular prácticamente todo lo relativo a la sucesión *mortis causa*, a excepción de las cuestiones fiscales.

El Código Civil no define en ningún precepto qué es la sucesión *mortis causa*²⁰; por fortuna, este vacío ha sido suplido por la doctrina, que distingue dos tendencias diversas pero compatibles. La primera es aquella que asocia la sucesión *mortis causa* con las palabras *transmisión* y *transferencia*²¹; la segunda la asocia con los fenómenos de *sustitución*, *subrogación*, *subentrada* e incluso *continuación*²².

La primera corriente doctrinal, que parte de la propia situación sistemática de la sucesión *mortis causa*²³ y del contenido del artículo 609 CC –que incluye la sucesión como uno de los medios para adquirir la propiedad–, tiene parte de fundamento, pero flaquea al obviar que la sucesión *mortis causa* va más allá de la simple adquisición de derechos o bienes: la sucesión, como bien se extrae del cuerpo del Código Civil y ha reiterado la doctrina²⁴, engloba todas las relaciones jurídicas transmisibles del causante, incluidas las obligaciones, tal y como se colige del artículo 1257 CC, cuando establece que los contratos producen efectos entre las partes y sus herederos. Por esta razón, y por otras –como la imposibilidad del heredero de ir contra los actos del causante– la doctrina ha manifestado que la sucesión no se trata de una transmisión patrimonial, sino de una subrogación en la posición del *de cuius*²⁵. Además, y

no extinguidos por su muerte. Aunque resulte perfectamente correcto hablar de sucesión *inter vivos*, es evidente, y así lo corrobora la más rápida y superficial observación, que la palabra sucesión se emplea casi exclusivamente para hacer referencia a la sucesión *mortis causa* o por causa de muerte».

²⁰ A diferencia del artículo 774 del Código Civil de Filipinas de 1949 –cuyo antecedente es el Código Español de 1889–, cuando establece que «*succession is a mode of acquisition by virtue of which the property, rights and obligations to the extent of the value of the inheritance of a person are transmitted through his death to another or others either by his will or by operation of law*».

²¹ Por todos, ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 1.

²² Entre otros, SÁNCHEZ ROMÁN (1910), pp. 11 y ss.; ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 1, Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 11, CASTÁN TOBEÑAS (1978), pp. 33 y 70; LACRÚZ BERDEJO (1981), p. 9.

²³ Se encuentra en el título tercero, del libro tercero del Código Civil, titulado «De los diferentes modos de adquirir la propiedad».

²⁴ Así, Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 3, pone de relieve la injustificada y excesiva simplificación del fenómeno sucesorio como acto de transmisión de la propiedad, al apuntar que «la sucesión *mortis causa* no engendra solamente una adquisición y una transmisión de la propiedad y de los derechos reales, como parece dar a entender el artículo 609. En rigor, la transmisión hereditaria se extiende a todos los elementos del patrimonio. Se transmiten también los derechos de crédito y las deudas». CASTÁN TOBEÑAS (1978), p. 35, también hace referencia a esta identificación «poco exacta», pues aunque se admitiera que la sucesión sea un verdadero modo de adquirir la propiedad y los derechos reales –que en efecto lo es–, «habría que reconocer que también es un modo de transmitir los derechos de crédito o personales, y aún ocasión de constituir otros derechos que no son reales ni personales, sino de carácter familiar».

²⁵ RODRÍGUEZ ROSADO (2017), pp. 40-41.

como señala Díez Picazo²⁶, la transmisión de la propiedad se refiere únicamente a elementos singulares, mientras que la sucesión *mortis causa* se produce en relación con una masa patrimonial en su conjunto; así, «cuando se habla de transmisión lo que se desplaza o mueve es el derecho y cuando se habla de sucesión lo que se desplazan son las personas». Por lo tanto, la sucesión *mortis causa* es, efectivamente, un modo de adquirir la propiedad, pero esta es una, y no la única de las consecuencias que de ella se derivan. Se podría decir que el fenómeno sucesorio es una especie de *matrioshka* rusa, que incluye un conjunto de instituciones jurídicas como la propiedad, otros derechos reales, obligaciones, etc. (*matrioshki* interiores); estas instituciones no tienen por qué estar presentes en todas las sucesiones, ni han de tener la misma relevancia: cada proceso sucesorio es único, dependiendo en buena medida de la complejidad que presente y la cantidad de sujetos que se vean implicados.

La segunda concepción, que asocia la sucesión *mortis causa* con la *sustitución*, olvida, en nuestra opinión, que en el marco de la sucesión *mortis causa* pueden darse actuaciones cuya finalidad no sea la de sustituir al causante²⁷, sino precisamente evitarla (por ejemplo, la desheredación). Además, parte de la idea de que la relación jurídica objeto de sucesión permanece idéntica²⁸, lo que no es exactamente cierto²⁹, pues la relación jurídica puede verse alterada si, por ejemplo, se grava cierta titularidad con un usufructo legal.

²⁶ Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), pp. 12-13.

²⁷ GARCÍA RUBIO (1989), p. 87, señala que «el fenómeno de la sucesión *mortis causa* no se explica en la integridad de sus elementos con el recurso al término sucesión», pues «ni se sucede en todas las relaciones jurídicas del sujeto fallecido, ni todas las relaciones que van a corresponder al nuevo sujeto son el resultado de un proceso sucesorio».

²⁸ Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 11, LACRUZ BERDEJO (1981), p. 9, CASTÁN TOBEÑAS (1978), p. 33 y ROCA-SASTRE MUNCUNILL (1995), p. 9.

²⁹ Algunos autores han debatido sobre la inexactitud de tal conclusión no en el sentido que nosotros exponemos, sino por cuanto al existir un cambio de sujeto, la relación ya no permanece exactamente idéntica. Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 12, recoge este debate y las opiniones de algunos autores que argumentan que si uno de los elementos del derecho subjetivo o de la relación jurídica es precisamente el sujeto, la relación ya no es la misma, sino otra distinta. Para combatir este argumento, la doctrina, dice Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, ha manifestado que si la existencia de una persona es esencial al concepto de derecho subjetivo, no es, en cambio, esencial que el sujeto sea este o aquel individuo. Pero este planteamiento parece no ser suficiente, pues «aún así, el argumento no se rebate. Mudado el sujeto la relación jurídica se altera. Donde está probablemente el error de las tendencias críticas es en decir que esta alteración exige que una relación se extinga y otra nazca. Esta idea que tiene hondas raíces clásicas y que fue sobre todo aplicada a las relaciones obligatorias –novación–, no es exacta. La sucesión entraña una modificación subjetiva de la relación jurídica. Se modifica el sujeto, pero quedan inalterados los restantes elementos de la relación». Véase también GARCÍA RUBIO (1989), p. 86. En otro orden de cosas, también se puede notar que la relación no es idéntica ya no solo porque la misma cambie con la sucesión, sino porque puede cambiar en función de quién sea el sucesor. Buen ejemplo de esto lo da el hecho de que, en caso de insolvencia, el deudor pierda el beneficio del plazo, produciéndose así un vencimiento anticipado de la obligación. Véase, en este sentido, MORALES MORENO (1988), p. 175.

En definitiva, la sucesión *mortis causa* es un fenómeno jurídico que lleva implícita la idea de cambio en la continuación de una relación jurídica; es decir, convergen en ella dos ideas que, aunque a simple vista podrían parecer antagónicas, no lo son: de una parte, la continuación de una relación jurídica preexistente, bien de manera idéntica o bien sucintamente alterada; y, de otra, el cambio subjetivo en el titular. Este fenómeno de mutación subjetiva sin que exista extinción o novación³⁰ es, como ya hemos dicho, la característica principal de la sucesión *mortis causa*³¹.

1.2 La problemática subtipología de la sucesión *mortis causa*

Es lugar frecuente en la doctrina la distinción entre diversas clases de sucesión *mortis causa*; sin embargo, salir airoso de esta ardua tarea es poco menos que la crónica de un «juricidio» anunciado, máxime si tenemos en cuenta que la ley es la primera fuente de contrariedades. En este sentido, el artículo 660 CC ordena que: «llámase heredero al que sucede a título universal y legatario al que sucede a título particular»³². Se dice que la sucesión a título universal es aquella que envuelve, en virtud de único título y en bloque, una *universitas iuris*; mientras que la sucesión a título particular, por el contrario,

³⁰ En este sentido, FERRI (1997), p. 3, afirma que sucesión es el concepto antitético de novación, ya que en esta última hay un *aliquid novi* y, como consecuencia de ello, se produce la extinción de la relación y la consecuente creación de una relación nueva. LACRUZ BERDEJO (1981), p. 9, señala que es estrictamente necesario, para que exista sucesión, que al cambio de sujeto no acompañe la extinción de la relación antigua y la creación de otra nueva: esto es, es necesario que no haya novación. DEL POZO CARRASCOSA, VAQUER ALOY y BOSCH CAPDEVILA (2009), p. 31, consideran que «la sucesión en las deudas se caracteriza por la ausencia de novación: el heredero se convierte en el nuevo deudor de la obligación sin que se produzca la novación. El título de heredero entra directamente en la relación jurídica».

³¹ ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 2, señala que para que exista sucesión es necesario que los derechos del causante adquiridos por el causahabiente no se *aniquilen*, ya que es precisamente en este nexo causal entre adquisición de un derecho desprendido de su titular y adquirido por otro donde radica la esencia misma de la sucesión.

³² En un exceso de purismo se podría afirmar que tal clasificación de la sucesión en universal y particular no es del todo correcta. Una cosa es cierta: la sucesión de una persona, como fenómeno global, será siempre universal, en el sentido de que deberá comprender todas y cada una de las relaciones que sean heredables. Teniendo en cuenta que, como apunta DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 17, «la diferencia entre uno y otro tipo de sucesión reside en la determinación de aquello en lo que se sucede. Hay sucesión particular cuando se transmiten al sucesor bienes o relaciones determinadas, singulares. Hay sucesión universal cuando los bienes se transmiten *in complexu*, sin determinación»; tal vez fuese más apropiado hablar de sucesión singular o determinada y sucesión general o indeterminada. En efecto, LACRUZ BERDEJO (1981), pp. 21-23, considera que «el heredero es alguien que sustituye de una manera general al difunto en la titularidad de sus bienes y deudas», y añade que «esta sustitución de la persona del difunto por la del causahabiente en una masa de bienes y derechos que, si se tiene en cuenta que el bien legado pasa directamente al legatario, no es *total*, aunque sea *general*»; reitera el autor que el heredero sucede «en la *generalidad* (no universalidad) del activo y el pasivo, de las cosas y deudas».

solo afecta a una o varias relaciones concretas y determinadas³³. El tenor del precepto parece claro; sin embargo, no siempre las cosas resultarán sencillas, como veremos al analizar figuras intermedias como la institución en *ex re certa* y el legado de parte alcuota.

La segunda clasificación es aquella que distingue entre sucesión voluntaria y legal; en este sentido, el artículo 658 CC establece que «la sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento, y, a falta de éste, por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria, y la segunda legítima. Podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la ley». Por lo tanto, existen dos fuentes en el CC que rigen la sucesión *mortis causa*: la voluntad y la ley; fuentes que no son excluyentes, sino perfectamente compatibles³⁴. Por ello, cuando ambas fuentes entren conjuntamente en funcionamiento, bien porque alguna de las disposiciones testamentarias resulta inválida, los llamamientos no agotan el as hereditario, o procede dar cabida a los derechos de los legitimarios, tal distinción –sucesión voluntaria o legal– no podrá efectuarse sobre este procedimiento sucesorio en su conjunto, sino tan solo respecto de cada llamamiento individualmente realizado, en atención a si dicho llamamiento encuentra su título sucesorio en el testamento o en la ley.

En la doctrina italiana no han faltado detractores de esta clasificación³⁵; sin embargo, es innegable, en nuestra opinión, la utilidad de la misma. Las

³³ ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 26.

³⁴ GARCÍA RUBIO (1989), p. 96, señala que el CC rompe con este artículo la norma romana clásica de incompatibilidad entre ambas fuentes sucesorias, siguiendo el camino iniciado por sus históricos antecedentes castellanos.

³⁵ En efecto, ciertos autores consideran que la sucesión es, en última instancia, siempre legal y/o voluntaria. Así, NICOLÒ (1934), p. 8 señala que la vocación hereditaria encuentra siempre y en todo caso su fuente directa e inmediata en la norma de ley; en sentido similar, MESSINEO (1962), p. 6, señala como fuente de la sucesión la «*volontà della legge*»; FERRI (1966), pp. 53 y ss.; IRTI (1967), pp. 159 y ss.; LIPARI (1970) pp. 43 y ss., 192 y ss.; o CUFFARO (2015), p. 10, cuando afirma que no hay que engañarse, pues aun cuando se redacte testamento, la fuente de los efectos propios de la vocación testamentaria es la ley: la libertad reconocida para disponer de los bienes solo opera en cuanto a decidir la dirección o destino. De otra parte, respecto de los que consideran que toda sucesión es voluntaria, la doctrina señala acertadamente que en la libertad de testar está incluida, al igual que en cualquier otra libertad, la facultad de no ejercerla (por todos, MANIÀCI 2006, p. 736). Dicho con otras palabras: la libertad de testar se ejerce siempre por su titular, ya sea de manera positiva (testando), o bien de manera negativa (no testando); y lo cierto es que no resulta desconocido ni infrecuente que ciertas personas, pudiendo testar, no lo hacen porque están conformes con el destino que la ley depara para su herencia. Si se analiza así la cuestión, se podría argüir que el causante que no hace testamento ha ejercido su libertad de testar de forma negativa o, dicho de otra forma, no ha impedido por los cauces que se le conceden –y que son muchos, pues se admite el testamento ológrafo, y otros testamentos especiales para situaciones de riesgo o peligro inminente– que se abra la sucesión legal. Transformemos lo expresado en una afirmación positiva: el causante ha consentido que sea la ley la fuente que rija su sucesión. No obstante, GARCÍA RUBIO (2015), p. 44, se muestra totalmente en contra de este planteamiento. En su opinión, la tesis que defiende que la norma dispositiva representa la voluntad presunta de los sujetos implicados fue mantenida por la doctrina pandectística y tiene su razón

diferencias entre ambos tipos de sucesión son enormes: la sucesión testamentaria se caracteriza por su riqueza de matices³⁶ mientras que la sucesión *ab intestato* es un mero sucedáneo. Además, esta distinción afecta de manera muy directa a nuestro tema de estudio, pues la sucesión *ab intestato* normalmente solo crea por defecto llamamientos universales de responsabilidad ilimitada, a excepción del usufructo viudal.

En cuanto a la interacción entre ambas fuentes –testamento y ley–, se ha afirmado sin ambages la prevalencia de la voluntad sobre la sucesión intestada³⁷. En efecto, el artículo 658 CC es claro: únicamente «a falta de (voluntad) se defiere la sucesión por disposición de la ley»³⁸. Esta relación de supremacía no es absoluta, sino que se encuentra supeditada a ciertos límites o normas de *ius cogens*, como las reservas.

1.3 Propuesta de definición de sucesión *mortis causa*

La sucesión *mortis causa* es un fenómeno complejo; sin embargo, creemos que se puede definir como *el proceso por el cual se le da destino al patrimonio del causante y se resuelven eventualmente otras cuestiones de carácter extrapatrimonial*. Esta sencilla definición debe no obstante ser matizada; así, en primer lugar, consideramos que se trata de un proceso porque falta instantaneidad en la sucesión *mortis causa*. Para que esta se lleve a efecto resulta necesario el cumplimiento de ciertos plazos, como el novenario de luto del

de ser en el pensamiento individualista, propio del siglo XIX, que atribuye a la norma dispositiva o supletoria un valor interpretativo de una voluntad no declarada; tesis esta que la autora cree que no puede ser compartida, pues «la regla supletoria no supone una genuina presunción de voluntad, como lo demuestra el hecho de que el silencio, que no es expresión de voluntad alguna implica, como regla general, ausencia de voluntad y no voluntad presunta o voluntad hipotética».

³⁶ GARCÍA RUBIO (1989), p. 94.

³⁷ GARCÍA RUBIO (1989), p. 95, establece varios argumentos para sostener tal afirmación. El primero es el propio articulado de la ley, que condiciona «la apertura de la sucesión legal, bien a la ausencia de una voluntad contraria manifestada en testamento, bien a la falta de aceptación o a la renuncia de los instituidos en el acto testamentario». El segundo argumento «se pone de relieve en el propio lenguaje jurídico en el que, con frecuencia, la vocación legal se denomina intestada o *ab intestato*». En tercer lugar, confirman la preeminencia de la sucesión testamentaria, no solo la variedad de figuras que son de viabilidad exclusiva para este tipo, sino también la posibilidad de que el llamado pueda aceptar un llamamiento testamentario previamente repudiado el llamamiento legal, y no a la inversa. Por último, señala la autora que es significativa la circunstancia de que la regulación testamentaria preceda a la sucesión legal en el cuerpo del código Civil.

³⁸ Esta relación de supremacía se da también en el *Codice Civile* italiano, cuyo artículo 457 CCit es un poco más acertado, al definir bien las reglas del juego entre ambos tipos de sucesión: el precepto ordena que la herencia se difiere por ley o por testamento. No hay lugar a la sucesión legal sino cuando falta, en todo o en parte, la testamentaria.

artículo 1004 CC, y ciertos actos, trámites y procedimientos, como el acto de aceptación, en una sucesión sencilla.

En segundo lugar, consideramos que la finalidad principal de la sucesión es dar destino al patrimonio sucesorio³⁹, para lo que habrá de atenderse a las fuentes de la sucesión: testamento y ley⁴⁰. En caso de que sí exista testamento, lo habitual será que el testador haya decidido *motu proprio* cómo distribuir su patrimonio, siempre y cuando respete los límites establecidos; por ello, no podrá encomendar a un tercero disponer en su nombre⁴¹, pero sí la partición (artículo 1057 CC). De todos modos, que el destino del patrimonio sea el cometido principal del fenómeno sucesorio no quiere decir que sea el único, pues la ley también regula la sucesión *moral* y faculta al testador para que resuelva cuestiones personales o extrapatrimoniales en el testamento. Así, por ejemplo, el testador puede tomar decisiones acerca de la sepultura, de la incineración, del funeral, los posibles derechos de autor, las cartas personales, los retratos, las imágenes, los recuerdos de familia, las mascotas, las cuentas de acceso a las redes sociales, *email* u otros espacios virtuales, sobre su propio nombre, imagen, derecho de la personalidad, muestras biológicas, y un largo etcétera⁴². Todas estas cuestiones *eventuales*, que constituyen contenido atípico de un testamento, están perfectamente admitidas⁴³.

³⁹ SÁNCHEZ ROMÁN (1910), p. 8, señala que el aspecto predominante en el Derecho de sucesión *mortis causa* es de sentido patrimonial; FERRI (1997), p. 27, considera que la sucesión es un fenómeno esencialmente patrimonial; BONILINI (2009-A), p. 17, opina que «la sucesión *mortis causa* es hoy subingreso en el patrimonio, propiamente dicho herencia».

⁴⁰ El destino previsto por la ley es el regulado en el artículo 913 CC, según el cual, «a falta de herederos testamentarios, la ley defiende la herencia a los parientes del difunto, al viudo o viuda y al Estado».

⁴¹ El artículo 785.4 CC prohíbe expresamente que surtan efecto las disposiciones testamentarias «que tengan por objeto dejar a una persona el todo o parte de los bienes hereditarios para que los aplique o invierta según instrucciones reservadas que le hubiese comunicado el testador». Según LACRUZ BERDEJO (1981), p. 415, esta disposición prohíbe la llamada «herencia de confianza», que aún se conserva en los ordenamientos catalán (artículos 424-11 a 424-15 CCCat) y navarro (leyes 289 a 295 CDCFN).

⁴² Véase en Italia, BARBA (2017-A), p. 406.

⁴³ En nuestra opinión, estas son efectivamente las dos características que definen todo tipo de proceso sucesorio, a saber: la naturaleza patrimonial y personal del proceso; así, entre otros, SÁNCHEZ ROMÁN (1910), p. 9, considera que dos aspectos, principalmente, puede ofrecer el régimen sucesorio *mortis causa*: uno, el que se refiere a todo lo patrimonial y económico y otro, el formado por todos aquellos derechos que no tienen sentido patrimonial, pero que reciben la ley de su creación o la de su transmisión del testamento o son consecuencia de la muerte del causante, como mero supuesto legal para su derivación en otras personas. Como ha dicho la doctrina, la patrimonialidad es una característica manifiesta, pues todo difunto dará lugar a una sucesión que acarreará cierta atribución patrimonial, sea esta positiva, negativa o neutra; pero no es, sin embargo, la característica única –DORAL GARCÍA DE PAZOS 1973, p. 471, señala que el Derecho sucesorio guarda estrecha relación con el patrimonio, pero su configuración histórica «es anterior a la concepción de la propiedad individualizada; de aquí que no radique en ésta su último fundamento»—. El carácter personal de la sucesión también es de aplicación universal a toda sucesión *mortis causa*; tal vez por ello no cesan los reclamos de propuestas para que la sucesión adquiera todavía una naturaleza más personal. Así, en Italia, BONILINI (2009-B) pp. 386-387, haciéndose eco de la evidente caída de la natalidad, por motivos como la esterilidad de las parejas, los factores ambientales o la modificación del estilo de

Por último, conviene resaltar que el procedimiento sucesorio tiene carácter fundamentalmente positivo y por ello está dotado de un sistema de soluciones subsidiarias para cumplir, finalmente, el objetivo principal de dar destino al patrimonio sucesorio. No obstante, no se debe obviar que durante el procedimiento existen momentos, fases o actuaciones de carácter negativo cuyo cometido es precisamente evitar la sucesión. Ejemplos de estas actuaciones de carácter negativo son la desheredación testamentaria, las normas sobre indignidad sucesoria, la renuncia previa a la legítima en los derechos autonómicos donde así se contempla, y, el supuesto más evidente, la repudiación por parte del llamado a suceder.

1.4 Fundamento de la sucesión *mortis causa*

La sucesión *mortis causa* es, en nuestra opinión, un proceso *naturalmente necesario* y para llegar a tal conclusión basta un análisis de la *ratio* de este fenómeno. En este sentido, diversas son las teorías que la doctrina nacional e internacional ha ido ofreciendo con el paso del tiempo; no se debe olvidar, además, que en ciertos Estados de economía socialista se formularon teorías para justificar precisamente su innecesariedad o inconveniencia económica, sobre la base de que ésta, la sucesión *mortis causa*, solo conlleva «atribuciones injustas de riqueza»⁴⁴.

En las sociedades en que sí se reconoce y protege el derecho a la propiedad privada y a la herencia, como es el caso de España, que así lo recoge en el artículo 33 de la Constitución Española, han proliferado otro tipo de teorías positivistas sobre la conveniencia de su existencia y regulación⁴⁵. En este

vida, especula sobre la posibilidad de que el causante pueda adoptar por testamento. Considera el autor que la adopción por testamento podría satisfacer una necesidad del hombre, que es la de perpetuar su nombre, y que por tal motivo no existen razones genuinas para no consentirla. El nombre de familia no se puede transmitir por vía sucesoria, y dicho deseo de perpetuar el nombre puede tenerlo tanto quien no ha tenido descendencia como quien teniéndola, la ha perdido.

⁴⁴ En este sentido, el Manifiesto Comunista de Marx y Engels proponía abolir «el derecho de herencia». Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 15, trata perspicazmente esta cuestión al señalar que para los defensores de esta tesis, «toda adquisición de riqueza por vía hereditaria se considera injusta. Supone, se dirá, la perpetuación de privilegios, la perpetuación de la riqueza en manos de una clase que es contraria a la conveniencia de la economía social. Pero obsérvese que al razonar así lo que se está negando es la sucesión familiar o la sucesión ordenada por el difunto. No sucederán sus parientes, pero alguien –el Estado en último término– deberá recoger la riqueza que queda vacante». Concordamos plenamente con tal observación, pues la sucesión y la herencia son fenómenos naturalmente necesarios. Cuestión diferente será el destino que se considere más apropiado para la sucesión, que responderá a criterios de política legislativa.

⁴⁵ Véase en este sentido LÓPEZ Y LÓPEZ (1988), pp. 25 y ss. CASTÁN VÁZQUEZ (1993-A), pp. 1142 y ss., hace notar, entre otras cuestiones, que desde el siglo XVIII se considera la propiedad como uno de los derechos sagrados e inviolables del hombre; por ello no debe sorprender, dice, que el artículo 17-1 de la

sentido, se pueden distinguir tres grandes corrientes que son de base funcional, familiar, y personal.

Las teorías funcionales son aquellas que consideran que la defunción de un ciudadano es una circunstancia ante la cual el Derecho debe reaccionar, ofreciendo un horizonte normativo que regule esa imperfecta situación *post mortem*⁴⁶. La razón de la sucesión *mortis causa* se encontraría así en la necesidad de evitar que el patrimonio de una persona se convierta en *res nullius* al momento de su muerte⁴⁷. La sucesión en favor de un sujeto vivo es, por tanto, inevitable, ya que los muertos no pueden ser sujetos de derecho⁴⁸.

De otra parte, las teorías de base familiar consideran que la sucesión *mortis causa* es un medio idóneo para asegurar la continuidad del patrimonio en el seno familiar⁴⁹. En este sentido, no parece haber disenso en cuanto a la legitimación del causante para transmitir su solvencia patrimonial a su familia, en aras de facilitarles su existencia una vez fallecido éste. ROYO MARTÍNEZ⁵⁰ llega

Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 haya proclamado que «toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente». Véase también ROGEL VIDE (2017), pp. 7 y ss. En Italia se ha debatido mucho sobre la «injusticia» que supone la institución sucesoria, y así, entre otros, BONILINI (2009-A), p. 31, recoge la opinión de aquellos que reputan la sucesión como «privilegio injusto», que hace depender la riqueza de un hombre desde su nacimiento y que consagra el «derecho al ocio» de quien nace en el seno de una familia rica.

⁴⁶ LACRUZ BERDEJO (1981), pp. 11 y ss., considera que la sucesión *mortis causa* existe en cualquier sistema jurídico que atribuya a los individuos «cierto poderío» sobre sus cosas materiales, y que estos poderes necesitan un destino al fallecimiento de su titular, pues «la extinción de todos sería fuente de desórdenes sociales y obstáculo insuperable para el tráfico». GARCÍA RUBIO (1989), p. 85, señala que «la muerte de una persona plantea la necesaria continuidad de sus relaciones jurídicas y, en consecuencia, la exigencia de que otro u otros sujetos vengan a cumplir respecto a aquellas relaciones una función análoga a la ejercida por el primero antes de fallecer». LÓPEZ LÓPEZ y HORNERO MÉNDEZ (2017), p. 18, señalan que la sucesión es un proceso *natural y necesario* toda vez que «un sistema jurídico que reconoce a los individuos esferas de poder para la defensa de sus intereses y que les permite ejercitarlos sobre cosas materiales debe contemplar inevitable y naturalmente la sucesión *mortis causa*».

⁴⁷ En Italia, MESSINEO (1962), p. 4, dice que la sucesión *mortis causa* persigue una evidente función práctica: la de proveer nuevo titular al patrimonio del difunto, que continúa existiendo tras su muerte; RESTA (2009), pp. 729-730, establece como fundamento del fenómeno sucesorio la «exigencia negativa» de no dejar un patrimonio privado de titular actual.

⁴⁸ En este sentido, ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 4, apunta que «los muertos no son ni pueden ser sujetos de derechos. La sucesión *mortis causa*, como todas las instituciones jurídicas, ha de hallar su fundamento en el interés vital, sea de los individuos o de la comunidad; toda relación jurídica, es relación entre seres que *viven* en sociedad y conjugan sus intereses terrenales». En igual sentido, BORRELL SOLER (1951), p. 499, señala que «el difunto no puede seguir siendo dueño de los bienes que poseía».

⁴⁹ Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 15. LÓPEZ y LÓPEZ (1999), p. 29, considera que la propiedad, herencia y familia, son conceptos jurídicos que permanecen estrechamente ligados, y que, por ello, existe «un ingrediente familiar en el Derecho sucesorio *mortis causa* que se manifiesta en la llamada sucesión de los legitimarios o en la sucesión *ab intestato*».

⁵⁰ ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 4, apunta sobre esta cuestión que es «el afán de atender a los suyos» una vez fallecido lo que sirve al individuo de «máximo acicate para desplegar trabajo y crear riqueza». MASIDE MIRANDA (1989), p. 14, considera que lo de constituir un factor capaz de hacer surgir en el individuo el espíritu de economía y trabajo indispensable para la vida social se trata en realidad de un argumento de tipo sociológico y económico más que jurídico.

incluso a preguntarse si trabajaríamos como lo hacemos y con igual desvelo si la ley no dijera y la experiencia no demostrara que los frutos han de ser para nosotros y luego para nuestros hijos. En definitiva, la familia y el bienestar de la misma son buenos argumentos para justificar la sucesión *mortis causa*; sin embargo, no son suficientes, pues ello conduciría a cuestionar el fundamento de la sucesión en los casos en que el causante, o bien no tiene familia, o bien no desea beneficiarla *post mortem*⁵¹.

En último lugar, las teorías de base personal son aquellas que o bien defienden que la sucesión existe como consecuencia lógica de la facultad general de todo sujeto para disponer del patrimonio propio, tanto en vida, a través de la donación, como *mortis causa*⁵²; o bien, casi en la misma línea, consideran que la sucesión ha de regularse porque ésta deriva del propio reconocimiento del derecho de propiedad, constituyéndose pues como el medio jurídico por el que se perpetúan los patrimonios más allá de los límites de la vida humana⁵³. Esto es, la sucesión es el medio y el fin social por el que se hace efectivo el derecho a la propiedad privada, reconociendo a su titular la facultad para determinar el destino de sus bienes para cuando fallezca⁵⁴.

En realidad, la razón de ser de la sucesión se encuentra en la conjunción de todos los criterios anteriormente expuestos –propia funcionalidad de la

⁵¹ A este respecto, DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 15, señala que el hecho de que la sucesión exista con independencia de la familia, como ocurre en la sucesión del Estado, o sucesión de extraños voluntariamente designados por el causante, indica «bien claramente que el fundamento de la sucesión no es solamente familiar».

⁵² SÁNCHEZ ROMÁN (1910), pp. 26 y ss., considera que «disponer de los bienes en vida o por testamento, es una consecuencia indeclinable del derecho de propiedad»; MASIDE MIRANDA (1989), p. 16, considera que si se reconoce la propiedad privada hay que admitir obviamente la posibilidad de su transmisión; en Italia, y en sentido similar, véase CICCARELLO (1994), pp. 35-37 y FESTI (2002), p. 817, que señalan como *ratio* del reconocimiento legislativo del testamento las prerrogativas conexas al derecho de propiedad, pues el titular del derecho real por antonomasia debe tener poder para decidir el destino de los bienes objeto del derecho mismo en el caso de muerte propia.

⁵³ CASTÁN TOBEÑAS (1978), p. 42 afirma que «el problema del fundamento de la sucesión no puede separarse del problema de la propiedad. Y es que la sucesión hereditaria no es otra cosa que el modo de continuar y perpetuar la propiedad individual. Por eso se ha dicho que la sucesión es, con respecto al patrimonio, lo que la generación con respecto a los individuos; pues así como la generación es un remedio a la limitación de la vida humana a través de la cadena no interrumpida de generaciones, la sucesión hereditaria es el remedio a esa misma limitación de la vida humana, representando la continuidad en el goce de los bienes materiales y de los derechos». En Italia, D'ALOIA (2009), p. 45 señala que si el derecho de propiedad es inviolable como otros derechos fundamentales de la persona, y la propiedad es una de las formas naturales de la libertad del hombre, la sucesión hereditaria no es, sino, una proyección irrenunciable de este derecho, que forma parte del patrimonio constitucional y viene definido como indisponible, y BONILINI (2009-A), pp. 33-34, considera que la sucesión es uno de los modos de adquisición de la propiedad derivativo, y por tanto, uno de los medios de circulación de la riqueza, o si se prefiere, de su perpetuación; en definitiva, la transmisibilidad de los derechos *mortis causa* se justifica por cuanto se reconoce la propiedad privada.

⁵⁴ GARCÍA BAÑÓN (1962), pp. 125-126.

sucesión, estabilidad familiar, facultad de determinar el destino de la propia propiedad más allá de la muerte—, al que habría que sumar un cuarto criterio: el de protección del crédito⁵⁵. No en vano, una de las cuestiones más importantes es precisamente determinar el destino de las deudas del causante tras su muerte⁵⁶. Cuestión ésta que no es baladí, pues si el Derecho sucesorio no regulase quién responde del pago de estas deudas del difunto, la economía se paralizaría, nadie querría ser acreedor y asumir un riesgo que excede la propia cualidad de aleatorio⁵⁷.

Por lo tanto, el fundamento de la sucesión *mortis causa* radica en que al mismo tiempo que se garantiza el derecho a decidir el destino de la propiedad de cada uno —en el seno familiar, si así se desea—, se establece un mecanismo que confiere seguridad en el tráfico jurídico y permite la asunción de deudas y créditos a largo plazo, sin que la muerte segura del titular suponga óbice alguno a su realización. Cabe preguntarse, no obstante, si el reconocimiento de la sucesión como medio de garantía para acreedores es motivo suficiente para justificar la ilimitada responsabilidad por deudas por parte del tercero heredero que puede llegar a ver comprometido su propio patrimonio; cuestión que analizaremos con posterioridad.

1.5 La sucesión *mortis causa*: negocio jurídico ¿gratuito?

Anteriormente mencionamos de manera sucinta la distinción entre sucesión *mortis causa* y sucesión *inter vivos*, recogiendo el criterio de distinción

⁵⁵ DE BUEN (1931), p. 257, considera que el fundamento de la sucesión *mortis causa* es un fundamento metafísico, práctico, que deriva de la necesidad de pensar en los acreedores, primero en los celestes, después en los terrenos. GARCÍA BAÑÓN (1962), pp. 125-126, señala que «la idea de sucesión universal es una idea propia del Derecho romano; su fundamento es de origen práctico: deriva de la necesidad de pensar en los acreedores»; también MINGORANCE GOSÁLVEZ (2015), p. 3223. En igual sentido se pronuncian autores internacionales, como RHEINSTEIN (1935), p. 433; CICCARELLO (1994), pp. 38-39, quien considera que el interés de los acreedores impone que se encuentre un titular al patrimonio del *de cuius*; o BONILINI (2009-A), p. 32.

⁵⁶ CASTÁN TOBEÑAS (1978), p. 73 señala al respecto que han sido precisamente las ventajas prácticas de la sucesión como creación romana y su correlativa protección a acreedores, lo que ha determinado la supervivencia histórica de esta institución y su admisión en el Derecho moderno.

⁵⁷ Sobre esta cuestión, ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 5, señala que «si al morir un sujeto hubieran de estimarse simultáneamente extinguidas todas las relaciones jurídicas en las que figurase como titular, aún las patrimoniales, resultaría que los deudores del muerto quedarían liberados de su obligación y enriquecidos por el azar, y los acreedores, al no poder ya cobrar, empobrecidos por la extinción de sus créditos». Por su parte, ROCA-SASTRE MUNCUNILL (1995), pp. 15-16, afirma que la sucesión «responde a una necesidad lógica, práctica, económica y jurídica. *Mors omnia solvit* y quien contrata con una persona ya cuenta con su muerte, que es *certus an*, aunque incierta en el *quando*, pero también confía o tiene la seguridad que habrá alguien que se colocará en la posición jurídica del difunto que recogerá sus bienes y derechos y responderá de sus obligaciones y cargas».

clásico entre ambos tipos relativo al alcance: así, mientras la sucesión *inter vivos* únicamente puede abarcar una o varias relaciones jurídicas, pero nunca todas de las que una parte es titular (sucesión particular); la sucesión *mortis causa* puede producirse tanto a título singular como universal⁵⁸. Nos gustaría retomar esta distinción, pues es esencial para comprender cuán especial es el fenómeno de la sucesión *mortis causa*⁵⁹. Así, otro criterio de distinción clásico entre ambos tipos es aquel que sostiene que mientras la sucesión *inter vivos* puede ser gratuita u onerosa, la sucesión *mortis causa* es siempre y por defecto gratuita⁶⁰. Esta clasificación (gratuito y oneroso), propia de negocios que tienen por objeto atribuciones patrimoniales⁶¹, no es pacífica en el ámbito sucesorio, ya que algunos autores han puesto de relieve la falta de ánimo de liberalidad en la sucesión *mortis causa*⁶². Concordamos plenamente con tal plan-

⁵⁸ Es posible analizar la cuestión en sentido contrario, esto es, partiendo de la distinción sucesión particular y universal, de forma tal que mientras la sucesión particular puede verificarse por acto *inter vivos* o *mortis causa*; la sucesión universal nunca se verifica por acto *inter vivos*, pues solo podrá verificarse por causa de muerte. Así, en Italia, BONILINI, (2009-A), pp. 7 y ss., señala que, si bien hay autores que consideran la fusión de sociedades como un supuesto de sucesión universal *inter vivos*, se obvia que dicha fusión no presupone, pero determina, la extinción de los sujetos, por lo que se confirma que la «*sola successione universale è quella mortis causa*». El mismo autor señala que aun cuando la venta de herencia tiene por objeto la totalidad de relaciones jurídicas que la forman, no se puede considerar ésta un supuesto de sucesión universal, pues el heredero no puede transmitir dicha cualidad de heredero al adquirente, en virtud del principio romano *semel heres, semper heres*.

⁵⁹ Otra cuestión que separa ambos tipos de sucesión es la unidad de acto. La sucesión *inter vivos*, como regla general, suele celebrarse en un único acto, mientras que la sucesión *mortis causa* es en puridad un procedimiento, esto es, un fenómeno jurídico que engloba varios negocios jurídicos al mismo tiempo, tales como el otorgamiento de testamento, la aceptación y/o repudiación de la herencia, entre otros. Conectada con esta unidad de acto se halla otra diferencia, relativa al tiempo. Y es que los negocios *inter vivos* que llevan aparejada una sucesión o cambio de titular se perfeccionan habitualmente cuando existe confluencia de voluntades en un momento dado: dos sujetos, transmitente y adquirente, acuerdan que se produzca el cambio de titular, con o sin contraprestación, y la sucesión se consume en ese mismo instante (aunque en algunos casos se exige también la *traditio*). En la sucesión *mortis causa*, por el contrario, no hay cruce de consentimientos. Un consentimiento (el del testador) es anterior en el tiempo, y a veces, ni llega a manifestarse expresamente, si no se otorga testamento; el otro (consentimiento del heredero aceptante) es posterior y se halla supeditado a la condición de sobrevivir al testador. Como podemos observar, las diferencias entre un tipo y otro son considerables.

⁶⁰ Dentro de nuestras fronteras, y por todos, VALVERDE VALVERDE (1916), p. 7, afirma que «la doctrina científica entiende, que en las sucesiones testamentarias e intestadas la gratuidad es elemento constante y necesario; pero en la contractual es evidente que tal elemento no es esencial, puesto que la adquisición de derechos hereditarios puede tener lugar mediante la ejecución de una prestación cualquiera compensatoria». En Italia, véase MAZZARESE (2001), p. 18.

⁶¹ CARIOTA FERRARA (1956), pp. 186 y ss., señala que los negocios que tienen por objeto atribuciones patrimoniales se dividen entre negocios a título oneroso y negocios a título gratuito; así, un negocio es oneroso cuando el sacrificio de un sujeto tiene una contraprestación o equivalente en un beneficio; en otro caso, los negocios son gratuitos. Esto es, los negocios son gratuitos cuando el sacrificio de un sujeto no conlleva contraprestación o equivalente—en igual sentido, MAZZARESE 2001, p. 18, afirma que respecto a la patrimonialidad, son actos a título gratuito aquellos que no tienen contrapartida y atribuyen un beneficio económico aunque venga gravado con un modo—.

⁶² Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 185, ha puesto de manifiesto que «no debe olvidarse el caso de que haya deudas en la sucesión y, en este caso, el heredero que recibe la herencia, aceptándola, no

teamiento, pues no existe en el causante verdadera intención de obsequiar al sucesor mediante la cesión o traspaso de sus derechos y obligaciones, sino que es la muerte, fenómeno natural por el que las personas físicas dejan de existir, la que obliga a que todo ello ocurra de manera ineludible e improrrogable⁶³. Carecería de sentido alguno que el causante pretendiese obtener alguna contraprestación con el traspaso, pues la misma se vería abocada a sufrir el mismo destino: su transmisión *mortis causa*.

Además, existen numerosas situaciones en las que la gratuidad de la sucesión *mortis causa* es más que discutible. En el ámbito de la sucesión a título universal⁶⁴, ésta puede considerarse no gratuita cuando se impone al heredero el pago de deudas, legados y legítimas, así como otras cargas y gravámenes de tal entidad, que la sucesión no le reporte ningún beneficio al heredero sino más bien se convierta en un lastre para él. Paradigma de esto sería la *hereditas damnosa*, en la que existen más deudas que bienes y por la que el heredero puede asumir obligaciones que mermen su propio patrimonio personal. Cierta doctrina italiana ha defendido que aunque pueda existir una *onerosidad indirecta*, la sucesión sigue siendo un negocio gratuito, ya que el ordenamiento jurídico tiende a corregir la eventual onerosidad de un negocio gratuito a través de normas en materia de limitación de responsabilidad por deudas hereditarias (beneficio de inventario)⁶⁵; no obstante, en nuestra opinión, tal planteamiento solo sería válido si tal limitación se aplicase con carácter general, pero como quiera que esto en el Código Civil español no ocurre, no puede decirse que la sucesión *mortis causa* sea un negocio jurídico gratuito.

En el ámbito de la sucesión a título particular puede que ciertos legados tampoco merezcan la calificación de gratuitos, toda vez que pueden ser gratuitos u onerosos tal y como prevé el artículo 890 CC cuando señala que «el

la recibe gratuitamente. Tampoco aquel que recibe la atribución hereditaria gravada con una carga. Las ideas de gratuidad u onerosidad se refieren solo a los negocios jurídicos *inter vivos*, y no se deben aplicar a los *mortis causa*». ROCA-SASTRE MUNCUNILL (1995), p. 15, señala que «la idea de gratuidad es ajena a la sucesión *mortis causa*, como no sea en el sentido de que no es, por principio y en general, onerosa».

⁶³ ROCA-SASTRE MUNCUNILL (1995), p. 15, considera que «a diferencia de la donación, no hay intención de liberalidad o *animus donandi* en la sucesión por causa de muerte, sino una especie, con licencia, de *animus in eligendo* o *in distribuendo*, expreso o tácito, forzado o provocado por la necesidad, impuesta por el fallecimiento, de abandonar esta vida». Sirva además a nuestra observación el artículo 323 del *Code de famille* marroquí que, a pesar de establecer *ex lege* que de las deudas sucesorias solo resultará responsable el caudal hereditario, señala que «*l'héritage est la transmission d'un droit, à la mort de son titulaire, après liquidation de la succession, à la personne qui y prétend légalement, sans qu'il y ait ni libéralité ni contrepartie*». Si no existe liberalidad en un sistema que establece la regla de la responsabilidad *intra vires*, menos podrá existir en un sistema como el nuestro.

⁶⁴ LACRUZ BERDEJO (1981), p. 251, señala que «la institución de heredero, en cuanto atribución a título universal, escapa a los conceptos de onerosidad y gratuidad».

⁶⁵ MAZZARESE (2001), pp. 18-19.

legatario de dos legados, de los que uno fuere oneroso, no podrá renunciar éste y aceptar el otro. Si los dos son onerosos o gratuitos, es libre para aceptarlos todos o repudiar el que quiera»⁶⁶. Además, es claro que no existe gratuidad en ciertos legados como el de pago a acreedor. Por último, existe una modalidad de sucesión por pacto o contrato, no admitida en el CC pero sí en ciertos derechos autonómicos, donde la sucesión puede apartarse una vez más del tinte de gratuidad, como ocurre con el pacto de mejora con obligación de cuidados⁶⁷.

Por todo ello, no nos parece acertada la concepción presuntiva de que la sucesión *mortis causa* es un negocio gratuito; en nuestra opinión, la sucesión *mortis causa* es un fenómeno jurídico *neutro*⁶⁸, es decir, ni gratuito ni oneroso. El debate sobre gratuidad u onerosidad será posible, en su caso, respecto de los distintos negocios jurídicos que alberga el procedimiento sucesorio en su seno; aun así, la gratuidad de los mismos no responde a una regla estática ni válidamente aplicable a todo negocio sucesorio.

1.6 Elementos del fenómeno sucesorio. La muerte como causa

En la sucesión *mortis causa*, al igual que en la *inter vivos*, existen tres elementos, a saber: causa, objeto y sujetos⁶⁹. El artículo 661 CC es el precepto en el que se regula esta cuestión: «los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones». Así, los elementos subjetivos de la sucesión serán los herederos –o en un término más genérico, los sucesores– y el difunto; el elemento causal será la muerte, y el elemento objetivo vendrá constituido por los derechos y obligaciones del *de cuius* que sean transmisibles *mortis causa*.

⁶⁶ SÁNCHEZ ROMÁN (1910), p. 1249, afirma que la naturaleza jurídica normal o común del legado es la de ser un título esencialmente *lucrativo*, lo cual no obsta, dice, a que al legatario se le impongan cargas u obligaciones que ha de cumplir.

⁶⁷ Sobre disposiciones testamentarias genéricas ordenadas en favor de quien cuida al testador véase NIETO ALONSO (2014-A), pp. 1043 y ss. y TORRES GARCÍA (2017), pp. 711-720.

⁶⁸ CARIOTA FERRARA (1956), p. 187, propone este tercer tipo de categoría para los negocios que no se puedan calificar de onerosos ni gratuitos.

⁶⁹ SÁNCHEZ ROMÁN (1910), p. 22, señala que «la sucesión *mortis causa*, supone tres factores o hipótesis indispensables, que integran su noción: la muerte de una persona (el *de cuius*); un patrimonio, por ella relicto (*universitas, hereditas*); la supervivencia de otra persona, que sucede en el mismo (sucesor, *haeres*)». En Italia, BONILINI (2009-A), p. 11, lo explica así «la sucesión hereditaria se basa en tres presupuestos: la muerte de una persona, el patrimonio dejado por parte de la misma, y un sujeto supérstite que lo recoge».

No es habitual en la ciencia jurídica estudiar la causa del fenómeno sucesorio y, desde luego, no es habitual darle la importancia que merece⁷⁰. Uno de los autores que sí supo apreciar la trascendencia de este hecho natural fue el profesor Díez Picazo⁷¹ que lo trató aunque de manera indirecta al momento de estudiar la apertura de la sucesión.

La causa de los negocios jurídicos es un elemento que ha sido estudiado y contemplado en los sistemas de tradición romana, la mayoría de las veces, desde una perspectiva meramente contractual. Nuestro propio legislador, a excepción de alguna referencia aislada en sede de disposiciones testamentarias⁷², también ha optado por regular la causa en sede contractual⁷³. En el caso de la sucesión, queda claro que la causa es la muerte, tal y como se desprende de la locución latina *mortis causa*; por ello, conviene estudiar en qué momento exacto se produce y cómo afecta al negocio sucesorio.

En nuestra opinión, la sucesión *mortis causa* es el único fenómeno cuya causa reside, en puridad, en la muerte⁷⁴. En el Derecho romano clásico existía un tipo de donación, la supuesta donación *mortis causa*, que se realizaba en caso de peligro concreto para la vida del donante o bajo idea de muerte próxima. La validez de dicha donación dependía de la supervivencia por parte del donatario al donante y tenía en común con el negocio sucesorio que se le consideraba una donación esencialmente revocable *usque ad mortem*. Posteriormente, el *Droit coutumier* optó por no admitir la existencia de donaciones revocables (*donner et retenir ne vaut*⁷⁵) y asimiló dichas donaciones por causa de muerte a las disposiciones testamentarias, pasando este criterio al Código

⁷⁰ La doctrina italiana, por el contrario, recoge la muerte como objeto de estudio en prácticamente todos los manuales de Derecho sucesorio, pues parten de ella como presupuesto inicial de operatividad de la sucesión *mortis causa*.

⁷¹ Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), pp. 43 y ss.

⁷² El artículo 767 CC señala que «la expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento de legatario será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa. La expresión de una causa contraria a derecho, aunque sea verdadera, se tendrá también por no escrita».

⁷³ Concretamente, Libro IV, Tít. II, Cap. II, Sección 3.ª; artículos 1274-1277 CC.

⁷⁴ La doctrina italiana ha teorizado acerca esta cuestión distinguiendo entre negocio *mortis causa*, negocio *post mortem*, y negocio *transmorte*. El negocio *mortis causa* es aquel que nace como consecuencia de la muerte, y que puede surgir, incluso, sin que lo promuevan de manera activa las partes implicadas. El negocio *post mortem* es aquel en el que la muerte se constituye como la condición o término fijados a partir del cual la atribución tiene efectos. Y el negocio *transmorte* se caracteriza por tres características: la primera, que los bienes salen del patrimonio del «beneficiante» antes de su muerte, la segunda, que la transferencia se produce una vez acaecida la muerte; y la tercera, que el beneficiante tiene la posibilidad de hacer inoperante el negocio antes de la muerte, esto es, puede revocar la atribución patrimonial *usque ad mortem*. Ejemplo clásico de este negocio transmorte sería el seguro de vida. Véase GIAMPICCOLO (1954), pp. 219 y ss.; PALAZZO (2003), p. 47.

⁷⁵ COLIN y CAPITANT (1955), p. 605, consideran que esta máxima significaba dos cosas: de una parte, que la donación entre vivos no quedaba perfeccionada hasta que el donante hacía la tradición de la

de Napoleón, y posteriormente, al artículo 620 CC de nuestro Código Civil⁷⁶, que estipula que «las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas en el capítulo de la sucesión testamentaria». Por el tenor literal del precepto, doctrina y jurisprudencia han entendido casi unánimemente⁷⁷ que el legislador español optó así por suprimir la mal llamada donación *mortis causa*⁷⁸. Por lo tanto, la sucesión *mortis causa* es la única institución jurídica cuya causa reside efectivamente en la muerte dentro del marco del Código Civil⁷⁹.

cosa donada; de otra, que la donación debía ser efectivamente irrevocable, por lo que el donante no tenía derecho a reservarse la facultad de recuperar posteriormente una parte cualquiera de lo que había donado.

⁷⁶ LACRUZ BERDEJO (1981), p. 199.

⁷⁷ LACRUZ BERDEJO (1981), p. 200, y ALBALADEJO GARCÍA (1993), pp. 1580 y ss. De manera ilustrativa se expresa FUENMAYOR (1951), p. 1095, cuando dice sobre las donaciones *mortis causa*: «cierto que las cita el artículo 620, y que habla de ellas como donaciones, mas es ésta una cita postrera, una esuela mortuoria».

⁷⁸ Hay autores que defienden la aplicación de este recurso; así, REQUEIXO SOUTO (2012), pp. 1756 y ss., considera que «todo negocio de atribución patrimonial a título gratuito cuyo resultado se produce por el fallecimiento de quien lo realiza ha de asimilarse a la donación *mortis causa*». Creemos que este autor llega a esa conclusión tras un análisis de la STS de 9 de junio de 1995 (RJ 1995, 4912), en la que se califica una donación con facultad de disponer de *donación mortis causa*, en contraposición a lo que pretendía el donatario, que era su calificación de *donación inter vivos con efectos post mortem*. En este sentido, el Alto Tribunal manifiesta que «se trata de una donación *mortis causa*, en cuanto solo ha de tener efectos después de morir el donante, conclusión a la que se llega si el donatario no puede disponer en forma alguna de la finca donada. Se acomoda pues tal calificación jurídica a lo dispuesto en el artículo 620 del Código Civil pues lo que caracteriza definitivamente a las donaciones con finalidad *mortis causa* es la permanencia en el dominio y libre disposición del donante la cosa donada y su falta de intención de perderla en caso de vivir, determinando que el donante no transfiera de presente la propiedad de la cosa donada, ni siquiera difiere la transferencia a plazo que pueda transcurrir mientras viva, sino que se fija para el efecto de la donación la época o momento de su fallecimiento, disponiendo así para después de su muerte de algo que le pertenece». En nuestra opinión, es más acertada la conclusión opuesta a la manifestada por el autor: que todo negocio de atribución patrimonial a título gratuito que haya de surtir efectos tras la muerte del otorgante, y aun cuando se le denomine donación, habrá de entenderse como atribución sucesoria.

⁷⁹ Algunos de los ordenamientos jurídicos autonómicos en territorio nacional sí contemplan las mal llamadas donaciones *mortis causa*, aunque en prácticamente todos ellos se les otorga una eminente naturaleza sucesoria, al igual que en derecho común. Así, se les concede naturaleza de pacto sucesorio en Aragón (artículo 383.2 CDFA), en el País Vasco, «salvo estipulación en contrario» (artículo 102 LDCV), y con algunos matices, en las Islas Baleares (artículo 9 CDCIB). En Navarra, la ley 149 CDCFN establece que «las donaciones «inter vivos» o «mortis causa» que comprendan los bienes presentes y futuros del donante, confieren al donatario la cualidad de heredero». Por último, en Cataluña se establece la prohibición de que las donaciones por causa de muerte sean de carácter universal a la par que se establece que este tipo de donación se rige por las normas de los legados, en cuestiones relativas a la inhabilidad o indignidad sucesoria del donatario, el derecho de acrecer entre donatarios, la posibilidad de sustituir vulgarmente al donatario, las condiciones, modos, sustituciones, fideicomisos y demás cargas son también aplicables al donatario, la pérdida posterior de los bienes dados y el derecho preferente de los acreedores hereditarios para el cobro de sus créditos. En todo lo no relativo a estas cuestiones, se regirán por las normas de las donaciones (artículo 432-2.1.º CCCat). No obstante, el artículo 432-3 establece que la capacidad requerida para otorgar donaciones *mortis causa* es la capacidad para testar. En definitiva, parece que también en los ordenamientos autonómicos esta figura es muy similar a la disposición sucesoria. Por ello, conviene preguntarse si la expresión donación *mortis causa* es correcta o si, por el contrario, no resultaría más apropiada la de donación

Nótese que cuando afirmamos que la muerte de una persona física es la causa y el presupuesto fundamental de la sucesión, nos estamos refiriendo únicamente al sentido *natural* o *fisiológico* del término, ya que, una vez desaparecida la muerte civil, no es posible suceder a título universal a una persona viviente⁸⁰. En este sentido, nuestro ordenamiento jurídico no contempla una definición específica de muerte⁸¹; se trata pues de una cuestión que «debe ser resuelta por las Ciencias de la Vida, que en esta, como en tantas materias, está en continua evolución, lo que no deja de suscitar ciertos recelos entre los juristas más partidarios de atender sobre todo a las exigencias derivadas de la seguridad jurídica»⁸². Únicamente en ciertas normas sectoriales encontramos alguna referencia al momento en que se produce la muerte; así, el Real Decreto 1723/2012⁸³ señala en su artículo 9.2 que «la muerte del individuo podrá certificarse tras la confirmación del cese irreversible de las funciones circulatoria y respiratoria o del cese irreversible de las funciones encefálicas».

La determinación del momento exacto del fallecimiento no es una cuestión baladí⁸⁴; la muerte no es solo la causa del fenómeno sucesorio, sino que también representa la *obertura* de la *ópera sucesoria*, el momento exacto en que la sucesión se pone en marcha. La importancia de la muerte y del momento en que ocurre es pues innegable; no en vano, Messineo⁸⁵ consideró que la muerte de la persona es el evento fundamental que da lugar a la sucesión, como la causa da lugar al efecto (*viventis nulla hereditas*), y no es solo el momento

contemplatione mortis o donación *post mortem*. En nuestra opinión, la muerte no representa la causa de este tipo de negocio jurídico, sino el *término* a partir del cual la donación comienza a surgir efecto, pues la causa de la donación no puede ser la muerte, sino el ánimo de atribuir un beneficio a alguien. En este sentido parece manifestarse la STS de 24 de febrero de 1986 (RJ 1986, 935), que afirma que la característica definitiva de este tipo de donación es «la permanencia en el dominio y libre disposición del donante de la cosa donada y su falta de intención de perderla en caso de vivir, determinando que el donante no transfiere de presente la propiedad de la cosa donada, ni siquiera difiere la transferencia a plazo que pueda transcurrir mientras viva, sino que se fija para el efecto de la donación la época o momento de su fallecimiento, disponiendo así para después de su muerte de algo que le pertenece, sin que pueda alterar la esencia de este concepto la forma empleada para la expresión de la voluntad si ésta es que solamente con posterioridad a la muerte del donante haga suyo el donatario lo que fue objeto de la donación, y por consiguiente son revocables, al no producir efecto sino después de la muerte del causante, es decir *post mortem*...».

⁸⁰ Por todos, MESSINEO (1962), p. 7.

⁸¹ De hecho, la OMS reclama ya desde 1982 la necesidad imperiosa de definir legalmente el concepto muerte; *vid.* elpais.com/diario/1982/12/10/sociedad/408322808_850215.html.

⁸² GARCÍA RUBIO (2013), p. 91.

⁸³ Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad

⁸⁴ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 51, afirma que «tiene una gran importancia, a efectos hereditarios, la determinación del momento preciso de la muerte de la persona».

⁸⁵ MESSINEO (1962), p. 6.

cronológico al que va relacionada la llamada apertura de la sucesión, sino sobre todo es el *hecho jurídico o título*, eficiente, al que la sucesión se refiere.

En efecto, se pueden distinguir dos fases bien diferenciadas por el factor *muerte* en el Derecho sucesorio: la primera es la fase preparatoria o anticipatoria, durante la cual el futuro causante puede ejercer su libertad testamentaria tantas veces como desee y en el sentido que estime oportuno. El principio que rige esta fase sucesoria preparatoria es el de *ultimísima voluntad*⁸⁶, ya que por regla general el testamento que regirá la sucesión será, en principio, el último que haya sido otorgado⁸⁷. La segunda fase es la de apertura efectiva de la sucesión que se produce con el fallecimiento del causante⁸⁸.

Por eso, el momento de la muerte determinará, entre otras cosas, la adquisición por quien corresponda del *ius delationis* o del legado, como veremos. Asimismo, la muerte también marca el momento a partir del cual comienzan a correr los plazos tanto en el ámbito civil como en el fiscal⁸⁹ y es, de acuerdo con el artículo 818 CC, el momento al que se debe atender para valorar los bienes dejados en orden a fijar la legítima, cuando corresponda.

Además, la capacidad del heredero o legatario también se valorará al momento de la muerte *ex* artículo 758 CC. Este precepto nos genera cierta perplejidad, pues a pesar de establecer excepciones cuando exige sentencia *ex* artículo 756, apartados segundo y tercero, o se cumpla la condición, si la institución o el legado fuese condicional –supuestos en los que habrá de atenderse también a estos momentos para juzgar la capacidad del sucesor–, se olvida de otras dos cuestiones a nuestro juicio fundamentales: la institución de heredero o legatario sometido a término, de una parte, y la institución de llamado que no deviene heredero hasta el momento de la aceptación, de otra. Ciertamente es que la doctrina ha señalado la falacia de este artículo, pues la propia ley establece que el sucesor puede llegar a ser indigno si comete hechos posteriores a la muerte del causante que se reconducen a causas de indignidad (artículo

⁸⁶ El artículo 739.1 CC establece dicho principio, al señalar que «el testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte».

⁸⁷ Esta regla no es estática pues puede ocurrir que el testador revoque el último testamento y exprese que quiere que valga el anterior, en cuyo caso éste será el que se aplique (artículo 739.2 CC). Además, el testamento anterior puede ser total o parcialmente revocado. Por último, es posible que valgan los dos testamentos últimos cuando éstos sean compatibles entre sí.

⁸⁸ Que la sucesión se abre al momento de la muerte es una idea consagrada por la doctrina, y que se puede extraer del artículo 657 CC, según el cual «los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte». En Italia, el artículo 456 CC it es más explícito todavía, al señalar que la sucesión se abre al momento de la muerte, en el lugar del último domicilio del difunto.

⁸⁹ FEÁS COSTILLA (2014), p. 178.

758.2 CC)⁹⁰, pero esta indignidad sobrevenida no parece suficiente, ya que el llamado a suceder que no acepta hasta pasado un buen tiempo puede haber perdido en el ínterin las aptitudes para suceder; lo mismo se puede decir para la institución de heredero o legatario sometido a término.

En cualquier caso, no siempre será posible determinar el momento exacto de la muerte; ni siquiera si ésta se ha producido. Por ello, el ordenamiento jurídico también admite que se abra, excepcionalmente, aun cuando no exista certeza sobre la misma; estamos hablando de la situación de ausencia legal, que puede dar lugar, una vez pasados los plazos estipulados⁹¹, a la declaración de fallecimiento. Por lo tanto, la muerte certera, así como la declaración de fallecimiento, son las dos únicas situaciones que ponen en marcha el procedimiento sucesorio⁹². En el caso de que proceda la declaración de fallecimiento, ésta habrá de ser efectuada en virtud de resolución judicial y, conforme a lo dispuesto en el artículo 195 CC, se presumirá que el ausente ha vivido hasta ese momento, «salvo investigaciones en contrario». Continúa el precepto señalando que «toda declaración de fallecimiento expresará la fecha a partir de la cual se entienda sucedida la muerte». Una vez firme la declaración de fallecimiento, se abrirá sucesión del ausente, mas esta sucesión es un tanto especial, habida cuenta de las limitaciones que se imponen al heredero⁹³. Y es que el heredero o herederos del declarado fallecido adquieren el pleno dominio sobre los bienes y derechos de la herencia, pero por razones de seguridad jurídica y ante la posibilidad de que se produzca el retorno del ausente, las facultades de estos herederos se encuentran mermadas o limitadas⁹⁴.

Entre otras cosas, los herederos, de acuerdo con el artículo 196 CC⁹⁵, no podrán disponer a título gratuito de los bienes hereditarios hasta pasados cinco años desde la declaración de fallecimiento; ni podrán entregar los legados, si los hubiese, ni tendrán derecho a exigirlos los legatarios, salvo las mandas piadosas en sufragio del alma del testador o los legados en favor de Institucio-

⁹⁰ DÍAZ ALABART (1993), p. 1876.

⁹¹ Véanse los artículos 193 y 194 CC.

⁹² DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 45, «no existe en el Derecho moderno la muerte civil. (...) El derecho moderno conoce pues dos únicos supuestos de apertura de una sucesión, la muerte y la declaración de fallecimiento».

⁹³ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 46.

⁹⁴ CABANILLAS SÁNCHEZ (1993), p. 622.

⁹⁵ Curiosamente, esta redacción de este artículo no es la original de 1889, sino que se cambió en el 1939, justo tras la Guerra Civil española. La redacción original únicamente decía que «abierta una sucesión a la que estuviere llamado un ausente, acrecerá la parte de este a sus coherederos, a no haber persona con derecho propio para reclamarla. Los unos y los otros, en su caso, deberán hacer inventario de dichos bienes con intervención del Ministerio fiscal». No fue la única reforma que se ha llevado a cabo, pues en 2015 se reformó también para suprimir la referencia que en él se hacía a los extintos juicios de testamentaría o *abintestato*.

nes de beneficencia. Por último, los herederos están *ineludiblemente* obligados, aun cuando se trate de heredero único, a formar notarialmente inventario detallado de los bienes muebles y una descripción de los inmuebles.

En definitiva, el hecho de la muerte, bien certera o bien declarada por resolución judicial, es una cuestión de vital importancia, por lo que también será importante su prueba⁹⁶. De acuerdo con el artículo 991 CC, para que la aceptación o renuncia del sucesor sea válida, será necesario estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar, así como de su derecho a la herencia. El medio general de prueba de la muerte consiste en el certificado de defunción, una vez inscrita ésta en el Registro Civil.

1.7 Elementos subjetivos de la sucesión

1.7.1 LA MULTIPLICIDAD DE ACTORES QUE PUEDEN INTERVENIR EN EL PROCESO SUCESORIO

El elenco de personas que pueden participar en el fenómeno sucesorio es numeroso. Ello no quiere decir que todos y cada uno de los actores que la ley menciona deban participar necesariamente en cada proceso sucesorio –más bien al contrario, lo habitual es que la sucesión *mortis causa* se desenvuelva de forma sencilla entre un número reducido de sujetos–; esto se debe a que la participación de todos estos actores responde a diferentes motivos, que pueden ser de naturaleza procedimental, natural o eventual.

Los sujetos de carácter procedimental son aquellos cuya participación viene exigida por la ley y que vienen a cumplir una función garantista destinada a asegurar que la sucesión *mortis causa* se desenvuelva dentro del marco normativo correspondiente. Los sujetos de carácter natural son quienes participan naturalmente en cada proceso sucesorio, a saber: causante y sucesores. Por último, los sujetos de carácter eventual son aquellos que, como su propio nombre indica, pueden intervenir o no en el proceso sucesorio en razón a tres tipos de causas: voluntad del testador (albaceas, contadores-partidores), requerimiento de la ley en función de la capacidad del sucesor (curadores, tutores, defensores judiciales), e intereses en la sucesión por parte de quien tenga relaciones jurídicas pendientes con cualquiera de los sujetos naturales de la sucesión; este es el caso de los acreedores del difunto, los acreedores de la herencia, y los acreedores de los sucesores, de cuyos intereses nos ocuparemos en sedes posteriores.

⁹⁶ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 46.

1.7.2 SUJETOS DE PARTICIPACIÓN PROCEDIMENTAL. LA RECIENTE DESJUDICIALIZACIÓN EN MATERIA SUCESORIA

Los sujetos de participación procedimental son aquellos que vienen a desempeñar alguna gestión o trámite requerido para el buen término de la sucesión. El denominador común de todos ellos es que su participación viene exigida por la ley, siendo por tanto ajena a la voluntad del testador y/o los sucesores; así, pueden participar en el procedimiento sucesorio: jueces, letrados de la Administración de Justicia, notarios, testigos e intérpretes, así como otros sujetos que son únicamente requeridos para el otorgamiento de testamento en condiciones especiales⁹⁷.

Respecto de los jueces, cabe decir que tras la reforma operada por la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015, sus funciones en el ámbito sucesorio se han visto dramáticamente reducidas. Esta ley, cuya redacción había sido encomendada por la Disposición Final decimoctava de la Ley 1/2000, de 7 enero, de Enjuiciamiento Civil, ha llevado a cabo una importante reestructuración sistemática del ordenamiento jurídico procesal, o lo que es lo mismo, una *desjudicialización* en un nada despreciable número de asuntos. Las razones de esta reestructuración son básicamente dos, a saber: de una parte, optimizar y racionalizar los recursos públicos disponibles para dar respuesta al desafío de conseguir «una Justicia más moderna y eficaz»; y de otra, aproximarse más a otros sistemas jurídicos vecinos que también separan «la jurisdicción voluntaria de la regulación procesal común»⁹⁸. Esta desjudicialización, alabada por algunos⁹⁹,

⁹⁷ El Código Civil establece ciertas especialidades cuando el testamento se realice en alta mar, en campaña militar en tiempo de guerra, o en un país extranjero. Así cuando el testamento se realice en tiempo de guerra en campaña militar, habrán de intervenir, para el acto de otorgamiento, un oficial con categoría de capitán; un capellán o facultativo, si el testador se hallara enfermo, o su superior, si el testador se hallare en destacamento (artículo 716 CC). También puede otorgarse testamento ante el Comisario de Guerra (artículo 717 CC). De otra parte, si el testamento se realiza en mar habrán de intervenir el contador y el comandante del buque, si es un buque de guerra; o el capitán, si es un buque mercante (artículo 722 CC). Por último, y cuando el testamento se realice por un español en país extranjero, habrá de intervenir en el acto de otorgamiento las personas o autoridades que correspondan según las formas establecidas por las leyes del país en que se hallare el testador (artículo 732 CC); o un funcionario diplomático o consular español que ejerza funciones notariales (artículo 734 CC). Todas estas personas se hallan sujetas a la prohibición del artículo 754.3 CC, según la cual el testador no podrá disponer del todo o parte de su herencia en favor de las personas ante quienes se otorguen los testamentos especiales.

⁹⁸ Según la redacción de la Exposición de motivos.

⁹⁹ FERNÁNDEZ EGEA (2016), p. 21, afirma que se trata de una «desjudicialización carente de riesgo en una sociedad moderna que cuenta con acreditados y prestigiosos profesionales del Derecho capaces de asumir, con rigor y sin merma de garantías, múltiples competencias en esta materia a la que funcionalmente se encuentran muy próximos». FLORIT VIVES afirma que la Ley va a reducir y agilizar el volumen de trabajo de los jueces distribuyendo dichas funciones en favor de «funcionarios del Estado más cualificados

criticada por otros ¹⁰⁰, ha confinado al juez –en lo que concierne al ámbito sucesorio– a actuaciones menores ¹⁰¹ o de mera supervisión, como el mandato ¹⁰² o la aprobación judicial ¹⁰³.

El papel del juez ha quedado casi por completo vacío de contenido en materia sucesoria; las facultades que éste solía tener han sido *trasladadas* a otros operadores jurídicos; así, la mayor parte de estas facultades han sido conferidas, o bien en régimen de *co-competencia* a los notarios y los letrados de la Administración de Justicia ¹⁰⁴, o bien en régimen de exclusividad en favor de los notarios.

Los notarios se han convertido, tras la reforma, en figura jurídica clave en materia sucesoria al adquirir, conforme a la tónica precedente de anteriores años, mayor relevancia y funcionalidad. Sin ánimo de enumerar de manera exhaustiva las funciones que corresponden a los notarios en el ámbito sucesorio –tendremos ocasión de referirnos a algunas de las mismas de manera detallada en sedes posteriores–, sí conviene que resaltemos, si acaso de manera sucinta, su intervención en prácticamente casi todos los estadios de dicho proceso. Así, en un momento *ante mortem*, de naturaleza preparatoria, el notario es la autoridad pública única frente a la cual el testador puede otorgar o protocolizar testamentos ¹⁰⁵, ostentando la hegemonía prácticamente completa en

y cercanos a los ciudadanos como son los notarios, los letrados de la Administración de Justicia y los registradores», en www.lawyerpress.com/news/2015_07/1707_15_014.html (consultado el 14 de septiembre de 2017).

¹⁰⁰ FORCADA MIRANDA afirma que no parece que existan problemas por dejar fuera del amparo jurisdiccional a determinadas actividades, pero es más opinable la desjudicialización de materias referidas a actuaciones en las que se constituyen estados, se hacen nombramientos y designaciones, se integran actos dispositivos o se controla la legalidad de determinados actos, y ello por no hablar de expedientes que resuelven auténticos conflictos afectantes, en www.expansion.com/juridico/opinion/2015/06/23/5589942922601d62448b4596.html (consultado el 14 de septiembre de 2017).

¹⁰¹ El juez sigue siendo el funcionario público ante quien el albacea debe rendir cuentas, si fue nombrado no para darle los bienes a los herederos, sino para darle a los bienes la inversión o distribución que el testador hubiese dispuesto (artículo 907 CC); también es el juez el encargado de apreciar la remoción del albacea, en el caso de que ésta proceda (artículo 910 CC), y quien debe tomar medidas de precaución cuando la viuda esté encinta (artículos 930 y 961 CC).

¹⁰² Artículos 839 (sobre satisfacción de usufructo viudal) y 966 CC (sobre pago a acreedores por parte del administrador cuando la división de la herencia se encuentre suspendida hasta parto o aborto de la viuda encinta).

¹⁰³ Artículos 166 (sobre necesidad de requerir aprobación judicial por parte de los padres para repudiar la herencia o legado deferidos al hijo), 993 (sobre necesidad de recabar aprobación judicial por parte de los legítimos representantes de las asociaciones, corporaciones y fundaciones, para repudiar la herencia, con audiencia del Ministerio público), y 1060 CC (sobre necesidad de requerir aprobación judicial de la partición efectuada por parte del tutor o defensor judicial del sucesor).

¹⁰⁴ Artículos 843, 899, 905 y 1057 CC.

¹⁰⁵ El notario es la autoridad frente a la que se debe otorgar testamento abierto (artículo 694 CC) o cerrado (artículo 707.2 CC), a excepción de los testamentos especiales, y protocolizar el testamento ológrafo (artículo 689 CC). En estos casos, el notario tiene que identificar al testador y comprobar que tiene, según su criterio, la capacidad legal necesaria para testar (artículo 685 CC). Es importante señalar

cuanto a la fase voluntaria de preparación de la futura sucesión *mortis causa*. Una vez abierta la sucesión, la figura del notario reaparece para posibilitar a los herederos que acepten o repudien el llamamiento. La aceptación no ha de hacerse necesariamente ante notario, pues está admitida la aceptación tácita, pero la repudiación, tras la reforma operada por la LJV, sí ha de llevarse necesariamente a cabo ante notario. En caso de que no exista testamento, el notario es el competente, ahora de manera exclusiva, para realizar la declaración de herederos *abintestato*. Además, quienes deseen urgir al llamado a aceptar o repudiar el llamamiento deberán solicitar al notario la *interrogatio in iure* (artículo 1005 CC), y quienes pretendan hacer uso del beneficio de inventario o del beneficio de deliberar también habrán de solicitarlo al notario (artículos 1011 y 1014 CC). Por último, y en caso de pluralidad de herederos, el notario, en alternancia esta vez con el letrado de la Administración de Justicia, puede ser el encargado del nombramiento del contador-partidor o de la aprobación de la partición realizada (artículo 1057 CC). En definitiva, la gran mayoría de actuaciones que pueden darse –típicas o atípicas– a lo largo del procedimiento sucesorio orbitan en torno a la figura de este con una fuerza centrípeta prácticamente imposible de eludir.

Además de estos sujetos, profesionales del Derecho, a los que hemos hecho referencia –jueces, letrados de la Administración de Justicia y notarios–, también existen otros sujetos cuya intervención es requerida, en ciertas ocasiones, por la ley. Tal es el caso de los testigos¹⁰⁶ y los in-

que el notario debe ceñirse estrictamente a la forma y requisitos establecidos por la ley, pues podría resultar responsable si autorizase un testamento sin observación de las solemnidades requeridas (artículos 705, 712.4, y 715 CC).

¹⁰⁶ Sobre los testigos, conviene apuntar que en la primera versión del CC de 1889 su intervención era obligatoria en prácticamente todos los testamentos, a excepción, claro está, del ológrafo. Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 228, califica la intervención de testigos como «tradicional» en el Derecho de la época. Y es que, en efecto, los artículos 694 CC (testamento abierto) y 707.2 CC (testamento cerrado) solían exigir la presencia en el acto de otorgamiento de tres y cinco testigos respectivamente. Esta tendencia histórica cambió significativamente tras la reforma operada por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos. En la actualidad, la intervención de los testigos tiene más bien carácter residual, estando limitada únicamente a situaciones de verdadera necesidad o por deseo del testador. Existen, además, dos posibles tipos de testigos: los de conocimiento, de una parte, y los instrumentales, de otra. Ambos tipos no son excluyentes, pues el propio artículo 698.1 CC se encarga de establecer su compatibilidad, al señalar que «los testigos de conocimiento, si los hubiera, (...) podrán intervenir además como testigos instrumentales». Los primeros son aquellos cuya razón de ser se encuentra en la función de identificación del testador y su cometido es netamente claro: reconocer al testador, identificándolo, cuando el notario no pueda hacerlo, bien porque no conoce al testador, bien porque no puede identificarlo mediante documentos expedidos por autoridades públicas (artículo 685 CC). Los segundos, por el contrario, son aquellos cuya finalidad consiste en *atestiguar* el otorgamiento de testamento. La doctrina más ilustre ha defendido que la función de estos testigos es de tipo «autorizativa» o «de publicidad», pero no, *a priori*, de tipo probatoria (véase Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, 1967, p. 228). En nuestra opinión, esta tesis encajaba mejor con la regulación antigua cuando

térpretes¹⁰⁷, cuya previsión legal y participación tienen cabida únicamente en sede de sucesión testamentaria y que adquieren carácter procedimental porque cuando su participación es requerida por la ley, la misma se constituye como requisito de validez; si no se observase tal requerimiento el testamento otorgado sin dicha intervención preceptiva será nulo¹⁰⁸.

se exigía la presencia de testigos en todo testamento notarial; hoy en día ya no parece plausible sostener este criterio: parece más acertado considerar que su función es de naturaleza puramente *asistencial*, ya que la intervención de los testigos ha quedado restringida a los casos en que el testador no sepa o no pueda firmar, no sepa o no pueda leer por sí el testamento, o cuando su presencia sea requerida por el testador o el notario; salvo para el caso de los testamentos especiales (hablamos aquí de testamento militar y marítimo, de una parte, y de los testamentos abiertos especiales regulados en los artículos 700, para el caso inminente de muerte, y 701, para epidemia, de otra). En nuestra opinión, la intervención preceptiva de los testigos en estos testamentos especiales sí tiene finalidad «autorizativa» en el sentido que comentaba Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN; la función tiene una cierta naturaleza *fedataria* o *probatoria*, pues todos ellos son supuestos de testamentos realizados en condiciones atípicas, la mayoría de las veces, de forma oral, y sin que exista mayor prueba que la ratificación de los testigos de los deseos ordenados. No resulta pues extraño que en condiciones de imperiosa necesidad (artículos 700 y 701 CC) se incremente el número de testigos que deben presenciar y dar fe del otorgamiento, siendo necesarios cinco para el caso de muerte inminente, y tres testigos mayores de dieciséis años para el caso de epidemia. En ambos casos, los testigos deberán conocer e identificar al testador, así como verificar su capacidad (artículo 685.2 CC). La razón de esta exigencia de un mayor número de testigos, que deberán ejercer como testigos de conocimiento e instrumentales al mismo tiempo, parece plenamente justificada y basada en el reemplazo de las garantías formales que todo testamento ha de cumplimentar. Por último, es importante señalar que cualquiera de estos dos tipos de testigos habrán de ser idóneos. Los criterios de idoneidad están configurados de manera negativa: todo aquel en que no concorra alguna causa general de ineptitud, de las mencionadas en los artículos 681 y 682 CC, podrá intervenir como testigo. Los tres primeros apartados del artículo 681 CC y el artículo 682 CC establecen criterios de inidoneidad que bien podrían ser prohibiciones, pues parece que lo que se busca es evitar una posible captación de voluntad. De acuerdo con los preceptos mencionados, no podrán ser testigos ni el cónyuge o los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del notario autorizante ni quienes tengan con éste relación de trabajo (artículo 681.5 CC); para los testamentos abiertos, tampoco podrán ser testigos los herederos y legatarios en él instituidos, sus cónyuges, ni los parientes de aquéllos, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad (artículo 682 CC). Sobre este último artículo, es menester señalar que la reciente STS de 19 de octubre de 2016 (RJ 2016, 4938), ha señalado que la pareja de hecho de la instituida heredera puede ser testigo idóneo, pues no cabe interpretación extensiva de la referida prohibición a la pareja sentimental.

¹⁰⁷ El artículo 684 CC hace preceptiva la participación de un intérprete, elegido por el testador, cuando éste exprese su voluntad en lengua que el notario no conozca (antes de la reforma de la Ley 30/1991 era necesaria la intervención de dos intérpretes). La función del intérprete consiste en traducir las disposiciones testamentarias a la lengua oficial del lugar de otorgamiento. Su participación queda así limitada a los casos en que se otorgue testamento abierto, no siendo necesarios cuando el testamento sea cerrado u ológrafo. Además, el artículo 684 CC exige que el testamento abierto ante notario esté escrito en las dos lenguas con indicación de cuál ha sido la empleada por el testador. En caso de que se produzcan dudas o discrepancias entre ambos textos, parece que debe darse preferencia al texto escrito en el idioma expresado por el testador; véase Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 227, sobre lo que denomina el sistema de doble texto o doble columna.

¹⁰⁸ Según la STS de 12 de noviembre de 1964 (RJ 1964, 5080), «existen dos grupos de causas de nulidad, unas, que llaman de nulidad general, pues afectan al testamento considerado como un todo orgánico indivisible –son las referentes a la capacidad, al consentimiento, a las solemnidades esenciales para su validez– y otras, denominadas causas de nulidad parcial, que solo originan la ineficacia de la cláusula que contraviene un determinado precepto legal, sin comunicarla a todo el testamento».

1.7.3 LOS SUJETOS NATURALES

1.7.3.1 *El causante*

El causante o difunto es el sujeto que promueve el procedimiento sucesorio, también llamado *de cuius*, y su importancia es máxima pues todas las cuestiones relativas a su sucesión girarán en torno a él y a sus circunstancias personales. Por obvio que parezca, el causante ha de ser una persona física, pues el Derecho de Sucesiones no se ocupa de los casos relativos a la muerte o extinción de persona jurídica¹⁰⁹. Además, no se exige, como es natural, ningún tipo de capacidad especial para ser causante: toda persona natural origina un procedimiento sucesorio tras su muerte; únicamente se exige cierta capacidad para ser testador, esto es, para declarar, según las formalidades previstas, cómo desea que el proceso sucesorio sea resuelto.

La importancia del causante en el proceso sucesorio es tal que se debe atender con carácter previo a determinadas circunstancias relativas a su persona; así, es necesario conocer su nacionalidad y/o residencia habitual al momento del fallecimiento, y también la situación geográfica de sus bienes, pues en caso de que existan elementos transnacionales, habrá que estar a lo que dispongan las normas de Derecho Internacional Privado, en general, y al Reglamento 650/2012, en particular, para conocer la ley aplicable a la sucesión¹¹⁰. En el caso de que se trate de una sucesión estrictamente nacional, la ley aplicable vendrá determinada por la vecindad civil del causante. La determinación de la ley aplicable no es asunto fútil, pues la experiencia y el Derecho comparado ponen de manifiesto las diferencias que existen a la hora de regular cuestiones tan importantes como la libertad de testar, las legítimas y la liquidación de la sucesión, ya no solo entre los diferentes Estados, sino en

¹⁰⁹ Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), pp. 46 y ss., recoge la opinión de quienes refutan los principales argumentos para la no admisión de la sucesión hereditaria de la persona jurídica: a saber, que no cabe sucesión testamentaria porque las personas jurídicas no pueden hacer testamento y que no cabe tampoco sucesión *abintestato*, porque esta se basa en relaciones familiares. Según estas voces discrepantes, aun cuando la persona jurídica no pueda hacer testamento, sí puede realizar algún tipo de negocio jurídico unilateral en el que establezca el destino de sus bienes en caso de extinción, y, respecto de la sucesión *abintestato*, también podría haber delación a favor del Estado que es el llamado a suceder cuando faltan personas con derecho a heredar. Conviene resaltar que el artículo 39 CC señala que «se dará a sus bienes (de la persona jurídica) la aplicación que las leyes, o los estatutos o las cláusulas fundacionales, les hubiesen en esta previsión asignado. Si nada se hubiere establecido previamente, se aplicarán esos bienes a la realización de fines análogos», pero esto nada tiene que ver con la sucesión *mortis causa*, pues según Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN se debe «excluir del ámbito del Derecho de Sucesiones los problemas que origina la extinción de una persona jurídica».

¹¹⁰ Sobre la situación tras la entrada en vigor del Reglamento 650/2012, véase BONOMI Y WAUTELLET (2015).

nuestro propio panorama nacional, en el que coexisten el sistema común establecido en el Código Civil con otras normativas autonómicas, a menudo muy dispares ¹¹¹.

También es importante conocer el estado civil del difunto, y más concretamente, identificar si el causante estaba casado o no, o si se había constituido como pareja de hecho en los sistemas autonómicos que contemplan la existencia de derechos sucesorios entre los miembros de la pareja ¹¹². Si efectivamente el *de cuius* estaba casado habrá que ver si había estipulado o no un régimen económico o cuál es el aplicable en defecto, pues si lo fuere el de sociedad de gananciales del artículo 1316 CC ¹¹³ habría de liquidarse este previamente ¹¹⁴. A este respecto, se distinguen dos tendencias en la jurisprudencia: la primera considera que la liquidación ha de hacerse antes de la partición; la segunda

¹¹¹ Sobre la dimensión interregional, véase FONT SEGURA (2000), pp. 23-81; perspectiva más práctica es la que ofrece ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2012), pp. 153-202, donde se trasciende a la cuestión legitimaria y se ofrece una visión global de las sucesiones interregionales.

¹¹² TORRES GARCÍA y GARCÍA RUBIO (2014), pp. 165 y ss., recogen la cuestión de los derechos sucesorios del conviviente de hecho como uno de los temas suscitados por la evolución de las estructuras familiares en el momento presente, y para los que el derecho común no contempla respuesta directa. El legislador gallego optó por equiparar completamente las parejas de hecho con las parejas casadas (DA 3.ª LDCG), lo que supone, como dicen las autoras «tanto su reconocimiento como legitimario, como su inclusión en el elenco de llamados a la herencia intestada»; y en Cataluña, País Vasco, Mallorca y Menorca también se ha incluido al otro miembro de la pareja como legitimario. No obstante, las autoras creen que es más coherente el «sistema de *opt-out*», de acuerdo con el cual, el causante podría excluir al conviviente de su sucesión, y sin necesidad de que concurriese causa de desheredación, o bien en testamento o bien en pacto sucesorio, en los ordenamientos civiles de las CCAA en las que están admitidos. Las autoras también apuntan la conveniencia de que el legislador previese las consecuencias «que pueda tener la ruptura de la pareja previa a la muerte del testador en un testamento realizado antes y cuyo beneficiario principal sea el *ex* conviviente o que tenga alguna disposición a su favor», como ya ocurre en algunos ordenamientos jurídicos autonómicos, como el gallego. En jurisprudencia, véase también la STS de 26 de septiembre de 2018 (RJ 2018, 4258), en la que se considera ineficaz un legado realizado por el testador a su «pareja» toda vez que al momento de su fallecimiento la convivencia había ya cesado y la relación estaba extinta; por ello, el TS entiende que «el empleo de la expresión “su pareja” para referirse a la demandante no puede ser entendido como una mera descripción de la relación afectiva existente en el momento de otorgar el testamento, ni como mera identificación de la favorecida, a quien ya se identificaba con su nombre y apellidos. La mención a “su pareja” revela el motivo por el que el testador ordenaba un legado a favor de Cecilia, sin que haya razón para pensar que, de no ser su pareja, el testador la hubiera favorecido con un legado».

¹¹³ Advuértase que este régimen económico-matrimonial no es el general o el que se aplica subsidiariamente en todo el territorio español, pues ciertas Comunidades Autónomas, como Aragón, Cataluña y la Comunitat Valenciana, han establecido el régimen de separación de bienes como sistema subsidiario a falta de pacto entre los cónyuges. Una vez más, habrá de prestarse atención a la vecindad civil del causante para conocer cuál es el régimen económico-matrimonial aplicable, a falta de pacto.

¹¹⁴ En efecto, la muerte de uno de los cónyuges disuelve el matrimonio, y esta disolución, a su vez, acarrea la extinción *ipso iure* del régimen económico matrimonial (artículo 1392.1.º CC). Pero no solo la muerte disuelve el matrimonio, sino también la declaración de fallecimiento. La regla general es que, disuelto el matrimonio por muerte, no se puede continuar la sociedad de gananciales entre el cónyuge superviviente y los herederos del difunto, si bien, sí se puede constituir una sociedad civil o mercantil con la comunidad post-ganancial. Sobre esto, véase MARTÍN MELÉNDEZ (1995), pp. 87 y ss.; POU DE LA FLOR (2014), pp. 1254 y ss.

entiende que, por razones de economía procesal, es posible acumular la acción de liquidación de sociedad de gananciales y partición de la herencia. Sobre esta cuestión, el Tribunal Supremo se muestra contundente: «la nulidad de la partición por falta de la previa liquidación de la comunidad de gananciales es incuestionable»¹¹⁵, pues «el objeto de una partición hereditaria solo puede recaer sobre bienes de la exclusiva propiedad del testador, y la otra mitad de los bienes gananciales no lo son»¹¹⁶. No obstante, la realidad es que no existe un criterio uniforme entre la jurisprudencia menor, y es bastante habitual en la práctica que la liquidación de la sociedad de gananciales se efectúe conjuntamente con la partición de la herencia¹¹⁷. En cualquier caso, el hecho de que el causante estuviese casado dificulta sobremanera el objeto de nuestro estudio –la liquidación de su herencia–, pues habrá que distinguir entre los acreedores del consorcio y acreedores particulares de cada uno de los cónyuges¹¹⁸.

Por último, adquiere también relevancia en el procedimiento sucesorio el estado familiar del causante, pues en el caso de que existan legitimarios u otro tipo de reservatarios, habrá que estar una vez más a lo que la ley aplicable –Código civil o normativas autonómicas– disponga sobre reserva para estos, claro está, en el caso en el que dichas reservas se apliquen, pues como norma general no habrá derecho a ellas si la herencia es *damnosa*.

1.7.3.2 *Los sucesores*

Una de las cuestiones sucesorias de mayor trascendencia es precisamente la de esta dicotomía heredero-legatario como únicos posibles sujetos sucesores; solo en este sentido se puede interpretar el artículo 660 CC¹¹⁹: como una disyuntiva que nace de la ley y que «no admite género intermedio»¹²⁰. Por lo

¹¹⁵ STS de 15 de junio de 2006 (RJ 2006, 3538).

¹¹⁶ STS de 7 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 6395).

¹¹⁷ Véase, por ejemplo, el Auto de 2 de julio de 2010 de la AP de Asturias (JUR 2010, 276162).

¹¹⁸ OCAÑA RODRÍGUEZ (2009), p. 699.

¹¹⁹ Este precepto señala que «llámase heredero al que sucede a título universal, y legatario al que sucede a título particular».

¹²⁰ Expresión de ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 165, que además señala que esta contraposición herencia-legado es cardinal para el Derecho sucesorio. Un sector doctrinal critica ferozmente esta dualidad, y así, en Italia, BIN (1966), p. 244, señala que esta tradicional distinción representa una *summa divisio* absorbente y exclusiva en tema de contenido de testamento que merece una revisión. Hay autores como DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 23, que haciendo suyo el refrán popular «no hay dos sin tres» preconizan la figura del legitimario como una especie de tercer llamamiento o tercer sujeto sucesor; sin embargo, la doctrina dominante considera que, aun cuando en situaciones de lesión de legítima se abre parcialmente la sucesión intestada, esto no implica la existencia de un tercer tipo de vocación (*vid.*, entre otros, GARCÍA RUBIO 1989, p. 89).

tanto, ambas figuras sucesorias son verdaderas construcciones de la ley ¹²¹, si bien, su razón de ser responde a finalidades diferentes ¹²².

Para analizar esta dicotomía debemos retrotraernos hasta sus orígenes en Derecho romano; así, se dice que la figura del heredero se concibió para que este subentrara en la esfera personal del causante, asumiendo todas sus relaciones jurídicas transmisibles ¹²³. El legatario, por el contrario, nació como un mero adquirente de un beneficio, razón por la cual durante algún tiempo el legado se asimiló a una especie de donación; pero una vez estudiada la cuestión por la mejor doctrina, y debido a la falta de atribución patrimonial que se da en algunos tipos de legados, como el de pago de deuda, esta equiparación de legado con la donación devino claramente deficitaria ¹²⁴. La doctrina ha

¹²¹ LACRUZ BERDEJO (1981), p. 21 afirma que la figura del heredero es una construcción de la ley, pero en nuestra opinión, ambas figuras lo son.

¹²² En Italia, BONILINI (2009-A), p. 15, señala que la diferencia entre herencia y legado gira en torno a una diversa funcionalidad: el subingresso de un heredero responde, sobre todo, aunque no exclusivamente, a la exigencia objetiva, de interés general, de que alguien se ocupe de esas relaciones jurídicas que no se extinguen con la muerte del titular original. El legado testamentario, por contra, consiste en el subingresso en un derecho específicamente determinado que satisface, como regla, la exigencia subjetiva del causante de atribuir una ventaja con efecto *post mortem*. Título particular y título universal, por tanto, significan no solo discriminación en la cantidad, sino también en la calidad y naturaleza.

¹²³ A este respecto, conviene aclarar que, si bien al principio la idea de heredero surge como figura destinada a continuar la personalidad del difunto, esta concepción pierde fuelle a finales del s. XIX, comienzos del XX, pues la doctrina comienza a considerar que esta ficción tal vez tendría sentido a partir de un origen religioso en el que las obligaciones del causante se consideraban primitivamente intransmisibles, pero carece de todo sentido en los Derechos modernos que admiten la libre circulación de derechos. Además, la doctrina también comenzó a criticar esta tesis de la continuación de la personalidad al entender que la personalidad del difunto se extingue con su muerte; motivo por el que hoy en día esta idea está prácticamente superada. En definitiva, la figura del heredero tiene conferida una cualidad personal en virtud de la cual puede ingresar en estas relaciones jurídicas transmisibles del causante, de manera que el heredero no continúa la personalidad jurídica del causante, pero sí ingresa en su «esfera estrictamente personal». Véase al respecto, LACRUZ BERDEJO (1981), p. 24, y GARCÍA RUBIO (1989), p. 141. Durante algún tiempo, ciertos autores (entre otros, MELUCCI 1906, pp. 107 y ss.; SÁNCHEZ ROMÁN 1910, p. 18; MANRESA NAVARRO (1943), p. 422), asociaron al heredero con el representante del difunto; sin embargo, LACRUZ BERDEJO (1981), p. 22, critica esta idea, al entender que «representación significa, no el estar investido de un derecho como titular, sino el ejercerlo en interés de otro, el obrar en nombre de otro. Y el heredero es titular, sin más, de los derechos y relaciones hereditarios: obra, no en nombre del causante, sino en nombre propio». De todos modos, y de manera muy reciente, el TS ha dicho en la Sentencia de 21 de abril de 1997 (RJ 1997, 3248) que «por la aceptación pura y simple, el heredero asume la representación de la personalidad jurídica de su causante, sin limitaciones y debe pechar con las cargas que aquél consintió en vida...».

¹²⁴ Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 323, también menciona los legados de cosa ajena, los legados con gravámenes hasta el valor de la cosa legada, y la distribución de toda la herencia en legados como ejemplos que desvirtúan la idea por la cual el legado sería una figura análoga a la donación. VALVERDE VALVERDE (1916), p. 321, ya había hecho notar que la liberalidad en favor del legatario no es de esencia. En Italia, BONILINI (2003), pp. 13 y ss., admite que la cuestión de la supuesta liberalidad de los legados ha suscitado vivaces disputas doctrinales y que, hoy en día, el legado ya no puede asociarse a la *donatio testamentum relicta*, como se hacía en las fuentes clásicas, pues aunque la doctrina concuerda en que el *animus beneficandi* es afirmación natural sobre el legado, no es en absoluto esencial.

definido el legado de manera negativa, como lo opuesto a herencia¹²⁵; sin embargo, cierto sector, a la luz de figuras como el legado de pago y legado de condonación de deuda, que no producen una verdadera sucesión, ha definido el legado como «disposición de última voluntad, en virtud de la cual el testador ordena, en favor de ciertas personas, la creación, modificación o extinción de una relación obligatoria»¹²⁶.

Volviendo a los orígenes de la dicotomía heredero-legatario, se ha dicho que en un primer momento existía una relación de subordinación entre ambas figuras, estando el legado condicionado a la aceptación por parte del heredero. Esta subordinación no era solo material –respecto de la necesidad de aceptación del heredero–, sino también formal pues la *heredis institutio* era una figura de ineludible previsión que debía encabezar el testamento y de la cual dependían todas las demás cláusulas testamentarias, incluidas, cómo no, las mandas y legados. El legado era, por tanto, una disposición carente de autonomía que dependía de la aceptación de la herencia por parte del heredero. La jurisprudencia republicana no tardó mucho en darse cuenta del daño que esta dependencia podía causar a los legatarios, sobre todo si éstos morían antes de que aceptase el heredero –aceptación que el heredero podía retrasar a propósito en fraude del legatario–, por lo que se creó la dualidad *dies cedens, dies veniens: dies cedens* representaba el momento en que el legado era debido al legatario y que coincidía con la apertura de la sucesión; *dies veniens*, el momento en que el legado devenía exigible, cuando el heredero aceptaba el llamamiento¹²⁷.

Esta subordinación inicial no impidió que los legados adquiriesen verdadera difusión y popularidad en Roma, siendo tan frecuente la práctica de ordenarlos, que la institución de heredero se reducía a veces a un mero *nudum nomen*, razón por la cual durante una época fueron objeto de numerosas limitaciones¹²⁸; con el tiempo, estas limitaciones desaparecieron, y los legados dejaron de estar subordinados a la aceptación por parte de un heredero.

¹²⁵ VALVERDE VALVERDE (1916), p. 321; Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 324; ESPÍN CÁNOVAS (1978), p. 17; GARCÍA RUBIO (1989), p. 141; en la doctrina italiana, BONILINI (2003), p. 23.

¹²⁶ Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 325; en Italia, BONILINI (2003), p. 88.

¹²⁷ KASER (1968), pp. 343-344; FUENTESECA (1978), p. 510; GARCÍA RUBIO (1989), pp. 45.

¹²⁸ GARCÍA RUBIO (1989), pp. 47-48, hace notar la necesidad existente en la época de «limitar la absoluta libertad de legar». Así, en un primer momento, la *Lex furia testamentaria* (años 204-169 a. de C.) prohibió que se ordenasen legados superiores a mil ases, salvo si los destinatarios de estos eran el cónyuge supérstite o los parientes más cercanos. Esta prohibición no fue muy práctica, pues no evitaba que se ordenasen varios legados, todos ellos de cantidad inferior a la permitida, por lo que la *Lex Voconia* vino a prohibir que se ordenasen legados de cuantía superior a lo ordenado en favor del heredero. Años más tarde (40 a. de C.), la *Lex Falcidia* prohibió que el testador ordenase legados que viniesen a corresponder a las tres cuartas partes del activo sucesorio, siendo el cuarto restante la cuota que pertenecía al heredero *iure hereditario* (cuarta Falcidia). Por lo tanto, si el testador ordenaba legados por un valor superior a estas tres cuartas partes, todo lo que excediese del límite era nulo y estos legados debían reducirse proporcionalmente, salvo si el testador había dispuesto otra cosa.

En la actualidad, una parte de la doctrina parece concebir cierta dependencia del legatario hacia el heredero, pues como quiera que los legados son cargas impuestas al heredero, es necesario que exista al menos un llamamiento universal¹²⁹. Sin embargo, otro sector doctrinal considera que la figura del heredero ya no es necesaria, máxime si se admite, como hace el artículo 891 CC, que toda la herencia se distribuya en legados¹³⁰. Lo cierto es que hoy en día la relación de subordinación es infinitamente menor, pero, aun así, en la mayoría de los casos lo normal será que nazca entre el legatario y el heredero una relación de acreedor-deudor¹³¹.

Sea como fuere, y si bien es cierto que hay más diferencias que semejanzas¹³², ambas figuras tienen un denominador común: que tanto el heredero como el legatario son, en principio, sucesores, por lo tanto, estarán sujetos al mismo tipo de criterios sobre capacidad para suceder, prohibiciones y causas de indignidad sucesoria¹³³. También son aplicables a ambas figuras todo lo relativo (al menos en la sucesión testada) a modalidades accesorias, es decir, tanto la institución de heredero como el legado pueden estar sometidos a condición, término o modo, así como sustitución; además en ambas figuras tiene cabida el derecho de acrecer.

Dejando de lado estas características comunes, lo cierto es que en la mayoría de cuestiones, las instituciones de heredero y legatario son claramente contrapuestas; así, la primera diferencia –de máximo interés en este estudio–, es que su responsabilidad por deudas no será igual¹³⁴: mientras el legatario no responde, en principio, por deudas, salvo de las que resultare gravado por el testador y en cuyo caso con responsabilidad limitada a lo recibido por lega-

¹²⁹ ESPINAR LAFUENTE (1956), pp. 230 y ss.; ÁLVAREZ VIGARAY (1965), pp. 693 y ss.; ALBALADEJO GARCÍA (1997), pp. 27 y ss.

¹³⁰ GARCÍA RUBIO (1989), p. 220; MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES (1996), pp. 236 y ss.; CUADRADO PÉREZ (2002), pp. 835 y ss. Cabe señalar, además, que la STS de 21 de noviembre de 1950 establece que «una persona puede morir sin heredero, pues así puede ocurrir cuando distribuye toda la herencia en legados, caso previsto en el artículo 891 CC».

¹³¹ Es por ello habitual entre la mejor doctrina advertir que, mientras en la herencia existen solo dos sujetos causante-heredero; en el legado existen tres: testador-heredero-legatario; véase, entre otros, DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 329.

¹³² Una de estas diferencias es que la herencia existe en la sucesión testada e intestada; mientras que el legado solo existe en la testada. Así lo han dicho autores como ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 166, según el cual no hay legado en la sucesión *abintestato*, o GARCÍA RUBIO (1989), p. 129, para quien resulta inoperante el concepto de legado en la sucesión no testamentaria. Por el contrario, algunos autores sí creen que puede existir el llamamiento particular legal, o lo que es lo mismo, el legado *ex lege*, como en el caso de la legítima del cónyuge superviviente, el derecho de reversión legal de donaciones, la sucesión en el contrato de arrendamiento por muerte del arrendatario y el derecho de predetracción del artículo 1321 CC a favor del cónyuge. En Italia, la mayoría de la doctrina admite el legado legal (*vid.*, por todos, BONILINI 2003, p. 11).

¹³³ Véase en este sentido, artículos 744-762 CC.

¹³⁴ Así lo hace notar, entre otros, ESPÍN CÁNOVAS (1978), pp. 17-18.

do¹³⁵; el heredero sí se convierte, por efecto de la sucesión, en deudor personal de todas las deudas hereditarias. En este sentido, se han defendido dos posturas diferentes; así, de una parte, se ha considerado que el testador puede imponer el pago de deudas a uno o varios de los legatarios, pero estos no asumen una responsabilidad directa, ni universal, es decir con sus bienes, frente al acreedor del causante; deudor será siempre el heredero y el acreedor tendrá solo acción contra él. La carga de pago de deudas solo puede funcionar en la relación interna entre heredero y legatario¹³⁶. Sin embargo, otro sector doctrinal considera esta interpretación errónea, pues lo que se produce es una asunción cumulativa de la deuda por parte de los legatarios, quienes se colocan como deudores solidarios junto al heredero¹³⁷.

Otra diferencia entre el heredero y el legatario es que no existe derecho de representación en favor de este último¹³⁸, pues el artículo 888 CC ordena que «cuando el legatario no quiera o no pueda admitir el legado, o éste, por cualquier causa, no tenga efecto, se refundirá en la masa de la herencia, fuera de los casos de sustitución y derecho de acrecer». Por lo tanto, si el legatario no sobreviviese al testador, nada podrán recibir los sucesores de aquel¹³⁹; criterio que se aplicará también, en nuestra opinión, cuando se trate de un legado de parte alícuota. Asimismo, algunos autores también apuntan ciertas diferencias de forma respecto de la renuncia al legado, pues entienden que el legatario puede renunciar de forma expresa, sin las solemnidades que para la repudiación de la herencia exige el artículo 1008 CC; además, consideran que puede haber aceptación parcial del legado, pues el artículo 889 CC ordena que «el legatario no podrá

¹³⁵ GARCÍA RUBIO (1989), p. 173, señala, en cuanto al alcance de la responsabilidad de los legatarios, que «el correspondiente precepto del Proyecto de CC de 1851 recogía la responsabilidad de los legatarios gravados, incluso más allá del importe de lo que a ellos fuese dejado; este precepto fue rechazado por el Anteproyecto 1882-1888, en el que se establece el principio, influenciado por el Código mejicano y recogido en el CC español, según el cual los legatarios no estarán obligados a responder de los gravámenes, sino hasta donde alcance el valor de los legados que reciban» (artículos 576 del Proyecto de 1851 y 843 del Anteproyecto 1882-1888).

¹³⁶ Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 346.

¹³⁷ GARCÍA RUBIO (1989), pp. 373-375.

¹³⁸ No ocurre lo mismo en Italia, pues entre otros, MESSINEO (1962), p. 490, y BONILINI (2003), p. 55, consideran que si no opera la sustitución testamentaria, sí operará la representación, salvo si se trata de un legado de usufructo o de otro derecho de naturaleza personal, como el legado de habitación o alimentos. Y únicamente cuando no opere la representación, operará el acrecimiento.

¹³⁹ Hablamos pues de que el legatario ha de sobrevivir al causante lo que no impide, como han defendido autores como JORDANO FRAGA (1990), p. 348 y ss., que sí exista sucesión *iure transmissionis* en los legados también, para el caso de que el legatario muera sin aceptar ni repudiar el legado. Como dice el autor, presupuesto de la *transmissio* es que exista una delación eficaz, lo que implica sobrevivencia del llamado-transmitente al testador-primer causante, entre otras cuestiones.

aceptar una parte del legado y repudiar la otra, si ésta fuere onerosa», por lo que *a sensu contrario* sí podrán cuando la parte renunciada no sea onerosa¹⁴⁰.

El sistema de adquisición también supone otro punto que separa al heredero y al legatario y que responde a otra dicotomía clásica en Derecho de sucesiones: el sistema de adquisición *ipso iure* y el sistema de adquisición por aceptación. En este sentido, se ha dicho que el llamado a suceder como heredero únicamente adquiere el *ius delationis* con la apertura de la sucesión. El legatario, por el contrario, deviene titular *ipso iure* del legado en el momento de la muerte del causante, sin perjuicio de que pueda renunciar al mismo¹⁴¹, salvo si se hubiese ordenado bajo condición o término. Se ha discutido si es necesaria la aceptación o no por parte del legatario¹⁴²; en cualquier caso, que

¹⁴⁰ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 336.

¹⁴¹ STS 27 junio 2000 (RJ 2000, 5740). Para DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 336, existe un principio general innegable por el que nadie puede ser legatario contra su voluntad, o lo que es lo mismo, los legados podrán ser renunciados; además le resultarán aplicables por analogía, y en concepto de suplementarios, otros preceptos, como el 988, 989 o 997 CC.

¹⁴² En este sentido hay tres posturas: primero, ciertos autores defienden una postura intermedia, como SÁNCHEZ ROMÁN (1910), p. 1250, para quien el legado, «como título esencialmente lucrativo, puede y debe *presumirse* su aceptación, aunque ésta no se haya prestado realmente; pero en el legado con cargas es preciso la aceptación expresa del legatario». En segundo lugar, algunos autores consideran que siempre es necesaria la aceptación; así, entre otros, JORDANO FRAGA (1990), pp. 341-352, considera que la adquisición automática del legado, al igual que la adquisición automática de la herencia en los sistemas germánicos, implica una verdadera delación u oferta de adquisición al que resultan de aplicación los artículos 988, 989, 990, 991, 997, 1005, e incluso el 1006 CC; por lo tanto, el legatario adquiere, de forma automática con la apertura de la sucesión pero provisional, la titularidad legada, que no se hace definitiva sino hasta su aceptación (presunta, expresa o tácita). En tercer lugar, otro sector doctrinal considera que el legado no debe ser aceptado en ningún caso. Así, ALBALADEJO GARCÍA (1952), p. 919, considera que «aunque el legado sea con carga (caso que literalmente el artículo 881 como los anteriores autores no abarcan), creemos que se adquiere *ipso iure*, ya que el posible perjuicio del legatario se puede evitar con la repudiación». Asimismo, GARCÍA RUBIO (1989), pp. 152-154, considera que «aunque prácticamente ningún autor español ha llegado a afirmar con rotundidad –en la línea de la corriente italiana– la necesidad de aceptación para la consumación del proceso adquisitivo del legado, la exigencia del concurso de la voluntad efectiva del legatario podría encontrar cierto apoyo en el tenor literal del precepto transcrito, según el cual lo que el legatario adquiere a la muerte del testador no es el legado, sino el derecho a él»; no obstante, esta no sería una interpretación satisfactoria, ya que el precepto, «lejos de corresponder a esa *ratio*, hunde sus raíces en la dicotomía propia del derecho romano *dies cedens-dies veniens*, que en nuestros días, una vez superada la dependencia de la validez y eficacia del legado respecto de la adquisición de la herencia por el heredero, carece de justificación». Por ello, considera que «en Derecho español la adquisición del legado coincide con la delación, produciéndose generalmente en el momento de la apertura de la sucesión. El hecho de que la adquisición prescinda de la voluntad o el conocimiento del legatario no impide que quede a salvo la facultad de renunciar, ya que nadie puede ser obligado a adquirir el legado contra su voluntad». Este parece ser el criterio de la DGRN, tal y como se deduce de la Resolución de 19 de septiembre de 2002 (RJ 2002, 9937), en la que siguiendo doctrina ya establecida en las Resoluciones de 7 de enero de 1876, 6 de marzo de 1923, 12 de diciembre de 1927, o 3 de febrero de 1997 (RJ 1997, 853), se afirma que «en tanto no se acredite esa aceptación (del legado), ningún inconveniente existe para que la inscripción se practique al modo que cualquier otra adquisición de derechos sujetos a condición suspensiva, o sea, con la advertencia de que no se ha acreditado aquélla, extremo que podrá hacerse constar posteriormente en cualquier momento, y que estará implícita en cualquier acto voluntario que realice el titular del derecho inscrito como tal, sin

el legado se adquiera de forma automática no significa que sea exigible al momento de la muerte¹⁴³. El contenido de lo adquirido puede ser diferente según el tipo de legado que se trate; así, si el legado es de cosa específica y determinada propia del testador, lo que adquiere el legatario es la «inmediata transmisión de la propiedad o derecho real»¹⁴⁴; por el contrario, si el legado grava al heredero con la prestación de hacer o dar cosa no individualizada o ajena, entonces el legatario adquiere un derecho de crédito contra el gravado.

En cuanto a la sucesión en la posesión, las reglas se invierten: así, el legatario, a pesar de haber adquirido automáticamente el legado, habrá de reclamársela, en principio, al heredero, que será el legitimado *ex* artículo 440 CC

perjuicio de que acreditada la renuncia voluntaria o provocada se cancele la inscripción reviviendo la titularidad del causante hasta que se complete la partición con la adición de los derechos vacantes al margen del posible juego de una sustitución». En la doctrina italiana, dos son las líneas de pensamiento que se han fraguado acerca de la adquisición del legado: de una parte, un sector considera que la adquisición se produce de manera automática al momento de la apertura de la sucesión (entre otros, BENEDETTI 1969, p. 174); de otra parte, otro sector entiende que la adquisición del legado no se perfecciona mientras no concurre la aceptación del legatario o no se produzca la prescripción o decadencia del derecho a renunciar el legado (CICU 1959, pp. 329 y ss.; FERRI 1960, pp. 12 y ss.). Las diferencias entre una y otra postura son evidentes, pues la aceptación del legado es acto meramente confirmatorio para los defensores de la primera teoría, y acto necesario para los defensores de la segunda. Además, la naturaleza de la renuncia tampoco es la misma según unos y otros; así, para los primeros, la renuncia sería un *rifuto* primario o eliminativo, pues elimina la verificación de la adquisición del legado; para los segundos, se trataría de un *rifuto* equiparable a la repudiación de la herencia. BONILINI (2003), pp. 59 y ss., sostiene que la aceptación, aunque no sea necesaria, no es en absoluto superflua, ya que estabiliza el efecto del legado, excluyendo la posibilidad de renuncia al mismo. No obstante, el artículo 649 *Codice Civile* parece bastante claro, al señalar que «*il legato si acquista senza bisogno di accettazione, salva la facoltà di rinunziare*».

¹⁴³ Así se extrae de la RDGRN de 20 de julio de 2015 (RJ 2015, 4238), por la que se confirma la calificación negativa de inscripción de una escritura de entrega de legados en la que no solo faltaba el consentimiento de uno de los herederos, sino que este mismo había manifestado específicamente en la diligencia su negativa a hacerlo. Tiempo después, y tras su fallecimiento, se había pretendido la inscripción de la escritura, en base a tres razones fundamentales: la primera, que la entrega del artículo 885 CC no se trata en modo alguno de la tradición a que se refieren los artículos 609 y 1095 CC, toda vez que la propiedad del legado ya pertenecía al legatario desde la muerte del testador; la segunda, que la razón fundamental de la exigencia de entrega se encuentra en evitar perjudicar los derechos legitimarios, situación que en el presente caso no se daba pues el testador había muerto sin descendientes ni ascendientes legitimarios; y la tercera y última, que la condición de heredero que se negó a la entrega del legado no la pudo transmitir a sus hijos, por lo que habría que considerar que la entrega se tiene y tuvo por efectuada. No obstante, la DGRN desestimó el recurso presentado en base a dos razones: la primera, que los legatarios tienen expedita las acciones que la ley les concede para el amparo y ejercicio de sus derechos, tales como la acción *ex* testamento; y la segunda, que los artículos 885 CC, 3 LH y 81 RH exigen la escritura de entrega por los herederos, por lo que en consecuencia, y en caso de fallecimiento de uno de ellos, y de acuerdo con el principio de tracto sucesivo del artículo 20 LH, será necesario el consentimiento de los herederos del difunto heredero que se negó a la entrega del legado.

¹⁴⁴ Las directrices generales se encuentran en los artículos 881 y 882 CC. El primer precepto establece que «el legatario adquiere derecho a los legados puros y simples desde la muerte del testador y lo trasmite a sus herederos»; de otra parte, el artículo 882 CC vuelve a insistir en la aparente idea de adquisición automática al ordenar que «cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere...».

para suceder en la posesión de todos los bienes de la herencia¹⁴⁵. No en vano, se dice que este precepto regula la llamada posesión civilísima, cuando ordena que «la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia»; para el caso de que el llamado repudiase válidamente la herencia, el artículo prevé que se entenderá que «no la ha poseído en ningún momento».

Respecto a la falta de *successio possessionis* del legatario, cabe afirmar que esta prohibición de ocupar la cosa legada obedece a una razón práctica: los legados están subordinados al pago de las deudas y satisfacción de las legítimas¹⁴⁶. No obstante, existen diversas excepciones a esta prohibición general que afecta a los legatarios a la hora de posesionarse en los legados, estando por tanto facultados para hacerlo cuando: el legatario ya tenga la posesión de la cosa legada; no haya legitimarios y así lo autorice el testador; se trate de un prelegado; toda la herencia se distribuya en legados; el legado sea en pago de legítima; el legatario sea usufructuario universal de la herencia o se trate de un legado de parte alícuota; o cuando el legado no sea susceptible de posesión, como ocurre con la constitución de hipoteca testamentaria a favor del legatario (artículo 248.2 RH)¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Véase sobre la posesión civilísima y posesión del legatario CALVO MELJIDE (1990), pp. 43 y ss. Según el artículo 442 CC, «el que suceda por título hereditario no sufrirá las consecuencias de una posesión viciosa de su causante, si no se demuestra que tenía conocimiento de los vicios que la afectaban; pero los efectos de la posesión de buena fe no le aprovecharán sino desde la fecha de la muerte del causante». Sin embargo, en el *Codice* italiano, el heredero continúa la posesión del causante; en efecto, esta *successio possessionis* del llamado ha sido ampliamente estudiada por la doctrina italiana, que no es unánime a la hora de justificar su existencia. Así, un sector considera que es consecuencia del principio de la *saisine* que operaba antes de la reforma del *Codice* de 1942 mediante la transmisión *ope legis* del título de heredero con la facultad de renuncia, pero limitado ya a la posesión (entre otros, FERRI 1997, p. 125 y ss.). Otro sector considera que la posesión del llamado es *animo vocationis* y por tanto completamente diferente a la posesión del heredero que ha aceptado la herencia –*animo hereditario*– (en contra, CORAPI 2009, p. 349, para quien dicho criterio de distinción es artificioso por cuanto «la posesión o la hay o no la hay»). Por último, un tercer sector ve al llamado como una especie de curador de la herencia, teoría que parece adecuada a la luz de las acciones posesorias de las que dispone el llamado para tutelar la herencia y sin necesidad de aprehensión material de cada uno de los elementos que forman parte de la misma (por todos, NATOLI 1947, pp. 53 y ss.). Todo lo expuesto ha llevado a algunos autores a considerar que esta sucesión en la posesión del llamado es una figura anómala, pues no solo prescinde del *corpus*, sino también del *animus possidendi*, ya que puede ocurrir que el llamado no tenga intención alguna de aceptar la delación (véase CORAPI 2009, pp. 340-347); si bien, la jurisprudencia ha afirmado que la posesión de mala fe es una presunción *iuris tantum* que puede ser desvirtuada con prueba en contrario.

¹⁴⁶ La RDGRN de 13 de enero de 2006 (RJ 2006, 645) señala que «como ha dicho la doctrina más autorizada, los legados, cualquiera que sea su naturaleza, están subordinados al pago de las deudas y, cuando existen legitimarios –lo que no es el caso– al pago de las legítimas y la dispersión de los bienes perjudicaría la integridad de la masa hereditaria, y, por tanto, a los acreedores».

¹⁴⁷ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), p. 70; véase también la RDGRN de 19 de noviembre de 1952 (RJ 1952, 2816).

Por lo tanto, salvo en los casos que acabamos de mencionar, el legatario deberá pedir la posesión de la cosa ¹⁴⁸.

Por último, ambas figuras difieren en relación con la extensión del llamamiento diferido; en este sentido, el artículo 660 CC ordena que: «llámase heredero al que sucede a título universal, y legatario al que sucede a título particular». Del tenor literal del artículo se podría concluir que nuestro Código Civil sigue un criterio objetivo de distinción entre ambas figuras ¹⁴⁹, y que por lo tanto, siempre que el llamamiento trate de una fracción o cuota aritmética del as hereditario se considerará que hay institución de heredero; mientras que si el llamamiento se refiere a objetos concretos, o a una parte del saldo favorable, habrá legado ¹⁵⁰. Sin embargo, las cosas no son tan claras en la práctica, ya no solo porque ciertos autores, y también la jurisprudencia, consideran que es necesario atender a la voluntad real del testador, sino sobre todo porque la ley admite ciertas figuras mixtas que complican todavía más la cuestión. Nos referimos a la institución en *ex re certa* y al legado de parte alícuota.

La admisibilidad del heredero *ex re certa* es dudosa; en cualquier caso proviene del artículo 768 CC cuando señala que «el heredero instituido en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario» ¹⁵¹. Quienes admi-

¹⁴⁸ Sobre esta solicitud, la STS de 8 de mayo de 1989 (RJ 1989, 3673) determinó que el legatario debe solicitar la entrega a todos los herederos gravados, no pudiendo un solo heredero hacer la entrega. Además, el legatario tampoco podrá solicitar la entrega durante la realización de inventario cuando hay declaración de hacer uso del beneficio de inventario (artículo 1025 CC), ni tampoco antes de la liquidación y partición de la herencia, si hubiese legitimarios (se rechaza la inscripción de escritura cuando algún legitimario que debió concurrir a la partición no intervino). En este sentido, la RDGRN de 30 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 5272) establece que «en ningún precepto de nuestro Derecho positivo se establece la exigencia de que la entrega del legado de cantidad se practique antes de la partición».

¹⁴⁹ Por todos, ESPÍN CÁNOVAS (1978), p. 20. Respecto a los criterios legales sobre cómo determinar ante qué tipo de sucesor nos encontramos (heredero o legatario), existen tres tesis principales, a saber, la subjetiva (o romana), la objetiva (o germánica) y la mixta. Los defensores de la primera tesis (entre otros, DE BUEN 1931, p. 264; LACRUZ BERDEJO 1981, p. 30) creen que debe primar la voluntad del causante, esto es, la designación que él haya hecho. Los partidarios de la segunda (entre otros, CASTÁN TOBEÑAS 1978, pp. 94 y ss.) consideran que, si bien la voluntad del causante es trascendental, habrá que atender al contenido real de la disposición a la hora de considerar si estamos ante una institución de heredero o legatario. Este asunto se regula en el artículo 668 CC que claramente apuesta por el criterio objetivo, al señalar «el testador puede disponer de sus bienes a título de herencia o de legado. En la duda, aunque el testador no haya usado materialmente la palabra heredero, si su voluntad está clara acerca de este concepto, valdrá la disposición como hecha a título universal o de herencia». En el Derecho romano, por el contrario, lo decisivo para conferir el título de heredero era el nombramiento, es decir, el empleo de la propia palabra *heredero* (vid., LACRUZ BERDEJO 1981, p. 29).

¹⁵⁰ SÁNCHEZ ROMÁN (1910), p. 20, «la cualidad de heredero o legatario no depende del *derecho* que se adquiriera, sino del *modo* como se adquiere, según que sea a título universal o particular»; ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 166.

¹⁵¹ VALLET DE GOYTISOLO (1989), pp. 668-669, considera que el instituido en cosa cierta no es heredero; solo podría considerársele tal si se probara que el testador se limitó a individualizarle el contenido de su participación en las relaciones activas sin excusarle de que sufriese las pasivas como verdadero continuador suyo.

ten esta figura lo hacen con base en tres razones: la primera, que su existencia se remonta al Derecho romano, donde era una institución plenamente válida; la segunda, que es necesario interpretar la cláusula en aras del *favor testamenti* para interpretar correctamente la voluntad del causante¹⁵²; por último, que es un recurso de gran utilidad para llevar a cabo la partición por el testador¹⁵³.

En la legislación italiana, la regulación de esta figura parece mucho más sencilla, pues el artículo 588 CCit establece que las disposiciones testamentarias, cualquiera que sea la expresión o denominación usada por el testador, son a título universal y atribuyen la cualidad de heredero, si comprenden la universalidad o una cuota de los bienes del testador; las otras disposiciones son a título particular y atribuyen la cualidad de legatario. La indicación de bienes determinados o de un complejo de bienes no excluye que la disposición sea a título universal, cuando resulta claro que el testador ha querido asignar esos bienes como cuota del patrimonio¹⁵⁴. Por lo tanto, la institución *ex re certa* será válida como llamamiento universal cuando resulte clara la intención por parte del testador de asignar la cosa específicamente mencionada como cuota del propio patrimonio¹⁵⁵. La doctrina ve en la institución *ex re certa* un recurso del que dispone el testador para indicar la medida aritmética en la que participa el instituido, es decir, es un instrumento a través del cual el testador puede determinar la cuota de participación del heredero sin expresarlo numéricamente como un porcentaje dentro del conjunto ideal¹⁵⁶; por ello, a menudo es con-

¹⁵² LACRUZ BERDEJO (1981), p. 32, después de indicar que en el Derecho romano clásico, el heredero instituido en una sola cosa sucedía en el todo *detracta rei certae mentione* como consecuencia de que la institución de heredero en testamento excluía al heredero *abintestato*, señala que hoy en día, la regla del artículo 768 CC es meramente una norma interpretativa o una mera presunción que puede desvirtuarse probando que la verdadera intención del testador era nombrarlo heredero y embestirlo de la cualidad personal que esta condición implica. En efecto, la institución aparece a finales de la República, y en especial, en los inicios del Imperio romano. Las Partidas admitieron la institución, pero no así el Ordenamiento de Alcalá, que la abolió. Lo mismo ocurrió con el Proyecto de Código civil de 1851 (*vid.*, ROCA-SASTRE MUNCUNILL 1995, pp. 334-335).

¹⁵³ GARCÍA RUBIO (1989), pp. 250 y ss., afirma que la institución de heredero *ex re certa*, de gran utilidad para llevar a cabo la partición por el testador, solo se considerará tal cuando la cosa venga a simbolizar una abstracta participación en la herencia.

¹⁵⁴ El precepto original señala que: «*le disposizioni testamentarie, qualunque sia l'espressione o la denominazione usata dal testatore, sono a titolo universale e attribuiscono la qualità di erede, se comprendono l'universalità o una quota dei beni del testatore. Le altre disposizioni sono a titolo particolare e attribuiscono la qualità di legatario. L'indicazione di beni determinati o di un complesso di beni non esclude che la disposizione sia a titolo universale, quando risulta che il testatore ha inteso assegnare quei beni come quota del patrimonio*».

¹⁵⁵ DELLE MONACHE (2004), p. 909, señala además que la redacción del artículo 588 CCit prevé la necesidad de proceder a una pesquisa en aras de aclarar la efectiva consistencia del querer.

¹⁵⁶ Para GARCÍA RUBIO (1989), pp. 250 y ss., la institución de heredero *ex re certa*, de gran utilidad para llevar a cabo la partición por el testador, solo se considerará tal cuando la cosa venga a simbolizar una abstracta participación en la herencia.

siderado también como el recurso a través del cual el causante puede realizar una división de su patrimonio sucesorio con efectos reales¹⁵⁷. No obstante, en los casos en los que exista duda porque la voluntad del testador no ha sido clara al respecto, la doctrina italiana no es pacífica: algunos autores consideran que la exigencia de una voluntad clara por parte del causante es tal que, en caso de duda, la atribución testamentaria sobre bienes determinados será calificada de legado¹⁵⁸; por el contrario, otros entienden que, a fin de satisfacer una exigencia de orden público, la disposición testamentaria debe interpretarse como institución a título universal¹⁵⁹.

Poder distinguir si una institución *ex re certa* tiene carácter universal o particular no es desde luego un asunto trivial, pues de ello se derivan consecuencias, algunas tal vez no queridas por el testador o inconvenientes para el sucesor, como puede ser la relativa a la responsabilidad por deudas hereditarias. Pero además, otra consecuencia a tener en cuenta está en la facultad de adquirir (o no) derecho sobre otros bienes del testador. La doctrina italiana ha debatido largo y tendido acerca de si el instituido *ex re certa* participa en el reparto de los elementos patrimoniales de los cuales el testador no había dispuesto, bien porque los ignoraba, bien porque son adquiridos después de la redacción del testamento. En este sentido, dos son las tesis que se han ofrecido: la primera, que el instituido *ex re certa* participa en el reparto en virtud de la fuerza expansiva que caracteriza la sucesión a título universal, y en proporción al valor de la cuota¹⁶⁰. Su participación será proporcionada, pues, al valor de cuota, que se calcula *a posteriori*. Los partidarios de esta corriente creen que el instituido, bien sea *ex re certa* o *ex parte*, es heredero y, por tanto, sucesor a título universal, y debido a que en ambos casos el instituido ostenta la condición personal de heredero, no puede existir diferencia alguna de tratamiento, pues admitir tal cosa iría contra el principio de igualdad constitucionalmente reconocido. La segunda tesis, por el contrario, se basa en que ha de abrirse sucesión legal respecto de los bienes no contemplados expresamente

¹⁵⁷ PERLINGIERI (2011), pp. 475-480.

¹⁵⁸ Por todos, DELLE MONACHE (2004), p. 910.

¹⁵⁹ Por todos, PERLINGIERI (2011), pp. 463 y ss., quien llega incluso a criticar la interpretación en favor de sucesión particular, ya que considera que prevalece en el ordenamiento jurídico la exigencia de individuar un continuar de la personalidad del difunto que sea responsable *ultra vires hereditatis*, a fin de tutelar los intereses de eventuales terceros acreedores de la herencia. Además, también pone de manifiesto la dificultad de probar cuál es la precisa intención del testador acerca de la institución de que se trate y cita la sentencia del Tribunal de Roma de 12 febrero 2003, donde, ante una cláusula testamentaria de distribución de algunos bienes se afirma que, en caso de duda sobre la naturaleza jurídica de la institución, se debe interpretar en favor de una vocación a título universal, sobre todo si se tiene en cuenta el carácter residual de la cualidad de legatario.

¹⁶⁰ Por todos, PERLINGIERI (2011), p. 465.

en el testamento, pues según el artículo 734.2 CCit, si en la partición del testador no están comprendidos todos los bienes al tiempo de su muerte, aquellos de los que el testador no hubiera dispuesto serán atribuidos conforme a la ley, si no resulta una voluntad diferente por parte de aquel¹⁶¹.

Por último, otra consecuencia de esta distinción tiene relación con el artículo 869 CC al enumerar los tres supuestos en los que un legado queda sin efecto, a saber: cuando el testador transforma la cosa legada, de modo que no conserve ni la forma ni la denominación que tenía; cuando el testador la enajena, por cualquier título o causa; y cuando la cosa legada perece del todo viviendo el testador, o después de su muerte sin culpa del heredero. Cabe preguntarse, pues, si esta disposición es aplicable también a la institución *ex re certa*; en este sentido, la mayoría de la doctrina considera que no, que esta norma viene a establecer una revocación tácita del legado cuando hay enajenación o transformación de la cosa legada ya que representa una norma excepcional no aplicable analógicamente a la institución *ex re certa*¹⁶²; otro sector doctrinal critica esta postura haciendo notar que no se trata de una norma excepcional, pues la revocabilidad es característica normal y nunca excepcional de los actos *mortis causa*: los actos de última voluntad implican necesariamente el elemento de una *perseverantia in voluntate*, esto es, una voluntad continuada y permanente hasta la muerte¹⁶³.

La otra figura a medio camino entre un heredero y un legatario es la del legatario de parte alícuota¹⁶⁴. Este legado se da cuando el testador ordena una

¹⁶¹ CAPOZZI (2002), p. 52; en jurisprudencia véase *Cass.*, 23 marzo 1963, n. 737; *Cass.*, 9 febrero 1977, n. 574; *Trib. Bari*, 7 enero 2008, n. 119-120. PERLINGIERI (2011), pp. 467-468, critica este planteamiento por ir contra la idea de que no falta en este caso una vocación testamentaria a título universal, y teniendo en cuenta pues la «centralidad» del testamento como instrumento jurídico en el ámbito sucesorio y la subsidiariedad de la sucesión legal, no cabe sino interpretar, *favor testamenti*, que el heredero *ex re certa* podrá participar en el reparto de los bienes no contemplados en el testamento en virtud de la fuerza expansiva de la llamada a suceder a título universal.

¹⁶² GARCÍA RUBIO (1989), p. 260 considera que «la salida de la *certa res* del patrimonio del causante no extingue el objeto de la disposición, sino que se mantienen en vigor todos los efectos derivados de la participación que la cosa transformada, enajenada o perdida, venía a simbolizar», a diferencia de lo que ocurre pues con el legado. De otra parte, la doctrina italiana considera que esta presunción de revocación tácita admite prueba en contra sobre la verdadera voluntad del testador; *vid.*, entre otros, SCALISI (1974), p. 494; AZZARITI (1982), p. 592; en jurisprudencia, *Cass.* 26 noviembre 1987, n. 8780, n. 90.

¹⁶³ En Italia, GIAMPICCOLO (1954), p. 257. PERLINGIERI (2011), pp. 469-485, critica que se considere excepcional la norma, pues las normas sobre revocación tutelan inequívocamente la libertad testamentaria y la voluntad del *de cuius*, manifestada expresa o tácitamente durante toda su vida, por lo que no deben considerarse norma excepcional; además, y aunque sí fuese norma excepcional, el autor también pone de manifiesto que la legalidad constitucional no puede excluir *a priori* la interpretación extensiva y la aplicación analógica de las normas excepcionales dentro de un determinado contexto.

¹⁶⁴ Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 328; ALBALADEJO GARCÍA (1997), p. 31, hacen notar las diferencias entre el legatario de parte alícuota y el heredero en relación con la ineficacia; así, si el legado de parte alícuota fuese ineficaz, habría lugar a refundición del legado en la herencia; por el contrario, si la institución de heredero fuese ineficaz, se abriría sucesión abintestada. Véase también RODRÍGUEZ ROSADO (2017), pp. 45-46.

atribución de cuota o parte alícuota de la herencia; legado irregular que, al igual que el instituto *ex re certa*, se encuentra admitida *de facto* por nuestra doctrina¹⁶⁵ y jurisprudencia¹⁶⁶, aunque no esté expresamente regulada. Royo Martínez¹⁶⁷ la califica de figura anómala y discutidísima, y apunta como fundamento de su admisibilidad la «accidental afirmación» del artículo 655 CC que, regulando quienes no pueden pedir reducción de la donación, incluye a los legatarios que no sean de parte alícuota; su previsión legal es, por tanto, negativa.

Según la doctrina, esta figura ya se admitía en sus orígenes romanos¹⁶⁸, aunque nunca han faltado detractores que denunciaban su inoportunidad¹⁶⁹; así, algunos autores han puesto de manifiesto la deficiente configuración del legado de parte alícuota como institución jurídica dentro de nuestro ordenamiento¹⁷⁰. Todo este desorden ha conducido a una clara escisión entre la doctrina, donde un primer sector considera que el legado de parte alícuota se configura como un derecho de crédito –que a su vez puede ser *pars valoris bonorum* o *pars bonorum*¹⁷¹–; un segundo sector sostiene que el legatario de parte alícuota debe ser equiparado de manera total al heredero con beneficio de inventario¹⁷²; y por último, un tercer sector entiende que el legatario de parte alícuota y el heredero solo pueden ser equiparados en lo que concierne a la

¹⁶⁵ Entre otros, DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 323 señala que «hay quienes sostienen que el legado parciario es siempre una institución de heredero, pero parece más exacto pensar que la atribución de una cuota hereditaria se puede hacer tanto por vía de institución de heredero, como por vía de legados».

¹⁶⁶ Por todas, STS de 11 de enero de 1950 (RJ 1950, 21).

¹⁶⁷ ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 138; en igual sentido, VALLET DE GOYTISOLO (1955), p. 247, afirma que «el Código Civil solo alude al legado de parte alícuota en el artículo 655, en forma incidental y harto desafortunada». Para DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 326, la redacción del artículo 655 se debe a un «lapsus» del legislador, como consecuencia de una errónea traducción del CC italiano, que a su vez habría traducido mal del CC francés, pues en el sistema francés, la palabra *legataire* tiene un significado diferente al nuestro: significa heredero voluntario.

¹⁶⁸ Véase en este sentido VALLET DE GOYTISOLO (1955), pp. 228-247, que estudia el origen y evolución de la figura. Asimismo, DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 325 habla de la admisibilidad de este legado en Derecho romano, cuya función principal residía en «obviar la dificultad que determinadas personas tenían para ser herederos, o eximirlos de los deberes familiares (culto a los dioses lares, etc.)».

¹⁶⁹ OSSORIO MORALES (1941), pp. 118 y ss., afirma que la admisibilidad de esta figura encierra una grave contradicción y amenaza con incluso borrar por completo la diferencia que separa al legado y a la institución de heredero; DÍAZ CRUZ (1951), p. 490, se adhiere a esta teoría y considera que al no haber regulado esta figura el Código Civil en la sección de las mandas y legados no cabe afirmar su admisibilidad.

¹⁷⁰ Por todos, ROCA-SASTRE MUNCUNILL (1995), pp. 51 y ss.

¹⁷¹ Entre otros, VALVERDE VALVERDE (1939), pp. 326 y ss. y ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 138.

¹⁷² Por todos, ARMERO DELGADO (1951), p. 41, que cita la STS de 16 de noviembre de 1940 en la que se asimila el legatario de parte alícuota al heredero con beneficio de inventario, y afirma que «no pudiendo aplicársele íntegramente las normas de la sucesión universal o de la singular, la sentencia examinada entiende que, respecto a la responsabilidad de este legatario por deudas hereditarias, su condición es asimilable a la del heredero a beneficio de inventario; por consiguiente, con responsabilidad limitada a su adquisición de bienes hereditarios». En opinión de NÚÑEZ MUÑOZ (2001), pp. 222 y ss., el legatario de cuota no se puede asimilar al heredero con beneficio de inventario, aunque, como dice, ambas figuras son muy similares.

copropiedad del as hereditario, por cuanto uno y otro tienen derecho a una *pars bonorum*¹⁷³. Sin embargo, parece que la teoría más plausible es aquella que sostiene que el legatario de parte alícuota será legatario cuando sea beneficiario de una cuota sobre el remanente, una vez liquidadas las deudas; mientras que será heredero cuando resulte beneficiario de una cuota de la herencia¹⁷⁴.

La falta de regulación del legado de parte alícuota es evidente, por mucho que la legislación procesal¹⁷⁵ e hipotecaria¹⁷⁶ hagan referencia a ella. Como consecuencia, a esta figura le resultan aplicables ciertos principios propios del llamamiento universal y otros del llamamiento particular; así, por ejemplo, el legatario de parte alícuota tiene concedidas ciertas prerrogativas propias de los herederos, como la facultad de ejercitar el retracto de coherederos regulado en el artículo 1067 CC¹⁷⁷; sin embargo, no podrá pedir anotación preventiva de su derecho en el Registro de la propiedad (artículo 42.7 LH). No obstante, podrá beneficiarse de una cuota sobre el remanente conservando los «privilegios» del legatario estándar; así, el legatario de parte alícuota no será considerado *deudor personal* de las cargas y obligaciones de la herencia, por no subrogarse en ellas, si bien le afectan, en el sentido de poder reducir su participación en los bienes y derechos hereditarios e incluso puede impedir su participación en la herencia si el pasivo hereditario es superior a su activo¹⁷⁸.

¹⁷³ VALLET DE GOYTISOLO (1955), pp. 269-271, que basa tal criterio en dos esquemas: primero, que el heredero sucede *in loco ius*; segundo, que el legatario parciario no sucede en las relaciones jurídicas del causante, sino que se le atribuye una cuota del activo líquido. Véase también la STS 22 de enero de 1963 (RJ 1963, 447) y la Resolución de 8 de marzo de 1965 (RJ 1965, 1485).

¹⁷⁴ SÁNCHEZ ROMÁN (1910), p. 1274, considera que el legado de parte alícuota «ha de formarse después de cumplidas las cargas de la herencia misma, incluso las especialmente establecidas por el testador al disponer de una parte de sus bienes, regla de liquidación que debe suponerse aceptada por el propio testador, salvo disposición en contrario». GARCÍA RUBIO (1989), pp. 239 y ss.; ALBALADEJO GARCÍA (1997), p. 21, afirma que solo cabe legado de parte alícuota del remanente, una vez después de pagadas las deudas, pero no legado de parte alícuota de herencia (pues legar y herencia son contradictorios); en definitiva, se puede legar activo o saldo hereditario, y solo ese es, según el autor, el verdadero legado de parte alícuota. MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES (1997), p. 19, considera que «tanto se trate de un legado de parte alícuota de bienes (STS de 11 de febrero de 1903) como de un legado de saldo (STS de 11 de enero de 1950), los bienes que finalmente serán atribuidos al legatario habrán de concretarse una vez liquidada la herencia». NÚÑEZ MUÑOZ (2001), pp. 37 y ss., considera que para que el legado de parte alícuota pueda ser posible deberá serlo solo del activo hereditario.

¹⁷⁵ El artículo 782 LEC les confiere la facultad de solicitar la división judicial de la herencia; el artículo 783 establece que deberán ser convocados a Junta por el letrado de la Administración de Justicia para designar contador y peritos; el artículo 792 señala que los legatarios de parte alícuota podrán instar la intervención judicial de la herencia; el artículo 793 ordena que los legatarios de parte alícuota sean citados para la formación de inventario, y por último, el artículo 795 les concede la posibilidad de ser nombrados administradores de la herencia.

¹⁷⁶ Artículos 146 y 152 RH.

¹⁷⁷ Por todos, ROCA-SASTRE MUNCUNILL (1995), p. 59. Sobre el retracto legal de coherederos, sus requisitos, su naturaleza y demás características véase CUTILLAS TORNOS (2000), pp. 67 y ss.

¹⁷⁸ STS de 16 de octubre de 1940 y RDGRN de 23 de junio de 1963.

En definitiva, como señala la doctrina, la diferencia entre heredero y legatario del artículo 660 CC hay que entenderla de la siguiente manera: el llamado a una universalidad será heredero, el llamado a una cosa cierta y determinada –como cosa individualizada y no como una manera de determinar la cuota asignada–, legatario; y el llamado a una parte alícuota de la herencia, podrá ser heredero o legatario ¹⁷⁹.

1.8 El objeto de la sucesión *mortis causa*

1.8.1 INTRODUCCIÓN: LA IMPORTANCIA DEL PATRIMONIO

Como hemos dicho, entre los fundamentos de la sucesión *mortis causa* se encuentra la transmisibilidad de las relaciones jurídicas de las que un sujeto era titular tras su muerte; esto ha de ser necesariamente así, pues si el ordenamiento permitiese que estas relaciones se extinguiesen por la mera circunstancia de la muerte de su titular –segura en cuanto a su ocurrencia, incalculable en cuanto al momento–, la celebración de actos o negocios jurídicos de cumplimiento postergado en el tiempo se haría prácticamente inviable. Este conjunto de relaciones jurídicas transmisibles (patrimonio personal) constituyen, tras la muerte del titular, el objeto de la sucesión hereditaria, pasando a denominarse *patrimonio sucesorio* o *patrimonio relicto*.

El patrimonio ¹⁸⁰ es por tanto una figura importante en lo que respecta a nuestro tema de estudio ¹⁸¹ y por ello conviene analizar sucintamente su cons-

¹⁷⁹ Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 323.

¹⁸⁰ DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS (1991), pp. 588 y ss., señala sobre el origen etimológico que «la voz *patrimonium* que pasa a las lenguas románicas, todavía utilizada en el lenguaje común y técnico moderno, denota etimológicamente la pertenencia al *pater* que en el antiguo Derecho romano era el único sujeto de derecho. Por tanto, patrimonio es todo aquello que pertenece al *pater* o que deriva del *pater*».

¹⁸¹ En este sentido, Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 1, considera que patrimonio y persona son ideas enormemente afines que recíprocamente se exigen, y que, el destino de este patrimonio desaparecida la persona es uno de los capítulos más importantes y dramáticos del derecho civil. CICCARELLO (1994), p. 47, llega incluso a afirmar que no se puede estudiar el fenómeno sucesorio sin su correcta relación con la propiedad. Además, VON IHERING, en una obra insigne como «La lucha por el Derecho», llega incluso a equiparar la propiedad (término clave en el concepto de patrimonio), con el honor personal, de forma tal que un ataque hacia nuestra propiedad sería como un ataque a nuestra persona, pues la propiedad no es más que la periferia de la personalidad extendida a una cosa. Por último, cabe señalar que el concepto de patrimonio ligado a la personalidad de su titular está muy arraigado no solo en el ámbito jurídico-doctrinal, sino también en el de los escritores más ilustres. Así, MAQUIAVELO, en su célebre obra «El príncipe» pone de manifiesto la importancia del patrimonio para una persona al afirmar que «los hombres olvidan antes la muerte del padre que la pérdida del patrimonio».

trucción teórica. En este sentido, la doctrina ha ofrecido diferentes teorías¹⁸²: de una parte, la teoría personalista, ampliamente defendida por autores franceses, considera que el patrimonio está sometido al arbitrio de una sola persona, a la acción de un único poder jurídico, y por tanto, constituye la más alta expresión de personalidad misma del hombre; la consecuencia de esta tesis es que solo las personas tienen un patrimonio, que es inseparable de las mismas. De otra parte, la teoría finalista surge por oposición a la anterior: si hay patrimonios que pertenecen a alguien también hay patrimonios que pertenecen a algo (*pertinere ad aliquid*) por estar afectos a un fin; surge así la noción de patrimonio de destino (*Zweckvermögen*) como contrapunto del patrimonio-capacidad; teoría que sin embargo se ha censurado por separar en exceso el patrimonio de la persona. Por último, las teorías realistas propugnan que no se puede hablar de patrimonio como algo distinto de los derechos y bienes que lo conforman; tesis que también se ha criticado por tratarse de una *postura escéptica* o *formulación negativa* del concepto de patrimonio que pierde todo interés. Tal vez por ello, De los Mozos¹⁸³ cree que el concepto de patrimonio es muy difícil de definir, y que hay que conformarse con una aproximación, criterio que compartimos. En nuestro caso, nos limitaremos a indicar las notas que caracterizan el patrimonio propio de una persona física, dejando fuera cualquier referencia que atañe a otros tipos de patrimonios especiales¹⁸⁴.

Así, se ha dicho que el patrimonio es un término de referencia¹⁸⁵ cuyo valor económico es un valor de permuta, es decir, se funda en la posibilidad de conseguir dinero por medio de su enajenación¹⁸⁶. Como características principales del patrimonio se pueden citar dos: de una parte, se trata de una masa heterogénea y variable, pues su composición podría ser distinta en cada momento dado¹⁸⁷; de

¹⁸² *Vid.*, entre otros, DE CASTRO BRAVO (1972), pp. 35-37 y DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS (1991), pp. 590-600.

¹⁸³ DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS (1991), p. 600.

¹⁸⁴ El patrimonio puede tener muchas formas y pertenecer a entidades diferentes a la persona natural, o no tener titular en absoluto; así, se puede hablar de patrimonios separados (como el de la herencia aceptada con beneficio de inventario), patrimonios colectivos (como el de las sociedades) o patrimonios interinos (como el de la herencia yacente). *Vid.*, en este sentido, DE CASTRO BRAVO (1972), pp. 56 y ss.; LACRUZ BERDEJO (1991), p. 127; BARRAL VIÑALS (2003), pp. 277-279.

¹⁸⁵ DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS (1991), p. 599, señala que una de las características del patrimonio es su referencia de pertenencia, actual o posible, a un determinado titular; BARRAL VIÑALS (2003), p. 267.

¹⁸⁶ VON THUR (1998), pp. 316-319.

¹⁸⁷ VOCI (1967), p. 150, identifica la herencia como un complejo unitario de elementos que no impide el aumento y disminución; cualidad que convierte a la herencia en un *corpo vivo*. DE CASTRO BRAVO (1972), p. 39, afirma que «no obstante lo heterogéneo y lo variable del patrimonio se le considera como unidad»; el patrimonio nace, crece, decrece y muere. DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS (1991), p. 597 considera que el patrimonio es una denominación colectiva y no simplemente una suma de bienes, pues no puede enajenarse el patrimonio personal como un todo, salvo a través de la sucesión hereditaria. BARRAL VIÑALS (2003), pp. 271 y ss., señala que el patrimonio, entre otras cuestiones, se puede extender a nuevos

otra parte, es una masa con vocación unitaria¹⁸⁸. Asimismo, se ha afirmado que en el patrimonio solo tienen cabida los derechos patrimoniales o susceptibles de valoración económica¹⁸⁹; el patrimonio se trataría así de un conjunto de elementos cuyas características normales son la transferibilidad, su transmisibilidad *mortis causa*, y su afectación a la satisfacción de los acreedores¹⁹⁰.

El patrimonio surge, de forma general, con el nacimiento de las personas físicas¹⁹¹, pues es en este preciso instante en el que estas pasan a ser titulares de un patrimonio, o de la expectativa de tenerlo¹⁹²; el patrimonio permanece así ligado a su titular de manera indisoluble durante toda su vida.

bienes o dinero que sustituyan a los anteriores, y también abarca incrementos de valor de bienes, producidos por plusvalías, accesiones y mejoras. La autora distingue entre una perspectiva dinámica y estática del patrimonio: el patrimonio es dinámico en virtud del artículo 1911 CC, en referencia a los bienes futuros; y es estático en la regulación del régimen económico matrimonial de participación en las ganancias. Entiende la autora que las nociones de patrimonio estático y dinámico coinciden en un momento temporal: el de la muerte del sujeto, momento en el que dicho conjunto de bienes pasa a ser patrimonio relicto.

¹⁸⁸ Sobre esta cualidad unitaria del patrimonio personal resulta interesante la STS de 15 de abril de 1982 (RJ 1982, 8154) en la que el Alto Tribunal debía dilucidar si, en la herencia de una persona casada en segundas nupcias había, tal y como se pedía en el recurso, dos patrimonios autónomos e independientes, estando uno de ellos formado por los bienes correspondientes a la sociedad de gananciales respecto de la primera esposa, todavía pendiente de liquidación. A este respecto, el Tribunal Supremo consideró que tal planteamiento era incomprensible, tanto fáctico como jurídicamente, pues se trataba de la «herencia de una persona cuyo haber patrimonial constituye una sola comunidad hereditaria surgida con su muerte, al abrirse la sucesión, incompatible de suyo con la pretendida separación de dos patrimonios autónomos». VON THUR (1998), p. 323, afirma que la unidad del patrimonio no cesa por la pérdida del sujeto, pues con la muerte del hombre, su patrimonio no se divide en derechos distintos, sino que se transfiere al heredero (o herederos) como un todo.

¹⁸⁹ DE CASTRO BRAVO (1972), pp. 38-39, considera como una de las principales características del patrimonio su posible valoración económica o estimación dineraria de los bienes y deudas que forman su contenido. Además, estima que el patrimonio tiene una esfera externa que implica metafóricamente hablando una frontera: «a este lado lo propio y en aquel lo ajeno»; y una esfera interna, que constituye el ámbito de libertad del titular del patrimonio que puede a su guisa tener, gozar o disfrutar de sus bienes.

¹⁹⁰ VON THUR (1998), pp. 318-319, considera que integran el patrimonio: «la propiedad y demás derechos reales; los créditos, en cuanto su objeto sea una prestación de valor pecuniario; los derechos de autor, de inventor, y el derecho de marca, entre los derechos sobre cosas incorpóreas; también tiene naturaleza patrimonial el derecho hereditario, aun cuando deba hablarse más propiamente de relación jurídica. Asimismo, son derechos patrimoniales, la participación en una comunidad unitaria y, bajo ciertos supuestos, la calidad de socio de una asociación. Los derechos de configuración, especialmente los de apropiación, pueden tener valor pecuniario». También entiende que solo forman parte los derechos susceptibles de valoración económica BARRAL VIÑALS (2003), p. 269.

¹⁹¹ Téngase en cuenta que, tal y como hace notar BARRAL VIÑALS (2003), pp. 267-268, es posible hablar del patrimonio del concebido, pues el artículo 29 CC establece que «el nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables», siempre que nazca con las condiciones del artículo 30 CC; más concretamente, el artículo 627 CC posibilita que «las donaciones hechas a los concebidos y no nacidos podrán ser aceptadas por las personas que legítimamente los representarían si se hubiera verificado ya su nacimiento».

¹⁹² DE CASTRO BRAVO (1972), p. 55, se pregunta si un mendigo tiene patrimonio, y la respuesta ha de ser afirmativa, ya que «le están atribuidos poderes sobre bienes embargables y no embargables, lecho, ropa, etc., sus bienes materiales y no materiales están amparados jurídicamente y su daño podrá ser valorado económicamente, y, en fin, responderá de sus deudas con todos sus bienes presentes y futuros». A este

Por último, y en cuanto a la composición, la doctrina ha mantenido dos tesis contradictorias: de una parte, algunos autores conciben el patrimonio como una masa de bienes que permanece ligada al titular en su condición de persona, sin requerir ninguna otra calificación, y que abarca todos los bienes y las obligaciones¹⁹³; de otra parte, otros autores entienden, por el contrario, que el patrimonio solo está formado por los derechos de titularidad activa, que pueden ser gravados por el pasivo que no forma, en ningún caso, parte de aquél¹⁹⁴. En cualquier caso, parece claro que es la suma del activo y el pasivo lo que determina el estado patrimonial (solventia o insolventia) de un sujeto¹⁹⁵.

La trascendencia del patrimonio en la vida de una persona es doble¹⁹⁶: de una parte, confiere a su titular libertad económica para poder vivir, desarrollarse e interactuar con otros sujetos¹⁹⁷; de otra, en él se incardina su responsabilidad por deudas, conforme a lo establecido en el artículo 1911 CC¹⁹⁸. Pac-

respecto, DORAL GARCÍA DE PAZOS GARCÍA DE PAZOS (1973), pp. 468-469, señala que «como consecuencia de la personalidad humana, cada persona tiene un patrimonio, incluso si carece de bienes».

¹⁹³ DE CASTRO BRAVO (1972), pp. 44 y ss.; LACRUZ BERDEJO (1991), p. 127, considera que «por patrimonio de una persona se entiende el conjunto de sus bienes y sus deudas»; VON THUR (1998), pp. 319 y ss., hace alusión al activo y pasivo del patrimonio.

¹⁹⁴ BARRAL VIÑALS (2003), p. 270, considera que «el patrimonio designa solo el conjunto de relaciones jurídicas activas del sujeto. En efecto, el elemento pasivo o conjunto de deudas quedan fuera del patrimonio. Por este motivo se entiende que las leyes a menudo se refieren al patrimonio mediante expresiones como *bienes* o *bienes y derechos*. El patrimonio está compuesto por las posiciones jurídicas activas del sujeto; mientras que las deudas no componen sino que gravan el patrimonio». Para la autora, es cierto que se puede considerar el patrimonio en referencia al saldo como expresión contable, una vez deducidas las obligaciones, pero esto «no prejuzga si las deudas deben entenderse dentro del concepto de patrimonio, simplemente ofrece una doble perspectiva en relación a una misma realidad».

¹⁹⁵ Véase DE CASTRO BRAVO (1972), pp. 44 y 54-55, sobre el estado patrimonial y definición de patrimonio. DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS (1991), pp. 589 y ss., considera que «bienes y deudas, en su conjunto, establecen el *balance* del estado del patrimonio (*solventia*)»; y, además, «con las deudas hay que tener en cuenta también las *cargas*. Efectivamente, éstas no son como las deudas, pero pueden llegar a tener una misma trascendencia negativa en el balance del patrimonio». Ejemplos de estas cargas serían los gravámenes sobre inmuebles, tales como servidumbre, censo o hipoteca, o la obligación de contribuir a los gastos de la cosa común.

¹⁹⁶ Sobre esta dualidad, véase, entre otros, ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 24 y DE CASTRO BRAVO (1972), p. 38.

¹⁹⁷ VON THUR (1998), p. 316, afirma que la finalidad del patrimonio es atender, en primer término, a las necesidades primarias y los placeres personales de toda índole, pero luego, también, a las aspiraciones ideales y altruistas. BARRAL VIÑALS (2003), pp. 273 y ss., considera que una de las dos funciones del patrimonio es cubrir el mínimo de subsistencia de cada persona, y que así se puede inferir de diversos preceptos de nuestra normativa: así, entre otros, el derecho de alimentos entre parientes; la donación de todos los bienes presentes del donante con la preceptiva reserva de *lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias* (artículo 634 CC); o los bienes imprescindibles para atender con dignidad la subsistencia del titular y de aquellos que dependan de él, que son inembargables *ex* artículo 606.1.º LEC.

¹⁹⁸ BARRAL VIÑALS (2003), pp. 273 y ss. En este sentido, MARTINO (2009), p. 374, señala que los sujetos actúan mediante un patrimonio (modificándolo: dinámica jurídica) y responden con un patrimonio (plano de responsabilidad), y que en eso consiste, en definitiva, el patrimonio. Sobre el artículo 1911 CC, DE CASTRO BRAVO (2003), p. 142, considera que «así, casi escondida, se coloca norma tan fundamental del Derecho», que produce responsabilidad patrimonial, «única subsistente hoy después

chioni¹⁹⁹ de hecho considera que sobre el patrimonio puede existir un doble dominio: el pleno del deudor, pero limitado por un dominio de sus acreedores; sin embargo, y en opinión de De Castro²⁰⁰, no es posible en Derecho moderno hablar de un dominio ni de un derecho de prenda por parte de los acreedores sobre los bienes del deudor. El artículo 1911 CC establece que el deudor responde con sus bienes, pero esta afección «no crea un derecho en los bienes, sino a los bienes»; por ello, cuando la deuda nace, surge también la responsabilidad, acompañando esta «a la deuda jurídica como la sombra al cuerpo, aunque, a veces, como la misma sombra, se quede en simple posibilidad, en potencia. Los bienes sobre los que recae o puede recaer la ejecución –bienes presentes y futuros– no forman la responsabilidad, sino la garantía; por eso es posible hablar de responsabilidad aunque sea insolvente el deudor». En definitiva, el patrimonio otorga pues a su titular la posibilidad de participar activamente en el tráfico jurídico cotidiano, solventando diariamente las necesidades más básicas y las no tan básicas; pero sabido es que toda libertad conlleva asimismo cierta responsabilidad, razón por la cual el patrimonio se configura también como el recurso –único–²⁰¹ con el que cuentan los acreedores para garantizar que, en caso de incumplimiento del deudor, podrán verse resarcidos con elementos integrantes de su patrimonio.

1.8.2 EL CONCEPTO DE HERENCIA

Una vez analizadas las características más esenciales del patrimonio personal, cabe traer a colación el artículo 659 CC, que no regula el contenido de la sucesión *mortis causa*, sino su objeto²⁰². Este precepto establece que «la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte»²⁰³; redacción que ha sido criticada en numerosas

de la larga evolución que va desde la *Lex poetelia* hasta, en los pueblos modernos, la exclusión, casi completa, del arresto personal».

¹⁹⁹ PACCHIONI (1927), p. 126.

²⁰⁰ DE CASTRO BRAVO (2003), pp. 144-145.

²⁰¹ La vetusta prisión por deudas está ya extinta en nuestro sistema. Hoy en día tan solo se contempla la responsabilidad civil del deudor, siendo el patrimonio de éste (o más bien, los bienes integrantes del mismo), el único medio de garantía por el cual se podrá obtener el resarcimiento de la deuda en vía judicial.

²⁰² Por todos, SANCHO REBULLIDA (1993), p. 1660.

²⁰³ SÁNCHEZ ROMÁN (1910), p. 53, afirma que la palabra bienes es una redundancia de la de derechos; ROBLES GARZÓN (1979), p. 12, considera que el patrimonio se compone de bienes y derechos, y no de bienes, «porque aunque estos son los que se aplican a las satisfacciones de las necesidades de una persona, el orden jurídico no tiene en cuenta las razones de proximidad material entre la persona y los bienes ni la disponibilidad de hecho. Lo que el orden jurídico tiene en cuenta es el vínculo jurídico entre el bien y la persona de ahí que la titularidad del bien, no el bien en sí, sea lo que ha de tener en cuenta el

ocasiones por su parquedad, pero matiza, al menos, que solo aquellas relaciones jurídicas que no se extingan con la muerte serán objeto de sucesión²⁰⁴.

Es, probablemente, debido al tenor literal del artículo 659 CC, que se ha considerado «patrimonio» y «herencia» como vocablos que hacen referencia al mismo concepto jurídico: la masa patrimonial de una persona, tanto en vida de ésta (patrimonio) como después de su muerte (herencia)²⁰⁵. En efecto, la herencia ha sido definida por la doctrina desde dos perspectivas diferentes: una subjetiva y otra objetiva²⁰⁶. En la perspectiva subjetiva, las fuentes clásicas asociaron la herencia con la sucesión *mortis causa*, es decir, como fenómeno de subrogación; en la perspectiva objetiva, la herencia se asocia con la masa o conjunto de bienes y relaciones patrimoniales objeto de la sucesión. Nosotros compartimos la opinión de quien entiende que la herencia solo hace referencia al objeto de la sucesión *mortis causa*, y no al fenómeno mismo²⁰⁷.

En su perspectiva objetiva, se podría definir la herencia como una *universitas iuris*, es decir, como un complejo o grupo de cosas de diversa naturaleza que son unificados objetivamente por efecto de la ley y que presuponen una unidad de destino²⁰⁸; sin embargo, ciertos romanistas consideran que la *here-*

legislador a la hora de caracterizar y definir el patrimonio». SÁNCHEZ CALERO (1990), p. 8, critica además la redacción del precepto, pues «incurre en la incorrección de entender que se sucede en los bienes, cuando, en realidad, lo que se transmite a los herederos son los derechos sobre los bienes».

²⁰⁴ Consideramos que dicha apreciación es, aunque escueta, acertada, ya que como expuso ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 21, «no todos los derechos subjetivos de una persona, ni todos los deberes, pueden ser independizados de ella y transmitidos otras personas». Es por ello que VOCI (1967), p. 145, afirmó que la extensión de la sucesión es «relativa» pues no se subentra en todas las relaciones jurídicas.

²⁰⁵ ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 25, afirma que «si en vida de un sujeto hablamos de su patrimonio, luego de fallecido hablaremos de su herencia».

²⁰⁶ BIONDI (1954), p. 51; VALVERDE VALVERDE (1916), p. 19; LACRUZ BERDEJO (1961), p. 101; CASTÁN TOBEÑAS (1978), pp. 70-71; ESPÍN CÁNOVAS (1978), pp. 8-16. Sin embargo, SÁNCHEZ ROMÁN (1910), p. 34, considera que la palabra herencia en las leyes de Castilla, anteriores al Código civil, se usa con tres significaciones: la primera, como modo de adquirir; la segunda, como totalidad económica de bienes, derechos y prestaciones; y la tercera, como resultado líquido que arroje el caudal hereditario, después de deducidas las cargas u obligaciones. ALBALADEJO GARCÍA (1997), pp. 10-11, por su parte, concibe hasta cuatro acepciones de la palabra herencia: así, la primera sería el *patrimonio que deja el difunto al fallecer*; la segunda, sería únicamente el núcleo patrimonial que va a los herederos; la tercera, sería la parte activa de la herencia, dejando fuera el pasivo; y, por último, la cuarta sería el fenómeno de la sucesión *mortis causa* en sí mismo.

²⁰⁷ SÁNCHEZ CALERO (1990), p. 7, rechaza la posibilidad de que herencia tenga ese doble significado y afirma que sucesión y herencia, aunque sean ideas muy relacionadas entre sí, constituyen dos conceptos distintos; por ello, no acepta que esas palabras sean «jamás sinónimas en la ciencia», pues herencia es el conjunto o universalidad de bienes, derechos y obligaciones, herencia es el objeto de la sucesión *mortis causa*.

²⁰⁸ FUENTESECA (1978), p. 421, afirma que la *hereditas* ya constituía en época clásica un concepto jurídico (*nomen iuris*) cuyo contenido es patrimonial; en efecto, la *hereditas* es el patrimonio, conjunto de cosas y derechos que se transmite a los herederos de una persona fallecida. Según el autor, ya desde la época de Cicerón consta que la *hereditas* era concebida como una unidad patrimonial. VALVERDE VALVERDE (1916), pp. 19-20, afirma que la herencia, según el concepto romano, es una abstracción o idealidad jurídica, un *nomen iuris*, que representa un concepto jurídico propio e independiente de su material contenido y el más perfecto desenvolvimiento del patrimonio, compuesto por cosas, derechos, créditos y obli-

ditas es parecida a otras *universitates*, pero se distingue de ellas en que primero, no se trata solo de cosas, sino también de deudas, que pueden conducir al concepto de *hereditas damnosa*, y segundo, que el conjunto hereditario no es una masa corporal, sino una entidad ideal. En definitiva, que la *hereditas* es una noción jurídica que tiene valor meramente empírico: cumple la función de describir un determinado régimen jurídico²⁰⁹.

No queda claro pues si patrimonio o herencia son sinónimos o representan las dos caras de una misma moneda –entendiendo el *averso* como patrimonio en vida y la *crux* como herencia tras la muerte, pero cuyo contenido y características hacen referencia al mismo monto patrimonial²¹⁰–. Cierta doctrina considera que no, por dos razones diferentes; de una parte, dichos conceptos no pueden hacer referencia a lo mismo, pues el patrimonio tiene cierta señal distintiva y positiva –solo hay patrimonio si el activo supera el pasivo; en caso contrario, no existe–, mientras que la herencia existe siempre, aunque el causante solo haya dejado deudas²¹¹, o incluso aunque no haya dejado ni bienes ni deudas²¹². Otros autores entienden que herencia y patrimonio no son lo mismo, pero porque la herencia trasciende también a la esfera extrapatrimonial e incorpora relaciones jurídicas que nacen tras la muerte del *de cuius*²¹³.

En nuestra opinión, es posible separar ambos conceptos, pero no en el sentido expuesto, sino en el de una antigua línea interpretativa del Tribunal Supremo, hoy en día completamente en desuso, según la cual la herencia vendría determinada únicamente por el remanente del patrimonio sucesorio, una vez deducido del activo el pasivo. Así, el patrimonio sucesorio sería la suma del activo y del pasivo, y la herencia, el remanente o producto final que quede tras

gaciones; es decir, todo el activo y el pasivo del difunto. En igual sentido, DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), pp. 30 y ss. y VALLET DE GOYTISOLO (1989), p. 620, que afirma que la herencia, como toda universalidad, no es una cosa, no es una realidad óptica ni ontológica, sino una realidad lógica, un elemento determinante de un modo de considerar los diversos elementos comprendidos en un conjunto.

²⁰⁹ VOCI (1967), pp. 154 y ss., que concluye: «*I Romani hanno visto questo perfettamente, e hanno detto l'hereditas nomen iuris: noi diciamo concetto giuridico, ma il giudizio è in definitiva il medesimo*».

²¹⁰ En este sentido, cabe traer a colación que, según PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (2004), p. 53, la palabra «herencia» procede del vocablo latino *hereditas*, que, a su vez, procede del término *herus* (dueño), así que la herencia sí podría ser un sinónimo de dueño o propietario.

²¹¹ Este es el criterio de VOCI (1967), p. 150, quien afirma que «*l'hereditas consta di cose, di crediti, di debiti: non può quindi confondersi con il concetto di patrimonio. Patrimonio è la somma delle attività che fanno capo a una persona; vale a dire, ciò che resta dopo la deduzione delle passività: pertanto, se il passivo supera l'attivo non si ha più, propriamente, un patrimonio. (...) Ma esso non può applicarsi alla hereditas: una hereditas esiste persino se l'ereditando ha lasciato solo debiti, o se comunque il passivo supera l'attivo*».

²¹² DE OLIVEIRA ASCENSÃO (2000), pp. 284-286, considera que es posible la existencia de una herencia vacía (*herança vazia*), situación en la que no habría herencia, pero sí heredero.

²¹³ SÁNCHEZ CALERO (1990), p. 9, afirma que «no se puede equiparar el concepto de herencia, como objeto de la sucesión, al de patrimonio subsistente del causante; aquél es más amplio que éste y, en definitiva, distintos».

la liquidación. Esta asociación de herencia con remanente, que es representativa del concepto de herencia en el derecho germánico, era el que se recogía en el Código de las Partidas, donde se definía como «la heredad e los bienes e los derechos de algun finado, sacando ende las debdas que deuía e las cosas ajenas que y fallasen» (7, 63, 8).

Consecuencia de esta tradición la encontramos en ciertas Sentencias del Tribunal Supremo; así, en la STS de 24 de noviembre de 1911 se afirmaba que «en reiteradas sentencias tiene asimismo declarado este Tribunal que la herencia la constituye el remanente que, después de pagarse los legados y deudas, quedare del conjunto de bienes, derechos y obligaciones del causante». En la STS de 5 de noviembre de 1920 se llegaba incluso a señalar que «siendo principio general de Derecho, sancionado por nuestra legislación, a contar desde las leyes de Partida, y constantemente aplicado por este Tribunal, que la herencia de una persona la constituye el remanente de sus bienes después de satisfechas sus deudas y obligaciones, es a todas luces improcedente cualquier decisión o proveído judicial que tienda a sujetar a determinadas responsabilidades la universalidad o conjunto de lo dejado por el testador». En la STS de 19 de septiembre de 1929 se estableció que «frente a la orientación jurídica que estima la transmisión hereditaria como una sucesión en la personalidad, se ha desenvuelto en nuestro Derecho y aflora constantemente en la jurisprudencia, la idea de que la herencia está constituida por una masa de bienes remanentes después de pagarse deudas y legados, y esta afirmación, que se encuentra en los refranes populares “primero es pagar que heredar”, y “donde hay deudas no hay herencia”, adquiere un especial relieve cuando el heredero catalán gravado, aparte de su derecho a la cuarta trebeliánica, necesita disponer de los bienes hereditarios para pagar deudas del testador».

Y no solo la jurisprudencia del TS tuvo a bien considerar que la herencia venía constituida por el remanente; también la Resolución de 19 de septiembre de 1929 afirmaba que «frente a la orientación jurídica, que estima la transmisión hereditaria como una sucesión en la personalidad, se ha desenvuelto en nuestro derecho y ahora constantemente en la jurisprudencia de los Tribunales la idea de que la herencia está constituida por la masa de bienes remanente después de pagarse deudas y legados, y esta afirmación también se encuentra en refranes populares, como lo de “primero es pagar que heredar”».

Este concepto reducido de herencia, criticado en su día por la doctrina, está como hemos dicho en desuso²¹⁴; sin embargo, tal vez si el fenómeno sucesorio termina por patrimonializarse de todo, tal y como propone la doctrina

²¹⁴ Por todos, LACRUZ BERDEJO (1961), p. 102.

más reciente, convendría recuperar esta antigua concepción de herencia como sinónimo de activo líquido o remanente.

1.8.3 LA TRANSMISIBILIDAD DE LAS RELACIONES JURÍDICAS

En cuanto a la transmisibilidad de las relaciones jurídicas, ya hemos dicho que el artículo 659 CC no la aclara en exceso, más allá de indicar que no serán transmisibles las relaciones que se extinguen con la muerte de su titular. Por lo tanto, es necesario acudir a la interpretación doctrinal y jurisprudencial de este artículo para concretar en mayor detalle qué relaciones, activas y pasivas, se transmiten *mortis causa*.

En este sentido, la doctrina ha afirmado de forma genérica que todas aquellas relaciones heredables deberán ser heredadas²¹⁵; adviértase sobre ello que solo serán heredables aquellas de las que el causante sea el titular, tal y como establece la STS de 7 de diciembre de 1988²¹⁶ al invalidar una partición que afectaba a bienes de los que el causante no podía disponer libremente, por ser gananciales y no haberse liquidado previamente la sociedad.

Entrando ya a analizar la expresión del artículo citado «que no se extingan por su muerte», convendría matizar una cuestión que, si bien obvia, merece ser observada: la extinción de una relación jurídica no siempre trae aparejada su falta de vinculación con el fenómeno sucesorio. En efecto, puede ocurrir que dicha extinción o bien exija algún tipo de comportamiento por parte del sucesor²¹⁷, o bien origine *ex novo* una relación jurídica completa-

²¹⁵ LACRUZ BERDEJO (1961), p. 108; SANCHO REBULLIDA (1993), p. 1660.

²¹⁶ RJ 1988, 9301. En el fundamento sexto el Alto Tribunal señala que «el principio general de que nadie puede transmitir o disponer de aquello que no es suyo (*nemo plus iuris transfert quam habet; nemo dat quod non habet*) tiene su plasmación concreta en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que a la sucesión hereditaria en general se refiere, en el artículo 659 del Código Civil, que circunscribe la herencia de todo causante a los bienes, derechos y obligaciones que integren su patrimonio y que no se extingan por su muerte, (...) que facultan a toda persona a disponer por testamento de todos sus bienes o de parte de ellos, a título de herencia o de legado. Asimismo, como aplicación más concreta de dicho principio general, la partición que, como una más de las clases o formas de partición hereditaria, puede hacer el propio testador, conforme al artículo 1056 del mismo Código Civil, presupone necesariamente, como requisito condicionante de la validez y eficacia de la misma, que se refiera a bienes que formen parte del patrimonio del testador que la hace, como exige expresamente el citado precepto cuando habla de la partición de sus bienes, sin que, por tanto, pueda referirse o comprender bienes que no sean de su pertenencia, como ya tiene declarado esta Sala –Sentencias de 20 de mayo de 1965 (RJ 1965, 2602), 17 de mayo de 1974 (RJ 1974, 2068), 5 de junio de 1985 (RJ 1985, 3095), entre otras–».

²¹⁷ LACRUZ BERDEJO (1961), p. 113, hace notar que el mandato cesa por muerte del mandante, si bien el heredero ingresa en todas las consecuencias jurídicas que se hayan producido antes o después de la muerte del causante a consecuencia de un poder otorgado por él (artículos 1732 y 1738 CC); de igual modo el mandatario no transmite sus posibilidades de actuación a sus herederos: éstos quedan obligados a dar cuenta de su muerte y a proveer entre tanto a lo que las circunstancias exijan en interés del mandante.

mente diferente. El primero de los casos ocurre por ejemplo cuando el causante, comodatario en una relación contractual establecida en atención a su persona, fallece; en este caso, el artículo 1742 CC establece que «las obligaciones y derechos que nacen del comodato pasan a los herederos de ambos contrayentes, a no ser que el préstamo se haya hecho en contemplación a la persona del comodatario, en cuyo caso los herederos de éste no tienen derecho a continuar en el uso de la cosa prestada», por lo tanto, es dicha extinción la que genera una obligación a cargo del sucesor: la de devolver la cosa objeto de comodato²¹⁸. Asimismo, la extinción de una relación jurídica del causante puede originar otra *ex novo* como, por ejemplo, la patria potestad extinta que propicia el nacimiento de una tutela.

En otro orden de cosas, el fallecimiento de una persona física puede originar otras relaciones jurídicas, aunque no deriven de la extinción de una relación previa. En este caso se dice que la muerte del causante se convierte en *causa* del nacimiento de ciertos derechos subjetivos patrimoniales, que nacen completamente *ex novo*, y que en ningún caso podrán considerarse incluidos dentro de la herencia; ejemplos de esto lo encontramos en las pensiones de orfandad o viudedad, la indemnización por muerte, bien cuando halla su causa en la ley²¹⁹; en una acción que nace *iure proprio* y no *iure hereditatis*²²⁰ o en el

²¹⁸ Por todos, LETE DEL RIO y LETE ACHIRICA (2006), p. 464.

²¹⁹ En este sentido se manifiesta el TS en varias sentencias, como la de 1 de julio de 1981 (RJ 1981, 3037), que señala «los titulares de la indemnización (esposo e hijos) fundamentan su derecho no en ser herederos de su madre y esposa sino en ser perjudicados por su fallecimiento (...), y siendo así no se considera el derecho de indemnización como ingresado en la herencia de la víctima a efectos de su transmisión, y sí en cambio se reconoce a favor de los más próximos parientes (cónyuge viudo o hijos) una acción de indemnización nacida del hecho de la muerte, derecho originario para cuyo ejercicio no necesitan demostrar que son herederos del fallecido». La jurisprudencia menor sigue el mismo criterio pues, por ejemplo, la SAP de Madrid de 1 de diciembre de 2006 (JUR 2007, 75449) dice «debe recordarse que el derecho a la indemnización por fallecimiento nace precisamente como consecuencia del óbito y no antes. No forma parte, por ello del patrimonio hereditario sencillamente porque la indemnización no había sido percibida por el causante en vida, ni era un derecho que éste tuviera pendiente de ejercitar, pues no es a él a quien se resarce la pérdida de su vida, sino a quienes le sobreviven, reparándoles el daño moral por la muerte de un ser querido, y conviene en este punto advertir que el artículo 659 CC solo considera herencia los bienes y derechos de una persona que no se extingan con su fallecimiento, y, por ello, han de estar ya incorporados al patrimonio del difunto antes de producirse el deceso». FRANZONI (2009), pp. 549 y ss., señala que el resarcimiento de daño por fallecimiento del causante es un derecho de crédito que nace en favor de los beneficiarios como *iure proprio* y no *iure successionis*.

²²⁰ Ejemplo de ello lo encontramos en la STS de 4 de octubre (RJ 2006, 6427), en la que se señala que «no es la condición de heredero, sino la de perjudicado, la que legitima a las personas para promover la acción que nos ocupa [de indemnización por la muerte del difunto en accidente laboral], y constituye pacífica y reiterada doctrina jurisprudencial la relativa a que el derecho a reclamar este tipo de indemnizaciones pertenece *ex iure proprio* a la persona que resulte perjudicada por el suceso y no *ex iure hereditatis*, pues tal derecho, en todos los casos y con mayor incidencia en los supuestos de muerte instantánea, no llegó a formar parte del caudal relicto y, por tanto, no ha podido transmitirse a los herederos». También se puede citar la STS de 18 de julio de 2018 (RJ 2018, 4081), de la Sala de lo Social, en el que se establece que forman parte del caudal hereditario los derechos nacidos y no ejercitados o en trámite de ser ejercita-

contrato de seguro²²¹. En relación con este último, la indemnización debida se considerará fuera del caudal hereditario²²², aun cuando el seguro y la compensación económica se hayan tomado en favor de los *herederos* sin mayor concreción²²³. Estos beneficiarios serán, por tanto, los que al momento de la muerte del tomador estén llamados a suceder, con independencia de si aceptan o repudian el llamamiento²²⁴; únicamente en el caso de que el tomador del seguro no hubiese designado un beneficiario antes de su fallecimiento, pasará esta indemnización a formar parte del patrimonio sucesorio²²⁵. La distinción entre

dos por el causante; por ello, estima el recurso: la viuda del trabajador fallecido murió antes de obtener sentencia reconociendo los daños y perjuicios causados, por lo que sus herederos la sucedieron en las acciones y derechos que la misma conservaba al tiempo de su fallecimiento. Otras SSTs que se pueden citar son la de 4 de mayo de 1983 (RJ 1983, 2622) y la de 14 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8970). Diferente será pues la reclamación que se haga de una indemnización que ya había nacido en vida del causante, y que se transmite vía hereditaria, como en la STS de 13 de septiembre de 2012 (RJ 2012, 11071). En este caso los padres habían reclamado la indemnización que habría correspondido a su hija, de haber seguido viviendo, por un daño sufrido. En este caso, el TS consideró que «el perjuicio extrapatrimonial trae causa del accidente, y el alcance real del daño sufrido por la víctima estaba ya perfectamente determinado a través de un informe médico forense por lo que, al margen de su posterior cuantificación, era transmisible a sus herederos puesto que no se extingue por su fallecimiento, conforme el artículo 659 CC». Y por ello, se trata de «un derecho que, aunque no fuera ejercitado en vida de la víctima, pasó desde ese momento a integrar su patrimonio hereditario, con lo que serán sus herederos, en este caso sus padres, los que ostentan derecho *iure hereditatis*, y, por tanto, legitimación para exigir a la aseguradora su obligación de indemnizar lo que el causante sufrió efectivamente y pudo recibir en vida».

²²¹ Para el caso de la indemnización por muerte, el artículo 85 LCS admite que se designe a los *herederos* como beneficiarios del seguro, pues señala que «si la designación se hace en favor de los herederos del tomador, del asegurado o de otra persona, se considerarán como tales los que tengan dicha condición en el momento del fallecimiento del asegurado. Si la designación se hace en favor de los herederos sin mayor especificación, se considerarán como tales los del tomador del seguro que tengan dicha condición en el momento del fallecimiento del asegurado». Mas esta posibilidad no equivale a que los beneficiarios adquieran esa indemnización por su calidad de herederos, ni que dicha indemnización deba entenderse incluida dentro del patrimonio sucesorio.

²²² Por ello, es apropiada la crítica que hace MUÑIZ ESPADA (1995), p. 1700, al señalar que la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, de 18 de diciembre de 1987, en su artículo 3.c, establece como hecho imponible a los efectos de este impuesto «la percepción de cantidades por los beneficios de contratos de seguros sobre la vida cuando el contratante sea persona distinta del beneficiario». En Italia, ZOPPINI (1998), p. 1086, lo define como *successione privilegiata*.

²²³ Como dice MUÑIZ ESPADA (1995), pp. 1658 y ss., la designación puede efectuarse al momento de la suscripción de la póliza, o después, o en testamento; si bien, la peculiaridad de la designación testamentaria reside en que «hasta la muerte del causante, en este caso tomador del seguro y asegurado, no sería conocida su voluntad, a no ser que de algún modo, comunicase esta intención, además, tanto al beneficiario como al asegurador».

²²⁴ La anteriormente citada SAP de Madrid de 1 de diciembre de 2006 (JUR 2007, 75449) señala que «la mención de los herederos legales al indicar quiénes son los beneficiarios, es una mera fórmula de identificación, sustituible por cualquier otra como la indicación de los nombres concretos de las personas a quienes se va a hacer entrega de la indemnización».

²²⁵ El artículo 84 LCS dice, en este sentido, que «si en el momento del fallecimiento del asegurado no hubiere beneficiario concretamente designado, ni reglas para su determinación, el capital formará parte del patrimonio del tomador». MUÑIZ ESPADA (1995), pp. 1665 y ss., considera que esta circunstancia puede obedecer a diferentes causas, «como a la no simple designación de ningún beneficiario, muerte prematura del beneficiario o del estipulante antes de formalizar la atribución, conmorencia de estipulante y beneficiario, o ineficacia del nombramiento hecho»; o también en caso de «designación como beneficiaria a la propia herencia».

beneficiario del seguro y heredero es importante por dos razones: de una parte, en la relación aseguradora y beneficiario no se pueden aplicar las normas sobre capacidad para recibir por testamento; de otra parte, los beneficiarios, cuando no hayan aceptado el llamamiento a título universal, no serán responsables –ni tampoco lo será la cantidad que reciban– por deuda alguna del difunto.

Volviendo al *quid* del asunto –la transmisibilidad *mortis causa* de las relaciones–, conviene traer a colación la STS que ha supuesto un hito en esta materia: la de 11 de octubre de 1943²²⁶, que establece que «si bien es cierto que en nuestra legislación se nota la falta de un concepto genérico que sirva de guía en la diferenciación de derechos transmisibles e intransmisibles *mortis causa*, no lo es menos que en el Código Civil abundan pasajes en que, con referencia a relaciones jurídicas individualizadas o concretas, se declara que el derecho fenecce o no con la muerte del titular y que, en último término, la deficiencia o aparente laguna legislativa de que se trata puede ser remediada cumplidamente por las vías y procedimientos normales de la interpretación e integración del sistema jurídico, y así, atendiendo a la naturaleza y contenido de la relación jurídica y a las declaraciones legales y convencionales que le afectan, cabe llegar a una determinación enunciativa de los derechos exceptuados de la transmisión por causa de muerte, como suele formularla la doctrina científica, comprendiendo como intransmisibles, en principio y con ciertas salvedades, los derechos de carácter público; los personalísimos o de tal suerte ligados a determinada persona por sus cualidades, parentesco, confianza, etc., que tienen su razón de ser preponderante y a veces exclusiva en elementos o circunstancias que solo se dan en el titular –*ossibus inhaerent*–, y por último, algunos derechos patrimoniales de duración limitada, legal o convencionalmente, a la vida de una persona; siendo significativo el hecho de que ni en el concepto ni en la enumeración de derechos intransmisibles esté comprendido el de impugnación de negocios jurídicos que lesionen la legítima, por lo que, a falta de razón suficiente en contrario habrá de ser catalogado dentro de la norma general indicada».

Asimismo, la STS de 17 de febrero de 1981²²⁷ señala que «si bien es cierto que ante la falta de una normativa sobre los que en esta sucesión son transmisibles o intransmisibles, ha venido la doctrina de esta Sala estableciendo, a título enunciativo, como excepciones al principio general de la transmisibilidad, los que en atención a su naturaleza han de tenerse como intransmisibles, como lo han de ser los de carácter público, o los *intuitu personae* e personales en razón a estar ligados a una determinada persona en atención a las

²²⁶ RJ 1943, 1034.

²²⁷ RJ 1981, 563.

cualidades que le son propias –los en general denominados o calificados de personalísimos– como parentesco, confianza y otras, que por ley o convencionalmente, acompañan a la persona durante su vida».

Por lo tanto, se puede afirmar que las relaciones jurídicas serán por norma general transmisibles, salvo en tres supuestos: cuando se trata de derechos de carácter públicos, de derechos personalísimos o de derechos que, siendo patrimoniales, sean de carácter vitalicio. Estas sentencias dieron, por tanto, pautas de valor incalculable que han permanecido activas hasta nuestros días²²⁸; en este sentido, debe matizarse que aunque el Tribunal Supremo hable de *derechos*, se aplicarán los mismos criterios de transmisibilidad tanto al activo como al pasivo sucesorio.

1.8.4 EL ACTIVO SUCESORIO

Como venimos de decir, el ordenamiento tiende a favorecer la continuación de los derechos y de las relaciones jurídicas; por ello, la extinción de la relación y su intransmisibilidad es la excepción²²⁹. Para analizar esta cuestión distinguiremos entre activo patrimonial, extrapatrimonial y un *tertium genus*, el patrimonio virtual, que podrá ser patrimonial o no.

1.8.4.1 *El activo patrimonial*

En cuanto al activo patrimonial, la regla general es su transmisibilidad *mortis causa*²³⁰, independientemente de si se trata de derechos reales o derechos de crédito²³¹. Así, y entre otros, la explotación económica del derecho de autor forma parte de la herencia y es transmisible *mortis causa*²³²; también los

²²⁸ La jurisprudencia del TS ha mantenido tal criterio de manera firme y reiterativa; así, entre otras, véanse la SSTS de 26 de marzo de 1994 (RJ 1994, 2523) y 30 de octubre de 1995 (RJ 1995, 7653).

²²⁹ Así lo expresa BONILINI (2009-A), pp. 6 y 295.

²³⁰ En Italia, MARTINO (2009), p. 396.

²³¹ La transmisibilidad de los derechos de crédito como regla general viene determinada en el artículo 1112 CC, que señala que «todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes si no se hubiese pactado lo contrario», y el 1257 CC, que ordena que «los contratos solo producen efecto entre las partes que lo otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley».

²³² Esta transmisibilidad viene expresamente recogida en el artículo 42 Ley Propiedad Intelectual, que señala que «los derechos de explotación de obra se transmiten, *mortis causa*, por cualquiera de los medios admitidos en Derecho». Si bien, y como dice GALVÁN GALLEGOS (2000), p. 30, la única limitación que concierne a la transmisibilidad de este derecho viene referida a su duración, contemplada en el

derechos de patente, los modelos de utilidad, la marca y la facultad de solicitud de registro de la misma²³³. La transmisibilidad no afecta solo a la relación jurídica en sí, sino también a las garantías reales que sean accesorias al crédito²³⁴. También sucederá el heredero en el derecho de anular²³⁵, rescindir, resolver un contrato o en el derecho de obtener la ejecución de una obligación²³⁶, así como en el posible derecho de prelación. Por último, también son transmisibles *mortis causa* los derechos potestativos²³⁷ así como las expectativas de derecho²³⁸. Por lo tanto, la regla general será la transmisibilidad, salvo en los

artículo 26 del mismo texto legal, y que está sometida al plazo de caducidad de sesenta años después de la muerte del autor de su declaración de fallecimiento. Pero de la redacción de este artículo no puede entenderse que únicamente cuando se dispone del derecho de explotación *mortis causa*, este formará parte de la herencia, pues tal derecho será transmisible también aun cuando no exista así testamento o disposición a tal efecto. Véase también la STS de 30 de octubre de 1995 (RJ 1995, 7653), cuando señala que «tanto la propiedad intelectual, como sus beneficios, corresponden a los derechohabientes, ya sean por herencia o por cualquier otro título traslativo del dominio, con lo que no se excluye expresamente a los herederos *abintestato* (...) De esta manera la atribución derivada por título de herencia *abintestato* a favor del heredero resulta procedente para otorgarle el derecho al percibo de los emolumentos procedentes de la obra intelectual de su causante (...)».

²³³ Respectivamente, artículos 10.1, 144.1 y 41.1 de la Ley de marcas.

²³⁴ En Italia, CORAPI (2009), p. 334.

²³⁵ La STS de 24 de octubre de 1995 (RJ 1995, 7846), viene a afirmar que los herederos voluntarios sí tienen legitimación para atacar el acto dispositivo realizado por su causante, «pues no es necesario ser heredero legítimo del causante a los efectos de impugnar la validez de negocios jurídicos, absolutamente nulos con tal de que el accionante se apoye en un interés que sea legítimo y tenga expectativas de obtener alguna ventaja lícita del resultado favorable de su ejercicio del derecho a la jurisdicción». Esta misma sentencia reconoce la legitimación del heredero forzoso para impugnar por simulación absoluta o relativa los actos de su causante, pues «el hecho de la sucesión con las consecuencias que de él se derivan, no puede impedir a un heredero forzoso impugnar por simulación los actos de su causante, cuando por tal simulación pueden resultar afectados los derechos legitimarios de aquél, porque en este caso los que le corresponden no derivan de la voluntad del testador, sino de la norma legal que se los otorga sin posibilidad de desconocerlos ni siquiera de disminuirlos, y en tal supuesto su condición jurídica no es, como sostiene la doctrina más autorizada, la de un continuador de la personalidad jurídica del *de cuius*, sino que se asimila en ese aspecto a la de terceros interesados en la impugnación (...)». El TS considera que «el heredero voluntario puede impugnar los actos de simulación absoluta ya que respecto de ellos estaba asistido de la correspondiente acción su causante», pero no viene legitimado «para la impugnación de la simulación relativa por no existir este derecho a su causante».

²³⁶ En Italia, así lo han considerado, entre otros, MESSINEO (1962), p. 10 y BONILINI (2009-A), p. 302. Véase, sobre la transmisión *mortis causa* de planes de fondo de pensiones por fallecimiento del asegurado, PÉREZ VELÁZQUEZ (2007), pp. 141 y ss., y la reciente STS de 22 de enero de 2019 (RJ 2019, 115).

²³⁷ GALVÁN GALLEGOS (2000), p. 40.

²³⁸ Para SÁNCHEZ ROMÁN (1910), p. 16, puede formar parte de la herencia «toda clase de bienes muebles e inmuebles, presentes y futuros, cosas corporales o incorpóreas o prestaciones, derechos y obligaciones, acciones y excepciones, títulos válidos, rescindibles o nulos, situaciones jurídicas perfectas e inmediatamente exigibles en sus consecuencias o situaciones jurídicas en formación (...) y, en fin, todo género de expectativas de derecho, pendientes de realizarse o no, por la influencia de la condición, el plazo, etc.». GALVÁN GALLEGOS (2000), p. 45, afirma que estos «derechos futuros son transmisibles en cuanto su configuración no personalísima se lo permita, y si su titular expectante fallece, no hay obstáculo legal alguno (salvo casos particulares especialmente previstos por una norma) para que formen parte de su herencia y sean transmitidos a los herederos, que ocuparán su posición en las mismas circunstancias de eventualidad que su causante».

casos en que, como hemos dicho, se trate de derechos de carácter personalísimo o vitalicio.

En cuanto a los derechos de carácter personalísimo, son intransmisibles ciertas funciones de naturaleza familiar, como la patria potestad y la tutela; o los derechos de uso y habitación (artículo 525 CC). Tampoco serán transmisibles las relaciones contractuales realizadas en atención a la persona, como el contrato de trabajo o cualquier otro tipo de relación contractual concertado por razón de las cualidades personales²³⁹; sin embargo, esto debe ser matizado. Así, de una parte, el TJUE ha establecido en una reciente sentencia de 6 de noviembre de 2018²⁴⁰, que el órgano jurisdiccional nacional que conoce de un litigio entre el heredero de un trabajador fallecido y el antiguo empresario de este debe dejar inaplicada dicha normativa nacional y velar por que se conceda a ese heredero una compensación económica, a cargo del empresario, por las vacaciones anuales retribuidas devengadas en virtud de aquellas disposiciones y no disfrutadas por el trabajador con anterioridad a su fallecimiento. Tal obligación se impone al órgano jurisdiccional nacional en virtud del artículo 7 de la Directiva 2003/88 y del artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales cuando el empleador contra el que litiga dicho heredero es una autoridad pública, y en virtud de la segunda de estas disposiciones si el empresario es un particular. De otra, también formarán parte de la herencia los derechos devengados por una posición personalísima que no llegaron a cobrarse antes de la muerte²⁴¹.

En cuanto a los derechos de carácter vitalicio, no serán transmisibles los derechos de usufructo²⁴² (artículo 513 CC), los alimentos (artículos 142

²³⁹ En especial, son intransmisibles los derechos derivados del mandato (artículo 1732.3 CC), el contrato de sociedad (artículo 1700.3 CC), así como los contratos de comodato (artículo 1742 CC) y de obra (artículo 1595 CC) cuando los contratos se hubiesen formalizado en atención a la persona.

²⁴⁰ TJCE 2018, 246.

²⁴¹ Véase, por ejemplo, la STS de 2 de abril de 1992 (RJ 1992, 2773), que señala «los beneficios que pudieran haberle correspondido mientras ostentaba la cualidad de tal socio, durante el año 1982, no habían sido percibidos por el mismo (...), es evidente que cualquiera que sea, como se ha dicho al principio, la peculiaridad del cometido a que el causante tenía derecho en tanto en cuanto participó como tal en el cargo de Práctico –amén de períodos precedentes– desde el día 1-1-1982 hasta la fecha de su fallecimiento, en 9-5-1982, le corresponden por sucesión hereditaria a sus legítimos herederos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 659 CC, al establecer que la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte, así como el 661 sobre que los herederos suceden al difunto por el hecho de su muerte en todos sus derechos y obligaciones, esto es, que tratándose esos beneficios de derechos que correspondían y que habían sido devengados por el causante, formaban parte del patrimonio relicto del mismo (...).».

²⁴² CORAPI (2009), p. 326, señala que el requisito de la temporalidad del usufructo tiene carácter esencial, ya que no se puede configurar un usufructo perpetuo.

y ss. CC)²⁴³, la renta vitalicia (artículo 1808 CC), así como otros derechos de duración vitalicia, como una pensión por incapacidad.

En otro orden de excepciones, resulta discutido si los herederos subentran en ciertas posiciones contractuales en las que se encontraba el difunto²⁴⁴. Además, ciertos elementos del activo son intransmisibles por efecto de la ley, como ordena el artículo 1321 CC, que establece que «fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregarán al que sobreviva, sin computársele en su haber. No se entenderán comprendidos en el ajuar las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor», bienes todos ellos que constituyen el llamado derecho de predetracción²⁴⁵. Asimismo, se ha dicho que, en general, los bienes tangibles de escaso valor patrimonial no forman parte del patrimonio sucesorio²⁴⁶.

Tampoco serán transmisibles, por limitación sucesoria *ex lege*, los bienes donados con pacto de reversión y los sometidos a sustitución fideicomisaria²⁴⁷ (artículos 781 y ss. CC), sin perjuicio en este caso de que formen parte de la herencia las deducciones que correspondan al sustituido por gastos legítimos, créditos y mejoras. Fuera de la herencia también estará el nicho funerario, pues la sucesión en el derecho al uso de sepulturas²⁴⁸ en cementerios parroquiales

²⁴³ Sí serán transmisibles sin embargo las cantidades devengadas y no pagadas.

²⁴⁴ Para LACRUZ BERDEJO (1961), pp. 117-118, la oferta no es transmisible, pues no crea ningún derecho subjetivo; GALVÁN GALLEGOS (2000), pp. 42 y ss. señala que hay posiciones a favor y posiciones en contra. El TS parece optar por la tesis de no incluir la oferta contractual entre las posiciones jurídicas integrantes de la herencia, pues en la STS de 23 de marzo de 1988 (RJ 1988, 2422) viene a establecer que los efectos de la oferta (en este caso, de fianza) no se transmiten a los herederos, pues «al no haber intervenido la supuesta acreedora en el otorgamiento del instrumento, ni expresado con posterioridad su consentimiento, el negocio de garantía alegado no nació a la vida jurídica, pues la fianza convencional, como contrato consensual que es, se perfecciona por el consentimiento o concurso de la oferta y la aceptación (artículos 1254, 1258 y 1262 del Código Civil) y con anterioridad a ésta por el acreedor, haya intervenido o no el deudor, que no es indispensable (...), no hay verdadera obligación para el fiador, hallándonos entre tanto ante una mera oferta (...), que puede ser revocada, de no mediar plazo, al no existir declaraciones de voluntad concurrentes, toda vez que el consentimiento supone la coincidencia de los querer de todos los intervinientes en algún momento del tracto contractual (...), y constanding el fallecimiento del oferente u ofertante en 14 de septiembre de 1977, no cabe que los efectos de la oferta sean transmisibles a sus causahabientes, a quienes solo podría vincular (artículo 1257 del Código Civil) de haberse perfeccionado el contrato en vida del *de cuius*».

²⁴⁵ Según BARCELÓ DOMÉNECH (2004), pp. 514 y ss., también se le ha llamado derecho de supervivencia, y su finalidad reside en proporcionar al cónyuge sobreviviente unos medios que le permitan continuar en su misma situación de vida personal, así como cubrir sus necesidades más elementales. Se trata de una atribución *mortis causa* de origen legal, por lo que está excluido del caudal hereditario y no debe computarse a efectos sucesorios ni a efectos de liquidar el régimen económico-matrimonial.

²⁴⁶ En Italia, BONILINI (2009-A), p. 297.

²⁴⁷ Véase, sobre la sustitución fideicomisaria de residuo, NIETO ALONSO (2014-B), pp. 49-398.

²⁴⁸ LACRUZ BERDEJO (1961), p. 127, considera que tampoco pertenecen al caudal relicto las sepulturas, es decir, las concesiones de enterramiento en los cementerios públicos.

de la Iglesia Católica no se rige por las normas civiles aplicables a la sucesión hereditaria²⁴⁹. De igual forma, tampoco son transmisibles aquellas relaciones que tienen por objeto una cosa fuera de comercio, como la oficina de farmacia²⁵⁰, entre otros. En cuanto a la explotación agraria, cabe decir que la legislación prevé en este caso un tipo de sucesión anómala o extraordinaria²⁵¹.

Por último, es doctrina reciente considerar que tampoco formarán parte de la herencia los bienes de la llamada reversión legal del artículo 812 CC; este precepto establece que «los ascendientes suceden con exclusión de otras personas en las cosas dadas por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad, cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión. Si hubieren sido enajenados, sucederán en todas las acciones que el donatario tuviera con relación a ellos, y en el precio si se hubieren vendido, o en los bienes con que se hayan sustituido, si los permutó o cambio». Este derecho de reversión halla su precedente en la reversión de la dote en derecho romano, y tiene como fundamento la preferencia de la ley por que la cosa vuelva al donante antes de que pase a los herederos del donatario²⁵². Como ha hecho notar la doctrina, no parece que pueda ya decirse, como al tiempo de promulgarse el Código Civil, que este precepto sea de aplicación excepcional: los ascendientes tienden a vivir más años, y los descendientes a reproducirse cada vez menos²⁵³.

²⁴⁹ Véase por ejemplo la SAP de Asturias de 3 de marzo de 2015 (JUR 2015, 101035). Sin embargo, la SAP de Madrid de 9 de marzo de 2018 (AC 2018, 449), establece que «el hecho de que el panteón no pueda ser objeto de transmisión, con base en lo establecido en el Reglamento de cementerios parroquiales, en nada afecta a que a dicho bien pueda ser atribuírsele un valor, a efectos de determinar y dividir el caudal relicto, por cuanto dicho bien existe, la construcción era titularidad de los causantes y está vigente el derecho de uso sobre el mismo, de manera que tanto esa titularidad sobre los elementos que lo compone, como el derecho a utilizarlo, por el tiempo administrativamente establecido, sí es susceptible de ser valorado económicamente y por tanto la inclusión de ese concepto en el cuaderno particional es procedente y debe mantenerse».

²⁵⁰ Como indica GALLEGO DOMÍNGUEZ (2005), pp. 314 y ss., existe una concurrencia de competencias en la actualidad entre el Estado central y las Comunidades Autónomas sobre esta cuestión. La Ley (de bases) 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de las Oficinas de Farmacia establece en su artículo 4.1 que «la transmisión de las oficinas de farmacia únicamente podrá realizarse en favor de otro u otros farmacéuticos». Además, ciertas CCAA, como Extremadura, Castilla-La Mancha y Galicia han establecido la intransmisibilidad tanto *inter vivos* como *mortis causa* de las farmacias.

²⁵¹ *Vid.*, entre otros, TORRES GARCÍA (1980), pp. 345 y ss., donde afirma que existe un Derecho sucesorio agrario en el artículo 35 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, que tiene como finalidad mantener adscrita a sus fines la unidad formada por la explotación agraria familia; para ello, se relajan ciertos principios básicos del sistema sucesorio del Código Civil: el de libertad testamentaria, el sistema de legítimas de los herederos forzosos y el de igualdad *in natura* de los lotes hereditarios al momento de la partición. Así, se presenta la explotación como un bien vinculado a la familia y por ello, el titular de la misma debe designar como sucesor a cualquiera de los legitimarios. A la apertura de la sucesión se forman automáticamente dos masas de bienes diferenciadas: la explotación agrícola familiar y los demás bienes relictos.

²⁵² VALLET DE GOYTISOLO (1993), pp. 2005-2009.

²⁵³ MARIÑO PARDO, en www.iurisprudente.com/2016/10/la-naturaleza-de-la-reversion-legal-del.html (consultado el día 10 de noviembre de 2017).

Los presupuestos de esta institución son en principio dos: primero, que exista una donación en favor de un hijo o descendiente²⁵⁴; segundo, que dicho hijo o descendiente muera sin posteridad²⁵⁵. En cuanto al objeto de la reversión, se ha dicho que no se trata de conseguir el reintegro de unos determinados bienes, sino lograr el recobro de manera genérica del valor de lo donado²⁵⁶.

La doctrina ha debatido largo y tendido acerca de la naturaleza de este derecho tan peculiar y dos son las posturas que se han defendido: la primera sostiene que en realidad se trata de una donación sometida a condición resolutoria legal; la segunda, por el contrario, entiende que se trata de una sucesión anómala y singular²⁵⁷. La diferencia entre ambas posturas radica básicamente en que de acuerdo con la primera teoría, el bien donado no llega a formar parte de la herencia²⁵⁸; mientras que de conformidad con la segunda tesis, el bien

²⁵⁴ La STS de 27 de octubre de 1950 (RJ 1950, 1534) y la RDGRN de 18 de mayo de 1955 (RJ 1955, 1938) resolvieron que la renuncia preventiva o abdicación no tiene carácter de donación, por lo que excluyen la aplicación de este artículo 812 CC. Sobre estas donaciones, VALLET DE GOYTISOLO, (1993), p. 2007, considera que «las donaciones con causa onerosa o remuneratoria deberán revertir tan solo en la parte que exceda del valor del gravamen impuesto o del servicio remunerado» y añade que en su opinión «tampoco deben incluirse en la reversión los regalos de costumbre».

²⁵⁵ MEZQUITA DEL CACHO (1958), pp. 67 y ss.; VALLET DE GOYTISOLO (1993), p. 2005, señala que si la posteridad no hubiere nacido pero se hubiere concebido, se aplicará el artículo 29 CC, y que es irrelevante si, existiendo posteridad, todos o alguno de estos hubiesen renunciado a la herencia, o fueren indignos o desheredados, pues el artículo lo único que exige es que muera sin posteridad. Por otra parte, MARIÑO PARDO pone de manifiesto que «la norma no distingue según la clase de filiación de la posteridad del donatario que excluiría la reversión, que podría ser, por tanto, matrimonial, no matrimonial o adoptiva. No obstante, plantea alguna duda el caso de las adopciones simple o menos plenas vigentes». Y por ello, se cuestiona: primero, si la reversión juega entre el adoptante-donante y el donatario-adoptado que lo haya sido en forma simple o menos plena; segundo, si el que el donatario haya adoptado a un tercero en forma simple o menos plena implica que fallece con posteridad y excluye la reversión a favor de sus descendientes donantes; y tercero, si la adopción simple o menos plena del donatario por un tercero excluye la reversión a favor de sus ascendientes por naturaleza que hayan sido los donantes. Para MARIÑO PARDO, y aun con dudas, la respuesta a las dos primeras sería afirmativa, atendiendo sobre todo a la reciente tendencia jurisprudencial a equiparar las adopciones simples y menos plenas con las demás filiaciones; pero la tercera sería negativa, pues las adopciones simples y menos plenas no extinguen el vínculo de filiación con la familia de origen, en www.iurisprudente.com/2016/10/la-naturaleza-de-la-reversion-legal-del.html (consultado el día 10 de noviembre de 2017).

²⁵⁶ MEZQUITA DEL CACHO (1958), pp. 67 y ss.; ROMÁN GARCÍA (1984), p. 117. Se ha debatido acerca de si es posible la reversión de cosas fungibles, y en especial, del dinero donado. La SAP de Almería de 9 de octubre de 2013 (JUR 2014, 208259) la admite de forma expresa. MARIÑO PARDO reflexiona acertadamente que la cuestión de la reversión del dinero plantea alguna duda, pues «si el bien ha de permanecer en la herencia del donatario a su fallecimiento para que tenga lugar la reversión, el dinero gastado o consumido no cumpliría esta condición», en www.iurisprudente.com/2016/10/la-naturaleza-de-la-reversion-legal-del.html (consultado el día 10 de noviembre de 2017).

²⁵⁷ MEZQUITA DEL CACHO (1958), pp. 67 y ss., considera necesaria la capacidad y habilidad sucesoria del recobrante al momento de la apertura de la sucesión; ROMÁN GARCÍA (1984), pp. 98-105, afirma que el ascendiente solo recuperará los bienes por efecto de la reversión legal, mediante una sucesión *mortis causa*, pues si estuviésemos ante una condición resolutoria también podría recobrarlos *inter vivos*, cuando se dieran las circunstancias propias previstas en la norma.

²⁵⁸ Existen otras diferencias igual de importantes, como bien pone de manifiesto MARIÑO PARDO, al señalar que la adopción de cada una de las tesis trae aparejadas consecuencias totalmente distintas en di-

donado sí forma parte de la herencia, si bien genera una especie de sucesión especial, únicamente aplicable sobre ese bien, «que forma una masa especial que no ha de ser tenida en cuenta para el cómputo de la legítima y de la parte de libre disposición»²⁵⁹.

Una reciente Resolución de la DGRN de 13 de junio de 2016²⁶⁰ ha interpretado el artículo 812 CC en favor de la primera de estas teorías, al señalar que «de fallecer el donatario sin posteridad, la donación queda resuelta aunque no retroactivamente (de suerte que, en este aspecto, se produce un efecto análogo al de la revocación de la donación). Como se ha puesto de relieve por algunos autores, ésta es la interpretación que debe prevalecer frente a las tesis que atribuyen a la reversión legal naturaleza de sucesión *mortis causa*».

Las consecuencias de la adopción de esta tesis son en nuestra opinión desafortunadas, pues el bien donado sí ha formado parte del patrimonio del donatario durante su vida, sirviendo así de referencia para los acreedores como garantía del pago de sus créditos, sobre todo si desconocen –como será lo habitual– que dicho bien es fruto de una donación *reversible*. La exclusión del bien de la herencia del donatario fallecido, en perjuicio de los acreedores de este, por haber muerto aquél sin descendencia –pues en caso de haberla tenido, este artículo dejaría de ser aplicable–, nos parece poco acertado. Por ello, estamos en desacuerdo con el criterio adoptado por la DGRN cuando considera «indudable que los bienes sujetos a la reversión o sus subrogados no integran la herencia de la donataria, por lo que quedan al margen de la liquidación del caudal relicto de ésta». En nuestra opinión, esta es una interpretación torticera que no tiene en cuenta el potencial daño a acreedores y hace caso omiso al verdadero espíritu de la norma que residía en preferir al donante frente a los herederos del donatario, pero no frente a sus acreedores. Creemos más acerta-

versas cuestiones jurídicas, como la de si podría influir la calificación de la reversión como figura sucesoria o de donación sujeta a condiciones en la posibilidad de renuncia anticipada por el donante a la reversión, entre otras cuestiones. Además, si se trata como donación, habrá que atender a la ley del donante y al momento de la donación. Por el contrario, si se le otorga naturaleza sucesoria, habrá que estar a la ley del donatario (al menos en el ámbito interregional) y al momento de la apertura de su sucesión. Otro aspecto en el que también puede ser importante la naturaleza jurídica de la reversión es en la inmatriculación registral por doble título, pues si consideramos que se trata de una donación revocable, no existirá doble título, ya que la resolución o revocación del primero, la donación, determina su ineficacia. Sin embargo, «si se trata de una transmisión sucesoria, no parece que exista obstáculo en considerar que la donación y la reversión de la donación constituyen un doble título traslativo, sin que quepa apreciar una operación circular instrumental, y la reversión nunca supondría la cancelación de la posible inmatriculación de la donación», en www.iurisprudente.com/2016/10/la-naturaleza-de-la-reversion-legal-del.html (consultado el día 10 de noviembre de 2017).

²⁵⁹ VALLET DE GOYTISOLO (1993), p. 2008.

²⁶⁰ RJ 2016, 4994.

do, pues, el criterio de Vallet de Goytisoló²⁶¹ cuando dice que «la reversión no puede perjudicar ni siquiera a los acreedores del descendiente donatario. Por eso, opera en la herencia líquida de modo tal que las deudas deberán hacerse efectivas, en primer lugar, en los bienes no sujetos a reversión, pero subsidiariamente con los efectos a ella en cuanto aquéllos no basten. El ascendiente reversionario no se halla personalmente obligado al pago de las deudas del descendiente, pero soporta la afección *ob rem y cum viribus* a su pago».

1.8.4.2 *El activo extrapatrimonial*

La norma general, en este caso, se invierte: los derechos de carácter extrapatrimonial son, en principio, intransmisibles *mortis causa*, debido a la cualidad personalísima inherente a los mismos. Así, no son transmisibles los derechos políticos, como el derecho a sufragio activo y pasivo; los derechos corporativos, como la pertenencia a Academias, o los derechos a la función pública. Por supuesto, tampoco son transmisibles los derechos inherentes a la condición de nacional o de vecino, en relación este último con el aprovechamiento de los montes comunales²⁶².

Asimismo, los sucesores no tienen en principio derecho a disponer del cadáver del difunto²⁶³, y en cuanto a la correspondencia, se ha dicho que existe cierta tendencia del Derecho español a confiar al heredero el cuidado de la memoria del causante que se muestra igualmente en relación con las cartas²⁶⁴; en efecto, el artículo 38 del Reglamento de Correos²⁶⁵ establece que «los envíos postales dirigidos a personas fallecidas serán entregados a sus herederos

²⁶¹ VALLET DE GOYTISOLO (1993), p. 2009.

²⁶² RIVAS MARTÍNEZ (2009), p. 22.

²⁶³ Según LACRUZ BERDEJO (1961), pp. 128-129, el cuerpo humano, cuando pierde la vida, se convierte en cosa; pero se trata de una cosa fuera del comercio, y que no forma parte de la herencia. El destino del cadáver puede responder a principios distintos de los del Derecho de Sucesiones; el causante tiene cierto poder de disposición sobre su propio cuerpo, y tales determinaciones no han de constar necesariamente en testamento. Es discutible, dice el autor, si son los herederos o los parientes quienes deben disponer del cadáver; en favor de estos últimos cabe alegar el artículo 1894 CC, cuando ordena que «los gastos funerarios proporcionados a la calidad de la persona y a los usos de la localidad deberán ser satisfechos, aunque el difunto no hubiese dejado bienes, por aquellos que en vida habrían tenido la obligación de alimentarle».

²⁶⁴ LACRUZ BERDEJO (1961), p. 126. NÚÑEZ IGLESIAS (2014), pp. 1069 y ss., analiza la jurisprudencia francesa, de acuerdo con la cual, los recuerdos de familia no siguen el régimen general de la sucesión hereditaria ni el de la partición; por ello, propone que los recuerdos de familia sean atribuidos en depósito a uno de los coherederos, que deberá conservarlos y tenerlos a disposición de los demás.

²⁶⁵ Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, en desarrollo de lo establecido en la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales.

o a aquellos que tengan la administración de la herencia, justificada su cualidad de tales, salvo los que tengan la naturaleza de carta, en cuyo caso quedarán depositados en la oficina de destino. Desde esta oficina, si es posible, se enviará consulta al remitente para que éste autorice su entrega a los herederos u opte por su recuperación».

Merecen especial consideración en este apartado los derechos de la personalidad²⁶⁶, cuya condición extrapatrimonial ha sido discutida en los últimos años toda vez que a ciertos tipos de derechos no les resulta ajena la idea de explotación económica²⁶⁷. Apreciación esta que nos parece correcta, pues no existe impedimento, en nuestra opinión, para que los herederos —o, en su caso, las personas designadas por el testador—, continúen explotando, por ejemplo, el derecho a la propia imagen del causante, una vez fallecido éste²⁶⁸.

La enjundia y especialidad de los derechos de la personalidad no termina aquí; es importante subrayar que la intransmisibilidad *mortis causa* que afecta a ciertos derechos de la personalidad no impide la protección *post mortem* de los mismos por parte de los herederos o los sujetos designados a tal efecto²⁶⁹.

²⁶⁶ Los derechos de la personalidad son, en opinión de GARCÍA RUBIO (2013), pp. 598 y ss., un conjunto de derechos con los que se trata de proteger la integridad e inviolabilidad, tanto física (vida, integridad física, etc.) como espiritual (integridad moral, honor, intimidad, imagen, etc.) de la persona. Esta categoría de derechos es, según la autora, relativa y dinámica, pues con el paso del tiempo se han ido incluyendo nuevos derechos, que tienen en común que son esenciales, innatos, e inherentes a la persona o personalísimos, tienen eficacia *erga omnes* y son irrenunciables e imprescriptibles.

²⁶⁷ GARCÍA RUBIO (2013), pp. 616 y ss., se cuestiona el carácter extrapatrimonial *tout court* de los derechos de la personalidad al tiempo que nos plantea la manifiesta naturaleza patrimonial y/o comerciable de ciertos derechos de la personalidad, como la imagen, la intimidad, el nombre o la voz, en referencia a personas con un perfil público. En efecto, la doctrina ha comenzado a hablar de la denominada «*commodification*» de la personalidad, en referencia a esta comercialización de ciertas características o condiciones ligadas a su persona, y protegidas por el derecho. En lo que concierne a esta cuestión en el ámbito español, el Tribunal Constitucional ha adoptado una postura ciertamente cuestionable pues se desliga la protección de un determinado derecho de la personalidad de su contenido patrimonial. Sobre esta cuestión, GARCÍA RUBIO opina que «no es tan fácil separar los aspectos patrimoniales y los extrapatrimoniales de este tipo de derechos, (...) pues ambos aspectos están íntimamente conectados». En la literatura italiana, RESTA (2009), p. 742, también considera que en el contexto del *star system*, la identidad ha devenido un *asset* comercial, que se compra y se vende a precio de mercado.

²⁶⁸ En este sentido, véase la sentencia del *Bundesgerichtshof*, de 1 de diciembre de 1999 (caso *Marlene Dietrich*, *Juristenzeitung*, 2000, p. 1056), comentada por GARCÍA RUBIO (2013), pp. 617-618, en la que el Alto Tribunal germano tuvo que dirimir la cuestión sobre si el derecho a controlar la explotación comercial de la propia personalidad formaba parte o no de la herencia. En este asunto, la única hija y heredera de Marlene Dietrich había demandado a un productor musical que consintió que una empresa utilizase el nombre y la imagen de la actriz con fines comerciales. Dicha heredera pedía, además del cese de las actividades, la compensación por los daños causados, por lo que el BGH tuvo que decidir, primero, si los derechos de la personalidad protegen también intereses económicos, y en caso de que así fuese, si tales derechos se pueden transmitir a los herederos. La respuesta del tribunal fue afirmativa respecto de ambas cuestiones, reconociendo así la transmisibilidad hereditaria de la vertiente patrimonial de ciertos derechos de la personalidad.

²⁶⁹ Como hace notar OLIVA LEÓN (2016), p. 74, cuando nos encontramos frente a bienes inmateriales y su relación con el fenómeno sucesorio, el Código Civil se queda corto y necesita el apoyo de leyes especiales.

Así, la Exposición de Motivos y ciertos preceptos de la LO 1/1982 establecen que las acciones de protección relativas a los derechos al honor, intimidad personal y familiar y la propia imagen son transmisibles por causa de muerte. En realidad, lo que se transmite es la legitimación para que terceros –generalmente, los herederos o personas de confianza del difunto– puedan proteger la memoria pretérita de éste²⁷⁰. La *ratio* de esta disposición parece evidente: el Derecho no puede amparar que se atente contra la integridad –moral, en este caso–, de una persona fallecida que, por lo tanto, no se puede defender; o, peor aún, el Derecho no puede consentir que personas que carezcan del debido derecho, exploten comercialmente su personalidad pretérita.

La LO 1/1982 establece la posibilidad, preferible en nuestra opinión, de que el testador decida *ex voluntas testatoris* qué persona o personas de su confianza, que no han de ser necesariamente los herederos²⁷¹, estarán legitimadas para ejercitar estas acciones de protección²⁷²; en igual sentido se pronuncia la Ley de Propiedad Intelectual²⁷³.

Asimismo, puede ocurrir que la legitimación para denunciar la lesión regulada por la LO 1/1982, de una parte, y el derecho a la indemnización a que

²⁷⁰ ALONSO PÉREZ (2004), pp. 117 y ss., señala que el *non omnis moriar* horaciano es incuestionable: el hombre nunca muere del todo. La personalidad se extingue con la muerte, pero los vivos siguen evocando o recordando aspectos, expresiones, modos de ser y pensar del fallecido. Por ello, el Derecho romano encomendó al heredero la protección por *iniuria* inferida al difunto, de forma que la *memoria defuncti* vendría a ser la prolongación de la personalidad extinta en sucesores, familiares o representantes públicos, porque «la memoria del fallecido tiene subsistencia por sí misma y, mientras no desaparezca de los vivos, está hipostáticamente unida a ellos, porque emana de la dignidad del hombre, aunque éste haya muerto».

²⁷¹ En opinión de ALONSO PÉREZ (2004), p. 121, la LO 1/1982 rompe con la tradición consolidada de encomendar al heredero la defensa del patrimonio moral del difunto.

²⁷² El artículo 4 de la LO 1/1982 señala, en primer lugar, que «el ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida corresponde a quien ésta haya designado a tal efecto en su testamento. La designación puede recaer en una persona jurídica». Siendo varias personas las designadas por el testador, cualquiera de ellas estará legitimada para ejercitar individualmente la acción que corresponda (artículo 5). El artículo 4 continúa estableciendo que, en caso supletorio, esto es, «no existiendo designación o habiendo fallecido la persona designada, estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento». La preferencia de la ley por la voluntad expresa del testador es clara; también en este caso, y de concurrir varios de los parientes señalados, cualquiera de ellos estará legitimado para ejercitar individualmente la acción que corresponda (artículo 5). Únicamente, en el caso improbable de que no exista ninguna de las personas o parientes citados, dice el artículo 4 que la legitimación «corresponderá al Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a la instancia de persona interesada (...)».

²⁷³ El Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, establece en el artículo 15 que los legitimados para hacer valer los derechos del artículo 14 párrafos primero, tercero y cuarto son, en primer lugar, la persona o personas a quienes el testador hubiese designado expresamente en testamento, y en su defecto (artículo 15.2) serán los herederos. Si no existiese ninguna de las personas mencionadas o se ignorase su paradero, el artículo 16 establece que los legitimados serán el Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales y las instituciones públicas de carácter cultural. *Id.*, sobre estas cuestiones, MADRIÑÁN VÁZQUEZ (2015), pp. 65 y ss.

haya lugar, de otra, recaiga en sujetos diferentes²⁷⁴; por ello, entendemos que este derecho de protección no forma parte de la herencia²⁷⁵ ni se transmite *mortis causa*, sino que es un derecho (eventual)²⁷⁶ que se genera *ex novo* por voluntad del testador, o *ex lege*, en defecto de la misma. Además, creemos que no formará parte de la herencia aun cuando las cualidades de legitimado, beneficiario y heredero confluyan en la misma persona; cuestión ésta –su no inclusión en la herencia–, que adquiere relevancia en lo que al estudio de la responsabilidad del heredero se refiere.

Nótese, sin embargo, que el derecho a compensación únicamente estará excluido de la herencia cuando la intromisión ilegítima se produzca una vez fallecida la persona de cuya memoria el Derecho protege; en caso contrario, si la intromisión ilegítima se produjese en vida del titular del derecho lesionado pero antes de que éste pudiese ejercitar por sí o por su representante legal las acciones previstas en la ley, la indemnización a que hubiese lugar sí formaría parte de la herencia²⁷⁷. No debe desconocerse, en este sentido, que el momento en que se sufre la vulneración de un derecho es clave a la hora de determinar la inclusión o no de la legítima expectativa del cobro de la indemnización correspondiente en el patrimonio del lesionado: si la lesión se produjo en vida, la indemnización pecuniaria ya había entrado a formar parte de su patrimonio, incluso en el caso de que el lesionado no hubiese ejercitado la acción antes de fallecer²⁷⁸; en caso contrario, si la lesión se produce una vez fallecida la persona

²⁷⁴ El artículo 9.4 de la LO 1/1982 establece que, en el caso objeto de estudio –protección *post mortem*–, y con independencia de quién haya ejercitado la acción, el importe de la indemnización debida corresponderá al cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos; y en su defecto, a sus causahabientes, «en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados». OTERO CRESPO (2014), p. 1117, considera llamativa esta desconexión *ope legis* entre la condición de legitimado para la acción y la de beneficiario.

²⁷⁵ GALVÁN GALLEGOS (2000), p. 35, señala que «en estos supuestos no existe sucesión hereditaria, pues la legitimación que prevé la ley para ejercitar estos derechos de la personalidad una vez fallecido su titular es independiente del carácter de heredero que tengan o no tengan los sujetos legitimados».

²⁷⁶ El nacimiento de estos derechos depende de un hecho incierto, pues únicamente en el caso de que se produzca una intromisión ilegítima a la integridad moral del fallecido nacerá un efectivo derecho de compensación económica. Para conocer qué será intromisión ilegítima, véanse los artículos 8 y 9 de la LO 1/1982. En este sentido, ROBLES GARZÓN (1979), p. 15, afirma que «no hay que olvidar que estos derechos “no patrimoniales” están protegidos por el Derecho objetivo por lo que, en el caso de que se violen, nace para el sujeto titular del mismo, una acción para exigir responsabilidad civil. La responsabilidad civil se traduce en un resarcimiento pecuniario por lo que se deduciría que estos derechos, al tener esta valoración económica, podrían ser patrimoniales. Esto no es así. La razón es bien sencilla y es que la valoración económica del derecho ha de ser directa o lo que es lo mismo, ha de valorarse “por sí” sin necesidad de que su contenido económico venga determinado por un elemento extraño: su lesión».

²⁷⁷ El propio artículo 9.4 de la LO 1/1982 regula esta consecuencia lógica, pues se dice que en los casos del artículo 6 –cuando el lesionado no ha podido ejercer por sí o por su representante legal las acciones previstas en la ley; o cuando la haya ejercitado pero fallece antes de que caiga resolución–, «la indemnización se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado». Véase también ALONSO PÉREZ (2004), p. 135.

²⁷⁸ Paradigma de esta tesis jurídica en cuanto a sucesión procesal e inclusión de la indemnización en el patrimonio sucesorio la podemos encontrar en la STS de 20 de mayo de 2015 (RJ 2015, 2456), en la que

en cuestión, la compensación económica habrá de considerarse fuera del caudal hereditario.

En la misma línea, la reciente LO 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, establece en su artículo 2.2.b que, en principio, no resulta aplicable a los tratamientos de datos de personas fallecidas²⁷⁹; sin embargo, el artículo 3 establece que «1. Las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho así como sus herederos podrán dirigirse al responsable o encargado del tratamiento al objeto de solicitar el acceso a los datos personales de aquella y, en su caso, su rectificación o supresión. Como excepción, las personas a las que se refiere el párrafo anterior no podrán acceder a los datos del causante, ni solicitar su rectificación o supresión, cuando la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley. Dicha prohibición no afectará al derecho de los herederos a acceder a los datos de carácter patrimonial del causante. 2. Las personas o instituciones a las que el fallecido hubiese designado expresamente para ello podrán también solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los datos personales de este y, en su caso su rectificación o supresión»²⁸⁰.

En este caso parece que se prevé la legitimación para acceder a los datos del fallecido y en su caso para su rectificación, supresión o lo que el interesado haya dispuesto, en régimen de concurrencia, a favor de tres categorías de sujetos: familiares, herederos, y personas designadas por el testador.

Por último, cabe señalar, siguiendo con esta idea de *herencia o sucesión moral*²⁸¹, que la LO 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectifica-

se condena a una entidad al pago de la indemnización por secuelas e incapacitación temporal por las lesiones producidas por su causa a una señora que tuvo que ser hospitalizada y posteriormente operada. El JPI y la AP que trataron este asunto consideraron que las secuelas no podían ser indemnizadas a personas diferentes de quién las padeciese. No obstante, el TS falló que dicha indemnización sí era transmisible *mortis causa*, pues, además de que la acción ya había sido ejercitada en vida de la lesionada, dicha compensación –cuantificable económicamente–, «como derecho, ya había entrado en su patrimonio».

²⁷⁹ Siguiendo así el criterio del Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

²⁸⁰ Este precepto continúa señalando que «mediante real decreto se establecerán los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de estos mandatos e instrucciones y, en su caso, el registro de los mismos»; se añade además que «en caso de fallecimiento de menores, estas facultades podrán ejercerse también por sus representantes legales o, en el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de cualquier persona física o jurídica interesada. En caso de fallecimiento de personas con discapacidad, estas facultades también podrán ejercerse, además de por quienes señala el párrafo anterior, por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo, si tales facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado».

²⁸¹ Entre otros, DORAL GARCÍA DE PAZOS GARCÍA DE PAZOS (1973), p. 403; y GARCÍA RUBIO (1989), pp. 143 y ss.

ción, se desvincula de este criterio al establecer que únicamente los herederos o sus representantes podrán ejercitar las acciones que dicha ley concede para solicitar la rectificación de información difundida sobre el causante, que considere inexacta y cuya divulgación pueda causarle perjuicio a su memoria pretérita. No obstante, algunos autores han interpretado el concepto de heredero en sentido amplio de *sucesor*, comprendiendo así a las personas de confianza designadas por el testador para hacer valer o proteger sus derechos *morales* una vez muerto²⁸².

1.8.4.3 *El activo sui generis: el patrimonio virtual*

Del patrimonio virtual se pueden destacar dos cosas: en primer lugar, que representa, de alguna manera, un concepto jurídico nuevo, fruto de los cambios sociales que se han producido en los últimos años –de hecho, se considera que los derechos digitales y la identidad digital forman parte de una cuarta generación de derechos humanos²⁸³–; en segundo lugar, que puede ser patrimonial o extrapatrimonial²⁸⁴.

El patrimonio virtual, también conocido como patrimonio digital, ha sido definido como un conjunto de elementos digitales, entre los que se incluyen los que solo existen en la web, así como los que existen en cualquier formato electrónico. Ejemplos de *bienes* que forman parte del patrimonio virtual son los dominios web, las cuentas de correo electrónico, los documentos almacenados en servidores locales o remotos, los archivos de mensajes y documentos, la firma digital, las aplicaciones adquiridas y el dinero electrónico²⁸⁵.

²⁸² GARCÍA RUBIO (1989), p. 143

²⁸³ ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ (2016), p. 37.

²⁸⁴ MARTOS CALABRÚS (2014), p. 936, señala que, en efecto, hay elementos en el patrimonio virtual que son puramente patrimoniales, como un dominio web, y no patrimoniales, como «ciertos elementos que, pudiendo tener valor económico, constituyen, sobre todo, expresión de la personalidad e intimidad del difunto, y que están dotados de un fuerte valor afectivo, como son los mensajes o correos electrónicos». ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ (2016), p. 30, hace notar que existen archivos cien por cien digitales de contenido económico claro, y pone de ejemplo, el caso del Bitcoin y las criptomonedas. OLIVA LEÓN (2016), pp. 74-75, menciona los casos «del dinero que pueda tener el fallecido en cuentas que permitan hacer pagos en sitios web, como PayPal o MoneyBookers; de sus ficheros alojados en la nube (como Google Drive, Dropbox) donde podría guardar desde fotos hasta la clave de su firma electrónica de una cuenta bancaria en un banco suizo, o una fórmula química como secreto industrial; de los derechos eMusic que puede tener en Spotify; y de las películas y series que pudiera tener en Netflix»; además, se refiere a «toda la información personal del fallecido que figura en sus perfiles sociales (Facebook, LinkedIn, etc.), a sus cuentas de correo electrónico (Gmail, etc.), a sus datos personales transferidos a compañías ubicadas fuera de la Unión Europea en el marco del Acuerdo de Safe Harbour, a su derecho a la autodeterminación informativa, a su derecho al olvido, y a la protección contra la suplantación de su identidad digital una vez fallecido. Todo este acervo digital tiene un valor económico, y debe ser susceptible de protección legal».

²⁸⁵ MARTOS CALABRÚS (2014), pp. 934-935.

No pretendemos detenernos a analizar la naturaleza jurídica de este nuevo tipo de propiedad, sino tan solo dilucidar si este patrimonio virtual es transmisible *mortis causa*; la respuesta variará dependiendo de quién sea verdaderamente el titular de dicho *bien*. En este sentido, puede ocurrir que el difunto no sea titular de los archivos electrónicos que «posee» por razones profesionales, sino que pertenezcan a determinada empresa; o que lo introducido o compartido en una determinada red social pertenezca a esa red social: he aquí, el caso paradigmático de Facebook²⁸⁶.

La importancia del patrimonio digital trasciende, sin embargo, la cuestión de su posible transmisión *mortis causa*; así, se ha afirmado que la identidad digital *post-mortem* es un derecho de la personalidad²⁸⁷ y que, en aras de evitar que el causante se convierta en un «zombie digital»²⁸⁸, alguien debe velar por la gestión y/o cancelación de toda la información que se halle almacenada en la nube. En este sentido, se ha dicho que nada se puede objetar a los mecanismos previstos por ciertas redes sociales para la cancelación de cuentas de forma automática una vez se acredite la defunción del titular; se trataría, pues, de un caso de autogestión²⁸⁹. Sin embargo, no todos los perfiles sociales ni plataformas *online* contemplan esa opción²⁹⁰; por ello, se ha debatido si puede existir la figura de un albacea digital. Cabe señalar, sobre esta cuestión,

²⁸⁶ El apartado 2.1 de la Declaración de derechos y responsabilidades de la citada red social se dice que «en relación con el contenido con derechos de propiedad intelectual (contenido de PI), como fotos y vídeos, nos otorgas específicamente el siguiente permiso, sujeto a tu configuración de la privacidad y de las aplicaciones: nos otorgas una licencia no exclusiva, transferible, con posibilidad de ser subotorgada, libre de regalías y aplicable globalmente para utilizar cualquier contenido de IP que publiques en Facebook o en conexión con Facebook (licencia de PI). Esta licencia de PI finaliza cuando eliminas tu contenido de PI o tu cuenta, a menos que el contenido se haya compartido con terceros y estos no lo hayan eliminado» (consultado el 12 de enero de 2017). Véanse también las consideraciones que hace BARBA (2017-B), pp. 341 y ss.

²⁸⁷ GONZÁLEZ GRANADO (2016), pp. 40-41, afirma que la identidad digital se trata de «un derecho de la personalidad autónomo (en cuanto conceptualmente diferenciado del honor, la propia imagen, el nombre o los apellidos) y, como tal, innato, *erga omnes*, privado, irrenunciable y extra-patrimonial (aun cuando en sus manifestaciones sea susceptible de valoración económica y de negocios jurídicos)».

²⁸⁸ OLIVA LEÓN (2016), p. 68.

²⁸⁹ GONZÁLEZ GRANADO (2016), p. 43.

²⁹⁰ OLIVA LEÓN (2016), p. 75, pone de manifiesto que «en los términos y condiciones de uso de Facebook, Twitter y Gmail se ofrecen actualmente distintos mecanismos para dar de baja los perfiles sociales una vez muerto el usuario, esto no lo hacen todas las redes sociales ni las plataformas *online* que venden eBooks, eMusic o permiten transferir dinero a través de Internet». Razón ésta por la que propone «explorar un modo de exigir a las empresas que venden bienes digitales y custodian datos personales verificar, cada cierto tiempo, si sus clientes están vivos o no, y cuando tomen conocimiento de su deceso informar a sus familiares o a la autoridad competente de la existencia de bienes o derechos digitales a favor de su cliente. Mejor aún, tales empresas deberían incluir de modo obligatorio en sus formularios de contratación *online* la petición de indicar el nombre de la persona que administrará la cuenta y los bienes digitales del usuario para cuando se produzca su fallecimiento, sin perjuicio de que posteriormente, vía testamento, se pudiera designar un albacea».

que la existencia de plataformas que ofrecen la posibilidad de otorgar un «testamento digital»²⁹¹ es ya una realidad²⁹². Ciertamente el sector notarial se mostraba hasta hace bien poco escéptico sobre la posibilidad de que exista en realidad un «testamento digital», más allá de la posibilidad de incluir disposiciones en el testamento que afecten exclusivamente a bienes o derechos digitales. Las razones que se arguyen son básicamente dos: de una parte, que es imposible separar la herencia analógica de la herencia digital, toda vez que el artículo 659 CC dice que la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, sin mayor distinción²⁹³; la otra, que nadie garantiza que las plataformas o empresas que ofrecen estos nuevos servicios existan al día del fallecimiento del interesado²⁹⁴. El debate sobre la materia está servido, pues hay notarios que consideran que deberían ser ellos los competentes sobre la materia²⁹⁵, otros que dudan²⁹⁶, y ciertos profesionales que consideran «lógico que la herencia digital se elabore digitalmente»²⁹⁷.

En cualquier caso, el reconocimiento del testamento digital se ha plasmado recientemente en el artículo 96 de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, que establece lo siguiente: «1. El acceso a contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información sobre personas fallecidas se regirá por las siguientes reglas: a) Las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como sus herederos podrán dirigirse a los prestadores de servicios

²⁹¹ Conviene distinguir entre testamento *online*, que es un testamento que se realiza por medios digitales, y testamento digital, que es aquel en el que se dan instrucciones acerca de la presencia digital de una persona una vez fallezca; véase en este sentido GINER GANDÍA (2016), p. 57. En opinión de OLIVA LEÓN (2016), p. 78, la elaboración de testamentos *online* ofrece ventajas tanto para los ciudadanos como para los notarios; para que ello fuese posible, se tendría que, en primer lugar, modificar el Reglamento notarial, y en segundo lugar, ofrecer garantía sobre la certeza de la capacidad para obrar del otorgante, a través de los software de reconocimiento facial y de voz y reuniones «a través de un interfaz de realidad virtual y mediante la videografía que permite proyectar cualquier imagen fija o en movimiento que se haya capturado en forma de holografía tridimensional».

²⁹² Como la de «Tellmebye»; para mayor información sobre los servicios que ofrece, véase: tellmebye.com/es/legal/empresa.

²⁹³ ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ (2016), p. 29; GONZÁLEZ GRANADO (2016), p. 43, LLOPIS BENLLOCH (2016), p. 49; FERNÁNDEZ-BRAVO FRANCÉS (2016), p. 54.

²⁹⁴ ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ (2016), p. 35. GONZÁLEZ GRANADO (2016), p. 43, también objeta razones de seguridad cuando dice que no tendría problema en admitir el testamento digital si cumplierse con los requisitos de seguridad (en cuanto a fehaciencia, identidad y capacidad del sujeto), legalidad (ajustado a Derecho) y bajo coste (sea libre o tasado por arancel).

²⁹⁵ ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ (2016), p. 37, manifiesta que la sociedad digital es una sociedad en la que el papel del Estado se ve reducido; sin embargo, cree que «los notarios podemos convertirnos en notarios 3.0 ofreciendo soluciones a los problemas que plantea y que planteará este entorno».

²⁹⁶ LLOPIS BENLLOCH (2016), p. 46, afirma que hay asuntos digitales donde el Notariado no llega, uno de ellos, el de la sucesión *mortis causa* de archivos digitales, perfiles en redes sociales, etc.

²⁹⁷ GINER GANDÍA (2016), pp. 58-59, que lamenta además que, «como siempre, sectores tradicionales se resisten al cambio, y proponen sistemas anticuados y complejos con tal de no ceder ante lo irremediable».

de la sociedad de la información al objeto de acceder a dichos contenidos e impartirles las instrucciones que estimen oportunas sobre su utilización, destino o supresión. Como excepción, las personas mencionadas no podrán acceder a los contenidos del causante, ni solicitar su modificación o eliminación, cuando la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley. Dicha prohibición no afectará al derecho de los herederos a acceder a los contenidos que pudiesen formar parte del caudal relicto. b) El albacea testamentario así como aquella persona o institución a la que el fallecido hubiese designado expresamente para ello también podrá solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los contenidos con vistas a dar cumplimiento a tales instrucciones. c) En caso de personas fallecidas menores de edad, estas facultades podrán ejercerse también por sus representantes legales o, en el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de cualquier persona física o jurídica interesada. d) En caso de fallecimiento de personas con discapacidad, estas facultades podrán ejercerse también, además de por quienes señala la letra anterior, por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo si tales facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado. 2. Las personas legitimadas en el apartado anterior podrán decidir acerca del mantenimiento o eliminación de los perfiles personales de personas fallecidas en redes sociales o servicios equivalentes, a menos que el fallecido hubiera decidido acerca de esta circunstancia, en cuyo caso se estará a sus instrucciones. El responsable del servicio al que se le comunique, con arreglo al párrafo anterior, la solicitud de eliminación del perfil, deberá proceder sin dilación a la misma. 3. Mediante real decreto se establecerán los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de los mandatos e instrucciones y, en su caso, el registro de los mismos, que podrá coincidir con el previsto en el artículo 3 de esta ley orgánica. 4. Lo establecido en este artículo en relación con las personas fallecidas en las comunidades autónomas con derecho civil, foral o especial, propio se regirá por lo establecido por estas dentro de su ámbito de aplicación».

Todavía es muy pronto para valorar el reconocimiento de este testamento digital; conviene esperar a ver cómo se desarrolla por Real Decreto la regulación del mismo. Sin embargo, esto hace todavía más relevante la demanda de creación de un registro oficial *ad hoc* de herencias y legados digitales que estuviese accesible a los causahabientes y al resto de interesados que cuenten con interés legítimo en la herencia digital, a través de los notarios; con ello —se ha dicho—, nos beneficiaríamos del sistema de seguridad jurídica preventiva que se brinda desde el notariado, ganando así en seguridad, certeza, integridad, fidelidad en relación a nuestro patrimonio digital y, lo que es fundamental, garantizaríamos el cumpli-

miento de la voluntad al preservar el destino del legado²⁹⁸. En este sentido, la Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales de Cataluña había establecido en su artículo 10 la adición de una disposición adicional por la que se creaba un Registro electrónico de voluntades digitales²⁹⁹; sin embargo, la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 2019³⁰⁰ lo ha declarado inconstitucional pues se trata de un registro de naturaleza civil, no administrativo, invadiendo por tanto la competencia exclusiva del Estado sobre ordenación de los instrumentos y registros públicos (artículo 149.1.8 CE)³⁰¹.

1.8.5 EL PASIVO SUCESORIO

De acuerdo con la doctrina civilista y romanista, las obligaciones no eran, en principio, transmisibles *mortis causa*; si bien, con el paso del tiempo, no solo terminó por convertirse en la regla general, sino en característica por antonomasia de la *hereditas* romana³⁰². En la actualidad, el artículo 659 CC es claro e incluye dentro de la herencia todas las obligaciones del causante que no se ex-

²⁹⁸ MORATALLA ESCUDERO (2016), pp. 232-233.

²⁹⁹ Este artículo establecía que «1. Se crea el Registro electrónico de voluntades digitales, adscrito al departamento competente en materia de derecho civil por medio del centro directivo que tenga atribuida la competencia. 2. En el Registro electrónico de voluntades digitales se inscriben los documentos de voluntades digitales. 3. El acceso al Registro electrónico de voluntades digitales está reservado al titular otorgante y, una vez muerto el titular, a las personas que se mencionan en los apartados siguientes, siempre y cuando acrediten, mediante el certificado de actos de última voluntad, que el causante no ha otorgado disposiciones de última voluntad. 4. Una vez muerto el titular, las personas que acrediten un interés legítimo pueden solicitar un certificado relativo a la existencia o no de un documento de voluntades digitales inscrito en el Registro electrónico de voluntades digitales. A solicitud de la persona interesada, si el causante no dispuso otra cosa, el certificado puede extenderse a la identificación de las personas designadas para la ejecución de las voluntades digitales. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto por el apartado 4, los certificados relativos al contenido de las voluntades digitales inscritas en el Registro electrónico de voluntades digitales, una vez muerto el titular, únicamente pueden solicitarlos las personas designadas para la ejecución de las voluntades digitales y solo pueden entregarse a estas personas. 6. El Registro electrónico de voluntades digitales, si le consta la muerte de un otorgante, puede comunicar de oficio la existencia de voluntades digitales inscritas a las personas designadas para su ejecución, de acuerdo con lo que se establezca por reglamento».

³⁰⁰ JUR 2019, 26087.

³⁰¹ En esta Sentencia existe un voto discrepante por parte de Encarna Roca Trías, que no considera que la naturaleza del Registro catalán sea civil, sino administrativa. En su opinión, «el documento de voluntades digitales al que se refiere la norma impugnada no contiene una verdadera ordenación de la sucesión, tan siquiera de los materiales o archivos digitales del causante, que con independencia del soporte digital en el que se encuentran, en todo caso forman parte del caudal hereditario y son objeto de la sucesión. Lo que en realidad recoge el documento es la voluntad del fallecido respecto a la realización de actividades muy concretas que están directamente relacionadas con el ejercicio de derechos personalísimos de carácter no patrimonial, por tanto, no transmisibles *mortis causa*, como las de comunicar a los prestadores de servicios digitales su defunción».

³⁰² Entre otros romanistas, *vid.*, BONFANTE (1930), pp. 158 y ss., y BIONDI (1954), p. 34. En cuanto a los civilistas, *vid.*, GINOT LLOBATERAS (1950), p. 1508; GONZÁLEZ GARCÍA (1989), pp. 30 y ss.; GARCÍA RUBIO (1989), pp. 30-49.

tingan por su muerte; relación que no es del todo correcta, pues en la herencia también se incluirán las cargas que nazcan por la apertura de la sucesión.

La categoría «deuda sucesoria»³⁰³ es más amplia que la de «deuda del causante». En este sentido, cabe traer a colación la relación de deudas sucesorias de Criscuoli³⁰⁴, que distinguió entre cuatro tipos: en primer lugar, las deudas hereditarias o deudas que ya existían en vida del difunto y que no se extinguen con su muerte; en segundo lugar, las cargas de la herencia, que son aquellas que surgen a causa de la muerte del causante y consecuente apertura de la sucesión, como los gastos relativos al funeral, los derivados de la administración de la herencia o del beneficio de inventario³⁰⁵; en tercer lugar, las obligaciones testamentarias que son las cargas o modos que impone el testador a cargo del heredero o del legatario; y por último, las obligaciones sucesorias asistenciales, categoría no recogida por nuestra doctrina³⁰⁶. La diferencia entre

³⁰³ Conviene hacer una escueta mención a los conceptos genéricos de deuda y responsabilidad; en este sentido, se debe traer a colación el artículo 1911 CC, que estipula que «del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros». Como señala DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1959), pp. 138 y ss., es ya clásico en Derecho patrimonial la distinción entre el débito y la responsabilidad; así, el débito viene dado por la necesidad de realizar una determinada prestación mientras que la responsabilidad «consiste en la posibilidad jurídica de que las consecuencias del incumplimiento recaigan sobre el sujeto obligado. El débito es una forma de deber jurídico. La responsabilidad es una forma de sanción». El Derecho moderno ha venido a implantar como única la responsabilidad con los bienes cuando exista incumplimiento de las obligaciones, en sus dos formas de ejecución específica o por equivalencia. Por ello, cuando el artículo 1911 CC «dice que el deudor responde con sus bienes, quiere decir, en principio, que las consecuencias del incumplimiento de la deuda (sanción) afectarán solo a sus bienes, aunque a todos sus bienes». Acontece así que todo el patrimonio del deudor es, en potencia, objeto posible de agresión por parte de sus acreedores; por ello, «si todo el patrimonio del deudor constituye garantía de sus acreedores, en cuanto que está afecto al cumplimiento de sus obligaciones, parece obligado concluir que sobre este objeto, constitutivo de garantía, tienen los acreedores alguna titularidad o derecho». Sin embargo, el autor considera errada la teoría de quienes entienden que los acreedores disponen de un derecho de garantía real sobre los bienes del deudor; y por eso sostiene que «la verdadera y auténtica seguridad de los acreedores está en la capacidad económica de ese patrimonio para hacer frente a sus obligaciones. La seguridad de los acreedores está en la solvencia del deudor, entendiendo por solvencia esta aptitud del patrimonio para cumplir».

³⁰⁴ CRISCUOLI (1980), pp. 9 y ss. En la doctrina española se han ofrecido otras relaciones; así, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), pp. 206 y ss., han propuesto recientemente otra: obligaciones hereditarias, obligaciones legales y obligaciones testamentarias. Las obligaciones hereditarias incluyen tanto las deudas del difunto que subsisten tras su muerte como las cargas de la herencia (entre las que cabe incluir la obligación de colacionar, del artículo 1035 CC; o el artículo 1064 CC, cuando establece que «los gastos de partición, hechos en interés común de todos los coherederos, se deducirán de la herencia; los hechos en interés particular de uno de ellos, serán a cargo del mismo»); las obligaciones legales incluyen las legítimas, reservas y otras obligaciones previstas por la ley en favor de ciertas personas, así como también los gastos de administración (tradicionalmente considerados como cargas); y por último, las obligaciones testamentarias que son las que el testador impone a cargo de herederos y legatarios, como legados, sublegados, fideicomisos y modos testamentarios.

³⁰⁵ RODRÍGUEZ ROSADO (2017), p. 56, lo denomina como «cargas especiales» o «bajas especiales de la herencia».

³⁰⁶ RHEINSTEIN (1935), p. 432, únicamente enumera tres deudas de las que, bien el heredero en los ordenamientos de derecho continental, bien el *personal representative* en los ordenamientos de *common*

las obligaciones sucesorias asistenciales y las obligaciones hereditarias es que estas nacen *ex voluntas testatoris*, mientras que aquellas nacen *ex lege*. En multitud de ordenamientos jurídicos vecinos³⁰⁷ y no tan vecinos³⁰⁸ se prevé la existencia y coercibilidad de estas obligaciones sucesorias asistenciales.

Dentro del panorama legislativo español, cabría plantearse si la pensión compensatoria, que un cónyuge debe tras la separación o divorcio para reajustar el desequilibrio económico, regulada en los artículos 97 y siguientes del CC, es subsumible en la categoría de obligación sucesoria asistencial, o simplemente es una deuda ya preexistente del causante que se transmite *mortis causa*. El artículo 101 CC establece que «el derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona. El derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor. No obstante, los herederos de éste podrán solicitar del Juez la reducción o supresión de aquélla, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus dere-

law, debe responder, y que son básicamente las tres mencionadas: deudas preexistentes, deudas que nacen de la apertura de la sucesión, y las deudas testamentarias. GARCÍA RUBIO (1989), pp. 171 y ss., recoge las tres categorías anteriormente mencionadas y omite la de obligaciones sucesorias asistenciales.

³⁰⁷ En Italia, CRISCUOLI (1980), pp. 42-49, incluyó dentro de esta subcategoría la asignación vitalicia a favor de los hijos no reconocibles (artículos 279 y 580 CCit), la asignación vitalicia a favor del cónyuge supérstite separado quien ya recibía alimentos del cónyuge antes de su fallecimiento (artículo 548.2 CCit), y la asignación que un juez puede reconocer en favor del excónyuge divorciado con cargo a la herencia (artículo 9 bis Ley 898/1970 sobre el divorcio).

³⁰⁸ SCHWIND (2002), pp. 5-6, en un estudio comparado relativo a las obligaciones sucesorias asistenciales que no se extinguen con la muerte del deudor, señala que en Francia la asistencia pactada en contrato debe ser asumida por la herencia. En Brasil, la obligación de prestar alimentos se transmite a los herederos del deudor (artículo 1700 CC Brasil). En Alemania, el padre debe asistir a la madre por el período comprendido entre las seis semanas anteriores y las ocho posteriores al nacimiento del hijo (§ 1615n BGB). Además, el deber de asistir al excónyuge pasa a los herederos como deuda de la herencia, aunque con límite máximo en la cantidad que, de no haberse disuelto el matrimonio, les habría correspondido conforme a las normas de la sucesión legítima (§1586 BGB). En Austria, el heredero forzoso que ha sido excluido de la herencia por una razón legalmente justificable debe recibir una pensión de asistencia (§795 ABGB), y el cónyuge supérstite, aun cuando no sea heredero forzoso, tiene derecho a una pensión apropiada hasta que contraiga nuevo matrimonio y hasta el límite de lo que le hubiese correspondido conforme a las normas de la sucesión legítima (§796 ABGB). En Estados Unidos, la regla general es que las obligaciones de asistencia se extinguen con la muerte del deudor; no obstante, los estatutos de algunos Estados establecen que la pensión alimenticia, a falta de acuerdo, será exigible únicamente hasta la muerte de cualquiera de las partes, lo que ha sido interpretado como una autorización para que en los decretos de divorcio sí se pueda establecer que el pago de la pensión continúe después de la muerte del obligado. Incluso en ausencia de dicha autorización estatutoria, la casuística reciente pone de manifiesto que los tribunales conceden pensiones alimenticias que continúan después de la muerte del obligado si el decreto de divorcio así lo prevé específicamente, de forma tal que la pensión alimenticia se convierte así en una deuda sucesoria. Lo mismo ocurre con la pensión alimenticia en favor de los hijos: en principio, se extingue con la muerte del obligado. No obstante, continuará existiendo tras su muerte si el decreto de divorcio así lo estipula. En Inglaterra, las obligaciones asistenciales también cesan con la muerte del obligado; no obstante, un tribunal puede ordenar el pago de una cantidad neta con cargo a la herencia a favor de ciertos miembros de la familia u otras personas dependientes para quienes no se ha provisto ninguna disposición económico-patrimonial a su favor ni en testamento ni bajo las normas de sucesión intestada.

chos en la legítima». Según el precepto, la muerte del deudor de la pensión compensatoria no extingue la misma; por el contrario, sí se extingue en caso de muerte del acreedor. Por ello, lo más acertado en nuestra opinión es considerar que se trata de una obligación preexistente que no se extingue con la muerte del deudor, pues nace antes de la apertura de la sucesión *mortis causa* y no halla causa en la misma³⁰⁹. No obstante, sí que es cierto que esta deuda se antoja un tanto especial e incluso, como se ha dicho, de inferior categoría, pues podría tener lugar su extinción dependiendo de la cuantía del haber hereditario y el propio devenir personal de los sujetos implicados³¹⁰; no en vano, esta deuda no podría subsistir en el caso de herencia dañosa. En opinión de cierta doctrina, otra situación parecida a esta, que convierte al cónyuge supérstite en un «acreedor legal y especial» es la contemplada en el artículo 1438 CC³¹¹, a favor de quien podría nacer un crédito contra la herencia si el causante hubiera experimentado una mayor ganancia³¹².

Volviendo a los tipos de deudas sucesorias existentes en nuestro Derecho, se ha hecho notar por la doctrina que el Código Civil no dice qué ha de entenderse por carga hereditaria, al contrario de lo que ocurre en algunos ordenamientos autonómicos en los que así se contempla³¹³; por ello, en un análisis comparado, se ha hecho una relación de elementos que son cargas sucesorias: gastos de última enfermedad y entierro, incineración y funeral del causante; gastos de formación de inventario y partición de la herencia y otros causados por actuaciones judiciales, notariales o registrales que se hiciesen en interés común; gastos de defensa de los bienes mientras la herencia está yacente o permanece la separación del beneficio de inventario; gastos de entrega de legados, pago de legítimas y retribución de albaceas u otros de naturaleza análoga; gastos de conservación de los bienes, los tributos, primas de seguro y otros

³⁰⁹ GARCÍA GOLDAR (2018), pp. 313 y ss.

³¹⁰ GONZÁLEZ VICENTE (2016), pp. 3421 y ss., quien considera que la deuda recibirá un tratamiento diferente dependiendo de si se trata de una prestación única, aun cuando resulte diferida o aplazada; o una prestación de tracto sucesivo. En el primero de los casos, estaríamos ante una deuda determinada, que se descuenta en su totalidad del activo y se integra en el pasivo; por el contrario, en el segundo caso, habría que distinguir dos momentos: las cantidades devengadas y no satisfechas antes del fallecimiento del deudor, que también se configuran como deuda *típica*, de la que responde el heredero con el patrimonio hereditario y el suyo propio; y las cantidades que se devenguen con posterioridad. Es en este último caso en el que la deuda adquiere ese tinte de especialidad o *inferioridad*, ya que «no hay confusión de patrimonios, pues se permite limitar la responsabilidad a los bienes de la herencia, al caudal hereditario, *intra vires hereditatis*».

³¹¹ Este precepto establece que «los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación».

³¹² SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), p. 208.

³¹³ Así, por ejemplo, el artículo 461-19 CCCat, el artículo 356 CDFA y el artículo 21.1 LDCV.

gastos a que se hallen afectos, así como obligaciones contraídas por el administrador durante la gestión de los negocios del causante o que deriven de su explotación, cuando no deban ser satisfechos por el cónyuge usufructuario³¹⁴.

Una vez analizada la composición del pasivo sucesorio, conviene retomar la cuestión acerca de su transmisibilidad *mortis causa*; así, debemos señalar que el patrón es el mismo que para el activo: la sucesión es la norma general y la extinción de la relación la excepción³¹⁵. No en vano, la relación obligatoria más habitual en las herencias actuales –deuda garantizada con hipoteca, que recae, normalmente, sobre la vivienda habitual– es objeto de sucesión, tanto *mortis causa*, como procesal³¹⁶.

De otra parte, las relaciones jurídicas del pasivo que se extinguirán son aquellas que tengan carácter vitalicio o que se hubiesen formalizado en atención a la persona del deudor. En este sentido, será normalmente la ley la que determine qué tipo de obligaciones son personalísimas o no; así, por ejemplo, el artículo 150 CC establece que la obligación de prestar alimentos cesa con la muerte del obligado. Pero también es posible que una obligación nazca personalísima en virtud de la voluntad de los contratantes³¹⁷. Es importante señalar que, a pesar del carácter personalísimo de algunas deudas, éstas serán, por voluntad de la ley, transmisibles; así, la indemnización por daños y perjuicios *ex* artículos 1101 y 1902 CC será transmisible *mortis causa*. También formará

³¹⁴ GETE-ALONSO CALERA (2016), p. 347.

³¹⁵ El TS reconoce este principio general de transmisibilidad de las deudas en las SSTs de 22 de marzo de 1990 (RJ 1999, 1719) y 7 de enero de 1986 (RJ 1986, 99).

³¹⁶ DOMÍNGUEZ LUELMO (2014), pp. 385 y ss., pone de manifiesto que en estos casos, el fallecimiento del causante no presentará especiales incidencias mientras los herederos atiendan las amortizaciones mensuales pactadas; si así no ocurriera, la solución diferirá en atención a la existencia de un previo seguro de vida –en cuyo caso, el asegurador tendría que hacer frente al pago del capital, renta o prestaciones que se hubieran convenido–, o no. Si no se hubiese pactado tal seguro, cabe tener en cuenta que el artículo 693.2 LEC confiere la posibilidad al acreedor de exigir anticipadamente la totalidad del crédito. De otra parte, si ya se hubiese iniciado ejecución frente al causante en vida de éste, su fallecimiento durante o después de finalizado el proceso daría lugar a sucesión procesal *ex* artículo 16 LEC. Además, ORDÓÑEZ SERRANO (2016), pp. 18 y ss., hace notar tres cosas: en primer lugar, que la deuda hipotecaria se recibe en los mismos términos, plazos y condiciones pactados en su día por el causante; la segunda, que es problemática la póliza del seguro de vida otorgado a una pareja sin relación conyugal ni descendientes que solo cubre el 50% del crédito, pues a menudo los herederos del fallecido creen que las cuotas pendientes ya solo deben ser pagadas por el otro deudor hipotecario, lo que no es así, pues el inmueble en su totalidad sigue estando afecto al 100% de la deuda; y, por último, que existe cierta jurisprudencia y legislación que «puede aliviar» de alguna manera al heredero, como la numerosa jurisprudencia sobre eliminación de la cláusula suelo o tipo mínimo que limita la variabilidad del tipo de interés, la posibilidad de pactar con la entidad la refinanciación de la deuda, o la Ley de Segunda Oportunidad (Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social).

³¹⁷ BONILINI (2009-A), p. 6, señala que, efectivamente, la intransmisibilidad puede hallar su fuente en la ley o en la voluntad del hombre.

parte de la herencia la deuda tributaria, que se transmite *mortis causa* por previsión expresa del artículo 39 de la Ley General Tributaria³¹⁸.

Por último, es importante mencionar que existen, en el pasivo sucesorio, ciertos supuestos de sucesión anómala³¹⁹, como en el contrato de arrendamiento tras la muerte del arrendatario. En efecto, la Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU) prevé dos tipos de derechos de subrogación diferentes³²⁰: el primero es el establecido para los casos de arrendamiento de vivienda, en cuyo caso, tendrán derecho a subrogarse ciertos parientes en el contrato las personas nombradas *ex* artículo 16.1 LAU³²¹; para el caso de no existir ningún pariente con derecho a subrogarse en el contrato, el arrendamiento quedaría extinguido (artículo 16.2 LAU). En este caso lo que se produce es una particular *mortis causa capio*, sin relación con la herencia; por lo tanto, el que se subroga en la posición del inquilino no tendrá que responder del pago de las deudas hereditarias, si no hubiese asumido la condición de heredero³²². Por el contrario, el segundo de los derechos de subrogación está previsto en el artículo 33 de la ley, en sede de arrendamientos para uso distinto del de vivienda, en cuyo caso tendrán derecho a subrogarse en el contrato de arrendamiento en local en que se

³¹⁸ El citado artículo señala que «a la muerte de los obligados tributarios, las obligaciones tributarias pendientes se transmitirán a los herederos, sin perjuicio de lo que establece la legislación civil en cuanto a la adquisición de la herencia. Las referidas obligaciones tributarias se transmitirán a los legatarios en las mismas condiciones que las establecidas para los herederos cuando la herencia se distribuya a través de legados y en los supuestos en que se instituyan legados de parte alcuota. En ningún caso se transmitirán las sanciones. Tampoco se transmitirá la obligación del responsable salvo que se hubiera notificado el acuerdo de derivación de responsabilidad antes del fallecimiento».

³¹⁹ GARCÍA RUBIO (1989), pp. 130 y ss., afirma que este tipo de sucesión sirve para individualizar el conjunto de complejos normativos que evidencian, a pesar de su contenido heterogéneo, su apartación de los principios generales del Derecho sucesorio; en definitiva, que la sucesión anómala no constituye una categoría unitaria, sino un conjunto de figuras dispares. En Italia, ZOPPINI (1998), p. 1084, le confiere a este tipo de sucesión anómala efectos *parasuccessori*.

³²⁰ En cuanto a la subrogación del artículo 16 LAU, PASQUAU LIAÑO (2007), p. 392, hace notar, sobre el plazo de tres meses que hay para poder subrogarse en la posición del arrendatario, que si dicho plazo transcurre sin notificación, no es precisa una acción de resolución, pues habría una extinción automática. CARRASCO PERERA (2013), pp. 541 y ss., afirma que este derecho de subrogación constituye un gravamen para el arrendador toda vez que el nuevo deudor puede ser menos solvente que el fallecido. No se adquiere por vía hereditaria, sino que nace en cabeza directa del beneficiario; por ello, es un derecho indisponible, por vía de herencia o de legado o por alteración del orden de subrogación, que no se pierde por la renuncia a la herencia.

³²¹ Este artículo incluye, como personas que pueden subrogarse en el contrato de arrendamiento: el cónyuge del arrendatario que al tiempo del fallecimiento conviviera con él; la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia; los descendientes del arrendatario que en el momento de su fallecimiento estuvieran sujetos a su patria potestad o tutela, o los hermanos, que hubiesen convivido habitualmente con él durante los dos años precedentes a su fallecimiento, y las personas que sufran una minusvalía igual o superior al 65%, siempre que tengan una relación de parentesco hasta el tercer grado colateral con el arrendatario y hayan también convivido con éste durante los dos años anteriores al fallecimiento.

³²² LACRUZ BERDEJO (1961), pp. 114-115.

ejerza una actividad empresarial o profesional, «el heredero o legatario que continúe el ejercicio de la actividad». En este caso, la ley ya no establece el derecho de subrogación en favor de los familiares, sino en favor de los sucesores³²³.

2. EL RECURSO A LA PLANIFICACIÓN TESTAMENTARIA PARA PROTEGER A SUCESORES O ACREEDORES

2.1 Introducción: la voluntad testamentaria

Como hemos dicho anteriormente, la figura del causante es importante, pero no solo porque la sucesión gire en torno a su persona y respecto de su patrimonio, sino también desde otra perspectiva: su voluntad, expresada conforme a los cauces legales previstos, puede determinar un destino diferente al fijado por la ley para su patrimonio, entre otras cuestiones. Retomamos así la cuestión de la sucesión testamentaria y la importancia de la expresión de voluntad por parte del causante.

La sucesión testamentaria está inevitablemente ligada al reconocimiento de esta voluntad testamentaria que es «uno de los aspectos más importantes del respeto por la personalidad del sujeto como expresión máxima de su voluntad»³²⁴. Sin embargo, la doctrina no es unánime a la hora de encuadrar esta voluntad testamentaria dentro del principio general de autonomía privada: un sector considera que la libertad de testar, aun cuando sometida a límites, es autonomía y, por tanto, equiparable a la libertad de contratación que existe en el ámbito patrimonial general³²⁵; otro sector con-

³²³ Como señala APARICIO AUÑÓN (2007), pp. 711 y ss., parece que esta norma regresa al sistema sucesorio común del CC, puesto que la subrogación opera en la órbita del derecho sucesorio al concederse únicamente a favor de heredero y legatario: la subrogación, dice, estaría causada por la sucesión. El autor hace notar además que es necesario que el sucesor continúe el ejercicio de la actividad, pues en caso contrario, no podría operar la subrogación. Por el contrario, CARRASCO PERERA (2013), p. 1008, considera que «el requisito de continuar la actividad empresarial no debería exigirse estrictamente. Debería bastar con que el heredero o legatario continuase una actividad posible dentro del destino pactado en el contrato o derivado de las características de la finca».

³²⁴ TORRES GARCÍA (1977), pp. 28-29.

³²⁵ Dentro de nuestras fronteras cabe destacar a DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 188. En la doctrina italiana, MANIÀCI (2006), pp. 731-766, considera que, dentro de la autonomía privada, la de naturaleza sucesoria es más amplia que la autonomía contractual. Para este autor, el testamento es un acto clarísimo de autonomía privada, y un símbolo evidente de ello reside en la facultad de derogar normas dispositivas en materia sucesoria, excluyendo que se produzcan los llamados «efectos naturales». Por todo ello, opina que la autonomía testamentaria logra conquistar espacios excluidos de la autonomía contractual. MANIÀCI también analiza la amplitud de la autonomía privada de los sucesores, que está rígidamente definida por la ley, pues tanto la aceptación como la renuncia no admiten cláusulas para limitar, administrar o circunscribir los efectos de la vocación; si bien, es cierto que los llamados tienen otras facultades para moldear algunas cuestiones, como la responsabilidad por deudas hereditarias. Además, en Italia se ha

sidera por el contrario que la autonomía privada y la libertad de testar difieren notablemente³²⁶.

Sea como fuere, la doctrina más señera considera que la libertad testamentaria se configura como la «manifestación más evidente de la libertad individual»³²⁷, que se presenta de forma doble: de una parte, permite al testador escoger una de las varias formas testamentarias que se prevén, y de otra, le permite manifestar el contenido que él desee³²⁸; contenido que constituye la esencia misma del testamento³²⁹. La primera vertiente de la libertad testamentaria reside en la facultad de otorgar el tipo de testamento que el testador elija³³⁰, a

considerado válido el pacto de no publicar el testamento ológrafo (*Cass.* 17 julio 1974, n. 2145), el pacto entre los coherederos para renunciar a la delación testamentaria y forzar la delación legal (entre otras, *Cass.* 7 julio 1988, n. 4469), la renuncia a hacer valer una causa de indignidad por parte de quienes serían llamados en lugar del indigno y el acuerdo de todos los coherederos de no incluir una donación colacionable (*Cass.* 18 julio 1962), el acuerdo a la revocación de la renuncia de un llamado, prestado por los otros llamados que habían aceptado la herencia, renunciando así al acrecimiento en su cuota a la que tendrían derecho. Por lo tanto, en algunos casos, el ejercicio de la autonomía privada por los llamados a la herencia supera y prevalece sobre la última intención manifestada por el causante. No obstante, el citado autor considera que el testador siempre podrá evitar todo esto mediante cláusulas penales o de pérdida de lo dejado, de forma tal que el testador conserva así toda la integridad de su autonomía testamentaria, todo ello sin perjuicio de los supuestos en los que no es posible el recurso al acuerdo debido a la ilicitud del objeto, como ocurre, por ejemplo, en las disposiciones no patrimoniales, en cuyo ámbito el testador goza de una «exclusiva esfera de soberanía y por lo tanto, una garantía de inmortalidad jurídica».

³²⁶ En la doctrina española, DELGADO ECHEVERRÍA (2012), p. 525, para quien «hay al menos dos rasgos que inclinan a diferenciar. Al disponer para después de su muerte el testador no se da norma a sí mismo, lo que contradice cierta manera generalizada de entender el concepto de autonomía (sin embargo, sí ocurre que el testador actúa de acuerdo con sus propias normas, sus criterios personales, sus valores y principios, es decir, actúa con autonomía moral); por otra parte, merece subrayarse que la libertad de testar solo se reconoce a las personas físicas, como manifestación de la dignidad de la persona, mientras que la autonomía privada que se ejercita mediante el contrato corresponde también a los mucho más numerosos entes instrumentales (en particular, sociedades mercantiles) que intervienen en el mercado, como instrumento del mismo. La libertad de testar es ajena al mercado»; opinión que comparten TORRES GARCÍA y GARCÍA RUBIO (2014), pp. 25 y ss., y que añaden otras razones: el CC recoge el principio de autonomía privada en el artículo 1255, y no el principio de libertad de testar, o al menos no con la misma «contundencia»; de otra parte, en el CC el testamento es un acto unilateral, mientras que el contrato exige la confluencia de voluntades; por último, los límites impuestos a una y otra libertad, así como las exigencias de forma, son bien distintas.

³²⁷ TORRES GARCÍA y GARCÍA RUBIO (2014), pp. 15-42. Las autoras distinguen además entre lo que denominan «libertad de testar» entendida como la libertad en sentido negativo en la que existe la posibilidad de disponer del propio patrimonio sin que otros se interpongan en esa actividad, o lo que es lo mismo, con «ausencia de impedimento o restricción» y la «libertad para testar», que es la libertad en sentido positivo según la cual el testador podría tomar las «propias decisiones con plena validez jurídica, por inusuales, caprichosas o extrañas que estas sean».

³²⁸ TORRES GARCÍA (1977), p. 51, que literalmente señala «la autonomía del testador se manifiesta también a la hora de dotar a la forma de testar por él elegida de un contenido para la validez de la misma».

³²⁹ TORRES GARCÍA y GARCÍA RUBIO (2014), p. 42.

³³⁰ Esta libertad de elección no es absoluta, pues el CC impide elegir determinadas formas testamentarias a personas que, no habiendo sido incapacitadas judicialmente, sí sufren ciertas discapacidades físicas. Así, de acuerdo con el artículo 708 CC, los ciegos y los que no sepan o puedan leer no podrán hacer testamento cerrado. Tampoco podrán otorgar testamento abierto (artículo 695 CC) ni cerrado (artículo 709 CC) quienes no pueden ni expresarse verbalmente ni escribir; y, por último, no podrán otorgar testamento

escoger entre una variedad nada desdeñable³³¹. De otra parte, la segunda vertiente de la libertad testamentaria reside en la facultad para otorgar en testamento el contenido deseado; facultad esta que puede resultar especialmente provechosa para preordenar la liquidación de la herencia, como veremos.

Tal es la importancia de la voluntad del causante que el legislador del Código Civil ha querido que ésta pueda expresarse en un único instrumento *mortis causa*³³²: el testamento³³³. Sus orígenes se remontan al Derecho roma-

ológrafo quien no sabe o no puede escribir, requisito este que se desprende de la necesidad de que el testamento esté escrito por el testador (artículo 688 CC). Respecto de esto último, TORRES GARCÍA (1977), pp. 219 y ss., considera que los ciegos sí podrán otorgar testamento ológrafo, siempre y cuando utilicen escritura normal con rasgos grafológicos y no el sistema Braille.

³³¹ Para no detenernos en una cuestión de sobra conocida, nos limitaremos a indicar que el abanico de opciones contempla los testamentos notariales, ológrafos y especiales. En realidad, el CC clasifica los testamentos en comunes –cerrado, abierto y ológrafo– (artículo 676) y especiales –militar, marítimo y hecho en país extranjero– (artículo 677); sin embargo, para simplificar, clasificaremos los testamentos en notariales, ológrafos y especiales, incluyendo en estos últimos no solo los citados en el artículo 677 CC, sino también aquellos testamentos abiertos que, por razones de extrema urgencia o necesidad, no se otorgan ante notario (artículos 700, para caso de peligro inminente de muerte, y 701, para caso de epidemia). Los notariales son aquellos que, como su propio nombre indica, se otorgan ante notario, y en este tipo se incluyen las modalidades de testamento abierto y cerrado. De otra parte, el testamento ológrafo es, como indica la propia palabra y el artículo 678 CC, aquel que el testador escribe totalmente por sí mismo. Este tipo de testamento, y aun cuando el CC lo clasifica como testamento común, tiene un régimen completamente peculiar, y como apunta TORRES GARCÍA (1977), p. 153, una de las primeras notas que lo distinguen no solo de las otras formas comunes, sino también de las especiales, es la «exigencia de una edad superior a la normal para poder otorgarlo», y es que, en efecto, para poder otorgar este tipo de testamento es necesario ser mayor de edad (artículo 688 CC). La ausencia de publicidad es, en opinión de la citada autora, otra de las notas que claramente lo distinguen de todas las demás formas. Por último, los testamentos especiales son aquellos que se realizan en circunstancias especiales o de extrema urgencia.

³³² En Italia, existe lo que se podría llamar una crisis testamentaria, pues entre otros BONILINI (2009-A), pp. 22-23, señala que cada vez es menor el recurso a este instrumento *mortis causa*, a la par que se observa un mayor recurso a instrumentos de disposición *inter vivos*, alternativos al fenómeno sucesorio. Las razones que, según el autor, han propiciado esta crisis del testamento son básicamente la inestabilidad de las uniones matrimoniales, la intolerancia por los límites impuestos por las normas de la sucesión legítima, y, sobre todo, el cuantioso gravamen tributario. No sorprende, por tanto, que en los últimos años, la literatura italiana haya escrito mucho acerca de estos instrumentos alternativos, como por ejemplo PALAZZO (2003) o BARBA (2017-A), p. 399 y ss., en donde afirma que la planificación hereditaria ya no está exclusivamente confinada al testamento, que ha perdido así toda la *centralidad* que se le había conferido.

³³³ TORRES GARCÍA (1977), p. 146; JORDANO BAREA (1999), p. 3. En ciertas normativas autonómicas se admiten otros instrumentos, como los pactos sucesorios, los codicilos o las memorias testamentarias. En concreto, en el País Vasco se admiten los pactos sucesorios (artículo 18 LDCV); en Cataluña son posibles los codicilos y memorias testamentarias (artículos 421 y ss.) y los pactos sucesorios y donaciones *mortis causa* (artículos 431 y ss. CCCat); en Galicia se contempla la validez de los pactos sucesorios en los artículos 209 y ss. LDCG; en Aragón también se admiten los pactos sucesorios en los artículos 377 y ss. CDF; en Navarra, la Ley 1/1973, de 1 de marzo, de compilación del Derecho civil foral prevé la admisibilidad de los codicilos (ley 194), las memorias testamentarias (leyes 196-198), la donación *mortis causa* (ley 320), y los pactos sucesorios (ley 172 y ss.); por último, en las Islas Baleares se regula el codicilo (artículo 17 CDCIB) y los pactos sucesorios (artículos 72 y ss. CDCIB). En el marco normativo que establece el Código Civil, los pactos sucesorios no están permitidos (artículo 816) y a la hora de regular un instrumento válido en el que disponer *mortis causa*, solo se menciona el testamento, pues el artículo 672 CC expresamente señala que «toda disposición que sobre institución de heredero, mandas o legados haga el testador, refiriéndose a cédulas o papeles privados (...), será nula si en las cédulas o papeles no concu-

no, donde se definió como «una justa declaración de nuestra voluntad de aquello que una persona quiere que sea hecho después de su muerte»³³⁴; si bien, por aquel entonces las exigencias concernientes al negocio testamentario eran más rigurosas que hoy día. En efecto, era necesario que el testamento incluyese la institución de heredero³³⁵ y que, además, lo encabezase o las disposiciones precedentes se considerarían nulas³³⁶. Este rigorismo inicial está completamente superado en nuestro CC ya que se admite no solo toda cláusula testamentaria distinta a la institución de heredero, sino también que el testamento no contemple dicha institución en absoluto³³⁷.

El testamento, instrumento sucesorio por antonomasia, es definido en el artículo 667 CC como «acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos». Del tenor literal del artículo parece inferirse que el testamento ha de tratarse necesariamente de un negocio de carácter dispositivo-patrimonial; pero esto no es así. La jurisprudencia³³⁸ y

rren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo». A este respecto, DE LAMA AYMÁ (2016), pp. 56 y ss., recoge las dos diversas teorías que se han defendido, a saber: la de aquellos que entienden que las memorias testamentarias han sido prohibidas, y la de aquellos que consideran que la remisión al testamento ológrafo se refiere únicamente a la forma exigida de manera que las memorias seguirían estando permitidas. CAÑIZARES LASO (2014), p. 826, considera que las cédulas o memorias testamentarias sí serán un instrumento sucesorio válido «cuando por sí mismas constituyan un testamento ológrafo», pero matizamos que, tal y como ha exigido el Tribunal Supremo en la STS de 29 de septiembre de 1956, deberán ser protocolizadas. En esta STS se puede leer: «el Código Civil no prohíbe en absoluto las memorias y cédulas testamentarias, como hace con el testamento de mancomún y con el testamento por comisario, (...), pero si bien permite la subsistencia de dichas memorias y cédulas, no es con el carácter y efectos que les daba la antigua jurisprudencia, sino como un nuevo testamento, revestido de todas las formalidades del ológrafo (...). Es indispensable para la eficacia de las cédulas, papeles privados y memorias testamentarias, que éstas se eleven a instrumento público o se protocolicen...».

³³⁴ Traducción de Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 183, de la definición de MODESTINO «*voluntatis nostrae iusta sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit*» contenida en el Digesto 28.1.1.

³³⁵ GARCÍA RUBIO (1989), p. 35, donde la autora pone de manifiesto además que la institución de heredero no solo debía encabezar el testamento, sino también estar escrita en latín, en modo imperativo y mediante palabras solemnes.

³³⁶ CAÑIZARES LASO (1990), p. 19.

³³⁷ En efecto, señala GARCÍA RUBIO (1989), pp. 35 y ss., afirma que la rigidez del principio *caput et fundamentum* comienza pronto a decaer y ya al final de la época clásica el rigor formalista era superado, aunque permanecía la exigencia de la institución que condiciona la validez y eficacia de las demás disposiciones. En la época postclásica la *heredis institutio* deja de ser requisito necesario para la validez del testamento, cuyo contenido se mantiene aún en ausencia de aquella. Posteriormente, en la época de las Partidas, se consagra la necesidad de la institución de heredero para la validez del testamento, criterio que se mantiene en el Ordenamiento de Alcalá hasta que en la época de la codificación se suprimió la necesidad de existencia de heredero para la validez del testamento. En cualquier caso, conviene hacer notar que nos referimos únicamente al Código Civil español pues, por ejemplo, el artículo 423-1 CCCat señala que «el testamento debe contener necesariamente institución de heredero».

³³⁸ Destacan dos sentencias del Tribunal Supremo de la época post-Código Civil, de 6 de julio de 1914 y 8 de julio de 1940 sobre testamento meramente revocatorio. En la última de las sentencias citadas se dice «... de otros preceptos del mismo Código resulta que está equiparado al testamento propiamente dicho, el mero acto revocatorio de un testamento anterior que no supone directamente ninguna disposición

la doctrina³³⁹ han ido moldeando esta definición un tanto categórica de la ley³⁴⁰ a fin de argüir la validez de las disposiciones testamentarias de carácter no dispositivo³⁴¹. En definitiva, hoy en día es ya indiscutible la admisibilidad del testamento sin contenido patrimonial, como ocurre con el testamento meramente revocatorio, o el testamento cuyo contenido único consiste en la desheredación de un legitimario o que solo contiene disposiciones de carácter personal o familiar, como puede ser el reconocimiento de un hijo natural o el nombramiento de tutor³⁴².

Una vez superadas, por tanto, las antiguas exigencias que recaían sobre el testamento³⁴³, podemos afirmar que nos encontramos ante un momento de verdadera libertad testamentaria; cualquier persona puede otorgar testamento declarando, con efectos para después de la muerte, lo que desee o considere

sobre los bienes aunque implique disposición de modo indirecto al abrir paso a la sucesión legítima, siempre que se hayan observado en aquél las solemnidades necesarias para testar (artículo 738) así como se admite también que puedan consignarse en el testamento disposiciones que no tengan relación directa con los bienes...».

³³⁹ Los primeros comentaristas del Código Civil criticaron ya desde el principio la configuración del testamento como acto dispositivo; en este sentido, VALVERDE VALVERDE (1916), p. 56, considera que «el legislador tiene un concepto estrecho del testamento como un instrumento de disposición de bienes, siendo que hay algo más que eso en el testamento, y no es raro que el disponer de la fortuna sea una cosa accidental, siendo lo principal, declaraciones que afecten a la conciencia y al deber moral, como revelaciones de paternidad, reconocimiento de deudas, confesiones religiosas, etc.» Sobre el amplio contenido patrimonial o extrapatrimonial que puede tener el testamento, *vid.* TORRES GARCÍA (1977), pp. 51 y ss.; TORRES GARCÍA y GARCÍA RUBIO (2014), pp. 53 y ss.; AMMERMAN YEBRA y GARCÍA GOLDAR (2017), pp. 80-81.

³⁴⁰ No ocurre lo mismo con la definición de testamento ofrecida por el artículo 587 CCit, en el que se dice que el testamento es un acto revocable por el cual alguien dispone, para el momento en que habrá cesado de vivir, de todas sus pertenencias o de parte de ellas. Las disposiciones de carácter no patrimonial, que la ley permite que sean contenidas en un testamento, tienen eficacia si están contenidas en un acto que tiene la forma de testamento, incluso si no contiene otras disposiciones de carácter patrimonial. Por lo tanto, este artículo admite de manera inequívoca el testamento de contenido exclusivamente no patrimonial, a la par que reconoce que el testador no habrá, necesariamente, de disponer de todos sus bienes.

³⁴¹ Según Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 185, el Derecho moderno contempla la admisibilidad de tres tipos de declaraciones testamentarias: las de carácter dispositivo, las que carecen de contenido patrimonial (reconocimiento de un hijo natural, nombramiento de tutor, etc.), y las que, teniendo contenido patrimonial, no tienen carácter dispositivo (por ejemplo, reconocimiento de una deuda). Para GARCÍA RUBIO (1989), p. 93, el término «disposición testamentaria» no debe confundirse con el de «acto de disposición», pues «mientras este último se define como el acto capaz de producir una modificación jurídica directamente incidente sobre el patrimonio de su autor, aquél alude a una realidad mucho más genérica, refiriéndose a los preceptos destinados a regular la suerte del propio patrimonio en el tiempo posterior a la muerte del testador».

³⁴² No en vano, ALBALADEJO GARCÍA (1997), p. 209, critica la definición del testamento, pues no da una idea fiel, ya que no solo puede contener disposición de bienes, sino también disposiciones de tipo no patrimonial, como el reconocimiento de un hijo, e incluso sin ninguna de aquéllas. Véase también CAÑIZARES LASO (1990), p. 29.

³⁴³ Sirva de ejemplo la STS de 17 de julio de 1996 (RJ 1996, 5800) cuando dice que «en nuestro Derecho ni es obligatoria la institución de heredero, ni ésta ha de recaer necesariamente a favor de heredero forzoso, pues éstos solo tienen derecho a la legítima».

oportuno. Se pone de manifiesto, así, el marcado carácter del testamento como instrumento válido para declaraciones de todo tipo³⁴⁴.

El testamento es un acto unilateral³⁴⁵, no recepticio³⁴⁶, unipersonal³⁴⁷, personalísimo³⁴⁸, generalmente escrito³⁴⁹, formal o solemne³⁵⁰, y esencialmen-

³⁴⁴ Incluido el derecho a testar de modo poco convencional, extraño o irracional, como señalan TORRES GARCÍA y GARCÍA RUBIO (2014), pp. 89 y ss.; a excepción, claro está, de las declaraciones que sean contrarias a derecho, que se tendrán por no escritas (artículo 767 CC). Además, Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 188, considera que el testamento es un acto que se encuadra dentro de la autonomía privada, por lo que tampoco podrán establecerse cláusulas testamentarias que contravengan las leyes sucesorias (por ejemplo, disponer de la legítima) o que sean contrarias a la moral o al orden público. En cuanto al testamento como instrumento apto para todo tipo de declaraciones, ROYO MARTÍNEZ (1951), pp. 73-130, ya defendía que el testamento pudiese contener toda clase de manifestaciones de voluntad unilateral, que resultarán eficaces y amparadas por la forma y autenticidad del documento, como confesiones de delitos o de responsabilidades, reconocimiento de deudas, etc. Para el autor, «aunque no sea lo normal, no es infrecuente que así suceda, porque al pensar en la muerte es natural que surja el deseo de reparar faltas celosamente ocultadas en vida o de mostrar indulgencia, para merecer así la divina», pues la previsión de la muerte no hace pensar únicamente en el destino ulterior de los bienes, sino también «en las responsabilidades contraídas, ocultas, tal vez, para los hombres, pero patentes a los ojos de Dios, y por consecuencia en la reparación debida (reconocimiento de hijos, de deudas, de delitos, etc.) en los sufragios y en la necesidad de obtener y otorgar indulgencia». Véase también, AMPERMAN YEBRA y GARCÍA GOLDAR (2017), p. 81, sobre la posibilidad de que se admitan o reconozcan culpas y faltas o se incluyan agradecimientos o consejos a familiares y amigos en el testamento.

³⁴⁵ Es unilateral porque no es necesario que concurra ninguna otra parte, pues la mera declaración de voluntad del causante otorga eficacia por sí misma al negocio testamentario. Según LACRUZ BERDEJO (1981), p. 208, la finalidad de esta característica es «garantizar la absoluta independencia en la formación libre y espontánea de la voluntad».

³⁴⁶ Es no recepticio porque los llamados no son destinatarios de la declaración. La aceptación por su parte es negocio jurídico autónomo que no repercute en la perfección del testamento. Véase en este sentido, LACRUZ BERDEJO, (1981), p. 209; Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 186, para quienes la declaración de voluntad no está destinada a su recepción por terceras personas, ni esta recepción es requisito de validez y eficacia; el testador puede hacer declaración de voluntad de manera secreta, a través de testamento ológrafo o cerrado.

³⁴⁷ El Código Civil es claro en este sentido: no se admite la validez del testamento mancomunado (artículo 669). Para LACRUZ BERDEJO (1981), p. 209, este requisito comprende también la prohibición de contratos sucesorios.

³⁴⁸ Así lo define el artículo 670 CC, como acto personalísimo, resultando prohibido el dejar la formación de testamento, en todo o en parte, al arbitrio de tercero. TORRES GARCÍA y GARCÍA RUBIO (2014), p. 46, señalan que es este carácter personalísimo, así como el de acto unilateral, dos de los rasgos característicos del negocio testamentario que refuerzan la libertad individual del testador.

³⁴⁹ TORRES GARCÍA (1977), p. 147.

³⁵⁰ Según se desprende del artículo 687 CC, el testamento solo será eficaz si se ajusta a los requisitos de forma impuestos por la ley. En caso contrario, el testamento será nulo. Además, la solemnidad no solo afecta a la perfección del testamento, sino también a la revocabilidad, pues dice el artículo 738 CC que el testamento «no puede ser revocado en todo ni en parte sino con las solemnidades necesarias para testar». En efecto, el testamento es un acto formal, como también lo demuestran los elementos que deben contenerse necesariamente en él. Nos estamos refiriendo a la expresión de las circunstancias relativas al tiempo y al lugar del testamento, que, en opinión de Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 193, son importantes porque determinan la capacidad o incapacidad del testador en el momento de otorgar testamento o si ha existido un vicio de la voluntad, y se tienen en cuenta para la exigencia de la unidad de acto. Sobre el carácter formal del testamento, véase TORRES GARCÍA (1977), pp. 40 y ss., que pone de manifiesto la evidente caracterización de los negocios jurídicos sucesorios como negocios formales en contraposición al principio de libertad de forma que rige en general otros ámbitos del derecho civil, a la par que justifica tal excepcionalidad sobre la base de tres argumentos: primero, proteger al autor del acto; segundo, fijar el contenido del negocio de manera cierta,

te revocable³⁵¹; que es «perfecto desde su emisión, si bien tiene una eficacia deferida *ex lege* al momento de la muerte del testador»³⁵². Además, el testamento debe ser «obra personal del autor» que realice persona capaz (cuya capacidad se presupone siempre) de una parte, y que se haga con entera libertad, de otra³⁵³. En cuanto al primer requisito, cabe señalar que la presunción de capacidad del testador no es absoluta³⁵⁴; por ello, y de la lectura a *sensu contrario* del artículo 662 CC se infiere que no pueden testar aquellos a quienes la ley se lo ha prohibido expresamente³⁵⁵: ni los menores de catorce años ni aquellos quienes habitual o accidentalmente no se hallaren en su cabal juicio³⁵⁶ *ex* artículo 663 CC.

En cuanto al segundo requisito –que el testamento se otorgue con plena libertad–, es importante que la voluntad se manifieste libre de vicios, que son aquellos recogidos en el artículo 673 CC³⁵⁷, esto es, violencia, dolo o fraude³⁵⁸;

y tercero, «hacer por el cumplimiento de la forma que la conclusión de un determinado negocio pueda ser conocida por todas aquellas personas interesadas en el mismo». Para LACRUZ BERDEJO (1981), pp. 212 y ss., la sanción es única y extrema, pues se aplica incluso cuando las «infracciones son de las que no parecen tener importancia sustancial», tal y como ha venido manifestando el TS en numerosas ocasiones. Tal vez por ello, ROMERO PAREJA (2007), pp. 161 y ss., considera cuestionable aquellas resoluciones en las que por falta de alguna formalidad y aun siendo clara la voluntad del testador, se hizo caso omiso a esta y se declaró nulo el testamento. La STS de 25 de junio de 1990 (RJ 1990, 4892), llamó la atención sobre el abuso de la acción de nulidad por defecto de forma, flexibilizando así de alguna manera esta exigencia.

³⁵¹ El artículo 737 CC señala que son esencialmente revocables todas las disposiciones testamentarias, incluso si el testador ha expresado en el testamento su voluntad de no revocarlas. Este tipo de cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras se tendrán por no puestas. Señala LACRUZ BERDEJO (1981), p. 209, que la revocabilidad *ad nutum* del testamento «radica precisamente en su irrelevancia jurídica externa *ante mortem*».

³⁵² Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 187.

³⁵³ TORRES GARCÍA (1977), pp. 33-34.

³⁵⁴ TORRES GARCÍA y GARCÍA RUBIO (2014), pp. 60-61, ponen de manifiesto que esta presunción de capacidad y libertad de testar no carecen de amenazas, sino que éstas se han incrementado notablemente en la sociedad contemporánea; así, el progresivo crecimiento de población de edad avanzada, la plena incorporación de personas con algún tipo de discapacidad a la vida civil, y la existencia de relaciones de dominación o de violencia son factores que según las citadas autoras incrementan la posibilidad de «testadores especialmente vulnerables por su edad o por sus condiciones físicas y mentales».

³⁵⁵ A pesar de esta prohibición, el artículo 664 CC sí admite el testamento hecho antes de la enajenación mental o, como dice Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 189, en «un intervalo lúcido», considerando también que «la prodigalidad no impide hacer testamento». Para LACRUZ BERDEJO (1981), p. 203, la expresión «quienes no se hallaren en su cabal juicio» hace referencia a aquellas personas que carecen, al momento de otorgar testamento, de la capacidad suficiente para querer y entender el alcance de sus disposiciones.

³⁵⁶ Como bien señala MESA MARRERO (2017), pp. 19 y ss., uno de los aspectos más controvertidos es precisar el significado de «cabal juicio».

³⁵⁷ Para Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 196, se corresponde con el artículo 1265 CC sobre vicios del consentimiento en sede contractual, pero existen divergencias: en el artículo 673, primero, no aparece el error, segundo, tampoco aparece la intimidación, y tercero, sí aparece una idea nueva equiparada al dolo: el fraude.

³⁵⁸ La doctrina ha discutido si fraude y dolo son términos equivalentes o no. Según Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 197, habría que interpretar que existen las dos formas, el engaño o fraude, y una forma más sutil de captación o sugestión que vendría a ser el dolo.

en caso contrario, el testamento sería nulo. Este precepto no incluye el error³⁵⁹, cuestión que ha dividido a la doctrina entre los que consideran que el error sí invalida el negocio testamentario y los que no³⁶⁰. Para Torres García y García Rubio³⁶¹ «la garantía *ex post* derivada de la posible anulación del testamento por vicios del consentimiento u otras figuras negociales es muy restringida, por lo que debe aquella ser conectada y completada con la solución *ex ante* que impide en todo caso la eficacia de la disposición a favor de determinadas personas que por su peculiar relación con el testador pudieran hipotéticamente influir de modo pernicioso en su voluntad; ciertos supuestos de la llamada indignidad para suceder aplicables a la sucesión testamentaria se sitúan en esta línea de protección de la voluntad del testador con parecidos objetivos»³⁶².

Una vez mencionadas sucintamente las características más esenciales del testamento, conviene pasar a analizar qué tan amplia es esta autonomía o libertad para testar a la hora de fijar el contenido de ese testamento; en este sentido, es de sobra conocido que la libertad testamentaria se encuentra sujeta a ciertos límites, siendo el más conocido el de las reservas y legítimas³⁶³. Sin embargo, fuera de esos límites, se podría decir que las facultades conferidas al testador

³⁵⁹ A diferencia de lo que ocurre en el *Codice Civile* italiano, cuyo artículo 624 señala que las disposiciones testamentarias podrán ser impugnadas cuando adolezcan de alguno de los vicios en este artículo mencionados, a saber, error, violencia o dolo.

³⁶⁰ Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 196, califica la tesis positiva de «ampliatoria», que entiende que la supresión del error no es intencional por parte del legislador, sino que es una laguna que habrá de integrarse mediante la aplicación analógica de los artículos 1265 y 1266 CC; de otra parte, califica la tesis negativa de «restrictiva», pues sus defensores arguyen que no se trata de un olvido del legislador, sino de una supresión intencional, lo que no obsta a que el error sí tenga efectos anulatorios en ciertos casos, como en el artículo 862 CC: si el testador ignorase que la cosa legada era ajena, el legado será nulo. Para LACRUZ BERDEJO (1981), p. 261, el error sí tiene cierta «trascendencia anulatoria» en lo que concierne a la institución de heredero o el nombramiento del legatario, pues el artículo 767 CC, al hablar de causa falsa se refiere a «motivo erróneo».

³⁶¹ TORRES GARCÍA y GARCÍA RUBIO (2014), p. 50.

³⁶² Se están refiriendo a las llamadas incapacidades relativas (artículos 752-755 CC) por las que el ordenamiento prohíbe que el testador haga disposiciones a favor del sacerdote que le hubiese confesado durante su última enfermedad o de sus parientes dentro del cuarto grado, su iglesia, cabildo, comunidad o instituto; a favor del tutor o curador del testador; o a favor del notario que autorice el testamento, o de su cónyuge, parientes o afines dentro del cuarto grado.

³⁶³ En este sentido, la legítima constituye el debate clásico a la hora de analizar la extensión de la libertad testamentaria, pero este no es el único; así, TORRES GARCÍA y GARCÍA RUBIO (2014), pp. 129 y ss., mencionan «las reglas relativas a reservas (artículos 811 y 968 CC), la reversión legal del artículo 812 CC, las vinculaciones temporales previstas en los artículos 781 y 785 CC o las prohibiciones de disponer testamentarias, a las que aluden, además del propio artículo 785.2 CC, el artículo 26.3 LH, ambos en la línea de prohibición de las vinculaciones perpetuas propias de los Derechos modernos». Sobre esta cuestión consideran además que se está produciendo en la actualidad un acercamiento entre las posturas más radicales y así, «en los ordenamientos del *common law* se han venido introduciendo por distintas vías, mecanismos de protección de los familiares y dependientes del fallecido (...); al mismo tiempo, los países continentales que tradicionalmente han reconocido la legítima, incluso como una institución revolucionaria, muestran en la actualidad una clara tendencia a su flexibilización y adelgazamiento».

son prácticamente absolutas³⁶⁴. El testamento es, en definitiva, el instrumento idóneo para reflejar los deseos póstumos acerca de la herencia propia; además, a través de la planificación testamentaria, el testador podrá proteger a su familia o aligerar el procedimiento sucesorio. Como dice Feás Costilla³⁶⁵ el testamento, «en herencias que se prevén conflictivas, puede acortar plazos, impedir tácticas dilatorias o embriada al heredero díscolo».

³⁶⁴ De acuerdo con los preceptos legales, entre otras cosas, el testador puede: constituir una fundación (artículo 9 Ley 13/2002 Fundaciones); reconocer a un hijo natural (artículo 120.2 CC); otorgar consentimiento para la válida adopción una vez muerto ya el adoptante (artículo 176.4 CC); nombrar tutor para los hijos menores o incapacitados (artículo 223 CC); dar instrucciones sobre la tutela (artículo 225 CC); excluir expresamente a posibles tutores (artículo 245 CC); encomendar a un tercero la distribución de cantidades que deje a clases determinadas, como a parientes, pobres o establecimientos (artículo 671 CC); a *sensu contrario*, puede prohibir que se impugne el testamento salvo en los casos en que la nulidad sea declarada por ley (artículo 675 CC); revocar un testamento anterior (artículo 737 CC); rehabilitar al indigno (artículo 757 CC); crear llamamientos sustitutivos para evitar el malogro del llamamiento testamentario (artículos 774 y ss.); modificar o dejar sin efecto la norma del artículo 783, según la cual, el fiduciario estaría obligado a entregar la herencia al fideicomisario sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras; establecer condiciones o modos, o fijar términos para sus llamamientos (artículos 790 y ss. CC); modificar o dejar sin efecto la norma del artículo 796 CC, según la cual, cuando la condición fuere casual o mixta, bastaría que se realizase o cumplierse en cualquier tiempo, vivo o muerte el testador; establecer, cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos (artículo 808 CC); establecer que unos legados se paguen con preferencia a otros (artículos 820 y 887 CC); excluir o disponer otra cosa respecto al derecho de habitación del artículo 822 CC; encomendar al cónyuge la facultad de mejorar, y disponer otra cosa contraria a la disposición según la cual esta facultad cesará cuando el cónyuge pase a ulterior matrimonio o a relación de hecho análoga o tenga algún hijo no común; nombrar contador-partidor (artículo 841 CC); desheredar a un legitimario (artículo 848 CC); ordenar mandas y legados (artículos 858 y ss. CC), incluso de cosa ajena (artículo 861 CC); ordenar, de acuerdo con el artículo 884 CC, que incluso si el legado no es de cosa específica y determinada, sino genérico o de cantidad, sus frutos e intereses desde la muerte del testador correspondan al legatario; distribuir toda la herencia en legados (artículo 891 CC); nombrar albaceas (artículo 892 CC); si nombra más de un albacea, establecer la solidaridad entre ellos, o fijar el orden en que deben desempeñar su cargo (artículo 897 CC); fijar las facultades que estime pertinentes para el albacea (artículo 901 CC) o fijarle plazo (artículo 904 CC), o retribución (artículo 908 CC), así como autorizarle a delegar el cargo (artículo 909 CC); eximir de la obligación de colacionar a los nietos que suceden en representación del padre, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1038 CC; prohibir la partición (artículo 1051 CC); o hacer partición él mismo (artículo 1056 CC), o encomendar la partición a un tercero (artículo 1057 CC); establecer que solo uno o algunos de los herederos quedarán obligados al pago de alguna deuda (artículo 1084 CC); nombrar beneficiario del seguro de vida, así como designar a las personas legitimadas a la hora de proteger su personalidad pretérita o sus derechos de autor. También puede prohibir o autorizar la publicación de una obra inédita, o elegir, de acuerdo con el Reglamento 650/2012, la ley aplicable a la sucesión *mortis causa*. Además, FEÁS COSTILLA (2014), considera que el testador puede sujetar a término la renuncia de su propia herencia, así como ampliar o reducir el novenario del artículo 1004, en cuyo caso la ampliación solo vincularía a los sucesores, no perjudicando a legitimarios ni acreedores. Según este autor, el testador también puede prever un plazo mayor o menor que el de treinta días del artículo 1005, aunque una vez más, la ampliación no podría perjudicar a terceros. En su opinión, no hay razones para no admitir que el testador imponga que la herencia se tenga por repudiada en caso de silencio, pues nuestro sistema sucesorio solo contempla la aceptación forzosa, aunque reconoce que dicha admisibilidad sería discutible. Además, el testador también puede excluir el *ius transmissionis* del artículo 1006, y prohibir el derecho de deliberar.

³⁶⁵ FEÁS COSTILLA (2014), pp. 155-156.

El testador dispone de diversos institutos testamentarios con los que podría proteger a sus sucesores o a sus acreedores; sin embargo, no creemos que todos sean igual de eficaces. Así, Feás Costilla³⁶⁶ propone, por ejemplo, que en caso de herencia cargada de deudas, el testador prelegue los bienes limpios o libres de cargas con la facultad de tomar por sí posesión del legado, ya que en tal caso, el legatario podrá inscribir en el Registro de la Propiedad la escritura de aceptación del legado de inmuebles siempre que no haya legitimarios. En caso contrario, si el testador no facultase la toma de posesión, «no será posible la entrega de los legados sin antes satisfacer o garantizar los créditos de los acreedores del causante, según la conocida regla *antes es pagar que heredar*». En nuestra opinión, este recurso no es del todo efectivo, pues como veremos, los acreedores siempre tendrán preferencia frente a los legatarios *ex* artículo 1029 CC, y con independencia de si el heredero limitó su responsabilidad con el beneficio de inventario o no.

Asimismo, tampoco creemos que sea especialmente útil el legado de cosa hipotecada³⁶⁷, pues según el artículo 867 CC, «cuando el testador legare una cosa empeñada o hipotecada para la seguridad de alguna deuda exigible, el pago de ésta quedará a cargo del heredero. Si por no pagar el heredero lo hiciera el legatario, quedará éste subrogado en el lugar y derechos del acreedor para reclamar contra el heredero»³⁶⁸. A pesar del tenor literal del precepto, la doctrina ha afirmado que no se trata de una norma imperativa, por lo que se aplicará únicamente en defecto de voluntad expresa por parte del testador³⁶⁹. Esto

³⁶⁶ FEÁS COSTILLA (2014), p. 163.

³⁶⁷ Para un análisis más detallado de las cuestiones que suscita el precepto véase AMORÓS GUARDIOLA (1984), pp. 37 y ss., sobre la posibilidad de que la deuda para la que se hipotecó el bien fuese de un tercero, en cuyo caso solo a este competiría el pago; o que el legatario fuese el mismo acreedor, en cuyo caso la deuda se extinguiría por consolidación del derecho real de garantía; y SAINZ-CANTERO CAPARRÓS (2003), pp. 5523 y ss., que analiza la situación en la que se encuentran los tres posibles sujetos implicados: el acreedor hipotecario, que gozaría de los mismos derechos y privilegios de los que disponía antes de la muerte del deudor; el heredero gravado con el legado, y el legatario, que tiene, según la autora, la posición más vulnerable.

³⁶⁸ El artículo 871 del *Code Civil* francés establece que «*le légataire à titre universel contribue avec les héritiers, au prorata de son émolument; mais le légataire particulier n'est pas tenu des dettes et charges, sauf toutefois l'action hypothécaire sur l'immeuble légué*»; por ello, la doctrina francesa considera que si el legado particular se trata de un inmueble hipotecado en garantía de una deuda del difunto, el legatario podrá ser obligado a pagar la deuda, no en calidad de deudor, sino de tercero poseedor del inmueble hipotecado; en cualquiera de los casos, tendría acción de reintegro. *Vid.*, por todos, COLIN y CAPITANT (1955), p. 327.

³⁶⁹ AMORÓS GUARDIOLA (1984), p. 43; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS (2003), p. 5514; REQUEIXO SOUTO (2011), p. 1066. DOMÍNGUEZ LUELMO (2014), pp. 393 y ss., señala además que una previsión testamentaria en tal sentido sería plenamente eficaz en las relaciones entre heredero y legatario, pero no estaría tan claro que lo fuese frente al acreedor hipotecario. Dice el autor que parte de la doctrina entiende que se debe contar para ello con el consentimiento del acreedor; sin embargo, en su opinión, todo depende de la previsión del testador, que puede establecer como carga «que la deuda concreta garantizada sea asumida por el legatario. El problema que puede plantearse entonces es que, ante el incumplimiento del obligado, y tras la ejecución hipotecaria, lo obtenido no sea suficiente para satisfacer el interés del acreedor. Agotada la garan-

quiere decir que el testador podría legar la cosa gravada con la obligación de resarcir la deuda³⁷⁰; sin embargo, la doctrina considera que este precepto viene a reafirmar una regla general de nuestro Derecho de sucesiones, a saber: que el legatario no sucede en ningún caso al testador en las deudas, y por ello, deudor siempre será el heredero y el acreedor tendrá solo acción contra él³⁷¹; aunque un sector doctrinal discrepa al considerar que el legatario se posiciona como deudor solidario junto al heredero³⁷². En cualquier caso, se ha dicho que «si el legatario no cumple el modo, podrá el heredero exigir su cumplimiento o exigir la revocación del legado por incumplimiento culposo de la carga»³⁷³; además, y como ha puesto de manifiesto Domínguez Luelmo³⁷⁴, parece que el legislador hubiese estado pensando en un legado de cosa hipotecada en el que la deuda garantizada es de poca entidad en relación con el valor de la cosa gravada; supuesto totalmente ajeno a la realidad actual.

Pasamos pues al estudio de los recursos que consideramos acertados como medios de preordenación de una liquidación de herencia o de protección hacia los sucesores o los acreedores.

2.2 Recursos testamentarios para proteger a los sucesores

2.2.1 INSTITUCIÓN EN USUFRUCTO

Si el testador quisiera salvaguardar a un concreto miembro de su familia, cuya situación económica fuese poco solvente, o protegerle frente a deudas que

tía hipotecaria, es dudoso si la acción personal puede continuar contra el legatario (es decir, comprometiendo sus propios bienes) o si solo puede continuar frente al heredero. En este caso, no se hace al legatario responsable de las deudas de la herencia, sino exclusivamente de la deuda garantizada con la hipoteca, lo que no plantea problemas dogmáticos. Desde luego, el testador debe prever expresamente esta circunstancia, pues en caso contrario, parece que su responsabilidad solo alcanza al valor de la cosa legada».

³⁷⁰ En opinión de SÁNCHEZ ROMÁN (1910), p. 1334, cuando al legatario se le grava con una carga o modo, queda este en una posición muy parecida al heredero con beneficio de inventario, pues solo responde hasta donde alcancen los bienes legados.

³⁷¹ VALLET DE GOYTISOLO (1989), pp. 669-670, afirma que el testador puede imponer el pago de alguna deuda a algún legatario, pero ni este responde de las deudas, pues queda gravado con la carga de pagarla por imposición del testador, ni dicha imposición libera al heredero de su obligación ni de su responsabilidad personal ilimitada y solidaria frente al acreedor, sin perjuicio de que pueda repetir contra el legatario.

³⁷² GARCÍA RUBIO (1989), pp. 373-375.

³⁷³ AMORÓS GUARDIOLA (1984), p. 50. En igual sentido, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS (2003), p. 5520, señala que «el modo no convierte al legatario en deudor, cualidad que seguirá siendo el heredero. El modo solo tiene eficacia para las relaciones entre heredero-legatario, no frente al acreedor reclamante del pago, aunque pueda aceptar el pago del legatario. Si paga el heredero, puede repetir del legatario, en atención a lo ordenado por el testador».

³⁷⁴ DOMÍNGUEZ LUELMO (2014), pp. 394 y ss., quien además considera que en el supuesto habitual de hipoteca constituida para la adquisición de vivienda, dicho legado de vivienda hipotecada debería entenderse en el sentido de que será el legatario quien asuma el pago de la deuda, y no el heredero, que solo estaría obligado a la liberación de la cosa legada cuando el testador así se lo hubiese ordenado expresamente.

el causante haya asumido y a las que no sabe si podrá hacer frente con su patrimonio (herencia, tras su muerte), un recurso del que dispone es la institución de usufructo sobre la totalidad o una parte de la herencia³⁷⁵; pues a falta de norma específica³⁷⁶, y según jurisprudencia reiterada, como veremos, el usufructuario no es heredero y por lo tanto no responde de las deudas hereditarias³⁷⁷.

La doctrina civilista mayoritaria también lo considera así³⁷⁸; entre otros, Vallet de Goytisolo³⁷⁹ consideró que «herencia y usufructo son términos incompatibles. El usufructuario o no es heredero, o, si lo es, no es un verdadero usufructuario, sino un fiduciario. Designado, por la ley o testamentariamente, como heredero en usufructo, es un *heres ex re certa*, al que debe aplicarse la doctrina característica de esta institución». El usufructuario, dice, solo sucede

³⁷⁵ Para BOTÍA VALVERDE, en www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2012-particion-beneficio-inventario.htm (consultado el 27 de mayo de 2018), se trata de un recurso útil para evitar la responsabilidad *ultra vires*.

³⁷⁶ En el *Code Civil* francés existe una norma expresa en el artículo 612, que establece: «*L'usufruitier, ou universel, ou à titre universel, doit contribuer avec le propriétaire au paiement des dettes ainsi qu'il suit: On estime la valeur du fonds sujet à usufruit; on fixe ensuite la contribution aux dettes à raison de cette valeur. Si l'usufruitier veut avancer la somme pour laquelle le fonds doit contribuer, le capital lui en est restitué à la fin de l'usufruit, sans aucun intérêt. Si l'usufruitier ne veut pas faire cette avance, le propriétaire a le choix, ou de payer cette somme, et, dans ce cas, l'usufruitier lui tient compte des intérêts pendant la durée de l'usufruit, ou de faire vendre jusqu'à due concurrence une portion des biens soumis à l'usufruit*». Tal vez por ello, cierta doctrina francesa ha calificado al cónyuge superviviente como heredero irregular (COLIN y CAPITANT 1955, pp. 67 y ss.).

³⁷⁷ No obstante, la jurisprudencia ha sido contradictoria, tal y como hace notar FERNÁNDEZ COSTALES (1991), pp. 76 y ss.; así, en la STS de 20 de septiembre de 1982 (RJ 1982, 4920) se afirma el carácter de heredero del cónyuge superviviente pero con características especiales, pues «si bien la viuda no puede ser condenada al pago del pasivo de la herencia y menos aún imponerle una responsabilidad *ultra vires*, es preciso que sea convocada al litigio en que se reclamen deudas contra el haber hereditario de su consorte, por tener un interés directo en el mismo...».

³⁷⁸ Sin embargo, existen otras teorías acerca de la naturaleza jurídica del usufructuario; así, MASIDE MIRANDA (1989), pp. 318 y ss., pone de manifiesto que para algunos autores el usufructo se trata de un *tertium genus*. Para FERNÁNDEZ COSTALES (1991), pp. 110 y ss., no es aconsejable ni adoptar una solución única y rígida aplicable a todos los casos, ni calificar al usufructuario como una figura *sui generis*; en su opinión, habrá de considerarse al usufructuario como heredero o como legatario según las circunstancias del caso concreto y de la voluntad del causante, de existir; criterio este al que se adhiere GUTIÉRREZ JEREZ (1999), p. 231. De otra parte, MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES (1997), p. 19, considera que el sucesor usufructuario lo es a título particular, no se subroga en la posición del causante ni es llamado a la generalidad de derechos y obligaciones, por lo que no responde personalmente por las deudas y cargas de la herencia. BARRAL VIÑALS (2002), pp. 65 y ss., zanja cualquier posible discusión sobre la responsabilidad del usufructuario por deudas señalando que no es posible crear un único usufructo sobre la totalidad del patrimonio, sino que se trata de una suma de derechos de usufructo sobre cada uno de los bienes que constituya el patrimonio sucesorio; y como quiera que el patrimonio solo se compone de bienes (aunque esté gravado con las deudas), dichas deudas no formarán parte en ningún caso del usufructo universal. Véase también PÁRAMO DE SANTIAGO (2015), p. 109 y RODRÍGUEZ ROSADO (2017), p. 46.

³⁷⁹ VALLET DE GOYTISOLO (1955), pp. 27-29. El mismo autor (1989), p. 675 afirma que «a los efectos de responsabilidad por las deudas carece de valor que al usufructuario se le asigne el nombre de heredero o de legatario; pues, si verdaderamente es usufructuario, será legatario, como llamado a una cosa cierta, tal como se entiende que el usufructo lo es, aunque lo sea de toda la herencia».

en relaciones activas concretas, no en las relaciones pasivas. Las deudas hereditarias le afectan, pero no le obligan.

Asimismo, Lacruz Berdejo³⁸⁰ concluyó que tanto los autores clásicos como modernos del Derecho común consideraron al sucesor en el usufructo de la herencia como un legatario, siquiera con características especiales y ello principalmente por una razón: que el usufructuario no responde por las deudas hereditarias. Para Albaladejo García³⁸¹, el que recibe el usufructo, no siendo sucesor universal, no es heredero; por ello, «la jurisprudencia viene señalando con reiteración, y a veces ocupándose del tema con detenimiento, que el instituido en usufructo no es heredero, sino legatario».

Volviendo a la jurisprudencia, son diversas las sentencias que se pueden citar. Así, entre otras, la STS de 24 de enero de 1963³⁸² ya había señalado que entre el heredero propiamente dicho y el sucesor usufructuario median profundas diferencias entre las que se incluye que mientras el heredero responde de las cargas de la herencia, no solo con los bienes de ésta sino también con los suyos propios cuando no se hubiese solicitado el beneficio de inventario, el usufructuario solo queda afectado por los legados de pensión vitalicia y alimentos³⁸³.

Más recientemente, se pueden citar las SSTS de 29 de junio de 2006³⁸⁴ o de 16 de diciembre de 2014³⁸⁵, en la que se afirma que «el beneficiado por el testador

³⁸⁰ LACRUZ BERDEJO (1961), pp. 64 y ss., que además cita la STS de 19 de enero de 1955 donde se consideró al usufructuario como heredero, pero dice que se trata de una incorrección de léxico, pues en esencia el TS considera al usufructuario siempre como legatario.

³⁸¹ ALBALADEJO GARCÍA (1997), p. 26.

³⁸² RJ 1963, 518.

³⁸³ La citada STS enumera entre las diferencias, la sexta, según la cual ambas instituciones se distinguen «por sus efectos, el heredero responde de las cargas de la herencia, no solo con los bienes de ésta, sino con los suyos propios (*ultra vires*), conforme a los artículos 1003 y 1084, salvo la aceptación a beneficio de inventario, autorizada por los 1010 y siguientes (artículo 1023, núm. 1.º y 3.º), mientras que el usufructuario, únicamente queda afectado por lo general por los legados de pensión vitalicia y alimentos (artículo 503) debido a la temporalidad de su disfrute, asemejándose con ello a los legatarios que responden de las cargas que les fueron impuestas (artículo 858) o de las que existieran cuando toda la herencia se hubiese distribuido de esa forma (artículo 891) sin responder con sus bienes particulares, si bien todos estos gravámenes repercuten en el usufructo, porque al disminuir el caudal mediante su pago, se merman correlativamente los réditos de tal derecho, que recaen sobre el patrimonio neto y no sobre la totalidad de la herencia, aunque para evitarla su titular está facultado para utilizar los derechos que le confiere el artículo 510; de todo lo cual se deduce que el sucesor usufructuario no puede confundirse con un heredero ni con un legatario de parte alícuota y que, aunque esté designado a título universal, no se trata de un continuador de la personalidad del testador a efectos de no poder impugnar los actos por éste realizados cuando, como en este caso, lesionan sus intereses nacidos, no del usufructo, sino de su condición de heredero de otra persona, con lo que decae el cuarto y último motivo del recurso y procede la desestimación de éste en su totalidad».

³⁸⁴ RJ 2006, 4714. En esta resolución, después de recoger varias SSTS previas, se afirma que «el instituido en usufructo no es heredero, recogiendo una doctrina tan ampliamente compartida que las excepciones, que solo cabe encontrar por referencias al *nomen* heredero forzoso o al uso impropio de la voz "heredero", son marginales».

³⁸⁵ RJ 2014, 6780.

con el usufructo sobre la totalidad de la herencia, o una parte o cuota, no puede ser asimilado a la institución o posición jurídica del heredero de la herencia».

Los hechos que dieron lugar a esta última sentencia citada son los siguientes: X había otorgado testamento el 30 de marzo de 1993 en el que instituyó a su cónyuge beneficiaria del usufructo universal y vitalicio de la herencia, con dispensa de inventario y fianza, así como con la facultad de tomar posesión del legado por sí misma. El testador X, en su día, había avalado a título personal un contrato de préstamo a favor de uno de los herederos, sin que existiera comparecencia ni consentimiento por parte de la esposa, y como consecuencia de una actividad ajena a la sociedad de gananciales. El 30 de julio de 2007 el testador falleció y tras ello, se otorgó escritura pública en donde la legataria se adjudicaba, en pago del legado, la propiedad del 50% del domicilio familiar. Posteriormente el acreedor interpuso demanda contra la esposa y los herederos del causante solicitando que se les condenase a todos ellos al pago solidario de la cantidad adeudada, que ascendía a cincuenta mil setecientos noventa y seis euros (50.796 euros), demanda a la que la esposa se opuso en tiempo y forma. El Juzgado de Primera Instancia decide absolver a la esposa y condenar al pago a los herederos. Una vez interpuesto recurso de apelación por la parte actora, la Audiencia Provincial estima las pretensiones aducidas por lo que revoca la sentencia anterior y condena a la esposa al pago solidario de la cantidad adeudada. Contra esta sentencia de la AP se interpuso recurso de casación ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que termina concluyendo en el sentido anteriormente expuesto, esto es, estimando el recurso y fijando como doctrina que el beneficiario con usufructo no es heredero y, por ende, no responde de las deudas de la herencia.

Según el TS, la cuestión acerca de si el beneficiario con usufructo debía ser considerado heredero o no constituye uno de los supuestos emblemáticos de la problemática acerca de la individualización del heredero. Y los argumentos que el TS ofrece para fijar doctrina en contra de la determinación del usufructuario como heredero son: en primer lugar, la prevalencia de la voluntad realmente querida por el testador; en segundo lugar, la necesidad de respetar el estatuto básico y peculiar de la posición jurídica que asume el heredero (responsable del pago de las deudas del causante), y que el testador no puede desvirtuar; y por último, que el llamamiento a una cuota o a un bien determinado de la herencia implican la presunción de herencia o legado, respectivamente. Considera el Alto Tribunal que el llamamiento de beneficiario en usufructo se configura como una atribución patrimonial concreta que, además, se genera *ex novo*, pues no existe con carácter previo a la sucesión, y que es esa a la conclusión a la que se llega atendiendo a la regulación del CC, que dispensa

al usufructo de la herencia (artículos 508 y 510) y le aplica el esquema conceptual del legado. No obstante, el TS parece admitir que excepcionalmente la institución en el usufructo se equipare al llamamiento de heredero cuando el testador desnaturalice el usufructo en sus aspectos básicos, esto es, «cuando configura su atribución con una institución de cosa cierta de la herencia, o bien, cuando se le concede al usufructuario la facultad de disponer, configurando una atribución que responde, realmente, al instituto de la sustitución fideicomisaria de residuo»; supuestos que, como dice el TS, no resultan aplicables a este caso en concreto, pues la atribución realizada resulta «armónica en toda su extensión, *nomen* y *asignatio*, en orden a la atribución realizada: legado del usufructo universal y vitalicio de la herencia».

En definitiva, parece que la institución en usufructo es un cauce óptimo para proteger a los sucesores, dispensándoles así de la responsabilidad por deudas sucesorias.

2.2.2 INSTITUCIÓN CONDICIONAL DE HEREDERO CON ACEPTACIÓN A BENEFICIO DE INVENTARIO

El testador puede también servirse de las llamadas modalidades accesorias, y más concretamente, de la institución de heredero sometida a condición³⁸⁶. En el Derecho romano, y en virtud de la regla *semel heres, semper heres*, la institución de heredero solo podía hacerse en forma pura o bajo condición suspensiva, de manera que tanto la condición resolutoria como el término estaban completamente vedados³⁸⁷; regla esta que se reproduce en el derecho catalán³⁸⁸. Sin embargo, el artículo 790 del Código Civil establece que «las disposiciones testamentarias, tanto a título universal como particular, podrán hacerse bajo condición», sin especificar ni vedar las condiciones resolu-

³⁸⁶ Creemos que a esto se refiere DEL MORAL DE LUNA (1953), pp. 717-721, cuando propone que el testador proteja a sus herederos a través de la distribución en legados de parte alícuota o la disposición testamentaria de la responsabilidad *intra vires*. De esta última, dice, es indudable que el instituido «podrá remontar la voluntad de su causante manifestado, en su expresa aceptación de la herencia, que la recoge bajo el signo y seña del artículo 1003. Esto es cierto. Pero con esa cláusula testamentaria de concentración de responsabilidad o de construcción preventiva y provisional de la *intra vires*, acaso será cierto también que la articulación automática de la *ultra vires* con la aceptación tácita habrá quedado rota radical y definitivamente».

³⁸⁷ FUENTESECA (1978), pp. 486 y ss.; LACRUZ BERDEJO (1981), p. 241.

³⁸⁸ El artículo 423-12 CCCat establece que «el que es heredero lo es siempre y, en consecuencia, se tienen por no formulados en la institución de heredero la condición resolutoria y los plazos suspensivo y resolutorio. El instituido heredero bajo condición suspensiva que, una vez cumplida esta, acepta la herencia la adquiere con efecto retroactivo desde el momento de la muerte del testador».

torias; por lo tanto, el testador puede establecer, en principio, cualquier tipo de condición, siempre y cuando no sean condiciones imposibles o contrarias a las leyes o a las buenas costumbres, en cuyo caso se tendrían por no puestas (artículo 792 CC).

La condición en la institución es suspensiva cuando el heredero no puede aceptar ni repudiar hasta que se verifique la condición, pues no tiene certeza de su derecho según los criterios del artículo 991 CC, ni tampoco puede calificarse su capacidad³⁸⁹. La condición resolutoria, por el contrario, es diametralmente opuesta: la delación nace al momento de la muerte, por lo que el heredero puede aceptar o repudiar desde ese mismo instante, salvo si al momento de la muerte la condición resolutoria ya se hubiese cumplido³⁹⁰, y tras la aceptación, el heredero deviene verdadero titular de los bienes; pero si posteriormente el heredero realizase el evento no deseado y proscrito por el testador, perdería tal condición³⁹¹. El testador puede intentar proteger a sus sucesores utilizando ambos tipos de condición, v. gr., instituyendo heredero bajo condición suspensiva de limitar su responsabilidad por deudas, o bajo condición resolutoria de no aceptar pura y simplemente³⁹². Analicemos ambas posibilidades detenidamente³⁹³.

³⁸⁹ LACRUZ BERDEJO (1981), p. 276; ALBALADEJO GARCÍA (1997), pp. 242 y ss.

³⁹⁰ LACRUZ BERDEJO (1981), p. 278, entiende que, en ese caso, entraría en el lugar del llamado bajo condición resolutoria, el que hubiese sido nombrado a tal efecto por el testador, o se produciría acrecimiento en favor de los otros herederos, o en última instancia, se abriría sucesión intestada.

³⁹¹ LACRUZ BERDEJO (1981), p. 277, señala que el heredero *pendente condicione* resolutoria puede ser considerado como un fiduciario, de manera que recibe los bienes y asume la responsabilidad por deudas en los mismos términos que éste.

³⁹² Este tipo de recurso está específicamente prohibido en el artículo 2052 del Código Civil portugués, en el que se establece que «*têm-se como não escritas as cláusulas testamentárias que, directa ou indirectamente, imponham uma ou outra espécie de aceitação*».

³⁹³ Ciertos autores se muestran escépticos sobre esta posibilidad; así, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS (2003), p. 5521, considera que «el causante no puede evitar que el heredero acepte de modo puro y simple responda con todos sus bienes presentes y futuros (artículo 1911) como deudor que es, después de operarse la sucesión. Ni siquiera poniéndole como condición que acepte a beneficio de inventario». BOTÍA VALVERDE, en www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2012-particion-beneficio-inventario.htm, cree que «no cabe la institución de heredero a BI ni ningún tipo de institución de heredero que limite la responsabilidad “ultra vires” del llamado como tal» (consultado el 27 de mayo de 2018). SOLÍS VILLA (2012), pp. 260-261, considera que el CC no le permite al testador «ni prohibir ni imponer a ningún heredero el uso del beneficio de inventario o del derecho de deliberar». SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), p. 56, entienden que «el causante puede disponer de sus bienes con libertad, pero no de sus deudas, porque éstas corresponden *ex lege* al heredero, que decidirá si las asume al aceptar voluntaria y libremente. Pero el testador no puede imponer al heredero ni la aceptación pura ni el beneficio de inventario, y aunque puede distribuir sus deudas entre sus sucesores y limitar su responsabilidad, ninguna cláusula testamentaria que comprometa la garantía universal que ofrece su patrimonio a sus acreedores, abierta la sucesión, les será oponible. No obstante, en la medida en que esa garantía patrimonial universal esté a salvo, el testador podrá limitar la responsabilidad del sucesor de diversos modos: repartiendo toda la herencia en legados de parte alícuota, por ejemplo, o nombrando a terceros o a los propios llamados como administradores del caudal relicto antes de la aceptación, evitando que ésta se presuma como si

En el primero de los casos nos encontramos frente a una condición suspensiva, que puede tener dos posibles formas, pues la institución puede hacerse bajo condición de que el heredero acepte con beneficio de inventario o bajo la condición de hacer uso del beneficio de inventario. En cualquiera de los dos casos, el instituido bajo condición tendría un derecho eventual y como tal, le corresponden ciertas acciones tendentes a la conservación de derecho (artículos 791 y 1121 CC)³⁹⁴.

En cuanto a la institución bajo condición de aceptar con beneficio de inventario, parece que cierta doctrina ha admitido esta posibilidad sin ambages³⁹⁵; sin embargo, esta figura nos plantea un problema: como hemos dicho, el instituido no puede aceptar mientras no cumpla la condición, pero tampoco puede repudiar válidamente³⁹⁶, pues su delación depende de que se produzca un evento: su aceptación con declaración de hacer uso del beneficio de inventario³⁹⁷. Por lo tanto, para que el llamado pudiese repudiar válidamente tendría que aceptar y declarar hacer uso del beneficio de inventario; sin embargo, la aceptación, una vez realizada, es irrevocable, por lo que ya no podría repudiar el llamamiento. Por ello, y aunque en nuestra opinión debería refutarse válida

hubiera sido formulada, tácita, pura y simple. No parece posible, sin embargo, que el testador imponga la aceptación a beneficio de inventario al heredero o que instituya un heredero a beneficio de inventario, ello por la esencial voluntariedad de la aceptación y del propio beneficio, que, además, requiere una actuación compleja del heredero». SÁNCHEZ-ROS GÓMEZ, en www.notariadesevillanervion.com/2016/02/aspecto-practicos-de-la-renuncia-de-la.html (consultado el 6 de junio de 2018), siguiendo el criterio de BOTÍA VALVERDE, afirma que «no cabe la institución de heredero a beneficio de inventario ni ningún tipo de institución de heredero que limite la responsabilidad *ultra vires* del llamado como tal».

³⁹⁴ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 291.

³⁹⁵ MINGORANCE GOSÁLVEZ (2015), p. 3231, entiende que es posible que el causante imponga la condición de que el heredero acepte a beneficio de inventario, «pero, en ese caso, para que esa limitación de responsabilidad tenga efecto es necesario el cumplimiento de las formalidades establecidas por el Código, no surtiendo efecto por la simple voluntad del testador». LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (2016), p. 132, señala, sobre la posibilidad de que el testador ordenase al heredero que aceptase la herencia a beneficio de inventario, sometiendo incluso el llamamiento a la condición de acogerse al beneficio de inventario, que no le parece que exista obstáculo alguno para ello, «pues estaríamos ante una condición que en modo alguno puede considerarse contraria a las leyes». Esta afirmación la complementa con el rechazo de la hipótesis contraria, es decir, la institución bajo condición de que el heredero no haga uso del beneficio de inventario, pues considera aplicable el artículo 792 CC, según el cual las condiciones contrarias a las leyes se tendrán por no puestas.

³⁹⁶ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 86, señala que el hecho de que el instituido bajo condición suspensiva carezca de certidumbre sobre su derecho a heredar podría parecer «criticable en términos de pura lógica jurídica, incluso cabe entender que es conveniente permitir al instituido que repudie desde luego la herencia, pues esta repudiación no haría otra cosa que dar certidumbre a la sucesión(...), pero los términos de nuestro derecho positivo son categóricos y no dejan lugar a dudas sobre el particular».

³⁹⁷ Como tendremos ocasión de ver, esta declaración de hacer uso del beneficio de inventario no ha de hacerse necesariamente al mismo tiempo que la aceptación, sino que puede hacerse antes, después o al momento de la aceptación. Pero en este caso, si la institución se otorga bajo condición de aceptar con beneficio de inventario, es indudable que la aceptación y la declaración de hacer uso del beneficio de inventario deberán producirse simultáneamente.

una hipotética repudiación³⁹⁸, creemos que es menos problemática la segunda opción, la de instituir heredero bajo condición de hacer uso del beneficio de inventario. En cualquier caso, sería conveniente que el testador otorgase un plazo al llamado para el cumplimiento de la condición, y así evitar, de alguna manera, que se prolongue el estado de incertidumbre³⁹⁹. Esta segunda modalidad presenta indudables ventajas: de una parte, permite que el llamado cumpla la condición y adquiera el *ius delationis* sin tener que aceptar; de otra, permite al sucesivamente llamado, en caso de que termine repudiando, servirse de ese inventario *ex* artículo 1022 CC.

Cabe plantearse la admisibilidad de una institución bajo condición suspensiva de pagar todas las deudas hereditarias o liquidar la herencia. Como supuesto de laboratorio no parece ofrecer mayor problema: es una condición válida, en principio. Sin embargo, esta posibilidad plantearía innumerables problemas en su aplicación práctica, sobre todo en lo que se refiere a determinar el momento exacto de cumplimiento de la condición y correlativo nacimiento de la delación; como veremos en otro lugar de este trabajo, a veces no es tan sencillo conocer todo el pasivo hereditario.

Sea como fuere, para cualquiera de los casos expuestos resulta aplicable el artículo 901 CC que ordena que los bienes de la herencia se pongan en administración «hasta que la condición se realice o haya certeza de que no podrá cumplirse»⁴⁰⁰, consecuencia esta muy conveniente. Sin embargo, una desventaja de este recurso tiene que ver con la intransmisibilidad de la delación si el instituido bajo condición fallece antes de cumplir el evento solicitado. En este sentido, conviene traer a colación la antinomia de los artículos 759 y 799 CC⁴⁰¹. El artículo 759 CC señala que «el heredero o legatario que muera antes de que

³⁹⁸ En nuestra opinión, el hecho de que la condición suspensiva esté supeditada a la aceptación es razón suficiente para permitir excepcionalmente que el llamado repudie válida y preventivamente, aun cuando todavía no existe delación a su favor. Esta ficción jurídica sería necesaria: si la ley no permite que pueda repudiar válidamente ni antes ni después de cumplir la condición nos encontraríamos, en caso de que no quisiera aceptar, en una situación de eterno *impasse*, pues como señala LACRUZ BERDEJO (1981), p. 276, «hasta que no se produzca o deje definitivamente de producirse el evento, no quedará determinado el sujeto en quien recae el caudal relicto (persiste la situación de pendencia), siendo los posibles sucesores simples titulares preventivos de un derecho eventual».

³⁹⁹ En cuanto al tiempo de cumplimiento de la condición, ALBALADEJO (1983), pp. 70 y ss., considera que resultan aplicables los artículos 795 y 796 CC que, aunque están redactados teniendo en cuenta la condición suspensiva, no puede negarse, según el autor, que la regulación que contienen alcanza a toda condición, tanto a la suspensiva como a la resolutoria. Sin embargo, el testador puede imponer un plazo *ex* artículo 796.1 CC *in fine*.

⁴⁰⁰ Según ALBALADEJO (1983), pp. 98 y ss., el testador puede ordenar que la herencia condicional no se ponga en administración, sino que se entregue al heredero condicional.

⁴⁰¹ VALVERDE VALVERDE (1916), p. 178, considera que el origen de esta contrariedad se debe a un error doctrinal, pues el artículo 799 CC se debe a una mala traducción del artículo 1041 del Code francés y del artículo 854 del *Codice* italiano.

la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos»; mientras que el artículo 799 CC, por su parte, precisa que «la condición suspensiva no impide al heredero o legatario adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos a sus herederos, aun antes de que se verifique su cumplimiento». Como es fácil observar, estos preceptos son completamente contradictorios, por lo que la jurisprudencia y la doctrina han tenido que recurrir a la interpretación histórica para salvar tal contrariedad⁴⁰² y han concluido que el artículo 759 se aplica a los supuestos en que el testador instituye bajo verdadera condición, es decir, bajo condición de que se produzca un evento o un acontecimiento de cumplimiento incierto; mientras que el artículo 799 se aplica a una condición que, en realidad, funciona como término; esto es, se conoce con certeza que el evento se producirá, pero se desconoce cuándo⁴⁰³.

Cualquiera de los casos que estamos analizando se trataría de una verdadera condición suspensiva, pues es imposible conocer si el heredero cumplirá la condición aceptando con beneficio de inventario, utilizando el beneficio de inventario o pagando todas las deudas; o si, por el contrario, se mantendrá inactivo o repudiará válidamente. Por lo tanto, si el instituido bajo condición falleciese antes de cumplirla, sus herederos no adquirirían la delación por vía de transmisión; sin embargo, para salvar esto, el testador puede hacer referencia expresa a la transmisibilidad o intransmisibilidad del llamamiento condicional⁴⁰⁴.

Pasemos al segundo tipo de condición posible: la institución de heredero bajo condición resolutoria de no aceptar pura y simplemente. Este tipo de condición es probablemente más útil, pues la delación se produce tras la muerte, siendo posible que el llamado transmita el *ius delationis* a sus herederos. En este caso, el heredero puede aceptar y repudiar válidamente, pero al momento de aceptar, tendría también que hacer declaración de hacer uso del beneficio de inventario; en caso contrario, el cumplimiento del evento censurado (aceptación pura y simple) haría que el llamamiento decayese, produciéndose una pérdida inmediata de la delación.

⁴⁰² Esta es la tesis mayoritaria y la seguida por la jurisprudencia. No obstante, y como señala Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 292, existen otras dos soluciones: la primera es que estos artículos antinómicos se anulan mutuamente, formando una laguna que hay que integrar con el artículo 1114 CC; la segunda consistiría en atender a la voluntad del testador: si el testador quiso establecer una condición para que el llamado llegue a ser heredero, se aplicará el artículo 759, y si por el contrario el testador tan solo quiso establecer una condición, no para adquirir la cualidad de heredero, sino para la entrada en la posesión de los bienes, se aplicará el artículo 799 CC.

⁴⁰³ LACRUZ BERDEJO (1981), pp. 274 y ss.; DÍAZ ALABART (1993), pp. 1877-1878; TORRALBA SORIANO (1993), pp. 1959-1961; HERRERO OVIEDO (2016), pp. 637-639; SSTS de 20 de octubre de 1954 (RJ 1954, 2636) y 5 de julio de 1966 (RJ 1966, 3671).

⁴⁰⁴ LACRUZ BERDEJO (1981), p. 275.

Además, este tipo de condición hace imposible una aceptación tácita del heredero mientras no acepte haciendo uso del beneficio de inventario, pues en el momento en que la llevase a cabo perdería la condición de heredero; sin embargo, creemos que la condición resolutoria no puede evitar la aplicabilidad del artículo 1002 CC, que como veremos, sanciona al llamado que sustrae u oculta bienes de la herencia, convirtiéndolo en heredero puro y simple. En nuestra opinión, este precepto es una norma imperativa que no puede ser desvirtuado por la voluntad del testador; con igual criterio, creemos que si el heredero acepta con beneficio de inventario, pero posteriormente pierde tal prerrogativa, la institución seguirá siendo válida y el heredero continuará siendo sucesor del causante, pero ya con responsabilidad *ultra vires*.

2.2.3 NOMBRAMIENTO DE ALBACEA Y LEGADO DE RESIDUO

Antes de explicar este cauce del que dispone el testador, conviene matizar una cuestión que, por obvia que parezca, debe ser expuesta: el testamento es un acto jurídico cuyas disposiciones han de observarse cuando éstas sean válidas. Pero el testador, aparte de manifestar en testamento los deseos y órdenes sobre cómo ha de desenvolverse su futura sucesión, nada puede hacer ya para vigilar o controlar la ejecución de lo ordenado. La regla general es que dicha ejecución corresponde a los herederos⁴⁰⁵, pero nuestra normativa prevé una figura a mayores, la del albaceazgo, para cuando el testador, por los motivos que fuere –desconfianza, intención de descargar a los herederos de funciones, competencia o saber hacer del designado albacea, etc.–⁴⁰⁶, desea encomendar la función de ejecución testamentaria a una persona o personas concretas de su confianza⁴⁰⁷. La institución de albaceazgo tampoco ofrece certeza absoluta

⁴⁰⁵ En efecto, el artículo 911 CC establece que «en los casos del artículo anterior, y en el de no haber el albacea aceptado el cargo, corresponderá a los herederos la ejecución de la voluntad del testador». Sin embargo, ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 318, se muestra crítico con la consideración de los herederos como «albaceas legítimos»; que la voluntad del testador debe ser cumplida, aunque no haya albaceas, es innegable, pero es preferible entender que no hay más albaceas que los ejecutores designados en testamento, en defecto de los cuales podrán suscitarse supuestos variadísimos de administración (convencional o judicial) de la herencia, pero no de albaceazgo.

⁴⁰⁶ Como señala ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 312, «el testador puede recelar de que la codicia induzca a los herederos a eludir el cumplimiento de las mandas u otras cargas o puede temer que los herederos por él nombrados carezcan de la experiencia negocial, la firmeza de ánimo o la preparación técnica para realizar por sí la, a veces, muy ardua tarea de liquidar una herencia». En Italia, BONILINI (2013), p. 391, considera que la designación de un ejecutor testamentario es un acto de verdadera previsión, especialmente en lo concerniente a negocios *mortis causa* de cierta complejidad.

⁴⁰⁷ La justificación de esta figura es obvia para ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 312, pues como señala «si, como queda dicho, el testamento es el postrer anhelo de eficacia personal: «¡quiero que mi voluntad

sobre el cumplimiento de los deseos póstumos del testador; por ello, el ordenamiento jurídico refuerza las legítimas expectativas de este regulando de una parte la obligación del albacea de rendir cuentas de su encargo a los herederos (artículo 907 CC), y de otra, estableciendo la responsabilidad en que puede incurrir este tanto por el ejercicio doloso o negligente de su cargo, como por no ejercitarlo, de conformidad con los artículos 1100 y ss. y 1718 CC⁴⁰⁸.

El albacea o ejecutor testamentario es una figura sucesoria cuyos orígenes no se remontan al Derecho romano, sino que surgió en la Edad Media, impulsada sobre todo por la costumbre establecida por el Derecho canónico⁴⁰⁹, y como consecuencia de la necesidad de vigilar la ejecución y cumplimiento de las mandas ordenadas. La naturaleza de este cargo es ciertamente controvertida, pues la doctrina no termina de ponerse de acuerdo acerca de si se trata de un mandato o de una representación⁴¹⁰. Además, se ha dicho que en realidad nin-

impere aún después de mi muerte!», obvio resulta que el testador no solo ha de poder dictar disposiciones (...), sino que ha de poder también adoptar las precauciones necesarias para que su última voluntad sea puntualmente cumplida». En igual sentido, COBAS COBIELLA (2007), pp. 35 y ss.

⁴⁰⁸ ALBALADEJO GARCÍA (1969), pp. 403 y ss., estudia en profundidad los tipos de responsabilidad en que puede incurrir el albacea: por dolo o por culpa, y dependiendo de si es remunerado o no; así como la obligación de rendir cuentas. LACRUZ BERDEJO (1981), p. 410, entiende que se aplican por analogía las disposiciones relativas al mandato y también las normas relativas a cómo debe desempeñar su cargo, que deberá ser cómo le haya indicado el testador, y en su defecto, con la diligencia de un buen padre de familia (artículo 1719.2 CC). Véase también COBAS COBIELLA (2007), pp. 266 y ss. En el *Codice Civile* italiano, el artículo 703.4.º ordena expresamente que el ejecutor testamentario debe administrar como un buen padre de familia, y también el artículo 709 CCit sanciona la posible mala gestión del ejecutor testamentario en el desempeño de su cargo, haciéndole responsable, si hubiese culpa, del resarcimiento de los daños que haya causado a herederos y legatarios.

⁴⁰⁹ ROYO MARTÍNEZ (1951), pp. 313-314, afirma que «la aparición del ejecutor testamentario está históricamente enlazada con el carácter del testamento como vehículo para la instauración de lo que ya hemos llamado *legítima a la inversa* (...). Al testador hubo de importarle mucho que los sufragios destinados a acortar su permanencia en el purgatorio no le faltaran, y pudo recelar que por ser tradicional la sucesión plena sin testamento, o por ser olvidadiza la condición humana, los herederos no se mostrasen demasiado propicios a cumplir las mandas piadosas». Según este autor, la palabra albacea «proviene del árabe, *al-wacá*, que significa ejecutor o cumplidor, lo que podría denotar la conjunción en nuestro Derecho histórico del doble influjo canónico y árabe, pues en el Derecho musulmán el ejecutor testamentario cumple un importante papel». Véase también LACRUZ BERDEJO (1981), p. 403; y en la doctrina italiana, BONLINI (2013), p. 390. Sin embargo, COBAS COBIELLA (2007), pp. 124 y ss., hace notar lo controvertido de la cuestión, pues para algunos autores el origen de esta figura sí se remonta al Derecho romano, para otros esta figura surge en el Derecho griego, en el Derecho germánico, en el Derecho canónico, en el Derecho histórico español; no obstante, la autora considera que el origen de la institución y su sistematización se produce a partir del Derecho canónico.

⁴¹⁰ Según DE BUEN (1931), p. 372, algunos autores consideran al albaceazgo como una especie de tutela, otros como un representante de los herederos, y otros como mandatario del testador; sin embargo, la jurisprudencia asimila los albaceas a los mandatarios. ALBALADEJO GARCÍA (1969), p. 34, no quiere entrar en el debate acerca de la discutida naturaleza jurídica del albaceazgo porque estima que sería tarea «perfectamente inútil y trabajo perdido», toda vez que lo que importa no es averiguar si el albaceazgo es un mandato u otra cosa, sino qué reglas se le aplican. En sentido muy parecido, COBAS COBIELLA (2007), pp. 88 y ss., considera que el criterio más acertado es considerar el albaceazgo como figura jurídica independiente, teniendo en cuenta el conjunto de peculiaridades que lo definen, y que hacen que ostente inde-

guna de las tesis es plausible, pues el albacea no es representante de los herederos, sino más bien todo lo contrario, a menudo tendrá que imponer la voluntad del testador frente a estos; tampoco es representante del testador pues este ya no es sujeto de derecho y por tanto no puede ser representado⁴¹¹.

En cuanto a las características del albaceazgo, se puede decir que se trata de un cargo personalísimo⁴¹², que podrá ejercer quién tenga la capacidad para obligarse⁴¹³ y que es esencialmente voluntario⁴¹⁴, aunque si el albacea no aceptase el cargo o renunciase sin justa causa, perdería, de acuerdo con lo establecido en el artículo 900 CC, lo que le hubiese dejado el testador, salvo siempre el derecho que tuviere a la legítima. El albaceazgo es además una institución sucesoria que ha de designarse en documento que guarde forma testamentaria; así, el testamento cuyo contenido único se limitase a nombrar albacea sería testamento en sentido material al contener una disposición de naturaleza *mortis causa*⁴¹⁵. Si además en dicho testamento resultasen designados más de un albacea, su cargo será en principio mancomunado, salvo si el testador hubiese establecido claramente la solidaridad de estos *ex* artículo 897 CC.

Desde una perspectiva comparada, sorprende la distinta relevancia de esta institución en los diferentes ordenamientos sucesorios occidentales en los que ha sido regulada; así, mientras en el sistema anglosajón el *executor* se convierte en pieza clave y figura central del fenómeno sucesorio, en los siste-

pendencia funcional y jurídica. FERRER RIBA (2016), p. 731, pone de manifiesto que en las últimas décadas el Tribunal Supremo ha preferido considerar el albaceazgo como un cargo u oficio privado, citando las SSTs de 6 de febrero de 1982 (RJ 1982, 581), 20 de febrero de 1993 (RJ 1993, 1004), y 22 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 6361).

⁴¹¹ ROYO MARTÍNEZ (1951), pp. 314-315, rechaza la tesis de que el albaceazgo sea un mandato porque esta relación es contractual «y se halla decisivamente caracterizada por la coexistencia del mandante y el mandatario, razón por la cual no solo la muerte, sino también la interdicción del mandato le pone fin, y al alegar esto no se trata de aferrarse a un puro nominalismo, sino de subrayar que en el mandato figura, siempre operante, la revocabilidad». Véase también LACRUZ BERDEJO (1981), pp. 403-404. En la doctrina italiana, BONILINI (2013), p. 409, considera que se trata de un mandato *sui generis*.

⁴¹² En este sentido, el artículo 909 CC veda expresamente la posibilidad de delegar el cargo sin expresa autorización por parte del testador.

⁴¹³ El artículo 893 CC establece que «no podrá ser albacea el que no tenga capacidad para obligarse. El menor no podrá serlo, ni aún con la autorización del padre o del tutor». FERRER RIBA (2016), p. 737, pone además de manifiesto que a diferencia de otros cargos de naturaleza familiar o personal, el de albacea no está sujeto a requisitos de aptitud o habilidad para su ejercicio, aunque le afecten algunas causas de inhabilitación.

⁴¹⁴ Es personalísimo pues el artículo 909 CC veda expresamente la posibilidad de delegar el cargo sin expresa autorización por parte del testador; y es voluntario, pues el artículo 898 CC establece que «el albaceazgo es cargo voluntario, y se entenderá aceptado por el nombrado para desempeñarlo si no se excusa dentro de los seis días siguientes a aquel en que tenga noticia de su nombramiento, o, si éste le era ya conocido, dentro de los seis días siguientes al en que supo la muerte del testador». De acuerdo con las novedades introducidas por la LJV de 2015, el notario podrá autorizar escritura pública, si fuera requerido para ello, de excusa del cargo de albacea (artículo 66.3 Ley orgánica del Notariado).

⁴¹⁵ LACRUZ BERDEJO (1981), p. 403; GARCÍA RUBIO (1989), p. 325.

mas de tradición romana se ha configurado como un elemento accesorio e incluso atípico⁴¹⁶. Sin embargo, esta tendencia está cambiando; sirva de ejemplo que a pesar de que el *Code* napoleónico reguló la institución del *exécuteur testamentaire* de manera más bien escueta⁴¹⁷, la reforma francesa de 2006 ha venido a revitalizar la figura y a conceder poderes más extensos con el mandato póstumo. Además, el régimen retributivo del albaceazgo tampoco es uniforme en todas las regulaciones, pues existen dos tipos de previsiones en este sentido: la de aquellos ordenamientos jurídicos que lo configuran como un cargo retribuido y prevén por tanto una remuneración legal mínima, dejando a salvo también la facultad del testador para ampliar dicha remuneración⁴¹⁸, y la de aquellos que lo consideran un cargo eminentemente gratuito, aunque admiten que el testador pueda, si así lo desea, proveer una compensación por sus servicios⁴¹⁹.

El Código Civil español se enmarca claramente dentro de este último modelo, pues el artículo 908 señala que «el albaceazgo es cargo gratuito. Podrá, sin embargo, el testador señalar a los albaceas la remuneración que tenga por conveniente...». La mejor doctrina se ha cuestionado si esta remuneración, al estar contenida en un testamento, tiene la naturaleza de obligación testamentaria. En este sentido, algunos autores consideran que tendrá naturaleza testamentaria cuando el testador haya previsto un legado específico, y

⁴¹⁶ GARCÍA RUBIO (1989), p. 322, lo describe como un «elemento extraño y, en cierta medida, perturbador del normal desenvolvimiento del mecanismo sucesorio, sobre todo si se le otorgan unos poderes tan amplios que puedan llegar a chocar con los del heredero, verdadero continuador de la persona del difunto».

⁴¹⁷ GARCÍA RUBIO (1989), p. 322.

⁴¹⁸ Un ejemplo lo encontramos en el artículo 429-5 CCCat, que ordena lo siguiente: «1. Si el causante no ordena una retribución determinada o que el ejercicio del cargo sea gratuito, los albaceas universales tienen derecho a percibir el 5% del valor del activo hereditario líquido y los particulares que sean contadores partidores el 2% de este valor o de los bienes objeto de partición. Si el albaceazgo es ejercido profesionalmente, los honorarios que se devenguen por la prestación de servicios se imputan a este porcentaje. 2. Los legados o demás disposiciones a favor de los albaceas no se imputan a su retribución, salvo que el causante disponga otra cosa. 3. Si existen varios albaceas universales o contadores partidores, la retribución corresponde por partes iguales a los que hayan ejercido el cargo. Si lo ejercen sucesivamente, deben ser retribuidos en proporción a su actividad. 4. Al albacea que accede al cargo por revelación de la confianza y que ya ha percibido una retribución en concepto de heredero de confianza, no le corresponde ninguna retribución por la condición de albacea».

⁴¹⁹ Este es el caso del CC francés, cuyo artículo 812-2 señala que «*le mandat est gratuit s'il n'y a convention contraire. S'il est prévu une rémunération, celle-ci doit être expressément déterminée dans le mandat. Elle correspond à une part des fruits et revenus perçus par la succession et résultant de la gestion ou de l'administration du mandataire. En cas d'insuffisance ou d'absence de fruits et revenus, elle peut être complétée par un capital ou prendre la forme d'un capital*», y el artículo 813 ordena que «*la rémunération du mandataire est une charge de la succession qui ouvre droit à réduction lorsqu'elle a pour effet de priver les héritiers de tout ou partie de leur réserve. Les héritiers visés par le mandat ou leurs représentants peuvent demander en justice la révision de la rémunération lorsqu'ils justifient de la nature excessive de celle-ci au regard de la durée ou de la charge résultant du mandat*».

que por el contrario, no tendrá naturaleza testamentaria si únicamente ordena una retribución, que se considerará legado únicamente por cuanto sea excesivo⁴²⁰; por el contrario, otro sector doctrinal entiende que la retribución será siempre ordenada a título de legado, que podrá tener meros efectos obligatorios –si se trata de una cantidad de dinero como pago por los servicios prestados– o efectos reales y obligatorios –si se trata del legado de cosa cierta y determinada del testador–⁴²¹.

Esta cuestión adquiere relevancia por la diferencia que puede existir en la retribución si se califica como legado o como reconocimiento de deuda (deuda sucesoria). Como tendremos ocasión de analizar, los legados están en principio supeditados a que exista activo sucesorio suficiente para cubrir el resto de deudas sucesorias⁴²²; por lo tanto, creemos también que la retribución del albacea habrá de considerarse siempre como legado, pues nos parece justo que dicha remuneración se subordine a la existencia de activo sucesorio suficiente⁴²³. Además, no debe olvidarse que, dentro de los legados, los remuneratorios –como lo sería el legado en favor del albacea por los servicios prestados– gozan de prioridad en el cobro, tal y como ordena el artículo 887.1 CC⁴²⁴.

En cuanto a los poderes o facultades de los albaceas, lo cierto es que pueden ser amplios o restringidos; en esta cuestión adquiere especial relevancia la voluntad del causante, pues este puede atribuirle todas las facultades que con-

⁴²⁰ Por todos, ALBALADEJO GARCÍA (1969), pp. 459 y ss.

⁴²¹ Por todos, GARCÍA RUBIO (1989), p. 331.

⁴²² Esta premisa es clara cuando existe beneficio de inventario, pues las obligaciones testamentarias deben reducirse si el haber hereditario no es suficiente para el pago de deudas sucesorias. Dicha reducción se llevará a cabo de acuerdo con el orden de preferencias establecido en el artículo 887 CC para los legados, que son las obligaciones testamentarias más características. En caso de aceptación pura y simple, la solución variará en atención a si adoptamos el criterio expuesto por los autores que defienden una separación de patrimonios (PEÑA 2009, LACRUZ BERDEJO 1981, GARCÍA RUBIO 1989), o si por el contrario entendemos que cuando hay aceptación pura y simple, hay confusión de patrimonios.

⁴²³ Estamos haciendo referencia al albacea del CC, que se configura como cargo gratuito. En los sistemas en que se trata como cargo retribuido, la cantidad adeudada sí será deuda de la herencia, salvo que el testador haya previsto una compensación mayor, en cuyo caso, la cantidad se escindiría en dos partes: la retribución legal prevista como decimos sería considerada deuda de la herencia, la retribución prevista por el testador sería considerada obligación testamentaria por el exceso. Es necesario, por otra parte, puntualizar que únicamente nos estamos refiriendo aquí a la compensación voluntaria que el testador haya fijado en favor del albacea, pues a *sensu contrario*, las cantidades adeudadas en concepto de honorarios por servicios profesionales o indemnización por los daños causados o los gastos en que hubiese incurrido el albacea a todas luces tendrán la consideración de deuda sucesoria, siendo el albacea un acreedor hereditario al uso en lo relativo al cobro de dichos conceptos. Véase, en este sentido, GARCÍA RUBIO (1989), p. 332.

⁴²⁴ GARCÍA RUBIO (1989), pp. 331-332, considera que, en principio, la disposición por la cual el testador compensa al albacea por sus servicios prestados se calificará de legado remuneratorio pero que, si el montante de la retribución fuese excesivo en relación con los servicios efectivamente prestados, el ex-ceso perdería la condición de legado remuneratorio y pasaría a ser tratado como un legado simple.

sidere necesarias⁴²⁵. Es decir, el testador puede designar un albacea universal imbuido de todos los poderes que desee, así como también puede designar albacea particular⁴²⁶, cuyo cometido se restringirá a actuaciones más concretas, como el pago de una deuda concreta, entrega de un legado específico, etc.⁴²⁷. Si el testador no ordena específicamente sus facultades, estas serán las previstas en la ley, a saber: pagar los sufragios y el funeral del testador, satisfacer los legados que consistan en metálico, vigilar la ejecución de todo lo demás ordenado, así como la conservación y custodia de los bienes (artículo 902 CC)⁴²⁸. Además, el artículo 903 CC ordena que cuando no hubiese en la herencia dinero bastante para el pago de funerales y legados, el albacea podrá enajenar bienes muebles, y no alcanzando estos, también los inmuebles, con intervención de los herederos; sin embargo, y teniendo en cuenta la máxima «antes es pagar que heredar», consideramos que este artículo será aplicable también cuando se trate de pagar deudas del causante, y no solo para el pago de funerales y legados, a pesar de que el artículo 902 CC no lo incluya como una de las tareas del albacea, cuestión que nos parece poco acertada.

En definitiva, la designación de albacea es un recurso óptimo para el testador que, previendo la insolvencia de su herencia, quiera proteger a sus herederos, pues permite acercarse de algún modo al sistema anglosajón, si nombra albacea con los poderes que corresponden al *executor*, esto es: ordenándole y confiriéndole los poderes necesarios para el pago de acreedores como cuestión de prioridad, y ordenándole la entrega del residuo, de existir, a la persona o personas que el testador indique⁴²⁹. En este sentido, el testador tiene dos opciones: la primera, detallar concretamente los acreedores a quienes el albacea deberá pagar, así como las cantidades adeudadas. Teniendo en cuenta la dificultad de precisar toda esta información a la hora de otorgar testamento, parece más sencillo un mandato genérico del pago de las deudas que sigan insatisfechas a su muerte, indicándole, si así lo deseara, los posibles pasos a seguir para dicha averiguación. En este sentido, el testador puede designar como albacea a un *experto*, como por ejemplo, una empresa de gestión de cobros⁴³⁰, o

⁴²⁵ Para conocer las facultades o poderes de los albaceas en los derechos territoriales, véase FERRER RIBA (2016), pp. 758 y ss.

⁴²⁶ La distinción entre albacea universal y albacea particular la encontramos en el artículo 894 CC y, como dice LACRUZ BERDEJO (1981), p. 406, dicho texto legal no vuelve a ocuparse de establecer ningún criterio de distinción entre ambos.

⁴²⁷ ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 319, señala que el albaceazgo universal se refiere a toda la herencia y el particular a «una o varias disposiciones *mortis causa* específicamente determinadas por el testador».

⁴²⁸ Véase en este sentido, ALBALADEJO GARCÍA (1969), pp. 231 y ss.

⁴²⁹ Se trataría, de alguna forma, de una distribución de la herencia en legado con albacea.

⁴³⁰ El albacea, en efecto y como señala LACRUZ BERDEJO (1981), p. 407, puede ser una persona jurídica, aunque la ley no lo recoja expresamente.

a un *profesional* que conozca todas las deudas asumidas por el testador, por ejemplo, su abogado o notario de confianza; en última instancia, también puede designar como albacea al beneficiario del legado de residuo.

En definitiva, si el testador hace uso de este recurso, no solo asegurará un procedimiento de liquidación de herencia organizado y ágil (pues puede establecer un plazo *ex artículo 904 CC*), sino que también estará protegiendo a sus sucesores, que recibirán el residuo en calidad de legatarios y, por tanto, con limitación *ex lege* de la responsabilidad por deudas hasta el valor de lo recibido por legado.

2.2.4 DISTRIBUCIÓN DE TODA LA HERENCIA EN LEGADOS

El recurso a la distribución de toda la herencia en legados está expresamente previsto en el artículo 891 CC, que señala: «si toda la herencia se distribuye en legados, se prorratearán las deudas y gravámenes de ella entre los legatarios a proporción de sus cuotas, a no ser que el testador hubiera dispuesto otra cosa»⁴³¹. Del tenor literal del artículo se deduce que el objeto de esta alternativa ha de tratarse necesariamente de «toda la herencia», expresión que contiene nociones aparentemente contradictorias, pues la herencia presupone sucesión universal, mientras que el legado sucesión particular⁴³². A pesar de lo improcedente de la expresión, no cabe duda de que, como ha manifestado García Rubio⁴³³, cuando el CC utiliza la expresión «toda su herencia» se está refiriendo a todos los bienes del causante, a todo el activo hereditario.

⁴³¹ Además de este precepto, la posibilidad de que la herencia se distribuya en legados también se contempla en el artículo 81.d) del RH, cuando establece que la inscripción a favor del legatario de inmuebles específicamente legados se podrá practicar por «solicitud del legatario cuando toda la herencia se hubiere distribuido en legados y no existiere contador-partidor». Ambos preceptos plantean el problema doctrinal de discernir si es posible una sucesión *mortis causa* sin heredero universal; probablemente por ello, ESPINAR LAFUENTE (1956), p. 231-232, califica la distribución de toda la herencia en legados como «figura institucionalmente monstruosa» o «hipertrofia del concepto de legado». Consideran, entre otros, que no es posible una sucesión sin heredero universal, LACRUZ BERDEJO (1961), p. 98, que afirma que este precepto no impide el advenimiento de un heredero que, «al no haber sido nombrado por el causante, tendrá que ser el llamado por la ley»; y ALBALADEJO GARCÍA (1997), p. 23, que entiende que la distribución de toda la herencia en legados no evita que falte un heredero, aunque no reciba bienes. Por el contrario, otro sector doctrinal aprecia que no es necesaria la apertura de la sucesión legal; así, entre otros, GARCÍA RUBIO (1989), pp. 318-319 y MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES (1996), pp. 236 y ss.

⁴³² Por todos, LACRUZ BERDEJO (1961), p. 96, afirma que las palabras distribución de toda la herencia en legados son contradictorias, «porque lo único que realmente se puede *legar* son los bienes y derechos del causante transmisibles a título singular. Por eso ha de estimarse que el artículo 891 CC regula simplemente el caso de resultar asignados a los favorecidos a título singular todos los bienes de la herencia, sin haber institución de heredero».

⁴³³ GARCÍA RUBIO (1989), p. 225.

La expresión «toda la herencia» también ha generado otro debate en nuestra doctrina, que es aquel relativo al alcance de la misma. Para algunos autores, esta expresión hace referencia a un concepto rígido, inflexible, de manera que ha de tratarse de disposiciones que efectivamente agoten todo el patrimonio, no pudiendo restar cosa alguna sin disponer⁴³⁴. Otros autores, conscientes de la casi imposibilidad de aplicar el artículo 891 CC bajo unos requisitos tan improbables –que el testador pueda conocer el futuro estado de su patrimonio al momento de la muerte y disponer de él–, entienden que este cauce se aplicará cuando el testador haya pretendido distribuir todo su patrimonio en legados, incluso si llegado el momento de su muerte no ha sido así⁴³⁵. Asimismo, algunos autores han entendido que para que pueda aplicarse el cauce del artículo 891 CC es necesario que la voluntad del testador sea concluyente en ese sentido, es decir, que dicha voluntad de distribuir todo su patrimonio en legados sea inequívoca. Los partidarios de esta tesis consideran que si el testador no pretendió distribuir todo su patrimonio al momento de otorgar testamento, no importará que al momento de su muerte, dichos legados agoten el as hereditario⁴³⁶. Sin embargo, García Rubio⁴³⁷ opina que si bien es cierto que es importante conocer la verdadera voluntad del testador, habrá situaciones en las que no sea fácil determinar si este quiso distribuir todo su patrimonio en legados o no, en cuyo caso únicamente se podrá saber si los legados agotan el as hereditario, lo que no debería derivar en la automática exclusión de este cauce. Además, la citada autora hace notar la posibilidad de que entre el otorgamiento del testamento y el fallecimiento del testador exista una mutación de su patrimonio; en efecto, no resultaría extraño que a su muerte existiesen nuevos bienes de los que el testador no dispuso en favor de nadie, o viceversa, que el patrimonio del testador fuese superior al distribuido en el momento del otorgamiento y, que aun no habiendo distribuido todo su patrimonio, a su muerte dichos legados agotasen todo su patrimonio. En definitiva, la autora considera que cuando la voluntad no se ha manifestado expresamente, «será menester utilizar criterios extrínsecos al propio acto testamentario destinados a facilitar la labor de averiguación de la voluntad deficientemente expresada»⁴³⁸.

⁴³⁴ NAVARRO AMANDI (1890), pp. 367-368; MAURANDI ABADIA (1950), pp. 431-438.

⁴³⁵ LACRUZ BERDEJO (1961), p. 99; ÁLVAREZ VIGARAY (1965), p. 34.

⁴³⁶ ÁLVAREZ VIGARAY (1965), pp. 32-33.

⁴³⁷ GARCÍA RUBIO (1989), pp. 228-229.

⁴³⁸ GARCÍA RUBIO (1989), pp. 231 y ss., menciona entre otros criterios el del artículo 883 CC, según el cual la cosa legada deberá ser entregada con todos sus accesorios y en el estado en que se encuentre al momento de la muerte del testador, de forma que el legado de cosa específica llevaría aparejado también el de todas las cosas accesorias respecto de aquella. Además, el artículo 882 CC también ordena que quien

Por lo tanto, lo esencial para que se pueda recurrir a este cauce es la verdadera voluntad del testador; así, si este hubiera dispuesto de todos sus bienes, pero sin que quedase clara su voluntad acerca de distribuir toda la herencia en legados, entonces se abriría igualmente la sucesión intestada. Pero también podría ocurrir que, aun queriendo distribuir todo su patrimonio en legados, no se haya agotado todo el as hereditario al momento de su fallecimiento⁴³⁹. Para evitar este tipo de situaciones, el testador puede emplear una serie de disposiciones que, asegurando el agotamiento del caudal hereditario, ahorrarán problemas a los futuros sucesores, a saber: la distribución del patrimonio en varios legados de parte alícuota, y el legado universal.

La admisibilidad de la distribución del patrimonio en varios legados de parte alícuota es bastante cuestionada; en concreto, cierto sector doctrinal se muestra bastante escéptico a la hora de considerar que estos beneficiarios, los legatarios de parte alícuota, puedan mantenerse con este carácter y no convertirse en herederos⁴⁴⁰. En opinión de García Rubio⁴⁴¹, los legatarios de una fracción sobre el activo son herederos y responderán como tales por las deudas sucesorias, mientras que los beneficiarios de una fracción sobre el remanente después de pagadas las deudas son legatarios.

De otra parte, la distribución de todo el patrimonio en un único legado universal es un recurso que a pesar de chocar con los términos del artículo 891 CC, cuando habla de prorrateo y cuotas, no ha de considerarse *tout court* inadmisibles⁴⁴². Para García Rubio⁴⁴³, la admisibilidad dependerá, al igual que con la distribución de legados de parte alícuota, de si el testador quiso legar su herencia, como complejo de derecho y obligaciones, o simplemente quiso legar la parte activa de su herencia. En el primero de los casos, el responsable del pago de deudas será el «impropiamente denominado legatario», esto es, el *heredero universal*; mientras que, en el segun-

resulte beneficiario de un legado de cosa específica y determinada adquiere también los frutos o rentas que se devenguen con posterioridad a la muerte del testador.

⁴³⁹ Es importante señalar que, para cierta doctrina, y a pesar de lo dispuesto en el artículo 912.2 CC, que ordena que se abra sucesión legal cuando «el testamento no contiene institución de heredero en todo o en parte de los bienes, o no dispone de todos los que corresponden al testador», el hecho de que el testador no haya dispuesto de todos sus bienes no abre *tout court* la sucesión intestada; véase en ese sentido GARCÍA RUBIO (1989), pp. 309 y ss.

⁴⁴⁰ VALLET DE GOYTISOLO (1955), p. 248; ÁLVAREZ VIGARAY (1965), pp. 34 y ss.

⁴⁴¹ GARCÍA RUBIO (1989), pp. 237-239.

⁴⁴² MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES (1997), p. 14, cita la STS de 15 de enero de 1918 en la que se admitió la posibilidad de distribuir toda la herencia mediante un único legado, y considera que tal decisión se basó en razones de equidad.

⁴⁴³ GARCÍA RUBIO (1989), pp. 239-241.

do supuesto, si el legatario solo es beneficiario del remanente, una vez pagadas las deudas por un albacea, aquel seguirá siendo legatario y no se verá obligado a responder del activo.

En definitiva, el valor práctico de este cauce a la hora de proteger a los sucesores es indudable, principalmente por una razón: al no nombrar herederos, sino solo legatarios, se estará limitando la responsabilidad de estos por deudas de manera proporcionada a sus cuotas y hasta el límite del valor de lo recibido *ex* artículo 858 CC. La liquidación de la herencia, en este caso, podría llevarse a cabo de dos formas: la primera, de manera previa a la entrega de los legados, realizada por un albacea o un administrador judicial; y la segunda, una vez ya se hayan entregado los legados (si el testador no encargó a nadie la administración y liquidación del caudal hereditario y los legatarios hicieron uso de su facultad para tomar por ellos mismos posesión de sus legados), en cuyo caso, los legatarios serán responsables solidarios por dichas deudas⁴⁴⁴.

2.2.5 LEGADO DE ALIMENTOS O LEGADO DE USUFRUCTO

Por último, debemos referirnos a la protección que el testador puede dispensar en favor de alguno o algunos de sus sucesores si, por las circunstancias que fuesen, se encontrasen en una situación económica complicada. No nos referimos por tanto al supuesto en que el testador proteja a los sucesores de una herencia potencialmente dañosa, sino más bien al contrario, que el testador se sirva del testamento para proteger o ayudar a un sucesor que atraviesa una mala situación económica. Para ello, el testador puede servirse del legado de usufructo o el legado de alimentos.

En cuanto a la constitución del derecho de usufructo, la doctrina es pacífica a la hora de admitir que se puede hacer bajo forma de contrato o testamento; de hecho se dice incluso que es una vía idónea para satisfacer diferen-

⁴⁴⁴ GARCÍA RUBIO (1989), p. 368, manifiesta que «la práctica generalidad de la doctrina menciona la distribución del patrimonio hereditario a través de legados como uno de los supuestos en los que el legatario puede tomar por sí mismo posesión de su legado sin que haya de acudir –como es la norma general– a la petición de entrega al heredero o albacea facultado para darla», y cita la Resolución de 30 de diciembre de 1916 en el que se consideró que uno de los supuestos en los que el legatario tiene la facultad para solicitar y obtener la inscripción «es el admitido por el artículo 891 del CC». VALLET DE GOYTISOLO (1989), p. 671, considera además que si los legatarios se inmiscuyen en la herencia y se posesionan deberían ser considerados como herederos y por lo tanto resultaría de aplicación el artículo 1084 CC. MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES (1996), pp. 359 y ss., también considera oportuna la previa liquidación del patrimonio hereditario y posterior adjudicación de los legados.

tes intereses, como los del heredero y el legatario; así, mientras el heredero adquiere el dominio, al legatario se le atribuye «el uso y disfrute de bienes apto para colmar necesidades o intereses dignos de protección a juicio del testador, sin afectar la voluntad de transferir la propiedad a los que por ley han de sucederle»⁴⁴⁵.

Sobre este legado de usufructo, cabe matizar dos cosas: la primera, que al tratarse de un legado de derecho real, el legatario adquiere dicho derecho del testador de forma automática; la segunda, que para ordenar un legado de usufructo no es necesario que se use por el testador la palabra usufructo, pues bastaría que se leguen aquellas prerrogativas inherentes a este derecho para que se entienda que hay legado de usufructo. Existirá, entonces, un legado de usufructo cuando se legue el disfrute de una cosa o la percepción de los frutos de un bien⁴⁴⁶. Además, también dispone el testador del recurso al legado de uso o habitación *ex* artículo 793 CC⁴⁴⁷.

En cuanto al legado de alimentos, Sánchez Román⁴⁴⁸ hace notar que el Código Civil no lo define, pero sí regula dos extremos: su duración y su cuantía. Considera este autor que el legatario de alimentos podrá ampararse en las garantías que le facilita la LH: en concreto, el derecho a obtener anotación preventiva; el derecho de que dentro del plazo señalado en el artículo 86 (antes de que transcurra un año desde la anotación) pueda exigir que se convierta en inscripción hipotecaria; y, si no hubiera constituido la anotación, también podría exigir en cualquier momento la inscripción hipotecaria, aunque no surtiría efectos sino desde su fecha.

Como quiera que el Código Civil no lo define, Serrano García⁴⁴⁹ considera que el legado de alimentos es aquel que tiene por objeto la creación de una obligación de alimentos voluntarios en favor del legatario y a cargo de los bienes de la herencia; entendiéndose así que es la cualidad de alimentos *voluntarios*, en contraposición con los alimentos legales, el núcleo central de la configuración jurídica del legado de alimentos en sentido amplio. Sin embargo,

⁴⁴⁵ GUTIÉRREZ JEREZ (1999), p. 166.

⁴⁴⁶ DÍAZ CRUZ (1951), pp. 250-251.

⁴⁴⁷ Derechos estos que se regulan en los artículos 523 a 529 CC, que no pueden constituir objeto de legado traslativo, pues son personales e intransmisibles y se extinguen con la muerte de su titular (en Italia, DI LORENZO 2015, p. 29).

⁴⁴⁸ SÁNCHEZ ROMÁN (1910), pp. 1286 y ss.

⁴⁴⁹ SERRANO GARCÍA (1994), pp. 60 y ss., dice de una parte, que el objeto, como el de todo negocio jurídico, ha de ser determinado o determinable, y de otra, que el testador es libre de configurar el legado con entera libertad. En su opinión, los legados de alimentos no pueden recibir el tratamiento de un simple legado moral, y son distintos de los legados «a título de alimentos».

para la mayor parte de la doctrina⁴⁵⁰ el verdadero legado de alimentos es aquel cuya causa reside en la necesidad del legatario⁴⁵¹.

El artículo 879 CC prevé tácitamente que el legado de alimentos sea de cantidad determinada por el testador, al disponer que «si el testador no hubiere señalado cantidad para estos legados...»; en caso contrario, el importe se fijará «según el estado y condición del legatario y el importe de la herencia» —expresión que ha llevado a la doctrina a considerar que se refiere, por razones de justicia, al valor líquido de la misma, una vez deducidas las deudas y los demás legados—. Por último, el artículo 879 CC *in fine* establece que «si el testador acostumbró en vida dar al legatario cierta cantidad de dinero u otras cosas por vía de alimentos, se entenderá legada la misma cantidad, si no resultare en notable desproporción con la cuantía de la herencia»⁴⁵².

Sin embargo, si la cuantía se fija por el testador, podría no resultar claro que sea un legado de alimentos, pues de la normativa civil se colige que la pensión de alimentos ha de ser necesariamente variable. Según cierto sector doctrinal⁴⁵³, si fluctúa el importe, se estará infringiendo la voluntad testamentaria; y si se estima invariable, se infringen los principios de la institución de alimentos. La solución, según Crespo Allué⁴⁵⁴, es que se interprete que la fijación de una cantidad no excluye su variabilidad.

Tal vez por ello, cierta doctrina considera que el auténtico legado de alimentos es aquel se ordena en atención a la necesidad del legatario, como ya dijimos, pero en el que no se ha señalado una cantidad fija —pues en caso contrario, se trataría del legado de renta periódica; se trata esta de la distinción habitual en la doctrina entre legado de alimentos y legado de renta periódica a título de alimentos—⁴⁵⁵. En este sentido, cabe traer a colación el artículo 427-30 CCCat que parece definir mejor la diferencia entre ambas figuras, al señalar que «el legado de alimentos ordenado a favor de cualquier persona comprende todo cuanto sea necesario para el mantenimiento, la vivienda, el vestido, la asistencia médica y la educación del favorecido. Si en el legado de

⁴⁵⁰ Entre otros, CRESPO ALLUÉ (1975), pp. 1247 y ss.; OSSORIO SERRANO (1993), p. 2151; GRIMALT SERVERA (2000), pp. 39 y ss.; ÁLVAREZ ÁLVAREZ (2010), p. 982; REQUEIXO SOUTO (2011), p. 1103.

⁴⁵¹ De hecho, señala OSSORIO SERRANO (1993), p. 2151, que no es imprescindible que el testador utilice la palabra «alimentos», bastando que pueda advertirse la voluntad del testador de mantener a una persona.

⁴⁵² CRESPO ALLUÉ (1975), p. 1273, hace dos apreciaciones sobre este último párrafo: la primera, que dicha costumbre no exige que se hiciese en cumplimiento de la obligación de alimentos; la segunda, que la ley establece una presunción *iuris tantum* de que si se ordena un legado de alimentos ha querido legarse la misma cantidad que se venía dando, por lo que entiende que admite prueba en contrario.

⁴⁵³ DÍAZ CRUZ (1951), p. 331; CRESPO ALLUÉ (1975), p. 1273.

⁴⁵⁴ CRESPO ALLUÉ (1975), p. 1262.

⁴⁵⁵ OSSORIO SERRANO (1993), p. 2152; MILLÁN SALAS (2007), p. 415; ÁLVAREZ ÁLVAREZ (2010), p. 982.

pensiones periódicas no se expresa su cuantía, se entiende que se lega la misma cantidad que el causante ha pagado durante su vida al legatario. Si no es así, se considera como un legado de alimentos».

2.3 Recursos para proteger a los acreedores

2.3.1 LEGADO DE PAGO A ACREEDORES

El mal llamado legado de deuda⁴⁵⁶ o legado de pago a acreedor⁴⁵⁷ se encuentra regulado de forma negativa en el artículo 873 CC, cuando ordena que «el legado hecho a un acreedor no se imputará en pago de su crédito, a no ser que el testador lo declare expresamente»⁴⁵⁸, por lo tanto, cuando el testador así lo manifieste⁴⁵⁹, el legado podrá tener como finalidad la extinción de una deuda pendiente⁴⁶⁰.

⁴⁵⁶ SÁNCHEZ ROMÁN (1910), p. 1322; ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 174, califica la expresión «legado de deuda» de «equivoca y desconcertante». CÍCU (1959), p. 335, opina que realmente, la deuda no es un bien que pueda constituir objeto de disposición testamentaria, y por ello aun cuando el testador deje dinero u otras cosas en satisfacción de su deuda, habrá un legado de cosas, pero no de deuda. OSSORIO SERRANO (1985), p. 943, afirmó que tal denominación era «inapropiada» puesto que carecería de sentido que una deuda fuese objeto de una disposición testamentaria a título singular cuando éstas (las deudas) solo se pueden transmitir a título universal.

⁴⁵⁷ OSSORIO SERRANO (1985), p. 941, hace notar que en esta figura «se asientan en gran medida parcelas tan densas y distintas dentro de la sistemática de nuestro Derecho civil, como son el Derecho de sucesiones por causa de muerte y el Derecho de obligaciones». En efecto, creemos más acertado calificarla como «legado de pago a acreedores», pues el legado de deuda se podría confundir con el legado de liberación, de cesión o de reconocimiento de deuda. En este sentido, la SAP de Ourense de 9 de septiembre de 2015 (JUR 2015, 233697), trata sobre un supuesto de legado de deuda, en el que la madre había donado una farmacia a su hija a cambio del 50% de los beneficios netos. Pasados varios años, ambas partes extinguieron aquel contrato señalando que la madre había recibido treinta millones de las antiguas pesetas; dos años más tarde, estipula en su testamento que se devuelva a su hija esta cantidad. En la sentencia de apelación, la AP comparte el criterio de la sentencia apelada en el sentido de que no se trata de un reconocimiento de deuda, pero se discrepa de que la inexistencia de deuda conlleve dejar sin efecto la referida disposición, y por eso, se falla la inclusión en el pasivo de la herencia la cantidad referida, como crédito a favor de la hija.

⁴⁵⁸ DÍAZ CRUZ (1951), p. 300, señala que el Derecho romano antiguo no lo admitía porque no reunía el factor de liberalidad, pero el Derecho justinianeo ya sí admitió su validez. VOCI (1967), p. 144, manifiesta, citando a GAIUS, que la sucesión particular era reconocida en el derecho romano «de forma más restringida que en el derecho moderno» pues se admitía para el derecho de propiedad, pero no para el derecho de crédito». En igual sentido, HERNÁNDEZ IBÁÑEZ (2006), p. 1663.

⁴⁵⁹ DÍAZ CRUZ (1951), p. 301. Para OSSORIO SERRANO (1985), pp. 947-949, esta «ineludible exigencia» no es acertada, pues se entiende que si el testador menciona la deuda pero no declara manifiestamente que el legado ha de imputarse como pago, no podrá aplicarse, ya que «no cabe admitir soluciones de interpretación que puedan suplir una falta de declaración expresa del testador: no cabe la investigación de cuál fue verdaderamente la intención última de éste al ordenar el legado a su acreedor, ni aún en aquellos casos en los que pudiese desprenderse del contexto general del documento testamentario un atisbo de intencionalidad en ese sentido». El citado autor cree que otros ordenamientos jurídicos vecinos, como el italiano, son más permisivos, pues el artículo 659 CCit solo exige, en sentido negativo, que el testador mencione la deuda.

⁴⁶⁰ En un sentido muy parecido, el artículo 427-31.4 CCCat establece que «si el causante, sin hacer mención de la deuda, ordena un legado a favor de su acreedor, se presume que el legado no se ha hecho para pagar el crédito del legatario».

Sobre este recurso conviene matizar dos cosas: la primera, que este tipo de legado carece de liberalidad y gratuidad, cualidades que por lo general se predicán de la sucesión particular (legado) pero que no son esenciales⁴⁶¹; la segunda, que es un recurso que se presta al fraude, pues tal y como hizo notar Díaz Cruz⁴⁶², el testador podría otorgar un legado de deuda fraudulento para perjudicar o burlar la legítima, en cuyo caso entiende que aunque el legado sea de deuda, habrá de ajustarse a las mismas reglas de los demás legados: la reducción de estos.

Asimismo, este mecanismo plantea no pocos problemas. El primero viene determinado por el tipo de pago que se efectúe; así, si el testador lega la misma cosa que debía, entonces estaríamos ante un legado de deuda propio (sirva de ejemplo un legado de dinero debido); pero si el testador lega cosa diferente de la que debía entonces se trataría de un legado de deuda impropio⁴⁶³. Este segundo caso es un tanto conflictivo, pues el testador carece de la facultad para modificar la obligación de pago por sí mismo. En la dación en pago genérica es necesario que concurra la aceptación del acreedor, tal y como exige el principio romanístico *aliud pro alio, invito creditore solvi non potest*; el artículo 1166 CC es claro cuando ordena que «el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida. Tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor». En este caso, la jurisprudencia italiana ha apreciado que la falta de renuncia del legado viene a configurarse como una especie de aceptación tácita por parte del acreedor⁴⁶⁴, por lo que si el legatario-acreedor no rechaza el legado estará aceptando la *datio in solutum*⁴⁶⁵. Pero como quiera que esta solución no satisface del todo a la doctrina italiana, se han ofrecido otras soluciones; así, algunos autores han sugerido el recurso al mecanismo condicional, según el cual el efecto resolutorio del *aliud* objeto de legado estaría sometido a la condición suspensiva de

⁴⁶¹ En efecto, como señala OSSORIO SERRANO (1985), p. 954, «no hay tal liberalidad si existía deber de realizar el acto». Esta ausencia de liberalidad llevó a que algunos autores considerasen que si el legado no implicaba algún tipo de ventaja, sería nulo; no obstante, hoy en día se admite que el legado no atribuya ventaja alguna al legatario, siendo el legado de pago, así como el legado gravado con otro legado, los paradigmas de esta máxima. En igual sentido, HERNÁNDEZ IBÁÑEZ (2006), p. 1665.

⁴⁶² DÍAZ CRUZ (1951), pp. 308 y ss., que añade que este principio funcionaría ya sea la deuda cierta o ficticia.

⁴⁶³ PENNAZIO (2004), p. 1563, señala que el *legatum debiti proprio* se produce cuando el bien legado corresponde a aquello que era debido, mientras que en el *legatum debiti impropio* se atribuye un objeto diferente de la prestación originaria.

⁴⁶⁴ Véase *Cass.* 12 julio 2001, n. 9467; *Cass.* 2 febrero 1990, n. 706; *Cass.* 7 julio 1971, n. 2132.

⁴⁶⁵ La admisión de esta *datio in solutum* testamentaria está aceptada por la doctrina italiana (véase, por todos, BONILINI 2003, p. 305).

la aceptación por el acreedor-legatario; otros autores, por el contrario, han propuesto la figura del legado de contrato, por el cual se le impone al heredero el deber de concluir con el legatario un determinado contrato. Si bien, esta propuesta tampoco está exenta de complicaciones, como la que se deriva de la posible vulneración de la responsabilidad *intra vires* genérica del legatario, ya que si el legatario se obligase por compraventa a adquirir algo, debería responder de la obligación con todo su patrimonio, tal y como exige el principio de responsabilidad por deudas contractuales⁴⁶⁶.

En cuanto a los efectos, nuestra doctrina doméstica no parece ponerse de acuerdo, pues algún autor considera que en caso de legado de pago impropio hay una verdadera dación en pago⁴⁶⁷; pero otro sector doctrinal entiende que existe novación, y que por lo tanto, la antigua relación obligacional se extingue y es sustituida por otra de análogo contenido, nacida del legado⁴⁶⁸. Esta última tesis no nos convence⁴⁶⁹, primero por ser farragosa, pues existirán dos tipos de obligaciones: una testamentaria, por el valor de lo legado, y otra crediticia, por lo que falte; segundo, porque admitir que existe una novación –incluso total, cuando el legado cubre todo o más de lo debido–, implica configurar al acreedor como legatario. Esto último no es de recibo, pues los acreedores hereditarios tienen preferencia sobre los legatarios así que no se les puede poner en una posición peor por aceptar el legado de pago de su crédito.

Un segundo problema deriva de la poca utilidad que esta figura podría tener⁴⁷⁰, pues el ordenamiento exige que la institución del legado en general se haga respecto de un objeto cierto, ya que le resulta igualmente aplicable el artículo 750 CC. La doctrina más especializada ha afirmado sin ambages la nulidad de las disposiciones testamentarias por las que el testador ordena un legado a favor de «todos sus acreedores» o un legado de «todo lo que le deba

⁴⁶⁶ PENNAZIO (2004), p. 1570. Para un estudio detallado del *legato di debito* véase MIGLIACCIO (2015), pp. 143 y ss.

⁴⁶⁷ DÍAZ CRUZ (1951), p. 307, afirma que, a su parecer, «tan pronto se produzca el pago del legado, la deuda se cancela, porque viene a funcionar, cuando el testador imputa expresamente el legado al pago de la deuda, una *datio insolutio* que el legatario puede o no aceptar, pero que una vez aceptada y pagada no puede dirigirse en contra de la herencia para cobrar exceso alguno.

⁴⁶⁸ OSSORIO SERRANO (1985), p. 950.

⁴⁶⁹ SÁNCHEZ ROMÁN (1910), pp. 1322-1323, también parece estar en contra de la tesis novatoria, al señalar: «no por esto pierde el acreedor, nombrado legatario de su mismo crédito, los derechos y acciones que como tal le correspondían, porque eso sería novar su situación jurídica, producto de voluntades acordadas, por la sola del deudor y sin contar con la del acreedor, sino que adiciona los de legatario. (...) El legado de deuda hecho en favor del acreedor no priva a éste de sus derechos y acciones como tal, independientemente de los que le confiere como legatario».

⁴⁷⁰ A excepción, claro está, de que el legado de deuda tendrá valor a efectos probatorios, funcionando a todos los efectos como reconocimiento de deuda. Véase, SÁNCHEZ ROMÁN (1910), p. 1322.

al acreedor Ticio a mi muerte»⁴⁷¹; criterio que no compartimos si tanto la persona del acreedor como la cantidad debida son determinables.

Una tercera traba se encontraría en que el ordenamiento jurídico configura al legatario –no importa de qué tipo de legado sea beneficiario–, como un sucesor, al que se le deben aplicar las normas sobre capacidad para suceder. En nuestra opinión, las reglas generales sobre capacidad, prohibiciones sucesorias o causas de indignidad no deberían aplicarse aquí, pues como dijo Díez Picazo⁴⁷² ciertos legados, como el de pago o el de reconocimiento de deuda, no producen necesariamente una sucesión⁴⁷³. Precisamente por ello, porque los acreedores-legatarios no son necesariamente sucesores, deberían estar exentos del pago de impuesto de sucesiones, salvo por el exceso⁴⁷⁴.

Todo ello conduce inevitablemente al debate acerca de si es adecuada o no la quasi-monopolística dicotomía existente en nuestro Derecho: el de la herencia-legado. En nuestra opinión, la ley debería habilitar a los testadores para que, además de disponer de sus bienes con carácter *mortis causa* también lo puedan hacer con carácter meramente *solutorio*, esto es, con mero afán de liquidar sus propias deudas. Ciertas disposiciones escapan de alguna manera a esta dicotomía, como la constitución de una fundación en testamento; por lo

⁴⁷¹ OSSORIO SERRANO (1985), p. 961, también considera que, si se ordena el pago de una deuda incierta por referencia a papeles o documentos privados, del estilo de «lego a Ticio la cantidad que resulte según conste en mis apuntes de contabilidad», esta disposición también será nula «si tales documentos no se ajustan a la forma del testamento ológrafo, conforme al contenido del artículo 672 del CC».

⁴⁷² Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 325.

⁴⁷³ Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 337, considera además que no es exigible para la adquisición de los legados, las condiciones de capacidad del artículo 992 CC, es decir, la libre disposición de los bienes, pues «estas garantías y requisitos de capacidad están justificados cuando se trata de aceptar herencias, por ser éste un acto que compromete los bienes propios del menor o incapacitado, los cuales, al confundirse con los de la herencia, vienen a responder también de las deudas y cargas de aquélla. Pero semejante fenómeno no se produce como consecuencia del legado, que es solo una adquisición singular a título particular». Cita el autor además la RDGRN de 24 de mayo de 1930 en la que se dice que «la doctrina relativa a la aceptación y repudiación de legados, tanto por lo que respecta a la capacidad de las personas otorgantes como a la forma y efectos del acto jurídico, se apoya, en el derecho francés, en el italiano y en el español, más en las normas que regulan las adquisiciones a título gratuito de naturaleza particular, que no en las directamente aplicables cuando se trata de la aceptación o repudiación de la herencia, entendida como conjunto de bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extinguen por su muerte» y termina declarando inscribible la escritura de repudiación de legado, que había sido otorgada por la madre en representación de su hijo y sin autorización judicial.

⁴⁷⁴ El artículo 24 RISD establece que a efectos de fijar el valor neto de la participación de los sucesores se deducirá del valor de los bienes o derechos todas las cargas o gravámenes que pesaren sobre ellas, las deudas que reúnan las condiciones exigidas para su deducción, el de aquellos que disfruten de algún beneficio fiscal en su adquisición, y el importe de los gastos deducibles. En nuestra opinión, al valor del legado se le debería deducir el valor del crédito que el acreedor-legatario tenía contra el causante; y así, si hubiera exceso, tributar únicamente por este.

tanto, la disposición por la que se ordena el pago de una deuda al acreedor no debería considerarse necesariamente legado⁴⁷⁵.

2.3.2 INSTITUCIÓN DE HEREDEROS A ACREEDORES

Como es sabido, cuando la herencia es *damnosa*, el derecho a legítima no llega a nacer con cargo a bienes hereditarios. Partiendo de esta premisa, se podría mantener que existe en estos casos una cierta extensión de la libertad del testar, pues el ordenamiento no obliga al causante a dejar una cuota de su herencia pasiva a sus legitimarios. Desaparecida así, la obligación de dejarles una cuota legal, surge una anómala *libertad de testar* en favor del testador insolvente, que podría, en este caso, decidir ser pragmático e instituir como herederos a sus acreedores personales.

Así formulada, esta opción sería algo similar al *rilascio* de bienes hereditarios regulado en el artículo 507 CCit, por el cual el heredero puede poner los bienes a disposición de los acreedores y legatarios. No obstante, las diferencias son tangibles: en primer lugar, si el testador instituye herederos a sus acreedores, es él quien así lo decide, mientras que en el *rilascio* es el heredero quien se beneficia de esta opción, siempre y cuando se den los requisitos para ello⁴⁷⁶. En segundo lugar, en la institución de los acreedores como herederos

⁴⁷⁵ Sobre esta cuestión, SÁNCHEZ ROMÁN (1910), p. 1322, hizo notar que «se impugnó esta doctrina por considerar cosa inútil, y en cierto modo irrisoria, la de que se diera el carácter de *legado*, producto de la voluntad del testador, a lo que éste se hallaba de antemano en la necesidad de derecho de deber y pagar al titulado legatario, que antes de ser objeto de esa aparente prestación; pero los juristas y las leyes entendieron que siempre podía resultar útil el legado, aunque recayera sobre la misma deuda y solo a ella se limitara, porque le daba el carácter de *confesada*, confirmando los medios que existieren para su prueba o supliéndolos cuando en absoluto faltarán, podía modificar, ventajosamente tal vez, los elementos accidentales con que estuviera constituida la relación obligatoria de deudor a acreedor, convirtiendo en pura la que fuere condicional o a plazo más largo del que resultara de esperar a la fecha de la muerte del testador, y, sobre todo, suministraba al acreedor otras acciones por el concepto de legatario, constituyendo todo ello una nueva y distinta finalidad jurídica, en beneficio del acreedor, convertido en legatario por el *legado de deuda* que al testar le hiciera su deudor». Sin embargo, en nuestra opinión, todas estas supuestas «ventajas» no contrarrestan todos los perjuicios que se derivan de su calificación de legatarios-sucesores.

⁴⁷⁶ En primer lugar, para que se pueda aplicar esta opción, el heredero italiano ha debido aceptar con beneficio de inventario en plazo y forma. En segundo lugar, es preciso que no haya existido oposición en los términos del artículo 498 CCit, pues en caso contrario, el heredero se vería forzado a liquidar la sucesión de acuerdo con el procedimiento de la *liquidazione concorsuale*. Por último, también es menester que el heredero se adecúe a los límites fijados para esta alternativa, a saber: límite temporal de un mes para ejercerla desde que finaliza el plazo para presentar la declaración de créditos; límite de carácter ejecutor que ordena que el heredero no haya realizado ningún acto de liquidación previo; límite relativo a la composición, esto es, que se aplique respecto de toda la masa hereditaria; y límite relativo a los destinatarios, pues se tiene que realizar en favor de todos los acreedores y legatarios. El procedimiento sobre el ejercicio de esta facultad establecido en el susodicho artículo 507 CCit obliga, entre otras cuestiones, a la inscripción del mismo en el *Registro delle Successioni*.

no hay sujeto intermedio, sino que son éstos, los acreedores, los que suceden en los bienes al causante de manera directa; mientras que en el *rilascio* hay dos sucesiones: la primera, la sucesión *mortis causa* propiamente dicha en favor del heredero, y la segunda, la sucesión *inter vivos* posterior, cuando los acreedores se ven resarcidos gracias a estos bienes. Por último, otra diferencia importante es que el *rilascio* es un sistema de liquidación organizado dentro del propio beneficio de inventario gracias al cual, el heredero queda liberado de toda responsabilidad por deudas a la vez que se configura como potencial adquirente del residuo, en caso de existir; sin embargo, en la institución de los acreedores como herederos, estos serán también los adquirentes del posible residuo, salvo si el testador los instituyese a condición de que, una vez resarcidos de sus deudas, atribuyan el remanente a determinada persona.

En definitiva, la institución de los acreedores como herederos es una alternativa a disposición del testador para solucionar su previsible insolvencia *post-mortem*; sin embargo, no está en absoluto exenta de problemas. El primero podría ser la posible ausencia de certeza en la institución, pues el artículo 750 CC determina que toda disposición en favor de persona incierta será nula, aunque flexibiliza de algún modo este criterio exceptuando los casos en que «por algún evento pueda resultar cierta». Cabría preguntarse, pues, si entra dentro de este último supuesto una designación genérica de sucesión universal en favor de los acreedores propios. La mejor doctrina ha dicho, sobre esta cuestión, que el artículo 750 CC no exige una designación *nominatim*, es decir, que no es preciso que se identifique al sucesor con nombres y apellidos, sino que basta la *identificabilidad o determinabilidad* del designado⁴⁷⁷; eso quiere decir que si el testador instituye como heredero a la primera persona que acuda a su funeral, dicha persona es en principio incierta pero su identificación es posible, y siempre que sea posible dicha identificación será válida la disposición, por muy arbitrario que sea el criterio utilizado⁴⁷⁸. En nuestra opinión creemos que, si es posible, tal y como prevé el Código Civil, la designación genérica o abstracta de heredero en favor de los pobres (artículo 749 CC), los parientes (artículo 751 CC) o en beneficio del alma (artículo 747 CC), nada debería obstar a que el testador pueda designar como sucesores a sus acreedo-

⁴⁷⁷ Véase en este sentido, NÚÑEZ IGLESIAS (2016), pp. 600-602.

⁴⁷⁸ REGLERO CAMPOS (1998), pp. 50 y ss., que además pone de manifiesto que tampoco en Derecho romano era necesaria la designación *nominatim*, pero sí que fuera cierta la persona del instituido (*Heres institui, nisi ut certe demonstretur, nemo potest*, Digesto 28, 5, 9, 9). Aunque de los textos romanos, dice, no es posible extraer un criterio general que permita dilucidar cuándo estamos ante una designación incierta y cuándo no; considerar, como se hacía, que era incierta la institución a favor del «primero que venga a mi funeral» y no la del «primer pariente que venga a mi funeral» carece de lógica formal, pues no media diferencia alguna.

res, de forma general. La *determinabilidad* del sucesor sería definitivamente posible, pues bastaría que el acreedor presentase título de su crédito.

Otro problema vendría dado por la falta de liquidación organizada; si bien, el testador podría obligarles también a hacer uso del beneficio de inventario o nombrar a un albacea que determine el orden de prelación a la hora de proceder al pago. Conectado con esto se encuentra el hecho de que lo más probable es que alguno de los acreedores instituidos como heredero, barajando la situación y considerando la aceptación arriesgada, se decantase por la repudiación del llamamiento –y que no equivaldría por supuesto a una renuncia de su crédito–. En este caso, los demás acreedores-herederos-aceptantes pasarían a ser responsables del pago de esa deuda salvo que utilizaran el beneficio de inventario; consecuencia ésta que no parece nada conveniente.

En definitiva, este recurso podría ser útil pero solo en supuestos excepcionales, en los que el testador prevea con casi total certeza la insolvencia de su herencia, y al que debería recurrirse con precaución, asegurando, de ser posible, que el patrimonio sucesorio se destine exclusivamente a su liquidación, y asegurando también, la limitación de la responsabilidad de los acreedores por otras deudas.

2.4 Los pactos sucesorios, si fueran admisibles en el Código Civil

En el régimen del Código Civil no se admiten, de forma general, los pactos sucesorios; así, el artículo 1271 CC ordena que la herencia futura no puede ser objeto de contrato, y el artículo 816 CC veda todo pacto sucesorio por el que se renuncie a la legítima futura, con obligación de traer a colación lo que se hubiese recibido por la renuncia o transacción⁴⁷⁹. Como ha hecho notar algún autor, la aversión en el Código Civil hacia el pacto sucesorio de renuncia no es nueva, ya que se prohibió por el legislador desde los tiempos del Derecho Romano; hostilidad que ha permanecido en el tiempo hasta hoy día en nuestro Código Civil, donde se sanciona con la nulidad de pleno derecho todo acuerdo que contravenga lo establecido en el artículo 816 CC –nulidad que tiene efectos retroactivos al momento en que se celebró el pacto y es imprescriptible y

⁴⁷⁹ Se debe matizar esto, pues el Código Civil recoge algunas excepciones al principio general de prohibición de pacto sobre herencia futura; así, el artículo 1271 admite que se consensúe la partición *inter vivos* hecha por el testador. También se admiten pactos sobre la mejora en los artículos 826, 827 y 831. Por último, el artículo 1341 admite las donaciones futuras entre cónyuges realizadas en capitulaciones matrimoniales para el caso de muerte de uno de ellos. Además, la reserva, tanto lineal como viudal, son susceptibles de renuncia por los reservatarios.

apreciable de oficio o a instancia de cualquiera⁴⁸⁰-. Sea como fuere, lo cierto es que cada vez es mayor el número de voces en la doctrina que reclaman, *de lege ferenda*, que se modifique esta prohibición del Código Civil⁴⁸¹ pues, entre otras cosas, podría resultar beneficioso recibir la legítima antes del fallecimiento del causante⁴⁸².

Estos pactos sucesorios, admitidos en las normativas civiles autonómicas de Galicia⁴⁸³, País Vasco⁴⁸⁴, Navarra⁴⁸⁵, Aragón⁴⁸⁶, Cataluña⁴⁸⁷ e Islas Baleares⁴⁸⁸, son acuerdos que generan efectos en la sucesión futura de una persona viva; por ello son, junto al testamento y a la ley, un tercer modo de vocación de herencia, y también, una forma de ordenación del patrimonio *mortis causa*⁴⁸⁹. Pero, a diferencia de lo que ocurre en el testamento y en la ley, en los pactos sucesorios será necesario que concorra la voluntad de dos o más personas para que éstos surtan efectos. Esta bilateralidad o multilateralidad será, entonces, la característica esencial de esta vocación sucesoria, junto con la imposibilidad de revocabilidad individual. La variedad de tipos de pactos sucesorios es considerable⁴⁹⁰, motivo por el cual se ha definido como «cajón de sastre en el que históricamente se han incluido figuras cuyos puntos en común ha sido apenas el de tratarse de acuerdos entre dos o más personas con alguna trascendencia, más o menos directa, en la sucesión de una persona viva»⁴⁹¹.

Pues bien, los pactos sucesorios pueden constituir también un buen recurso para la protección de los sucesores, especialmente en lo que al pacto de *non*

⁴⁸⁰ DE BARRÓN ARNICHES (2001), pp. 215-236, que considera además que la finalidad última es proteger al causante y a su patrimonio mientras está vivo.

⁴⁸¹ Véase GARCÍA RUBIO y HERRERO OVIEDO (2011), p. 1283; RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ (2014), p. 96. En efecto, desde una óptica comparada, parece lo más acertado. Los sistemas europeos que admiten los pactos sucesorios son, básicamente, los sistemas de tradición germánica; a destacar entre ellos, Alemania y Suiza. Asimismo, los sistemas anglosajones admiten figuras próximas a los pactos sucesorios, tales como los *contracts to make a will* o la renuncia al *right of election*.

⁴⁸² DE BARRÓN ARNICHES (2001), p. 282.

⁴⁸³ Artículos 209 a 227 LDCG.

⁴⁸⁴ Artículos 100 a 109 LDCV.

⁴⁸⁵ Leyes 172 a 183 CDCFN.

⁴⁸⁶ Artículos 380 a 384 CDFA.

⁴⁸⁷ Artículos 431-1 a 431-30 CCCat.

⁴⁸⁸ Artículos 72 a 77 CDCIB.

⁴⁸⁹ RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ (2014), p. 25.

⁴⁹⁰ A grandes rasgos, la doctrina suele clasificar los pactos en tres tipos: pactos adquisitivos o *de succedendo*; pactos renunciativos o *de non succedendo*, y pactos sobre la herencia de un tercero o *de hereditati tertii*; a mayor abundamiento, los pactos se pueden clasificar según que afecten a una única sucesión o a varias; según sean gratuitos u onerosos; según contengan disposiciones correspectivas o no; y según el parentesco entre los pactantes, criterio este último por el que se distingue entre pactos matrimoniales, familiares o libres; *vid.*, SÁNCHEZ ARISTI (2003), pp. 27 y ss.; GARCÍA RUBIO y HERRERO OVIEDO (2011), p. 1260-1261; RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ (2014), p. 31 y ss.

⁴⁹¹ GARCÍA RUBIO y HERRERO OVIEDO (2011), p. 1260.

succedendo se refiere, el cual consiste en la renuncia anticipada a la legítima. Ello por dos motivos: el primero, porque si una vez abierta sucesión, las deudas superasen al activo, la legítima no llega a nacer con cargo a los bienes hereditarios, de forma que el causante habría *pagado* en vida un derecho que no existiría al tiempo de su muerte; el segundo, porque los *apartados* no son herederos, y al carecer de dicha condición⁴⁹², no serán responsables personales de las deudas del causante⁴⁹³; de todos modos, si dicha apartación se hubiese hecho en fraude de acreedores, creemos que sería posible por parte de estos el recurso a la acción pauliana⁴⁹⁴.

En el caso de los pactos institutivos, la normativa catalana establece unas reglas específicas de responsabilidad por deudas en caso de que exista pacto de heredamiento; así, el artículo 431-26 CCCat establece que «el heredero instituido en heredamiento solo responde de las deudas del heredante anteriores al heredamiento con los bienes transmitidos de presente y tan pronto como esté hecha la excusión de los bienes y derechos que el heredante se haya reservado. Los acreedores por estas deudas son preferentes a los acreedores del heredero. Respecto a las deudas posteriores al heredamiento, el heredero no responde, en vida del heredante, con los bienes adquiridos de presente en virtud del propio heredamiento, ni con sus bienes propios. Una vez muerto el heredante, el heredero puede excluir de responsabilidad dichos bienes si se acoge al beneficio de inventario en el tiempo y la forma establecidos por el artículo 461-15». Por lo tanto, el heredero responderá con esos bienes por las deudas anteriores al heredamiento, cuestión que nos parece lógica, pues esos bienes estaban afectados ya al pago de esas deudas; en cuanto a las deudas posteriores, el heredero

⁴⁹² Aunque sí podrían tenerla, como herederos testamentarios; véase en este sentido PILLADO MONTERO (1996), p. 65, que afirma, en relación con los pactos de apartación gallegos, que tal pacto no impide que en ulterior testamento se le pueda dejar otros bienes e incluso nombrarle heredero, pues a esta cualidad no ha renunciado, sino a la de legitimario; lo que sí parece, en principio, es que la renuncia a la legítima parece equivalente a la renuncia a todo derecho sobre la herencia en caso de que se trate de una sucesión intestada. En el caso navarro, y como hace notar LUQUIN BERGARECHE (2016), p. 1491, las propias leyes 156 y 301 CDCFN establecen la exclusión del renunciante en la sucesión legal.

⁴⁹³ Desde la perspectiva comparada, cabe traer a colación el artículo 497 del Código Civil suizo, según el cual, *«le renonçant et ses héritiers peuvent, si la succession est insolvable au moment où elle s'ouvre et si les héritiers du défunt n'en acquittent pas les dettes, être recherchés par les créanciers héréditaires, jusqu'à concurrence des biens qu'ils ont reçus en vertu du pacte successoral au cours des cinq années antérieures à la mort du disposant et dont ils se trouvent encore enrichis lors de la dévolution»*.

⁴⁹⁴ PILLADO MONTERO (1996), p. 64, considera que si en el momento de causarse la herencia no hubiese bienes suficientes para cubrir las legítimas de los demás y resultase por ello inoficiosa la adjudicación hecha al que renunció, se podría pedir la reducción, pues de lo contrario, la institución se presta no ya a apartar a un legitimario, sino a dejar sin su legítima a los demás. BUSTO LAGO (2013), pp. 233-234, considera que la adjudicación de bienes que representen un valor notablemente superior al que por legítima correspondería al apartado habilitaría objetivamente el ejercicio de acciones rescisorias, siempre y cuando la fecha de constitución de las obligaciones sea anterior al negocio apartacional.

■ LA LIQUIDACIÓN DE LA HERENCIA EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL...

no responderá con esos bienes en vida del heredante, pero sí lo hará tras su muerte, salvo que solicite, como cualquier otro heredero, el beneficio de inventario. En nuestra opinión, este apartado *in fine* del precepto es innecesario, pues únicamente viene a reafirmar el principio general del derecho sucesorio catalán: que el heredero responde *ultra vires* con todos sus bienes por las deudas hereditarias del causante, salvo que solicite el beneficio de inventario.

CAPÍTULO II

LA HERENCIA YACENTE

1. INTRODUCCIÓN: A VUELTAS CON EL SISTEMA DE ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA

Como hemos dicho anteriormente, la muerte de una persona pone en marcha el engranaje del procedimiento sucesorio. Definirlo como «procedimiento» no responde a un capricho, sino a la constatación de que la sucesión hereditaria dista mucho de ser un acto automático. En efecto, la doctrina ha puesto de relieve que, en el sistema español, la herencia o patrimonio sucesorio pasa necesariamente por cuatro estadios fundamentales: apertura, vocación-delación, yacencia y adición⁴⁹⁵. El tiempo que permanece el patrimonio sucesorio en cada una de estas etapas necesarias⁴⁹⁶ puede ser breve o largo, pero no escapa a la razón que cuanto antes se resuelva, mejor.

Sin embargo, este esquema de sucesión en cuatro fases no se repite en todos los ordenamientos jurídicos, sino que la complejidad o la sencillez con que se resuelva una sucesión dependerá en buena medida del sistema de adquisición sucesoria que cada uno de ellos haya adoptado. Conviene mencionar, si acaso sucintamente, que en Derecho continental existieron y existen dos tradiciones de adquisición sucesoria bastante diferentes, a saber: la germánica y la romana⁴⁹⁷. Ambos sistemas tuvieron más en común, al menos en sus orígenes,

⁴⁹⁵ ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 38. Para LACRUZ BERDEJO (1981), p. 41, las etapas en la adquisición son otras cuatro, a saber: apertura, vocación, delación y adquisición.

⁴⁹⁶ La yacencia no sería etapa necesaria, al entender de la doctrina mayoritaria, en el supuesto de distribución de la herencia en legados, en cuyo caso, los legatarios son propietarios y poseedores desde la apertura de la sucesión; *vid.*, por todos, GARCÍA RUBIO (1989), pp. 368 y ss.

⁴⁹⁷ Otros autores han entendido que hay más sistemas y que se reconducen a categorías diferentes; así, DE LA CÁMARA (1926), pp. 492-497, dice que hay tres sistemas: «el romano, en el cual la aceptación

de lo que hoy se podría pensar, pues partían de la misma idea: que los bienes pertenecían a la comunidad familiar⁴⁹⁸. Y por ello, en cierto modo resultaba un tanto *indiferente* la muerte de alguno de sus miembros, pues todos los demás seguían siendo copropietarios de susodicha comunidad. Probablemente fue esta falta de relevancia jurídica de la muerte lo que condujo a que no fuese necesario que los demás *comuneros* aceptasen o repudiasen, pues sus cuotas se veían afectadas de manera automática. Pero si bien en un primer momento se compartía este mismo criterio, el análisis histórico revela los caminos tan dispares que ambas tradiciones recorrieron.

Así, el derecho tradicional romano pronto comenzó a desligarse de este punto de partida, y a medida que se fue admitiendo la sucesión en favor de personas ajenas a la comunidad familiar, comenzó a diferenciarse entre dos momentos⁴⁹⁹: de una parte, la delación o el ofrecimiento, cuyo presupuesto consistía en la muerte del causante (*hereditas viventis non datur*), y de otra, la adquisición. Existían, pues, dos tipos de herederos: los domésticos o necesarios, y los extraños o voluntarios. El primer tipo adquiría la herencia –como miembros de la comunidad familiar que eran–, de manera *ipso iure* y aún contra su voluntad⁵⁰⁰, cuestión esta que los convertía en herederos necesarios –y si se quiere, forzosos en el sentido más literal del vocablo–⁵⁰¹. Dentro de esta categoría de herederos domésticos o necesarios se distinguía a su vez entre los *heredes sui et necesarii*, que eran los *sui iuris* o sometidos a la patria potestad

es el todo, no solo para la adquisición de los derechos, sino aun para la eficacia de la institución y la validez del llamamiento hecho por el testador u ordenado por la ley; el francés, que se encierra en la conocida frase *Le mort saisit le vif sans aucune appréhension de fait*, que trae aparejada la consecuencia de presumirse siempre la aceptación mientras no se destruya por la renuncia expresa del heredero, y el moderno, compuesto de los dos anteriores, que hace indispensable la aceptación –expresa o tácita–, pero se transportan sus efectos al tiempo de la muerte del causante». Posteriormente, se refiere a estos tres sistemas como el romano, el francogermánico, y el mixto o moderno.

⁴⁹⁸ VALVERDE VALVERDE (1916), p. 30; Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 449; JORDANO FRAGA (1990), p. 23; ZIMMERMANN (2007), p. 27; ROCA SASTRE (2009), p. 41.

⁴⁹⁹ Según CASTRO SÁENZ (1995), p. 628, lo que el Derecho romano intentó era un acercamiento entre la yacencia hereditaria y la sucesión automática que no perjudicase, sino que potenciase, la posición de los herederos legítimos.

⁵⁰⁰ BIONDI (1954), pp. 213 y ss.; KASER (1968), pp. 304 y ss.; FUENTESECA (1978), pp. 553 y ss.; JORDANO FRAGA (1990), p. 22 y ss., añaden que una vez investidos herederos, ya no podían hacer venir a menos tal condición, en virtud del principio *semel heres, semper heres*; al no ser precisa una voluntad adquisitiva, podían adquirir la herencia el *suus infans* o *furiosus*. La única manera que existía por tanto para hacer depender la adquisición de su voluntad era instituirlos bajo condición potestativa *si volet*.

⁵⁰¹ ROCA SASTRE (2009), p. 40, señala que estos eran «herederos necesarios en el sentido de forzosos, excepto en el caso en que el causante les hubiera impuesto una condición meramente potestativa». Su carácter forzoso se puede apreciar en que, como señala MONJE BALSAMEDA (2001), p. 36, carecían del derecho a repudiar la herencia y, por tanto, no podían «librarse de las reclamaciones de los acreedores y que, en el caso de la *hereditas damnosa*, la responsabilidad les alcanza en sus propios bienes».

del *de cuius*⁵⁰²; y los *heredes necessarii* o libertos, que eran los esclavos cuando se les instituía herederos. A los primeros, con el tiempo, se les concedió el *beneficium abstinendi*⁵⁰³, por el cual, y sin llegar a perder la condición de herederos al menos en un primer momento⁵⁰⁴, se permitía que los efectos patrimoniales quedasen fuera de la relación sucesoria; esto es: ni respondían de las deudas hereditarias, ni podían servirse de los derechos y acciones de la herencia, y si algún *suus* ejercía esta facultad, se entendía que la herencia vacante debía ser atribuida a otra persona en forma de *bonorum possessio*⁵⁰⁵. A los segundos –herederos libertos–, quienes estaban excluidos del *beneficium abstinendi*, el Derecho honorario les terminó ofreciendo otro remedio: el *beneficium separationis*. Con este cauce se alcanzó cierta equidad o justicia, pues lo habitual en aquella época era que los causantes sobrecargados de deudas instituyesen herederos a sus esclavos, para desplazar hacia estos el procedimiento concursal y consiguiente infamia⁵⁰⁶.

Por el contrario, los herederos extraños o voluntarios⁵⁰⁷ sucedían cuando mediaba aceptación, que se podía llevar a efecto de dos formas diferentes: mediante *cretio* (*aditio* tras la época postclásica) y la *gestio pro herede*⁵⁰⁸. Es-

⁵⁰² BIONDI (1954), pp. 214 y ss.; KASER (1968), pp. 325 y ss.; JORDANO FRAGA (1990), p. 23, indican que sometidos a la patria potestad estaban los descendientes, hijos adoptivos, la propia mujer *in manu*, y las mujeres *in manu* de los sometidos a la potestas.

⁵⁰³ VOCI (1967), pp. 578 y ss.; KASER (1968), p. 326; BIONDI (1954), p. 220. Para conseguir los efectos del beneficio únicamente se exigía un requisito negativo: que el *suus* no llevase a cabo ningún acto de heredero, es decir, que no cometiese *inmixtio* (*inmiscere bonis hereditariis*).

⁵⁰⁴ En un primer momento, el heredero que se abstenía continuaba siendo *heres iure civile*, aunque su condición quedaba reducida a un mero título (*nudum nomen*), salvo por el hecho de que sí conservaba el *ius sepulchri*; sin embargo, el Pretor trataba a quien se abstenía como si no hubiera sido nunca heredero. En la época postclásica, la fusión de *ius civile* e *ius honorarium* condujo a la consolidación definitiva de las soluciones pretorias. *Vid.*, BIONDI (1954), pp. 221 y ss.; VOCI (1967), pp. 579 y ss.; JORDANO FRAGA (1990), pp. 24-25.

⁵⁰⁵ JORDANO FRAGA (1990), p. 24.

⁵⁰⁶ VOCI (1967), pp. 676 y ss.; FUENTESECA (1978), p. 556; JORDANO FRAGA (1990), p. 26, quien añade que este «supone el primer ejemplo, aparecido ya en la era clásica, que el Derecho romano conoció de responsabilidad *intra vires hereditatis*».

⁵⁰⁷ BIONDI (1954), pp. 217 y ss.; KASER (1968), pp. 326 y ss.; JORDANO FRAGA (1990), p. 27, comprenden que se les denominase también como *heres voluntarii*, pues para que se produjese la adición, era necesario reunir ciertas condiciones de capacidad y voluntad (aceptación libre y no viciada).

⁵⁰⁸ BIONDI (1954), pp. 241 y ss.; VOCI (1967), pp. 587-616; KASER (1968), p. 327; FUENTESECA (1978), pp. 556 y ss. La *cretio* era obligatoria en el sentido de que el heredero solo podía aceptar de esa forma si se la imponía el testador, e implicaba pronunciar cierta fórmula solemne en el acto de toma de posesión de los bienes hereditarios (*Quod me Publius Maevius testamento suo heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque*, que significa puesto que Publio Mevio me ha instituido heredero yo asumo y acepto esta herencia), y podía ser de cuatro tipos: continua, *vulgaris*, perfecta o imperfecta. De otra parte, los herederos *abintestato* y aquellos testamentarios a quienes no se les exigía la *cretio* podían aceptar mediante la *pro herede gestio*, que constituía el modo de aceptar más frecuente y normal, e implicaba una voluntad tácita de aceptar la herencia (*pro herede gerit qui rebus hereditariis tamquam heres utitur*). Sin embargo, en la época justiniana la *cretio* dejaría de tener vigencia, de modo que ya solo subsistirían dos modos de adquirir la herencia: la *aditio* (como *aditio simplex*) y la *pro herede gestio*.

tos herederos voluntarios no estaban sometidos a ningún plazo para aceptar; no obstante, la *usucapio pro herede*, por la cual quien entraba en posesión de la herencia podía adquirirla por usucapión en el término de un año⁵⁰⁹, siempre y cuando tuviera la *testamentifactio cum defunctio* y la herencia no hubiese sido aceptada, servía de acicate al heredero para apresurarse a efectuar la adición⁵¹⁰. Una vez realizada esta *aditio*, el heredero adquiría los derechos y obligaciones que integrasen la herencia, pero no así la posesión de los bienes, para lo cual debía aprehender materialmente las cosas, pues el heredero subentraba en la posición jurídica del difunto, pero no en su posición de hecho. Durante todo el tiempo que mediaba entre la delación y la adición se decía que la herencia estaba *jacet*, esto es, yacente.

Esta distinción entre herederos *sui* y herederos extraños terminó por desaparecer con el tiempo, pues, a medida que se iba despersonalizando y patrimonializando la condición de heredero, la abstención de los *sui* se fue asemejando y confundiendo con la repudiación de los *extranei*; de ahí que en el Derecho vulgar postclásico se exigiese también la adición de la herencia para los herederos *sui*⁵¹¹. Coincidiendo con la confusión de la abstención de los herederos necesarios y la repudiación de los herederos voluntarios, surge también la facultad para todos de limitar su responsabilidad a través del *beneficium inventarii*⁵¹².

Por su parte, en el derecho tradicional germánico⁵¹³, como dijimos, todo bien estaba vinculado a la comunidad doméstica familiar (*Hausgemeinschaft*),

⁵⁰⁹ FUENTESECA (1978), pp. 440-441, afirma que era un modo de adquisición de la herencia distinto de la ley y del testamento, y tenía lugar con ciertos requisitos que no se correspondían con la usucapión normal: el poseedor de cosas hereditarias podía usucapir en un año, aunque se tratase de bienes inmuebles, y tampoco necesitaba *bona fides ni iusta causa*. Esta *usucapio* no cabía frente al *heres necessarius*, pero sí frente al *heres extraneus*, incluso aunque hubiese realizado la adición, si no tenía la posesión de los bienes hereditarios.

⁵¹⁰ GARCÍA VALDECASAS (1944), p. 93.

⁵¹¹ JORDANO FRAGA (1990), p. 25, quien añade que «por esto mismo, se comprende también que cuando JUSTINIANO restablece la distinción nominal entre herederos extraños y voluntarios, lo hace en un contexto en que repudiación y abstención se confunden; en un momento, además, en que todo heredero puede limitar su responsabilidad *intra vires* recurriendo al *beneficium inventarii*».

⁵¹² KASER (1968), pp. 327-328; VOCI (1967), pp. 684 y ss.; JORDANO FRAGA (1990), p. 29. Para ROCA SASTRE (2009), p. 41, el sistema de adquisición hereditaria de los *sui* no era característico del Derecho romano, sino que tenía carácter excepcional, y fue por ello que ya en el Derecho intermedio deja de ser plenamente recibido y termina por ser abandonado: «desaparecidas las razones familiares o de comunidad doméstica en que se fundaba, no tuvo razón de ser tal sistema excepcional».

⁵¹³ Debe advertirse, como pone de manifiesto MONJE BALSAMEDA (2001), pp. 85 y ss., que el primitivo Derecho germánico carecía de una idea de herencia en sentido propio y que, por ello, «no es posible hablar con rigor de un antiguo Derecho hereditario germánico», ya que «en una primera etapa el fallecimiento de una persona no daba lugar a una verdadera sucesión. La situación generada por la muerte de un individuo era resuelta, sin intervención alguna de su voluntad, acudiendo a las ideas de continuación en el dominio y de acrecimiento patrimonial en favor de los restantes comuneros en mano común». Esto es, «la

por lo tanto, la afección de la cuota en la comunidad era automática⁵¹⁴. Además, se ignoraban las disposiciones de última voluntad, y no fue sino por influencia de la Iglesia que comenzó a existir la sucesión testamentaria⁵¹⁵. Pero incluso una vez esta tuvo cabida en el derecho germánico, la herencia seguía pasando de manera automática al heredero, pues la recepción del Derecho romano en este punto no pudo con la arraigada tradición jurídica de los pueblos germanos en materia sucesoria⁵¹⁶.

Esta concepción de delación sucesoria ha perdurado hasta hoy en día, y es por ello que el sistema de adquisición sucesorio germánico, presente en varios de los ordenamientos jurídicos vecinos⁵¹⁷, opera de manera automática. No existe en rigor la adición o aceptación hereditaria, ya que no constituye requisito para la adquisición sucesoria; tampoco existe hiato alguno entre la delación y la adquisición, pues ambas se producen sincrónicamente⁵¹⁸. Por lo tanto, el llamado adquiere la herencia y se convierte en heredero *ipso iure* al momento de la muerte del causante, como bien señala el aforismo *der Todt erb den Lebendigen* (el muerto hace heredar al vivo)⁵¹⁹. La *ratio* de esta adquisición *ipso iure* se encontraba en que, de una parte, el llamamiento únicamente provenía de la ley, no existiendo concesión alguna a la voluntad del causante; y de otra, que no existía como tal una responsabilidad del heredero por deudas⁵²⁰. Con la paulatina transmisión de las obligaciones fue cuando se vino

muerte de un miembro de la casa simplemente produce un acrecimiento patrimonial en favor del resto de los comuneros», pero «con el tiempo, la primitiva comunidad doméstica se difumina sin que la idea que representa llegue a desaparecer por completo».

⁵¹⁴ PLANITZ (1957), p. 343, señala, además, que por la muerte de un miembro de la casa (*Hausgenosse*) no se producía modificación alguna en las relaciones jurídico-patrimoniales, pues su cuota acrecía a los restantes comuneros en mano común. En igual sentido, VALVERDE VALVERDE (1916), p. 32; DíEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 452.

⁵¹⁵ PLANITZ (1957), p. 343, pone de manifiesto que a ningún miembro de la casa le estaba permitido disponer por última voluntad de los objetos del patrimonio (*nullum testamentum, solus deus heredem facere potest, non homo*).

⁵¹⁶ HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA (1995), p. 31.

⁵¹⁷ Por ejemplo, § 1922, 1936 y 1942 BGB alemán. El *Code Civil* suizo estipula en su artículo 560 que «*les héritiers acquièrent de plein droit l'universalité de la succession dès que celle-ci est ouverte. Ils sont saisis des créances et actions, des droits de propriété et autres droits réels, ainsi que des biens qui se trouvaient en la possession du défunt, et ils sont personnellement tenus de ses dettes; le tout sous réserve des exceptions prévues par la loi. L'effet de l'acquisition par les héritiers institués remonte au jour du décès du disposant et les héritiers légaux sont tenus de leur rendre la succession selon les règles applicables au possesseur*». El artículo 567 establece un plazo de tres meses para repudiar; y, por último, el artículo 569 habla de la transmisión del derecho a repudiar.

⁵¹⁸ ROCA SASTRE (2009), p. 38.

⁵¹⁹ Según ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 39, «algún texto explica en forma poética y muy gráfica este mismo pensamiento: cuando la mano del moribundo queda inerte y deja caer los bienes, caen en mano del heredero».

⁵²⁰ Señala PLANITZ (1957), p. 378, que en Derecho antiguo la responsabilidad por deudas solo afectaba al muerto mismo, pues la deuda era un vínculo personal en acreedor y deudor. Por esta razón, el

introduciendo el derecho a renunciar el llamamiento. En definitiva, y como ha señalado cierta doctrina, en el derecho germánico no existía la situación de herencia yacente, pues no era necesario ni que el heredero tuviera conocimiento de la muerte del causante, ni que llevase a cabo una aceptación o toma de posesión de la herencia; por ello, la herencia no se encontraba yacente, ni cuando el heredero estaba ausente ni cuando era desconocido⁵²¹.

Como podemos observar, la evolución que ambas tradiciones han experimentado es completamente dispar, pues si bien las dos sufrieron modificaciones, el sistema germánico continuó con el principio de la adquisición automática, mientras que el sistema romano terminó por abandonarlo, exigiendo la adición a cualquier tipo de heredero, sin distinción.

Una vez mencionados los dos sistemas de adquisición hereditarios, cabe preguntarse cuál de ellos es el que ha adoptado nuestro Código Civil⁵²²; cuestión que, como veremos, no es, o no ha sido, pacífica entre la doctrina. Así, algunos autores han defendido que nuestro sistema de adquisición es el germánico⁵²³, la gran mayoría que es el romano⁵²⁴, y un tercer grupo considera que

acreedor estaba facultado para llevar a cabo actos de fuerza contra el muerto, los cuales también se dirigían contra su *Sippe*. Sin embargo, los herederos pagaban las deudas de éste pues les incumbía el culto al muerto, obligación que era de carácter ético-religioso y no jurídica. No existía por tanto la responsabilidad del caudal hereditario; en Derecho antiguo es desconocida la responsabilidad patrimonial. En la Edad Media ya sí comienza a reconocerse la responsabilidad del caudal relicto, aunque en algunos lugares solo se respondía con los bienes muebles; además, estaban excluidas las deudas personalísimas, deudas delictuales, fianza corporal, etc. Por regla general, el caudal relicto únicamente respondía por aquellas deudas por las que había existido un contravalor, como en el caso de compraventa; sin embargo, esto poco a poco va cambiando, y la responsabilidad se hace extensiva a todas las deudas, salvo las personalísimas, y afecta a todo el caudal relicto, incluyendo los inmuebles.

⁵²¹ VALVERDE VALVERDE (1916), p. 32; PLANITZ (1957), p. 375; HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA (1995), pp. 30-31.

⁵²² En ciertos derechos autonómicos esta cuestión no se plantea, pues, por ejemplo, la ley 315 CDCFN establece, entre otras cuestiones, que «la herencia se entiende adquirida por el heredero desde el fallecimiento del causante»; resulta claro que se trata de un sistema de adquisición automática. *Vid.*, en este sentido, EGUSQUIZA BALSAMEDA (2002), pp. 982 y ss.

⁵²³ COSACK (1923), p. 300; F. DE LA CÁMARA (1926), p. 492-493, quien afirma que o se reconoce un tiempo intermedio entre la muerte del causante y la aceptación en el que la herencia yace, en cuyo caso no tendría sentido hablar de verdadera retroacción, o damos verdadero valor a la retroacción, en cuyo caso para ningún efecto la herencia habría estado yacente, cayendo así de lleno en el sistema francogermánico; esta última solución sería la que está más en armonía con los fundamentos de nuestro sistema. Véase también GARCÍA VALDECASAS (1994), pp. 89-123. GITRAMA GONZÁLEZ (1950), p. 32, señala que la institución de heredero sometida a condición suspensiva es una excepción a la «adquisición *ex lege* de la herencia en el mismo momento de la muerte del causante, de acuerdo con el criterio germánico que creemos, informa nuestro sistema de adquisición hereditaria».

⁵²⁴ Entre otros, DE BUEN (1931), p. 400; DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), pp. 455-456, entiende que el sistema de adquisición es el romano, que no tiene más excepción que la consagrada en el artículo 1002, que establece un supuesto de sanción automática como sanción; ESPÍN CÁNOVAS (1978), pp. 47-49; LACRUZ BERDEJO (1981), p. 44; GARCÍA GARCÍA (1996), p. 190; ALBALADEJO GARCÍA (1997), p. 37.

se trata en puridad de un sistema mixto, por combinar características de los dos modelos, romano y germánico⁵²⁵.

El interés por esta cuestión adquirió mayores alturas tras un artículo de García Valdecasas de 1944, en el que defendió sagazmente que la adquisición de la herencia en el Código Civil se producía de manera automática; tesis esta que fue refutada por Albaladejo García en 1955. No obstante la porfía intelectual, en ciertas cuestiones sí pareció existir consenso, pues en el articulado del Código Civil existen preceptos que efectivamente parecen apoyar más la tesis germánica, otros la tesis romanista y otros que son relativamente neutros. De todos los preceptos que ambos autores utilizan únicamente traeremos a colación aquellos que nos parecen más relevantes: el 657 y el 661 CC.

Comenzando por el primero, el artículo 657 CC declara que «los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte»; la enjundia se encuentra pues en discernir qué se entiende por derechos a la sucesión y dos son las soluciones posibles: que se trate de los derechos que tenía el difunto en vida y que forman parte de su herencia, o que se trate del derecho a adquirir la herencia (*ius delationis*). Para García Valdecasas⁵²⁶, la opción correcta es la primera toda vez que resultaría impropio hablar de la transmisión de algo que no se tiene: el difunto no tenía derecho a la sucesión; por el contrario, Albaladejo García⁵²⁷ entiende que el precepto hace alusión al *ius delationis*, pues en el Código Civil se utiliza frecuentemente el término sucesión en el sentido objetivo de herencia.

De otra parte, el artículo 661 CC ordena que «los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones»; precepto que García Valdecasas⁵²⁸ consideró como el más claro a la hora de sentar, como principio general, el de la adquisición automática de la herencia;

⁵²⁵ VALVERDE VALVERDE (1939), p. 502, señala que el sistema mixto es aquel en el que, a pesar de que la aceptación es necesaria, los derechos se retrotraen a la muerte del causante y se consideran adquiridos desde aquel momento. Entienden los defensores de esta teoría que si bien el sistema de adquisición de la cualidad de heredero se halla sometido a la expresión de un acto de voluntad (aceptación), la adquisición de la posesión de los bienes hereditarios se produce *ipso iure* y sin necesidad de aprehensión material de los bienes, esto es, sin ningún tipo de acto expreso o presunto por parte del llamado a suceder. BORRELL SOLER (1954), p. 399, considera que el CC no sigue un sistema puro, sino que toma disposiciones de uno y de otro, sin que, al hacerlo, haya seguido un plan sistemático, antes bien su eclecticismo no está libre de incongruencias ni de dificultades. Para salvar la laguna se ha tendido el puente del efecto retroactivo de cualquier decisión que tome el llamado; y así, la aceptación es requisito necesario para adquirir la herencia, y la repudiación lo es para quedar separado de ella definitivamente. RIVAS MARTÍNEZ (2009), p. 2485, entiende que el Código Civil sigue el sistema romano, pero no en su forma pura.

⁵²⁶ GARCÍA VALDECASAS (1944), p. 109.

⁵²⁷ ALBALADEJO GARCÍA (1955), p. 13.

⁵²⁸ GARCÍA VALDECASAS (1944), p. 106. En igual sentido, ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 41, afirmó que, considerado aisladamente y en su tenor literal, este precepto es de la más pura estirpe germánica.

no en vano, Albaladejo García⁵²⁹ consideró que García Valdecasas llevaba razón en este punto y afirmó que tal precepto era un lapsus del legislador⁵³⁰.

Asimismo, también resulta oportuno recoger otro argumento (neutro, en nuestra opinión) que ambos autores emplearon y que resulta clave si se pretende una reflexión sobre la materia: la herencia yacente. Según García Valdecasas,⁵³¹ la falta de regulación sobre la herencia yacente en el CC (que ni siquiera llega a mencionar tal figura en momento alguno), es indicativa de que nuestro sistema es de adquisición automática; por el contrario, Albaladejo García⁵³² considera que dicha ausencia no apoya en modo alguno la tesis germanista porque, además de que hay formas de suplirla, incluso admitiendo la tesis de adquisición *ipso iure* haría falta una regulación de herencia yacente para los casos en que la delación se produce en un momento posterior a la muerte.

Como se puede observar, las cosas no resultan en absoluto claras, hecho que propició el animado debate, el cual, dicho sea de paso, fue de duración limitada, ya no solo porque la mayoría de la doctrina consideró erróneos los planteamientos de García Valdecasas, sino porque el Tribunal Supremo vino a despejar cualquier duda con su Sentencia de 5 de julio de 1958, en la que manifestó lo siguiente: «lo que no puede desconocerse es que, conforme a los artículos 657 y 661 del Código civil, los herederos tienen derecho a la herencia y suceden al difunto en todos sus derechos y obligaciones, desde el momento y por el solo hecho de su muerte, y si bien, no obstante esta última expresión, se requiere, además, la aceptación de la herencia, ésta conforme al artículo 989 del propio Código, retrotrae sus efectos al momento de la muerte de la persona a quien se sucede, que es lo mismo que, en relación con la posesión, establece el artículo 440 de dicho Cuerpo legal, al declarar que la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia». Sentencia a la que siguieron otras muchas⁵³³, y

⁵²⁹ ALBALADEJO GARCÍA (1955), pp. 25-26.

⁵³⁰ NÚÑEZ LAGOS (1951), p. 389, también afirma que si solo se tuviese en cuenta lo dispuesto en los artículos 661 y 657, aparentemente nuestro sistema sería germánico.

⁵³¹ GARCÍA VALDECASAS (1944), pp. 114-115.

⁵³² ALBALADEJO GARCÍA (1955), pp. 20-21.

⁵³³ A destacar entre ellas, las de 19 de octubre de 1963 y 21 de marzo de 1968. La STS de 19 de octubre de 1963 afirma que «comprendiendo la herencia, por determinación del 659, todo el patrimonio de la persona fallecida, dicho precepto, unido al 657 y 661, vienen a señalar el momento en que la sucesión se transmite con referencia al heredero, transmisión que no puede tener inmediata efectividad, por requerir una decisión favorable, la aceptación de la herencia, aun cuando siempre se retrotraiga al tiempo de la muerte, siendo entonces, por la partición, cuando el heredero adquiere la parte determinativa de su propiedad exclusiva». La STS de 10 de noviembre de 1981 (RJ 1981, 4471), considera que

que nos conduce a la inexorable afirmación de que el sistema de adquisición en el Código Civil es romanista.

1.1 Nuestra postura o una apuesta interesada por el sistema germánico

El análisis interpretativo del articulado del Código Civil nos conduce a una clara conclusión: abundan argumentos a favor de una y otra teoría⁵³⁴. La imprecisión y la existencia de antinomias y contrariedades es manifiesta en la regulación sucesoria y ha contribuido a que en esta cuestión, así como en tantas otras, existan multitud de teorías posibles⁵³⁵. Esta situación requiere de una mayor precisión por parte del legislador cuando se disponga a regular las nuevas bases del Derecho sucesorio.

Dejando esta crítica de lado, y si se profundiza bien en la cuestión, nada parece indicar, como ha dicho cierta doctrina, que ambos sistemas de adquisición sean, hoy en día, contradictorios y excluyentes⁵³⁶, sino más bien todo lo

«en nuestro ordenamiento, seguidor del sistema denominado romano, la herencia no se adquiere por el solo hecho de la delación sino que ha de ser completada con la aceptación, según se desprende de los artículos 988 y siguientes CC». La STS de 15 de junio de 1982 señala que «según nuestro sistema legal cierto es que la condición de heredero se adquiere mediante la aceptación de la herencia y, aunque los derechos se transmitan desde el momento de la muerte del causante (artículo 657 CC), la aceptación retrotrae sus efectos a tal momento, siempre que aquélla conste explícitamente, bien sea de modo expreso, sea tácito». Por último, la STS de 27 de junio de 2000 (RJ 2000, 5909), señala que «para que un heredero pueda ser compelido al cumplimiento de las obligaciones contraídas por su causante, será preciso probar que ha aceptado la herencia, y en tal sentido viene reiterando la jurisprudencia que no constando que el heredero haya adido la herencia no puede ser demandado por responsabilidades que pudiera tener el testador, ni cabe condenarle al pago de cantidad alguna en tal concepto de heredero. En materia de adquisición, y con relación al régimen sucesorio del Código Civil, resulta incuestionable que rige el denominado sistema romano caracterizado porque no basta la delación hereditaria (apertura, vocación y delación) para ser titular del derecho hereditario, sino que además es preciso que el heredero acepte la herencia, lo que puede efectuarse de forma expresa o bien tácita. Producida la delación, el heredero –el llamado a heredar en concreto, como titular del *ius delationis*–, puede aceptar o repudiar la herencia, pero en tanto no acepte, como se ha dicho, no responde de las deudas de la herencia, porque todavía no se produjo la sucesión –no es sucesor, sino solo llamado a suceder–. Si acepta responderá incluso con sus propios bienes, salvo que la aceptación expresa tenga lugar con arreglo a lo prevenido para disfrutar del beneficio de inventario».

⁵³⁴ Es por ello que ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 41, afirma que «nuestro Código civil, sea porque sus autores atendiesen a propósitos unificadores, porque no tuviesen cabal idea de los sistemas sucesorios fundamentales o porque vacilasen en la adopción decidida de uno de ellos, carece de criterio fijo; o, al menos, no es fácil descubrirlo a través del articulado».

⁵³⁵ ROCA SASTRE (2009), p. 51, afirma que la disparidad de preceptos en materia de adquisición «constituye una de tantas muestras de la deficiencia técnica del Código Civil español, especialmente en materia sucesoria, la cual, si bien inspirada fundamentalmente en el sistema romano, no obstante inmiscuye elementos antagónicos, más bien inspirados en ordenamientos germánicos».

⁵³⁶ ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 40, afirma que «los dos grandes sistemas sucesorios continentales han convivido en perpetua fricción» por lo que «no extrañará al lector la afirmación de que su hibridación es imposible».

contrario⁵³⁷: no vemos óbice a la compatibilidad de ambos, por cuanto tampoco en el sistema germánico se desatiende la voluntad del llamado a suceder⁵³⁸. Y es que el sistema de adquisición *ipso iure* no es, en puridad, tan automático como se afirma pues lo que realmente existe es un traspaso provisional que depende de un evento posterior⁵³⁹. Dicho evento puede tratarse de un acto positivo, si hay repudiación, en cuyo caso desaparece esa adquisición provisional con efectos retroactivos; o bien negativo, esto es, una *omisión adquisitiva* o falta de oposición a la adquisición en el plazo señalado. Por ello, no creemos que exista hoy ningún sistema de adquisición puramente automático⁵⁴⁰, —como ocurría en sus orígenes tanto en el sistema romano como en el germánico, sin posibilidad de repudiación—; sino que todo lo más que existe es un sistema de adquisición provisional que se confirma con un evento posterior; dicho evento confirmatorio responde, por tanto, a criterios de política legislativa. En el caso del BGB se ha optado por que la confirmación se verifique por el mero transcurso del plazo sin oposición; pero esta política legislativa no nos debe resultar

⁵³⁷ Varios son los autores que se han manifestado en este sentido; así, LACRUZ BERDEJO (1961), p. 133, considera una «simplificación notoriamente inexacta» la distinción entre sistema romano y germánico; JORDANO FRAGA (1990), p. 53, señala que «detrás del aparente antagonismo entre los sistemas romano y germánico, se esconden dos técnicas diversas de alcanzar sustancialmente los mismos resultados; que las diferencias entre uno y otro sistema son, en suma, más aparentes que reales»; MONJE BALSAMEDA (2001), p. 91, afirma que «a pesar de las múltiples diferencias, una radical contraposición entre los ordenamientos históricos romano y germánico en lo referente a la cuestión de la adquisición de la herencia debe ser descartada»; por último, SILLERO CROVETTO y SÁNCHEZ HERNÁNDEZ (1995), p. 804, también consideran que «no son de apreciar tantas diferencias entre los mismos».

⁵³⁸ Así opina JORDANO FRAGA (1990), pp. 53 y ss., al señalar que «ambos sistemas se asientan igualmente sobre el protagonismo de la voluntad del llamado a la sucesión: sin ella la herencia no se adquiere». Y es que con ambos sistemas se llega a la misma solución —que el heredero lo sea desde el momento de la muerte—, pero siguen técnicas distintas. Sea como fuere, «la voluntariedad de la adquisición queda garantizada en el sistema romano por la necesidad de aceptación (expresa o tácita) y en el germano por la posibilidad de repudiación: en ambos (en contra de lo que a veces se dice) se requiere aceptación: en el sistema germánico como renuncia a la facultad de repudiar: aceptación presunta (que solo vale como tal, en tanto subyazca en ella una voluntad *efectiva* de adquirir la herencia), o expresa o tácita (en forma de renuncia anticipada —antes de vencer el plazo señalado para repudiar— a la facultad de repudiación». En efecto, para el autor, «en lo fundamental está la coincidencia (hay *ius delationis*: la adquisición definitiva de la herencia depende de la voluntad del llamado a ella)... y en lo accesorio está la diferencia: la técnica de regulación del despliegue de la voluntad adquisitiva, del ejercicio del *ius delationis* por el llamado».

⁵³⁹ Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1959), p. 165, al analizar el *ius delationis*, como derecho del llamado a aceptar y cuyo contenido reside en la facultad de realizar actos de conservación o administración provisional, pedir formación de inventario y deliberar, señala que éste, «el *ius delationis* se asemeja, según esto, a una titularidad provisional que solo con la aceptación se consolida, tomando el llamado la cualidad de heredero y adquiriendo, con efecto retroactivo, los bienes de la herencia». Términos éstos (titularidad provisional, consolidación de la titularidad) que recuerdan más al sistema germánico que al romano.

⁵⁴⁰ SILLERO CROVETTO y SÁNCHEZ HERNÁNDEZ (1995), p. 805, consideran que la voluntariedad de la adquisición hereditaria es garantizada en el Derecho romano por la necesidad de aceptación, y en el Derecho germánico, por el reconocimiento del derecho a repudiar la herencia, pero que, en definitiva, «en ambos sistemas es necesaria la aceptación».

del todo extraña, pues se asemeja bastante a lo que ocurre cuando un tercer interesado ejercita la *interrogatio in iure* (artículo 1005 CC), situación que acarrea la adquisición pura y simple de la herencia en caso de silencio por parte del interrogado⁵⁴¹.

En definitiva, estamos plenamente de acuerdo en que el sistema de adquisición operante en el Código Civil no es automático, pero tampoco consideramos que el sistema del BGB lo sea en puridad⁵⁴². Lo que sí nos parece razonable es considerar que el Código Civil ha establecido un sistema de adquisición *semi-automático* que en una primera fase es provisional y requiere de un evento confirmatorio posterior, no bastando aquí la mera *omisión adquisitiva*, sino que se exige un acto positivo por parte del heredero provisional, que podrá aceptar o repudiar⁵⁴³. De admitir esta interpretación, la única diferencia trascendental con el sistema germánico *convencional* vendría dada por el excesivo plazo en el que la adquisición se encontraría en estado provisional, lo que tampoco debe resultar del todo extraño: en Navarra, cuyo sistema de adquisición es automático *ex ley* 315 CDCFN, tampoco existe un plazo general para renunciar.

En relación con esto, otro enésimo argumento en favor de esta interpretación de adquisición automática se encuentra, en nuestra opinión, en la falta de previsión de administración de la herencia yacente durante todo el tiempo que media hasta la aceptación. En una lectura calmada del Código Civil es posible darse cuenta de que el legislador ha previsto la situación de administración de la herencia para prácticamente todas las situaciones de dilación, a saber: cuando

⁵⁴¹ De hecho, FEÁS COSTILLA (2014), p. 160, cuando admite la posibilidad de que el testador imponga que la herencia se entienda repudiada si no se responde a la *interpellatio in iure*, una de las razones que ofrece para argumentar tal interpretación es que parece menos grave «imponer una renuncia como la que dispondría el testador (...) que una aceptación pura y simple (e igualmente irrevocable) como la que dispone el 1005, de una herencia que puede estar repleta de deudas».

⁵⁴² En este sentido, BINDER (1953), p. 172, afirma que en el Derecho germánico se distinguen dos fases: una de adquisición provisional, que acaece por medio de la apertura de la sucesión, y otra de adquisición definitiva. La situación jurídica del heredero es distinta en ambos casos. SILLERO CROVETTO y SÁNCHEZ HERNÁNDEZ (1995), p. 807, consideran que la *adquisición* del heredero, incluso en el sistema germánico, no es en absoluto plena, como se puede apreciar por el hecho de que el BGB le reconoce al *heredero* el derecho de repudiar la herencia, por lo que pone de manifiesto que «el heredero no lo es efectivamente», toda vez que «si el llamado tuviese la condición plena de heredero desde el momento mismo de la muerte del causante, y, por tanto, la efectiva titularidad de los bienes que constituyen la masa hereditaria, se hablaría de un derecho de renuncia a la herencia ya adquirida, como titular de derechos previamente adquiridos. Pero no, al llamado heredero provisional le es reconocido, en cambio, el derecho de repudiar titularidades que no ostenta».

⁵⁴³ Esta exigencia debe ser matizada, pues como señala GARCÍA RUBIO (1989), pp. 148-149, cuando se refiere a los artículos 1002 y 1018 CC, el principio de que es necesaria la aceptación hay que relativizarlo, toda vez que, en el cuerpo del Código Civil, «el concurso de una voluntad efectiva del llamado, con ser condición normal, no es esencial para la adquisición de la herencia. Existen en el CC varios preceptos que parecen difuminar, cuando no contradecir, el mencionado principio».

el llamado es un *nasciturus* (artículo 965 CC), cuando la institución se halla sometida a condición suspensiva (artículos 801 y ss. CC), o durante el período para deliberar (artículo 1026 CC)⁵⁴⁴. Curioso es por tanto que el legislador previese la situación de administración hereditaria para todos estos supuestos cuya causa de dilación no habría de ser necesariamente prolongada, y no así para el supuesto más frecuente de yacencia: la simple ausencia de aceptación por parte del llamado que puede eternizarse ante su inactividad y la de otros terceros implicados. No parece descabellado, por tanto, considerar que el legislador encontró innecesaria la administración hereditaria en los casos de simple inactividad por parte del llamado porque este habría adquirido provisionalmente la herencia y, por tanto, se convertiría así en administrador *natural* de la misma.

Hemos de reconocer que nuestra interpretación en favor del sistema de adquisición automática obedece a un criterio interesado; es decir, esta es la interpretación que *conviene*, toda vez que la mayor diferencia⁵⁴⁵ entre uno y otro sistema de adquisición hereditario viene dada por la situación en que queda el patrimonio del difunto mientras no se confirma quién es el nuevo titular adquirente⁵⁴⁶.

⁵⁴⁴ GITRAMA GONZÁLEZ (1950), pp. 28 y ss.

⁵⁴⁵ GARCÍA VALDECASAS (1944), p. 120, entiende que esta interpretación en favor de la adquisición automática solo tendría trascendencia en el plano doctrinal, pues en el terreno práctico apenas tendría repercusión alguna, y cita como ejemplos la acción de petición de herencia o la facultad de enajenar una cosa perteneciente a la herencia: en ambas situaciones no será necesario aceptar previamente la herencia pues cualquiera de estos dos actos supone aceptación expresa. LACRUZ BERDEJO (1981), p. 44, también considera que la «animada discusión» es de «escasa importancia práctica». Sin embargo, nosotros creemos que la distinción sí traería consecuencias, al menos en lo que a reclamación por deudas hereditarias se refiere: admitida la adquisición provisional de la herencia por el heredero y su condición de administrador natural, éste no podría eludir el pago de las deudas hereditarias por no haber aceptado, sino que tendría que hacer frente a las mismas con el patrimonio relicto.

⁵⁴⁶ GARCÍA VALDECASAS (1944), pp. 119-123, considera una ventaja el hecho de que «al no mediar intervalo alguno entre la delación y la adquisición, la herencia no está yacente en ningún momento». DíEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), pp. 93 y ss., considera que «el problema de la herencia yacente desborda el planteamiento romanista o germanista en nuestro Derecho», pues «en nuestro derecho no se conecta de forma precisa la herencia yacente al interregno entre delación y aceptación de la herencia y, por ende, desborda la perspectiva del sistema romanista». JORDANO FRAGA (1990), pp. 54 y ss., considera que «la única diferencia reseñable entre uno y otro sistema, a este propósito (y por la cual se considera, no sin cierta razón, al sistema germánico como de mejor técnica), es que mientras en el sistema romano se presenta necesariamente una fase, más o menos larga, de transitoria indeterminación de la titularidad de las relaciones hereditarias —mientras la aceptación no recae, en último extremo la adquisición de la herencia por el Estado—; el sistema germano, por el contrario, ofrece siempre, mientras la adquisición definitiva no se produce por voluntad de alguno de los llamados (en último extremo, también aquí, queda la adquisición estatal), una titularidad provisional (o varias sucesivas)». También ROCA SASTRE (2009), p. 40, entiende que, «como dice HUBER, y con él ROSSELL y MENTHA y otros autores, la gran ventaja de esta fórmula germánica radica en su simplicidad y su perfecta concordancia con las enseñanzas de la vida, puesto que de cien sucesiones, noventa son aceptadas siempre. Por tanto, es lógico que se presuman siempre aceptadas las herencias. Además, los acreedores y deudores hereditarios están más seguros, de modo que actúan incluso razones de seguridad jurídica».

La doctrina más especializada considera obvio, desde una perspectiva comparada, que los regímenes que han optado por el sistema germánico, como Alemania o Suiza, desconocen la yacencia hereditaria⁵⁴⁷ mientras que en el Código Civil español la situación de herencia yacente parece evidente. No obstante, nosotros compartimos el criterio de aquellos autores que creen que sí existe en ambos sistemas un período de yacencia, bien entendida en el sentido de *espera* en la determinación del heredero definitivo⁵⁴⁸. Nuestra inclinación por el sistema germánico reside pues en la convicción de que este ofrece mayor seguridad, por cuanto establece titularidades provisionales que visualizan la existencia de una persona física detrás de la herencia de que se trate; por el contrario, el sistema romano y su ficción jurídica de la herencia yacente está, en nuestra opinión, bien lejos de ser de utilidad práctica.

2. LA CONTROVERTIDA NATURALEZA JURÍDICA DE LA HERENCIA YACENTE

A pesar de cualquier esfuerzo doctrinal que se pueda hacer en favor de una interpretación germanista, la jurisprudencia es clara al respecto: el sistema de adquisición es el romano y depende, *a priori*, de la aceptación. Una vez constatado esto, hay que admitir que los patrimonios hereditarios pasan por un necesario estado de yacencia⁵⁴⁹. Conviene pues que nos detengamos en el estudio de la naturaleza jurídica de esta institución, la herencia yacente; cuestión que ha representado tema conflictivo desde sus orígenes y que aún hoy en día continúa sin resolver, como veremos, muchos de los contratiempos que trae aparejados.

Para examinar la naturaleza jurídica de esta figura debemos retrotraernos hasta sus orígenes en el Derecho romano⁵⁵⁰, momento en el que los juristas comenzaron a hablar de *hereditas iacens o iacet*⁵⁵¹ en alusión al estado en que se

⁵⁴⁷ Entre otros, ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 39, cuando dice que «el sistema germánico elimina la posibilidad lógica de la herencia yacente», y DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 92, para quien, «la situación de herencia yacente no es concebible en el sistema germánico».

⁵⁴⁸ SILLERO CROVETTO y SÁNCHEZ HERNÁNDEZ (1995), p. 815, defienden que «es conocida la situación de herencia yacente en todo ordenamiento en el que el sistema adquisitivo dependa de la voluntad del llamado. (...) la situación de la herencia yacente, con independencia de cómo sea regulada la aceptación o repudiación, existe hoy en todo ordenamiento con independencia del modelo adquisitivo en el que se inspire».

⁵⁴⁹ JORDANO FRAGA (1990), p. 75, afirma que «en un sistema romanista *necesariamente* existe yacencia hereditaria». No obstante, volvemos a incidir en que la yacencia no sería necesaria en una distribución de toda la herencia en legados.

⁵⁵⁰ Como pone de manifiesto HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA (1995), p. 32, no existen datos que permitan pensar que una institución como la herencia yacente tuviese cabida en el sistema jurídico prerromano.

⁵⁵¹ CASTRO SÁENZ (1998), p. 61, considera que la expresión herencia que yace es más adecuada que herencia yacente, y que la distinción no es una «cuestión baladí», pues en las fuentes romanas no se utili-

encontraba la herencia durante el intervalo de tiempo que mediaba entre la muerte del causante y la adquisición de la herencia por el heredero voluntario. Recordemos una vez más que si bien al principio la delación-adquisición era automática, tan pronto se fue admitiendo la sucesión en favor de herederos extraños, ajenos a la comunidad familiar, se comenzó a separar ambos momentos, razón por la cual mientras no se producía la aceptación, se decía que la herencia yacía en espera de nuevo titular⁵⁵². No obstante, la jurisprudencia romana no fue históricamente uniforme en cuanto a la naturaleza jurídica de la herencia yacente y por ello, diversas han sido las teorías que se barajaron. Así, las fuentes señalan que en un primer momento se trató la herencia yacente como *res nullius*, *nullius in bonis* o *sine domino*; con el tiempo esta teoría quedaría desfasada y se configuraría la herencia yacente como persona jurídica. Entre estas dos posturas de evidente contradicción se erigió una tercera, según la cual la herencia yacente no sería una persona jurídica, sino una persona que representa a otra: o bien a la persona del difunto, o al heredero futuro. La última y cuarta fue la teoría de la ficción, según la cual la retroactividad de la adición es la ficción por la que se logra borrar el tiempo intermedio de yacencia y hasta la aceptación⁵⁵³.

Esta última teoría es la que ha permanecido hasta nuestros días, siendo pacífica la idea de que la herencia yacente es una mera ficción transitoria que el ordenamiento jurídico tolera en defensa de los derechos del futuro heredero, de los acreedores del causante y del orden público y privado, toda vez que el titular existirá después y cubrirá con su titularidad, dado el efecto retroactivo de la aceptación, todo el período de yacencia desde el fallecimiento del causante⁵⁵⁴. No obstante, los juristas *modernos* especulan con otras teorías, como las que definen a la herencia yacente como un patrimonio destinado a un fin o un patrimonio autónomo sin sujeto⁵⁵⁵.

Dentro de nuestras fronteras, probablemente fue Atard⁵⁵⁶ el primer civilista español en tratar la herencia yacente como un patrimonio sin sujeto, al poner de relieve que esta situación contravenía algunos de las características clásicas del concepto patrimonio, a saber: que solo las personas pueden tener

za la expresión con adjetivo *hereditas iacens* sino la expresión con verbo *hereditas iacet*. Para el autor, «la forma verbal refleja en su propia estructura el dinamismo intrínseco y esencial de la institución de la *hereditas* durante su yacencia, cosa que no puede recogerse en el término *iacens*, que proporciona una idea estática, casi mazacótica de la misma, como conjunto de bienes congelados, acumulados, destacando una idea de inmovilidad, no apropiada».

⁵⁵² ROBBE (1975), p. 3; FUENTESECA (1978), p. 563.

⁵⁵³ Entre otros, ROBBE (1975), pp. 5 y ss.; FUENTESECA (1978), p. 565.

⁵⁵⁴ LACRUZ BERDEJO (1981), p. 48; ROMERO COLOMA (1997), p. 2218.

⁵⁵⁵ La expresión «modernos» la han utilizado varios autores, como F. DE LA CÁMARA (1926), p. 491, o LACRUZ BERDEJO (1981), p. 48.

⁵⁵⁶ ATARD (1934), pp. 309-315.

un patrimonio, que toda persona tiene un patrimonio, que una persona no tiene más que un patrimonio, y que el patrimonio como tal es inseparable de la persona. Sucede a veces –dice el autor– que el derecho ha tenido ya un titular del goce que ha pasado o desaparecido, sin que el titular del goce actual forme una persona ni el titular del goce futuro exista todavía ni se pueda determinar si existirá o si aquel que, en último extremo, llegue a serlo del *subtractum* jurídico material del derecho lo será de este derecho en su forma y significación actual: es un caso que se presenta en los patrimonios en liquidación y muy especialmente en la herencia no aceptada o rechazada. En esta situación, hay dos casos en que el problema parece simplificarse: el del heredero único o el de varios herederos, cuando se acepta la herencia inmediatamente, en forma pura y sin que haya personas encargadas por el causante de *hacerlo todo* hasta que las obligaciones estén satisfechas y los bienes adjudicados; el problema se plantea, entre otras situaciones, cuando la aceptación no se produce en tiempo razonable, pues en esos casos la herencia yacente se configura como un nuevo supuesto de *patrimonio sin persona*⁵⁵⁷.

Lacruz Berdejo⁵⁵⁸ también hizo un estudio profundo de la cuestión en el que llegó a dos conclusiones: en primer lugar, que los derechos subjetivos siguen existiendo a pesar del fallecimiento del causante, y, en segundo lugar, que desde ese momento hasta que el heredero acepte, en cierto modo carecen de titular, e incluso se ignora quién va a serlo en definitiva; esto no quiere decir que el derecho subjetivo pueda vivir separado de un titular, pues la herencia yacente no se trata, *sic et simpliciter*, de un derecho o un complejo de ellos faltos de titular, sino de un conjunto de derechos hereditarios que se hallan en estado de quiescencia, en espera de recuperar su completa vitalidad cuando se haga cargo de ellos el nuevo titular. Pero esta quiescencia ni, de una parte, significa que desaparezca el derecho, ni de otra, puede explicar la existencia de derechos sin sujeto actual. Por ello, el autor no considera indispensable que un derecho tenga un titular actual, mientras se halle destinado a un sujeto que indefectiblemente habrá de hacerse cargo de él: el ordenamiento jurídico puede permitir temporalmente la existencia de derechos en atención a una *spes suiecti*, que no es una simple esperanza, sino la seguridad de la existencia de un titular futuro, a quien se imputarán todas las vicisitudes sufridas por el derecho

⁵⁵⁷ En un sentido parecido, DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS (1991), p. 606, considera que la herencia yacente es ciertamente una situación un tanto especial, que se configura como «el polo opuesto del patrimonio personal», por hallarse «momentáneamente sin dueño».

⁵⁵⁸ LACRUZ BERDEJO (1960), pp. 540 y ss.

desde que se desprendió del titular pretérito⁵⁵⁹. La doctrina entiende que lo que Lacruz Berdejo vino a decir es que no puede hablarse, sin más, de derechos o bienes sin sujeto, sino de derechos con titular indeterminado, cuyo interés se protege desde el momento mismo de la apertura de la sucesión mediante la administración de la herencia y la ficción de la retroactividad⁵⁶⁰.

En nuestra opinión, los esfuerzos que ha hecho la doctrina para comprender y dar *racionalidad jurídica* a esta institución son encomiables; si bien, creemos que en cualquier caso solo tienen aplicación a partir del momento en que ya existe al menos un heredero: mientras la herencia permanece con el titular indeterminado carecen de toda utilidad⁵⁶¹. La conclusión final es, pues, que la herencia yacente es un estado de incertidumbre⁵⁶² en el que se encuentra el patrimonio del *de cuius* por todo el tiempo que dura la *determinación* del sucesor, manteniendo durante todo el *interin* la cohesión y autonomía. La herencia yacente no puede entenderse, sin embargo, ni como sujeto de derecho, ni como persona jurídica⁵⁶³, sino como ese *estado provisional de indeterminación* cuya función reside en dar continuidad al patrimonio hereditario mientras se determina quién es su titular.

3. DE LA MULTITUD DE SITUACIONES QUE ORIGINAN YACENCIA HEREDITARIA

Las situaciones en las cuales la herencia puede encontrarse yacente son muchas; tantas que la doctrina no ha sido capaz de ponerse de acuerdo en su

⁵⁵⁹ También Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 97, afirmó que «el ordenamiento jurídico permite temporalmente la existencia de derechos en atención a una *spes subiecti*, que no es una simple esperanza, sino la seguridad de existencia de un titular futuro, a quien se imputarán todas las vicisitudes sufridas por el derecho desde que se desprendió del titular pretérito».

⁵⁶⁰ HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA (1995), p. 69.

⁵⁶¹ Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), pp. 95 y ss., cuando señala que la ficción, dirigida a mantener a *posteriori* la continuidad de la titularidad del difunto y del heredero «no excluye que, antes de la aceptación, la herencia se halle privada de titular». Además, el autor considera que la razón de ser de la herencia yacente se encuentra en «el interés de la ley en la conservación de la unidad y homogeneidad del patrimonio hereditario, sin hacer condición *sine qua non* de la existencia de un derecho, el que esté atribuido actual e inmediatamente a un sujeto».

⁵⁶² En palabras de MONJE BALSAMEDA (2001), p. 116, que define la herencia yacente como «estado de incertidumbre respecto a la identidad del heredero».

⁵⁶³ A pesar de que algunos Juzgados le confieren «personalidad jurídica especial» a la herencia yacente, como la SPI de Santander, de 27 de enero de 2003 (JUR 2003, 30962). No obstante, en la reciente reforma del Código Civil Austríaco (ABGB) de 2016 sí se ha pasado a cualificar la herencia yacente como persona jurídica (§ 546, *Mit dem Tod setzt die Verlassenschaft als juristische Person die Rechtsposition des Verstorbenen fort*).

enumeración⁵⁶⁴. Y es que la herencia puede encontrarse yacente por diferentes causas⁵⁶⁵, que son las que siguen: primero, cuando el llamado aún no ha aceptado ni repudiado, bien porque no quiere, o bien porque todavía no puede (como ocurre si el llamado es un *nasciturus*⁵⁶⁶, si la institución se hallaba sometida a condición suspensiva⁵⁶⁷ o es en favor de un ente fundacional aún no constituido⁵⁶⁸); segundo, cuando el llamado se hubiese reservado el derecho de deliberar; tercero, cuando existe concurso de herencia (artículo 1.2 LC); y cuarto, en los supuestos de institución de heredero desconocido o indeterminado⁵⁶⁹, pero que puede llegar a determinarse de conformidad con el artículo 750 CC⁵⁷⁰, como puede ocurrir con la institución a favor de los pobres en

⁵⁶⁴ HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA (1995), p. 81, pone de relieve la falta de unanimidad por parte de la doctrina civilista española a la hora de señalar los posibles supuestos en los que la herencia se puede encontrar yacente.

⁵⁶⁵ La mayoría de estas causas, como hemos dicho, se corresponden con situaciones para las que la ley prevé la administración de la herencia, a excepción de la simple ausencia de aceptación por parte del llamado. Véase GITRAMA GONZÁLEZ (1950), pp. 40-74.

⁵⁶⁶ En este caso, y como señala GITRAMA GONZÁLEZ (1950), pp. 44 y ss., «la herencia del concebido y no nacido se halla necesariamente en administración hasta que se resuelva su transitoria situación». El artículo 965 CC, señala no en vano, que «en el tiempo que medie hasta que se verifique el parto, o se adquiera la certidumbre de que éste no tendrá lugar, ya por haber ocurrido aborto, ya por haber pasado con exceso el término máximo para la gestación, se proveerá a la seguridad y administración de los bienes en la forma establecida para el juicio necesario de testamentaría».

⁵⁶⁷ Como señala GITRAMA GONZÁLEZ (1950), pp. 34 y ss., en estos casos la herencia sí permanece yacente, por lo que procede poner los bienes de la herencia en administración tal y como prevé el artículo 801 CC. El heredero o legatario que resulte administrador «entrará, desde luego, en la posesión de los bienes hereditarios, cumpliendo con afianzar que no hará o que no dará lo que fue prohibido por el testador, devolviendo, en caso de contravención, lo percibido con sus frutos e intereses». En caso de que el heredero o legatario condicionales no prestasen la fianza oportuna, «se pone la herencia en administración». Considera GITRAMA GONZÁLEZ que «al lado de la institución de heredero sometida a condición suspensiva como determinante de una suerte de administración de la herencia, debemos considerar la institución sujeta asimismo a término o plazo suspensivo». El artículo 805 CC señala que «será válida la designación de día o de tiempo en que haya de comenzar o cesar el efecto de la institución de heredero o del legado. En ambos casos, hasta que llegue el término señalado, o cuando éste concluya, se entenderá llamado el sucesor legítimo. Mas en el primer caso, no entrará éste en posesión de los bienes sino después de prestar caución suficiente, con intervención del instituido». Por lo tanto, y siguiendo a GITRAMA GONZÁLEZ, en el ínterin que este artículo prevé, la administración de la herencia competirá al sucesor legítimo, salvo si el testador hubiese designado a alguna persona, en cuyo caso, dicha persona desplazará al sucesor legítimo.

⁵⁶⁸ En opinión de GITRAMA GONZÁLEZ (1950), p. 57, esta figura «tiene indudables concomitancias, por tanto, con la institución de heredero condicional e incluso con la hecha a favor de un *nasciturus*, y por ello, considera que las reglas de administración habrán de ser las mismas, esto es, ante todo habrá que estar a lo previsto por el testador si tuvo el buen acierto de disponerlo; en caso contrario, serán aplicables, por analogía, los artículos 801 a 804 del Código civil, y antes que a estos preceptos, si el ser colectivo es de derecho público, habrá que estar a las disposiciones legisladas al efecto».

⁵⁶⁹ GITRAMA GONZÁLEZ (1950), pp. 58-59, considera también «lógico que, si el evento que torna cierta a la persona *a posteriori* de la muerte del testador es previsible, la herencia habrá de ponerse en administración en tanto no se produzca aquél, toda vez que se da una situación de yacencia hereditaria». En este caso, serán también de aplicación analógica los preceptos de los artículos 801 a 804 CC, salvo para el caso de que el llamado en cuestión se encuentre ausente, en cuyo caso, se sustituye «la administración de la herencia por una reserva obligatoria entre los coherederos a quienes acrezca la parte hereditaria correspondiente al ausente».

⁵⁷⁰ CASTRO SÁENZ (1998), p. 51; HIDALGO GARCÍA (2015), p. 57.

general, o de los parientes, y en la sucesión legítima o abintestato⁵⁷¹. Además, Albaladejo García⁵⁷² considera que también hay herencia yacente cuando, aun no teniendo titular, este es desconocido o indeterminado todavía, o es dudoso o litigioso quien lo sea, o el que lo es está, por la razón que sea, tan desentendido de ella como si no lo fuera; es decir, que la herencia estará yacente cuando, teniendo titular, está desatendida; criterio que, en nuestra opinión, no encaja plenamente con la construcción teórica de la figura.

En resumen, la causa de la yacencia hereditaria puede encontrarse en la imposibilidad momentánea de aceptación⁵⁷³, en la disputa sobre quién tiene derecho a suceder, en el tiempo concedido para deliberar, o, con mayor frecuencia, en la pasividad o inactividad de los llamados; en definitiva, la yacencia hereditaria puede ser voluntaria o forzosa⁵⁷⁴. Pero sea cual fuere el motivo, lo cierto es que en todas las situaciones reseñadas el estado de yacencia se prolongará indefinidamente hasta que se produzca la aceptación-adquisición, única causa de extinción de la herencia yacente en nuestro Derecho, pues si con la muerte se abre la sucesión, con la aceptación y adquisición de la herencia concluye el fenómeno sucesorio⁵⁷⁵.

La extinción de la herencia yacente tampoco ha de coincidir con la cesación de la administración de la herencia, sino que se produce como decimos con la aceptación-adquisición de la sucesión. A este respecto, cabe preguntarse si será suficiente la aceptación de uno de los llamados o será necesario, por el contrario, que todos acepten para que finalice la situación de yacencia. Este tema, el de la yacencia por cuotas, que tanto ha interesado a la doctrina extranjera, ha sido estudiado por Albaladejo García⁵⁷⁶, quien sostiene que si uno de los coherederos acepta la herencia, cesa la yacencia únicamente por su cuota, manteniéndose para los demás que no la han aceptado. No obstante, nosotros creemos más acertado el criterio de otros juristas, como Hernández Díaz-Ambrona⁵⁷⁷ cuando afirma que la herencia yacente parcial o por cuota no parece posible cuando los herederos son llamados solidariamente y uno acepta la herencia, o cuando se da

⁵⁷¹ HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA (1995), p. 93.

⁵⁷² ALBALADEJO GARCÍA (1997), p. 39.

⁵⁷³ MONJE BALSAMEDA (2001), pp. 108-109, propone así una revisión del concepto tradicional de herencia yacente como herencia *en espera de ser aceptada*, pues no debe olvidarse que, en ciertas ocasiones, la aceptación está impedida momentáneamente.

⁵⁷⁴ LACRUZ BERDEJO (1981), p. 48.

⁵⁷⁵ HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA (1995), pp. 176-182, considera que ni siquiera cuando el pasivo supere al activo y este se consuma por completo al liquidar la sucesión, desaparece la situación de herencia yacente, que todavía puede ser «justificada por la posibilidad de que sea descubierta cualquier actividad del difunto no conocida hasta ahora».

⁵⁷⁶ ALBALADEJO GARCÍA (1964), pp. 318-319.

⁵⁷⁷ HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA (1995), p. 197.

el derecho de acrecer entre los coherederos y uno o varios renuncian. Esta cuestión se regula expresamente en el artículo 411-9 CCCat, en el que se establece que «siempre que los llamados a la herencia sean diversos, la aceptación de uno de ellos extingue la situación de herencia yacente».

4. HERENCIA YACENTE O LA CAJA DE PANDORA SUCESORIA

4.1 Reconocimiento legal de la herencia yacente: debate sobre la conveniencia de su existencia

La institución de la herencia yacente ha permanecido durante bastante tiempo en el cajón del olvido; nuestra doctrina civilista apenas le prestaba atención⁵⁷⁸. Por fortuna, en los últimos años sí hemos podido observar una mayor preocupación por este tema⁵⁷⁹. Sobre la herencia yacente conviene indicar dos cosas previamente. La primera, que constituye una entidad económica independiente, un patrimonio transitoriamente sin titular o con titular indeterminado que, al igual que cuando pertenecía al difunto, es un todo unitario que mantiene la cohesión del activo y el pasivo. Sin embargo, esta figura no debe confundirse con la herencia vacante⁵⁸⁰, pues mientras la herencia yacente carece transitoriamente de un titular que se espera, la herencia vacante no tiene heredero, ni espera tenerlo⁵⁸¹. En nuestro Derecho se ha dicho que no es posible hablar, por tanto, de herencia vacante⁵⁸²: en último caso es el Estado quien hereda⁵⁸³ o la CA que

⁵⁷⁸ CASTRO SÁENZ (2000), p. 623, hacer notar que la herencia yacente no ha sido objeto de gran interés en la doctrina española; entendemos que se refiere a la doctrina civilista, pues como señala ALONSO (2001), p. 209, la herencia yacente ha sido objeto de una copiosa literatura en el sector romanista. Así, destacan en el estudio de estas cuestiones autores como BONFANTE (1930), BIONDI (1954), VOCI (1967), KASER (1968), ROBBE (1975), o FUENTESECA (1978), entre otros.

⁵⁷⁹ CASTRO SÁENZ (2000), p. 624, opina que «que dos aproximaciones de envergadura monográfica (sobre herencia yacente) vengan a consagrarse en el espacio de dos años (1995-1997) a un tema tan desasistido de atención científica hasta entonces no puede sino calificarse de feliz, y sin duda acredita la pujanza, si bien no siempre de calidad sí desde luego de número, de nuestra literatura universitaria, tras décadas de indiscutible penuria, desde luego cuantitativa y, en más de un sentido, también cualitativamente hablando».

⁵⁸⁰ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 95, para quien la herencia yacente es aquella en la que hay posibilidad de un heredero aceptante y un estado de suspensión y de espera, mientras la herencia vacante es aquella que definitivamente va a quedar sin titular.

⁵⁸¹ CASTRO SÁENZ (1998), pp. 51-52.

⁵⁸² Como pone de relieve HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA (1995), p. 95, nuestro Código Civil no regula ni la herencia yacente ni la herencia vacante, a diferencia de lo que ocurre en el *Code Civil* francés, que sí regula la herencia vacante, aunque se trate más bien de una herencia con vocación yacente, ya que los supuestos que contempla son algunos de los que entran dentro de nuestro concepto de herencia yacente, al igual que en el *Codice Civile* italiano.

⁵⁸³ NÚÑEZ LAGOS (1951), p. 410, afirma que con la sucesión *abintestato* del Estado, la herencia vacante «carece de toda realidad jurídica. No es más que un modo de llamar a la herencia yacente»; HIDALGO

corresponda⁵⁸⁴. Tampoco debe confundirse la herencia yacente con la herencia indivisa, pues mientras la herencia yacente aún no tiene aún titular, la herencia indivisa sí, sus titulares son conocidos, pero no se ha procedido todavía a realizar la partición⁵⁸⁵. La segunda cosa que debemos puntualizar sobre la herencia yacente es que, aunque el Código Civil no define ni regula esta imperfecta o inde-seable situación transitoria⁵⁸⁶, la doctrina entiende que su existencia se deriva de varios artículos⁵⁸⁷; en especial, el reconocimiento implícito de la misma se encuentra en el artículo 1934 CC⁵⁸⁸, en sede de prescripción. Esta no es sin embargo una consideración unánime, pues cierto sector doctrinal niega o rechaza la posible existencia de la herencia yacente dentro de nuestro Código Civil⁵⁸⁹.

GARCÍA (1995), p. 190, señala que la sucesión por el Estado cumple la finalidad de ocupar la posición de heredero, teniendo a su vez esta función diferentes facetas, siendo la primera de la mismas que cita el autor, la de evitar la vacancia de la herencia. Sin embargo, ciertos autores, como DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS (1965), pp. 424-425, o GARCÍA RUBIO (1989), pp. 297 y ss., consideran que el Estado también tendrá derecho a repudiar la herencia de que se trate; si bien, la última autora lo matiza al considerar «que la tutela privilegiada de los acreedores hereditarios y el fin de orden público que está en la base del fenómeno sucesorio, justifican que, en la medida de lo posible, éste no sufra excepciones. En consecuencia, siempre que alguno de los interesados en la herencia del causante pueda ver desprotegidos sus derechos o expectativas por la repudiación o por la mera actitud pasiva del Estado, creemos que éste estará obligado a aceptar».

⁵⁸⁴ Como hace notar GARCÍA RUBIO (1989), pp. 287 y ss., existen excepciones a este principio; así, el artículo 1653 CC viene a configurar un modo de extinción del censo enfiteútico por reversión, al establecer que «a falta de herederos testamentarios descendientes, ascendientes, cónyuge supérstite y parientes dentro del sexto grado del último enfiteuta, volverá la finca al dueño directo en el estado en que se halle, si no dispuso de ella el enfiteuta en otra forma»; además, el artículo 356 CDEA establece que en defecto de las personas legalmente llamadas a la sucesión, el Hospital de Nuestra Señora de Gracia será llamado, con preferencia, a la sucesión legal de los enfermos que fallezcan en él o en establecimientos dependientes.

⁵⁸⁵ Según GITRAMA GONZÁLEZ (1950), pp. 74-75, «no cabe confusión alguna entre el estado de indivisión hereditaria y el de la herencia yacente; en ésta existe, al menos aparentemente, un patrimonio sin sujeto actual e inmediato, en tanto que el heredero no entra en posesión de los bienes hereditarios y sea retroactivamente considerado como en posesión de los mismos desde la muerte del causante; por el contrario, el estado de indivisión es el que surge cuando los coherederos, varios necesariamente, han adquirido desde luego dicha calidad, son perfectamente conocidos, poseen claramente fijados sus derechos hereditarios, esto es, sus respectivas participaciones en la comunidad, pero sin que entre los cuales haya intervenido aún partición alguna, material y general». Es importante, pues, no confundir ambos conceptos, como sí parece hacer BELHADJ BEN GÓMEZ (2017), pp. 123-130, al comentar varias sentencias que tratan de herencia indivisa y no de herencia yacente.

⁵⁸⁶ En opinión de HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA (1995), p. 96, «podemos pensar que los redactores del Código civil huyeron deliberadamente de enfrentarse con la institución jurídica de la herencia yacente por las dificultades que entonces podía ofrecer su construcción legislativa cuando los Códigos que tenían a la vista no estaban de acuerdo ni siquiera en la denominación».

⁵⁸⁷ Por todos, DÍAZ-AMBRONA (1995), p. 98.

⁵⁸⁸ Entre otros, JORDANO FRAGA (1990), p. 76; HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA (1995), p. 124; MONJE BALSAMEDA (2001), pp. 168 y ss.; MADRIÑÁN VÁZQUEZ (2016), p. 169.

⁵⁸⁹ F. DE LA CÁMARA (1926), pp. 494-495, afirma que la herencia yacente hay que considerarla excluida de nuestro derecho; además, el «golpe de muerte» ya se lo dio la RDGRN de 10 de marzo de 1916 (que no solo afirma sin vacilación que la entidad jurídica herencia yacente no puede en rigor ser entendida y regulada con separación absoluta de las personas llamadas a la herencia, ni lleva consigo la suposición de herencia vacante, ni mucho menos la carencia de representación, sino que añade que en esos fundamentos se inspiran las modificaciones hechas por la Ley Hipotecaria pues, lejos de emplear la frase herencia yacente para dispensar la inscripción previa, se refiere a los documentos otorgados por los herederos o en

Una vez dicho esto, conviene analizar las consecuencias de la admisibilidad de la herencia yacente que es, probablemente, uno de los temas más espinosos del Derecho de sucesiones español⁵⁹⁰. En nuestra opinión, la figura de la herencia yacente es efectivamente admitida o reconocida en nuestro sistema de manera clara, tal y como se deduce no solo del artículo 1934 CC, sino también del artículo 20 LH que trata esta cuestión al excluir del deber de que conste previamente inscrito el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sea otorgado «la inscripción o anotación a favor de los mandatarios, representantes, liquidadores, albaceas y demás personas que con carácter temporal actúen como órganos de representación y dispongan de intereses ajenos en la forma permitida por las leyes». Como bien ha dicho la doctrina, esto supone una excepción al principio de tracto sucesivo, porque no habiendo sido adida la herencia se encuentra yacente y mientras conserva esta cualidad se supone existente la personalidad del difunto a todos los efectos legales⁵⁹¹. Pero no solo las leyes civiles contemplan la admisibilidad de la herencia yacente, sino también las leyes procesales⁵⁹², mercantiles⁵⁹³ e incluso las tributarias; así, la Ley General Tributaria⁵⁹⁴ dice en su artículo 35.4 que las herencias yacentes tendrán la consideración de obligados tributarios en las leyes en que así se establezca⁵⁹⁵.

su nombre); por ello, afirma que «la herencia yacente de los romanos no encaja ya en nuestras leyes, y si algún resto de ella quedaba la Dirección de los Registros lo ha arrojado por la roca Tarpeya». De otra parte, GITRAMA GONZÁLEZ (1989), p. 33, considera que el artículo 1934 CC también cabe interpretarlo en el sentido de reputar que todos los actos realizados desde el día del fallecimiento del causante redundan en provecho o en daño del heredero como si éste los hubiere llevado a cabo.

⁵⁹⁰ ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 37, considera fácil colegir «que la situación de yacencia hereditaria planteaba en Roma, sobre todo cuando se prolongaba, arduos problemas de carácter práctico, porque los esclavos y los animales comprendidos habían de ser alimentados, los bienes seguían dando frutos naturales o civiles, y faltaba el sujeto al que pudieran ser referidas las nuevas adquisiciones y las nuevas deudas. Y si esto acontece en el aspecto práctico, ¡imagínese el lector qué no entrañará en el teórico!». HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA (1995), p. 48, afirma que la herencia yacente y su construcción jurídica es uno de los temas sucesorios que ofrece mayores dificultades «no solo a la hora de formular su construcción teórica, sino también en la realidad práctica, por faltar en nuestro Derecho común una conveniente y necesaria regulación de esta polémica institución del Derecho sucesorio. A la extrema dificultad teórica del concepto, hay, pues, que añadir la ausencia de una ordenación legislativa más o menos acertada». MADRIÑÁN VÁZQUEZ (2016), p. 159, considera que la herencia yacente y su construcción jurídica constituye una de las materias de mayor dificultad en el ámbito sucesorio.

⁵⁹¹ HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA (1995), p. 38.

⁵⁹² Baste por ahora señalar que el reconocimiento de la herencia yacente se encuentra implícitamente recogido en los artículos 6.4, 7.5, 798 y siguientes LEC.

⁵⁹³ Como tendremos ocasión de analizar, el artículo 1.2 LC establece que «el concurso de la herencia podrá ser declarado en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente»; además, otros preceptos que reconocen la existencia de la herencia yacente son los artículos 3, 40 y 180 LC.

⁵⁹⁴ Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

⁵⁹⁵ La LISD no hace mención alguna a la herencia yacente, pero sí lo hace el RISD en su artículo 30, al señalar que «la participación atribuible al causante en bienes que estén integrados en herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado, se adicionará al caudal hereditario en la proporción que resulte de

El reconocimiento legal de la herencia yacente parece pues evidente; cabe entonces cuestionarse si su admisibilidad es deseable o no en nuestro ordenamiento jurídico⁵⁹⁶. Para ello es preciso volver al origen de esta institución, donde supuestamente no acarrea excesivos problemas: a pesar de tratarse de un patrimonio carente de titular, no solía estar desprovisto de un administrador, pues lo habitual era que el esclavo o los esclavos administrasen y gestionasen los bienes relictos hasta la aceptación por parte del heredero voluntario⁵⁹⁷. Sin embargo, esta coyuntura ha cambiado; los esclavos ya no forman parte de ninguna herencia ni deben administrarla. Por ello, una herencia puede encontrarse indefinidamente desprovista de titular y de administrador, permaneciendo durante todo el tiempo de yacencia en un auténtico estado de *vulnerabilidad*; y esta situación no ocurre solo en momentos puntuales, sino más bien todo lo contrario: la casuística viene a confirmar la habitualidad con que el patrimonio sucesorio permanece en este estado de desprotección durante mucho —a veces demasiado— tiempo. Es esta la razón por la que consideramos que la herencia yacente no es precisamente una de las instituciones más eficaces del Derecho de sucesiones.

4.2 La administración de la herencia yacente

La doctrina más señera ha insistido siempre en que la herencia yacente suscita no solo el problema teórico de dilucidar a quién corresponde la titularidad del patrimonio hereditario durante el ínterin en que no acaece la aceptación⁵⁹⁸, sino también el problema práctico de determinar quién se ocupa de los bienes hereditarios, es decir, quién los administra, hasta que no se determine el

las normas que sean aplicables o de los pactos entre los interesados y, si éstos no constasen a la Administración en forma fehaciente, en proporción al número de interesados».

⁵⁹⁶ Uno de los autores más críticos con esta institución, que además, la niega es F. DE LA CÁMARA (1926), pp. 493-494, quien afirma tajantemente que de la herencia yacente solo debe quedar el nombre, para aplicarlo, por respeto a la tradición, a la situación en que, en nombre y representación de los herederos, las personas que para tal caso designó el testador o se nombró por el representante de la ley; pero no para designar aquella entidad jurídica capaz de derechos y obligaciones y revestida de personalidad por los autores y legislaciones que no pudieron encontrarle un titular personalmente determinado.

⁵⁹⁷ SAVIGNY (1878), p. 138, entendía que la herencia sin esclavos constituía un fenómeno inusual en la realidad romana; GARCÍA VALDECASAS (1944), p. 94, afirmaba que en sus orígenes la herencia yacente no era problemática; véase también CASTRO SAENZ (1998), p. 65 y ALONSO (2001), que además configura al *servus hereditarius* como el destinatario natural del pago de los créditos pendientes.

⁵⁹⁸ LACRUZ BERDEJO (1981), p. 47, comienza a tratar la herencia yacente bajo el epígrafe: «El problema teórico. En aquellos ordenamientos jurídicos en los que la herencia se adquiere mediante la aceptación, ha venido preocupando desde siempre a la doctrina el problema planteado por la solución de continuidad que se establece en la titularidad de los derechos, a causa de la *vacatio* de la herencia».

titular⁵⁹⁹. La administración de una herencia, aceptada de forma beneficiaria o pura, o que permanece sin titular, es importante y según Gitrama,⁶⁰⁰ su finalidad reside en salvaguardar los derechos e intereses de las personas interesadas, procurando no solo la conservación, sino también la explotación, esto es, la normal puesta en producción de los bienes hereditarios; adviértase que por interesados en la administración del caudal hereditario no habrá de entenderse incluidos únicamente los llamados o los futuros herederos, sino también los legatarios y acreedores del difunto, así como cualquier tercero con un interés legítimo⁶⁰¹.

Existen según la doctrina cuatro tipos de administración hereditaria⁶⁰², a saber: la testamentaria⁶⁰³, en cuyo caso la voluntad del testador es ley de la sucesión y obliga en cuanto no sea contrario a la moral y a las leyes ni perju-

⁵⁹⁹ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), pp. 94-95, manifiesta que la herencia yacente plantea dos problemas: uno de tipo práctico, a saber, «organizar la gestión del patrimonio hereditario en una fase que puede ser muy larga, es decir, poner la herencia en administración», y otro de tipo teórico: el de su naturaleza jurídica; LACRUZ BERDEJO (1981), p. 49, señala que, «en la vida real, lo que importa es establecer y vigilar la administración y representación del caudal relicto, a fin de conservarlo para el heredero, asegurar la posición de los cocontratantes, y, en general, acreedores, y crear un punto de referencia al que puedan dirigir los terceros sus pretensiones contra el causante o las nacidas luego de causarse la herencia»; en igual sentido, JORDANO FRAGA (1990), p. 27; ALBALADEJO GARCÍA (1997), p. 39.

⁶⁰⁰ GITRAMA GONZÁLEZ (1950), p. 28.

⁶⁰¹ GITRAMA GONZÁLEZ (1950), pp. 26-27, señala que, como interesados, «a primera vista ocurre pensar, indiscutiblemente, en el heredero o herederos (sobre todo si los bienes no están en su poder), en los legatarios (especialmente si lo son de parte alícuota y máxime si no hay herederos forzosos) y en los acreedores de la herencia: indudablemente, los derechos y créditos de estas personas encuentran condicionada su suerte y permanencia a la eficiente gestión conservativa y de administración que se lleva a efecto sobre el patrimonio relicto»; sin embargo, entiende que el concepto de parte interesada debe ser interpretado con amplitud, englobando así a cualquier «persona a quien interesa que los bienes se cuiden y administren bien en la interina situación que se crea, para que nada desaparezca ni sufra deterioro o disminución», por ello, entiende interesados al sustituto, al que es llamado a suceder en caso de renuncia del instituido o llamado por la ley, al albacea legalmente autorizado por el artículo 302 para la custodia de los bienes, a los herederos del heredero muerto, a los cesionarios de los herederos y legatarios de parte alícuota, e incluso a los acreedores particulares del heredero.

⁶⁰² El orden de prelación respecto de estos tipos de administración es claro para GITRAMA GONZÁLEZ (1950), pp. 94-124, para quien la primacía viene dada en todo caso al administrador designado por testamento; en segundo término se concede a la administración legítima; ahora bien, la ley carece de normas destinadas a proveer la administración de la sucesión pro indiviso, y como sabemos que, según el artículo 1020, fundamental en la materia, existiendo herederos aceptantes no ha lugar necesariamente a la intervención judicial y consiguiente nombramiento de administrador, resulta que se ha de otorgar preferencia sobre la administración judicial –y aun en ocasiones sobre la legal– a la deferida mediante convenio de los interesados a persona determinada, sea ésa uno de ellos o sea extraña a la herencia.

⁶⁰³ Conviene precisar, sobre la administración testamentaria, que la doctrina se halla dividida entre quienes consideran que el nombramiento testamentario de albacea representa un supuesto de herencia en administración (entre otros, PUIG FERRIOL 1967, pp. 56-58); quienes creen que si el testador no le confirió al albacea la facultad de administrar, en modo alguno podrá hacerlo (entre otros, VALVERDE VALVERDE 1916, p. 367); y quienes entienden que el albacea universal debe gozar de todas las facultades que, en abstracto, sean precisas para la ejecución del testamento, incluyéndose, si fuese necesario, la gestión y representación de la herencia (entre otros, ALBALADEJO GARCÍA 1969, p. 235).

dique las legítimas; la legal, que se establece por ley en numerosos casos, por ejemplo, al heredero aceptante⁶⁰⁴; la judicial y, por último, la convencional, que es aquella que se produce cuando los herederos acuerdan conferir la administración a alguien, bien sea coheredero, bien sea un tercero. En este sentido, cuando el testador ordena o dispone una administración, la cuestión práctica no se suscita o, al menos, no es polémica⁶⁰⁵; el problema surge cuando el testador no prevé ningún tipo de administración. Por ello, es altamente recomendable que el causante otorgue testamento ordenando la administración de su herencia para así suplir las lagunas que la exigua regulación de derecho común ofrece en esta materia⁶⁰⁶.

En el caso de que el causante, con o sin testamento, no hubiese previsto nada a este respecto, se debe recordar que el Código Civil prevé la administración para la práctica mayoría de las situaciones que dan lugar a herencia yacente, si bien se olvida del supuesto que más frecuentemente da lugar a ella: el tiempo que media mientras el llamado o los llamados no aceptan⁶⁰⁷; a pesar de esta ausencia de previsión, la mayoría de la doctrina entiende que la administración se extiende también a este supuesto. Así, entre otros, Gitrama⁶⁰⁸ cree que nuestro Código Civil no trata la materia de la administración hereditaria con el carácter general que en sí tiene, sino con ocasión y especial aplicación a los beneficios de deliberar y de inventario; y aunque el artículo 1020 del Código atañe singularmente a la hipótesis en que está formado el inventario, su espíritu está claro, y es que siempre que haya una situación anormal en la herencia creada por no haber herederos aceptantes, debe proveerse al cuidado y conservación de los bienes, y a la defensa de aquélla; criterio este que ha defendido la mayoría de la doctrina⁶⁰⁹.

⁶⁰⁴ GARCÍA GOYENA (1852-A), p. 233, entendía que lo natural y regular es que fuese el heredero quien cuide y administre los bienes de la herencia «por la fundadísima presunción de que será propietario de estos mismos bienes»; en igual sentido, GITRAMA GONZÁLEZ (1950), p. 110, considera que el sujeto más frecuentemente invitado por la ley al ejercicio de la administración es el propio heredero, quien es naturalmente quien mejor ha de cuidar los bienes hereditarios, porque a él más que a nadie interesan.

⁶⁰⁵ LACRUZ BERDEJO (1981), p. 49, considera que «la respuesta es sencilla cuando, por haberlo ordenado así el testador o por disponerlo la ley, se ha establecido una administración».

⁶⁰⁶ GUTIÉRREZ BARRENGOYA y MONJE BALSAMEDA (2014), pp. 13-15.

⁶⁰⁷ Como bien señala MARTÍNEZ CAÑELLAS (2014), p. 1360, «la situación de herencia yacente es frecuente, ya que las herencias no suelen aceptarse en el momento mismo en que se abre la sucesión, sino que suele transcurrir un período, más o menos largo, hasta que se produce la adición».

⁶⁰⁸ GITRAMA GONZÁLEZ (1950), pp. 24-26.

⁶⁰⁹ SÁNCHEZ ROMÁN (1910), p. 1797, quien entiende que el artículo 1020 es de carácter general y de aplicación común, también a la aceptación hecha pura y simplemente. De otra parte, VALVERDE VALVERDE (1916), p. 530, considera que se deberá proveer lo que ordena el artículo 1020 «siempre que no esté aceptada la herencia, aunque no se haya pedido ni practicado el inventario, y en caso de que el testador no haya nombrado administrador especial, o haya conferido a los albaceas esa misión». También MANRESA NAVARRO (1943), pp. 481-485, afirma que en este precepto, el Código abandona el tema del inventario, al

Sin embargo, a pesar de la opinión unánime de la doctrina sobre esta cuestión, no se puede obviar que la herencia yacente puede permanecer *de facto* sin administrador, esto es, sin que nadie se ocupe de la misma; el análisis jurisprudencial revela que los juzgados y tribunales no siempre ordenan la administración cuando se les presenta una demanda frente a la herencia yacente, tal y como veremos. Esto nos parece ciertamente criticable, pues como ha hecho notar la doctrina, la existencia de mecanismos de protección y de administración interesa principalmente a los herederos y legatarios, pero también a los acreedores hereditarios, para quienes la situación jurídica de yacencia no debe ser un obstáculo que impida o dificulte el legítimo ejercicio de sus pretensiones, o que pueda conducir al menoscabo del patrimonio hereditario⁶¹⁰.

Por último, conviene señalar que cuando mencionamos los tipos de administración –que recordemos eran cuatro, a saber: testamentario, legal, judicial y convencional–, nos referíamos a la administración «formal» y no la administración provisional a que se refiere el artículo 999.4 CC, según el cual «los actos de mera conservación o administración provisional no implican la aceptación de la herencia, si con ellos no se ha tomado el título o la cualidad de heredero». Sobre este precepto, la doctrina no es unánime a la hora de considerar si da pie a que el llamado tenga determinadas facultades de administración o simplemente se limita a señalar que la realización de tales actos no supone aceptación tácita de la herencia⁶¹¹; en opinión de cierta doctrina, el llamado a la herencia, como gestor oficioso, no está legitimado pasivamente para representarla pero sí está legitimado por ministerio de la ley para realizar actos de administración o conservación provisional sobre el patrimonio here-

que vuelve después en los artículos 1021 a 1024, para dictar una regla general sobre administración de la herencia. En su opinión, «es un deber de la sociedad velar por los intereses de una herencia abandonada más o menos transitoriamente, y un derecho en los interesados evitar que se les irroguen innecesarios perjuicios»; por ello, se «debe proveer *en todo caso* a la administración y custodia de los bienes hereditarios, siempre que el causante no haya provisto a esta necesidad, y los herederos no hayan aceptado la sucesión». Asimismo, también han seguido este criterio: PUIG BRUTAU (1961), p. 429; CASTÁN TOBEÑAS (1978), p. 193; LACRUZ BERDEJO (1981), p. 48; LÓPEZ JACOISTE (1993), p. 2404; HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA (1995), pp. 141 y ss.; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, (1997), p. 381; MONJE BALSAMEDA (2001), p. 328; ESPEJO LERDO DE TEJADA (2010), p. 1112. Sorprenden especialmente las palabras de ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ (1990), p. 50, al afirmar que la herencia yacente «se trata de una bella metáfora que no tiene otra realidad jurídica que la denominación poética de la herencia en administración».

⁶¹⁰ GUTIÉRREZ BARRENGOYA y MONJE BALSAMEDA (2014), p. 12.

⁶¹¹ Según ARROYO AMAYUELAS (2016), p. 1507, no es finalidad del precepto regular en qué casos y con qué facultades debe actuar el administrador de una herencia yacente, ni tampoco se ocupa del alcance de la legitimación del titular del *ius delationis* para actuar individualmente cuando existen más herederos llamados. Para la autora, la provisionalidad de la administración no significa que los actos no sean firmes o definitivos; solo significa que la legitimación del titular del *ius delationis* es temporal, interina, mientras no aparezca otro administrador.

ditario en defecto de albacea o de administrador nombrado por el causante⁶¹². La diligencia que deberá observar este a la hora de realizar dichos actos de conservación o administración es pues la de un gestor de negocios ajenos⁶¹³. Sin embargo, en nuestra opinión, no debe considerarse al llamado como administrador de manera genérica –ni esperar que asuma este rol– toda vez que los poderes que la ley le confiere son prerrogativas, no teniendo por tanto ningún deber de ejercitarlas⁶¹⁴.

4.3 Herencia yacente y prescripción

Como hemos tenido ya ocasión de señalar, el artículo 1934 CC es precisamente uno de los preceptos legales que tácitamente presupone la existencia de la herencia yacente y, por tanto, sustenta la tesis de la adquisición romana. Este precepto establece que «la prescripción produce sus efectos jurídicos a favor y en contra de la herencia antes de haber sido aceptada y durante el tiempo concedido para hacer inventario y para deliberar»⁶¹⁵, y halla su precedente en el artículo 1991 del Proyecto de Código Civil de 1851⁶¹⁶.

La prescripción, en relación con la herencia yacente, es una ficción jurídica en virtud de la cual se considera que la usucapión iniciada en vida por el causante continúa después de su muerte y puede consumarse antes incluso de la aceptación por el llamado, lo que implica desvincular la posesión que conduce a la usucapión de todo poder de hecho o poder efectivo o real sobre las

⁶¹² HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA (1995), pp. 163-164.

⁶¹³ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 98; LACRUZ BERDEJO (1981), p. 49; GITRAMA GONZÁLEZ (1989), p. 214.

⁶¹⁴ HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA (1995), p. 168, que afirma que, aunque el llamado no sea técnicamente un curador, responde como cualquier administrador ante quien en definitiva haya de recibir la herencia o tuviese derecho en orden a los bienes de ésta que se perdieron o mermaron por culpa del llamado, siéndole de aplicación lo dispuesto en el artículo 1103 CC.

⁶¹⁵ Para SÁNCHEZ ROMÁN (1910), p. 284, este precepto es consecuencia del artículo 440 CC; sin embargo, para DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1993), p. 2089, es consecuencia del artículo 1932 y de la derogación de la regla *contra non valentem*; precepto que carece de precisión al dar a entender que la herencia yacente es sujeto titular de los derechos sometidos a prescripción.

⁶¹⁶ GARCÍA GOYENA (1852-B), p. 540, cuyo artículo 1991 decía: «las prescripciones de este Código corren contra toda clase de personas, a no ser que la ley disponga expresamente lo contrario. Corren también contra la herencia, antes de haber sido aceptada, y durante el tiempo concedido para hacer inventario y deliberar. Sin embargo, las personas impedidas de administrar por sí, tendrán a salvo su recurso contra los responsables de la administración». Para HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA (1995), p. 110, este precepto es «influencia más o menos clara de la doctrina alemana e italiana de la época sobre la construcción jurídica de la herencia yacente como un patrimonio transitoriamente desprovisto de sujeto que no impide los efectos favorables o adversos, de la prescripción».

cosas⁶¹⁷; es decir, se viene a establecer la irrelevancia de la sucesión *mortis causa* en orden a la prescripción⁶¹⁸. Esta, que puede parecer una norma pacífica e incluso oportuna, no está exenta de complicaciones cuando se tiene en cuenta que el patrimonio hereditario puede permanecer, *de facto*, bastante tiempo sin un curador o administrador que se encargue de su custodia y conservación, como veremos. Pero antes de entrar a fondo sobre esta cuestión, analicemos bien las implicaciones de este artículo.

En primer lugar, conviene señalar que la prescripción determina la posibilidad de interrumpir los plazos legales que se hayan establecido para cada acción o cada caso; lo que no resulta del todo claro es determinar quién estará legitimado para dicha interrupción de la prescripción. Para un sector doctrinal, el elenco de personas legitimadas se reduce al siguiente binomio: albacea o administrador y llamado⁶¹⁹; por el contrario, otro sector considera que si existe administrador, será este el legitimado para interrumpir la prescripción, no estando claro que el llamado no aceptante pueda realizar actos de prescripción sin que supongan aceptación⁶²⁰.

En segundo lugar, también debemos puntualizar que la prescripción puede jugar a favor o en contra de la herencia, y que puede ser extintiva o adquisitiva. Esto da lugar a cuatro situaciones posibles, a saber: prescripción extintiva en contra de la herencia, prescripción extintiva a favor de la herencia, prescripción adquisitiva en contra de la herencia y prescripción adquisitiva a favor de la herencia. De todas estas situaciones posibles existe una que no creemos plantee problema alguno: la prescripción adquisitiva a favor de la herencia. Lo único que nos parece reseñable de ella es que no se puede comenzar un proceso de prescripción adquisitiva a favor de la herencia yacente; sin embargo, la usucapión iniciada en vida por el causante continúa, e incluso puede consumarse, originándose un incremento patrimonial que recibe directamente aquella; es decir, que la prescripción adquisitiva únicamente puede *continuar* en favor de la herencia yacente, no pudiendo lógicamente, *originarse* en favor de la misma.

Cualquiera de las otras tres hipótesis se nos antoja problemática, incluida la prescripción extintiva a favor de la herencia yacente, que, *a priori*, bien podría

⁶¹⁷ HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA (1995), p. 117. RODRÍGUEZ MORATA (1993), p. 132, considera que este artículo reconoce la existencia de una posesión civilísima apta para usucapir sin necesidad de una tenencia material o efectiva por el usucapiente.

⁶¹⁸ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1993), p. 2089.

⁶¹⁹ MONJE BALSAMEDA (2001), p. 306.

⁶²⁰ HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA (1995), p. 122, que considera que únicamente podrá el llamado realizar actos de interrupción «si se reputan actos de administración ordinaria, que tienden a la mera conservación del patrimonio hereditario».

parecer ventajosa para el futuro heredero, pero que no está tampoco exenta de contratiempos. De acuerdo con la doctrina más señera, este tipo de prescripción está plenamente justificada por cuanto los acreedores tienen siempre expedita acción contra la herencia yacente⁶²¹, pero es precisamente esta facultad de acción directa la que nos plantea controversia. En nuestra opinión, es positivo que el acreedor pueda reclamar igualmente su crédito, pero la herencia yacente puede que no tenga administrador, como veremos, en cuyo caso, ¿quién se encargará de velar por hacer frente a la reclamación y así evitar una sentencia estimatoria con, tal vez, condena en costas? Y peor aún, en el caso de que ya se haya consumado la prescripción extintiva a favor de la herencia, ¿quién la va a alegar?⁶²².

Mayores problemas plantean los otros dos tipos de prescripción en contra de la herencia, como cabe deducir. En el caso de la prescripción adquisitiva en contra de la herencia yacente, es preciso señalar que esta puede beneficiar no solo a terceros, sino también a los propios herederos, pues si los herederos presuntos se hallasen en posesión de los bienes hereditarios antes de la aceptación podrían darse dos situaciones diferentes: la primera, que los poseyesen «para la herencia», en cuyo caso no habría lugar a prescripción⁶²³; y la segunda, que los poseyesen «en su nombre propio y provecho», en cuyo caso una vez transcurridos los plazos legales adquirirían los bienes hereditarios no por sucesión, sino por prescripción adquisitiva⁶²⁴; opción esta que nos parece problemática.

Por último, la prescripción extintiva en contra de la herencia yacente implica que la falta de ejercicio de los oportunos derechos y acciones conduce a su extinción si se cumplen, durante la fase de yacencia, los plazos legales y condiciones previstos para cada caso en el Código Civil; adviértase que en esta hipótesis la inactividad sí puede haber comenzado después del fallecimiento del causante⁶²⁵. Por ello, la admisibilidad de la prescripción extintiva en contra de la herencia yacente nos parece también problemática si se relaciona con el artículo 1969 CC, según el cual «el tiempo para la prescripción de toda clase

⁶²¹ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1993), p. 2089; MONJE BALSAMEDA (2001), p. 295.

⁶²² Conviene mencionar, si acaso, que la prescripción extintiva no es algo que ningún juez pueda apreciar de oficio, sino que deberá ser alegada por el deudor, quien tendrá que oponerse al pago en plazo y forma.

⁶²³ MONJE BALSAMEDA (2001), pp. 296-297, quien además cita a una STS de 4 de abril de 1960 en la que el Alto Tribunal decidió que el artículo 440 CC «no tiene un alcance tan absoluto que impida la adquisición de los bienes por prescripción extraordinaria, pues la actora no ha alegado ni menos justificado que se haya realizado petición alguna ni reclamando dichos bienes o sus productos a pesar del tiempo transcurrido».

⁶²⁴ Véase en este sentido la reciente STS de 21 de febrero de 2019 (RJ 2019, 587) que no trata sobre herencia yacente pero que admite la prescripción ordinaria en favor de quien había sido declarado único heredero tras la preterición de la otra heredera abintestato, cuya filiación extramatrimonial no se declaró hasta tiempo después de la apertura de la sucesión.

⁶²⁵ MONJE BALSAMEDA (2001), p. 294.

de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse»⁶²⁶. Puestos a dilucidar cuándo debemos entender que se pudo ejercitar una acción, asombra que los criterios no cambien aun cuando se trate de una herencia yacente: existiendo lesión, el plazo comenzará a correr desde el momento en que se produjo. Así lo reconoce la SAP de Asturias de 29 de enero de 2007⁶²⁷, y que por su especial interés, pasamos a comentar.

En este caso, el Estado había sido declarado el 31 de mayo de 1993 heredero *abintestato* de Nuria, finada el 15 de marzo de 1985. Unos meses más tarde, la Sección de Patrimonio del Estado había enviado una misiva a la entidad bancaria de la difunta pidiendo la cancelación de la cuenta y la consignación del saldo actual. Gracias al extracto de la cuenta, se conoció un apunte contable, de 16 de abril de 1985, de un cargo nominal por valor de 3.786,28 euros (630.000 pesetas de la época). En fechas posteriores (10 de mayo de 1997, 26 de mayo de 1999 y 22 de octubre de 1999), la Sección de Patrimonio interesó reiteradamente información acerca de esta operación, obteniendo respuesta el 17 de noviembre de 1999, fecha en que la entidad bancaria manifestó la imposibilidad de obtener esa información debido a la antigüedad de la operación y otros avatares. Finalmente, el 19 de julio de 2005, la Delegación del Ministerio de Economía y Hacienda del Principado requirió a la entidad bancaria para que consignase la cantidad anteriormente referida. El banco se opuso al requerimiento alegando, entre otras cosas, que el transcurso de más de veinte años desde el fallecimiento de la causante (15 de marzo de 1985) había dado lugar a la prescripción de la acción, tesis que dio por buena el Juzgado de Primera Instancia. El demandante, por el contrario, señaló que el día a partir del cual había empezado a correr el plazo de prescripción era aquel en que se le había declarado heredero *abintestato* (31 de mayo de 1993). La Audiencia Provincial, en el recurso, estimó que el momento en el que pudo ejercitarse la acción fue aquel en que se habría producido la lesión, esto es, el día en que se produjo el cargo en la cuenta bancaria (26 de abril de 1985). Teniendo en cuenta esto, y que el plazo de prescripción general de las acciones personales, por aquel entonces, era de quince años, ya solo restaba decidir si las misivas enviadas requiriendo información se podían considerar como interruptoras del plazo de prescripción o no,

⁶²⁶ Está claro que el criterio del *dies a quo* es objetivo; sobre esta cuestión, véase CAÑIZARES LASO (2018), pp. 102-103, que establece las diferencias entre un criterio objetivo o subjetivo del *dies a quo*. En su opinión, ambos tienen ventajas e inconvenientes: de una parte, un sistema objetivo implica mayor seguridad, al ser mucho más fácil fijar el *dies a quo* a partir de una fecha fácilmente comprobable; pero el sistema subjetivo puede resultar más razonable al tomar en cuenta las circunstancias de cada sujeto, permitiendo además plazos más breves y, por consiguiente, su posible uniformidad.

⁶²⁷ SAP de Asturias de 29 de enero de 2007 (AC 2007, 291).

decidiendo en última instancia que no, que toda vez que lo que se había interesado era mera información, no podía entenderse que constituía reclamación extrajudicial del derecho al resarcimiento.

Esta sentencia, que parece impecable en términos jurídicos, nos plantea un interesante problema, y es que, si esto se produjese hoy día, y teniendo en cuenta que el plazo de prescripción general de las acciones personales se ha rebajado de los quince a los cinco años, llegaríamos a la conclusión de que el Estado, declarado heredero el 31 de mayo de 1993 y no podría, en calidad de tal, haber reclamado contra el anómalo cargo que se produjo en la cuenta de la causante una vez fallecida esta toda vez que ya habrían transcurrido más de cinco años desde que se produjo la lesión (26 de abril de 1985). ¿Tiene esto algún sentido jurídico?

Nos preguntamos si el legislador, cuando decidió admitir la prescripción extintiva en contra de la herencia, tuvo acaso en cuenta que, por muy diligente que sea la persona que finalmente se convierte en heredero definitivo, utilizando la *interrogatorio in iure ex* artículo 1005 CC, puede ocurrir que exista una sucesión de repudiaciones por parte de todos los llamados, y que, para cuando el Estado –o quién decida, en última instancia, adquirir la herencia– se convierta en heredero, ya sea demasiado tarde para velar por los derechos de la herencia. Y es que no está de más remarcar que algunos de los plazos son realmente cortos, como el del artículo 1968 CC, de acuerdo con el cual prescribe por el transcurso de un año la acción para recobrar o retener la posesión.

En definitiva, y como ha hecho notar la doctrina, la atribución de cierta personalidad a la herencia yacente, como hace el artículo 1934 CC no parece armonizar bien con la provisionalidad del estado de yacencia y con la eficacia retroactiva de la aceptación⁶²⁸. Es esta problemática admisión de cualquiera de los tipos de prescripción a favor y en contra de la herencia yacente la que nos sirve, una vez más, de argumento para proponer, *de lege ferenda*, la supresión de cualquier referencia a la herencia yacente y la instauración de un sistema de adquisición automático.

4.4 Capacidad procesal y capacidad para ser parte de la herencia yacente

En otro orden de cosas, la herencia yacente plantea también dificultades en la liquidación de la sucesión, sobre todo en lo que a reclamación de deudas

⁶²⁸ HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA (1995), p. 110.

u otras obligaciones se refiere. Ciertamente, lo más probable es que nadie pague las deudas mientras los llamados no se deciden a aceptar la sucesión, aunque nada impide que los llamados paguen las deudas con dinero propio sin que esto presuponga aceptación tácita. Pero, si ninguno de ellos pagase, cabe que el acreedor se pregunte: muerto mi deudor, ¿a quién reclamo yo? Esta situación la ha previsto el legislador español, tras la LEC 2000, al idear un sistema de salvaguardia: el de conferir capacidad a la herencia yacente para poder ser reclamada judicialmente. Así, de una parte, el artículo 6.4 LEC confiere capacidad para ser parte a las «masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración»; y de otra, el artículo 7.5 LEC señala que esas masas patrimoniales o patrimonios separados «comparecerán en juicio por medio de quienes, conforme a la ley, las administren».

Estos artículos procesales están bien pensados y parece que establecen la obligatoriedad de que exista un administrador que comparecerá en juicio en nombre y representación de la herencia yacente. Incluso la STS de 12 de marzo de 1987⁶²⁹ señala que «la apertura de la sucesión de una persona se abre justamente en el momento de su muerte en el cual el patrimonio se trasmuta en herencia yacente que no es sino aquel patrimonio relicto mientras se mantiene interinamente sin titular, por lo que carece de personalidad jurídica, aunque, para determinados fines, se le otorga transitoriamente una consideración y tratamientos unitarios, siendo su destino el de ser adquirida por los herederos voluntarios o legales, admitiendo el que, bien por medio de albaceas o administradores testamentarios o judiciales pueda ser demandada y esté habilitada para excepcionar y ahora para recurrir. No es, sin embargo, distinguible y separable de los herederos destinatarios y antes bien debe afirmarse que la entidad a que se hace referencia es la misma hablando de la herencia yacente o de los herederos (desconocidos, ignorados, inciertos) de una persona determinada, el demandado fallecido, en el caso». Es decir, el TS parece exigir la existencia de algún albacea o administrador testamentario o judicial para que la herencia yacente pueda ser demandada.

Nada más lejos de la realidad; en la práctica judicial existen multitud de pronunciamientos sobre sentencias condenatorias en los que, no existiendo administrador, no se procedió a nombrar uno judicialmente. Lacruz Berdejo⁶³⁰ parece justificar esto al afirmar que en el aspecto pasivo «no cabría imponer a quienes tienen pretensiones contra la herencia y pretenden hacerlas

⁶²⁹ RJ 1987, 1435.

⁶³⁰ LACRUZ BERDEJO (1981), p. 49.

valer la molestia adicional y dilatoria de pedir la puesta en administración del caudal, por lo que los tribunales consideran correcta y suficiente la legitimación pasiva cuando las demandas se dirigen contra la herencia yacente y los llamados a ella todavía no aceptantes, sin duda porque en una apreciación real de las cosas se consideran suficientemente atendidos con esta fórmula todos los intereses, y pese a que, desde el punto de vista dogmático, ni los llamados, que no son herederos o representantes del caudal, ni la herencia, que no es persona, tienen legitimación pasiva». Sin embargo, creemos que es posible diseñar un sistema en el que los acreedores no hayan de solicitar la puesta en administración del caudal, sino que bastaría que el juez que conoce de una reclamación nombrase a un *administrador ad hoc* para ese concreto juicio, tal y como ocurre en Italia, en donde si el llamado no comparece en juicio, la autoridad judicial designa a un *curatore dell'eredità*, con funciones limitadas a ese único caso y distinto por tanto del *curatore dell'eredità giacente*, con funciones más generales⁶³¹.

Sea como fuere, hemos observado la existencia de al menos tres tipos de sentencias de tribunales menores contra herencias yacentes sin administrador. El primero es el de las sentencias que simplemente declaran que no ha lugar a condena frente a los llamados antes de la aceptación⁶³². En principio, nos parecen acertadas, pues es el acreedor quien yerra al presentar demanda contra los que considera herederos, pero que todavía son llamados y, por lo tanto, no responsables; sin embargo, nos parece criticable que en estos casos los jueces de primera instancia no procedan a nombrar de oficio un administrador para esa herencia yacente.

En segundo lugar, también existen sentencias que condenan al llamado no aceptante, o bien porque posee algún bien hereditario⁶³³, o bien porque se le considera representante de la herencia yacente, tal y como ocurre en la SAP

⁶³¹ HERCOLANI (2009), p. 1282.

⁶³² La sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Santander, de 27 de enero de 2003 (JUR 2003, 38062), entre otras, así lo declara, en la que se desestima una demanda por parte del abogado del difunto frente a su hijo por falta de legitimación pasiva, porque, como consideró la parte, «aun siendo cierto que es el único heredero, que su padre no otorgó testamento y que existe declaración de herederos *abintestato* en su exclusivo favor, no se ha producido todavía la aceptación de la herencia».

⁶³³ Un ejemplo es el de la SAP de Tarragona de 21 de marzo de 2000 (JUR 2000, 139470), en la que se afirma que el apelante aparece como poseedor exclusivo de la finca, y por lo tanto, «asume la administración exclusiva de la misma no constando oposición a su legitimación cuando es requerido por el Ayuntamiento a los efectos del derribo de la casa y, derivados los daños que aquí se examinan de los actos como tal administrador le legitima también a los efectos de la presente, sin perjuicio de que dichos actos versus la finca, que provoca la misma por su naturaleza precedera, en asunción de dicha administración, pueda repetirlos contra los demás herederos». Otro ejemplo es el de la SAP de Valencia de 15 de mayo de 2009 (JUR 2009, 378463), en la que se desestima un recurso de apelación frente a una sentencia de condena a los llamados a la sucesión de Narciso a otorgar escritura pública de venta de inmueble.

de Valencia, de 26 de octubre de 2004⁶³⁴ en la que se puede leer: «no puede ignorarse que el demandado José Daniel falleció sin testar, por lo que sus dos hijos conocidos ostentan por este hecho la cualidad de herederos *abintestato* del mismo, lo que desde luego y sin más, no implica la aceptación de la herencia, y la posibilidad de ser directa y personalmente demandados, pero sí la cualidad de poder representar cualquiera de ellos o los dos la herencia yacente de su difunto padre, con independencia del alejamiento personal que por el previo divorcio se hubiese producido». Hemos de señalar que esta es la línea jurisprudencial adecuada, toda vez que impone cierto deber de administración y representación a cargo del llamado no aceptante –pero tampoco repudiante–, no dejando pues, a expensas de la *buena suerte* el destino de la herencia yacente: se trataría pues de una especie de gestión de negocios ajenos.

En último lugar, existen sentencias un tanto rocambolescas en las que se condena a quien es llamado a suceder «para el caso de aceptar la herencia»⁶³⁵. Buen ejemplo de ello lo encontramos en la SAP de Asturias de 28 de junio⁶³⁶ en la que se confirma una sentencia de primera instancia en la que se condenaba a los llamados no aceptantes, para el caso de que llegasen a adir la herencia. En este pronunciamiento se reconoce que «el hecho de la declaración de don Rubén como heredero *ab intestato* de don Enrique no implica sin más la aceptación tácita de la herencia, por lo que resulta obvio su falta de legitimación pasiva frente a la acción entablada en reclamación de una deuda de su causante», pero, añade, «aunque en puridad la condena debería proceder contra la herencia yacente sin más, la solución dada en la recurrida de condenar a los herederos para el caso de aceptar la herencia puede resultar igualmente operativa». Este tipo de sentencias nos preocupa especialmente porque, aunque sí presentan la ventaja de no obligar al acreedor a volver a ejercitar acción para el caso de que los herederos efectivamente aceptasen, nos plantean la duda de qué ocurrirá si tal aceptación no llega a producirse. Cabe preguntarse cuál es el sentido jurídico de una sentencia de condena sometida a la condición suspensiva de que el condenado realice un acto o no: ¿sería esta sentencia ejecu-

⁶³⁴ SAP de Valencia de 26 de octubre de 2004 (JUR 2005, 37132).

⁶³⁵ Por ejemplo, la SAP de Málaga de 20 de julio de 2015 (JUR 2015, 291145), en la que se estima parcialmente el recurso de apelación planteado contra una sentencia que, en primera instancia, condenaba a la única persona con derecho a suceder, la hija de la fallecida, que además y aunque no tenga relevancia para el caso, había sido declarada incapaz y era representada por su tutora legal. Fue precisamente su representante quien alegó que la llamada a suceder no podía ser condenada toda vez que la aceptación aún no se había producido, razón por la cual la AP revocó parcialmente la sentencia recaída en primera instancia, «en el sentido de añadir que procede la condena impuesta para el caso de que sea aceptada la herencia, confirmado el resto de la resolución en todos sus extremos».

⁶³⁶ SAP de Asturias de 28 de junio de 2001 (AC 2001, 2016)

table mientras no recaiga aceptación? ¿Qué sucedería durante todo el tiempo en el que los condenados no aceptasen ni repudiasen? ¿De qué garantías dispondría el acreedor, salvo el recurso a la *interrogatio in iure*? Sin embargo, estas sentencias parecen validadas por el Tribunal Supremo, pues en su fallo de 20 de mayo de 1982⁶³⁷ desestimó el recurso en el que se «denunciaba» la incorrección de una condena de este tipo, «para el caso de que acepte la herencia», considerando que tal sentencia no era contraria a los preceptos del Código Civil ya que la condena se había impuesto para el único caso de que se acepte la herencia, «sin que en ningún caso la sentencia impugnada haya puesto en duda la aplicación de los preceptos que en el recurso se citan, puesto que no son los sustentadores de su fallo o parte dispositiva».

Como se puede observar, este es uno de esos casos en los que la legislación va por un lado y la jurisprudencia por otro. En cuanto a la doctrina civilista, se ha dicho que el estado de yacencia de una herencia no ha de conducir a plantear de modo irreflexivo demandas *nominatim* contra los que se estimen posibles herederos, en concepto de tales, que podrían ser oportunamente contestadas alegando falta de legitimación pasiva por no reunir esa condición ante la falta de aceptación hereditaria⁶³⁸, criterio que compartimos⁶³⁹.

Por último, es preciso analizar si, cuando exista una pluralidad de llamados, cualquiera de ellos habrá de soportar por entero la reclamación o, por el contrario, será necesario que se demande a todos y cada uno de las personas llamadas a suceder. En este sentido, la jurisprudencia menor se muestra favorable a admitir la excepción de litisconsorcio pasivo necesario cuando no han sido demandados todos aquellos interesados, incluidos los instituidos herederos por sustitución vulgar⁶⁴⁰; además, el TS, en su Sentencia de 7 de abril

⁶³⁷ STS de 20 de mayo de 1982 (RJ 1982, 2585).

⁶³⁸ DÍAZ MARTÍNEZ (2010), pp. 33-34, considera que «la condena debería proceder únicamente contra la herencia yacente si la mencionada aceptación no fuera una realidad»; si bien, no compartimos su apreciación acerca de que «podría admitirse, con la flexibilidad que la situación requiere, la operatividad de la solución de condenar también a los herederos para el caso de aceptar la herencia».

⁶³⁹ No en vano, la STS de 20 de septiembre de 1982 (RJ 1982, 4920), afirma que «la herencia en situación de yacente puede ya figurar como término subjetivo de la relación jurídico procesal y, por lo tanto ocupar la posición de demandada, en cuanto a la masa o comunidad de interesados, en relación con el caudal hereditario, a la que sin ser verdadera persona jurídica se otorga transitoriamente y para fines limitados una consideración unitaria»; por ello, ciertos autores, como MARÍN GARCÍA DE LEONARDO (1991), p. 54, consideran necesario citar a los que en su día resulten herederos, salvo que la representación de la herencia se haya conferido por el testador a un albacea o exista administrador.

⁶⁴⁰ Este es el caso que resuelve la SAP de Barcelona de 26 de septiembre de 2013 (AC 2013, 2070), que desestima el recurso de apelación frente a una sentencia de primera instancia en la que no solo se estimaba la excepción de falta de legitimación pasiva (porque la demandada todavía no había aceptado la herencia), sino que también se aprecia de oficio la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario. En este caso, el actor había ejercitado acción de nulidad de la cláusula testamentaria de desheredación y reclamación de legítima frente a la nombrada heredera mediante testamento. La AP confirmó la sentencia

de 1992⁶⁴¹, confirmó la nulidad de actuaciones sentenciada por Audiencia Provincial por haber declarado en rebeldía a los herederos de doña Carmen sin haber publicado edictos para emplazar a los demás herederos desconocidos. Por ello, la doctrina civilista considera enormemente discutible que uno solo de los delados haya de soportar una demanda en que el actor le toma como representante de la herencia yacente⁶⁴².

4.5 Cuando los llamados son desconocidos o están ausentes: citación por edictos y repercusión registral

En otro orden de cosas, conviene señalar que es estrictamente preceptivo que cuando el demandante pueda ofrecer datos en la demanda relativos al domicilio del causante y de los posibles herederos así lo haga, pues en caso contrario, dicha sentencia podría rescindirse por maquinaciones fraudulentas e indefensión⁶⁴³. En este sentido, la STS de 28 de julio de 2009⁶⁴⁴ estimó la revisión de una sentencia de condena cuya demanda se había dirigido contra la herencia yacente y herederos desconocidos del causante en la que el actor, pudiendo haber señalado dos domicilios para el emplazamiento personal de la parte demandada, no lo hizo, provocando el emplazamiento por vía edictal con indefensión e impidiendo de «forma torticera y maliciosa» que el demandado tuviera conocimiento del procedimiento. Por maquinación fraudulenta se entiende aquel artificio o ardid encaminado a trasladar al órgano judicial el desconocimiento del lugar en que ha de ser citado y emplazado el demandado,

de primera instancia al considerar que el actor debería haber demandado también a sus propios hijos, pues estos se habían convertido en legitimarios tras su exclusión de la sucesión legítima, así como al «Asilo de las Hermanas de los Pobres de la Seu d'Urgell», que habían sido instituidas herederas mediante sustitución vulgar.

⁶⁴¹ RJ 1992, 3028.

⁶⁴² SÁNCHEZ HERNÁNDEZ (1997), p. 419, entiende que las reglas generales de representación de la herencia yacente deben sumarse a las exigencias de una demanda que se dirige a coherederos, por lo que es acertado afirmar que no consta que un heredero pueda, sin más, representar al resto; por lo tanto, se encuentra así una excepción en el proceso, por la implícita inclusión en el mismo de herederos desconocidos del causante, lo que conduce a la aplicación de las reglas de la comunidad hereditaria. Ello se traduce en que cuando se ejercite una acción real contra la herencia yacente se debería emplazar a todos los delados; por el contrario, si se tratase de una acción personal bastaría emplazar a uno de ellos. En igual sentido, DÍAZ MARTÍNEZ (2010), p. 37.

⁶⁴³ Excepcionalmente, la STS de 15 de diciembre de 2000 (RJ 2000, 10394) no estimó la revisión de una sentencia de condena contra la herencia yacente porque el causante había fallecido sin testamento y, a fecha de la demanda, no se había promovido todavía el expediente de declaración de herederos *abintestato*. Además, en trámite de audiencia al rebelde había sido oído uno de los herederos aceptantes, lo cual acreditaba indirectamente la posibilidad de que se hubiesen personado los demás coherederos.

⁶⁴⁴ RJ 2009, 4579. Véase también la STS de 15 de junio de 2018 (RJ 2018, 2439).

consiguiendo así su ausencia en el proceso y el éxito de la acción planteada; por ello, el TS ha establecido, en base al principio general de buena fe, un deber positivo de diligencia para todo litigante de averiguar el domicilio del demandado y así no obstaculizar su derecho de defensa. En efecto, y como bien señala la doctrina, no cabe prescindir de la llamada a juicio en forma personal cuando existe una posibilidad directa o indirecta de localizar al interesado y hacerle llegar el contenido del acto de comunicación o, si se trata del emplazamiento de los herederos, cuando resulta posible averiguar la identidad de los sucesores; es decir, el actor tiene la carga procesal de que se intente dicho acto en cuantos lugares existe base racional suficiente para estimar que pueda hallarse la persona contra la que se dirige la demanda y debe desplegar la diligencia adecuada en orden a adquirir el conocimiento correspondiente, aunque no cabe exigirle una diligencia extraordinaria⁶⁴⁵. Por tanto, este deber de averiguación de quiénes son los llamados y cuáles sus domicilios se suma, en nuestra opinión, a la larga lista de problemas que se derivan de la herencia yacente.

Por si todo ello no fuera suficiente, la cosa se complica todavía más cuando se conecta el Derecho procesal con la legislación hipotecaria, pues hace unas décadas la DGRN solía denegar las inscripciones cuya causa se hallase en una sentencia condenatoria frente a los herederos desconocidos o inciertos de la herencia yacente del causante. En este sentido, la RDGRN de 27 de octubre de 2003⁶⁴⁶, confirmatoria de la calificación negativa, podría considerarse como la primera de una serie de Resoluciones conformadoras de una invariable doctrina, hasta la de 19 de agosto de 2010⁶⁴⁷. Esta doctrina se basaba en el argumento siguiente: el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos y de interdicción de la indefensión procesal, que limita los efectos de la cosa juzgada a quienes hayan sido parte en el procedimiento, impide dar cabida en el Registro, a los exclusivos efectos de la inscripción, a una extralimitación del Juez que entrañe una indefensión procesal patente y dado que las demandas interpuestas contra la herencia yacente, comunidades de herederos o ignorados, desconocidos e inciertos herederos de una persona determinada, no equivalen al emplazamiento de la masa hereditaria aún no aceptada del titular registral fallecido, no cabe entender

⁶⁴⁵ PARDO MUÑOZ (2011), p. 28; STS de 3 de marzo de 2009 (RJ 2009, 1529), donde se puede leer: «de las actuaciones resulta acreditado que las gestiones extraprocesales que la demandante hizo para localizar al demandado, no fueron suficientes, pues una cosa es que no se le exija una diligencia extraordinaria, que ponga en riesgo la tutela judicial de quien demanda, y otra distinta es que de las actuaciones resulte la existencia de un proceder malicioso deliberadamente buscado para impedir la defensa del demandado, pues es evidente que con una mínima gestión se hubiera conocido su domicilio».

⁶⁴⁶ RJ 2003, 7669.

⁶⁴⁷ PARDO MUÑOZ (2011), pp. 35-36.

que la herencia haya sido parte en el proceso si se ha omitido el procedimiento legalmente establecido al efecto, que prevé la adopción por el Juez de las disposiciones procedentes sobre la seguridad y administración de la herencia. En definitiva, la DGRN consideraba que la demanda dirigida contra los herederos desconocidos de una persona fallecida no garantizaba una adecuada defensa de los intereses de la herencia aun no aceptada si no se adoptaban las oportunas medidas de administración y garantía de ese patrimonio de titular transitoriamente indeterminado ⁶⁴⁸.

Sin embargo, las cosas cambiaron tras la RDGRN de 19 de agosto de 2010 ⁶⁴⁹; resolución que vino a establecer una nueva doctrina, según la cual, el nombramiento judicial de un administrador de la herencia «no debe convertirse en una exigencia formal excesivamente gravosa, de manera que debe limitarse a aquellos casos en que el llamamiento a los herederos indeterminados es puramente genérico y obviarse cuando de los documentos presentados resulte que el Juez ha considerado suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente. No cabe desconocer al respecto la doctrina jurisprudencial, en la que se admite el emplazamiento de la herencia yacente a través de un posible interesado, aunque no se haya acreditado su condición de heredero ni por supuesto su aceptación. Solo si no se conociera el testamento del causante ni hubiera parientes con derechos a la sucesión por ministerio de la Ley, y la demanda fuera genérica a los posibles herederos del titular registral sería pertinente la designación de un administrador judicial». En una RDGRN posterior, de 26 de abril de 2017 ⁶⁵⁰, se reitera que «solo si no se conociera el testamento del causante ni hubiera parientes con derechos a la sucesión por ministerio de la ley, y la demanda fuera genérica a los posibles herederos del titular registral sería pertinente la designación de un administrador judicial».

⁶⁴⁸ La DGRN así lo afirmaba incesantemente: que «no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico la demanda dirigida contra desconocidos herederos de una persona fallecida, por ser una falacia que no conduce sino a una clara indefensión del patrimonio hereditario aún no aceptado»; que «la relación jurídico procesal no se constituye debidamente si la demanda no se dirige contra el legal representante de la herencia yacente, siendo por tanto imprescindible el nombramiento de oficio por el Juez de un administrador de la herencia»; que «el procedimiento ha de dirigirse contra el titular registral o, caso de fallecimiento, contra todos sus acreditados herederos, no bastando pues que se dirija contra uno solo de ellos»; y que, «en definitiva, o bien el procedimiento se sigue contra herederos ciertos y determinados (...) o, en otro caso, la representación de la herencia yacente no puede atribuirse a otra persona más que al administrador judicial que corresponde nombrar al Juez». *Vid.* RRDGRN de 25 de junio de 2005 (RJ 2005, 5398), de 24 de febrero de 2006 (RJ 2006, 1013), 18 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 8919), 21 de febrero de 2007 (RJ 2007, 1579), 5 de noviembre de 2007 (RJ 2007, 9253), 20 de noviembre de 2007 (RJ 2008, 387), 2 de octubre de 2008 (RJ 2009, 628), y 17 de marzo de 2009 (RJ 2009, 1866).

⁶⁴⁹ RJ 2010, 5011.

⁶⁵⁰ RJ 2017, 1886.

Este cambio de postura, que se ha mantenido a lo largo de los últimos tiempos⁶⁵¹, fue elogiado por cierta doctrina, que discrepaba de que el juez incumpliese esas supuestas obligaciones que, en realidad, no existían⁶⁵². Sin embargo, en nuestra opinión, supuso un claro retroceso y por eso celebramos que esta doctrina se haya matizado ligeramente⁶⁵³. Así, en primer lugar, y de acuerdo con la RDGRN de 23 de octubre de 2012⁶⁵⁴, cuando se trate de procesos ejecutivos por deudas del causante siendo sus herederos indeterminados, o por deudas de éstos herederos indeterminados –herencia yacente–, será preciso, para poder considerarse cumplimentado el tracto sucesivo, bien que se acredite en el mandamiento que se ha emplazado a alguno de los posibles llamados a la herencia, bien que se haya procedido al nombramiento judicial de un administrador de la herencia yacente. Asimismo, la RDGRN de 18 de diciembre de 2017⁶⁵⁵ recuerda que: «Esta Dirección General ha señalado respecto a la incidencia de la renuncia de los herederos en los supuestos de procedimientos seguidos contra la herencia yacente, que no evita la necesidad de nombrar administrador el hecho de que haya un pronunciamiento judicial en el que conste haberse otorgado escritura de renuncia a la herencia por parte de los herederos, pues, mediando la renuncia de los inicialmente llamados a la herencia, ésta pasa los siguientes en orden, sean testados o intestados, quienes serán los encargados de defender los intereses de la herencia. Pero también ha resuelto que distinto sería el caso de que la renuncia de los herederos se hubiera producido una vez iniciado el procedimiento de ejecución como consecuencia del requerimiento que se les había hecho en éste, pues en este caso sí habría habido posibilidad de intervención en defensa de los intereses de la herencia».

No obstante, estas matizaciones de la nueva doctrina no solucionan el problema en su conjunto, lo que ha propiciado una abundante resolución de casos

⁶⁵¹ Entre otras, RRDGRN de 11 de octubre de 2016 (RJ 2016, 5017), 24 de marzo de 2017 (RJ 2017, 1399), 3 de abril de 2017 (RJ 2017, 2339; RJ 2017, 2340), 25 de abril de 2017 (RJ 2017, 1889; RJ 2017, 2069), 26 de abril de 2017 (RJ 2017, 1886), 7 de junio de 2017 (RJ 2017, 4083), 14 de noviembre de 2017 (RJ 2017, 5207), 9 de julio de 2018 (JUR 2018, 205531), 20 de julio de 2018 (JUR 2018, 206528).

⁶⁵² PARDO MUÑOZ (2011), pp. 65-119, celebra que el rigor de la DGRN se haya suavizado y habla de «evolución favorable», pues no existe tal deber para el juez de nombrar un administrador judicial; en este sentido, DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 98, ya apuntaba que en efecto «no hay en nuestro derecho una administración preordenada para el caso de falta de aceptación por los llamados».

⁶⁵³ Cabe citar, entre otras, la RDGRN de 10 de julio de 2018 (RJ 2018, 3493), en la que se insiste en la necesidad de nombramiento de un administrador judicial para el caso de que se haya sentenciado prescripción adquisitiva frente a la herencia yacente y a los desconocidos herederos, declarados en rebeldía.

⁶⁵⁴ RJ 2012, 10998.

⁶⁵⁵ RJ 2017, 5842.

por la DGRN en la materia⁶⁵⁶; por ello, no podemos dejar de reivindicar, una vez más, la necesidad de que se reforme la institución de la herencia yacente.

4.6 Propuestas de *lege ferenda*

En nuestra opinión, queda claro que la herencia yacente es una figura que bien se podría considerar la caja de Pandora del ámbito sucesorio; por ello, se hace aconsejable corregir esta anómala situación. El legislador puede, en este sentido, tomar básicamente tres direcciones. La primera, no hacer nada y dejar que la jurisprudencia y la DGRN sigan *enfrentándose* a este tipo de circunstancias; esta opción es sin duda la menos aconsejable toda vez que los cambios de doctrina o el batiburrillo de sentencias que hemos comentado anteriormente no generan ningún tipo de seguridad jurídica.

La segunda opción de la que dispone el legislador es *parchear* situaciones concretas que, en el caso de la capacidad procesal de la herencia yacente con ausencia de administrador, bien podría resolver la previsión de una carga para el juez para que actúe de oficio y, o bien nombre un administrador de la herencia cuando conozca de una demanda frente a una herencia yacente⁶⁵⁷ —lo que podría plantear problemas en relación con su retribución⁶⁵⁸—, o bien interpele al llamado que ha sido demandado para que se pronuncie sobre si acepta o repudia el llamamiento: en otras palabras, que deba interrogarlo de oficio, y aun a pesar de que tras la reciente modificación del artículo 1005 CC por la LJV, la *interrogatio in iure* es un recurso de competencia exclusivamente notarial. De todos modos, esta solución tampoco sería la panacea, pues presenta ciertos inconvenientes, a saber: dilatar más de lo debido el proceso judicial, así como resultar de escasa utilidad si el llamado termina repudiando.

⁶⁵⁶ Se pueden citar, entre otras, las RRDGRN 2 de septiembre de 2011 (RJ 2012, 2570), 12 de julio de 2013 (RJ 2013, 6677), 20 de septiembre de 2013 (RJ 2013, 7620), 8 de mayo de 2014 (RJ 2014, 3250), 27 de junio de 2014 (RJ 2014, 4473), 5 de marzo de 2015 (RJ 2015, 6511), 4 de octubre de 2016 (RJ 2016, 5001), 22 de octubre de 2015 (RJ 2015, 6042), 22 de mayo de 2017 (RJ 2017, 2519), 22 de junio de 2017 (RJ 2017, 3925), 20 de octubre de 2017 (RJ 2017, 5851), 18 de octubre de 2017 (RJ 2017, 5860), 14 de marzo de 2018 (RJ 2018, 1209), 29 de mayo de 2018 (RJ 2018, 2505).

⁶⁵⁷ ROBLES GARZÓN (1979), p. 61, sugiere una solución parecida, pero a cargo del acreedor demandante: «la petición junto a la demanda, de que en el caso de que no exista administración se nombre uno por parte del Juez».

⁶⁵⁸ OCAÑA RODRÍGUEZ (2009), p. 722, considera que la retribución del administrador es un problema práctico importante, pues no se puede presumir que alguien esté dispuesto a trabajar de modo gratuito y es probable que el nombrado se interese por una provisión de fondos antes de aceptar el cargo. Esta última reflexión parece en efecto problemática, sobre todo si la herencia que se debe administrar es una herencia dañosa.

La tercera opción consistiría en buscar una solución omnímoda que ataje todos los inconvenientes reseñados o gran parte de ellos; en nuestra opinión, esta es la alternativa aconsejable toda vez que es más práctica y evita futuros problemas que los parches *concretos* no puedan solucionar. Una vez dicho esto, se nos ocurren al menos dos ejemplos de soluciones omnímodas: la primera, cambiar el sistema de adquisición, actualmente de corte romano según la doctrina mayoritaria y jurisprudencia, por un sistema de adquisición germánico –al igual que ya ocurre en Navarra⁶⁵⁹–: esto evitaría que la herencia estuviese yacente, salvo en los casos de delación deferida, para los que el Código Civil ya prevé la administración, como hemos dicho; la segunda, un poco menos radical, pero suficientemente resolutive, sería ordenar por ley que la administración de la herencia yacente sea obligatoria, al igual que ya ocurre en otros países de corte romanista en cuanto a la adquisición de la herencia, como Italia⁶⁶⁰.

En cualquier caso, también se puede tomar de modelo el tercer modo de adquisición hereditaria que existe en el Derecho austríaco. Según el precepto § 797 ABGB, nadie podrá tomar posesión de la herencia por su propia autoridad. El derecho a la herencia debe ser obtenido frente al tribunal, que procederá al traspaso de los bienes hereditarios para su posesión legal⁶⁶¹. Cabe señalar que aunque el precepto hable de tribunal, en realidad son los notarios los encargados de traspasar los bienes hereditarios⁶⁶². En nuestro caso, sabido es que el legislador español otorga más y más competencias en favor de los notarios, así que, ¿por qué no brindarles esta? Si el notario, al tener conocimiento del deceso de una persona que resida en el ámbito de su competencia, procediese a investigar si existe testamento o quiénes son las personas con derecho a su-

⁶⁵⁹ OCAÑA RODRÍGUEZ (2009), p. 719, afirma que en el sistema navarro no hay problema de herencia yacente, ya que según la ley 315 de la CDCFN, «la herencia se entiende adquirida desde el fallecimiento del causante».

⁶⁶⁰ El *Codice Civile* italiano prevé un capítulo dedicado a la herencia yacente (artículos 528-532). De acuerdo con dichos preceptos, cuando el llamado no esté en posesión de los bienes hereditarios y no haya aceptado, el tribunal en donde la sucesión se haya abierto, de oficio o a instancia de interesado, procederá a nombrar a un curador-administrador de la herencia yacente. El decreto de nombramiento se debe publicar en los *annunzi legali* de la provincia y debe inscribirse en el Registro de Sucesiones. Entre las obligaciones del curador, se encuentran el deber de formar inventario, ejercitar acciones, responder a las reclamaciones frente a la herencia yacente, y proceder al pago de las deudas hereditarias y legados, con la debida autorización judicial.

⁶⁶¹ Traducción al inglés por RHEINSTEIN (1935), p. 463.

⁶⁶² Afirma CHRISTANDL (2017), p. 428: «*l'acquisto dell'eredità che non avviene in virtù di un'accettazione come in Italia, né automaticamente (ex lege) come in Germania. In Austria, l'erede acquista l'eredità solo a seguito di un procedimento successorio (Verlassenschaftsverfahren), obbligatorio per le eredità il cui valore supera la soglia minima di 5.000 Euro. È in occasione di questo procedimento che l'erede dichiara la sua volontà di accettare l'eredità (Ersbantrittserklärung). Il procedimento si svolge dinanzi ad un notaio che agisce in funzione di commissario dell'autorità giudiziaria che si pronuncia, alla fine del procedimento, con la cd. Einantwortung, assegnando l'eredità agli eredi*».

ceder y las interrogase a efectos de que se manifestasen dentro de un plazo no muy extenso, estaríamos suprimiendo de manera práctica y eficiente la ingente problemática de la herencia yacente.

5. RECURSOS DE LOS ACREEDORES ANTE LA SITUACIÓN DE HERENCIA YACENTE

5.1 La denominada *interrogatio in iure*

Como bien señala la doctrina, nada impide al acreedor del causante o del llamado para requerirle, vía negociación o vía requerimiento fehaciente, que finalice la situación de provisionalidad e incertidumbre instándole a aceptar o repudiar la herencia. Esta actividad solo será útil para el caso de que consiga persuadir al llamado, pues si bien no cabe negar la trascendencia que el episodio amigable y extraprocésal pueda tener en determinados casos, tampoco puede pretenderse que la interpelación extrajudicial del delado, aun en el supuesto de realizarse fehacientemente, o incluso por conducto notarial, surta las consecuencias esperadas: esto es, que su declaración o silencio se equipare con una aceptación o una repudiación⁶⁶³.

Es por ello que nuestro Código Civil ha recogido un antiquísimo recurso para lidiar con esto: la *interrogatio* o *interpellatio in iure*. El precepto donde se regula es el 1005 CC que establece lo siguiente: «cualquier interesado que acredite su interés en que el heredero acepte o repudie la herencia podrá acudir al notario para que éste comunique al llamado que tiene un plazo de treinta días naturales para aceptar pura o simplemente, o a beneficio de inventario, o repudiar la herencia. El notario le indicará, además, que si no manifestare su voluntad en dicho plazo se entenderá aceptada la herencia pura y simplemente». Este es uno de los artículos que ha sido modificado por la LJV de 2015, pues hasta entonces la redacción original del artículo 1005 CC, que había permanecido invariable desde 1889, señalaba que «instando, en juicio, un tercer interesado para que el heredero acepte o repudie, deberá el Juez señalar a éste un término, que no pase de treinta días, para que haga su declaración; apercibido de que, si no lo hace, se tendrá la herencia por aceptada».

Tres cosas queremos resaltar sobre esta modificación. La primera, que la ley parece volver a confundir la declaración de solicitud de beneficio de inventario con un modo de aceptación, al exigir que el notario comunique al llamado

⁶⁶³ GARCÍA CAZORLA (1996), p. 5484.

que debe aceptar pura o simplemente, o a beneficio de inventario; como tendremos ocasión de señalar, el beneficio de inventario no constituye un modo de aceptación, sino que es un negocio jurídico distinto. La única justificación posible para esta nueva redacción es que se haya pretendido imponer la carga al notario de no solo pedir al llamado que «haga su declaración», como señalaba el artículo anterior, sino de *comunicarle expresamente* las tres opciones de las que dispone —en realidad dos, con la posibilidad añadida de solicitar el beneficio de inventario—. Esta interpretación es lógica toda vez que se han endurecido las consecuencias del silencio por parte del llamado, pues si en la redacción anterior únicamente se preveía que la herencia se tendría por aceptada —dejando expedita, creemos, la solicitud de beneficio de inventario posterior⁶⁶⁴—, la nueva versión *castiga* al llamado silencioso con la aceptación pura y simple⁶⁶⁵.

La segunda cuestión a destacar de la reforma es que este es uno de los recursos desplazado en favor de los notarios, siendo éstos hoy en día los únicos competentes para desempeñar tal función. Este desplazamiento de la competencia presenta, como todo, *pros y contras*⁶⁶⁶: el principal inconveniente que entraña es el incremento de los costes a cargo de los acreedores —o cualquier otro interesado— a la hora de ejercitar un derecho tan legítimo como la reclamación de los créditos pendientes⁶⁶⁷; de otra parte, la posible ventaja de que se

⁶⁶⁴ MANRESA NAVARRO (1943), pp. 412-413, afirmaba que el precepto solo suponía la aceptación y por lo tanto, el heredero era aún libre de usar el derecho concedido en el artículo 998 CC; PÉREZ ÁLVAREZ (2016), pp. 21-22, recuerda que la versión anterior del precepto «había motivado que por algunos autores se entendiese que todavía asistía al heredero la facultad de servirse del beneficio de inventario en el ámbito temporal de los treinta días posteriores *ex* artículo 1015 CC»; razón por la que critica que no se haya modificado correlativamente el artículo 1015 CC, que sigue concediendo el plazo de treinta días después de haber expirado el plazo del artículo 1005 CC. En otro orden de cosas, LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (2016), p. 140, señala que «respecto de la redacción anterior, creemos que el heredero requerido, en base al artículo 1005, podría también contestar que hace uso del derecho de deliberar»; eso hace que nos cuestionemos si de acuerdo con la nueva redacción es posible o no que el interpelado conteste que hace uso del derecho de deliberar, al no ser una de las opciones contempladas por el artículo 1005 CC.

⁶⁶⁵ Como señalan SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), p. 170, lo que se ha establecido es una «presunción *iuris et de iure* de aceptación pura y simple, que desplegará sus efectos salvo que se acredite haber realizado también ante notario, la repudiación o la solicitud del beneficio de inventario». En opinión de LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (2016), p. 146, el silencio solo podrá traer aparejada la aceptación pura y simple en caso de culpa o negligencia del heredero, y no si, por ejemplo, se le hubiese requerido de forma incorrecta. Señala el autor que «carece de sentido que ante una misma sanción en los artículos 1017, 1018, 1019 y 1005 del CC, se exigiera en los tres primeros la culpa o negligencia del heredero y no en el contemplado en el artículo 1005».

⁶⁶⁶ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (2016), p. 139, considera que la atribución al notario de la *interrogatio in iure* es positiva, «pues despeja cualquier duda sobre si debe o no ejercitarse en un procedimiento contencioso».

⁶⁶⁷ Conviene recordar que, tal y como expresa el propio Preámbulo de la LJV, Exponendo VIII, «en la medida en que la presente Ley de la Jurisdicción Voluntaria desjudicializa y encomienda a notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles determinados expedientes en exclusividad, se prevé que los

atribuya la competencia al notario es que los llamados a suceder tendrán ocasión de informarse ante el técnico de qué significa el beneficio de inventario y qué ventajas trae aparejadas⁶⁶⁸; además de «evitar que la *interpellatio* se atasque en el juzgado»⁶⁶⁹.

El tercer y último comentario que merece esta reforma tiene que ver con el término, pues si con la antigua redacción parecía que el juez tenía capacidad discrecional para fijar el plazo no superior a treinta días⁶⁷⁰, con la nueva parece que el plazo es único de treinta días naturales⁶⁷¹. Además, la doctrina civilista solía considerar que el plazo era prorrogable⁶⁷², criterio que ya no creemos deba sostenerse ahora⁶⁷³. En nuestra opinión, más que de si el plazo es prorrogable o no, deberíamos preocuparnos, como hace el legislador catalán, por que la *comunicación notarial* sea efectiva; en este sentido, el artículo 461-12.3 CCCat exige que «el requerimiento personal al llamado debe hacerse, como mínimo, dos veces en días diferentes. Si este requerimiento deviene infructuoso, el notario debe realizar el requerimiento por correo certificado y, en caso de que no pueda notificarse, debe realizarse mediante edictos publicados en los dos periódicos de mayor tirada».

Dejando de lado la reforma, conviene señalar que la finalidad de este recurso reside en evitar los perjuicios que se puedan irrogar al prolongarse durante largo tiempo la incertidumbre sobre la sucesión⁶⁷⁴. Las consecuencias del silencio

ciudadanos que tengan que acudir a los mismos puedan obtener el derecho de justicia gratuita, para evitar situaciones de imposibilidad de ejercicio de un derecho, que hasta ahora era gratuito, por falta de medios».

⁶⁶⁸ FEÁS COSTILLA (2014), p. 149, afirma que «el notario sigue siendo asesor del derecho vivo. Y lo que de verdad acabará mereciendo la pena de nuestra profesión oficial es que día a día siga sirviendo de ayuda a la gente, que tanto lo necesita». Además, conviene traer a colación las garantías extras que se reflejan en el criterio de LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (2016), p. 144, quien considera que, aunque el artículo 1005 CC no impone la notificación personal, «dada la trascendencia de la misma consideramos lo prudente que se haga personalmente por el notario y eso sí, cuando deba hacerlo en términos municipales en los que el notario carezca de competencia territorial procederá, a nuestro juicio, el exhorto notarial».

⁶⁶⁹ FEÁS COSTILLA (2014), p. 158.

⁶⁷⁰ ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 277; Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 466.

⁶⁷¹ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), p. 170.

⁶⁷² LACRUZ BERDEJO (1981), p. 85, da por buena la interpretación de que el plazo del artículo 1005 es prorrogable, «por tratarse de un plazo procesal». En contra, O'CALLAGHAN MUÑOZ (1993), p. 2381, señala que «la doctrina, en general, ha mantenido que por razones justificadas, sí puede el Juez prorrogar este plazo, pero es muy discutible. Más bien hay que mantener lo contrario», entre otras razones, cree el autor, «porque es un plazo procesal y por tanto, de caducidad, que no admite prórroga ni interrupción ni suspensión».

⁶⁷³ No obstante, FEÁS COSTILLA (2014), p. 159, señala que «es seguro que el testador puede prever un plazo mayor o menor que el de treinta días del artículo 1005; aunque la ampliación del plazo legal no podría perjudicar a terceros», y así, de esta forma, el testador estaría «facilitando el duelo». Este autor también considera que sería posible que el testador impusiese que «la herencia se tenga por repudiada en caso de silencio, porque el interpelado no acepte ni repudie en plazo».

⁶⁷⁴ ALBALADEJO GARCÍA (1952), p. 933; GARCÍA CAZORLA (1996), p. 5485; ESPEJO LERDO DE TEJADA (2010), p. 1098.

son en este sentido claras: se entenderá que el requerido ha aceptado la herencia de manera pura y simple⁶⁷⁵; consecuencia tan dura, que sirvió de argumento, como dijimos, para quienes sostenían que nuestro sistema de adquisición era automático al equiparar el silencio con la pérdida del *ius delationis*, esto es, con la pérdida del derecho a repudiar la herencia. Y es que no en vano, la solución parece que debiese ser la opuesta, desde una perspectiva histórica y comparada⁶⁷⁶.

En cuanto a los presupuestos, se puede decir que son tres: en primer lugar, es requisito de la acción que la interponga un interesado, pero valdrá que la interponga «cualquier interesado»; parece pues que el legislador quiso así cerrar un viejo debate de la doctrina civilista sobre si la anterior expresión «tercer interesado» debía interpretarse amplia o restrictivamente⁶⁷⁷.

⁶⁷⁵ O'CALLAGHAN MUÑOZ (1993), p. 2382, señala que «ante el silencio del titular del *ius delationis*, se impone por ley su aceptación de la herencia. Parece una presunción *iuris et de iure*, pero hay que tener en cuenta que este tipo de presunción, que no admite prueba en contra, no es verdadera presunción, sino una simple imposición legal»; es decir, que el precepto «impone, efectivamente, que la herencia es aceptada, mal que le pese a quien, con su conducta pasiva, dio lugar a ello».

⁶⁷⁶ Como señala cierta doctrina (entre otros, GARCÍA VALDECASAS 1944, p. 92; DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN 1967, p. 466; JORDANO FRAGA 1990, pp. 28-29), en Derecho romano la solución era justamente la contraria: la omisión de declaración se consideraba renuncia; así, una vez transcurrido el plazo sin que se hubiese hecho la adición, y repudiada la herencia, se pasaba a interrogar a los instituidos en segundo o en tercer grado y a los herederos intestados. Si el resultado de todas estas interrogaciones era infructuoso, se procedía a la *bonorum venditio*. Eventualmente se le nombraba a la herencia un curador para la administración temporal. Todo esto cambió con JUSTINIANO, quién atribuyó distinta consecuencia al silencio del interrogado: al heredero que dejaba transcurrir el término sin manifestarse en uno u otro sentido, se le consideraba aceptante; este es el criterio que se mantuvo en nuestra tradición jurídica hasta la actualidad. De otra parte, el artículo 461-12 CCCat establece esa tradicional consecuencia romana, al señalar que «las personas interesadas en la sucesión, incluidos los acreedores de la herencia o del llamado, pueden solicitar al notario, una vez haya transcurrido un mes a contar desde la delación, que requiera personalmente al llamado a fin de que, en el plazo de dos meses, le manifieste si acepta o repudia la herencia, con advertencia expresa de que, si no la acepta, se entiende que la repudia. (...) Una vez transcurrido el plazo de dos meses sin que el llamado haya aceptado la herencia en escritura pública, se entiende que la repudia, salvo que sea un menor de edad o una persona con la capacidad modificada judicialmente, en cuyo caso se entiende que la acepta a beneficio de inventario». Como se puede observar, el legislador catalán no solo ha previsto unos plazos mayores, tanto de duelo, como para la declaración, sino que ha establecido la consecuencia más segura: la equiparación de la omisión con la repudiación de la herencia; salvo para el caso de los menores o las personas con la capacidad modificada judicialmente, a quienes protege a través de una aceptación con beneficio de inventario. Por último, el artículo 481 CCit también establece que, una vez transcurrido el término fijado por la autoridad judicial sin que el llamado hubiese hecho declaración, éste perderá el derecho de aceptar. Esta *actio interrogatia* es considerada por la doctrina (CICU 1961, p. 168; FERRI 1997, p. 316) como un recurso para abreviar el plazo de prescripción del derecho a aceptar (10 años *ex* artículo 480 CCit).

⁶⁷⁷ Sobre esta cuestión, ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 276, había dicho en su momento que «desde luego —y tanto si a la expresión tercer interesado es atribuido un sentido no técnico equivalente a cualquier interesado, como si sucede lo contrario— parece indudable que la acción corresponde a los legatarios, cuyo derecho pueda ser considerado como crédito contra la herencia o contra el heredero, a cualquier acreedor del causante, probablemente a cualquier acreedor del llamado, y, en general, a cuantos puedan alegar y justificar un interés legítimo en que se llegue a la determinación de la persona que haya de asumir las titularidades del difunto»; sin embargo, «por lata que sea la interpretación, no pueden quedar comprendidas en la tan repetida frase aquellas personas a las que el testador o la ley colocan en situación de subordinación en el llamamiento, así los sustitutos y quienes por virtud del llamamiento legal hayan de ostentar el

En segundo lugar, y por obvio que parezca, otro de los presupuestos para que prospere la acción es que el llamado no hubiere realizado actos que impliquen aceptación tácita de la herencia, por una parte, ni actos que lleven aparejada la aceptación pura y simple de la herencia como sanción por la sustracción u ocultación de bienes de la herencia, de otra⁶⁷⁸.

Por último, es necesario que el acreedor o cualquier otro interesado esperen el plazo que indica el artículo 1004 CC, de acuerdo con el cual «hasta pasados nueve días después de la muerte de aquel de cuya herencia se trate, no podrá intentarse acción contra el heredero para que acepte o repudie»⁶⁷⁹; se trata, como dice la doctrina, de un plazo mínimo establecido como muestra de respeto a la memoria del difunto y al dolor de los herederos⁶⁸⁰. No obstante, se ha defendido que dicho plazo podría ser ampliado o reducido por el testador, aunque dicha ampliación no podría perjudicar a legitimarios ni a acreedores, y solo vincularía a los herederos⁶⁸¹.

5.2 La intervención judicial de la herencia yacente

Otro recurso o remedio muy útil para los acreedores del causante es el de la intervención judicial de la herencia yacente⁶⁸². Y es que parece que el legis-

derecho si el llamado no lo acepta; éstos, a mi juicio, han de estar a las resultas de lo que el llamado resuelva, y han de respetar, asimismo, que la delación subsista todo el tiempo que la ley consienta, sin que les sea posible compeler al llamado para que acepte o repudie». DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 466, consideró que por tercer interesado también habría de incluirse a los coherederos, criterio que compartimos, pues la tardanza del co-llamado en aceptar o repudiar dilata su derecho de acrecimiento, así como la acción de partición. En Italia, FERRI (1997), p. 318, entiende que también está legitimado para utilizar este recurso el administrador o *curatore* de la herencia yacente.

⁶⁷⁸ GARCÍA CAZORLA (1996), pp. 5488-5490.

⁶⁷⁹ Como señala la doctrina (MANRESA NAVARRO 1943, p. 429; GARCÍA CAZORLA 1996, p. 5488), este precepto halla su fundamento directo en las Leyes de Partidas, que señalaban: «*Otrosí, defendemos que por debdas que el muerto deviesse, que ninguno non sea osado de preñar nin emplazar por ellas a sus herederos hasta que pasen nueve días que finió*» (7.9.13). En cuanto a la duración y al inicio del plazo, conviene recordar que en el CCCat, el plazo es de un mes y no empieza a correr sino a partir de la delación; por ello, GARCÍA CAZORLA (1996), pp. 5486-5487, considera que las diferencias entre el CC y el CCCat «son notorias toda vez que no solo afectan a la duración del plazo en concreto del término inicial sino también al momento o *dies a quo* a partir del cual se ha de comenzar a efectuar el cómputo de dicho término, a saber: desde la muerte, para el derecho común, y a partir de la delación hereditaria a favor del llamado, en el Derecho catalán». Consideramos con el autor que la regulación catalana es «más coherente» toda vez que uno de los presupuestos para el ejercicio de la acción, incluso en el derecho común, es que «exista *ius delationis* a favor del interpelado», no pudiendo prosperar si la delación todavía no existe por hallarse el llamamiento sometido a condición suspensiva; *vid.*, O'CALLAGHAN MUÑOZ (1993), p. 2381.

⁶⁸⁰ Por todos, DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 465.

⁶⁸¹ Así lo considera FEÁS COSTILLA (2014), pp. 157-158.

⁶⁸² Tras la supresión de los antiguos juicios de testamentaría o *ab intestato*; de hecho, GARCÍA RUBIO (1989), pp. 189-190, se refería precisamente a ellos como solución para los acreedores hereditarios que no deseen ver amenazados sus derechos sobre el patrimonio del difunto en caso de aceptación pura y simple.

lador, consciente por una vez, aunque no con la amplitud deseable, de la posibilidad de que nadie se haga cargo de la herencia de una determinada persona, bien porque no existan familiares o herederos conocidos –en cuyo caso se prevé una actuación de oficio por parte de los tribunales–, o bien porque aun habiendo llamados a suceder, a todos o a algunos de ellos, o a terceros (véase un acreedor, especialmente si hay inactividad por los llamados) les interese el aseguramiento de los bienes hereditarios, ha previsto una especie de medida cautelar o precautoria⁶⁸³, que es la intervención judicial de la herencia⁶⁸⁴.

Esta especial prerrogativa se regula en los artículos 791 y ss. LEC, y está en principio destinada a regular la realización perentoria por los órganos jurisdiccionales⁶⁸⁵ de aquellas actuaciones esenciales y útiles, en los casos en que conste el fallecimiento de una persona en situaciones aparentes de desamparo⁶⁸⁶. Es decir, el procedimiento está previsto para los casos en que se tenga noticia del fallecimiento de una persona y no conste existencia de testamento, ni de ascendientes, descendientes, cónyuge supérstite o persona en situación de hecho asimilable (pareja de hecho), ni colaterales hasta cuarto grado; o todos ellos estén ausentes o alguno de ellos sea menor o incapacitado y no tenga

⁶⁸³ PAZ RUBIO *et al.* (2000), p. 1249. En opinión de PÉREZ-CRUZ MARTÍN (2004), p. 445, se trata de medidas de carácter «provisionalísimas, humanitarias y de aseguramiento del patrimonio hereditario».

⁶⁸⁴ Este recurso es muy similar al procedimiento de *apposizione dei sigilli* regulada en el sistema italiano. El precintado de los bienes sucesorios es una materia regulada en el *Codice de procedura civile* italiano, en los artículos 752 y ss. Se trata de un procedimiento que, según DI MARZIO (2013), pp. 226-264, consiste en la aplicación de un distintivo a un «contenedor» de bienes muebles, normalmente inmueble, para impedir la sustracción de bienes hereditarios. Este procedimiento ha sido criticado por algunos autores que consideraron que el precintado de los bienes hereditarios es uno de los hechos más graves que se pueden imaginar en un ordenamiento que reconoce la propiedad, la sucesión, la autonomía del sujeto, porque constituye esencialmente una separación del bien, aun temporánea, del sujeto; debido a su excepcionalidad, la institución del precintado fue sometida a cuestión de constitucionalidad en el año 2000, y la *Corte Costituzionale* declaró que tal cuestión era manifiestamente infundada, y que por tanto, el procedimiento de precintado era conforme a las normas constitucionales (Sentencia de 28 de julio de 2000, n. 400). El procedimiento de precintado solo encuentra aplicación en el tiempo comprendido entre la apertura de la sucesión y la aceptación de la herencia; esto es, el procedimiento tiene como objeto la conservación del patrimonio hereditario a falta de heredero cierto («*in mancanza di un erede certo*» es la expresión que utiliza la *Corte* en la *Cass.* 5 de septiembre de 1969, n. 3058). Entre el abanico de personas legitimadas para solicitarlo se encuentran los acreedores hereditarios; legitimación evidente, toda vez que el patrimonio sucesorio constituye la garantía genérica del crédito que ostentan. La doctrina es pacífica a la hora de considerar que el objeto de este procedimiento solo pueden constituirlo los bienes muebles, ya que los bienes inmuebles no son susceptibles de sustracción; si bien, el precintado de los bienes inmuebles se consiente en cuanto a que puede ser requisito instrumental para la conservación de los bienes muebles contenidos en el susodicho inmueble.

⁶⁸⁵ La competencia objetiva para llevar a cabo esta intervención del caudal hereditario corresponde a los juzgados de Primera Instancia (excepcionalmente, a la jurisdicción militar), y en cuanto a la competencia territorial, el criterio es el del lugar en el que el fallecido hubiera tenido su último domicilio en España, cuando deba proceder *ex officio*, y a éstos o a los del lugar donde se hallase la mayor parte de los bienes, si hubiese instancia de parte (artículo 52 LEC).

⁶⁸⁶ PAZ RUBIO *et al.* (2000), p. 1248.

representante legal. No obstante, el artículo 792 LEC también prevé la posibilidad de que ciertos sujetos puedan solicitar dicha intervención, a saber: el cónyuge o cualquiera de los parientes que se crea con derecho a sucesión legítima, siempre que acrediten haber promovido la declaración de herederos abintestato ante notario⁶⁸⁷; cualquier coheredero o legatario de parte alícuota, al tiempo de solicitar la división judicial de la herencia (salvo cuando esta intervención hubiera sido expresamente prohibida por el testador); y los acreedores reconocidos como tales por el testador o por los coherederos y los que tengan su derecho documentado en título ejecutivo. Como señala la doctrina, los acreedores en quienes no concurren estas circunstancias habrán de accionar contra los causahabientes en el juicio común que corresponda; por suerte, y a diferencia de lo que ocurría con la LEC 1881, no se requiere que el crédito carezca de garantía real o de otra índole⁶⁸⁸.

Las actuaciones que se pueden llevar a cabo difieren ligeramente dependiendo de si la intervención se ha acordado de oficio o a petición de parte. Si se ha acordado de oficio, el Tribunal, a mayores, adoptará las medidas indispensables para el enterramiento del difunto y la averiguación de si la persona ha muerto con disposición testamentaria o sin ella, ordenando, a tal efecto, que se traiga a los autos certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad, así como el certificado de defunción luego que sea posible. A falta de otros medios, el tribunal ordenará que sean examinados los parientes, amigos o vecinos del difunto sobre el hecho de haber muerto éste abintestato y sobre si tiene parientes con derecho a la sucesión legítima. Para cualquiera de las dos formas de iniciación de la intervención (de oficio o a petición de parte), el Tribunal, por medio de auto, mandará ocupar los libros, papeles y correspondencia del difunto, así como el inventario de los bienes, disponiendo lo que proceda sobre su administración, y pudiendo nombrar, a tal efecto, a una persona que, con cargo al caudal hereditario, efectúe y garantice el inventario y su depósito⁶⁸⁹.

Lo que convierte a este procedimiento en *agua de mayo* para los acreedores es la facultad que se les confiere, junto a los llamados, para conocer el esta-

⁶⁸⁷ El artículo 792.1.1.º LEC en realidad señala que estos parientes con derecho a sucesión pueden solicitar la intervención judicial cuando acrediten haber promovido declaración de herederos *abintestato* ante notario, «o se formule solicitud de intervención del caudal hereditario al tiempo de promover la declaración judicial de herederos», mas esta última coletilla del precepto habrá de interpretarse hecha en relación a la declaración notarial de herederos, pues hoy en día solo los notarios ostentan la competencia para ello.

⁶⁸⁸ PAZ RUBIO *et al.* (2000), p. 1253.

⁶⁸⁹ En efecto, y como señala la doctrina (PÉREZ-CRUZ MARTÍN 2004, p. 450), se debe distinguir entre medidas que tengan un carácter personal (enterramiento del difunto) y las de carácter real (aseguramiento de bienes, libros, etc.): así, respecto del enterramiento, el tribunal dispondrá lo que proceda, mientras que de las restantes dispondrá solo las medidas más indispensables.

do de la herencia, esto es, para saber si ésta es pasiva o activa, ya que este cauce implica la necesaria formación de inventario en el que habrán de incluirse todos los elementos del activo, así como del pasivo. En efecto, el artículo 793 LEC señala que, una vez acordada la intervención, el tribunal, por medio de auto, ordenará la adopción de las medidas indispensables para la seguridad de los bienes, así como señalará día y hora para la formación de inventario, mandando citar, si existieren, al cónyuge sobreviviente, los parientes que pudieran tener derecho a la herencia y fueren conocidos en caso de ausencia de testamento, o los herederos o legatarios de parte alícuota, amén de los acreedores a cuya instancia se hubiere decretado la intervención del caudal hereditario así como, en su caso, los que estuvieren personados en el procedimiento de división de la herencia⁶⁹⁰. Una vez citados, el letrado de la Administración de Justicia formará inventario con los que concurran, ateniéndose a las normas que hubiese establecido el testador, de ser el caso; en lo que respecta al *quorum*, cabe señalar que la ausencia de alguno o varios de los citados no constituye obstáculo para la práctica de la diligencia, que se entenderá con los presentes⁶⁹¹.

Pero la utilidad de este cauce no reside únicamente en la previsión legal de administración obligatoria, sino también en que la propia Ley de Enjuiciamiento Civil dedica varios artículos a regular esta administración. Conviene destacar, por tanto, el deber general de prestar caución⁶⁹², el deber de rendir

⁶⁹⁰ El artículo también establece la obligatoriedad de citar al Ministerio Fiscal, cuando pudiere haber parientes desconocidos con derecho a sucesión legítima, o alguno de los parientes conocidos, herederos o legatarios de parte alícuota no pudiere ser citado personalmente por no ser conocida su residencia, o cuando cualquiera de los interesados fuere menor o incapacitado y sin representante legal, o, en última instancia, al abogado de Estado o de las Comunidades Autónomas, cuando no constara testamento ni parientes con derecho a sucesión legítima.

⁶⁹¹ PAZ RUBIO *et al.* (2000), p. 1254, señalan que si alguno de los herederos solicitase el *spatium deliberandi* o hubiese aceptado la herencia con beneficio de inventario, habrá de convocarse además a todos los legatarios, y no solo a los legatarios de parte alícuota, y a todos los acreedores que fueren conocidos, siempre que presenten un título de su crédito. De hecho, PÉREZ-CRUZ MARTÍN (2004), pp. 472 y ss., afirma que «en el inventario deberán incluirse todos los bienes y derechos del causante, así como las escrituras, documentos y papeles de importancia que se hayan encontrado en el domicilio o residencia del causante, siendo recomendable la mención de las deudas y obligaciones a fin de facilitar la administración del patrimonio relicto»; asimismo, cree el autor, que el inventario debería reflejar también la condición de los bienes cuando fueran de aplicación normas sucesorias sobre bienes parafernales o troncales. Si hubiese controversia sobre la inclusión o exclusión de bienes, la misma se resolverá, previa citación a los interesados, en una vista que se tramitará conforme a lo previsto para el juicio verbal (artículo 794.4 LEC).

⁶⁹² Según el artículo 795 LEC, el administrador deberá prestar caución bastante a responder de los bienes que se le entreguen, y que será fijada por el tribunal; aunque podrá este dispensar de la caución al cónyuge viudo o al heredero cuando tengan bienes suficientes para responder de los que se le entreguen; o podrán los herederos y legatarios de parte alícuota dispensar al administrador del deber de prestar caución. Para PAZ RUBIO *et al.* (2000), p. 1257, la relevación de fianza no es irrevocable, pudiendo cualquiera de los que consintieron la dispensa solicitar del Juez, con justa causa sobrevenida, que se requiera al administrador para prestarla, a lo que se accederá cuando consten acreditados los motivos aducidos y, cuando menos, por la porción del peticionario.

cuentas periódicas⁶⁹³ y cuentas finales⁶⁹⁴, el deber de conservar los bienes hereditarios⁶⁹⁵, y el derecho a una retribución legal⁶⁹⁶.

Pero de todas las previsiones de la LEC, nos interesa especialmente la del artículo 798 LEC, cuando señala que «mientras la herencia no haya sido aceptada por los herederos, el administrador de los bienes representará a la herencia en todos los pleitos que se promuevan o que estuvieren principados al fallecer el causante y ejercerá en dicha representación las acciones que pudieran corresponder al difunto, hasta que se haga la declaración de herederos».

⁶⁹³ El artículo 799 LEC ordena que «el administrador rendirá cuenta justificada en los plazos que el tribunal le señale, los que serán proporcionados a la importancia y condiciones del caudal, sin que en ningún caso puedan exceder de un año. Al rendir la cuenta, el administrador consignará el saldo que de la misma resulte o presentará el resguardo original que acredite haberlo depositado en el establecimiento destinado al efecto. En el primer caso, el letrado de la Administración de Justicia acordará inmediatamente mediante diligencia el depósito y, en el segundo, que se ponga en los autos diligencia expresiva de la fecha y cantidad del mismo. Para el efecto de instruirse de las cuentas y a fin de inspeccionar la administración o promover cualesquiera medidas que versen sobre rectificación o aprobación de aquéllas, serán puestas de manifiesto en la Oficina judicial a la parte que, en cualquier tiempo, lo pidiere»; por último, conviene señalar que el fallecimiento del administrador no extingue la obligación de rendir cuentas, sino que la misma se transmite a sus herederos, tal y como señala PAZ RUBIO *et al.* (2000), p. 1263.

⁶⁹⁴ Conforme al artículo 800 LEC, «cuando el administrador cese en el desempeño de su cargo, rendirá una cuenta final complementaria de las ya presentadas. Todas las cuentas del administrador, incluso la final, serán puestas de manifiesto a las partes en la Oficina judicial, cuando cese en el desempeño de su cargo, por un término común, que el letrado de la Administración de Justicia señalará mediante diligencia según la importancia de aquéllas. Pasado dicho término sin hacerse oposición a las cuentas, el letrado de la Administración de Justicia dictará decreto aprobándolas y declarando exento de responsabilidad al administrador. En el mismo decreto mandará devolver al administrador la caución que hubiere prestado. Si las cuentas fueren impugnadas en tiempo hábil, se dará traslado del escrito de impugnación al cuentadante para que conteste conforme a lo establecido en el artículo 438. Las partes, en sus respectivos escritos de impugnación y contestación a ésta, podrán solicitar la celebración de vista, continuando la tramitación con arreglo a lo dispuesto para el juicio verbal».

⁶⁹⁵ El artículo 801 LEC ordena que «el administrador está obligado bajo su responsabilidad, a conservar sin menoscabo los bienes de la herencia, y a procurar que den las rentas, productos o utilidades que corresponda. A este fin deberá hacer las reparaciones ordinarias que sean indispensables para la conservación de los bienes. Cuando sean necesarias reparaciones o gastos extraordinarios, lo pondrá en conocimiento del Juzgado, el cual, oyendo en una comparecencia a los interesados que menciona el apartado 3 del artículo 793, en el día y hora que a tal efecto se señale por el letrado de la Administración de Justicia, y previo reconocimiento pericial y formación de presupuesto resolverá lo que estime procedente, atendidas las circunstancias del caso». Además, el artículo 803 LEC prohíbe al administrador enajenar bienes inventariados, salvo los que puedan deteriorarse, los que sean de difícil y costosa conservación, los frutos para cuya enajenación se presenten circunstancias que se estimen ventajosas, y los demás bienes cuya enajenación sea necesaria para el pago de deudas, o para cubrir otras atenciones de la administración de la herencia.

⁶⁹⁶ El artículo 804 LEC señala que «el administrador no tendrá derecho a otra retribución que la siguiente: 1.º Sobre el producto líquido de la venta de frutos y otros bienes muebles de los incluidos en el inventario, percibirá el 2 por 100. 2.º Sobre el producto líquido de la venta de bienes raíces y cobranza de valores de cualquier especie, el 1 por 100. 3.º Sobre el producto líquido de la venta de efectos públicos, el medio por 100. 4.º Sobre los demás ingresos que haya en la administración, por conceptos diversos de los expresados en los párrafos precedentes, el letrado de la Administración de Justicia le señalará del 4 al 10 por ciento, teniendo en consideración los productos del caudal y el trabajo de la administración. También podrá acordar el letrado de la Administración de Justicia, mediante decreto, cuando lo considere justo, que se abonen al administrador los gastos de viajes que tenga necesidad de hacer para el desempeño de su cargo».

Otra circunstancia positiva de esta intervención judicial es que, de acuerdo con el artículo 795 LEC, una vez hecho el inventario, el tribunal determinará lo que corresponda sobre la administración, custodia y conservación del caudal hereditario. Para ello, el precepto recoge una vez más la máxima de que la voluntad del testador es ley, pues el tribunal también deberá atenerse a cualquier previsión que hubiese realizado el testador en lo relativo a la administración, custodia y conservación del caudal hereditario. En defecto de disposición testamentaria al efecto, el tribunal procederá a depositar el metálico y efectos públicos con arreglo a derecho, y a nombrar administrador al viudo o viuda y, en su defecto, al heredero o legatario de parte alícuota que tuviere mayor parte en la herencia. A falta de éstos, o si no tuvieran, a juicio del tribunal, la capacidad necesaria para desempeñar el cargo, podrá el tribunal nombrar administrador a cualquiera de los herederos o legatarios de parte alícuota, si los hubiere, o a un tercero. Por lo tanto, parece sensato concluir que, a falta de testamento o disposición testamentaria relativo a estas cuestiones, y siempre que se proceda a intervenir el caudal hereditario, el tribunal deberá nombrar a un administrador.

No obstante, este cauce procedimental presenta una disconformidad con las normas civiles cuando ordena que la intervención judicial de la herencia cesará «cuando se efectúe la declaración de herederos, a no ser que alguno de ellos pida la división judicial de la herencia, en cuyo caso podrá subsistir la intervención, si así se solicita, hasta que se haga entrega a cada heredero de los bienes que les hayan sido adjudicados» (artículo 796 LEC). Este precepto parece asimilar la declaración de herederos con la aceptación, o cuando menos, con la adquisición de la herencia, lo que no es así⁶⁹⁷, pues como hemos dicho, por norma general la adquisición no se produce antes de la aceptación, bien tácita, bien expresa.

6. EL PAGO Y COBRO DE DEUDAS MIENTRAS LA HERENCIA ESTÁ YACENTE

Cabe finalizar este estudio sobre la herencia yacente analizando cómo se podrían pagar deudas o cobrar créditos si la herencia estuviese yacente y no se hubiese nombrado ningún administrador al efecto.

En primer lugar, y en relación con el pago de deudas, hemos tenido ocasión ya de señalar que el tiempo que media entre la muerte del causante y la

⁶⁹⁷ FEÁS COSTILLA (2014), p. 169, señala claramente que «instar el acta no implica aceptación tácita», pero, en cualquier caso, aconseja «para evitar riesgos, si sabemos que es probable que el requirente repudie, sería bueno hacer constar que requiere el acta para estar cierto de su derecho a la herencia y decidir si la acepta o la repudia».

aceptación por parte de los herederos es bastante problemático, ya no solo porque no haya de existir necesariamente un administrador-liquidador encargado del pago de las deudas ya vencidas del difunto, sino también porque puede ocurrir que la deuda venza estando la herencia yacente. En este caso cabe preguntarse a quién ha de reclamar extrajudicialmente el acreedor, y si es o no suficiente con la reclamación extrajudicial al llamado no-aceptante para constituir al futuro heredero en mora (artículo 1100 CC). En nuestra opinión, no debería ser posible constituir al llamado en mora, ni siquiera si terminase aceptando la delación, y a pesar de la retroacción prevista en el artículo 989 CC. Ello por dos razones: primero, porque en el momento en el que es reclamado todavía no es técnicamente deudor y, por lo tanto, no está obligado al pago; segundo, porque admitir mora en el caso de que termine aceptando podría disuadir de aceptar al que ha tomado la legítima decisión de deliberar.

Además, y en relación con el pago o la ejecución de deudas hereditarias, conviene traer a colación la RDGRN de 5 de octubre de 2015⁶⁹⁸. En este caso se había instado reclamación por responsabilidad civil a causa de un intento de asesinato, frente a los herederos de quien había sido condenado por tal delito y fallecido poco después en prisión, esto es, frente a la viuda y su único hijo. El Juzgado de Primera Instancia, mediante auto, los declaró sucesores del agresor, y por decreto se despachó ejecución contra los mismos; posteriormente, y también por Decreto, se acordó el embargo de la vivienda de la que era titular el agresor-causante; pero el Registro se negó a inscribir el embargo porque no se había instado la declaración de herederos abintestato, documento necesario si se sostenía, como era el caso, que se trataba de una deuda del heredero, en aplicación del artículo 166.1.º RH. Este precepto establece una distinción entre deudas del difunto y deudas propias del heredero: en el primer caso, «se expresará la fecha del fallecimiento de éste»; en el segundo, «se harán constar las circunstancias del testamento o declaración de herederos y de los certificados del Registro General de Actos de Última voluntad y de defunción del causante». Por fortuna, la DGRN estimó el recurso en el sentido de considerar que al tratarse de deudas del propio titular registral no era necesario que se hagan constar las circunstancias del testamento o declaración de herederos.

En cuanto al cobro de créditos pendientes, la doctrina ha hecho notar la posibilidad de que a la muerte del causante queden créditos pendientes de cobro; y si se trata de que la herencia llegue en las mejores condiciones al heredero, parece conveniente que el «impasse» que supone la yacencia no impida que los deudores vayan pagando: el problema será pues a quién podrán dirigir-

⁶⁹⁸ RJ 2015, 6562.

se estos deudores para realizar el pago⁶⁹⁹. En este caso, lo habitual será que, no habiendo un titular que reclame el pago de las deudas pendientes, los deudores no tengan prisa alguna por pagar; pero podría ocurrir que sí: piénsese, por ejemplo, en un deudor que desea pagar su deuda a tiempo porque se había establecido una cláusula penal que habría de pagar llegado el vencimiento o al que se le aplica cualquier tipo de liquidación anticipada del daño. En este caso, si la herencia está yacente, puede ocurrir que el deudor no tenga claro a quién debe efectuar el pago: en primer lugar, porque no es necesario que exista administrador de la herencia yacente; en segundo lugar, porque quienes están llamados a suceder podrían terminar repudiando el llamamiento. No cabe duda de que si existiese administrador, esto facilitaría enormemente las cosas al deudor que desea pagar, pues aquel estaría plenamente legitimado para el cobro. No ocurre lo mismo en el caso de que el deudor decida pagar a quien presupone será heredero, pues si termina repudiando el llamamiento, el *solvens* que hubiese pagado tendría una acción de regreso contra el *accipiens*; además, si finalmente son varios coherederos, el llamado-aceptante debería, en principio, traer a la masa patrimonial sucesoria lo que hubiese percibido.

No obstante, si el deudor ofreció el pago y este fue rechazado –bien porque a quien se le ha ofrecido el pago no ha sido efectivamente llamado, o porque, aun siendo llamado, considera que va a repudiar, o está indeciso, o conoce de la existencia de otros llamamientos y no quiere cobrar por no tener que rendirle cuentas a los demás–, o si no pudo ofrecerlo porque no existe o no conoce quién es el administrador o el llamado a suceder, lo recomendable sería que procediese a consignar el crédito; esta es además la opción más segura⁷⁰⁰. La consignación se regula en los artículos 1176-1181 CC (modificados tras la LJV en 2015), 69-71 LN y 98-99 LJV. Conforme a la nueva regulación, la consignación puede ser judicial o notarial, si bien, la notarial está totalmente desaconsejada para los casos de pago a favor de herencia yacente sin administrador, pues los costes son más elevados⁷⁰¹ y solo llega a buen puerto si el acreedor acepta el pago por consignación⁷⁰².

⁶⁹⁹ ALONSO (2001), p. 210.

⁷⁰⁰ Esta es la solución adoptada por el TSJ de las Islas Canarias (Sala de lo Contencioso-administrativo), en su Sentencia de 1 de junio de 2017 (JUR 2017, 228794), en la que se condena a la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias a la consignación de las cantidades devengadas por una prestación que habría correspondido al solicitante, ya fallecido, desde su solicitud hasta el momento de su fallecimiento. Y como quiera que los llamados aún no habían aceptado, el TSJ condena a la consignación de «las prestaciones en beneficio de la herencia yacente».

⁷⁰¹ Ya no solo porque las tasas notariales son más elevadas, sino también porque si se deposita una cosa no dineraria, el notario deberá ordenar su depósito.

⁷⁰² De acuerdo con el artículo 69 LN, si tras el requerimiento por parte del notario al acreedor para que acepte y retire la cosa, o haga alegaciones, solo se dará por finalizado si el acreedor acepta, pues si no hace nada o no lo acepta, se archiva el expediente y se procede a la devolución.

En el caso de que el acreedor llevase a cabo la consignación judicial, este, como promotor, deberá poner a disposición del juzgado la cosa o el precio debido, para que el letrado de la Administración de Justicia realice el control previo de cumplimiento de todos los requisitos, y el juez el control posterior judicial. Si se cumpliesen los requisitos, se notificaría a todos los interesados para que, en el plazo marcado por el letrado de la Administración de Justicia, o bien retiren la cosa, o hagan las alegaciones que estimen oportunas. En este caso, y una vez más, todo resultaría más sencillo si la herencia yacente tuviese un administrador, pues sería a este a quien notificarían dicha consignación. No habiendo administrador, imaginamos que los sujetos a quienes se les podría notificar la consignación son los llamados o los parientes más cercanos.

7. RECURSO AMBIVALENTE PARA ACREEDORES Y LLAMADOS: EL CONCURSO DE HERENCIA

Como dice Roca Trías,⁷⁰³ a la situación de insolvencia de una herencia pueden darse tres tipos de soluciones: en primer lugar, las soluciones sucesorias, como el beneficio de inventario o la separación de patrimonios; en segundo lugar, las soluciones procesales, como la intervención judicial de la herencia; y, en tercer lugar, la solución o procedimiento concursal. En nuestra opinión, este último recurso es probablemente el mejor al ser ambivalente, ya que permite tanto a llamados como a acreedores hereditarios promover la liquidación organizada de la herencia yacente. Pasamos pues a estudiar el concurso de herencia⁷⁰⁴ y su interrelación con los otros modelos de liquidación, a saber, el organizado *intra vires* mediante declaración de beneficio de inventario, y el inorganizado *ultra vires* o general.

Esta figura se encuentra recogida en la Ley Concursal de 2003, cuya regulación es escueta, poco coherente y poco armónica con el resto de normas civiles⁷⁰⁵. Durante el trámite parlamentario, existieron dos posturas acerca de cómo convenía legislar esta institución: la primera consistía en regular el concurso de herencia de manera detallada y específica; la segunda solo procuraba establecer la posibilidad de declarar la herencia o al heredero en concurso.

⁷⁰³ ROCA TRÍAS (2005), p. 14.

⁷⁰⁴ Figura que, como dice PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (2004), p. 61, no es en absoluto novedosa, como lo demuestra el hecho de que ya el artículo 1053 de la LEC de 1881 determinaba que las testamentarias podrían ser declaradas en concurso de acreedores o en quiebra, en los casos en que así proceda.

⁷⁰⁵ Entre otros, CAZORLA GONZÁLEZ (2007), p. 19; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), pp. 25-26.

Esta última fue la que finalmente prevaleció y por ello la LC solo contiene algunos preceptos dispersos sobre el concurso de herencia. Además, la ley parece equiparar el concurso de herencia con el supuesto de fallecimiento del concursado *ex* artículo 182 LC; esto, sin embargo, no es, según la doctrina, del todo exacto, ya que en el concurso de herencia no existe una declaración de concurso previa al fallecimiento del deudor⁷⁰⁶.

7.1 Los presupuestos del concurso de herencia (I): especial referencia a la imposibilidad de declarar el concurso de herencia cuando esta se acepta pura y simplemente

El artículo 1.2 LC determina que «el concurso de la herencia podrá declararse en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente»; redacción tan escueta que ha generado un sinnúmero de protestas. Por lo de pronto, da buena cuenta de los dos presupuestos del concurso de la herencia, a saber: que no se haya aceptado pura y simplemente y que la herencia sea insolvente; nótese que para que exista insolvencia no es necesario que la herencia sea *damnosa*, esto es, que tenga más deudas que activo, sino que basta que el activo esté inmovilizado y sea insuficiente su liquidez⁷⁰⁷.

El precepto parece imposibilitar de forma clara que la herencia se pueda declarar en concurso cuando haya sido aceptada pura y simplemente⁷⁰⁸; criterio que ha sido justificado por un sector de la doctrina⁷⁰⁹ y criticado por otro, al que nosotros nos adherimos, pues la responsabilidad *ultra vires* del heredero aceptante puro y simple no tiene por qué hacer imposible el concurso. En nuestra opinión, es perfectamente viable una liquidación de la herencia insol-

⁷⁰⁶ BOLÁS ALFONSO (2005), p. 1799.

⁷⁰⁷ BERROCAL LANZAROT (2010), p. 18, considera que la insolvencia no radica necesariamente en una insuficiencia del activo para cubrir deudas, sino en el hecho de que resulte imposible cumplir con las obligaciones; si bien, en casos excepcionales, también se encontrará insolvente el deudor que, a pesar de tener bienes y liquidez suficiente, no puede cumplir regularmente sus obligaciones. Por su parte, MARTÍNEZ CAÑELLAS (2014), p. 1355-1358, señala que «la insolvencia no se dará necesariamente en los casos de excesivo endeudamiento, donde los pasivos del caudal hereditario sean superiores a sus activos, siempre que exista tesorería suficiente como para pagar las obligaciones exigibles, si bien, lo normal será que en estos casos exista una insolvencia inminente, por lo que cabrá la solicitud del concurso por quien represente conforme a derecho la herencia».

⁷⁰⁸ Algunos autores, como SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), p. 30, se muestran especialmente tajantes al considerar que «dada la literalidad de los artículos 1.2 y 3.4 de la Ley Concursal hay que concluir en todo caso que la aceptación pura y simple del heredero pone fin al concurso por falta de su presupuesto subjetivo». No lo considera así JIMÉNEZ PARÍS (2015), p. 487, para quien el artículo 1.2 LC puede ser «interpretado en el sentido de que no procede la *sola* declaración de concurso de la herencia aceptada pura y simplemente, pero sí la declaración conjunta de herencia y heredero o herederos aceptantes pura y simplemente, como se deduciría del artículo 182 LC, y del artículo 1.1 LC».

⁷⁰⁹ Por todos, NAVARRO CASTRO (2009), p. 58.

vente en dos fases: la primera sería la fase necesaria o concursal en sentido estricto, de manera organizada, gracias a la cual los acreedores hereditarios puedan resarcirse con bienes relictos y de acuerdo con el orden de prelación que corresponda; la segunda sería la fase voluntaria en la que los acreedores hereditarios podrían, en concurrencia ya con los acreedores personales del heredero, intentar resarcirse con el patrimonio de este por lo que les falte ⁷¹⁰.

En última instancia, el legislador podría haber adoptado, al menos, lo que hace años se defendía; a saber, que el concurso de herencia debería ser posible en tres casos: herencia yacente, herencia aceptada con beneficio de inventario y herencia aceptada pura y simplemente cuando, siendo varios los herederos y no habiéndose producido la adjudicación de los bienes relictos, éstos permanecieran en la indivisión ⁷¹¹. En efecto, como tendremos ocasión de ver, cierta doctrina considera que mientras la herencia permanece indivisa persiste la individualización de la misma y, por tanto, existirá cierta separación patrimonial; por ello, creemos que cuando exista más de un heredero, el concurso de la herencia debería ser todavía posible mientras la herencia permanezca indivisa, y con total independencia de si los herederos aceptan pura y simplemente o con beneficio de inventario.

Volviendo a la regulación actual y a la aparente prohibición legal de declarar el concurso de herencia aceptada pura y simplemente, la doctrina no parece ponerse de acuerdo a la hora de considerar si la misma es adecuada o no ⁷¹²; si bien, parece claro que una gran mayoría opta por estimar su inoportunidad. Las razones que se han argüido son muy diversas, siendo la principal que en derecho común, pero sobre todo en los derechos autonómicos en los que se regula el beneficio de separación, la aceptación pura y simple no tiene por qué traer aparejado, *tout court* la confusión de patrimonios ⁷¹³.

⁷¹⁰ Este es el criterio de LACRUZ BERDEJO (1961), p. 380, quien proponía que lo que cabe, «habiéndose aceptado pura, es la quiebra conjunta de herencia y heredero o herederos, o bien, si son los legados los que provocan la situación de insolvencia, la quiebra de los sucesores (no del caudal, que basta a pagar las deudas del causante)».

⁷¹¹ ROBLES GARZÓN (1979), pp. 74-75.

⁷¹² Uno de los que parece justificar esta norma y no ver en ella ningún indicio de problema es PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (2004), pp. 63-64, quien considera que si hay aceptación pura y simple no podría haber concurso de herencia sino, de ser el caso, concurso de heredero.

⁷¹³ Entre otros, ESPEJO LERDO DE TEJADA (2005), pp. 1914 y ss., señala que no es correcta la tesis de quienes propugnan que una vez aceptada pura y simplemente la herencia por los herederos ya no es posible el concurso de herencia porque habría confusión de patrimonios, toda vez que existen casos en los que no habrá tal confusión de patrimonios, como ocurre en los derechos regionales en los que se regula el beneficio de separación de patrimonios. CAZORLA GONZÁLEZ (2007), pp. 27 y 114-115, duda del acierto del legislador al redactar este precepto ya que existe separación entre patrimonios personales a los que las deudas están adscritas, de manera que los acreedores del causante tendrán preferencia sobre los acreedores del heredero para cobrar del patrimonio de su deudor fallecido, aunque este haya aceptado de forma pura y simple, y esto se plasmaría judicialmente en el supuesto de declarar un procedimiento de concurso fren-

Por último, en relación con el presupuesto de que la herencia se haya aceptado pura y simplemente, conviene señalar que, como tendremos ocasión de ver, la utilización del beneficio de inventario no es, según la doctrina mayoritaria, una modalidad de aceptación, sino un recurso del que uno puede servirse en un tiempo posterior a la aceptación; por lo tanto, una herencia que en principio se acepta pura y simplemente podría, después, aceptarse a beneficio de inventario, mientras el plazo u otro obstáculo no haya transcurrido⁷¹⁴.

En otro caso, si la herencia se aceptase pura y simplemente y hubiese precluido el plazo para poder solicitar el beneficio de inventario, ya no sería posible declarar la herencia en concurso, sino que habría que atender a la posible solvencia o insolvencia del heredero⁷¹⁵: si el heredero fuese solvente, estaría obligado, debido a su responsabilidad *ultra vires*, al pago de las deudas del causante y cargas de la herencia con su patrimonio; por el contrario, si el heredero fuese insolvente, se podría proceder a su declaración en concurso, bien a solicitud de él mismo, de sus acreedores, o de los acreedores hereditarios⁷¹⁶.

7.2 Los presupuestos del concurso de herencia (II): sobre la exigencia de la declaración de beneficio de inventario cuando concurren varios coherederos y el conflicto de normas concursales y del beneficio de inventario

La LC no prevé específicamente el supuesto de un concurso de herencia en el que existen varios llamados; ello a pesar de que, como se ha dicho, esta situación es más frecuente que la del heredero único. En estos casos, la complicación surge cuando unos aceptan a beneficio de inventario, que es una decisión individual de cada heredero, otros repudian la herencia, y otros la aceptan pura y simplemente⁷¹⁷. Sobre esta cuestión, la doctrina parece lograr

te al heredero. Según la autora, el Anteproyecto no distinguía si la aceptación debía ser pura o a beneficio de inventario, pero finalmente se incluyó la aceptación a beneficio de inventario siguiendo la doctrina mercantilista que había defendido que allí donde hubiese confusión de patrimonios no podía haber quiebra de la herencia. En cuanto a los derechos autonómicos, BERROCAL LANZAROT (2010), pp. 70 y ss., considera que en Derecho catalán sí es posible solicitar el concurso de herencia cuando se haya ejercitado el beneficio de separación de patrimonios, ya que evita la confusión de patrimonios.

⁷¹⁴ MARTÍNEZ CAÑELLAS (2014), p. 1366.

⁷¹⁵ En efecto, no es suficiente con que la herencia no haya sido aceptada pura y simplemente, ya que se exige que la herencia o el heredero en este caso estén en situación de insolvencia, es decir, que no puedan cumplir con sus obligaciones, tal y como determina el artículo 2.2 LC.

⁷¹⁶ MARTÍNEZ CAÑELLAS (2014), p. 1363.

⁷¹⁷ MARTÍNEZ CAÑELLAS (2014), p. 1371.

consenso⁷¹⁸: la herencia aceptada con beneficio de inventario puede ser declarada en concurso con independencia de si solo uno o varios llamados lo utilizaran, salvo si uno de ellos acepta pura y simplemente, ya que solo si aceptan a beneficio de inventario todos los herederos, podrá seguirse el concurso de la herencia como patrimonio separado⁷¹⁹.

Igual criterio se aplica para el caso de continuación del concurso de deudor fallecido⁷²⁰, que se convierte *ex* artículo 182 LC en concurso de herencia. Este precepto señala que «la muerte o declaración de fallecimiento del concursado no será causa de conclusión del concurso, que continuará su tramitación como concurso de la herencia, correspondiendo a la administración concursal el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición del caudal relicto. La representación de la herencia en el procedimiento corresponderá a quien la ostente conforme a derecho y, en su caso, a quien designen los herederos. La herencia se mantendrá indivisa durante la tramitación del concurso». De este artículo caben dos interpretaciones: una literal, en el sentido de que el concurso del causante continuaría como concurso de la herencia, aun a pesar de que el heredero haya aceptado pura y simplemente; y otra integradora y sistemática, según la cual el concurso del causante terminaría, debiendo los acreedores de la herencia declarar el concurso del heredero en concurso con los acreedores del heredero⁷²¹.

Cierto sector doctrinal considera que la Ley se ha desatendido de la forma de aceptación de la herencia estableciendo que el concurso continúe como concurso de herencia⁷²²; sin embargo, esta desatención no es tan real como el artículo 182 LC parece dar a entender, pues, como se ha dicho, únicamente cuando el heredero acepte utilizando el beneficio de inventario, continuará el

⁷¹⁸ PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (2004), p. 66; BOLÁS ALFONSO (2005), p. 1801; BERROCAL LANZAROT (2010), pp. 51 y ss.

⁷¹⁹ MARTÍNEZ CAÑELLAS (2014), p. 1371.

⁷²⁰ No se debe confundir este supuesto con el otro en el que resulta llamado a suceder un deudor concursado. En este caso, JIMÉNEZ PARÍS (2015), p. 488, considera que dicho llamado no tendría la facultad de aceptar o repudiar el llamamiento, ya que esto solo lo puede hacer quien tiene la libre disposición de sus bienes *ex* artículo 992 CC, en cuyo caso, correspondería a la administración concursal la decisión sobre el asunto. No obstante, existen opiniones discrepantes; a destacar, por todos, BOLÁS ALFONSO (2005), pp. 1794 y ss., y CAZORLA GONZÁLEZ (2007), pp. 38-43, para quienes no se puede zanjar la cuestión afirmando sin más que el heredero concursado no podrá aceptar ni repudiar la herencia.

⁷²¹ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), pp. 28 y ss., que añaden que este artículo, al no distinguir entre aceptación pura y con beneficio de inventario, permite sostener las dos posturas. La solución más beneficiosa para los acreedores es desde luego la literal, y que se asemeja a la solución que la jurisprudencia aplicaba con anterioridad a la Ley Concursal.

⁷²² ESPEJO LERDO DE TEJADA (2005), p. 1912. JIMÉNEZ PARÍS (2015), p. 487, considera que el silencio del artículo 182 LC puede servir de argumento de que la LC no rechaza de plano el concurso de herencia aceptada pura y simplemente.

concurso⁷²³. Es decir, la continuación de la tramitación como concurso de herencia se producirá mientras la herencia esté yacente o fuese aceptada a beneficio de inventario. Pero si fuese aceptada de manera pura y simple, concluiría el concurso en el caso de que el patrimonio del aceptante fuese suficiente para cubrir las deudas⁷²⁴; si por el contrario ese patrimonio fuese insolvente, habría que proceder a la declaración de concurso del heredero, lo que supondría necesariamente un nuevo procedimiento de reelaboración del inventario⁷²⁵. Esta solución, que es contradicha por pocos autores⁷²⁶, no es del todo acertada, y por ello cierta doctrina considera que el concurso de herencia debe continuar con total independencia de si la aceptación del heredero es pura y simple o a beneficio de inventario⁷²⁷.

En nuestra opinión, convendría reformar la LC y establecer que basta la aceptación con beneficio de inventario de uno de los coherederos para iniciar o dar continuación al concurso de herencia ya declarado; si no es así, se estará dejando en manos de alguno de los coherederos la posible continuación de un concurso de herencia ya iniciado, que se vería confinado a su remate y a pesar de los gastos en los que ya se hubiese incurrido.

Esto nos conduce a la siguiente cuestión, relativa al conflicto que se puede producir entre las normas propias del concurso de herencia y las del Código Civil sobre el beneficio de inventario⁷²⁸. En efecto, puede ocurrir, tanto si la solicitud de concurso se realiza una vez ya aceptada la herencia con beneficio

⁷²³ PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (2004), p. 71, señala que si el heredero aceptase pura y simplemente, bien de forma voluntaria o bien porque se le imponga, «el concurso habrá concluido en el estado en que se encontrase, y se procederá al archivo de las actuaciones».

⁷²⁴ Sobre la aceptación de una herencia declarada en quiebra, ROBLES GARZÓN (1979), p. 118, ha dicho que «esta aceptación, que en principio puede pensarse que se hace con ánimo de defraudar a los propios acreedores no privilegiados, es posible que tenga una razón de ser: la de evitar la liquidación y el fraccionamiento de los diversos establecimientos mercantiles en que consista la herencia».

⁷²⁵ MARTÍNEZ CAÑELLAS (2014), p. 1379.

⁷²⁶ Para JIMÉNEZ PARÍS (2015), pp. 496-498, la liquidación concursal es la hipótesis más parecida al régimen establecido por el beneficio de inventario; pero, sin embargo, considera que «la LC no excluye de forma absoluta el concurso de herencia en caso de haber sido aceptada pura y simplemente. La herencia yacente concursada puede ser aceptada pura y simplemente y ello no excluye su concurso. El concurso del causante puede continuar como concurso de la herencia, aunque los llamados acepten luego pura y simplemente. Si todos los herederos aceptan pura y simplemente, la herencia puede ser declarada en concurso mientras permanezca indivisa. Si unos herederos aceptan a beneficio de inventario y otros pura y simplemente, cabe sostener que debe operarse como si todos hubieran aceptado a beneficio de inventario, pudiendo y debiendo el heredero beneficiario, solicitar el concurso de la herencia beneficiaria».

⁷²⁷ Según MARTÍNEZ CAÑELLAS (2014), p. 1390, optar por la continuidad del concurso de herencia yacente ya iniciado, en lugar de instar la conclusión por aceptación pura y simple, conseguiría el mantenimiento del administrador concursal, con el consiguiente ahorro de costes y tiempo.

⁷²⁸ En este trabajo nos limitaremos a señalar las discrepancias con las normas del Código Civil, pero por supuesto no debe desconocerse que las discrepancias pueden darse también respecto a las normas autonómicas sobre beneficio de inventario, en los derechos autonómicos en los que se regule esta institución.

de inventario pero antes de que se realizasen las operaciones, como si la insolvencia se revela antes o después de finalizado este, que exista un conflicto entre las normas aplicables: la del beneficio de inventario y la concursal, que se resolverá procurando una interpretación conjunta, o, si ello no fuese posible, con la aplicación preferente, dice la doctrina, de la norma concursal⁷²⁹. No en vano, y a pesar de lo que establece el artículo 1.2 LC que parece aunar las normas civiles y las concursales al establecer que la declaración solo se podrá pedir cuando la herencia haya sido aceptada con beneficio de inventario, lo cierto es que un sector doctrinal ha puesto de manifiesto que más que de integración se trata de colisión entre ambas normativas⁷³⁰.

En este sentido, Bolás Alfonso⁷³¹ considera que algunos preceptos del Código Civil, como el 1030 o el 1031, relativos a la venta de bienes y pago de deudas, tienen difícil encaje con el concurso de herencia, y por ello, los preceptos del Código Civil deben ser apartados en beneficio de la normativa concursal. En su opinión, no hay más inventario fiel y exacto que el realizado en el seno del procedimiento concursal, y la disposición de los bienes y el pago de acreedores se rige por esta normativa especial, por lo que las normas del Código Civil deben entenderse desplazadas por la aplicación preferente de las normas de la quiebra. Por ello, si el heredero realiza dentro de plazo la aceptación a beneficio de inventario, la eficacia de esta aceptación no debe quedar sujeta a los demás requisitos exigidos por la normativa civil.

De otra parte, Martínez Cañella⁷³² considera que los plazos que se deben aplicar para la formación del inventario son los del artículo 191 LC, y, por tanto, dejan de tener aplicación los artículos 1017 y 1018 CC. Asimismo, considera que existe un punto de colisión entre las normas civiles y las concursales

⁷²⁹ MARTÍNEZ CAÑELLAS (2014), p. 1367. En Italia, autores como HERCOLANI (2009), p. 1349, también consideran que en caso de conflicto entre el procedimiento *fallimentare* y el *concorsuale*, debe prevalecer el *fallimento*.

⁷³⁰ BOTÍA VALVERDE, en www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/aceptacion-a-beneficio-de-inventario-y-jurisdicion-voluntaria/ (consultado el 19 de julio de 2018), considera que si la herencia es insolvente lo procedente no es tramitar el beneficio de inventario sino el concurso de herencia. No obstante, JIMÉNEZ PARÍS (2015), p. 491, sí considera que es posible una verdadera integración de ambas normativas, toda vez que «la fase de liquidación concursal es la hipótesis más parecida al régimen establecido en la ley civil para la realización del beneficio de inventario».

⁷³¹ BOLÁS ALFONSO (2005), pp. 1792-1801, indica también que las normas del Código Civil no son de aplicación en caso de concurso de herencia pues, «de un lado, el beneficio de inventario se concede *ope legis* y, de otro, la confección del inventario queda sujeta a lo dispuesto en el número 3 del citado artículo 6, conforme al cual a la solicitud de declaración de concurso se acompañará: inventario de bienes y derechos, con expresión de su naturaleza, lugar en que se encuentren, datos de identificación registral en su caso, valor de adquisición, correcciones valorativas que procedan y estimación del valor real actual».

⁷³² MARTÍNEZ CAÑELLAS (2014), pp. 1368-1389, quien considera que «las normativas sobre la aceptación de la herencia a beneficio de inventario deberían adecuar sus plazos a los del procedimiento concursal».

en lo relativo al pago de legados, pues mientras en el beneficio de inventario los legatarios sí deben ser citados *ex* artículo 1017 CC, de acuerdo con la norma concursal no se pueden incluir en la lista de acreedores y por lo tanto, no tendrán derecho de voto y solo serán pagados cuando se hayan satisfecho todos los créditos. No obstante, la herencia seguiría en administración hasta que se entreguen los legados, y solo a partir de ese momento podrían los acreedores particulares del heredero pedir la retención o embargo del remanente.

Por último, cabría preguntarse qué ocurriría si, una vez aceptada la herencia con beneficio de inventario y solicitado el concurso, el heredero pierde dicho beneficio. En este sentido, y a pesar de que lo normal sería considerar que el procedimiento concursal debe continuar, la mayor parte de la doctrina entiende que el concurso de herencia no continuaría y lo que podría hacerse, de ser el caso, sería proceder a la declaración judicial de concurso de heredero si este fuese insolvente⁷³³.

7.3 Legitimados para solicitar la declaración de concurso de herencia

La doctrina, siguiendo los preceptos de la LC, ha señalado que el concurso de herencia puede ser voluntario cuando lo soliciten los herederos, o necesario cuando lo soliciten los acreedores o el administrador⁷³⁴. Estos son, pues, los sujetos legitimados para la solicitud de la declaración de concurso, tal y como se desprende del artículo 3.4 LC cuando establece que «los acreedores del deudor fallecido, los herederos de éste y el administrador de la herencia podrán solicitar la declaración de concurso de la herencia no aceptada pura y simplemente. La solicitud formulada por un heredero producirá los efectos de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario»⁷³⁵.

⁷³³ BERROCAL LANZAROT (2010), pp. 59-60.

⁷³⁴ CAZORLA GONZÁLEZ (2007), pp. 65 y 141, siguiendo el artículo 22 LC que establece que «el concurso de acreedores tendrá la consideración de voluntario cuando la primera de las solicitudes presentadas hubiera sido la del propio deudor. En los demás casos, el concurso se considerará necesario». Por el contrario, BERROCAL LANZAROT (2010), p. 105, considera que el concurso de herencia solo tendrá la consideración de voluntario cuando lo solicite el administrador que es, a efectos legales, equiparado al deudor; en caso contrario, si lo solicitan los acreedores o los herederos, tendría la consideración de concurso necesario.

⁷³⁵ PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (2004), p. 66, denuncia la impropiedad de la Ley al emplear el término heredero. Por su parte, BOLÁS ALFONSO (2005), p. 1793, opina que, por hipótesis, los únicos legitimados para solicitar la declaración en caso de herencia yacente son los acreedores o el administrador; pues si lo hace el llamado se entenderá que existe aceptación tácita, «y donde hay herencia aceptada no hay herencia yacente». En opinión de MARTÍNEZ CAÑELLAS (2014), p. 1372, este se trata de un listado cerrado. Por último, ASÚA GONZÁLEZ (2018), p. 108, remarca que, aunque la ley hable de acreedores del causante,

De una parte, la legitimación de los acreedores hereditarios parece obvia ya que son los principales interesados en el cobro de sus créditos⁷³⁶. Dos cuestiones merecen resaltarse: la primera, que algunos autores no consideran necesario que exista una pluralidad de acreedores para solicitar el concurso⁷³⁷; la segunda, que también estarían legitimados los acreedores del acreedor por vía de subrogación *ex artículo 1111 CC*⁷³⁸.

De otra parte, el precepto parece claro a la hora de legitimar a los herederos y no a otra clase de sucesores⁷³⁹; por ello, la doctrina no termina de ponerse de acuerdo acerca de si el legatario de parte alícuota tendría legitimación para solicitar la declaración del concurso de herencia o no. Lo que sí parece claro es que estarán legitimados tanto los herederos *ex re certa*⁷⁴⁰, como los legatarios de parte alícuota cuando se trate de una distribución de toda la herencia en legados⁷⁴¹. Sea como fuere, parece claro que no cabe solicitud de

lógico será considerar que también estarán legitimados los acreedores de cargas hereditarias surgidas con posterioridad al fallecimiento de aquél.

⁷³⁶ PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (2004), p. 65, quien además hace notar que el artículo 3.4 LC los coloca en primer término como legitimados, porque son ellos los que ocupan el primer lugar en orden de cobro, por delante de los legatarios y los acreedores personales del heredero.

⁷³⁷ CAZORLA GONZÁLEZ (2007), pp. 143-149, a pesar de recoger la opinión de quienes consideran que aunque la Ley no diga nada la pluralidad de acreedores es presupuesto necesario, recopila una serie de autos de los Juzgados de lo Mercantil que la llevan a afirmar que no es necesaria la pluralidad de acreedores para la admisión del concurso, ni que su ausencia sea causa de terminación del proceso.

⁷³⁸ MARTÍNEZ CAÑELLAS (2014), p. 1372.

⁷³⁹ BERROCAL LANZAROT (2010), pp. 93 y ss., considera que el legitimario estará facultado o no dependiendo del título por el que reciba la reserva; es decir, «si el legitimario la recibe a título de heredero tendrá legitimación, como tal, para solicitar la declaración de concurso de la herencia; si la recibe a título de legado, atribuyéndole bienes concretos (*legado pro legitima*), su posición se asemeja a la del legatario, que, como hemos manifestado, carece de legitimación para solicitar la declaración de concurso de la herencia; si la recibe por actos *inter vivos* del causante (donación), como anticipo de legítima, tampoco tendrá derecho a pedir la declaración de concurso; y, en fin, si su legítima se satisface como legado de cuota o el causante se limita a reconocer lo que por legítima le corresponde, su posición se asemeja al legatario de parte alícuota, debiendo trasladar aquí todas las conclusiones expuestas en relación con tal legatario». En cuanto a la institución de heredero en usufructo, la autora considera que tendría, sobre la base doctrinal, condición de legatario, por lo que no estaría legitimado para solicitar la declaración de concurso, pero sí lo estaría el heredero en nuda propiedad. En cuanto a los reservistas, al tener la condición de herederos, también estarían legitimados; así como el heredero de confianza en los derechos regionales en los que se contempla tal institución. Por último, y como quiera que el nombramiento de albacea universal del artículo 429-7 CCCat suple la institución de heredero, cabría entender, dice la autora, que también este, el albacea universal del derecho catalán, estaría legitimado para solicitar el concurso.

⁷⁴⁰ PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (2004), p. 66; CAZORLA GONZÁLEZ (2007), p. 160; MARTÍNEZ CAÑELLAS (2014), p. 1373.

⁷⁴¹ PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (2004), p. 67, considera dudosa la legitimación de los legatarios de parte alícuota; si bien, sí que cabría mantener –aunque con dudoso éxito, dice–, la legitimación de los legatarios de parte alícuota cuando la herencia se hubiese distribuido en legados. Según CAZORLA GONZÁLEZ (2007), pp. 156 y ss., el legatario de parte alícuota sí está legitimado para solicitar la declaración en concurso de herencia y ello en base a dos razones: la primera, que el TS ha admitido esta figura, y la segunda, que es cotitular del activo hereditario. BERROCAL LANZAROT (2010), p. 86, afirma que en principio los legatarios de parte alícuota no estarán legitimados; si bien, habrá que atender a la verdadera voluntad

concurso por el simplemente llamado, y ello se extrae no solo del término *heredero* –argumento este que sería insuficiente por la cantidad de veces que la ley lo utiliza como sinónimo de *llamado*–, sino sobre todo porque el propio artículo 3.4 LC establece que «la solicitud formulada por un heredero producirá los efectos de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario». La LC viene a regular así un supuesto de aceptación tácita, a mayores de los contemplados en el artículo 1000 CC, pero en este caso la aceptación tácita no se entiende realizada de manera pura y simple, sino con beneficio de inventario, como ocurre en otros supuestos a pesar de la falta de declaración expresa⁷⁴²; por ello, la solicitud de concurso de herencia no será posible cuando el heredero haya perdido la posibilidad de acogerse al beneficio de inventario⁷⁴³.

Si el heredero fuese también acreedor, la doctrina ha distinguido diversos supuestos: si es heredero único, la confusión patrimonial producida extingue los créditos que pudiera ostentar frente al causante *ex* artículo 1192 CC; si concurre con otros herederos y todos ellos aceptan pura y simplemente, se extinguirán sus créditos en la parte proporcional en que sea heredero, manteniéndose, sin embargo, en cuanto al resto, pero no habría concurso de la herencia según preceptúa el artículo 1.2 de la Ley Concursal; por último, si concurre con otros herederos y éstos hubieran aceptado a beneficio de inventario, tendría lugar el mismo efecto que en el supuesto anterior; si bien, el heredero-acreedor sí podría solicitar el concurso de la herencia como tal acreedor⁷⁴⁴.

Finalmente, si la solicitud de declaración de concurso la presentase un acreedor o un heredero que no estuviese en posesión de la herencia, debería fundar tal solicitud en alguno de los supuestos del artículo 2.4 LC⁷⁴⁵. Por el

del testador en este sentido. Finalmente, MARTÍNEZ CAÑELLAS (2014), p. 1389, considera conveniente que el procedimiento concursal permitiese expresamente que «los legatarios puedan solicitar el concurso, así como regular, después de la calificación de los acreedores, si algún tipo de legado, como los remuneratorios, o de derechos sucesorios, como los de los legitimarios, deben tener carácter de crédito, e incluirse en la masa pasiva del concurso, determinando claramente el orden de preferencia entre estos y el resto de los acreedores de la herencia». O, en última instancia, «sería conveniente incluir del pago de legados como preferente al pago de los acreedores del heredero».

⁷⁴² Algunos ejemplos son los establecidos en los artículos 166, 323, 271, 956, o 992 CC.

⁷⁴³ MARTÍNEZ CAÑELLAS (2014), p. 1375.

⁷⁴⁴ BERROCAL LANZAROT (2010), p. 77.

⁷⁴⁵ Según el cual «si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de alguno de los siguientes hechos: 1.º El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor. 2.º La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor. 3.º El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinoso de sus bienes por el deudor. 4.º El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de

contrario, si el heredero está en posesión de la herencia, tanto él como el administrador si lo hubiera, tendrán la obligación de solicitar el concurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 5 LC⁷⁴⁶, esto es, dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubieran conocido o debido conocer el estado de insolvencia⁷⁴⁷. Una vez declarada la herencia en concurso, es irrelevante quien lo hubiese solicitado, pues las facultades de administración y disposición corresponderán a la administración concursal, de acuerdo con lo establecido en el artículo 40.5 LC, es decir, «sin que pueda cambiarse esta situación».

7.4 Efectos

La declaración de herencia en concurso traerá aparejados varios efectos, siendo el principal, y el que aquí más nos interesa, que se abrirá un período de administración y liquidación organizados de la herencia. En efecto, el artículo 40.5 LC establece que «en caso de concurso de la herencia, corresponderá a la Administración judicial el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición sobre el caudal relicto, sin que pueda cambiarse esta situación».

Esta administración se regula en el Título II, es decir, en los artículos 26 y siguientes de la LC, y está formada por un órgano colegiado que ejercerá en exclusividad todas las facultades de administración y disposición del caudal relicto⁷⁴⁸. El precepto dice «sin que pueda cambiarse esta situación», locución que la doctrina interpreta en el sentido de que no podrán ejercer facultad alguna los administradores nombrados en testamento o el albacea con especial facultad para administrar la herencia, ni los administradores que la Ley prevé para casos especiales, ni en el nombrado por el juez⁷⁴⁹.

recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades».

⁷⁴⁶ Este precepto determina que «1. El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. 2. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme al apartado 4 del artículo 2 y, si se trata de alguno de los previstos en su párrafo 4.º, haya transcurrido el plazo correspondiente».

⁷⁴⁷ MARTÍNEZ CAÑELLAS (2014), p. 1374.

⁷⁴⁸ Para PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (2004), p. 69, este órgano colegiado estaría formado por un Abogado, con experiencia profesional de, al menos, cinco años de ejercicio efectivo, un Auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiados, con una experiencia profesional de, al menos, cinco años de ejercicio efectivo, y un acreedor que sea titular de un crédito ordinario o con privilegio general que no esté garantizado.

⁷⁴⁹ PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (2004), p. 69.

Otro efecto es, como hemos anticipado, el de la liquidación de la herencia, que parece la solución natural, salvo en «aquellos supuestos en donde la opción del convenio resulte de interés para los herederos o acreedores ya por la complejidad que presente la liquidación del patrimonio hereditario o porque este venga configurado principalmente por una empresa o explotación de carácter familiar que resulte conveniente mantener»⁷⁵⁰.

De otra parte, parece que también serán aplicables todos los efectos de la declaración de concurso, como la posibilidad de rescisión de actos perjudiciales para la masa (en este caso, hereditaria) realizadas por el deudor (aquí difunto) durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración, y aunque no hubiera existido, tal y como señala el artículo 71 LC, intención fraudulenta⁷⁵¹.

Por último, también creemos acertado sostener, tal y como ha señalado la doctrina italiana, que la consistencia de la herencia concursada no puede ser alterada por los actos de última voluntad: es decir, que el administrador concursal podría utilizar o ceder el crédito al cual el *de cuius* hubiese renunciado por medio del legado de liberación de deuda⁷⁵².

⁷⁵⁰ JIMÉNEZ PARÍS (2015), p. 489.

⁷⁵¹ CAZORLA GONZÁLEZ (2007), p. 174.

⁷⁵² MONTANARI (2009), p. 112. En este sentido, se debe traer a colación el artículo 40.6 LC, que establece que «el deudor conservará la facultad de testar, sin perjuicio de los efectos del concurso sobre la herencia».

CAPÍTULO III

LOS SUCESORES

1. LA ADQUISICIÓN AUTOMÁTICA DEL *IUS DELATIONIS*

Tras la muerte del *de cuius* y la apertura de su sucesión, la siguiente fase es la vocación-delación. La vocación se trata de un llamamiento actual o virtual a un llamado de primer grado o a otros, para el caso de no suceder el primeramente llamado⁷⁵³; la vocación es, por tanto, el llamamiento global y único en favor de todas las personas con derecho a suceder por testamento o *abintestato*, incluso aun cuando no haya oportunidad todavía de aceptarla o repudiarla.

A menudo los términos vocación y delación se usan como sinónimos⁷⁵⁴, pero la vocación supone simplemente un llamamiento actual o virtual a la herencia mientras que la delación significa un llamamiento efectivo⁷⁵⁵; es decir, la delación consiste en el ofrecimiento y puesta a disposición de la herencia al llamado⁷⁵⁶ que «supone un paso más; no solo hay una persona determinada y existente llamada a la herencia, sino que ésta puede aceptar. La posibilidad inmediata de aceptar la herencia es la característica de la delación»⁷⁵⁷.

⁷⁵³ LACRUZ BERDEJO (1981), pp. 41-52. ALBALADEJO GARCÍA (1997), pp. 33-34, dice que la vocación forma una lista cerrada de convocados, de entre los cuales saldrá el sucesor o sucesores; es decir, «es como si al momento de morir el causante hubiese cristalizado el elenco de posibles sucesores». En igual sentido, GARCÍA GARCÍA (1996), p. 154.

⁷⁵⁴ Probablemente porque ambas pueden ser de naturaleza *voluntaria*, cuando proviene de una declaración de voluntad (principalmente, testamento), o *abintestato*, por parentesco.

⁷⁵⁵ CASTÁN TOBEÑAS (1978), p. 128.

⁷⁵⁶ ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 36; ALBALADEJO GARCÍA (1952), p. 914, define la delación como «la atribución originaria a un sujeto de suceder a otro *mortis causa*»; JORDANO FRAGA (1990), p. 49, la caracteriza como el «ofrecimiento (legal o testamentario) de una posibilidad de adquirir, pero no investidura».

⁷⁵⁷ LACRUZ BERDEJO (1981), p. 41. El Digesto lo dice claramente: se considera deferida una herencia cuando se puede adquirir por la adición; *delata hereditas intelligitur quam quis possit adeundi consequi* (Dig. 50, 16, 151).

Como ha señalado la doctrina, la delación tiene dos facetas o elementos: uno objetivo, como voluntad que eficazmente llama u ofrece, y otro subjetivo, como aptitud del llamado que le permite aceptar. Es necesario que ambos elementos existan para que nazca la delación: así, entre otras cuestiones, es necesario que el llamado le sobreviva y tenga capacidad para sucederle ⁷⁵⁸.

La diferencia entre vocación y delación parece clara: existe vocación desde la apertura de la sucesión en favor de todos los posibles llamados a suceder, incluyendo sustitutos y descendientes de segundo grado o colaterales; y existe delación cuando, por testamento o previsión legal, alguno o algunos de ellos son, efectivamente, llamados a suceder en primer lugar o sucesivamente, de ser el caso, pudiendo aceptar o repudiar la herencia desde ese mismo momento. No obstante, esta distinción no impide a quién solo ha sido convocado (vocación) ejercitar todas las acciones que redunden en beneficio de su legítima expectativa jurídica de convertirse en llamado, tal y como ha señalado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 4 de mayo de 2005 ⁷⁵⁹, al considerar que quién no es heredero, pero podría serlo, y aunque no goce todavía del *ius delationis*, tendrá legitimación activa para ejercitar, por ejemplo en el caso que se resolvía, una acción de reversión de los bienes de la fundación. La Sentencia referida señala que «en las fases del fenómeno sucesorio, tránsito del patrimonio del causante al heredero, se parte de la apertura de la sucesión, momento inicial producido por la muerte del causante, se sigue por la vocación a la herencia, como llamamiento abstracto y general a todos los posibles herederos, testados o intestados, y se llega a la delación, ofrecimiento de la herencia al heredero, que da lugar a un derecho subjetivo *ius delationis* que facultan la adquisición por la aceptación. La vocación, pues, alcanza a toda persona que ha sido designada como heredero principal o subsidiariamente en el testamento o que puede ser heredero *abintestato*; es decir, todo sucesor eventual o posible, que se concretará cuando conste quién es o quiénes son los llamados que tienen el derecho (derecho subjetivo, *ius delationis*) a aceptar y con la aceptación, adquirir la herencia. Los posibles herederos, con vocación, no tienen un derecho subjetivo, pero sí lo pueden tener; tienen una expectativa jurídica y, por ende, lo cual es importante, un interés legítimo. De lo anterior se desprende que en el presente caso, los demandantes tienen legitimación activa. Han

⁷⁵⁸ ROYO MARTÍNEZ (1951), pp. 43-50, quien añade que «por sí sola (la delación) carece de eficacia transmisiva y su virtualidad es nada más que invitante y expectante». También pone de relieve la falta de delación a favor de quienes hayan premuerto al causante, y señala que la simplicidad de la afirmación no se halla exenta de dificultades, como puede ocurrir en los casos de ausencia legal, comorienca, o la supervivencia del llamado por solo unos instantes, por la dificultad de la prueba.

⁷⁵⁹ RJ 2005, 3777.

acreditado que son descendientes de la hermana del fundador, que carecía de hijos. De la exhaustiva documentación aportada se desprende, sin género de dudas, que son posibles herederos de aquél, con vocación a la herencia, que tienen una expectativa jurídica y, por ello, interés legítimo en el ejercicio de la acción de reversión».

Como hemos tenido ocasión de referir anteriormente, la muerte del *de cuius* y la consiguiente apertura de su sucesión no provoca la adquisición automática de la herencia por parte del llamado a suceder, sino la simple adquisición por éste del *ius delationis*. Este derecho es un poder jurídico que le confiere al llamado una doble potestad alternativa: la de aceptar el llamamiento o repudiarlo. El *ius delationis* se convierte así en el punto principal sobre el que orbita el sistema de adquisición romano; si bien no faltan autores que defienden también su existencia en el sistema de adquisición germánico o *ipso iure*⁷⁶⁰.

Asimismo, y en lo que a la delación respecta, se debe considerar la posibilidad de que un único sujeto reciba varias delaciones al mismo tiempo, en cuyo caso, el sentido en que ejerza el *ius delationis* en cada uno de los llamamientos (aceptación o repudiación) no tendrá, *a priori*, repercusión alguna sobre el resto. Así, un sujeto que esté llamado a suceder en virtud de herencia y legado –prelegatario–, podrá, en virtud del artículo 890 CC, aceptar la herencia y rechazar el legado o viceversa; de igual forma, un legitimario mejorado también podrá, según lo dispuesto en el artículo 833 CC, aceptar la mejora y rechazar la herencia. Sin embargo, si ambas delaciones son llamamientos universales se deberá entonces distinguir si se trata de un llamamiento testamentario o legal, pues el artículo 1009 CC establece que «el que es llamado a una misma herencia por testamento y abintestato, y la repudia por el primer título, se entiende haberla repudiado por los dos. Repudiándola como heredero abintestato y sin noticia de su título testamentario, podrá todavía aceptarla por éste». En este sentido, una parte de la doctrina ha entendido que el legislador ha establecido la preferencia de la delación testamentaria frente a la delación *ab intestato*⁷⁶¹; otro sector, por el contrario, considera que este artículo única-

⁷⁶⁰ JORDANO FRAGA (1990), p. 57, señala que «yo, pensando en lo fundamental, prefiero decir que en el sistema germánico también hay *ius delationis* y, consiguientemente, posibilidad de *transmissio*». Este autor critica la opinión de ALBALADEJO GARCÍA (1952), p. 917, cuando afirma que «en el (sistema) de adquisición *ipso iure* no se puede hablar de *ius delationis*».

⁷⁶¹ MANRESA NAVARRO (1943), p. 445, afirma que este precepto «admite la explicación que daba el Rey Sabio: la sucesión intestada solo procede a falta de la testamentaria; si, pues, hay testamento, la renuncia como heredero *abintestato* es anómala e ineficaz, y no impide aceptar después la herencia testada; y si el heredero conocía el testamento y renuncia, debe entenderse que no quiere ser heredero por ningún concepto». DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 495, considera que «la delación *abintestato* solo puede ser aceptada a falta de testamento. Cuando el testador ha ordenado la sucesión, solo se puede adqui-

mente resultaría aplicable para cuando se trate de delaciones sucesivas y no de delaciones simultáneas ⁷⁶².

En otro orden de cosas, se podría decir que la doctrina ha estudiado ampliamente el fenómeno de la delación y su naturaleza jurídica; no obstante, no parece que haya consenso en la mayoría de las apreciaciones que se han hecho. Así, en primer lugar, la doctrina ha definido la delación como una oportunidad de adquisición (*facultas adquirendi*), una expectativa jurídica e incluso como verdadero derecho; derecho que se consideraría subjetivo por tratarse de un poder concreto, conferido a un sujeto de manera exclusiva y *erga omnes*, que mientras subsiste y no se extingue cierra el camino a que exista otra delación incompatible con esta aún operante, y que tiene, como actos de ejercicio, los de aceptación y repudiación ⁷⁶³.

Otra desavenencia doctrinal sobre el *ius delationis* gira en torno a si se trata de un derecho de naturaleza patrimonial o no. Para Albaladejo García ⁷⁶⁴ la cuestión es clara: el *ius delationis* es un derecho patrimonial verdadero y propio: es un derecho al derecho; en contra, Jordano Fraga ⁷⁶⁵ considera que el *ius delationis* no puede ser un derecho patrimonial habida cuenta de su naturaleza eminentemente *instrumental*: la delación no confiere titularidades patrimoniales, sino únicamente la posibilidad de adquirirlas. De hecho, la consideración del *ius delationis* como un derecho patrimonial acarrearía que su adquisición *ipso iure* por el llamado le supondría un automático empobrecimiento, si la herencia fuese pasiva, o un automático enriquecimiento, si fuese activa ⁷⁶⁶; pero esto sería caer en un error de concepto pues el *ius delationis* solo constituye una *oferta de adquisición* ⁷⁶⁷. Así, la prueba irrefutable del ca-

rir la herencia de la forma que quiso y dispuso el causante y no se puede recurrir al llamamiento supletorio (*abintestato*) desvirtuando el llamamiento preferente del testamento».

⁷⁶² Según GITRAMA GONZÁLEZ (1989), pp. 305 y ss., cuando el artículo 1009 habla de una misma herencia, hace referencia a llamamientos sucesivos; pero, si se tratase de llamamientos simultáneos, «el heredero es dueño de aceptar o repudiar cada uno de ellos». En igual sentido, ESPEJO LERDO DE TEJADA (2010), p. 1103.

⁷⁶³ Para conocer las diferentes teorías que se han ofrecido, véase ALBALADEJO GARCÍA (1952), p. 922. Para GARCÍA GARCÍA (1996), p. 150, la delación es un derecho en sentido general, pero especial; tanto, que se puede incluso considerar una especial forma (*tertium genus*) de sucesión.

⁷⁶⁴ ALBALADEJO GARCÍA (1952), p. 923, que considera que el concepto de heredero es fundamentalmente patrimonial, de una parte, y que el *ius delationis* da derecho, potencialmente, a relaciones patrimoniales, de otra.

⁷⁶⁵ JORDANO FRAGA (1990), pp. 146 y ss.

⁷⁶⁶ JORDANO FRAGA (1990), p. 149, señala que si la delación fuese efectivamente patrimonial, supondría ya, y sin contar con la voluntad del llamado, un empobrecimiento o enriquecimiento, de forma que los acreedores podrían impugnar esa adquisición del *ius delationis*, «cosa que, desde luego, nadie osa tan siquiera imaginar: cabe el ejercicio de la acción revocatoria contra la aceptación de la herencia», pero no contra la adquisición del *ius delationis*.

⁷⁶⁷ JORDANO FRAGA (1990), pp. 150-151, lo argumenta comparando la delación con una oferta contractual, y preguntándose si acaso habría pensado alguien jamás que el destinatario de una oferta experimenta por el solo hecho de recibirla un enriquecimiento o un empobrecimiento.

rácter no patrimonial del *ius delationis* se encuentra en el artículo 1001 CC⁷⁶⁸ toda vez que la satisfacción de los acreedores perjudicados por la repudiación no consiste en la restauración del *ius delationis* en el patrimonio del deudor-repudiante, sino en la agresión de los bienes de la herencia repudiada, siendo aquí donde está verdaderamente el valor económico. Nosotros consideramos más acertada la posición de este autor, quien entiende a buen juicio que «el *ius delationis* ni es económicamente valuable, ni embargable, ni disponible»; en efecto, los acreedores del llamado a suceder no podrán servirse de este derecho, ni antes ni después de su ejercicio, para resarcir sus créditos. En el mejor de los casos, los acreedores únicamente podrán atacar el sentido del ejercicio del *ius delationis*, cuestión esta sobre la que tendremos ocasión de reflexionar. Sin embargo, la reciente RDGRN de 5 de julio de 2018⁷⁶⁹ ha considerado que «la obligada protección de los herederos forzosos exige entender que, a efectos de determinar el importe de la legítima, el *ius delationis* también se computa, porque en sí es susceptible de valoración económica por lo mismo que es susceptible de venta (artículo 1000.1 CC)».

Otro punto de discrepancia en esta materia viene constituido por el debate acerca de si el *ius delationis* es un derecho personalísimo o no. Para la mayoría de la doctrina, el *ius delationis* no es personalísimo, si bien Albaladejo García⁷⁷⁰ recoge la posibilidad de que el testador lo haga personalísimo, de forma que solo pueda adquirir la herencia el llamado si sobrevive, o que se produzca nueva delación u opere el acrecimiento en caso contrario; así como limitar su ejercicio en el tiempo. El argumento con el que se suele respaldar la naturaleza no personalísima del *ius delationis* es que éste es transmisible *mortis causa* tal y como preceptúa el artículo 1006 CC. Sin embargo, Jordano Fraga⁷⁷¹ observa en la delación una doble realidad: esta tiene naturaleza no personalísima, pues se puede ejercitar por medio de representante, pero también tiene un componente personalísimo, por cuanto se vincula al carácter personal propio de la condición de heredero y representa un derecho indisponible para el llamado.

Sobre la indisponibilidad del *ius delationis* también los autores citados han esgrimido posturas divergentes a pesar de que ambos concuerdan en que no se puede disponer *inter vivos* del *ius delationis*, pues hacerlo supondría el

⁷⁶⁸ Pero no es el único argumento porque JORDANO FRAGA (1990), pp. 159 y ss., también hace referencia al marcado carácter extrapatrimonial del heredero, que puede suceder en cuestiones como acciones de filiación, para desvirtuar la pretendida patrimonialidad del *ius delationis*.

⁷⁶⁹ RJ 2018, 3488.

⁷⁷⁰ ALBALADEJO GARCÍA (1952), pp. 923 y ss.

⁷⁷¹ JORDANO FRAGA (1990), pp. 100 y ss.

ejercicio positivo –adquisición– *ex* artículo 1000 CC⁷⁷². La discrepancia viene porque Albaladejo García⁷⁷³ sostiene que sí se puede disponer *mortis causa* del *ius delationis* «dentro de ciertos límites», a saber: se puede disponer a título particular o universal cuando no se dispone de él concretamente⁷⁷⁴. Jordano Fraga⁷⁷⁵ no considera que sea posible la disposición «inconcreta» del *ius delationis*, pues entiende que siempre que exista verdadera disposición, habrá adquisición de la herencia del primer causante por el llamado-disponente⁷⁷⁶. En nuestra opinión, acierta este autor al considerar que el llamado a la primera sucesión no puede, por constituir un imposible jurídico, disponer de la primera herencia en favor de sus propios herederos sin adquirirla previamente él mismo⁷⁷⁷.

En lo que sí parece haber consenso es en que la indisponibilidad del *ius delationis* no evita que el derecho sea transmisible, pues ambas ideas se pueden compatibilizar habida cuenta de que la transmisión *mortis causa* del *ius delationis* no supone un acto de disposición por el transmitente, sino un efecto

⁷⁷² ALBALADEJO GARCÍA (1952), p. 948, señala que la disponibilidad *inter vivos* es «metafísicamente imposible» de acuerdo con el artículo 1.000 CC; en igual sentido, JORDANO FRAGA (1990), p. 111 y GALVÁN GALLEGOS (2000), p. 41.

⁷⁷³ ALBALADEJO GARCÍA (1952), p. 944, señala que «el Derecho moderno acoge como regla general la transmisibilidad *mortis causa* del *ius delationis*, y su intransmisibilidad *inter vivos*».

⁷⁷⁴ ALBALADEJO GARCÍA (1952), pp. 949 y ss., lo expone así: «Por ejemplo: disposición a título universal del testador M.: Sean mis herederos A y B. Y como parte de sus cuotas reciban: A el *ius delationis* de la herencia de X, a la que soy llamado, y B el resto de mis bienes. Creemos que, en tal caso, aunque la solución en la práctica de cada caso concreto dependa de circunstancias de hecho, la cláusula referente al *ius delationis* vale como aceptación (...) y A no recibe el *ius delationis*, sino las relaciones componentes de la herencia de X. (...) Otro ejemplo: disposición a título singular del testador M.: Sean mis herederos A y B. Lego a C lo que reciba o pueda recibir de D y de E. D dona a M una finca. E muere, instituyendo heredero a M en una saneada herencia. M muere, también, después, ignorante de tal institución. C es legatario de M y, como tal, recibe la finca donada por D y el *ius delationis* de la herencia de E. Y al ejercerlo, aceptando, se convierte en heredero de E».

⁷⁷⁵ JORDANO FRAGA (1990), pp. 102 y ss., considera que «no puede en ningún caso admitirse que el ser heredero (o el poder llegar a serlo) dependa de la voluntad de un sujeto que no sea el propio causante de la sucesión. Y eso es, precisamente, lo que ocurriría si el llamado-transmisor pudiese disponer de la delación adquirida originariamente a la muerte del primer causante para la herencia de éste: su voluntad dispositiva determinaría los herederos para la sucesión de otro: el primer causante. Lo que choca decididamente, como digo, con la misma esencia de nuestro sistema sucesorio». Es por ello que el autor considera que habrá que excluir del ámbito de aplicación del artículo 1006 CC los supuestos de disposición *inter vivos* y *mortis causa*, por tratarse de una aceptación del llamamiento *ex* artículo 1000 CC; y además, propone un cambio de terminología, siendo más adecuada la de *sucesión en el ius delationis*, toda vez que hablar de transmisión del *ius delationis* «se presta al equívoco de que existe en el artículo 1006 CC disposición del *ius delationis*, o de que el *ius delationis* es disponible».

⁷⁷⁶ Este es también el criterio del maestro LACRUZ BERDEJO (1981), p. 55; y en la doctrina italiana, DI MARZIO (2013), p. 86; ROMEO (2009), p. 1248.

⁷⁷⁷ JORDANO FRAGA (1990), pp. 104-118, donde además pone de manifiesto que el *ius delationis* es algo inaferrable y que, si hay disposición, esto convierte al llamado-enajenante en *heredero* y al adquirente, no en titular del *ius delationis*, sino en adquirente del conjunto de titularidades hereditarias que correspondían a dicho heredero-enajenante.

particular establecido por ley⁷⁷⁸. Esto no obsta, sin embargo, a que la transmisibilidad *mortis causa* del *ius delationis* convierta a este último en un derecho anómalo que se separa de los principios fundamentales de nuestro sistema sucesorio, por cuanto permite que puedan participar en la herencia del primer causante personas que le son por completo extrañas; no obstante, la doctrina lo justifica por considerar que el fundamento de tal previsión legal reside en proteger y favorecer a los herederos del transmitente⁷⁷⁹.

Tampoco existe unanimidad a la hora de fijar en qué momento nace la delación. Díez Picazo⁷⁸⁰ resume que para algunos autores, la delación nace siempre y en todo caso con la muerte del causante; para los demás –la mayoría–, la delación nace normalmente con la muerte, aunque puede nacer con posterioridad. Además está la cuestión relativa al plazo⁷⁸¹ sobre la que nuestro Código Civil mantiene silencio⁷⁸², generando así estados de yacencia potencialmente excesivos y una gran inseguridad jurídica⁷⁸³. Algunos autores creen que el plazo aplicable es el de prescripción extintiva, y no habiendo dispuesto la ley de un plazo específico para el *ius delationis*, se aplicará el plazo supletorio del artículo 1964 CC⁷⁸⁴, que es de cinco años tras la reforma operada por la LJV; sin embargo, la doctrina mayoritaria considera que el plazo es el de las acciones reales (treinta años, *ex* artículo 1959 CC)⁷⁸⁵. Ade-

⁷⁷⁸ ALBALADEJO GARCÍA (1952), p. 946; JORDANO FRAGA (1990), pp. 121 y ss.

⁷⁷⁹ JORDANO FRAGA (1990), p. 124; ESPEJO LERDO DE TEJADA (2010), p. 1100.

⁷⁸⁰ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 85.

⁷⁸¹ ALBALADEJO GARCÍA (1952), pp. 929 y ss., sostiene que en el Derecho romano no había término legal de vida, pudiendo el llamado esperar cuanto quisiera sin aceptar ni repudiar. El Derecho antejustinianeo concedía al heredero la facultad de adir indefinidamente, incluso después de cincuenta años.

⁷⁸² A diferencia de lo que ocurre en Italia, pues el artículo 480 CCit establece que el derecho a aceptar la herencia prescribe a los diez años desde la apertura de la sucesión (norma no aplicable para la aceptación del legado, según *Cass.* 4 diciembre 1991, n. 13036). Y, a pesar de que la doctrina más señera ha entendido que se trata de un plazo de caducidad (CICU 1961, p. 168; FERRI 1997, pp. 304 y ss.), la jurisprudencia, respetuosa con la literalidad del precepto, considera que el plazo del artículo 480 CCit es de prescripción (*Cass.* 12 julio 1974, n. 2091).

⁷⁸³ La situación de inseguridad jurídica no se genera solo cuando hay falta de aceptación, como hemos visto en sede de herencia yacente; sino también cuando la repudiación se realiza mucho tiempo después. La jurisprudencia, en este sentido, tiene las manos atadas, y por ello no es difícil ver sentencias en las que se afirma que «la repudiación posterior de la herencia casi dos años después de la muerte del finado por los hijos no debe ser considerada extemporánea ni equivalente a una aceptación tácita. En el caso de autos no ha existido aceptación expresa de la herencia, ni se ha probado la aceptación tácita pues el solo hecho de contestar a la demanda y aun reconvenir no implica una admisión de la condición de heredero que es lo que primeramente se opone, constando en cambio la repudiación (renuncia) de la herencia en escritura pública, renuncia que ha de tenerse por válida y eficaz con independencia del momento en que se haya producido y el móvil que la haya determinado» (SAP Almería de 1 de marzo de 2005, JUR 2006, 33233).

⁷⁸⁴ ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 275; ALBALADEJO GARCÍA (1952), p. 932.

⁷⁸⁵ Por todos, JORDANO FRAGA (1990), p. 299.

más, también se ha dicho que se trata de un plazo de caducidad⁷⁸⁶; si bien, la mayoría de la doctrina entiende que es de prescripción. En cualquier caso, el plazo representa un tiempo máximo, pero evidentemente, el *ius delationis* se podrá extinguir antes (artículos 1002 y 1005 CC). Por último, y como ha dicho cierta doctrina, el testador siempre podrá sujetar la renuncia de su propia herencia a término, inicial, fijando un plazo durante el cual no se pueda renunciar, o final, disponiendo que cumplida una fecha sin renuncia, la herencia se tendrá por aceptada, aunque no se haya instado la *interpellatio* del artículo 1005 CC⁷⁸⁷.

En cuanto al objeto del *ius delationis*, la doctrina mayoritaria considera que lo que se ofrece es la herencia, mientras otros creen que se trata del complejo de relaciones jurídicas que no forman un todo unitario⁷⁸⁸. Dice Royo Martínez⁷⁸⁹ que el objeto de la delación viene constituido por la herencia en abstracto; en nuestra opinión esto no es del todo correcto: el objeto del *ius delationis* va más allá de la herencia o del conjunto de relaciones jurídicas que se transmitan *mortis causa*, pues conviene recordar que la figura del heredero es una construcción legal impregnada de unas consecuencias y efectos que van más allá de la simple adquisición o subrogación en los bienes y deudas de la herencia.

En definitiva, baste finalizar este somero análisis del *ius delationis* con algo sobre lo que hay *communis opinio*: el llamado adquiere este derecho *ipso iure* y sin necesidad de concurso de su voluntad⁷⁹⁰. El efecto o la consecuencia principal de la adquisición del *ius delationis* consiste, pues, en la atribución de un *poder* o facultad, la de aceptar o repudiar el llamamiento; pero además, la delación, y aun antes de que acaezca la aceptación, genera otra serie de consecuencias jurídicas: en primer lugar, mientras la delación esté operativa, se excluye la posibilidad de otro llamamiento incompatible con esta; en segundo lugar, la delación concede un abanico de facultades de gestión y administración en favor del llamado, que son aquellas a las que se refiere el artículo 999.4 CC⁷⁹¹, así como inviste al llamado con la posesión de los bienes he-

⁷⁸⁶ ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 59, considera que «no es susceptible de interrupción ni de recomenzar su curso».

⁷⁸⁷ FEÁS COSTILLA (2014), p. 157.

⁷⁸⁸ Para comprobar las diferentes teorías, *vid.* DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), pp. 84-85; y, más concretamente, respecto al *ius transmissionis*, *vid.* GARCÍA GARCÍA (1996), pp. 149 y ss.

⁷⁸⁹ ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 59.

⁷⁹⁰ ALBALADEJO GARCÍA (1952), p. 920; JORDANO FRAGA (1990), p. 146 GITRAMA GONZÁLEZ (1989), p. 286; al igual que en Italia (ROMEO 2009, p. 1248; DI MARZIO 2013, p. 88).

⁷⁹¹ En este sentido, y frente a la parquedad de nuestro precepto, que únicamente indica que «los actos de mera conservación o administración provisional no implican la aceptación de la herencia, si con ellos no se ha tomado el título o la cualidad de heredero»; el *Codice Civile* italiano prevé en su artículo 460 mayores indicaciones, al señalar que «*il chiamato all'eredità può esercitare le azioni possessorie a tutela*

reditarios; en tercer lugar, quien haya sido llamado gozará también de la facultad de formar inventario o de deliberar, incluso antes de proceder a adir la herencia; y por último, y quizás este sea una de las consecuencias más importantes y estudiadas, una vez adquirido este *ius delationis*, el mismo será transmisible *mortis causa*, tal y como señala el artículo 1006 CC, cuando posibilita que «por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía»⁷⁹².

Sobre este artículo 1006 CC se ha escrito mucho y hasta años recientes la doctrina mayoritaria entendía que daba lugar a dos adquisiciones de herencia, primero la del transmitente, y segundo, la del transmisario⁷⁹³; sin embargo, la doctrina disidente (Albaladejo García 1952; Jordano Fraga 1990)⁷⁹⁴ consideraba que, si bien es cierto que existen dos sucesiones totalmente independientes, ambas están inevitablemente interconectadas, pues el *derecho a participar* en la primera sucesión se adquiere a través de la participación en la segunda. Ambos autores consideraron errónea la ficción jurídica de convertir retroactivamente al transmitente en heredero del primer causante por efecto de la aceptación por el transmisario, pues a su entender, una vez ejercido el *ius delationis* en sentido positivo respecto del primer causante, el transmisario se convierte en heredero suyo *via recta*. La única diferencia, pues, con el resto de herederos, será que mientras éstos han adquirido la delación de manera originaria, el

dei beni ereditari, senza bisogno di materiale apprensione. Egli inoltre può compiere atti conservativi, di vigilanza e di amministrazione temporanea, e può farsi autorizzare dall'autorità giudiziaria a vendere i beni che non si possono conservare o la cui conservazione importa grave dispendio. Non può il chiamato compiere gli atti indicati nei commi precedenti, quando si è provveduto alla nomina di un curatore dell'eredità a norma dell'articolo 528».

⁷⁹² Este artículo rompe con la tradición romana, al establecer la transmisibilidad de la delación; sin embargo, el pretor utilizó la *restitutio in integrum* como medio indirecto de sucesión en la delación: así, si moría un heredero sin haber aceptado, el heredero de éste podía solicitar del pretor la *restitutio* que, más que de una transmisión de herencia se trataba de un traspaso de la facultad de restituir. *Vid.*, entre otros, BIONDI (1954), pp. 181 y ss.; VOCI (1967), p. 505; FUENTESECA (1978), p. 436; D'ORS (2004), p. 325. En otro orden de cosas, SERRANO DE NICOLÁS (2014), p. 194, señala que, atendiendo al tenor literal del precepto, cuando habla de *los suyos (los herederos del heredero)*, se están excluyendo a los legatarios, y es necesario que tal heredero le sobreviviera. Además, también es requisito para la aplicación del artículo 1006 CC que el llamado transmitente no hubiese aceptado ni repudiado la herencia, siendo indiferente pues, que no hubiese podido, por la causa que fuera, física o psíquica, voluntaria o involuntaria, o no hubiera querido, por mero descuido o intencionadamente.

⁷⁹³ Entre otros, MANRESA NAVARRO (1943), p. 434; LACRUZ BERDEJO (1981), p. 55; GARCÍA GARCÍA (1996), pp. 206 y ss., sostiene la teoría clásica al considerar que el transmisario ha de reunir el requisito de capacidad para suceder respecto al transmitente o segundo causante, aunque no lo reúna respecto al primer causante, siendo el transmitente el que deba reunir el requisito de capacidad respecto al primer causante; en relación con la dignidad, considera también que el transmitente ha de ser digno de suceder al primer causante, y el transmisario ha de serlo respecto al transmitente.

⁷⁹⁴ ALBALADEJO GARCÍA (1952), pp. 953 y ss.; JORDANO FRAGA (1990), pp. 291 y ss.; en igual sentido, O'CALLAGHAN MUÑOZ (1993), p. 2384.

transmisario la habrá adquirido *derivativamente*, ocupando la misma posición jurídica que tenía el causante-transmitente en la primera herencia⁷⁹⁵.

La asunción de esta postura tiene diversas consecuencias prácticas; la primera de ellas es que el transmisario ha de sobrevivir al primer causante y ser capaz de sucederle⁷⁹⁶: precisamente por eso, se le llama a esta la tesis de la adquisición directa o de la doble capacidad⁷⁹⁷, porque ha de ser capaz de suceder al causante-transmitente y al primer causante. Además, y por tratarse de dos sucesiones diferentes pero conectadas, el transmisario podrá repudiar la del primer causante y aceptar la del transmitente; si bien, no podrá actuar a la inversa: esto es, no será jurídicamente posible aceptar la herencia del primer causante y repudiar la del transmitente, pues toda decisión que sobre la herencia del primer causante tome el transmisario (aceptación pura y simple, aceptación con declaración de beneficio de inventario y repudiación) implicará la adquisición *ex lege* de la del transmitente, por ser el *ius delationis* un derecho en ella incluido del que no se puede disponer sin antes adquirir la herencia completa⁷⁹⁸.

Pero, la principal repercusión de esta teoría, al menos en lo que a este trabajo se refiere, es que «el transmisario, que es ya necesariamente, para ser tal, heredero del llamado-transmitente, cuando, además, adquiera la herencia del primer causante, será, también, con todas las consecuencias: favorables y desfavorables, heredero del primer causante: partícipe, con los demás herederos del primer causante, de su herencia y, por ende –limitada o ilimitadamente, según se haya hecho o no uso del beneficio de inventario *respecto de la primera herencia*– de la responsabilidad por las deudas de tal herencia»⁷⁹⁹. En este

⁷⁹⁵ LACRUZ BERDEJO (1981), p. 55, y JORDANO FRAGA (1990), p. 132, consideran que el transmisario recibirá la misma proporción o cuota prevista legal o testamentariamente para el llamado-transmitente. Además, este último autor pone de manifiesto que la delación se recibe con las mismas *modalidades accesorias*, esto es: los mismos modos, cargas, términos o condición resolutoria (pues la condición suspensiva excluye la transmisión antes de su cumplimiento, salvo que el testador haya establecido expresamente su transmisibilidad). En nuestra opinión, esto debe ser matizado, pues habría que atender a si la modalidad accesoria de que se trate tiene un marcado carácter personal, basado en las circunstancias del causante-transmisario. Piénsese, por ejemplo, en la institución sometida a la condición de casarse con la madre del hijo del llamado. O piénsese, también, en la institución sometida al término de cuando el causante-transmitente cumpla la mayoría de edad: si el heredero-transmisario ya fuese mayor de edad, obvio parece que esta modalidad accesoria no le puede repercutir. Además, al adquirir el transmisario la delación de forma *derivativa*, el plazo para aceptar o repudiar no comienza a contarse desde la apertura de la sucesión del llamado-transmitente, sino desde la del primer causante.

⁷⁹⁶ ALBALADEJO GARCÍA (1952), pp. 956 y ss., en la que también considera que serán de aplicación las normas sobre colación y todo lo que se derive de que sucede al primer causante y no al transmitente; JORDANO FRAGA (1990), p. 323.

⁷⁹⁷ Aparece así recogido en la STS de 11 de septiembre de 2013 (RJ 2013, 045), siendo ALBALADEJO GARCÍA (1952), p. 959, quien acuñó el de teoría de la doble capacidad.

⁷⁹⁸ ALBALADEJO GARCÍA (1952), p. 963; JORDANO FRAGA (1990), p. 292.

⁷⁹⁹ JORDANO FRAGA (1990), pp. 317-318.

sentido, es importante señalar que existe la posibilidad para el transmisario de aceptar cada una de las dos herencias con o sin beneficio de inventario, sin que la decisión sobre una herencia condicione la otra⁸⁰⁰; si bien la facultad para pedir el derecho a deliberar o la declaración de hacer uso del beneficio de inventario habrán de ejercitarse dentro de los plazos que según los artículos 1014 CC y siguientes le restasen al llamado-transmitente, por haberse adquirido el *ius delationis* de manera derivativa, es decir, sucediendo al transmitente en su misma situación⁸⁰¹.

La STS de 11 de septiembre de 2013 ha venido a establecer como doctrina la tesis aquí expuesta⁸⁰², señalando que no existe 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». Al margen de cuál sea nuestra opinión acerca de la adopción de esta tesis, no podemos dejar de reprobar que el TS haya utilizado la expresión de «heredero transmitente», pues hace pensar que el transmitente ha adquirido efectivamente la herencia⁸⁰³. Una vez establecida esta teoría de la adquisición directa como doctrina jurisprudencial, la DGRN la ha seguido en varias de sus Resoluciones⁸⁰⁴, pero ha venido a matizarla en relación con los derechos de los legitimarios en las RRDGRN de 22 de enero⁸⁰⁵ y 5 de julio de 2018⁸⁰⁶, en el sentido de considerar que debe

⁸⁰⁰ ALBALADEJO GARCÍA (1952), p. 963; JORDANO FRAGA (1990), pp. 303 y ss.

⁸⁰¹ JORDANO FRAGA (1990), p. 302.

⁸⁰² RJ 2013, 7045. La finalidad de este fallo era considerar que el cuaderno particional elaborado por el contador de la primera herencia no puede limitarse a señalar la cuota abstracta que hubiese correspondido al transmitente, sino que ha de incluirse la cuota concreta de todos y cada uno de los transmisarios, ya que todos ellos son ahora herederos directos del primer causante. Con igual criterio, la DGRN ha seguido esta doctrina en su Resolución de 26 de marzo de 2014 (RJ 2014, 2376), según la cual el cónyuge viudo (y de igual manera, los hijos y descendientes) del transmitente solo podrán intervenir en la partición de herencia cuando hayan sido llamados –legal o testamentariamente– como herederos o sucesores a título universal, no pudiendo intervenir ni los legatarios, ni el viudo o viuda instituidos con el usufructo universal.

⁸⁰³ Además, tanto ALBALADEJO GARCÍA (1952) como JORDANO FRAGA (1990) utilizan repetidamente en sus trabajos la expresión, más correcta en nuestra opinión, de «llamado-transmitente».

⁸⁰⁴ RRDGRN de 26 de marzo de 2014 (RJ 2014, 2376), 11 de junio de 2014 (RJ 2014, 4615) o 26 de julio de 2017 (RJ 2017, 5861).

⁸⁰⁵ RJ 2018, 222.

⁸⁰⁶ RJ 2018, 3488.

requerirse la intervención de los legitimarios del primer causante en la partición de la herencia.

La acogida de esta STS de 2013 por la doctrina civilista no ha sido todo lo positiva que cabría esperar⁸⁰⁷; es más, algunas de las reflexiones sobre las injusticias a las que se podría llegar con esta teoría son ciertamente difíciles de refutar⁸⁰⁸. Una de las críticas afecta especialmente a nuestro ámbito de estudio, que es la de Galicia Aizpurúa⁸⁰⁹ y que, por su especial interés, pasamos a reproducir: «de adoptarse la teoría moderna, (los acreedores del transmitente) tampoco podrán pretender hacer efectivos sus derechos de crédito sobre los elementos relictos de la primera herencia si el transmisario hubo aceptado a beneficio de inventario la del transmitente, ya que, al no ser el *ius delationis* de la primera herencia un componente patrimonial de su caudal, de ningún modo se hallarían dichos elementos afectos al pago de las deudas y cargas que gravitasen sobre él. Esto es, de tratarse de sucesiones independientes y distintas, no cabría hacer responder por las deudas hereditarias de un causante (el transmitente) al activo de un patrimonio hereditario de un causante diverso (el originario *de cuius*), ya que la existencia del beneficio de inventario contrae obvia-

⁸⁰⁷ SERRANO DE NICOLÁS (2014), pp. 193 y ss., reitera lo equivocada de esta tesis al considerar que no puede pretenderse una adquisición *per saltum* de los transmisarios respecto del primer causante, pues resulta de forma terminante de la misma dicción del artículo 1006 CC que hay herederos del heredero, no herederos del primer causante; es decir, esta teoría no es admisible, pues colisiona frontalmente con la razón de *mismo derecho*, el que *los suyos*, sus herederos, lo sean del primer causante. Por ello, no ve razón para que, de haber aceptado su causante, su capacidad sucesoria –la de los transmisarios– se contemplase solo respecto de su causante y, ahora, por no haberse pronunciado, se tenga que observar –su capacidad sucesoria– también respecto del primer causante.

⁸⁰⁸ Destaca en esta cuestión el trabajo de PASCUAL DE LA PARTE (2015), pp. 1588 y ss., donde pone diversos ejemplos de los sinsentidos de la teoría. El primer ejemplo es el siguiente: el matrimonio formado por Antonio (A) y Beatriz (B) formaliza ante notario sus respectivos testamentos, en los que se nombran mutuamente herederos y se sustituyen vulgarmente por Carlos (C), cuñado de Antonio y hermano de Beatriz. Posteriormente, Antonio hace un nuevo testamento en el que, tras algunos altercados con su cuñado, sustituye vulgarmente a su esposa por su amigo Diego (D), señalando además que no quiere en absoluto que le herede Carlos. Fallece Antonio, y su esposa Beatriz fallece posteriormente sin aceptar ni repudiar. Como consecuencia, el heredero de Antonio vía 1006 CC sería Carlos, es decir, aquel que fue precisamente excluido por el propio testador, por lo que no es concebible que se le considere heredero recta-vía. El segundo ejemplo guarda relación con la capacidad: A instituye heredero a B, A fallece y tiempo después fallece B sin aceptar ni repudiar. B deja como herederos a C y D, C nacido antes de la muerte de A y D sin siquiera haber sido concebido en tal fecha. Si se aplica la teoría de la doble capacidad, D no podrá suceder a A, cosa que no sucedería de seguir la teoría clásica anterior. El tercer ejemplo es el siguiente: Fallece A y le sobrevive su sobrino B, que fallece sin aceptar ni repudiar dejando un hijo C, que también fallece sin aceptar ni repudiar dejando una sola hija D. Pues bien, D no podría heredar intestada a A, pero sí que podría hacerlo por derecho de transmisión, pues la transmisión de *ius delationis* se produce *ad infinitum* y sin límite de grado alguno. Por ello, este autor considera que la teoría de la doble capacidad produce consecuencias injustas en algunos casos, aunque también defiende que al transmisario sí le afectan las causas de incapacidad relativas y de indignidad del primer causante, pues cuando acepta lo hace en nombre propio y no en el del transmitente, pero no le deben afectar por el contrario las incapacidades absolutas del artículo 745 CC.

⁸⁰⁹ GALICIA AIZPURÚA (2014), pp. 257-258.

mente la responsabilidad del transmisario por las deudas de la herencia beneficiaria al activo de esta, siendo así que los bienes de la primera herencia, en la hipótesis del artículo 1006, no constituyen parte integrante del mismo. Pero aún hay más: si el transmisario, en lugar de aceptar, decidiera finalmente ejercitar en sentido negativo el *ius delationis* que encontró en el caudal del transmitente, los acreedores personales de este último no estarían en absoluto facultados para impugnar tal repudiación con base en el artículo 1001 CC, sino *única* y exclusivamente los del transmisario repudiante».

En nuestra opinión, es comprensible la preocupación del autor pues las implicaciones de esta teoría son hondas en el ámbito de la liquidación sucesoria; no obstante, consideramos que estas críticas son incorrectas al presumir que la adquisición directa se produce «en recto perjuicio» de los acreedores y legitimarios del transmitente, pues mal que nos pese, estas repercusiones son más acordes con el sistema de adquisición romano. Cabe preguntarse, sino, cómo se justificaría que el transmitente hubiese adquirido la herencia sin haberla aceptado: ¿se justificaría por la voluntad ajena del transmisario al aceptar la herencia?; y si el transmisario repudiase, ¿se entendería también repudiada? En definitiva, creemos que la teoría de la adquisición directa del transmisario es la más conforme con el principio de adquisición por aceptación romano, y además, también la más justa en lo que a efectos fiscales se refiere⁸¹⁰.

⁸¹⁰ La STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 14 de diciembre de 2011 (RJ 2012, 2758) afirmaba que «en el supuesto de autos, doña Bárbara tenía ese *ius delationis* desde el momento de la muerte de su hermano, pero al morir ella sin ejercitarlo, lo adquieren *ope legis* sus herederos, al margen de la voluntad de su madre, de tal forma que si éstos aceptan su herencia, sin excepción respecto de la de su tío, se entiende que aquella acepta la herencia de éste, produciéndose su adquisición, que es el hecho imponible del Impuesto sobre Sucesiones». No obstante, en este caso hubo un voto particular que discrepaba de tal decisión, al considerar que lo procedente hubiera sido que se girase una sola liquidación. Finalmente, esta tesis ha sido superada, pues la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 5 de junio de 2018 (RJ 2018, 2864), afirma que «lo declarado por la Sala de lo Civil de este Tribunal Supremo, en las particulares características de la sentencia que hemos reseñado como expresivas de una clara voluntad de formar jurisprudencia definitiva sobre una materia necesitada de ella, nos vincula para la decisión del presente asunto, no solo porque ha decidido, concluyentemente, que en el caso de ejercicio del *ius transmissionis* por los herederos del transmitente se produce una sola transmisión –no dos–, sino, lo que es más importante, porque tal decisión es prejudicial y determinante de la que nos corresponde adoptar ahora al interpretar la ley fiscal porque, a nuestro juicio, la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones incorpora elementos y conceptos fiscales fundados a su vez en nociones que ha de suministrarnos necesariamente el Derecho civil (sucesión, transmisión, adquisición, aceptación, etc.), para definir las nociones de hecho imponible y el devengo. Por lo tanto, en presencia de tal jurisprudencia, hemos de rectificar la doctrina (...) La respuesta que hemos de ofrecer, en atención a todo lo expuesto y, fundamentalmente, en consideración a la jurisprudencia establecida en la Sentencia de 11 de septiembre de 2013 de la Sala de lo Civil de este Tribunal Supremo, es que se produce una sola adquisición hereditaria y, por ende, un solo hecho imponible, no dos hechos imposables ni dos devengos del impuesto, corolario de lo cual es la afirmación final de la reseñada sentencia civil según la cual los herederos transmisarios sucederán directamente al causante de la herencia y en otra distinta sucesión al fallecido heredero transmitente».

2. PRESUPUESTOS Y CARACTERÍSTICAS COMUNES A LA ACEPTACIÓN Y A LA REPUDIACIÓN

Los presupuestos necesarios para que el llamado pueda ejercer válidamente el *ius delationis* están regulados en los artículos 991 y 992 CC, y son básicamente dos: de una parte, gozar de capacidad para aceptar la herencia⁸¹¹, cuestión esta sobre la que no profundizaremos en este trabajo; y, de otra parte, que exista certeza en la delación. Esta exigencia se encuentra recogida en el artículo 991 CC que dispone que «nadie podrá aceptar ni repudiar sin estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar y de su derecho a la herencia». Lo que exige este precepto es, según la doctrina especializada, una certeza subjetiva y personal de dos cosas: la muerte del causante y su derecho a herencia⁸¹². Esta certeza puede darse sin prueba decisiva o determinante, no siendo necesario recabar certificado de defunción; asimismo, si se tratase de una delación *ab intestato*, tampoco sería preciso esperar a la declaración de herederos, bastando con saberse pariente con derecho a suceder y de acuerdo con el orden establecido por la ley. Por el contrario, si la delación fuese testamentaria, y aun cuando se disponga del último testamento en vigor, no existirá certeza cuando se hubiese iniciado cualquier reclamación judicial sobre la validez del testamento o cuando se discuta o ponga en duda la capacidad del llamado para suceder: en ambos casos, estas circunstancias hacen imposible cualquier decisión de aceptar o repudiar la herencia⁸¹³.

⁸¹¹ A modo de sucinta referencia, podemos decir que el artículo 992 CC señala que «pueden aceptar o repudiar una herencia todos los que tienen la libre disposición de sus bienes». Según GARCÍA GOYENA (1852-A), p. 213, «por la aceptación de la herencia se contraen obligaciones; por la repudiación se enajenan o dejan de adquirirse derechos: ni uno ni otro puede hacerse por el que no tenga la libre administración de sus bienes». DíEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 460, considera que «emplea aquí el Código un concepto sumamente confuso», y aclara que no puede asemejarse la libre disposición con el poder de disposición en sentido técnico, y que tampoco debe entenderse la aceptación de la herencia con un acto de disposición sobre los propios bienes, toda vez que «la aceptación, antes al contrario, supone adquisición de bienes de otro y asunción de derechos». Esta afirmación no parece del todo correcta, pues a lo largo de este trabajo hemos insistido en la idea de que la aceptación de la cualidad de heredero no ha de simplificarse a la ilusoria idea de una adquisición de bienes y derechos, sino más bien al contrario, el llamado que acepta la condición de heredero puede asumir deudas que vengán a empobrecer efectivamente su estado patrimonial. Sea como fuere, DíEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN concluye que a lo que el Código ha aludido con esa equívoca frase es a la capacidad de obrar en el orden patrimonial, de manera que la dicción del artículo 992 hay que entenderla en el sentido de que pueden aceptar una herencia todos los que tengan plena capacidad de obrar. De otra parte, GALVÁN GALLEGOS (2000), pp. 83-84, señala que «entre la capacidad para suceder o heredar y la capacidad para aceptar o repudiar se da la misma relación que entre los términos generales de capacidad jurídica y capacidad de obrar». La capacidad para suceder la tienen todas las personas físicas o jurídicas que no sean indignas para suceder o no lo tengan prohibido por ley; mientras que la capacidad para aceptar o repudiar exige la capacidad de obrar plena, que es la que gozan los que han alcanzado la mayoría de edad.

⁸¹² ALBALADEJO GARCÍA (1997), pp. 93 y ss.

⁸¹³ Según ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 268, la certeza requerida por el artículo 991 CC «quiere decir que la aceptación o repudiación hechas cuando falta alguno de estos presupuestos son inoperantes; y ello

A este respecto, el Tribunal Supremo ha venido a aclarar un poco más el tipo de certeza que exige el artículo 991 CC en su STS de 15 de abril de 2011⁸¹⁴, en la que consideró como aceptación-disposición válida la cesión de derechos hereditarios realizada por quien, aun no habiendo recibido *oficialmente* el *ius delationis*, se sabía con derecho a herencia, por ser la única heredera abintestada de la causante, y ser el testamento a favor de una fundación nulo de pleno derecho, pues la causante lo había otorgado en estado de incapacidad mental. En este caso, la citada aceptante había cedido, en documento privado, los bienes hereditarios que «consiga o pueda conseguir»; negocio que el Tribunal Supremo consideró válido, toda vez que la declaración de nulidad del testamento por sentencia y la posterior declaración de herederos son actos judiciales «no constitutivos de su derecho a la herencia, sino declarativos de la certeza de tal derecho (así, artículo 991 del Código civil)»⁸¹⁵.

En sentido contrario, la STS de 6 de junio de 2008⁸¹⁶ consideró ineficaz la repudiación que habían hecho dos hermanos (Blas y Luz) por creer que no tenían derecho a la herencia. En este caso, el testador había previsto una cláusula de desheredación que entraría en funcionamiento si no se cumplía determinada condición, y como quiera que los llamados no la habían cumplido, se creían sin derecho a herencia y procedieron a formular repudiación expresa mediante comparecencia judicial. Posteriormente, dicha cláusula testamentaria fue declarada no válida; por ello, razona el TS que como los repudiantes no se creían con derecho a herencia, entra en juego la norma del artículo 991 CC: la delación no era cierta⁸¹⁷.

no solo en el sentido de que no cabe heredar a quien aún está vivo, porque para entenderlo así no sería menester precepto legal expreso, ya que la misma lógica lo impone, sino también en el sentido de que la aceptación o repudiación realizadas cuando falta uno de los presupuestos no vinculan en modo alguno al aceptante o repudiante para cuando los presupuestos se dan efectivamente». GALVÁN GALLEGOS (2000), pp. 80-83, señala que en verdad no solo exige esa certeza subjetiva, sino también el acaecimiento de ambos presupuestos; en caso contrario, estar cierto sin que hubiesen acaecido sería realmente estar equivocado; ya se comprende, dice, que no es a esa certeza de creerlo aunque no sea verdad a la que se refiere el Código Civil. De referirse a ella se llegaría a la pintoresca conclusión de que lo que exige la ley para poder aceptar o repudiar no son los hechos objetivos de que haya muerto el causante y el sujeto tenga derecho a la herencia, sino solo que esté convencido, aunque no sea verdad, de ambas cosas.

⁸¹⁴ RJ 2011, 2313.

⁸¹⁵ El TS vuelve a reiterar que «lo mismo cabe decir de los presupuestos objetivo y subjetivo que exige el artículo 991 (que se cita en el recurso) de la certeza de la apertura de la sucesión y del derecho a herencia. Por más que fuera posterior en el tiempo, quedaron acreditados cuando se declaró la nulidad de un testamento y el carácter de heredera de doña Milagrosa, siendo válida aquella cesión como aceptación, con efecto retroactivo a la muerte de la causante».

⁸¹⁶ RJ 2008, 3212.

⁸¹⁷ Quizás lo que sí sorprende de este supuesto es el por qué dos sujetos que se creían sin derecho a herencia proceden a repudiar la misma: suponemos que lo habrían hecho por requerimiento judicial, pero no deja de resultar extraño que alguien repudie algo a lo que se cree no tener derecho. Sea como fuere, no

En cuanto a las características⁸¹⁸, la primera que conviene mencionar es que tanto la aceptación como la repudiación constituyen un negocio jurídico *unilateral*, pues la declaración o acto por el que se realizan produce efectos sin necesidad de encontrarse con otra voluntad. Son negocios jurídicos, toda vez que en ellos hay siempre una manifestación de voluntad dirigida a la adquisición o no de la herencia y a la asunción de la cualidad de heredero de manera voluntaria y libre⁸¹⁹; además son unilaterales porque, como señala la doctrina, es indudable que la aceptación a un llamamiento testamentario es una aquiescencia o conformidad que se presta respecto del deseo que mostró el testador, pero tal coincidencia de voluntades no implica bilateralidad⁸²⁰. Institución de heredero en testamento y aceptación por el instituido no tienen nada en común con la oferta y la aceptación contractual, sino que son *conditionis iuris* para la efectiva sucesión, bien distintas entre sí, y cuya realización lejos de presuponer, como en el contrato, el encuentro y conjunción de dos voluntades actuales y referibles a sujetos simultáneamente existentes y capaces, presupone todo lo contrario: el instituido no es tal, ni puede aceptar, mientras el testador vive y, cuando puede aceptar, el causante ya ha muerto: sus voluntades solo pueden decirse coincidentes en el sentido de *superpuestas en distinto plano temporal*; no son voluntades conjugadas y simultáneas como las que caracterizan al contrato⁸²¹.

La aceptación y repudiación son, además, negocios puros, que no admiten condición, modo, plazo ni fraccionamiento tal y como señala el artículo 990 CC, cuando estipula que «la aceptación o la repudiación de la herencia no podrá hacerse en parte, a plazo, ni condicionalmente»⁸²². La doctrina considera que una aceptación o repudiación que contravenga este precepto es radicalmente

cabe duda de que para que la delación sea efectiva se ha de tener conocimiento de la misma y creerse con derecho a la herencia.

⁸¹⁸ Vid., entre otros, VALVERDE VALVERDE (1916), pp. 518 y ss.; PUIG BRUTAU (1961), pp. 220 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS (1978), pp. 140 y ss.; ALBALADEJO GARCÍA (1997), pp. 90 y ss.

⁸¹⁹ La mayoría de la doctrina considera que se trata de negocios jurídicos, *vid.*, entre otros, ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 293 y DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1959), p. 129, nota 7. En la doctrina italiana, sin embargo, autores como BARBA (2008), pp. 304 y ss., consideran que, al menos la repudiación, es un acto jurídico en sentido estricto y no un negocio jurídico porque el repudiante no tiene posibilidad de decisión sobre los efectos, que vienen inderogablemente establecidos por ley. Y como quiera que los repudiantes solo pueden decidir si repudian o no, esto es, tienen libertad del *si*, pero no libertad del *como*, estaríamos ante un acto jurídico en sentido estricto.

⁸²⁰ Sin embargo, algunos autores sí han defendido que el testamento tiene cierta naturaleza contractual; *vid.*, en este sentido CIMBALI (1884), pp. 269 y ss., para quien «*se l'erede accetta, per atto espresso o tacito della sua volontà, l'istituzione fatta in di lui favore mediante un atto libero di volontà del testatore, estrinsecato nel testamento, concorrendo allora indubbiamente i due termini fondamentali del consenso, il contratto diviene perfetto, e quindi produttivo di effetti giuridici. Se l'erede non accetta, mancando uno dei termini fondamentali del consenso, il testamento rimane atto semplicemente unilaterale*».

⁸²¹ ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 267.

⁸²² Como dicen PUIG BRUTAU (1961), p. 223 y ALBALADEJO GARCÍA (1997), p. 90, además de puros son, también, indivisibles.

nula y que, por tanto, el llamado vuelve a la situación original, conservando el interesado la plena libertad de aceptar o repudiar la herencia; porque quien quiere parcial o condicionalmente cuando la ley dice que no hay que querer de ese modo, expresa una voluntad inidónea para conseguir el fin a que se dirige, y justifica la conveniencia del precepto por cuanto la condición de heredero es una cualidad personal que no admite fraccionamiento o limitación⁸²³.

La tercera característica de la aceptación o repudiación es que se trata de negocios irrevocables⁸²⁴, tal y como exige el artículo 997 CC⁸²⁵, cuando dice que «la aceptación y la repudiación de la herencia, una vez hechas, son irrevocables, y no podrán ser impugnadas sino cuando adoleciesen de algunos de los vicios que anulan el consentimiento, o apareciese un testamento desconocido». Esto es, el negocio de aceptación o repudiación es irrevocable si, por cualquier razón, el llamado a suceder decidiese cambiar el sentido de su elección; pero sí podrá ser impugnada en los términos que señala el precepto. Para que entre en juego, por lo tanto, la irrevocabilidad de la aceptación o repudiación, esta tiene que haber sido realizada en las condiciones de perfección que exige la ley⁸²⁶.

⁸²³ ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 269; LACRUZ BERDEJO (1981), p. 84; GALVÁN GALLEGOS (2000), p. 76, quien señala que la aceptación o repudiación sometida a condición o plazo es «insubsanable y carece de todo efecto, manteniendo al *ius delationis* intacto para poder ejercitar, correctamente, su opción». En la doctrina italiana, cuyo sistema prevé la misma prohibición (artículo 475 CCit), se considera que las cláusulas limitantes son incompatibles con el negocio de adhesión que supone la aceptación (CICU 1961, p. 165; FERRI 1997, p. 267).

⁸²⁴ En el *Codice Civile* italiano, únicamente la aceptación es irrevocable, pues el artículo 525 establece que una vez que el llamado haya repudiado, y antes de que el derecho a aceptar prescriba, siempre podrá aceptarla, si no ha sido ya adquirida por otros llamados. En efecto, y como señala BARBA (2008), pp. 47 y ss., el repudiante, aun cuando pierde la cualidad de llamado, permanece con la cualidad de *vocato*, ya que a través del artículo 525 CCit puede readquirir la posición perdida; pero para el autor citado, esta no es una verdadera revocación, a pesar de que el artículo se titule *revoca della rinuncia*. En el *Code Civil* francés, el nuevo artículo 807 también establece la posibilidad de revocar la repudiación, si no ha sido ya aceptado por otro heredero o el Estado, y si no ha prescrito su derecho de opción.

⁸²⁵ Sobre esta cuestión, Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 470, considera que pese al carácter exclusivo que el artículo 997 parece dar a estas causas («no podrán ser impugnadas sino cuando») los motivos de ineficacia de la aceptación son más numerosos; así, hay un motivo de ineficacia siempre que haya faltado un requisito de validez (cuando se acepta una herencia no abierta o no deferida, cuando el aceptante carece de la capacidad legal necesaria o no está legitimado para ello por no ser el llamado a la herencia o carecer de una representación bastante, cuando la aceptación se ha hecho parcialmente o se ha sometido a condición o a término, cuando se ha extinguido el *ius adeundi*, bien por prescripción, o bien por haber ya renunciado el aceptante, o por no haberse llenado los requisitos de forma exigidos por la ley). Respecto de la aparición de un testamento desconocido, considera el autor que «la causa de la impugnación no es aquí tanto el error del aceptante, como la falta de delación», y dicha impugnación se permite por la ley al «carecer el aceptante del derecho que había ejercitado o ser titular de un derecho de distinto contenido y extensión».

⁸²⁶ GALVÁN GALLEGOS (2000), pp. 77-78, se pregunta si la aceptación o repudiación son negocios jurídicos y estos se ven ya afectados por las causas de impugnación genéricas del artículo 1265 CC, por qué habría el legislador de reafirmar tal cuestión; para la autora, «en verdad no hacía falta que se enunciara expresamente, pues la aceptación o repudiación válidamente constituida y eficaz sería igualmente imposible de destruir, sin embargo, se puede encontrar en este afán expletivo una función de calificación

La *ratio* de la irrevocabilidad del sentido en que se ejerza el *ius delationis* (aceptación o repudiación) es clara: se trata de evitar los prejuicios que ocasionaría un hipotético cambio de opinión por parte del aceptante heredero o del repudiante, pues, como ha puesto de manifiesto la doctrina, permitir dicho cambio de opinión de manera ilimitada y aleatoria acarrearía «graves perturbaciones»⁸²⁷. Algún autor ha justificado la irrevocabilidad de la repudiación por cuanto constituye una ofensa o menosprecio hacia el testador⁸²⁸, razón por la que se cree que el repudiante habría de ser sancionado con la pérdida de la posibilidad de readquirir los bienes hereditarios. En nuestra opinión, tal consideración es poco acertada, sobre todo en escenarios de crisis económica, en los que la causa más probable de las repudiaciones se halla en la legítima intención de proteger el patrimonio propio.

En último lugar cabe apuntar que tanto la aceptación como la repudiación son negocios de carácter no personalísimo, pues la doctrina entiende que se puede hacer a través de un representante, si bien, el poder deberá ser específico y especial, no siendo bastante un poder general⁸²⁹. Además, de conformidad con el artículo 988 CC, son «actos enteramente voluntarios y libres»⁸³⁰ y de carácter *no recepticio*, toda vez que producen su efecto inmediatamente, sin necesidad de notificación o de que los interesados tengan conocimiento de

clara y definitiva de dichas situaciones en aras de la seguridad jurídica y de la certeza de su destino para cuantos puedan ser implicados».

⁸²⁷ Para MANRESA NAVARRO (1943), p. 383, el artículo 997 CC «es lógico, dado el carácter de las transmisiones por herencia o de la sucesión. Aceptada libremente la representación de la personalidad del difunto, no cabe rechazarla; no se trata solo de un derecho, sino también de una obligación. Por otra parte, permitir el cambio de voluntad o la revocación llevaría consigo graves perturbaciones (...) El que renuncia deja de ser heredero y, después, pretendería aceptar un derecho que ya no era suyo». En igual sentido, ROGEL VIDE (2011), p. 122, y VICANDI MARTÍNEZ (2014), p. 1212.

⁸²⁸ GARCÍA GOYENA (1852-A), p. 224, en cuyo artículo 839 sancionaba al heredero testamentario que repudia con la pérdida de su derecho a los legados, consideraba que su artículo era más justo y decoroso, pues «el heredero que desaira y afrenta al testador en la parte principal del testamento, se hace indigno de la liberalidad subalterna con que es honrado en el mismo». En igual sentido, GALVÁN GALLEGOS (1997), pp. 1820-1821 y VICANDI MARTÍNEZ (2014), p. 1212, quien señala que «una vez repudiada la herencia, ya se ha ofendido al testador, de forma que resulta ilógico que después el llamado pueda volver a aceptar, una vez cometida tal afrenta. Se observa cómo en este contexto tiene un cierto matiz de sanción o castigo».

⁸²⁹ Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 464; LACRUZ BERDEJO (1981), p. 84; ALBALADEJO GARCÍA (1997), p. 92; GALVÁN GALLEGOS (2000), p. 75; VICANDI MARTÍNEZ (2014), p. 1205. No obstante, la doctrina no es unánime, pues AMENGUAL VILLALONGA (2014), p. 1158, ha señalado que «la repudiación de la herencia es un acto personalísimo, sin que el ejercicio de esta declaración de voluntad pueda dejarse al albedrío de terceros ni coartarse la libertad y voluntariedad de la aceptación o repudiación de una herencia».

⁸³⁰ Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 457, considera que el artículo 988 CC recoge el principio francés de acuerdo con el cual *nul est heritier s'il ne veut*. Por su parte, GALVÁN GALLEGOS (2000), p. 74, señala que «voluntario es aquel acto que nace de la propia voluntad, que implica conocer y querer realizarlo no por obligación; esta ausencia de sujeción y deber que significa lo voluntario, enlaza con el carácter de libre, es decir, lo actuado con libertad, no por subordinación, sino con independencia».

ello⁸³¹. No obstante, ciertos preceptos suponen una excepción al carácter estrictamente voluntario del *ius delationis*; alguno de ellos ya lo hemos tratado como el artículo 1005 CC, pero hay más⁸³². Así, el artículo 166.2 CC establece que los padres deberán recabar autorización judicial a fin de que puedan repudiar la herencia o legado deferidos al hijo⁸³³. De otra parte, el artículo 271.4 CC también determina la obligatoriedad para el tutor de recabar autorización judicial para repudiar la herencia o liberalidades deferidas al tutelado⁸³⁴. En el caso de la curatela, el artículo 996 CC estipula que «si la sentencia de incapacitación por enfermedad o deficiencias físicas o psíquicas no dispusiere otra cosa, el sometido a curatela podrá, asistido del curador, aceptar la herencia pura o simplemente o a beneficio de inventario». La doctrina considera que la *ratio* de la exigencia de mayores garantías en estos supuestos se asienta sobre la necesidad de proteger el patrimonio de estos sujetos que carecen –permanente o temporalmente– de la capacidad para aceptar o repudiar el llamamiento⁸³⁵.

Por último, existen una serie de sujetos que tampoco pueden repudiar libremente las herencias deferidas a su favor. Así, el artículo 993 CC determina que «los legítimos representantes de las asociaciones, corporaciones y fundaciones capaces de adquirir podrán aceptar la herencia que a las mismas se dejare; mas para repudiarla necesitan la aprobación judicial, con audiencia del Ministerio público»⁸³⁶; y el artículo 994 CC sanciona que «los establecimien-

⁸³¹ ROYO MARTÍNEZ (1951), pp. 278-279; DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 459.

⁸³² Uno de ellos es el artículo 1002 CC; asimismo, y fuera del cuerpo del CC, la Ley Concursal también modifica las facultades del concursado de dos formas: en primer lugar, si se trata de un concurso voluntario, la repudiación o aceptación quedará sometida a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad (artículo 40.1 LC); en segundo lugar, para el caso de que se trate de un concurso necesario, el artículo 40.2 LC establece la total sustitución del concursado por los administradores concursales.

⁸³³ El artículo establece que «los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferidos al hijo. Si el Juez denegase la autorización, la herencia solo podrá ser aceptada a beneficio de inventario». Esta autorización no será necesaria, no obstante, cuando el menor tenga 16 años y consintiera la repudiación en documento público, según lo dispuesto en el artículo 166.3 del Código Civil. Como hizo notar CASTÁN VÁZQUEZ (1993-B), p. 568, en la versión originaria del CC no se establecía la necesidad de autorización judicial, pero posteriormente la exigencia fue consagrada y se considera acertada.

⁸³⁴ Este apartado fue introducido recientemente por la disposición final 18.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, no estando, por tanto, incluido en la redacción originaria del CC.

⁸³⁵ Por todos, CASTÁN VÁZQUEZ (1993-B), p. 566. Sobre esta cuestión, es importante señalar que estos preceptos no son compatibles con la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006; *vid.*, en este sentido, GARCÍA RUBIO (2017-B), pp. 7 y ss.

⁸³⁶ Pero esta limitación no es tan plena como de una primera lectura del artículo se podría inferir. Así, O'CALLAGHAN MUÑOZ (1993), p. 2364, considera que, si la persona jurídica es de Derecho público o tiene un interés público, esta limitación es explicable; pero si es de interés privado, no tiene explicación ni razón de ser. «De ahí que la doctrina, o no se ha planteado el problema, o se ha pronunciado en el sentido de que solo se requiere la aprobación judicial si son de interés público». Para ESPEJO LERDO DE TEJADA (2010), p. 1083, este precepto debe entenderse parcialmente derogado por el artículo 22 de la Ley 50/2002 de Fundaciones, cuyo tenor literal dice «la aceptación de herencias por las fundaciones se entenderá hecha siempre

tos públicos oficiales no podrán aceptar ni repudiar la herencia sin la aprobación del Gobierno»⁸³⁷.

3. EL EJERCICIO DEL *IUS DELATIONIS* EN SENTIDO POSITIVO: LA ACEPTACIÓN

La aceptación de la delación es probablemente el evento más importante del procedimiento sucesorio, pues con ella finaliza toda clase de incertidumbres que se pudiesen manifestar desde la apertura de la sucesión⁸³⁸. La aceptación es la manifestación de voluntad mediante la cual el llamado asume la condición de heredero y adquiere la herencia ofrecida⁸³⁹. En definitiva, el llamado acepta efectivamente cuando responde, expresa o tácitamente, «sí, quiero» a la implícita pregunta que conlleva la delación, y que no es otra que la de si quiere suceder. Con ese acto-respuesta, el aceptante hace manifiesta su voluntad de adherirse a todos los efectos de la sucesión, que no son pocos. Pero, si bien la aceptación es como decimos el acontecimiento principal de cualquier sucesión abierta, lo realmente significativo de la misma, como veremos, no es tanto la declaración en sí, sino el modo en que se realiza, y si a la misma se acompaña o no de la utilización del beneficio de inventario.

Dice el artículo 998 CC que «la herencia podrá ser aceptada pura y simplemente o a beneficio de inventario»; de otra parte, el artículo 999 CC señala que «la aceptación pura y simple puede ser expresa o tácita». Si se combinasen ambos artículos se podría caer en el error de entender que los modos de aceptar una herencia son de forma pura y simple o con beneficio de inventario y que la aceptación tácita habrá de ser pura y simple en todo caso⁸⁴⁰. Nada más lejos de

a beneficio de inventario. Los patronos serán responsables frente a la fundación de la pérdida del beneficio de inventario por los actos a que se refiere el artículo 1024 del Código Civil. La aceptación de legados con cargas o donaciones onerosas o remuneratorias y la repudiación de herencias, donaciones o legados sin cargas será comunicada por el Patronato al Protectorado en el plazo máximo de los diez días hábiles siguientes, pudiendo éste ejercer las acciones de responsabilidad que correspondan contra los patronos, si los actos del Patronato fueran lesivos para la fundación, en los términos previstos en esta Ley».

⁸³⁷ Tanto el artículo 993 como el 994 CC han sido calificados de «anticuados» por FEÁS COSTILLA (2014), p. 175.

⁸³⁸ ROCA SASTRE (2009), p. 64, afirma que «la aceptación es, pues, una pieza fundamental o básica en el sistema español de adquisición hereditaria. No es la aceptación una condición suspensiva, como la Resolución de 7 de enero de 1875, entre otras, pretendió, sino que es la *conditio iuris* para que la adquisición hereditaria se produzca». En la doctrina italiana, ROMEO (2009), p. 1201, considera «indiscutible» la centralidad de la aceptación.

⁸³⁹ ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 267, considera que esta manifestación representa la finalidad principal; en igual sentido, GALVÁN GALLEGOS (2000), p. 73.

⁸⁴⁰ Así, para CASTÁN TOBEÑAS (1978), pp. 144 y ss., la aceptación pura y simple se subdivide en *expresa* y *tácita*; mientras que la aceptación a beneficio de inventario requiere forma expresa y solemne.

la realidad; el beneficio de inventario no es una forma de aceptación y se podrá solicitar incluso aunque se haya aceptado tácitamente, pues la aceptación y la declaración de hacer uso del beneficio de inventario no tienen por qué hacerse simultáneamente. Por lo tanto, solo son dos los modos que existen de aceptar el llamamiento sucesorio⁸⁴¹, y que son los recogidos en el artículo 999 CC, a saber: tácita y/o expresamente, puesto que a pesar de la literalidad del precepto, no se debe caer en el error de considerarlos dos modos excluyentes: la doctrina ha observado que estas dos formas enunciadas en la ley son equivalentes y que se pueden utilizar conjuntamente⁸⁴². Algunos autores sostienen la existencia de un tercer y hasta cuarto tipo de aceptación, a saber: la *aceptación presunta*⁸⁴³, en caso de silencio por el llamado, luego de haber sido requerido por virtud de la *interrogatio in iure*, y la *aceptación necesaria* o *ex lege*⁸⁴⁴. Sin embargo, en nuestro Derecho carece de sentido hablar de otros tipos de aceptación, pues los preceptos especiales que se puedan establecer en el CC son casos de aceptación tácita (artículos 1000, 1005 y 1019) o de adquisición *ex lege* (artículos 1002 y 1018)⁸⁴⁵.

En definitiva, dos son las formas de aceptar el llamamiento: de manera expresa y/o tácita. La aceptación expresa es la «que se hace en documento público o privado», por lo que exigirá, en todo caso, la forma escrita⁸⁴⁶, no

DÍAZ MARTÍNEZ (2010), p. 146, también afirma que es frecuente entre los juristas vincular la aceptación tácita con la pura y simple y concluir que si el llamado a la herencia ha asumido la cualidad de heredero sin posibilidad ya de instar el beneficio de inventario.

⁸⁴¹ En Italia, CUFFARO (2015), p. 108, distingue entre forma o modo de aceptar (expresa o tácitamente) y la modalidad de aceptación (pura y simplemente o con beneficio de inventario).

⁸⁴² Así, en la doctrina italiana, FERRI (1997), p. 265.

⁸⁴³ ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 178, entiende que se trata de aceptación tácita, toda vez que la palabra procede de *tacere*, callar, siendo el artículo 1005 una «aplicación específica de la doctrina general del silencio». GARCÍA RUBIO (1989), pp. 150-151, considera que «el recurso a la idea de aceptación presunta representa, en el Derecho español, un erróneo intento de generalización del principio de que la herencia se adquiere con la aceptación», y concluye que tendría más sentido hablar de aceptación presunta en un sistema como el alemán, y no como el nuestro. En Italia, la cuestión no es clara, y por eso, los mismos supuestos que para nosotros representan aceptación tácita: donación, cesión, o venta de bienes hereditarios (artículo 477 CCit), o renuncia traslativa (artículo 478 CCit), lo consideran aceptación *implícita* o *presunta* (DI MARZIO 2013, p. 82; CUFFARO 2015, p. 108); aunque algunos autores también consideran que son actos que se realizan con voluntad de aceptar (FERRI 1997, p. 283).

⁸⁴⁴ LACRUZ BERDEJO (1981), p. 89, es uno de los autores que habla de aceptación *ex lege*, que puede ser un caso de pérdida de la facultad de repudiar, pero «nunca *aceptación-forzosa*, porque ambos son términos que lógicamente y psicológicamente se excluyen». En contra, GARCÍA RUBIO (1989), p. 149, razona que en estos casos lo que sucede es que la norma liga a una actividad –o pasividad– del sujeto la adquisición pura y simple de la herencia, siendo estos casos los de los artículos 1002 y 1018 CC, «en los que no existe un comportamiento unívoco que implique voluntad de aceptar, sino un hecho (artículo 1018), o un acto jurídico (artículo 1002) ante los cuales la ley reacciona sancionando a un sujeto con la adquisición pura y simple de la herencia: no se trata pues de aceptación presunta o de aceptación *ex lege*, sino de adquisición *ex lege* como sanción».

⁸⁴⁵ GARCÍA RUBIO (1989), p. 150.

⁸⁴⁶ Señala ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 279, que la doctrina duda acerca de si la declaración emitida en documento privado carente de finalidad jurídica, como una carta particular a un amigo, se puede entender

siendo válida en ningún caso una declaración verbal⁸⁴⁷, ni siquiera si se realiza frente a testigos⁸⁴⁸.

De otra parte, la aceptación tácita es aquella «que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero»⁸⁴⁹, debiendo tratarse de actos positivos, toda vez que el silencio, la inacción y el no mostrarse parte en el procedimiento no tienen significación propia y –salvo lo previsto en el artículo 1005– nada prejuzgan⁸⁵⁰. Deben ser, además, inequívocos en el sentido de no poder realizarse en otra calidad que la de heredero, ni por otras razones⁸⁵¹. El Código Civil no aporta muchos más datos sobre qué actuación se debe considerar aceptación tácita y qué otras no⁸⁵² –a excepción del ar-

como aceptación. En su opinión, para que una declaración de voluntad produzca efectos jurídicos debe ser emitida con el designio de «producir cuando menos algún efecto jurídico, siquiera sea distinto o menor de los que verdaderamente suscita». Para Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 467, no sería necesario que la aceptación estuviese contenida en un documento *ad hoc* con el exclusivo fin de adir la herencia, sino que «esta puede ser contenida en un acto cualquiera, en la parte enunciativa o expositiva de otro negocio»; y, en caso de que se trate de un documento privado será «preciso la firma del aceptante». De otra parte, advierte LACRUZ BERDEJO (1981), p. 86, que «la validez de la aceptación es independiente de la del acto que la contiene. Si dicho acto es declarado nulo, podrá subsistir la manifestación de voluntad de aceptar, la cual solo podrá ser atacada por sus propias causas de nulidad». ALBALADEJO GARCÍA (1997), p. 99, afirma que «la herencia se adquiere: o por *decir por escrito* que se quiere ser heredero, o por *hacer* de heredero, pero no se adquiere por *solo decir de palabra que se quiere heredar*». En este sentido, la jurisprudencia italiana ha entendido también que la invalidez del negocio documental del acto que contiene la aceptación expresa no afecta a la validez de la aceptación misma (*Cass.*, 25 agosto 1969, n. 3021, en el que se conserva la validez de la aceptación expresa, a pesar de la nulidad del documento en el que se contiene por falta de su inscripción).

⁸⁴⁷ En contra, GALVÁN GALLEGOS (2000), p. 108, considera que la aceptación verbal no deja de ser una declaración expresa, aunque el artículo 999 CC no la mencione; pero cree que su falta de previsión no se debe a que se rechace, sino a que su prueba o demostración llevaría más a los medios (indirectos) de la aceptación tácita que a los de la expresa (escrita), por falta de soporte físico que dé constancia de tal declaración explícita.

⁸⁴⁸ Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 467; LACRUZ BERDEJO (1981), p. 86.

⁸⁴⁹ Este tipo de aceptación suele ser denominada por la doctrina como *pro herede gestio*, que era el modo más frecuente y normal de aceptación de la herencia en el Derecho Romano. La STS de 27 de abril de 1955 (RJ 1955, 1554), señala que «el acto del que se deduzca la aceptación tácita de la herencia ha de tener una de estas dos cualidades, o la de revelar necesariamente la voluntad de aceptar, es decir, revelar sin duda alguna que al realizarse, el agente quería aceptar la herencia, o la de ser su ejecución facultad del heredero; pero no del que no lo sea».

⁸⁵⁰ LACRUZ BERDEJO (1981), p. 87, quien además señala que «las Partidas (6, 6, 11) sintetizaban los actos que suponen aceptación tácita con la expresión *actos de señor*, es decir, actos que anteriormente solo podía realizar el titular, y que luego solo debe poder realizar quien ingresa en su puesto».

⁸⁵¹ ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 280, consideró conveniente emplear un criterio restrictivo, de forma que los actos negativos no implicarían aceptación, salvo que por virtud de una norma legal les fuese atribuida tal significación, tal y como ocurre con la *interrogatio in iure*. Tampoco entrañarían aceptación los actos carentes de significación patrimonial.

⁸⁵² Por el contrario, en Francia, el nuevo artículo 784 CCfr establece una lista de actos que se reputarán meramente de administración y no darán lugar a aceptación tácita. El precepto señala que «*Sont réputés purement conservatoires: 1.° Le paiement des frais funéraires et de dernière maladie, des impôts dus par le défunt, des loyers et autres dettes successorales dont le règlement est urgent; 2.° Le recouvrement des fruits et revenus des biens successoraux ou la vente des biens périssables, à charge de justifier que les fonds ont été employés à éteindre les dettes visées au 1.° ou ont été déposés chez un notaire ou consignés; 3.° L'acte des-*

título 1000 CC⁸⁵³—; por ello, es necesario recurrir a la jurisprudencia para, ante la ausencia de norma legal específica al efecto⁸⁵⁴, conocer qué actos concretos lugar a aceptación tácita o no.

No pretendemos hacer aquí un listado exhaustivo de las actuaciones que dan lugar a aceptación tácita⁸⁵⁵; pero sí traeremos a colación las relacionadas con la liquidación de la herencia. Así, entre otras cuestiones, se considera aceptación tácita el oponerse a la ejecución de un crédito, aunque sea fuera de plazo y apelando de la sentencia de remate (RDGRN de 8 de agosto de 1893)⁸⁵⁶; sin

tiné à éviter l'aggravation du passif successoral; 4.° Les actes liés à la rupture du contrat de travail du salarié du particulier employeur décédé, le paiement des salaires et indemnités dus au salarié ainsi que la remise des documents de fin de contrat. Sont réputés être des actes d'administration provisoire les opérations courantes nécessaires à la continuation à court terme de l'activité de l'entreprise dépendant de la succession. Sont également réputés pouvoir être accomplis sans emporter acceptation tacite de la succession le renouvellement, en tant que bailleur ou preneur à bail, des baux qui, à défaut, donneraient lieu au paiement d'une indemnité, ainsi que la mise en oeuvre de décisions d'administration ou de disposition engagées par le défunt et nécessaires au bon fonctionnement de l'entreprise». Esta falta de claridad era una cuestión que preocupaba especialmente a la doctrina francesa y que se ha resuelto recientemente tras la reforma de 2006. La finalidad de tal norma es, según GASNIER (2013), pp. 33-34, garantizar eficazmente la disminución de los riesgos de la aceptación tácita resultante de la administración de una herencia fuertemente endeudada.

⁸⁵³ Véase, sobre aceptación hereditaria derivada de actos dispositivos concluyentes sobre el caudal hereditario, BARRIO GALLARDO (2007), pp. 115 y ss.

⁸⁵⁴ No podemos dejar de resaltar lo arriesgado que puede ser una aceptación tácita involuntaria de herencia, sobre todo si se tratase de una herencia dañosa. No en vano, BOTÍA VALVERDE, en www.notarios-registradores.com/doctrina/ARTICULOS/2012-particion-beneficio-inventario.htm (consultado el 27 de mayo de 2018), ha recomendado que el testador prevea mecanismos que puedan evitar una aceptación tácita; en concreto, ha sugerido el recurso al legado de usufructo universal y el nombramiento de administrador de la herencia, si bien, en este último caso, para evitar una posible aceptación tácita el nombramiento de administrador debería ir seguido de un listado, no excluyente sino enunciativo, de los actos que puede realizar, y que podrían ser todos los de gestión o administración, salvo el pago de impuesto de sucesiones, que es un acto o deber personal del heredero; de esta forma, la legitimación para realizar los actos que se enumeren correspondería al administrador y no al heredero. MARÍN CALERO (2017), pp. 242-243, parece aprobar esta recomendación.

⁸⁵⁵ Sirva a modo de listado no exhaustivo, que la jurisprudencia ha considerado aceptación tácita: oponerse a la ejecución de un crédito (STS 8 de agosto de 1893); personarse en un juicio entablado por o contra el causante, asumiendo su posición procesal (STS de 25 de mayo de 1895); dar conformidad a las operaciones particionales (SSTS de 29 de octubre de 1910 y 8 de marzo de 1918); dar en arrendamiento bienes inmuebles hereditarios (STS abril 1928); pedir la rendición de cuentas al albacea (STS 7 de enero de 1942; RJ 1942, 4); ejercitar acciones relativas a los bienes relictos (SSTS de 14 de mayo de 1978, RJ 1978, 957, y 15 de junio de 1982, RJ 1982, 3426); concurrir al embargo de bienes de la herencia y solicitar su aceptación a beneficio de inventario, aunque después se desista (STS 12 de mayo de 1981; RJ 1981, 2048); cobrar créditos hereditarios (STS 15 de junio de 1982; RJ 1982, 3426); impugnar la validez del testamento en el que se le excluye de la herencia (STS 24 de noviembre de 1992; RJ 1992, 9367); decidir el cierre de la empresa del causante (STS 12 de julio de 1996; RJ 1996, 5887). No se considera aceptación tácita, entre otros: pagar los gastos funerarios del causante (STS de 20 de enero de 1998; RJ 1998, 57) o realizar ingresos de dinero en una cuenta corriente distinta del causante y heredero (SAP Burgo 15 diciembre 2010; JUR 2011, 54422).

⁸⁵⁶ En la citada Resolución se puede leer que «Considerando que el caso de este recurso no es el de la herencia yacente, dado que don Pedro Soler ha intervenido como heredero en el juicio ejecutivo reconociendo el crédito, oponiéndose después aunque fuera del plazo, a falta de aceptación expresa (que se ignora si existió), permite asegurar que el citado señor adió la herencia de don Manuel Soler...» Referencia base de datos La Ley Digital: Rec. 41/1893.

embargo, no se entiende aceptada la herencia por solicitud o liquidación del impuesto de sucesiones (STS de 20 de enero de 1998)⁸⁵⁷.

En lo que al pago de deudas hereditarias se refiere, quien las paga con sus propios bienes realiza un acto equívoco, pues puede pagar por cuenta de otro *ex* artículo 1158 CC⁸⁵⁸. Sin embargo, quien paga con bienes relictos, al disponer de los mismos, acepta tácitamente la herencia (SSTS de 6 de diciembre de 1926⁸⁵⁹, 16 de junio de 1961⁸⁶⁰ y 12 de julio de 1996⁸⁶¹). A nuestro parecer,

⁸⁵⁷ RJ 1998, 57. Esta sentencia señala que «la jurisprudencia nunca ha mantenido y no hay ninguna sentencia de esta Sala que lo mantenga, que la petición de liquidación y el pago del impuesto sucesorio tenga por sí mismo la consideración de aceptación tácita»; por ello, «se reafirma que la *petición de liquidación y el pago del impuesto sucesorio no significa aceptación tácita de la herencia*. Si va acompañada de otros actos decisivos, verdaderos ‘actos de señor’ puede ser un argumento adicional para estimar la presencia de una aceptación tácita, pero no por sí sola. El pago del impuesto es un deber jurídico que impone una ley fiscal y no puede entenderse que sea un acto libre, sino, por definición, un acto debido; la primera norma del Código Civil de la Sección dedicada a la *aceptación y repudiación de la herencia* es el artículo 988, que proclama el primero de los caracteres de la aceptación, la voluntariedad, y del que se desprende la naturaleza jurídica de negocio jurídico unilateral no recepticio, al disponer que *la aceptación y repudiación de la herencia son actos enteramente voluntarios y libres*. Por otra parte, que la norma tributaria establezca que el sujeto pasivo del impuesto de sucesiones es el heredero, tampoco significa que su pago por un llamado, con delación, implique una aceptación tácita de la herencia, ya que es un acto de administración (si ha pagado y repudia, podrá reclamar su importe al verdadero heredero), acto debido que debe realizar para evitar una sanción. Además, la ley tributaria no puede imponer una adquisición de la herencia, contraria a los principios del Código Civil que derivan directamente del Derecho romano: adquisición por aceptación voluntaria, no por cumplimiento del deber fiscal (si éste se asimilara a la aceptación tácita); la legislación fiscal parece responder al sistema germánico de adquisición de la herencia, que se produce por la muerte del causante, al exigir al ‘heredero’ el pago del impuesto, so pena de sanción económica, a partir del instante de la muerte, como si en este momento fuera ya heredero».

⁸⁵⁸ ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 281, respecto del pago que el llamado a la herencia haga con sus propios bienes de alguna de las deudas del difunto, entiendo que «por sí solo, y salvo la coincidencia con circunstancias reveladoras, el pago con el propio caudal del llamado no implica aceptación, ya que a cualquiera es lícito el pago por otro y a ello pueden moverles razones de índole familiar, prestigio social e incluso la conmiseración ante la apremiante necesidad que de cobrar tenga el acreedor».

⁸⁵⁹ Sentencia núm. 143, Jurisprudencia Civil, Sección de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1929, Tomo 172, que establece que «deben estimarse actos de aceptación tácita los que realice el heredero que dispone a título gratuito u oneroso de los bienes hereditarios, y merece esta consideración el que realiza el heredero pagando las deudas del testador con los bienes de la herencia, porque quien paga una deuda debe ser propietario de la cosa dada en pago, sin lo que no podría trasladarla legítimamente al acreedor que la recibe; por cuya razón las escrituras de la adjudicación hecha de los bienes de la herencia con la obligación de pagar cierta cantidad de deudas del causante, tienen el concepto jurídico y condición legal de pago de las deudas hereditarias con los bienes de la misma; y como para la debida eficacia de dichas escrituras de transacción recayó la necesaria aprobación judicial pedida por el padre, legal representante de los menores instituidos, constituye un acto de tácita aceptación a favor de los mismos, conforme al párrafo tercero del artículo 999 del Código civil».

⁸⁶⁰ RJ 1961, 2367. En dicha sentencia se afirma que «el demandado aceptó tácitamente la herencia al pagar deudas de la misma por un importe de 15.000 pesetas y al no devolver el dinero que de su causante administraba, ni rendir cuentas de la misma administración, teniendo pleno conocimiento de su cualidad de heredero, tanto en anteriores como en el último testamento de su causante (...), debe entenderse que, como estatuyen los artículos 999 y 997 de dicho Código, fue aceptada la herencia y por su carácter irrevocable, fue tardía y sin efecto la repudiación verificada cuatro días antes de contestar a la demanda».

⁸⁶¹ RJ 1996, 5887. Dicha sentencia establece que «el pago de deudas contra el caudal hereditario y la cesación y cierre de la empresa de don Luis P. M., actos de indudable significación patrimonial y carác-

esta doctrina académica y jurisprudencial no es del todo acertada, pues debería matizarse⁸⁶²: el pago urgente de una deuda con cargo al caudal hereditario no debería entenderse como aceptación tácita, en tanto en cuanto se hace para evitar un endeudamiento mayor⁸⁶³. Además, creemos que, en aras de darle significado a nuestra propuesta de convertir al llamado en administrador de la herencia yacente, tal doctrina debería reconsiderarse, pues la consideración del pago de deudas con bienes hereditarios como aceptación tácita de la herencia podría disuadir a aquel llamado que, aun sin querer aceptar la herencia, desease gestionarla mientras no aparezca otro que la acepte.

3.1 La aceptación tácita: prueba y naturaleza negocial

Existen otros actos por parte del llamado que también resultan especialmente dudosos⁸⁶⁴. Así, la jurisprudencia ha vacilado a la hora de determinar si pedir la declaración de herederos *abintestato* constituye acto de adición o no. En este sentido, diversas sentencias del Tribunal Supremo (23 abril 1928⁸⁶⁵, 23 mayo 1955⁸⁶⁶, 31

ter definitivo, encajan indiscutiblemente entre los que esta Sala, en Sentencias, entre otras, de 13 marzo 1952 (RJ 1952, 808), 23 mayo 1955 (RJ 1955, 1707), 16 junio 1961 (RJ 1961, 2368), 14 marzo 1978 y 15 junio 1982 (RJ 1982, 3426), considera como propios de aceptación tácita de la herencia».

⁸⁶² Como ya lo hizo MANRESA NAVARRO (1943), pp. 403 y ss., aunque de forma mucho más limitada, al afirmar que los llamados deberían poder realizar ciertos actos en cualidad distinta al de heredero, como por ejemplo, practicar las diligencias necesarias para el entierro del causante, pagar con su dinero particular el ataúd, el nicho, las medicinas u otro gasto preciso, o pagar con dinero de su pertenencia el salario de los criados o ciertos créditos urgentes contra la herencia.

⁸⁶³ En Italia se distingue entre el pago con dinero propio y el pago con dinero de la herencia. En el primer caso, la doctrina y la jurisprudencia consideran que no existe aceptación tácita (*Cass.*, 5 noviembre 1987, n. 8123); en el segundo caso, se ha matizado que el llamado puede pagar deudas ocasionadas de la administración, y también los pagos urgentes, como aquellos que derivan de prestaciones alimenticias, gastos funerarios, etc. No se considera, sin embargo, urgente la ejecución forzosa (DI MARZIO 2013, p. 206), y tampoco está el llamado facultado para cumplir las cargas testamentarias (*Cass.*, 3 mayo 1956, n. 1383).

⁸⁶⁴ Aprovechamos para llamar la atención sobre la jurisprudencia menor acerca de los derechos civiles autonómicos que por fortuna no crean doctrina y pueden llegar a afirmar, como lo hace la SAP de Pontevedra 21 de mayo de 2018 (JUR 2018, 188552), que el beneficiario de un pacto de mejora, previo a la apertura de la sucesión, supone aceptación de la herencia futura. Sentencia que ha sido criticada; véase en este sentido 241881.blogspot.com/2018/11/el-pacto-de-mejora-es-legado.html y www.iurisprudente.com/2018/07/supone-la-adquisicion-de-un-bien-por.html.

⁸⁶⁵ La sentencia núm. 68, Jurisprudencia Civil, Sección de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1930, Tomo 183, establecía que «no se infringen los preceptos del Código Civil referentes a la aceptación de herencia, estimando que se aceptó tácitamente por el hecho de solicitar la declaración de herederos del causante, y por haber otorgado una escritura de arrendamiento».

⁸⁶⁶ La sentencia núm. 209, Jurisprudencia Civil, Sección de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1955, Tomo XL, afirmaba que «el artículo 997 del Código Civil declara irrevocable la aceptación de la herencia, de tal suerte, que una vez realizado el acto de la aceptación en alguna de las formas autorizadas por los artículos 998 y 999 del mismo Código, será ineficaz la posterior renuncia, ya que la Ley no consiente que, de modo temporal, se asuma la cualidad de heredero; por lo que, en principio, implica la voluntad de aceptar la herencia el hecho de solicitar la declaración de herederos *abintestato*».

diciembre 1956⁸⁶⁷) consideraron que sí, que la petición de la declaración de herederos *abintestato* era aceptación tácita, aunque así lo afirmaron porque había otros actos que indicaban la voluntad de aceptar⁸⁶⁸. Sin embargo, la reciente STS de 26 de julio de 2002⁸⁶⁹ estableció que no «tiene trascendencia alguna en orden a tener por aceptada tácitamente la herencia el hecho de que se hubiera solicitado en expediente de Jurisdicción Voluntaria para la declaración de herederos, porque esto supone en el *iter* sucesorio, un estadio anterior y distinto al otro posterior de aceptación de la herencia».

Este tema nos conduce a otra problemática: la de la *inutilidad* del título sucesorio respecto de los acreedores y contra los llamados poseedores. En este sentido, de acuerdo con el artículo 14 de la Ley Hipotecaria, es «título de la sucesión hereditaria, a los efectos del Registro y la inscripción en él, el testamento, el contrato sucesorio, el acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato y la declaración administrativa de heredero abintestato a favor del Estado, así como, en su caso, el certificado sucesorio europeo al que se refiere el capítulo VI del Reglamento (UE) n.º 650/2012»; esto es: cualquiera de los documentos reseñados son títulos *inscribibles* en el Registro, gracias a los cuales los sucesores pueden presentarse e inscribir sus derechos sucesorios.

Conviene señalar que el testamento se configura como título formal y material. Por el contrario, la declaración de herederos abintestados es solo título formal. Esta circunstancia la explica muy bien la DGRN en su Resolución de 19 de junio de 2013⁸⁷⁰ en la que se puede leer «título material es el acto, contrato o negocio jurídico que constituye la causa de adquisición del derecho real objeto de inscripción. Título formal es el documento que constituye el vehículo de acceso al Registro, siendo la expresión de la forma auténtica y la prueba de dicho acto o contrato». La cuestión es que en el aspecto sucesorio, existe una honda diferenciación entre el testamento y el acta de notoriedad de

⁸⁶⁷ La sentencia núm. 826, Jurisprudencia Civil, Sección de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1956, Tomo LIV, resolvió que «el hecho de haber comparecido voluntariamente ante el Juzgado, y solicitar ser declarada heredera, y una vez obtenida esta declaración, comparecer ante la oficina liquidadora del Impuesto de Derechos reales, manifestando ser heredera, y presentando relación de bienes quedados al fallecimiento, así como solicitar que se practique declaración definitiva de la herencia, son actos a los que la jurisprudencia considera con reiteración como de aceptación tácita de la herencia».

⁸⁶⁸ Como señala LACRUZ BERMEJO (1981), p. 88, acaso con mejor criterio resolvió la STS de 8 de junio de 1901, Sala de lo Contencioso Administrativo, que el hecho de solicitar una persona la declaración de ser heredero no implica aceptación de la herencia, siendo solo medio adecuado para adquirir la certeza de ser realmente tal heredero. FEÁS COSTILLA (2014), p. 169, entiende que instar el acta de declaración de herederos no implica aceptación tácita, ya que, además, puede instarse y autorizarse después incluso de la repudiación del llamado, tal y como dice la RDGRN de 27 de febrero de 2013, y en contra del viejo criterio sostenido por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de octubre de 1910.

⁸⁶⁹ RJ 2002, 7485.

⁸⁷⁰ RJ 2013, 5447.

declaración de herederos, pues mientras «el testamento determina el llamamiento del heredero (vocación) y también el título por el que se ofrece al mismo la posibilidad efectiva de aceptar o repudiar la herencia (delación)»; la declaración de herederos «no constituye el título material de la sucesión intestada, pues dicho título es la Ley. Sólo puede considerarse título formal en cuanto sirve de vehículo documental para el acceso al Registro y prueba o justificación de la individualización en la persona del heredero atendiendo a los diferentes órdenes y grados de llamamiento». En definitiva, la DGRN establece que el acta de notoriedad de declaración de herederos «no es el título que determina la vocación ni la delación, sino título de carácter formal y probatorio», y para ello cita la STS de 11 de noviembre de 1964, en la que se decía que la declaración de herederos «no es más que algo individualizador de un llamamiento hereditario operado por virtualidad de una norma legal, carente de eficacia jurídico-material y meramente limitada a justificar formalmente una titularidad sucesoria preexistente *ope legis*».

Pues bien, lo que realmente nos interesa es que tanto el testamento como la declaración de herederos son títulos formales, en el sentido que dice la RDGRN: ambos sirven de vehículo para acceder al Registro o para probar su derecho sucesorio. Sin embargo, se ha afirmado que la prueba de la cualidad de heredero, así como de la aceptación y su cualidad de sucesores, incumbe a quienes afirmen serlo⁸⁷¹. Cabe preguntarse pues qué sucede si quién desease confirmar la aceptación son los acreedores del causante o los acreedores particulares de los herederos. La *inutilidad* jurídica del título se hace más evidente en el caso de llamados poseedores que no promueven acto alguno, como la inscripción registral, en virtud del título; para muestra, supongamos, el caso –tan frecuente, dicho sea de paso– de que el cónyuge y los descendientes del causante siguen poseyendo todos los bienes de la herencia, solicitan la declaración de herederos abintestato, o indistintamente, su delación proviene del testamento, pero permanecen indefinidamente en situación de *stand by*, sin aceptar, sin promover acción alguna y sin inscribir su derecho en el Registro.

Los acreedores no podrían utilizar el título sucesorio para probar nada, y esto tiene sentido, pues la simple delación no equivale a la asunción de la cualidad de heredero⁸⁷²; lo que inquieta, sin embargo, es la falta de medios de los

⁸⁷¹ En la doctrina española se ha estudiado esta cuestión respecto de la acción de petición de herencia; así, hablan de probar la cualidad de heredero, entre otros, PUIG BRUTAU (1961), p. 345 y ALBALADEJO GARCÍA (1997), p. 199. En Italia, *Cass.*, 5 enero 1970, n. 11; *Cass.*, 17 junio 1971, n. 1850; *Cass.*, 14 julio 1972, n. 2408.

⁸⁷² No en vano, SÁNCHEZ ROMÁN (1910), p. 47, afirma que la muerte es el primero y capital hecho determinante de la sucesión *mortis causa*, si bien no se completa su *perfección jurídica* sino mediante la aceptación expresa, tácita o presunta del sucesor.

que disponen para probar la adquisición de la cualidad de herederos, tal y como hace notar cierta doctrina⁸⁷³. Además, la mera posesión de bienes hereditarios no supone en nuestro Derecho aceptación tácita, al contrario de lo que se prevé en el *Codice Civile* italiano, cuyo artículo 485 establece un nuevo tipo de adquisición *ope legis* que convierte en heredero puro y simple a aquel que posea bienes hereditarios. El artículo dice exactamente que «*il chiamato all'eredità, quando a qualsiasi titolo è nel possesso di beni ereditari, deve fare l'inventario entro tre mesi dal giorno dell'apertura della successione o della notizia della devoluta eredità. (...) Trascorso tale termine senza che l'inventario sia stato compiuto, il chiamato all'eredità è considerato erede puro e semplice*». Esto es, el llamado que está en posesión de los bienes hereditarios no dispone del plazo general de prescripción del derecho a aceptar (que es, según el artículo 480 CCit, de diez años); precisamente, por ser el plazo del artículo 485 tan breve (de tan solo tres meses), la doctrina ha considerado que no se puede reducir todavía más por virtud de *actio interrogatoria* o *interrogatio in iure*⁸⁷⁴.

Según la doctrina italiana, la *ratio* de esta norma parece encontrarse en la tutela de los terceros acreedores y llamados ulteriores ya que, de una parte, la circunstancia de que el llamado esté en posesión de los bienes hereditarios los puede inducir a creer que son herederos puros y simples, y de otra, la inmediata disponibilidad de los bienes puede constituir una seria amenaza a la integridad del patrimonio hereditario⁸⁷⁵; es por eso que el breve plazo responde a la exigencia de aclarar a la mayor brevedad una situación de incerteza. Los presupuestos de la norma se han interpretado por la jurisprudencia de manera *lata*, ya que se excluye que se trate de una noción técnica de posesión, esto es, se prescinde del *animus possidendi*, bastando así, la simple detentación o rela-

⁸⁷³ OCAÑA RODRÍGUEZ (2009), pp. 702 y ss., afirma que es posible que «los herederos hayan aceptado la herencia de manera tácita o expresa; pero ninguna norma prevé que tal aceptación se deba llevar obligadamente a algún tipo de Registro público de fácil acceso». Además, hace notar que al acreedor le puede resultar complicado conocer incluso quiénes son los llamados, pues el artículo 7 del Anexo Segundo del RN establece que «los particulares que soliciten certificaciones, consignarán en la respectiva petición, como datos indispensables, el nombre y apellidos del causante, el pueblo de su naturaleza, los nombres de los padres y la fecha del fallecimiento; acreditando tales extremos con el correspondiente certificado de la inscripción de defunción». También puede ser difícil, en opinión del autor citado, acreditar el fallecimiento mediante la obtención de la partida de defunción literal o en extracto, toda vez que no existe un Registro central y la defunción se inscribe en el Registro ordinario o delegado del lugar en que acaece, requiriendo en este caso una «previa investigación detectivesca». Por todo ello, considera el autor que «los actos de aceptación tácita no son de fácil prueba en el pleito que se siga contra el heredero para hacer efectivo el crédito».

⁸⁷⁴ CICU (1961), p. 170; DI MARZIO (2013), p. 106.

⁸⁷⁵ ROMEO (2009), p. 1254.

ción material con los bienes⁸⁷⁶; además, no es necesario que la posesión se produzca respecto de todos los bienes hereditarios, sino que basta un único bien⁸⁷⁷, y basta que se posea por un único día⁸⁷⁸.

Además, la modalidad de aceptación tácita ha suscitado un amplio debate doctrinal en torno a su supuesta naturaleza negocial, que algunos autores niegan y otros defienden; la diferencia, como se podrá comprender, es sustancial: si negamos el carácter negocial, la adquisición de la herencia que deriva de una aceptación tácita será un efecto de la ley. Esto significa que si el acto por el que entra en funcionamiento es impugnado por vicio del consentimiento, únicamente será viciada tal voluntad de cumplir el acto, no la voluntad de aceptación; es decir, se deberá reclamar la anulación del acto, y no de la aceptación⁸⁷⁹. Sobre esta cuestión, Díez Picazo⁸⁸⁰ considera que hay que distinguir entre aceptación tácita y adquisición *ex lege* de la herencia: hay aceptación tácita cuando la voluntad de aceptar se manifiesta mediante actos que suponen necesariamente esta voluntad (artículo 999 CC); hay en cambio adquisición *ex lege* cuando la ley conecta la adquisición de la herencia a un hecho o a un acto jurídico, cualquiera que sea la voluntad que lo haya guiado.

Como decimos, la importancia en la distinción es indudable, pues si la aceptación tácita se examina desde un prisma *objetivista*, los vicios de la voluntad se aplicarían únicamente a la aceptación expresa⁸⁸¹; de otra parte, si se examina desde un punto de vista *subjetivista*, tales vicios se aplicarían también a la aceptación tácita⁸⁸².

Pero es que además, si uno se adhiere a la doctrina que califica a la aceptación tácita en términos negociales, esa lista interminable de sentencias que configuran determinadas actuaciones como constitutivas de aceptación tácita debe ser considerada meramente indicativa, ya que sería posible probar la vo-

⁸⁷⁶ *Cass.*, 22 junio 1995, n. 7076; *Cass.*, 25 julio 1980, n. 4835; *Cass.*, 5 abril 1977, n. 1301; *Cass.*, 7 octubre 1967, n. 2324.

⁸⁷⁷ *Cass.*, 14 mayo 1994, n. 4707; *Cass.*, 5 junio 1979, n. 3175, cuyas líneas interpretativas es que la literalidad del precepto se refiere a la posesión de bienes hereditarios y no de todos los bienes hereditarios.

⁸⁷⁸ *Cass.*, 24 febrero 1984, n. 1317.

⁸⁷⁹ Entre otros, CICU (1961), p. 178.

⁸⁸⁰ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), pp. 457-458, que además pone de manifiesto que algunos autores niegan el carácter negocial de la aceptación tácita cuando por ejemplo el llamado, sin intención de aceptar porque la herencia es pasiva por ejemplo, realiza una conducta por la que incurre en aceptación tácita.

⁸⁸¹ Entre otros, FERRI (1997), p. 321.

⁸⁸² Entre otros, CUFFARO (2015), p. 108, que además considera que las disposiciones en materia de impugnación de la aceptación por violencia, dolo y error solo pueden encontrar aplicación respecto a la aceptación cuando existe verdadera manifestación de voluntad, pero no en los casos de «aceptación presunta», esto es, cuando hay sustracción u ocultación de bienes hereditarios (artículo 527 CCit), o cuando el llamado está en posesión de los bienes hereditarios y no solicita el beneficio de inventario en el plazo de tres meses (artículo 485 CCit).

luntad real en contra de la aceptación por parte del llamado; sin embargo, si se adhiere a la corriente doctrinal opuesta, la lista debe considerarse, al menos para las hipótesis consideradas, vinculantes y sin posibilidad de prueba en contra⁸⁸³.

Considera Díez Picazo⁸⁸⁴ que la aceptación tácita sí tiene naturaleza negocial y entra por tanto, dentro del campo de la interpretación de la voluntad; hace falta –dice el autor– ver caso por caso para analizar si el acto supone o no la voluntad de ser heredero y quien tenga interés en ello (sea heredero o tercero) estará obligado a probar que el acto ha sido realizado con la voluntad de ser heredero.

Como hemos visto, los acreedores son quienes han de probar que se ha realizado una actuación que constituye aceptación válida; ahora además debemos admitir, si compartimos la tesis negocial de la aceptación tácita, que éstos también deben probar que tal actuación se hizo con la voluntad de aceptar, pero ¿no es acaso esta una *probatio diabolica*? Siendo la liquidación de la herencia el objeto de este estudio, no podemos dejar de resaltar la falta de pragmatismo y si se quiere, ecuanimidad de esta interpretación si, llegado el caso, los acreedores que quisieran reclamar un crédito frente al heredero que ha aceptado tácitamente el llamamiento, también están obligados a probar que la intención del acto que hubiese realizado aquél respondía a la inequívoca voluntad por su parte de convertirse en heredero.

Es por ello que nos gustaría poner de relieve la conveniencia de que, *de lege ferenda*, siempre que se abra una sucesión, exista el deber de actuación de oficio por parte de alguna autoridad, bien judicial, bien extrajudicial, como los notarios, para que se requiera al llamado a aceptar o repudiar, de manera expresa, y sin más demora que dentro de aquel plazo que se le otorgue.

3.2 El listado de actuaciones que implican aceptación tácita *ex artículo 1000 CC*: el problema de la renuncia traslativa

Como hemos dicho ya, el Código Civil no especifica ni concreta demasiado qué actos deberán reputarse aceptación tácita y cuáles no; aunque sí ofrece una sucinta enumeración de actos que sí implican aceptación tácita en el artículo 1000 CC⁸⁸⁵. Este precepto señala que se entenderá aceptada la he-

⁸⁸³ ROMEO (2009), p. 1235.

⁸⁸⁴ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), pp. 468.

⁸⁸⁵ Para ROGEL VIDE (2011), p. 50, este artículo constituye una prolongación del 999 CC, en cuanto concreta supuestos de aceptación tácita.

renuncia: cuando el heredero vende, dona o cede su derecho a un extraño, a todos sus coherederos o a alguno de ellos; cuando el heredero la renuncia, aunque sea gratuitamente, a beneficio de uno o más de sus coherederos; y cuando la renuncia por precio a favor de todos sus coherederos indistintamente⁸⁸⁶ salvo si fuese gratuita y los coherederos a cuyo favor se haga son aquellos a quienes debe acrecer la porción renunciada⁸⁸⁷.

Se ha dicho que lo que este precepto establece es la *aceptación (tácita) por cesión del ius delationis*, en el que la ley no consiente que quien vende, dona, o cede sus derechos hereditarios pueda despojarse de la cualidad de heredero, pues el cedente es precisamente, por el hecho de ceder, aceptante de la herencia, y el cesionario adquiere los bienes a título singular, y no *ex capite defuncti*⁸⁸⁸. Efectivamente nadie puede ceder lo que nunca ha tenido o adquirido; sin embargo, compartimos la crítica de la doctrina sobre el uso de la expresión «cesión del *ius delationis*», que no es muy afortunada, toda vez que el cedente no está disponiendo o cediendo el *ius delationis* sino el contenido patrimonial de la herencia⁸⁸⁹.

Este precepto plantea dos problemas: el primero guarda relación con que algún autor haya considerado que cualquiera de estos actos entrañan necesariamente aceptación pura y simple⁸⁹⁰; en nuestra opinión, tal conclusión no es

⁸⁸⁶ En efecto, el Tribunal Supremo ha dicho sobre estas actuaciones, en STS de 20 de julio de 2012 (RJ 2012, 9001) que «nuestro derecho patrimonial admite como principio general la renunciabilidad de los derechos subjetivos, siempre que la renuncia no sea contraria al interés o al orden público o se realice en perjuicio de tercero. Pero como sucede en el ámbito de las relaciones jurídico-reales, en donde las renunciaciones traslativas no constituyen, en rigor, auténticas renunciaciones, pues carecen del efecto extintivo, también su aplicación a este supuesto de aceptación especial de la herencia resulta equívoca y debe matizarse. En este sentido, debe señalarse que la renuncia traslativa, entendida en términos de aceptación de la herencia, no comporta en ningún caso la transmisión directa del *ius delationis* al beneficiario de la misma: por tanto, el adquirente lo será siempre del heredero y no del causante cuya herencia es aceptada con esta fórmula». (...) «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 causaliza al inmediato negocio de atribución *inter vivos* realizado, particularmente el de una cesión gratuita del derecho hereditario. La utilización de estas fórmulas de aceptación de la herencia suelen realizarse con la finalidad de eludir la tributación de la correspondiente transmisión *inter vivos* que se opera sin reparar, debidamente, en los problemas de interpretación y adjudicación de la herencia que posteriormente se pueden derivar».

⁸⁸⁷ Dice MANRESA NAVARRO (1943), p. 366, que en este caso hay abandono de su derecho por parte del llamado que se produce sin condiciones ni reservas; por ello, «cuando esa renuncia es enteramente gratuita, y además se hace en favor de las personas a quienes, desde luego, por sustitución, por acrecimiento, o por sucesión intestada correspondería adquirir la porción del que renunció, la ley estima que no ha habido realmente aceptación, puesto que los efectos son idénticos al caso en que la renuncia hubiera sido extintiva y absoluta». Es decir, que aunque la ley solo mencione a los coherederos, deberá entenderse que también hay repudiación cuando la misma se haga en favor de los sustitutos o sujetos a quienes correspondería suceder incluso en el caso de no haber operado la renuncia a su favor.

⁸⁸⁸ LACRUZ BERDEJO (1981), pp. 88-89.

⁸⁸⁹ SÁNCHEZ CID (2016), p. 164.

⁸⁹⁰ ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 281.

acertada, sobre todo porque tras la reforma operada por la LJV se ha confirmado que la aceptación y la declaración de hacer uso de inventario no deben hacerse necesariamente de forma simultánea. Por ello, no vemos óbice a reconocer la posibilidad de solicitar el beneficio de inventario a quien haya realizado cualquiera de los actos que conllevan aceptación tácita. El segundo problema se da especialmente en relación con las llamadas renunciaciones traslativas, esto es, las renunciaciones en favor de alguno, todos los coherederos, o terceros, pues a menudo se desconoce que siguen conservando la cualidad de heredero y que son, por tanto, responsables de las deudas hereditarias.

Además, en relación con el momento de la aceptación, conviene traer a colación la ya citada STS de 15 de abril de 2011 por la que el TS consideró aceptación tácita válida la cesión-disposición de derechos hereditarios, incluso a pesar de que no había recibido, *oficialmente*, el *ius delationis*, pero sí se sabía con derecho a la herencia. Esta sentencia ventila el caso de la única llamada abintestada de la causante, que cedió en documento privado parte de los bienes hereditarios con anterioridad a la impugnación del testamento otorgado por la causante a favor de tercero en estado de incapacidad mental. Una vez declarado nulo judicialmente el testamento y declarada ella heredera abintestada, se excusó de dar cumplimiento a la cesión con base en que ella todavía no era heredera cuando dispuso de los bienes hereditarios, que el artículo 1271 CC prohíbe la disposición de herencia futura, y que el artículo 1280.4 CC exige que la «cesión, repudiación y renuncia de los derechos hereditarios» conste en documento público. Sin embargo, el TS consideró válido el negocio jurídico de cesión en los siguientes términos: en primer lugar, y como ya dijimos, la impugnante-cesionaria sí tenía certeza sobre su derecho a herencia, hecho que constituye uno de los presupuestos para el válido ejercicio del *ius delationis*, y, como finalmente la delación queda acreditada cuando se declaró la nulidad del testamento y el carácter de heredera de la susodicha, la cesión realizada, incluso con anterioridad, vale como aceptación, retrotrayéndose los efectos al momento de la muerte del causante. En segundo lugar, la herencia solo estuvo yacente «en el tiempo que media entre la apertura de la sucesión y tal aceptación tácita por la cesión de la herencia». En tercer lugar, no es aceptable que se trate de una disposición de herencia futura, ya que este concepto viene referido a aquella en que no se ha producido todavía la muerte del causante. Por último, «la cesión de todo o parte de la herencia es negocio jurídico que no precisa de forma *ad solemnitatem*, como elemento esencial. El artículo 1280.4 del Código civil impone que deberá constar en documento público pero al ponerse en relación esta norma con la del artículo 1279 aquella exigencia no significa otra cosa que la facultad de las partes de *compelersé recíprocamente a llenar aque-*

lla forma y eso es lo planteado en este proceso y resuelto adecuadamente por las sentencias de instancia. Y, en todo caso, es una forma *ad probationem*, no esencial para el negocio jurídico».

3.3 Efectos de la aceptación

Como hemos reiterado, el efecto principal de la aceptación es la adquisición de la herencia y la asunción del título o cualidad de heredero; efectos que se retrotraen en virtud del artículo 989 CC «al momento de la muerte de la persona a quien se hereda».

De la adquisición de la herencia como un conjunto unitario podrá derivarse una confusión de patrimonios entre el hereditario y el propio del heredero, dependiendo de si se utiliza o no el beneficio de inventario, cuestión sobre la que nos detendremos posteriormente. Baste ahora señalar que la adquisición de la herencia también implica la adquisición posesoria de los bienes hereditarios, así como la posibilidad de ejercitar acciones que hubiesen correspondido en vida al causante, como una acción de desahucio frente a un inquilino moroso, u otras que le corresponden debido a su condición de heredero, como la *actio hereditatis petitio*⁸⁹¹.

En cuanto a la adquisición de la cualidad de heredero, debemos volver a la idea de que el llamado que acepta pasa a sustituir o reemplazar definitivamente al causante en todas las relaciones jurídicas, deberes y obligaciones que éste tuviera en vida; pero no lo suple como un representante, pues como se ha dicho, el muerto ha dejado este mundo y ya no tiene en él ni intereses ni función alguna que cumplir por sí o por representación: el heredero ocupa, pues, *proprio nomine* el puesto o lugar que aquél ocupaba⁸⁹². Es decir, los actos del *de cuius* se reputan propios del heredero a los efectos de aplicar el principio de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos, de forma que el heredero no puede desconocerlos ni impugnarlos⁸⁹³; si bien, la aplicación de tal principio no ha de llevarse al extremo de forzar al heredero a que consienta y respete los actos contrarios a la ley realizados por su causante⁸⁹⁴.

⁸⁹¹ Esta acción, y a pesar de que no ha sido recogida en el Código Civil, es admitida por la doctrina y la jurisprudencia; se trata pues de una acción universal y real. *Vid.*, entre otros, ROYO MARTÍNEZ (1951), pp. 304-306 y PUIG BRUTAU (1961), pp. 344 y ss.

⁸⁹² ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 300.

⁸⁹³ Entre otras, SSTS de 13 de junio de 1899; 30 de noviembre de 1900; 24 de marzo de 1928.

⁸⁹⁴ Entre otras, SSTS de 30 de enero de 1893; 4 de enero de 1897; 11 de abril de 1916; 11 de enero de 1929.

Por último, y siendo este efecto el que más importa en este trabajo, la adquisición de la cualidad de heredero traerá aparejada la asunción de la responsabilidad por deudas hereditarias; en qué grado dependerá, también, de si se hace uso del beneficio de inventario o no.

3.4 Responsabilidad por deudas sucesorias en caso de venta de herencia

La venta de herencia, regulada en los artículos 1531 a 1534 CC, se puede definir como el negocio jurídico por el cual el heredero enajena la totalidad del contenido económico⁸⁹⁵, activo y pasivo⁸⁹⁶, de una herencia abierta a él deferida, y por la que obtiene un precio alzado⁸⁹⁷ bajo la obligación de restituir al vendedor todo lo que éste hubiese pagado por deudas y cargas hereditarias,

⁸⁹⁵ ROCA SASTRE (1953), pp. 669 y ss., insiste precisamente en la idea de que el que venda la herencia se desprende de ella como un *todo*; no siendo venta de herencia la que aún no está abierta; la que se halle abierta mas no deferida al vendedor; la venta de bienes que le correspondan en la partición; la venta de un conjunto determinado de bienes que, aunque acaparen el activo de la herencia, no se enajene como un todo, bien en su integridad, bien en una cuota indivisa; ni la que comprenda solamente una clase de bienes hereditarios, por ejemplo, los bienes inmuebles. E insiste: «en la venta de herencia no hay una vulgar enajenación de unos bienes hereditarios, en forma que el comprador quede *extraño* al proceso hereditario correspondiente, como si fuere un verdadero *tercero*. No; el comprador entra dentro del círculo sucesorio en el sentido de que, por adquirir una *universitas*, y no bienes singulares aislados, su posición más bien es la de una persona que viene a *sustituir* al heredero vendedor en todo lo económico-patrimonial de la herencia. Por ello, el Derecho romano estima que, en ciertos aspectos, el comprador *hace las veces de heredero*, lo que permite calificarle de *viceheredero*». Por el contrario, LALAGUNA (1974), p. 1050, no considera aceptable esta consideración, pues la venta de herencia no supone que el comprador asuma la cualidad de heredero ni la posición de deudor. Tampoco ALBALADEJO GARCÍA (1978), pp. 4 y ss., quien afirma que lo que el vendedor de la herencia transmite al comprador no es la condición de heredero, que es personalísima, ni derechos no económicos; la transmisión de bienes se produce como integrantes de un conjunto que no constituye una unidad, pues el comprador recibe a título singular cada uno de los bienes componentes de la herencia.

⁸⁹⁶ ROCA SASTRE (1953), p. 693, afirma que el comprador de la herencia también carga con las deudas y obligaciones hereditarias, salvo aquellas que se hubiesen extinguido con la muerte del causante, así como aquellos débitos de carácter estrictamente personal o familiar, como son los gastos de entierro y funeral. Por el contrario, ALBALADEJO GARCÍA (1978), pp. 7 y ss., entiende que ni por la venta transmite el heredero las deudas al comprador, ni por la sola venta queda éste comprometido a pagarlas (otra cosa es que por contrato las asuma); es decir, «la posición del comprador respecto a las deudas de la herencia no es ni la de pasar a deberlas él solo ni la de quedar obligado a pagarlas además del heredero (asunción acumulativa), sino la de que pasan a ser de *su cuenta*, de modo que pagándolas el heredero, el comprador ha de responder a éste lo que pagó».

⁸⁹⁷ El precio ha de ser alzado respecto de la totalidad, pues si se especificase un precio para bienes determinados o clases de bienes, no habría venta de herencia, sino venta de bienes hereditarios. En efecto, en la venta de herencia el objeto es indeterminado, siéndolo también en la venta de cuota hereditaria: la diferencia residirá en que en el primero, el vendedor es el único titular de toda la herencia y, consecuentemente, no habrá derecho de retracto en favor de coherederos (porque no los hay), a diferencia de lo que sucede en la venta de cuota hereditaria *ex* artículo 1067 CC.

salvo pacto en contrario⁸⁹⁸. Precisamente por la cualidad personal del heredero, quedan naturalmente excluidos del objeto del contrato de venta de herencia todos aquellos bienes y derechos extrapatrimoniales y personalísimos, asociados a tal cualidad⁸⁹⁹.

El contrato de venta de herencia es un contrato de naturaleza aleatoria en principio, pues existe cierto grado de incertidumbre sobre el objeto, de forma que el comprador deberá pechar con el riesgo de disminución del valor patrimonial adquirido; aunque, de otra parte, también se puede beneficiar del posible incremento patrimonial de la herencia posterior a su compra. En cualquier caso, las partes pueden evitar la aleatoriedad, especificando los bienes que el vendedor garantiza existen en la herencia, o limitando el importe de las deudas de las que habrá de responder el comprador⁹⁰⁰.

Sobre las deudas hereditarias, el artículo 1534 CC dispone que «el comprador deberá, por su parte, satisfacer al vendedor todo lo que éste haya pagado por las deudas y cargas de la herencia y por los créditos que tenga contra la misma, salvo pacto en contrario». La doctrina entiende que el vendedor solo podrá transmitir al comprador la titularidad de las mismas cuando, mediando el preceptivo consentimiento de los acreedores, así lo hubiesen acordado, en cuyo caso la transmisión de las deudas no trae causa en la venta de herencia, sino en el acuerdo expreso⁹⁰¹. El artículo 1534 CC lo que en realidad impone es la obligación del comprador de reembolsar al vendedor lo que éste ya hubiese pagado en concepto de deudas y cargas hereditarias; es decir, no es que el comprador sea responsable de las deudas de la herencia, sino que el vendedor puede repercutirle el importe de las cantidades que haya pagado. En definitiva, por la compraventa de herencia,

⁸⁹⁸ ROCA SASTRE (1953), pp. 668 y ss., define a esta figura como un *híbrido* sucesorio-contratual; de hecho, señala que el carácter jano de esta figura (por tener dos caras y contener de forma bastante equilibrada materia sucesoria y contractual) hace discutible calificarla como figura sucesoria o contractual.

⁸⁹⁹ COLINA GAREA (2001), p. 245; en Italia, FUNAIOLI (1976), p. 151.

⁹⁰⁰ ALBALADEJO GARCÍA (1978), p. 8, afirma que «el deber de abonar el comprador al heredero las deudas pagadas por éste, es, según algunos, solo hasta el límite del valor que tengan los bienes hereditarios que compró. Opinión que no comparto, pues pienso que del posible riesgo de tener que pagar más que lo que toma, debe cubrirse el comprador, o cerciorándose antes de que no es así, o estableciendo las oportunas cláusulas protectoras en el contrato de compraventa. En otro caso corre el peligro que le crea una posible herencia pasiva, como se lo crearía cualquier contrato aleatorio». En efecto, como señala la STS de 9 de octubre de 1962 «la compra de una porción hereditaria en el sentido que indica el artículo 1531 del Código civil, o sea, un conjunto de elementos activos y pasivos que forman una unidad superior a la simple suma de objetos y deudas, con la consiguiente transmisión de bienes, y asunción *ex lege* de obligaciones, salvo pacto en contrario, según el artículo 1534 del Código civil, es de carácter tan aleatorio que puede hacer soportar al comprador las consecuencias de un mal cálculo...».

⁹⁰¹ COLINA GAREA (2001), p. 254.

las deudas hereditarias no se transmiten al comprador, ni tampoco queda éste comprometido a pagarlas⁹⁰²: el heredero-vendedor seguirá siendo deudor y contra él deberán dirigirse los acreedores en reclamación de sus créditos, salvo que el comprador asumiese dichas deudas con el consentimiento expreso de aquéllos.

Conviene distinguir, por tanto, las situaciones que se pueden dar en caso de venta de herencia⁹⁰³. La primera, cuando las deudas ya han sido satisfechas por el heredero antes o después de vender la herencia, en cuyo caso el comprador deberá reembolsar el importe de lo que el heredero hubiese pagado. El segundo supuesto se da cuando, una vez vendida la herencia, el heredero-vendedor no paga las deudas pendientes, en cuyo caso los acreedores no podrían dirigirse directamente contra el comprador, pero sí podrían, por ejemplo, recurrir a la acción revocatoria si la venta de herencia se llevó a cabo con la intención de defraudarlos. Cree Albaladejo García⁹⁰⁴ que los acreedores no podrán, sin embargo, recurrir a la acción subrogatoria para reclamar el reembolso que el comprador debería al heredero-vendedor si éste hubiese pagado la deuda: el heredero solo tendrá derecho al reembolso cuando hubiese satisfecho efectivamente la deuda hereditaria. La tercera situación posible es aquella en la que el heredero-vendedor y comprador han asumido cumulativamente el cumplimiento de las deudas hereditarias, mediando consentimiento de los acreedores, en cuyo caso, serán responsables solidarios y los acreedores podrán dirigirse indistintamente frente a cualquiera de ellos o frente a los dos. Tanto si es el comprador como si es el heredero-vendedor quien paga la deuda, ésta se extingue; pero de haber pagado el heredero-vendedor e *inter partes*, el comprador deberá reembolsar lo que el aquél hubiese pagado. En cuarto lugar, si el comprador hubiese asumido el pago de las deudas de manera liberatoria, los acreedores solo podrán dirigirse contra éste. Y, por último, aun cuando no existiese asunción de deudas por parte del comprador, éste podría pagar *ex artículo 1158 CC*; pero aunque se trate del pago de tercero, el comprador no tendrá aquí acción de regreso frente al heredero-vendedor.

⁹⁰² COLINA GAREA (2001), p. 259; ALBALADEJO GARCÍA (1978), p. 7; en contra, ROCA SASTRE (1953), p. 669. En Italia, el comprador resulta obligado solidariamente con el vendedor del pago de las deudas; además, se considera que el comprador subentra en las deudas del difunto, no solo frente a los acreedores (cumulativamente con el vendedor), sino también en las relaciones internas con el vendedor; y que el comprador será responsable por estas deudas de forma ilimitada (*vid.* FUNAIOLI 1976, pp. 157-160).

⁹⁰³ COLINA GAREA (2001), pp. 260-261.

⁹⁰⁴ ALBALADEJO GARCÍA (1978), p. 9.

4. EL EJERCICIO DEL *IUS DELATIONIS* EN SENTIDO NEGATIVO: LA REPUDIACIÓN

Es importante recordar, como ya dijimos anteriormente, que en el Derecho romano los herederos necesarios (esto es, descendientes sometidos a patria potestad y siervos liberados en testamento) no tenían el libre albedrío para decidir sobre la aceptación o la repudiación del llamamiento: estos herederos estaban destinados a soportar, de manera ineludible, el mérito o demérito en la gestión económica del patrimonio que había llevado a cabo el causante en vida⁹⁰⁵. Frente a esta clase de herederos se erigían los herederos extraños o voluntarios, que eran aquellos que, siendo instituidos por testamento, sí podían aceptar o repudiar, al no estar vinculados al causante por esa relación especial de descendencia o servidumbre⁹⁰⁶. Hoy en día no existe sucesión forzosa en ningún caso⁹⁰⁷, de manera que los descendientes y demás parientes, así como otros sujetos llamados por testamento, tendrán plena facultad para decidir sobre la aceptación o repudiación del llamamiento y no se verán constreñidos en ningún caso a responsabilizarse de las deudas que el causante tuviese, si así no lo creyesen oportuno.

En la actualidad, podemos definir la repudiación como la declaración formal por la que el llamado a suceder manifiesta su deseo de rehusar el llamamiento ofrecido a su favor⁹⁰⁸. El llamado rechaza así la posibilidad de convertirse en heredero y la de adquirir, consecuentemente, el caudal o cuota hereditaria co-

⁹⁰⁵ Por ello, ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 38, pone de manifiesto que la repudiación es una figura que surge posteriormente a la aceptación, como recurso para que pudieran verse libres de una herencia dañosa los herederos *sui et necessarii* o como remedio preventivo para evitar que la conducta del llamado pudiera interpretarse como aceptación tácita.

⁹⁰⁶ BIONDI (1954), pp. 212 y ss.; VOCI (1967), pp. 399 y ss.; FUENTESECA (1978), pp. 555 y ss.

⁹⁰⁷ Conviene no confundir la sucesión forzosa y automática de los herederos necesarios del Derecho Romano (*herede sui et necessarii*) con la sucesión legítima de los hoy en día mal llamados herederos forzosos. En la actualidad, no existe sucesión forzosa en sentido estricto desde la perspectiva del sucesor. Será, por tanto, necesario que concurra la voluntad del legitimario para que éste adquiera la condición de heredero. Véase en este sentido la STS de 23 de diciembre de 2011 (RJ 2012, 301), según la cual cuando el artículo 636 CC ordena que ninguno podrá dar ni recibir por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por vía de testamento, a lo que se está refiriendo es a la legítima de los mal denominados *herederos forzosos*. De hecho, en la reciente reforma de Derecho de sucesiones austríaco, CHRISTANDL (2017), p. 436, pone de manifiesto que uno de los cambios del legislador fue abandonar definitivamente el concepto de *Noterbe* (sucesor necesario) sustituyéndolo por *Pflichtteilsberechtigter* (legitimario). De otra parte, es cierto que el Código Civil español sanciona cierto tipo de conductas con la sucesión, esto es, con la adquisición de la herencia; mas para que estas normas sean de aplicación ha de concurrir la realización de una actuación proscrita, por lo que estos casos tampoco se pueden asimilar con la sucesión automática de los herederos necesarios, que adquirirían la herencia de manera instantánea y sin opción a repudiar.

⁹⁰⁸ VALVERDE VALVERDE (1916), p. 546; DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 491; CASTÁN TOBEÑAS (1978), p. 167; LACRUZ BERDEJO (1981), p. 95; ALBALADEJO GARCÍA (1997), p. 106; ROGEL VIDE (2011), p. 223; además, como pone de manifiesto SÁNCHEZ CID (2016), p. 161, la repudiación se suele definir en sentido negativo, y por ello se suele hablar de «no aceptación», «no asunción» o «no adquisición de la herencia».

rrespondiente. Esta declaración tiene, por tanto, dos elementos a destacar: de una parte, la declaración de voluntad, como elemento positivo; de otra, el rechazo del ofrecimiento, como elemento negativo. El elemento positivo está sujeto a ciertos requisitos y formalidades, como veremos; el elemento negativo dará lugar a diversos efectos, siendo el principal –y el que en este estudio importa–, que el llamado no habrá de responder por las deudas hereditarias.

La repudiación se configura, por tanto, como un modo práctico y efectivo de proteger el patrimonio del llamado ante la eventualidad de suceder en una herencia dañosa; este ánimo de protección del patrimonio propio se considera legítimo por la doctrina y jurisprudencia⁹⁰⁹. Pero si bien éste es el móvil habitual por el que los llamados repudian, no es el único⁹¹⁰, pudiendo ocurrir, por ejemplo, que el repudiante pretenda continuar en una insolvencia programada, cuestión ésta que también será objeto de estudio con posterioridad.

4.1 Debate sobre la controvertida naturaleza jurídica de la institución: ¿hay renuncia, repudiación, o ambas?

La repudiación de la herencia y la regulación que de ella hace el Código Civil ha suscitado un vasto debate en la doctrina sobre la utilización indiscri-

⁹⁰⁹ PUIG BRUTAU (1961), p. 247, considera que los acreedores del causante no tienen ningún derecho a que los herederos acepten la herencia, y, en perfecta correspondencia con ello, esta falta de aceptación o la expresa repudiación tampoco ha de implicar ningún inconveniente para que puedan hacer efectivo su derecho sobre los bienes hereditarios. Asimismo, el Alto Tribunal también señaló en su STS de 26 de junio de 1946 (RJ 1946, 840) que «la renuncia de una herencia, aun fundada en que contiene más obligaciones que derechos y resultaría por lo tanto gravosa para el heredero, que es el motivo por el que generalmente se rechazan, no constituye ningún acto ilícito ni inmorales, asistiendo al heredero perfecto y legítimo derecho a defender su propio patrimonio, no asumiendo obligaciones que lo quebranten, ni puede concederse que tal renuncia es en perjuicio de terceros, los acreedores del causante, porque tal renuncia no los limita ni entorpece su derecho a hacer efectivos sus créditos del caudal hereditario». La jurisprudencia menor también se manifiesta en términos parecidos, como la SAP de Almería de 1 de marzo de 2005 (JUR 2006, 33233) cuando dice que «la ley no prevé limitación alguna, no pudiendo admitirse que la repudiación de la herencia se haya hecho en fraude de ley por no querer los herederos asumir deudas del causante, pues, tal finalidad es perfectamente legítima y no por ello la renuncia deja de ser válida».

⁹¹⁰ ROGEL VIDE (2011), pp. 151-167, enumera como posibles causas para repudiar, la de favorecer a personas que se beneficien con la repudiación, perjudicar a sus legitimarios, perjudicar a potenciales reservatarios, o la de testimoniar la enemistad con el causante, entre otras. FEÁS COSTILLA (2014), p. 185, pone de manifiesto que la repudiación también se puede deber a intereses fiscales: «si un heredero único hereda medio millón de euros en Andalucía (sin reducciones), pagaría unos 107.000 euros a la Hacienda Andaluza, más unos 900 al notario, si formaliza escritura de aceptación de herencia. Es decir, unos 108.000 euros. Pero pongamos que tiene tres hijos, y que estos hijos están llamados a suceder en caso de renuncia (como sustitutos en la sucesión testada, o como herederos *ab intestato* del grado siguiente). El heredero repudia la herencia, algo que le costaría 50 euros en notaría (IVA incluido). Entonces ninguno de sus tres hijos pagaría nada a Hacienda, porque en Andalucía están exentos 175 mil euros por hijo (aunque acumulando el valor del derecho de usufructo del viudo o viuda, en su caso). Eso sí, la notaría les costaría un poco más (unos 1500 euros, muy por debajo de aquellos 108.000 totales de su padre). Esta mínima ingeniería fiscal es una novena causa de repudiación que añadir a las ocho de Rogel».

minada de los términos «repudiación» y «renuncia» que dicho cuerpo legal hace para referirse al mismo supuesto de hecho: la voluntad de no devenir heredero. Conviene, pues, hacerse eco de las voces que critican esta enmarañada conmixti6n de vocablos jur6dicos y propugnan que *renunciar*⁹¹¹ y *repudiar* son negocios jur6dicos diferentes⁹¹². En este sentido, Novoa Seoane⁹¹³ ya defendi6 a principios del siglo xx la distinci6n de ambos conceptos indicando que «se renuncia lo que se tiene; se repudia lo que se puede tener y no se quiere». M6s recientemente, Puig Brutau⁹¹⁴ ha puesto de manifiesto que la repudiaci6n no es verdadera renuncia, sino manifestaci6n de que no se acepta la delaci6n o el llamamiento legal. Asimismo, Jordano Fraga⁹¹⁵ cree tambi6n que hay que distinguir entre la verdadera renuncia, de una parte, y el rechazo de una oferta adquisitiva, de otra; la repudiaci6n no es verdadera renuncia, sino m6s bien rechazo de una posibilidad de adquirir.

Todos estos autores⁹¹⁶ parecen seguir la l6nea de interpretaci6n fijada en la RDGRN de 25 de noviembre de 1942 cuando afirmaba que «en el Derecho moderno la repudiaci6n, m6s que una verdadera renuncia de un derecho patrimonial es una no aceptaci6n de la oferta o llamamiento legal», y volvi6 a incidir sobre la misma idea se6alando que «la repudiaci6n de la herencia no es la renuncia a un derecho adquirido, sino la negativa a la adquisici6n de un derecho»⁹¹⁷.

⁹¹¹ Advierta el lector que cuando hablamos de renuncia en este apartado nos estaremos refiriendo 6nica y exclusivamente a la renuncia abdicativa o extintiva.

⁹¹² Desde una perspectiva comparada, es importante se6alar que dichas cr6ticas sobre la utilizaci6n indistinta de ambos t6rminos jur6dicos no se producen 6nicamente dentro de la esfera del derecho com6n espa6ol. Existen destacados autores a nivel europeo, provenientes de sistemas legales en los que tambi6n se produce este problema terminol6gico, que prueban la confusi6n de las distintas figuras de la renuncia y la repudiaci6n. Para FERRI (1960), pp. 3 y ss., la distinci6n entre los diferentes tipos de renuncia y la repudiaci6n es el discurso principal de su obra, en la que afirma «*anticipo subito, riservandomi di darne nel corso di questo lavoro la dimostrazione, che ci troviamo di fronte a due distinti tipi negoziali*».

⁹¹³ NOVOA SEOANE (1919), p. 146-147, que a6ade que «en la pr6ctica se confunden con frecuencia los conceptos de repudiaci6n y renuncia», a pesar de que «la ley no emplea como sin6nimas las frases repudiaci6n y renuncia, ni jur6dicamente pueden ser consideradas como tales»; es decir, la ley, «al tratar de la repudiaci6n de la herencia, no la confunde con la renuncia».

⁹¹⁴ PUIG BRUTAU (1961), p. 238.

⁹¹⁵ JORDANO FRAGA (1990), pp. 164-172. Para el autor, la verdadera renuncia supone disposici6n, y la disposici6n presupone una titularidad previamente adquirida que subsiste hasta el momento en que se realiza; as6, la repudiaci6n no ser6a una renuncia, sino un rechazo de una posibilidad de adquirir.

⁹¹⁶ Otros profesionales del Derecho que tambi6n han sabido ver esta distinci6n son los notarios, y entre ellos, cabe mencionar a FE6S COSTILLA (2014), p. 150, para quien «la repudiaci6n de la herencia, el concepto t6cnico, no es exactamente una renuncia de herencia, sino una figura con rasgos propios».

⁹¹⁷ Sin embargo, esta no es opini6n pac6fica en la doctrina; as6, entre otros, ROCA SASTRE (1979), pp. 151 y ss., considera que son tres las clases de renuncia que existen en nuestro ordenamiento jur6dico: en primer lugar, la renuncia abdicativa, por la que un sujeto separa de su propia esfera jur6dica alg6n *derecho adquirido*; en segundo lugar, la renuncia preventiva, por la que un sujeto separa de su propia esfera jur6dica alg6n derecho a adquirir otro derecho (*omissio acquirendi*, citando como ejemplo de renuncia

Se ha hecho notar que esta confusión de vocablos es inaceptable, toda vez que en las fuentes clásicas no se hablaba de «*hereditatem renunciare*» ni de «*renuntiatio*», sino de «*repudiatio*»; no siendo hasta el Derecho justinianeo cuando aparece la confusión terminológica entre repudiación y renuncia, que se generaliza y se asienta en ciertos Derechos europeos hasta hoy en día⁹¹⁸. Asimismo, se ha afirmado que solo existe una renuncia extintiva posible, que es la renuncia del artículo 6 del Código Civil a un derecho reconocido por ley, no incluyéndose en esta categoría los derechos sucesorios de quien es llamado a adquirir la herencia; así, se ofrece un amplio estudio sobre las principales diferencias entre la repudiación de la herencia y la renuncia de un derecho, que se concretan en lo siguiente: en primer lugar, la renuncia es un negocio ablativo o abdicativo, mientras que la repudiación es un negocio omisivo; en segundo lugar, la renuncia a un derecho puede ser tácita, y puede someterse a término o condición suspensiva, pero no así la repudiación; en tercer lugar, la renuncia produce efectos *ex nunc*, mientras que los efectos de la repudiación se retrotraen hasta el momento de la muerte del causante según el artículo 989 CC; en cuarto lugar, la renuncia a un derecho tiene como límite infranqueable los términos del artículo 6.2 del Código Civil, esto es, será válida cuando no contrarie el interés o el orden público ni perjudique a terceros, mientras la repudiación sí será válida aun cuando perjudique a terceros; y por último, y en quinto lugar, la renuncia a un derecho realizada en fraude de acreedores es impugnabile a través de la acción pauliana del artículo 1111 del Código Civil, mientras que los acreedores del repudiante solo podrán utilizar la vía del artículo 1001 CC para satisfacer sus créditos con la cuota hereditaria rechazada⁹¹⁹.

preventiva la repudiación de la herencia, de los legados o de las legítimas; criterio que creemos comparte GARCÍA RUBIO 2010, p. 64, para quien objeto de renuncia pueden ser también los derechos potestativos o facultades de configuración jurídica, los derechos eventuales e incluso las meras expectativas de derechos aún no nacidos); y en tercer lugar, la renuncia reconocitiva, cuando un sujeto separa de su propia esfera jurídica un derecho dudoso o controvertido. También, dice el autor, se habla de renunciaciones *traslativas (in favorem)*, pero estas no son, en su opinión, renunciaciones, sino verdaderas enajenaciones o cesiones verificadas en forma de renuncia (*per modum renuntiationis*). Este también es el criterio de la DGRN, pues en la Resolución de 5 de febrero de 1996 (RJ 1996, 1024), entendió que «la denominada renuncia traslativa no implica propiamente una renuncia, sino una cesión de derechos que, precisamente para ser cedidos, han de ser previamente adquiridos. Este es el sentido que ha de darse al enunciado del artículo 1000 del Código Civil». En la doctrina italiana, CARIOTA FERRARA (1956), p. 112, también considera que «la renuncia traslativa no existe; el adjetivo es incompatible con el sustantivo».

⁹¹⁸ ROGEL VIDE (2011), pp. 11-24. SÁNCHEZ CID (2016), pp. 146 y ss., considera acertada la tesis de ROGEL VIDE porque, entre otras cosas, al momento de repudiar, los bienes de la herencia no forman parte del patrimonio del repudiante, sino que se encuentran en situación de yacencia, en espera de ser adquiridos, y porque a través de la repudiación, los bienes no quedan en absoluto abandonados, sino que será el causante o la ley quien provee su destino a través de instituciones como la sustitución, el acrecimiento o la sucesión intestada.

⁹¹⁹ ROGEL VIDE (2011), pp. 67-82.

Es fácil colegir que esta confusión de términos –deliberada o no por el legislador–, produce cierta inseguridad, amén de originar un debate fácilmente evitable. En nuestra opinión, convendría actualizar la redacción del Código Civil para aclarar y redefinir cuándo estamos ante una renuncia y cuándo ante una repudiación, si es que el legislador pretende seguir conservando ambos términos. Adelantamos ya que tal postura –la de conservar ambos términos–, es la que creemos más acertada.

Pero antes de detallar, según nuestro criterio, cuándo puede haber repudiación y cuándo renuncia, es necesario detenerse en la naturaleza esencial de ambos conceptos. Siguiendo la opinión referida de que «se renuncia lo que se tiene; se repudia lo que se puede tener y no se quiere», podríamos sintetizar, por obvio que parezca, que la repudiación consiste en la no aceptación del ofrecimiento hereditario (llamamiento universal); la renuncia, en contraposición, es la dejación voluntaria de un derecho sucesorio previamente adquirido⁹²⁰. Viene de suyo, entonces, que hay repudiación de la herencia cuando se rehúsa devenir heredero en un llamamiento universal, bien testamentario o bien *ab intestato*, pues, de acuerdo con el principio de adquisición romano, nada se obtiene tras la apertura de la sucesión y antes del acto por el que se manifiesta tal voluntad, a excepción de ese derecho de elección o *ius delationis*; y como todo lo más que se ha adquirido es una oferta de adquisición, bastará el simple rechazo para seguir en la misma posición jurídica en la que el llamado se encontraba: habrá en este caso, entonces, simple repudiación o rechazo del ofrecimiento. De otra parte, creemos que habrá renuncia al legado y no repudiación, al ser el legado un derecho ya plenamente adquirido tras la muerte del causante⁹²¹: en este caso estaremos ante una verdadera renuncia porque el bien o derecho legado entra en la esfera jurídica del legatario sin necesidad de que éste lo acepte, por lo que, en caso de pretender no retenerlo en su esfera jurídica, habrá de renunciar al mismo, siguiendo el criterio de que se renuncia a algo que, habiendo estado virtualmente en nuestro poder, devolvemos. Asimismo, también habrá renuncia cuando el objeto de la misma sea la porción de bienes hereditarios que corresponda al renunciante por ley (legítima)⁹²², al ser éste un derecho que los legitimarios tienen *ex lege* y que no puede ser frustrado por el causante, con la única salvedad de la desheredación

⁹²⁰ NOVOA SEOANE (1919), p. 147, considera que «la repudiación implica no querer, es un acto de noción»; mientras que «la renuncia es desistimiento, cesión de un derecho, e implica volición en principio y dejación después».

⁹²¹ GARCÍA RUBIO (1989), pp. 151 y ss.

⁹²² De hecho, el artículo 816 CC establece que «toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula, y éstos podrán reclamarla cuando muera aquél; pero deberán traer a colación lo que hubiesen recibido por la renuncia o transacción». Además, GARCÍA RUBIO

expresa en testamento y por las causas tasadas y previstas en los artículos 852 a 855 del Código Civil.

Las repercusiones de nuestra tesis no son pocas, pues si traemos a colación las diferencias entre renuncia a un derecho y repudiación a un llamamiento hereditario que mencionamos anteriormente, cabría preguntarse si tiene esta renuncia como límite infranqueable para su validez el que no perjudique a un tercero o si es válida la renuncia tácita a la legítima o al legado. En nuestra opinión, la renuncia a estos derechos sucesorios no puede, en principio, presumirse tácita, pues las normas generales sobre repudiación del Código Civil son aplicables también para la renuncia a la sucesión particular. Además, existe jurisprudencia menor que considera, por ejemplo, que un allanamiento procesal no puede considerarse renuncia a los derechos sucesorios; renuncia que además, en el proceso judicial en que se trataba, ni siquiera había sido admitida por el juez por realizarse «en perjuicio de tercero»⁹²³. La regla general es, por tanto, que no cabe renuncia tácita de los derechos legitimarios o de los legados; no obstante, esto no puede conducir al equívoco de negar, en ambos casos, la posibilidad de que se produzca una *cuasi*-renuncia tácita, bien entendida ésta como una dejación o desistimiento voluntario del derecho a reclamar la legítima o el legado de que se trate. Imaginemos pues, un legitimario que ha sido preterido o un legitimario al que, sin llegar a ser preterido, se le han atribuido bienes cuyo irrisorio valor no cubre cuantitativamente su legítima; supuestos ambos en los que la ley únicamente concede al legitimario la facultad de reclamar su parte de legítima, o de pedir el complemento de la misma. Pero si éste, por la razón que fuese, no lo hiciese, estaríamos, *de facto*, ante una renuncia *oficiosa*. Imaginemos igualmente un legatario al que se le ha adjudicado en testamento un bien concreto: si se abstiene de reclamarlo, habrá también renuncia *oficiosa*. Pero debemos ser cautelosos a la hora de predicar la posibilidad de una renuncia *de facto*, pues el hecho de abstenerse, o incluso abandonar, por un tiempo delimitado la reclamación de sus derechos, no les priva en absoluto a los legitimarios y legatarios de la facultad de, pasado cierto tiempo, hacerlos valer mientras no caduque o prescriba la facultad de reclamarlos. Es por cuestiones como ésta que defendemos con ahínco la necesidad de que el legislador establezca un plazo máximo de ejercicio del *ius delationis* en aras de limitar el tiempo de incertidumbre, así como ofrecer una mayor seguridad jurídica para todos los sujetos implicados en la sucesión.

(2000), pp. 1398 y ss., al estudiar la apartación del legitimario a través del pacto sucesorio de *non succedendo*, utiliza constantemente el vocablo «renuncia» y no así el de «repudiación».

⁹²³ SAP de Alicante de 2 de octubre de 2012 (JUR 2013, 13770).

De todo lo expuesto, se puede argüir que la doble utilización en el Código Civil de los vocablos «renuncia» y «repudiación» en sede de sucesión no ha de ser necesariamente errónea⁹²⁴, tal y como ha defendido la mayoría de la doctrina expuesta anteriormente: para ello baste delimitar el concepto de renuncia a los supuestos en que se abandona el derecho a legítima o a un legado, y el de repudiación, al rechazo de la oferta de adquisición del llamamiento universal de herencia. Se puede concluir, por tanto, que la confusión terminológica del Código Civil es superable, máxime si se tiene en cuenta que en la mayoría de los preceptos se utiliza el término «renuncia» a la hora de referirse a legitimarios o legatarios⁹²⁵. En definitiva, el legislador debería hablar de renuncia cuando esta implique el abandono de un derecho ya adquirido, como el legado, o que se tiene por ley, como la legítima, y de repudiación cuando lo que se rechaza es un llamamiento universal, bien testamentario, bien *abintestato*.

4.2 La especial exigencia de forma para la repudiación

La forma, al contrario de lo que ocurre con la aceptación, se configura como requisito esencial de validez de la repudiación⁹²⁶. El artículo 1008 CC ha sido recientemente modificado por la LJV⁹²⁷ y ahora exige, para que el re-

⁹²⁴ En el Código Civil Portugués de 1966 se habla de *repúdio* cuando hay rechazo del llamamiento universal o particular (herencia, legado) *ex* artículo 1063, y se habla de *renúncia* en el sentido de renuncia traslativa (artículo 2057) o de renuncia por pacto de *non succedendo ex* artículo (artículo 2028).

⁹²⁵ En este sentido, véanse los artículos 740, 766, 816, 833 y 928 CC. Únicamente en contra, el artículo 985 CC habla de repudiación para el caso de legitimarios. Asimismo, en el Código Civil existen ciertos –pocos, por suerte– artículos verdaderamente erráticos: los artículos 889, 890 y 1001, en los que se produce una verdadera confusión de términos, utilizando ambos indistintamente.

⁹²⁶ La ley 18, tít. VI, Partida 6.^a establecía: «*renunciar puede el heredero la heredad en dos maneras: por palabra o por fecho; por palabra, como si dixesse ante que entrase la heredad que non la quería rescebir; é de fecho, como si fiziesse algún pleyto o postura, o alguna cosa en la heredad o en los bienes della, non como heredero, mas como extraño, o como ome que lo quiere auer por otra razón, o si fiziesse alguna cosa en la heredad por que se entendiesse que non auia voluntad de la rescebir en heredero*». Por ello, MANRESA NAVARRO (1943), p. 439, entiende que el legislador de 1889 entendió que la renuncia requería más solemnidad que la aceptación, pues nunca puede deducirse de ciertos hechos, sino que debe hacerse constar de modo claro, expreso y formal.

⁹²⁷ La anterior redacción del artículo 1008 CC exigía que la repudiación se hiciese en instrumento público o auténtico, o por escrito presentado ante el Juez competente para conocer de la testamentaria o del *abintestato*. La repudiación, por tanto, se podía hacer por dos vías diferentes: la documental (mediante instrumento público o auténtico) y la judicial (por escrito ante juez competente). Fue la vía documental la que propició un amplio debate doctrinal y jurisprudencial, centrado principalmente en esclarecer las verdaderas intenciones del legislador al utilizar la expresión instrumento *público o auténtico*. Las teorías fueron básicamente dos: primero, documento auténtico es cuasi-sinónimo de documento público, ya que se refiere a ciertos instrumentos «con garantías notariales de autenticidad, pero que solo en cierto sentido pueden llamarse documento público. Según esta opinión, solo cabe repudiación judicial o notarial», según afirmaba DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 496. Segundo, por instrumento auténtico ha de enten-

chazo del llamamiento sea válido, que se haga ante notario en instrumento público⁹²⁸. Esta especial exigencia de forma parece justificada por el carácter protector de la institución⁹²⁹, pues como se ha dicho, «la única razón de ser del acto de repudiación en nuestro Derecho está en evitar situaciones dudosas y en proyectar claridad sobre actitudes ambiguas»⁹³⁰.

En definitiva, la forma expresa y escrita se configura como requisito *sine qua non* para la validez de la repudiación; no cabrá, entonces, una repudiación expresada verbalmente, ni una repudiación tácita presumida de actos que manifiesten la clara intención de no aceptar el llamamiento⁹³¹ o de la inactividad prolongada en el tiempo del llamado. Tal es la exigencia de forma de la repudiación que el propio Código Civil regula de manera positiva la inactividad del llamado interpretándola siempre como aceptación tácita y nunca como repudiación: así, los artículos 1005 CC –*interrogatio in iure*– y 1019 CC –derecho

derse documento por escrito indubitativo, esto es, efectivo y real, que es aquel en el cual el autor aparente y el real coinciden. Esta última es la línea interpretativa que el Tribunal Supremo adoptó reiteradamente en el tiempo (entre otras, STS de 11 de junio de 1955), de acuerdo con la cual era posible repudiar en documento privado. Pero esta segunda interpretación era, según nuestro criterio, ciertamente muy cuestionable, ya que parecía contravenir lo dispuesto en el artículo 1280 del Código Civil, cuando establece que la cesión, repudiación y renuncia de los derechos hereditarios deben constar en escritura pública. Esta aparente antinomia legal fue resuelta por el maestro LACRUZ BERDEJO (1981), p. 95, de la forma siguiente: la expresión *documento auténtico* (esto es, documento que no ha de constar necesariamente en escritura pública) tiene carácter *ad solemnitatem*; mientras que la exigencia de forma pública del artículo 1280 solo tiene carácter *ad probationem*. Sea como fuere, y gracias a la modificación del artículo, este debate ha sido afortunadamente superado.

⁹²⁸ Se ha vuelto al criterio del Proyecto de GARCÍA GOYENA (1852-A), p. 223, en cuyo artículo 837 se proponía que «la repudiación de la herencia debe hacerse en instrumento público, autorizado por escribano del domicilio del repudiante o del difunto». En opinión de FEÁS COSTILLA (2014), pp. 170 y ss., ahora el instrumento público notarial se concibe como forma *ad substantiam* o *ad solemnitatem*, y será únicamente la escritura el documento notarial válido para las renunciaciones, toda vez que es un documento sin cuantía, esto es, de precio único, y con independencia del valor patrimonial de la herencia. Según el autor, la escritura deberá identificar el objeto de la repudiación: «toda la herencia abierta y no adida». Toda, porque no se admite la parcialmente abierta porque no cabe repudiación *ante mortem*; no adida, porque no cabe repudiación de una herencia ya aceptada.

⁹²⁹ JORDANO FRAGA (1990), p. 70, arguye que la razón de la formalidad de la repudiación reside en la llamada a la reflexión del declarante frente a eventuales perjuicios (la de perder la herencia, toda vez que «las herencias gravosas son estadísticamente la excepción» y, de otra parte, razones de seguridad y certeza en las situaciones jurídicas (que impone el interés de acreedores y llamados sucesivos). ROCA SASTRE (2009), p. 58, señala también que «el exigir que la repudiación hereditaria sea expresa y solemne puede explicarse por simples razones de seguridad jurídica y de fijación de situaciones. El legislador, frente a la razón estadística de que la mayoría de las herencias son aceptadas, considera como excepcional la repudiación. (...) De este modo se logra seguridad jurídica a los efectos de terceros. Además, la repudiación es un acto negativo, y en todo lo negativo es difícil emplear lo tácito».

⁹³⁰ PUIG BRUTAU (1961), p. 239

⁹³¹ VICANDI MARTÍNEZ (2014), p. 1220, afirma que «dadas las implicaciones de la repudiación, esto es, el detrimento económico que puede llegar a suponer, ésta requiere de unas determinadas formalidades y precisamente por ello no puede deducirse de actos concluyentes, ni tampoco puede llegar a ser tácita; a diferencia de la aceptación. Precisamente con esta finalidad garantista, la repudiación no solo requiere de forma escrita, sino de escritura pública».

de deliberar— establecen que el silencio o inactividad del llamado acarreará de manera automática una aceptación pura y simple del llamamiento.

No obstante, el traslado de la competencia en favor exclusivo de los notarios no es perfecta ni mucho menos, pues «conlleva un problema: la paradoja de una escritura pública de renuncia que puede no ser verdaderamente pública, sino clandestina, silenciada por el repudiante para sacarla a relucir solo cuando le interese, si es que le interesa. Esto merecería remediarse por el legislador»⁹³².

4.3 Efectos de la repudiación

Los efectos que produce una repudiación pueden ser *ad intra*, si afectan a la persona del repudiante, o *ad extra*, si afectan a otros sujetos. La principal consecuencia que la repudiación trae para el repudiante es que este, al ejercitar el *ius delationis* en sentido negativo, queda definitivamente excluido de la sucesión en virtud de su propia voluntad. Hay que recordar, una vez más, que la repudiación supone ejercicio negativo del *ius delationis* y no la extinción de éste⁹³³, no siendo correcto, por tanto, que la repudiación conlleve la extinción o la lógica pérdida del *ius delationis*⁹³⁴; lo que sí extingue la repudiación, no obstante, es la delación ofrecida, que desaparecerá de la esfera del repudiante, quedando este ajeno a ella de manera definitiva⁹³⁵.

Por tanto, el principal efecto que el rechazo del llamamiento produce sobre el repudiante reside en la no adquisición de la herencia y de la condición de heredero. El repudiante pasa a ser un sujeto completamente desvinculado de los bienes y —en especial, por ser el tema de este estudio—, de las deudas hereditarias⁹³⁶. Se considerará además, según ordena el artículo 440 del Código Civil, que el llamado que efectúa válida repudiación de la herencia no la ha

⁹³² FEÁS COSTILLA (2014), p. 174.

⁹³³ JORDANO FRAGA (1990), p. 167, afirma que «resulta absurdo decir que repudiando a la herencia se repudia a su *ius delationis* ya que éste, como toda oferta de adquisición, es indisponible, irrenunciable y carece de valor patrimonial». ROGEL VIDE (2011), p. 65, señala que «la repudiación no implica en modo alguno abandono, sino ejercicio de un poder o facultad inserto en el mismo: el de optar por aceptar o repudiar la herencia».

⁹³⁴ ALBALADEJO GARCÍA (1952), p. 934, afirma que en Derecho español se extingue el *ius delationis* por la renuncia; CASTÁN TOBEÑAS (1978), p. 167, da a entender que la repudiación consiste en la extinción del derecho hereditario; VICANDI MARTÍNEZ (2014), p. 1219, afirma que «la consecuencia lógica de la repudiación es la pérdida de la herencia y del *ius delationis*».

⁹³⁵ GALVÁN GALLEGOS (2000), p. 122.

⁹³⁶ Para GALVÁN GALLEGOS (2000), p. 122, el efecto primordial de la repudiación es la desaparición de la delación y su total desvinculación con la herencia de forma que no resultará el repudiante obligado al cumplimiento de las obligaciones del causante.

poseído en ningún momento, ni siquiera cuando hubiese efectuado actos posesorios o detentatorios, de conservación o administración provisional respecto de los que se habrá comportado como mero gestor oficioso, con la legitimación prevista al efecto de la propia ley⁹³⁷. Por lo tanto, si el llamado hubiese incurrido en gastos de conservación o administración provisional tales como, por ejemplo, el pago de los recibos de la comunidad o facturas de un piso perteneciente al caudal hereditario, una vez repudiado válidamente el llamamiento se convertiría en acreedor de la herencia.

Como venimos repitiendo, el efecto por antonomasia de la repudiación es que el repudiante evita, con su declaración, adquirir los bienes y responder por las deudas hereditarias; mas este no es el único: se dan otras consecuencias que son resultado del carácter extensivo de la repudiación. Así, para el caso de que exista un llamamiento múltiple, el repudiante, al declinar la oferta, rechazará con ello su cuota ideal, de valor inicialmente desconocido, perdiendo con ello el acrecimiento al que podría tener derecho eventualmente de no haber repudiado; además también perderá el derecho a otros bienes o créditos que pudiesen aparecer en favor del causante y de los que se hubiese desconocido su existencia: el repudiante perdería, también en este caso, el derecho a la parte de la adición que le habría correspondido de no haber repudiado. La repudiación, por tanto, extiende sus efectos tanto idealmente respecto de la cuota del llamamiento, como temporalmente, no siendo posible, entonces, que el repudiante adquiera derecho sobre bien hereditario alguno, presente o futuro.

De igual forma, la repudiación no afectará, en principio, a todo aquello que no tenga una vinculación con el llamamiento sucesorio repudiado, es decir, la repudiación únicamente opera en los límites de la delación⁹³⁸. Así, el repudiante tendrá derecho a conservar las donaciones recibidas del causante, siempre que quepa en la porción disponible; además, en el caso de que el repudiante fuese legitimario, tampoco deberá colacionar las donaciones, aunque éstas podrán ser reducidas por inoficiosas⁹³⁹. Por último, el artículo 928 CC establece que «no se pierde el derecho de representar a una persona por haber renunciado su herencia». En definitiva, los efectos de la repudiación, como es fácil apreciar, no se extenderán a cuestiones que sean completamente ajenas al llamamiento repudiado.

⁹³⁷ RIVAS MARTÍNEZ (2009), p. 2510.

⁹³⁸ DíEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 497.

⁹³⁹ GALVÁN GALLEGOS (2000), p. 123.

En cuanto a los efectos *ad extra*, la repudiación por parte del llamado genera una nueva delación, y cabe preguntarse, entonces, en favor de quién, o lo que es lo mismo, quién pasa a responder de las deudas hereditarias si acepta. Estas preguntas son más importantes de lo que podríamos suponer, ya que el repudiante podría hacer entrar en escena a alguien del que no desease su participación, por ejemplo, sus hijos menores de edad⁹⁴⁰. Para responderlas, será necesario diferenciar el título por el que se ha sido llamado a suceder, pues la respuesta puede variar. Así, por ejemplo, si el título por el que se sucede es el testamento, habrá que atender a las previsiones en este contenidas ya que si el testador previó sustitución, la repudiación realizada por el primer llamado dará lugar al nacimiento de delación sucesoria en favor del sustituto, tal y como indica el artículo 774 CC. Pero si la sucesión fue abintestada, o siendo testada, el testador no previó sustitución, o si previendo sustitución, el sustituto también repudió, entonces o bien se abre sucesión intestada, si había testamento (por ineficacia del mismo)⁹⁴¹, o bien resultan llamados a suceder los de grado sucesorio siguiente⁹⁴², si no lo había. Esta es la vía a seguir de acuerdo con lo estipulado en el artículo 923 CC, que señala que «repudiando la herencia el pariente más próximo, si es solo, o, si fueren varios, todos los parientes más próximos llamados por la ley heredarán los del grado siguiente por su propio derecho y sin que puedan representar al repudiante»⁹⁴³.

En otro orden de cosas, si la repudiación se realiza en un caso de llamamiento múltiple, la cuota repudiada acrecerá la de los demás coherederos, tan-

⁹⁴⁰ La entrada en escena de los hijos menores podría suponer un importante hándicap por las especiales formalidades que se requieren para repudiar. Así, recordemos, los que ejerzan la patria potestad habrán de requerir autorización judicial, la cual, en caso de ser negativa, sería vinculante. No obstante, conviene señalar la conveniencia de limitar la cláusula de sustitución vulgar a los casos de premoriencia o incapacidad y su exclusión respecto de la repudiación, precisamente para evitar futuros sinsabores a los descendientes que deseen repudiar sin perjudicar a sus propios descendientes.

⁹⁴¹ El artículo 912.3 CC señala que la sucesión legítima tendrá lugar cuando el instituido heredero repudia la herencia sin tener sustituto, y sin que haya lugar al derecho de acrecer.

⁹⁴² Los artículos 930 y siguientes del Código Civil regulan este orden sucesorio. A saber, y por este orden: descendientes, ascendientes, cónyuge viudo, hermanos y sobrinos, demás colaterales hasta el cuarto grado, y, por último, el Estado.

⁹⁴³ Distinta solución prevé el legislador para el caso de que lo que se repudie sea la legítima, pues entonces, la parte repudiada no revierte a la herencia, sino que sigue formando parte del valor patrimonial destinada a los legitimarios no renunciantes. Además, la renuncia a la legítima es para toda la stirpe, por lo que los descendientes del legitimario-renunciante no tendrán derecho alguno a la legítima que éste hubiese repudiado; *vid.* en este sentido GALVÁN GALLEGOS (2000), p. 127. No obstante, la RDGRN de 11 de octubre de 2002 (RJ 2002, 9942) admitió la sustitución vulgar a favor de los descendientes del repudiante, y por ello ha sido ampliamente criticada (*vid.* GARCÍA-BERNARDO LANDETA 2002, pp. 273 y ss.); asimismo, la STS de 10 de julio de 2003 (RJ 2003, 4628) no admitió la eficacia de la sustitución en favor de los nietos en vida del padre repudiante.

to si el título por el que se repudia es el testamento⁹⁴⁴ o la ley⁹⁴⁵. No obstante, y a pesar del tenor literal de la ley, no falta quien considera que, ante el caso específico de repudiación por parte de un descendiente del causante que tiene a su vez descendientes, no habría lugar a acrecimiento, sino derecho de representación. Esta es la tesis sostenida por Arjona Guajardo-Fajardo⁹⁴⁶, al plantearse el supuesto en el que un causante, que tiene dos hijos y un nieto, instituye herederos a sus dos hijos y uno de ellos, el que tiene a su vez un hijo, repudia. El autor se cuestiona pues, si el nieto recibiría algo de la herencia del causante, o si, por el contrario, la parte repudiada iría toda a parar a las manos del otro hijo no-repudiante.

En este sentido, el artículo 929 CC ordena que «no podrá representarse a una persona viva sino en los casos de desheredación o incapacidad»; por lo tanto, parece claro que no se contempla en nuestro Derecho la posibilidad de que entre el juego la representación en favor de hijos y descendientes del repudiante. Sin embargo, el artículo 766 CC establece que «el heredero voluntario que muere antes que el testador, el incapaz de heredar y el que renuncia a la herencia no transmiten ningún derecho a sus herederos, salvo lo dispuesto en los artículos 761 y 857». Artículos estos que hacen alusión a los derechos de los legitimarios descendientes del incapaz (artículo 761 CC) y del desheredado (artículo 857 CC). Por todo ello, Arjona Guajardo-Fajardo defiende que el descendiente que repudia teniendo a su vez descendientes, aunque no esté explícitamente contemplado en el grupo de casos en que se permite la representación de una persona viva, debe considerarse incluido en él, por coherencia y analogía con lo dispuesto en los artículos 761 y 857 CC⁹⁴⁷; por lo tanto, los

⁹⁴⁴ El artículo 982 CC exige como requisitos para que haya lugar al derecho de acrecer en la sucesión testamentaria, el que existen varios los llamados a suceder, sin especial designación de partes, y que alguno de los llamados no pueda o no quiera suceder.

⁹⁴⁵ El artículo 922 CC señala que «si hubiere varios parientes de un mismo grado, y alguno o algunos no quisieren o no pudieren suceder, su parte acrecerá a los otros del mismo grado, salvo el derecho de representación cuando deba tener lugar».

⁹⁴⁶ ARJONA GUAJARDO-FAJARDO (2012), pp. 128-161.

⁹⁴⁷ El artículo 985 CC establece que «entre los herederos forzosos el derecho de acrecer solo tendrá lugar cuando la parte de libre disposición se deje a dos o más de ellos, o a alguno de ellos y a un extraño. Si la parte repudiada fuere la legítima, sucederán en ella los coherederos por su derecho propio, y no por el derecho de acrecer». La distinción es totalmente coherente con la naturaleza de la legítima, que representa un *quantum proporcional* (vid. LACRUZ BERDEJO 1981, p. 419) sobre una masa ficticia (activo patrimonial una vez deducidas las deudas del causante). Dicho *quantum proporcional* será siempre el mismo, exista un único legitimario o varios, por lo que poco o nada afecta el que uno repudie. Esto es, si hubiese tres legitimarios, la legítima a repartir entre todos estaría conformada por los dos tercios de dicha masa ficticia. Si uno de ellos repudiase, la legítima a repartir, ahora entre dos, seguiría siendo de dos tercios. No hay aquí, entonces, verdadero acrecimiento, sino derecho a una cuota ideal de legítima sobre una porción invariable.

hijos del hijo repudiante tendrán derecho a percibir lo que en concepto de legítima hubiera correspondido a su padre en la herencia del suyo⁹⁴⁸.

4.4 La falacia de la retroacción de efectos en la repudiación

Como hemos visto, el artículo 989 del Código Civil establece que los efectos de la aceptación y repudiación se retrotraen siempre al momento de muerte de la persona a quien se hereda y, si bien esta retroacción es comprensible –incluso indispensable– para el caso de la aceptación, no creemos que lo mismo deba predicarse respecto de la repudiación; los motivos son básicamente los que siguen.

En primer lugar, la retroacción de la repudiación es innecesaria si fijamos como punto de partida que nuestro sistema de adquisición de la herencia es el romano o por aceptación; la adquisición no se produce de forma automática, como sí ocurre en el sistema germánico, donde sí tiene sentido hablar de retroacción de la renuncia ya que el renunciante sí había adquirido la condición de heredero; sin embargo, tal ficción no es necesaria en nuestro Derecho, pues recordemos, el principal efecto de la repudiación es que se considera al repudiante que repudia válidamente como que nunca ha sido heredero, pero lo cierto es que ya no lo era, nunca lo fue, por tanto, ¿qué sentido tiene, entonces, retrotraer la no adquisición cuando no ha habido adquisición alguna?

Por ello, nos hemos preguntado qué soluciona la retroacción de la repudiación y cómo podemos justificar la previsión legal que la configura. Ciertamente, la redacción del artículo 989 del Código Civil y los pocos detractores –más bien ninguno– que existen en la doctrina moderna sobre tal cuestión nos llama especialmente la atención. La repudiación no concluye la delación o vocación sucesoria, ni tiene finalidad atributiva de ningún bien ni de ninguna cualidad, pues la cuota hereditaria sobre la que versa el llamamiento sigue, salvo si opera el acrecimiento *ex* artículo 982 CC, pendiente de aceptación⁹⁴⁹;

⁹⁴⁸ Sobre esta cuestión, cabe traer a colación la RDGRN de 5 de julio de 2018 (RJ 2018, 4761), en la que se estableció que la sustitución y el derecho de representación desarrollan una función semejante, pero se desenvuelven en ámbitos totalmente distintos: la sustitución es propia de la sucesión testada, mientras el derecho de representación está limitado a determinados parientes y únicamente tiene lugar en los casos previstos en el artículo 924, excluyéndose la repudiación. Sin embargo, esta RDGRN termina considerando que «no hay duda de que el testador, en ejercicio de su libertad de testar, puede someter su sucesión al derecho de representación», estimando por tanto válida la cláusula testamentaria por la que se hacía un legado a su hijo con derecho de representación en favor de sus descendientes; legado que fue repudiado.

⁹⁴⁹ En la doctrina italiana, BARBA (2008), p. 21, señala que la repudiación es incapaz de cerrar el proceso sucesorio, y, por tanto, acto no necesario.

la repudiación tampoco genera en el repudiante ningún cambio en su situación jurídica.

No obstante, y al contrario de lo que acontece con el repudiante, la repudiación sí va a tener importantes efectos futuros sobre la cuota repudiada y sobre el futuro adquirente de la misma. Así, es posible que el llamado que acepta una cuota previamente repudiada se encuentre con la obligación legal de responder con dichos bienes hereditarios por deudas del repudiante, como estudiaremos más adelante⁹⁵⁰: ¿no es esta responsabilidad acaso incompatible con la retroacción de la repudiación? Si hubiese verdadera retroacción, la nueva delación estaría libre y no afecta a posibles cargas extra-hereditarias; es decir, si hubiese retroacción de la repudiación en puridad, el nuevo llamado, al aceptar, adquiriría una cuota hereditaria en las mismas condiciones y con las mismas cargas que los demás coherederos. Pero esto no es así: la cuota repudiada podría tener que soportar el resarcimiento de una deuda ajena; razón esta por la que criticamos la previsión de la retroacción de la repudiación. El ordenamiento jurídico no puede «hacer creer» que esa repudiación nunca ha existido cuando admite que la misma, excepcionalmente, pueda tener efectos como el expuesto.

Además, tal y como ya hemos expresado anteriormente, la repudiación, en un llamamiento testamentario único y simple, o una vez agotados los llamamientos por repudiación de todos los llamados en caso de tratarse de un llamamiento testamentario múltiple, propicia la apertura de la sucesión *abintestato*. Admitida, por tanto, la posibilidad de que la repudiación convierta en ineficaz el testamento válidamente otorgado, parece poco apropiado considerar que aquella nunca tuvo lugar; es, precisamente, porque la repudiación no tiene un efecto conclusivo del llamamiento sucesorio que no consideramos acertado admitir que sus efectos se retrotraigan y se cree la ficción de que el llamamiento del repudiante jamás ha existido.

La doctrina ha partido del punto arriba citado –la trivialidad de la repudiación en un sistema de adquisición romano o pendiente⁹⁵¹–, para terminar,

⁹⁵⁰ Dicho supuesto se estudiará con el análisis de la acción del artículo 1001 del Código Civil.

⁹⁵¹ GARCÍA VALDECASAS (1944); PUIG BRUTAU (1961), p. 238, afirma que «podría creerse que no tiene sentido regular la repudiación en un Derecho que supedita la adquisición de la herencia a la aceptación del llamado. Si la repudiación solo pudiera significar que se deshace una adquisición hereditaria ya realizada, no haría ninguna falta en un ordenamiento que exige la aceptación, porque sin ésta no habría nada que repudiar y, por el contrario, si se hubiese aceptado la herencia, la adquisición sería irrevocable»; JORDANO FRAGA (1990), pp. 63-64, opina que «si el carácter retroactivo de la aceptación es, ciertamente, incompatible con un sistema germánico de adquisición, no es menos cierto que también es incompatible con un sistema romano de adquisición el carácter retroactivo de la repudiación (...) En efecto, si mientras no se acepta la herencia, ésta no se adquiere, (...) el efecto retroactivo de la repudiación es innecesario en el sistema romano».

curiosamente, justificando tal previsión legal. Albaladejo García⁹⁵² lo hizo en estos términos: «muere A, siendo llamado a sucederle B y, en su defecto, C. C muere, a su vez, después que A, pero antes que repudie B. Por fin B repudia. Si la repudiación de B tiene efectos retroactivos, se entenderá que C fue llamado a la herencia de A al momento de la muerte de éste. Por lo cual, habiendo muerto también C, sus herederos tendrán derecho a la herencia de A. Si, por el contrario, la repudiación de B no tiene efectos retroactivos, como la delación a favor de C no se puede producir sino al repudiar B, momento en el que ya C ha muerto, éste no resulta llamado y no transmite su *ius delationis* a sus herederos». De una forma similar justifica Jordano Fraga⁹⁵³ la retroacción de la repudiación, al decir que «el carácter retroactivo de la repudiación significa en el Código civil, que el llamado sucesivamente a la herencia, después que el primer llamado la repudió, es llamado no en el momento de la repudiación de éste, sino desde la apertura de la sucesión, como si el primer llamado-repudiante nunca hubiera sido llamado. Lo cual, aparte de su trascendencia teórica, la tiene también práctica: para adquirir el *ius delationis*, a este segundo llamado le basta sobrevivir al causante, no teniendo por qué sobrevivir a la repudiación del primer llamado».

En una lectura se podría creer que lo que manifiestan estos autores tiene cierta lógica. Sin embargo, nosotros tenemos una importante objeción toda vez que sus teorías complican, si cabe, un poco más, el debate en torno al nacimiento del *ius delationis*. No en vano, el único supuesto donde la repudiación no genera demasiado conflicto es ante el acrecimiento de los demás llamados ya que al aceptar los herederos adquieren una cuota ideal que puede verse incrementada; pero tomemos el ejemplo que propone Albaladejo García: un llamamiento con sustitución que resulta repudiado. ¿Cuándo nace el *ius delationis* del sustituto vulgar: al morir el causante o al repudiar el primer llamado? En nuestra opinión, el *ius delationis* del sustituto no se adquiere con la muerte del causante, pues lo que éste adquiere en ese momento es la expectativa jurídica y real de suceder para el caso de que el primer llamado repudie (recordemos pues, que esta era la diferencia sustancial entre delación y vocación). Sabemos que, si el primer llamado hubiese premuerto o fuese incapaz o indigno para suceder, el sustituto habría adquirido el *ius delationis* en el momento de la muerte del causante, pero no ocurre así si el primer llamado ha sobrevivido al causante y tiene capacidad para suceder. Es decir, el primer llamado adque-

⁹⁵² ALBALADEJO GARCÍA (1955), p. 22.

⁹⁵³ JORDANO FRAGA (1990), pp. 65 y ss., quien además considera que «con la apertura de la sucesión, aunque no nazca el *ius delationis*, surge ya, al menos, una expectativa del mismo (o expectativa de delación), transmisible, en línea de principio, en los mismos términos que el propio *ius delationis*».

re el *ius delationis* a la muerte del causante ya que, si falleciese sin haber aceptado o repudiado, dicho *ius delationis* se transmitiría a sus herederos *ex* artículo 1006 CC como hemos visto y no al sustituto sobreviviente. Ciertamente es que según el planteamiento de Albaladejo García, poco importa cuando nazca precisamente por la retroacción de la repudiación: tanto si nace al momento de la muerte como si nace después con la repudiación, al retrotraerse la repudiación, se genera la ficción jurídica de que el sustituto sí llegó a adquirir el *ius delationis* en vida. Pero, ¿es acaso esto justo? En realidad, el sustituto no llegó a adquirir tal derecho en vida.

Siguiendo con el ejemplo que puso Albaladejo García, imaginemos pues un causante al que llamaremos A, que instituye heredero en testamento al sujeto B, sustituido vulgarmente por el sujeto C. Para simplificar las cosas, imaginemos también que entre ellos no existen lazos familiares y que ninguno de los tres tiene descendientes o legitimarios. El artículo 766 CC señala que «el heredero voluntario que muere antes que el testador, el incapaz de heredar y el que renuncia a la herencia, no transmiten ningún derecho a sus herederos salvo lo dispuesto en los artículos 761 y 857», relativos estos últimos artículos a los legitimarios. Entonces, si el primer instituido, el sujeto B, no puede suceder porque ha premuerto al causante, nada adquirirán por ello sus herederos, porque el que ostentará el *ius delationis* desde la muerte del causante será el sustituto, el sujeto C. Así, se cumplen efectivamente los designios del testador, el cual deseaba que su sucesor fuese B o C. Imaginemos ahora que a la muerte del causante, tanto el primer instituido B como el sustituto C le sobreviven, pero durante el tiempo en que el sujeto B no decide si acepta o repudia, el sustituto C fallece. Al cabo de poco tiempo tras el fallecimiento del sustituto, el primer instituido repudia. ¿Quién sucede, entonces? Si los efectos de la repudiación se retrotrajesen al momento de la muerte del causante, tal y como defendió Albaladejo García, habría que entender que el sustituto, que en vida solo tuvo una mera expectativa jurídica de suceder, habría adquirido ficticiamente el *ius delationis*, el cual transmitiría a sus herederos. Pero cabe que nos preguntemos, ¿es justo que sucedan los herederos, ni siquiera descendientes en nuestro ejemplo del sujeto C por un derecho que éste no adquirió en vida? ¿No sería acaso, más justo, abrir la sucesión intestada, ya que el primer instituido ha repudiado y el segundo ha fallecido antes siquiera de llegar a adquirir el *ius delationis*?

Por si este supuesto de laboratorio no convenciese al lector, tiremos un poco más de imaginación y añadamos entonces un segundo sustituto vulgar al que llamaremos D. Seguimos en la misma hipótesis, pero con sustitución vulgar sucesiva; esto es, el testador A instituye heredero a B, sustituido vulgar-

mente por C, sustituido a su vez, vulgarmente por D. Imaginemos, una vez más, que el testador A fallece, el sustituto C sobrevive a A pero fallece antes de que el primer instituido B repudie la herencia; el último sustituto testamentario D ha logrado sobrevivir a todos estos avatares. Según Albaladejo García y la ficción de la retroacción de la repudiación, habrían de suceder los herederos de C, aun siendo sujetos completamente ajenos a la sucesión y al testador, y a pesar de que C no llegó a adquirir en realidad el derecho a aceptar o repudiar. En nuestra opinión, esto no es justo ni conforme con la voluntad del testador y contraviene principios generales del Derecho sucesorio⁹⁵⁴; razones de más para rechazar la retroactividad de la repudiación. Admitir, por tanto, que la solución correcta es, debido a la retroacción de la repudiación, que sucedan sujetos ajenos a la sucesión y a la voluntad del causante no nos parece apropiado. Recordemos que el artículo 766 CC excluye de la sucesión a los herederos del heredero voluntario que no puede adquirir por premoriencia al testador, incapacidad o renuncia; únicamente cuando estos herederos voluntarios que no pueden suceder sean descendientes del causante, y por razones de parentesco dignas de especial protección, sí transmitirán sus derechos sucesorios a sus herederos a través del derecho a representación del artículo 814 CC⁹⁵⁵. Mismo criterio creemos se debería aplicar aquí: únicamente los descendientes del sustituto-descendiente que no pudo aceptar o repudiar por haber fallecido antes que el primer llamado-repudiante, y a pesar de haber sobrevivido al causante, podrán recibir el *ius delationis*, con base en el derecho de representación que les asiste, y no por la transmisión del *ius delationis* por parte de un sustituto que jamás llegó a ostentar ese derecho en vida.

Sea como fuere, lo cierto es que el Tribunal Supremo ha venido a desvirtuar la tesis de Albaladejo García en su STS de 22 de octubre de 2004⁹⁵⁶, donde parece exigir la necesidad de que el sustituto no solo sobreviva al causante, sino también a la repudiación, al afirmar que «la herencia ha sido repudiada por los herederos instituidos y también por los descendientes en primer grado de éstos, lo que no es óbice para que, en virtud de lo expresado en el testamento (...) sean llamados otros sustitutos vulgares, que hayan sobrevivido no solo

⁹⁵⁴ GARCÍA GARCÍA (1996), p. 335, afirma que uno de los problemas que plantea el derecho de transmisión en relación con la sustitución fideicomisaria es si cabe a favor de los herederos del fideicomisario y resuelve que: «la contestación a este problema es que cabe el Derecho de Transmisión a favor de los herederos del fideicomisario, siempre que dicho fideicomisario sea el último de los llamados por el testador, pues si existe otro fideicomisario sucesivo nombrado por el testador para caso de fallecimiento del anterior, a él pasarán los bienes».

⁹⁵⁵ Véase, sobre la reforma de este artículo operada por la Ley 11/1981, MADRIÑÁN VÁZQUEZ (2009), pp. 171 y ss.

⁹⁵⁶ RJ 2004, 6582.

a la testadora, sino también al acto jurídico de las repudiaciones obradas por los herederos instituidos y sus descendientes en primer grado (artículo 758 del Código Civil), es decir, que tengan capacidad para heredar (...), de modo que, verificadas las renunciaciones y por sobrevivir a éstas los sustitutos, el efecto de las repudiaciones...». Parece claro pues que este fallo solo se puede entender en un sentido: que los sustitutos deben existir al tiempo del fallecimiento del causante y deben sobrevivir a la repudiación⁹⁵⁷.

Por todo lo expuesto, juzgamos necesaria, si se desea mantener el sistema de adquisición romano, una reforma de la redacción del artículo 989 CC para suprimir la referencia a la retroacción de la repudiación, toda vez que es innecesaria y propicia resultados de cuestionable lógica jurídica. Más sensata y racional nos parece la regulación que del tema hacen algunas Comunidades Autónomas como Navarra, que establece la retroactividad de la repudiación porque la herencia se entiende adquirida provisionalmente desde el momento de la muerte del causante⁹⁵⁸, o el artículo 411-5 CCCat que únicamente prevé la retroacción de la aceptación y la omite para el caso de repudiación⁹⁵⁹.

5. RECURSOS DE PROTECCIÓN DEL LEGATARIO

Anteriormente ya nos referimos al legado como figura contrapuesta a la herencia; además, también analizamos el régimen de su adquisición desde una perspectiva histórico-comparada, desde su vinculación inicial a la institución de heredero, hasta su práctica total desafectación. Como hemos visto, y aun a pesar de que el CC ordene que el legatario adquiere derecho a los legados puros y simples desde la muerte del testador (artículo 881) y que el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere (artículo 882.2), el legatario no puede, en principio, ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero, o al albacea, cuando este se halle autorizado para darla⁹⁶⁰. Precisamente para proteger el derecho del legatario mientras no se produzca la entrega se regula en la LH la posibilidad de solicitar anotación preventiva de su derecho. Así, el artículo 42.7 LH señala que «el

⁹⁵⁷ En este sentido, MARIÑO PARDO, en www.iurisprudente.com/2017/04/la-resolucion-dgrm-de-9-de-marzo-de.html (consultado 31 de agosto de 2017).

⁹⁵⁸ La ley 315 CDCFN señala que «la herencia se entiende adquirida por el heredero desde el fallecimiento del causante (...) Los efectos de la renuncia se retrotraerán a la fecha del fallecimiento del causante».

⁹⁵⁹ El artículo 411-5 CCCat establece que «el heredero adquiere la herencia deferida con la aceptación, pero los efectos de esta se retrotraen al momento de la muerte del causante».

⁹⁶⁰ GARCÍA RUBIO (1989), pp. 159 y ss.

legatario que no tenga derecho, según las leyes, a promover el juicio de testamentaría, podrá pedir anotación preventiva de su derecho en el Registro correspondiente»⁹⁶¹.

Además, los artículos 47 y 48 de la LH concretan cómo pueden los legatarios solicitar anotación preventiva de su derecho⁹⁶². El artículo 47 señala que «el legatario de bienes inmuebles determinados⁹⁶³ o de créditos o pensiones consignados sobre ellos podrá pedir en cualquier tiempo anotación preventiva de su derecho»⁹⁶⁴, y el artículo 48 establece que «el legatario de género o cantidad podrá pedir la anotación preventiva de su valor, dentro de los ciento ochenta días siguientes a la muerte del testador, sobre cualesquiera bienes inmuebles de la herencia, bastantes para cubrirlo, siempre que no hubieren sido legados especialmente a otros. No será obstáculo para la anotación preventiva que otro legatario de género o cantidad haya obtenido otra anotación a su favor sobre los mismos bienes»⁹⁶⁵. Por último, el artículo 152 RH equipara el lega-

⁹⁶¹ Este precepto hace referencia a un juicio ya no regulado en la nueva LEC; por ello, habrá que entender que hace referencia al procedimiento de división judicial de la herencia regulada en los artículos 782 y ss. LEC 2000. *Vid.*, en este sentido, DOMÍNGUEZ LUELMO (2016), p. 700, que además indica que no están legitimados los legatarios de cosa específica y determinada, que la adquieren directamente y no forman parte de la comunidad hereditaria (SAP Cantabria, JUR 2008, 332377). Por el contrario, los legatarios de parte alícuota están excluidos del ámbito de aplicación del artículo 42.7 LH porque el artículo 782.1 LEC les concede legitimación para pedir la división judicial de la herencia.

⁹⁶² GARCÍA BAÑÓN (1962), p. 70, considera que la anotación de legados es antiquísima, pues ya en Roma el legatario podía exigir caución al heredero, y en el Código justinianeo se establecía hipoteca tácita a su favor; hipoteca que pasó a las Partidas y después a la Nueva y Novísima Recopilación. Pero, dice el autor, «la Ley hipotecaria de 1861 acaba con las hipotecas tácitas, estableciendo en su lugar la anotación a favor del legatario».

⁹⁶³ Según el artículo 81 del Reglamento Hipotecario: «La inscripción a favor del legatario de inmuebles específicamente legados se practicará en virtud de: a) Escritura de manifestación de legado otorgada por el propio legatario siempre que no existan legitimarios y aquél se encuentre facultado expresamente por el testador para posesionarse de la cosa legada. b) Escritura de partición de herencia o de aprobación y protocolización de operaciones particionales formalizada por el contador-partidor en la que se asigne al legatario el inmueble o inmuebles legados. c) Escritura de entrega otorgada por el legatario y contador-partidor o albacea facultado para hacer la entrega o, en su defecto, por el heredero o herederos. d) Solicitud del legatario cuando toda la herencia se hubiere distribuido en legados y no existiere contador-partidor, ni se hubiere facultado al albacea para la entrega. Cuando toda la herencia se distribuya en legados, los que no sean de inmuebles determinados se inscribirán mediante escritura de liquidación y adjudicación otorgada por el contador-partidor o albacea facultado para la entrega o, en su defecto por todos los legatarios».

⁹⁶⁴ Para DOMÍNGUEZ LUELMO (2016), pp. 734 y ss., este precepto trata de anotaciones de publicidad de una titularidad de dominio o derecho real que todavía no es perfecta porque le falta la *traditio* o entrega al legatario; de hecho, el fundamento de la anotación preventiva reside precisamente en que se trata de dos tipos de legado que no son exigibles en el momento de la muerte del testador. Y como entre el fallecimiento del testador y la entrega del legado podrían surgir una serie de vicisitudes que dificulten o impidan el pago, se hace preciso arbitrar formas de protección del legatario. Según el propio artículo 47, la anotación se podrá «pedir en cualquier tiempo», y según el apartado segundo del mismo precepto, «esta anotación solo podrá practicarse sobre los mismos bienes objeto del legado».

⁹⁶⁵ CANDAU PÉREZ (2014), p. 200, hace notar la diferencia entre el legatario de bien inmueble determinado o de créditos o pensiones consignados sobre los mismos que podrá pedir la anotación en cualquier tiempo; mientras que si el legado fuese de género o cantidad, o de rentas periódicas, habrá de solicitarse

tario de parte alícuota al heredero, al señalar que «a los efectos de las anotaciones preventivas reguladas por los artículos anteriores, los legatarios de parte alícuota se considerarán asimilados en todo caso a los herederos». Dicha equiparación se ha justificado por la jurisprudencia ya que, «dada la naturaleza, alcance y efectos de esta especie de legados y la ausencia de su reglamentación en el Código civil, deben serle aplicables determinados preceptos legales relativos al heredero, muy especialmente aquellos cuyo fin inmediato es el conocimiento, por el sucesor, del patrimonio en el que ha de participar, su cuantía y composición»⁹⁶⁶.

Las consecuencias o efectos que se ligan a la anotación preventiva del derecho legado se regulan en el artículo 50 LH, cuando ordena que «el legatario que obtuviere anotación preventiva, será preferido a los acreedores del heredero que haya aceptado la herencia sin beneficio de inventario y a cualquiera otro que, con posterioridad a dicha anotación, adquiera algún derecho sobre los bienes anotados; pero entendiéndose que esta preferencia es solamente en cuanto al importe de dichos bienes». El precepto ordena pues que el legatario sea preferido a los acreedores del heredero que haya aceptado sin beneficio de inventario⁹⁶⁷, razón por la que la doctrina entiende que no es este un supuesto de separación de patrimonios, ni siquiera de separación de bienes; lo que este precepto establece más bien es un sistema de preferencias⁹⁶⁸,

dentro de los ciento ochenta días siguientes a la muerte del testador. Para DOMÍNGUEZ LUELMO (2016), pp. 742 y ss., no supone obstáculo para la aplicación del artículo 48 LH que el testador hubiese dejado establecidas ciertas instrucciones particionales, ni que otro legatario de género o cantidad hubiese obtenido a su favor otra anotación sobre los mismos bienes. Además, la anotación preventiva fuera del plazo de los ciento ochenta días es todavía posible, pero con efectos distintos, pudiendo solo exigirse anotación sobre los bienes de la herencia que subsistan en poder del heredero (artículo 52 LH).

⁹⁶⁶ STS de 22 de enero de 1963 (RJ 1963, 447).

⁹⁶⁷ DOMÍNGUEZ LUELMO (2016), pp. 757 y ss., señala que este precepto no afecta, por tanto, a los acreedores de la herencia ya que se consideran preferentes a los legatarios *ex* artículo 1027 CC. Para el autor, este precepto no establece un derecho de separación sino un sistema de preferencias.

⁹⁶⁸ En efecto, los artículos 51 y ss. LH reiteran esta idea de preferencia, preferencia que parece solo existir cuando el legatario haya solicitado la anotación preventiva de su derecho en el plazo establecido; así, el artículo 51 LH establece que «la anotación preventiva dará preferencia, en cuanto al importe de los bienes anotados, a los legatarios que hayan hecho uso de su derecho dentro de los ciento ochenta días señalados en el artículo cuarenta y ocho, sobre los que no lo hicieron del suyo en el mismo término. Los que dentro de éste lo hayan realizado, no tendrán preferencia entre sí, sin perjuicio de la que corresponda al legatario de especie o a cualquiera otro, respecto de los demás, con arreglo a la legislación civil, tanto en ese caso como en el de no haber pedido su anotación». Conforme al artículo 52 LH, «el legatario que no lo fuere de especie y dejare transcurrir el plazo señalado en el artículo cuarenta y ocho sin hacer uso de su derecho, solo podrá exigir después la anotación preventiva sobre los bienes de la herencia que subsistan en poder del heredero; pero no surtirá efecto contra el que antes haya adquirido o inscrito algún derecho sobre los bienes hereditarios». Y, por último, el artículo 53 LH ordena que «el legatario que, transcurridos los ciento ochenta días, pidiese anotación sobre los bienes hereditarios que subsistan en poder del heredero, no obtendrá por ello preferencia alguna sobre los demás legatarios que omitan esta formalidad, ni logrará otra ventaja que la de ser antepuesto

muy similar al existente en el sistema francés⁹⁶⁹. Esta prerrogativa para los legatarios presenta la ventaja de servir para el aseguramiento del cumplimiento de los legados, pero también la limitación de que solo puede hacerse efectiva cuando el heredero tenga o reciba bienes inmuebles de la herencia, y por el valor de los mismos⁹⁷⁰.

En cuanto a la forma, el artículo 56 LH establece que «la anotación preventiva de legados podrá hacerse por convenio entre las partes o por mandato judicial, presentando al efecto en el Registro el título en que se funde el derecho del legatario». Si la anotación se hiciese por convenio entre las partes, resulta aplicable el artículo 147 del RH que ordena lo siguiente: «se presentará en el Registro copia autorizada del testamento o por lo menos del encabezamiento, autorización y cláusulas del mismo relativas a la institución del heredero y a la disposición del legado, el certificado de defunción del causante y el del Registro General de Actos de Ultima Voluntad, con una solicitud al Registrador firmada por el legatario y por el heredero, pidiendo dicha anotación y señalando, de común acuerdo, los bienes en que haya de verificarse. Deberán ser legitimadas las firmas de dicha solicitud y, si no lo fueren, ésta deberá ratificarse ante el Registrador». Además, si el heredero y el legatario pidiesen, de común acuerdo, la anotación preventiva de algún legado, expresarán en su solicitud el nombre y apellidos, estado, edad, vecindad y fecha del fallecimiento de su causante, así como las circunstancias de no haberse promovido juicio de testamentaría y estar aceptada la herencia por el heredero (artículo 148 RH). De otra parte, si la anotación preventiva de legado se hiciese por mandato, entonces «se presentará en el Registro el mandamiento, que deberá librar el Juez o Tribunal conforme a lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley» (artículo 147.2 RH).

Y en cuanto a las circunstancias de la anotación preventiva de legado, estas se recogen en el artículo 166.6 RH, según el cual «si la anotación fuere de legado, se determinará: la clase de éste; su importe; sus condiciones; la circunstancia de haber sido o no aceptada la herencia; la de no haberse promovido juicio de testamentaría; la de no haberse hecho partición de bienes; la de haber o no transcurrido hasta la presentación de la solicitud de anotación los

para el cobro de su legado a cualquier acreedor del heredero que con posterioridad adquiera algún derecho sobre los bienes anotados».

⁹⁶⁹ LÓPEZ JACOISTE (1958), pp. 522 y ss., en las que defiende esta preferencia como consecuencia lógica del sistema de separación de patrimonios.

⁹⁷⁰ Según LÓPEZ JACOISTE (1958), pp. 524-525, el artículo 50 de la LH «tiene un valor sustantivo y no puramente instrumental». Para CANDAU PÉREZ (2014), p. 200, la preferencia se da entre los legatarios que solicitaron la anotación en plazo y los que no, pero entre los que anotaron en dicho término no existen preferencias.

ciento ochenta días que para hacerlo concede la Ley, y la de practicarse el asiento, bien en virtud de resolución judicial, o bien por acuerdo entre el legatario y el heredero».

Finalmente, la conversión de la anotación en inscripción se produce, si se trata de legado de bienes inmuebles determinados propios del testador, mediante la presentación por el interesado de la escritura pública en que conste la entrega del legado, o, en su defecto, la resolución judicial correspondiente (artículo 197.3 RH); si se trata de legado de rentas o prestaciones periódicas⁹⁷¹, mediante la presentación de la escritura de partición en que se le haya adjudicado el inmueble gravado con la pensión o la correspondiente escritura pública otorgada por el heredero o legatario gravado y el pensionista, o, en su caso, la sentencia recaída en el procedimiento de división judicial de la herencia (artículo 154 RH).

⁹⁷¹ En este sentido, el artículo 88 LH establece que «el legatario de rentas o pensiones periódicas impuestas por el testador determinadamente a cargo de alguno de los herederos o de otros legatarios, sin declarar personal esta obligación, tendrá derecho, dentro del plazo señalado en el artículo anterior, a exigir que la anotación preventiva que oportunamente hubiere constituido de su derecho, se convierta en inscripción de hipoteca».

CAPÍTULO IV

LOS ACREEDORES

1. INTRODUCCIÓN

Parece fuera de toda duda que tanto los acreedores del causante como los acreedores de los aceptantes y repudiantes tienen particular interés en que la sucesión se resuelva de manera rápida y sin complicaciones⁹⁷². Por ello, en este apartado vamos a analizar cuáles son los remedios legales de que disponen unos y otros para proteger sus créditos o, en último caso, qué posibles acciones podrían utilizar en aras de protegerse frente a una decisión del llamado que les pueda perjudicar o que ponga en una situación de difícil cobro los créditos que pudiesen tener estos contra el difunto o contra el heredero aceptante o el llamado repudiante.

2. LOS ACREEDORES HEREDITARIOS Y LA SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS

Como venimos de señalar, a los acreedores del causante les interesa que el *procedimiento sucesorio* de su deudor se resuelva lo más pronto posible y de la manera menos adversa. En especial, les incumben fundamentalmente tres

⁹⁷² Como señala VALLET DE GOYTSOLO (1989), pp. 654-655, «los acreedores de quien esté llamado a una herencia pueden resultar más o menos beneficiados o perjudicados por su aceptación según sea más o menos rico el contenido de la herencia o más o menos cargado de deudas, hasta resultar con mayor pasivo que activo (*hereditas damnosa*). Así mismo, la partición puede resultar favorable o desfavorable a los acreedores de un heredero según se le adjudiquen cosas de una naturaleza o calidad o de otra, y, en especial, lo que se le impute como ya recibido del causante y deba colacionar o como adeudado por él a éste».

cuestiones: en primer lugar, que quien haya de convertirse en heredero adquiera tal condición o título cuanto antes, para conocer así la identidad del sujeto frente a quien deben dirigir sus pretensiones de resarcimiento; y en segundo y tercer lugar, por estar ambas implicaciones conexas, les interesa el estado económico-patrimonial del sucesor –solvencia o insolvencia–, así como la posible utilización del beneficio de inventario por este, para el caso de que su situación patrimonial no fuese suficiente. No obstante, los acreedores hereditarios disponen de ciertas prerrogativas que, de alguna manera, minimizan el impacto que la decisión del llamado pudiese tener en sus créditos; así, entre otros, la separación de patrimonios o la facultad de oponerse a la partición.

Se dice que el *beneficium separationis* surgió en Roma como recurso que concedía el pretor para evitar el posible perjuicio de que a su deudor fallecido le sucediese, pura y simplemente, un heredero cargado de deudas⁹⁷³; perjuicio que vendría dado por la *confusio bonorum* o confusión de patrimonios, entre el patrimonio relicto y el patrimonio del heredero insolvente. Legitimados para pedir este beneficio estaban no solo los acreedores del causante, sino también los legatarios; pero no así los herederos o sus acreedores⁹⁷⁴. En cualquier caso, no suponía obstáculo para los sujetos legitimados la solicitud de beneficio de inventario por parte del heredero, pues ambos beneficios eran perfectamente compatibles⁹⁷⁵. El objeto del beneficio era el patrimonio relicto, en el cual habrían de integrarse los posibles crédi-

⁹⁷³ BIONDI (1954), p. 359 y VOCI (1967), p. 669, quienes afirman además que no era el único remedio, pues si bien este recurso suponía que ya se hubiese iniciado un procedimiento ejecutivo, también disponían los acreedores de otra acción *in personam* para cuando no se hubiese iniciado la ejecución: la *cautio suspecti heredis*; *vid.* también FUENTESECA (1978), p. 569. Según LÓPEZ JACOISTE (1958), p. 477, este recurso fue concedido en primer lugar a los herederos necesarios, para que no fuesen perjudicados por la *hereditas damnosa* y después se generalizó a favor de los acreedores hereditarios. ROCA SASTRE (1960), p. 1118, y GETE-ALONSO CALERA (1983), p. 1378, hacen notar que el beneficio de separación de patrimonios era una institución de Derecho pretorio, anterior al beneficio de inventario, incardinado en un proceso de ejecución forzosa con ocasión de la *bonorum venditio*.

⁹⁷⁴ BIONDI (1954), p. 364; VOCI (1967), pp. 671 y ss., dice sin embargo que los acreedores del heredero sí podían perseguir el residuo; ROCA SASTRE (1960), p. 1120, justifica la exclusión de los acreedores del heredero por cuanto la separación estaba pensada precisamente para apartarlos a ellos del caudal hereditario. Por el contrario, JORDANO FRAGA (1996), pp. 237-239, parece criticar este antecedente, pues después de afirmar que en el Derecho romano únicamente se concedía la facultad de solicitar la *separatio bonorum* a acreedores y legatarios, hace notar que la aceptación de la herencia *sin* el beneficio de inventario y con la consiguiente confusión patrimonial respecto del heredero aceptante puede resultar igualmente dañosa para los acreedores personales (extrahereditarios) de éste»; razón esta por la que parece lógico dotar de algún recurso jurídico a los acreedores del heredero, pues «¿no es para este caso igualmente justo que el activo extrahereditario se destine preferentemente al pago del pasivo extrahereditario generado antes de la aceptación hereditaria del deudor?».

⁹⁷⁵ ROCA SASTRE (1960), p. 1121, señala que ambos beneficios no se repelen y que, además, el beneficio de inventario no hace siempre superfluo el de separación, ya que la subsistencia del primero depende, en general, de la voluntad del heredero.

tos que tuviese el causante contra o a favor del heredero, así como agregarse los frutos o rentas producidos⁹⁷⁶.

Como ha señalado la doctrina, este beneficio era rogado y no podía ser concedido de oficio ni operar de *iure*, sino más bien al contrario, los acreedores y legatarios debían solicitarlo al Pretor, no existiendo un plazo para ello. Si era concedido, se decretaba por sentencia judicial, y se nombraba a un curador para que pagase a los acreedores del causante, o, en caso de que la herencia estuviese excesivamente cargada de deudas, se producía la pugna de acreedores. Los efectos de esta separación eran los mismos que los del beneficio de inventario, a saber: las relaciones de créditos o deudas entre causante y heredero no se extinguían, y este, el heredero, no quedaba obligado *ultra vires* al pago de las deudas del causante sino solo con los bienes de la herencia, ni podía pagar a sus acreedores ni estos exigirle el cobro con bienes de la herencia. No obstante, dependiendo de si el criterio que se adoptaba era el de *separatio* absoluta o relativa, los acreedores podrían o no perseguir el patrimonio propio del heredero⁹⁷⁷.

La separación actuaba únicamente a favor de los que la obtuviesen; no obstante, las relaciones entre unos y otros separatistas dependían de si eran acreedores o legatarios⁹⁷⁸; así, la relación entre acreedores separatistas permanecía inalterada, y, en caso de insuficiencia hereditaria, actuaban las causas de prelación o preferencia que procediesen. En cuanto a la relación entre legata-

⁹⁷⁶ BIONDI (1954), pp. 358 y ss., hace notar que en el Derecho romano, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho italiano actual, la separación tenía carácter unitario y afectaba a toda la herencia en su conjunto; es decir, no se distinguía según se tratase de bienes muebles o inmuebles.

⁹⁷⁷ ROCA SASTRE (1960), pp. 1125 y ss., señala que es difícil saber qué criterio se adoptaba en Roma, pues existen textos contradictorios; así, un texto de ÚLPIANO y otro de PAULO establecían que los acreedores del causante quedaban definitivamente apartados del patrimonio particular del heredero, mientras que un texto de PAPINIANO sostenía el criterio contrario. Tres son las teorías posibles: la primera, defender una *rabiosa* separación, de forma que se elimina la responsabilidad *ultra vires* del heredero; la segunda, considerar que los acreedores del causante podían perseguir el patrimonio del heredero *en plena concurrencia y paridad* con los acreedores de éste; y la tercera, considerar que los acreedores del causante podían perseguir el patrimonio del heredero, «pero con el condicionamiento de poder hacerlo solo una vez satisfechos los acreedores personales del propio heredero». Para el autor, la opción preferible es esta última, a pesar de que la primera posición ha sido la más seguida por la doctrina; por ello, considera que «hay cierta unanimidad en reconocer que la *separatio* no deja sin efecto la aceptación pura y simple de la herencia por el heredero, así como no impide que éste continúe con su carácter de sucesor en el *ius* del causante y, por ende, como sucesor en sus deudas. Luego si se admiten estas dos premisas, ¿por qué se niega que el heredero responde con sus propios bienes de las deudas del causante? Asimismo parece extraño que un remedio arbitrado para beneficiar a los acreedores del causante, pueda trocarse en perjuicio de ellos y favorecer a los acreedores del heredero». Si se adopta esta teoría, «resultan configurados dos grupos patrimoniales, adscritos preferencialmente a dos grupos respectivos de acreedores: uno, el hereditario, destinado preferentemente a la satisfacción de los acreedores del causante y subsidiariamente a los acreedores particulares del heredero, y el otro grupo, el privativo del heredero, destinado preferentemente a la satisfacción de los acreedores de éste y subsidiariamente a los acreedores del causante».

⁹⁷⁸ BIONDI (1954), pp. 373 y ss.

rios y acreedores del causante, estos últimos siempre eran preferentes, fuesen o no separatistas; mientras que la relación entre legatarios separatistas y no separatistas era de plena paridad, con la salvedad de que los legatarios separatistas excluían a los acreedores del heredero y los otros no⁹⁷⁹. En cualquier caso, la separación no tenía efectos retroactivos, de forma que no era aplicable si el heredero había enajenado ya la herencia al momento de la solicitud de separación⁹⁸⁰, y decaía si el acreedor reconocía al heredero como su deudor⁹⁸¹.

Estas características originales de la institución no han sobrevivido intactas en las tradiciones jurídicas de derecho continental, pero, al menos, en ciertos ordenamientos jurídicos todavía se hace referencia a este mecanismo⁹⁸²; entre ellos, cabe destacar la regulación que se hace en los derechos autonómicos aragonés (artículo 357 CDFA)⁹⁸³, navarro (ley 319 CDCFN)⁹⁸⁴, vasco (ar-

⁹⁷⁹ LÓPEZ JACOISTE (1958), p. 499; ROCA SASTRE (1960), pp. 1135-1136.

⁹⁸⁰ Para ROCA SASTRE (1960), p. 1137, esta regla únicamente «cabe en las enajenaciones onerosas, ya que en las lucrativas, por ejemplo, en las donaciones, surge aquel consabido principio de que en la pugna entre acreedores y donatarios decae el interés del donatario, por ser más débil que el del acreedor».

⁹⁸¹ ROCA SASTRE (1960), p. 1138, señala que el acreedor del causante perdía el derecho a impetrar la *separatio* si reconocía al heredero como su deudor; reconocimiento que podía ser expreso o tácito.

⁹⁸² En el *Codeice* italiano se regula en los artículos 512 a 518; de acuerdo con el primer precepto, «*la separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede assicura il soddisfacimento, con i beni del defunto, dei creditori di lui e dei legatari che l'hanno esercitata, a preferenza dei creditori dell'erede*». También se regula en Austria (§ 812 ABGB) y en el Suiza (el artículo 594 del *Code Civil* suizo establece que «*les créanciers du défunt qui ont des raisons sérieuses de craindre qu'ils ne soient pas payés peuvent requérir la liquidation officielle dans les trois mois à partir du décès ou de l'ouverture du testament, si, à leur demande, ils ne sont pas désintéressés ou n'obtiennent pas des sûretés. Les légataires sont autorisés, dans les mêmes circonstances, à requérir des mesures conservatoires pour la sauvegarde de leurs droits*»).

⁹⁸³ Conforme al cual: 1. La confusión de patrimonios no se produce en daño del heredero ni de quienes tengan derechos sobre el caudal relicto. 2. La aceptación de la herencia no produce la extinción de los derechos y créditos del heredero contra la herencia, ni de los de esta contra aquél. GETE-ALONSO CALERA (2016), pp. 354 y ss., hace notar que el ordenamiento aragonés parte así de una separación automática entre el patrimonio relicto y el particular del heredero. GRAMUNT FOMBUENA y RUBIO GIMENO (2016), p. 1005, entienden también que el legislador aragonés parte de la separación de patrimonios como efecto *ex lege*.

⁹⁸⁴ A cuyo tenor: «a) Quiénes pueden solicitarlo. Los acreedores hereditarios, dentro del plazo de seis meses, a contar de la fecha del fallecimiento del causante, podrán solicitar del Juez la formación de inventario y la separación de los bienes de la herencia, con el fin de satisfacer con los mismos sus propios créditos, según su respectivo rango, excluyendo a los acreedores particulares del heredero hasta la total satisfacción de aquellos créditos. Hasta tal momento no se confundirán las deudas y créditos existentes entre el heredero y el causante, ni se extinguirán las correspondientes garantías. Los legatarios tendrán ese mismo derecho para asegurar el cumplimiento de los legados con el remanente de la herencia después de quedar satisfechos aquellos acreedores. b) Efectos. La separación de bienes hereditarios afectará éstos para el pago preferente a los acreedores y legatarios que la hubieran solicitado. El Juez, en procedimiento de jurisdicción voluntaria a petición de los interesados y con citación de los acreedores que fueran conocidos, señalará plazo para la formación de inventario y decretará las anotaciones y embargos preventivos, notificaciones y demás medidas de aseguramiento. Una vez satisfechos los acreedores de la herencia y legatarios que hubieran solicitado la separación, serán pagados los acreedores y legatarios que no la hubieren solicitado, sin más preferencia entre ellos que la que les corresponda por la naturaleza de sus créditos o conforme a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria». GETE-ALONSO CALERA (2016), p. 351, considera que esta separación de patrimonios es una buena manera de paliar los posibles perjuicios que se derivan del automatismo de la adquisición y que la característica de este sistema radica en que la separación de patri-

título 21.3 LDCV)⁹⁸⁵ o catalán (artículo 461-1 CCCat)⁹⁸⁶. No ocurre tal cosa en el Código Civil español, cuyo texto guarda absoluto silencio sobre dicho beneficio de separación de patrimonios, al contrario de lo que ocurría en el proyecto de Código civil de 1851⁹⁸⁷; silencio que una parte de la doctrina intenta justificar, pero que a la mayoría le parece totalmente indeseable⁹⁸⁸. Por

monios y la limitación de responsabilidad no corren parejos, como sucede en los sistemas en los que se distingue entre aceptación pura y simple y el beneficio de inventario. De otra parte, GRAMUNT FOMBUENA y RUBIO GIMENO (2016), p. 1003, entienden que la separación patrimonial en beneficio del heredero tiene una duración limitada de seis meses.

⁹⁸⁵ Conforme al apartado tercero del artículo 21: «A los efectos de la responsabilidad de los herederos se establece el beneficio de separación. Los acreedores hereditarios, dentro del plazo de seis meses, a contar de la fecha del fallecimiento del causante, podrán solicitar del juez la formación de inventario y la separación de los bienes de la herencia, con el fin de satisfacer con los mismos sus propios créditos, según su respectivo rango, excluyendo a los acreedores particulares del heredero hasta la total satisfacción de aquellos créditos. Hasta tal momento, no se confundirán las deudas y créditos existentes entre el heredero y el causante, ni se extinguirán las correspondientes garantías. Los legatarios tendrán ese mismo derecho para asegurar el cumplimiento de los legados con el remanente de la herencia después de quedar satisfechos aquellos acreedores. A salvo la normativa concursal, la separación de bienes hereditarios afectará éstos para el pago preferente a los acreedores y legatarios que la hubieran solicitado. El juez, a petición de los interesados, señalará plazo para la formación de inventario y decretará las anotaciones y embargos preventivos, notificaciones y demás medidas de aseguramiento. Una vez satisfechos los acreedores de la herencia y legatarios que hubieren solicitado la separación, serán pagados los acreedores y legatarios que no la hubieren solicitado, sin más preferencia entre ellos que la que les corresponda por la naturaleza de sus créditos o conforme a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. En las sucesiones en las que el causante haya designado comisario, se estará a lo dispuesto en el artículo 43».

⁹⁸⁶ Esta regulación ya se contenía su previsión en la antigua Compilación; en este sentido, GETE-ALONSO CALERA (1983), pp. 1384-1393, consideraba que la misma excluía ya no solo a los acreedores del heredero, sino también a los acreedores de las cargas hereditarias. Hoy, el artículo 461-23 del CCCat regula el beneficio de separación de patrimonios de la siguiente forma: «1. Los acreedores por deudas del causante y los legatarios pueden solicitar al juez competente, en procedimiento de jurisdicción voluntaria, que el patrimonio hereditario sea considerado separado del privativo del heredero, para salvaguardar su derecho ante los acreedores particulares del heredero. También pueden solicitarlo los acreedores del heredero, para salvaguardar su derecho ante los acreedores por deudas del causante. 2. Una vez tomado el inventario de la herencia, el juez, con la motivación adecuada, concede el beneficio de separación de patrimonios y adopta, si procede, las medidas necesarias para hacerlo efectivo. 3. Los acreedores del causante y los legatarios que obtengan el beneficio de separación de patrimonios tienen derecho preferente para cobrar los créditos y percibir los legados respecto a los acreedores particulares del heredero, pero, mientras no se haya pagado a estos acreedores particulares, dichos acreedores del causante y los legatarios no pueden perseguir los bienes privativos del heredero. Este último efecto también se produce si el beneficio se concede a instancia de algún acreedor del heredero».

⁹⁸⁷ GARCÍA GOYENA (1852-A), pp. 244 y ss., establece la Sección VI, titulada «Del inventario y separación de bienes á petición de los acreedores y legatarios», cuyo primer artículo, el 871, establece que «los acreedores y legatarios del difunto, aunque lo sean a plazo o bajo condición, pueden pedir la formación de inventario y separación de los bienes del difunto y del heredero». Los efectos de la separación se regulaban en el artículo 875 y eran los siguientes: «1.º Los acreedores y legatarios que la obtuvieren excluyen en los bienes hereditarios a los acreedores del heredero; pero no cobrarán sino lo que habrían cobrado, si todos los acreedores y legatarios hubieren pedido la separación. 2.º Hecho el pago de los que obtuvieren la separación en conformidad al número anterior, el remanente de la herencia pasa al heredero, y los demás acreedores y legatarios corren la suerte que todos los acreedores del mismo. 3.º Los acreedores y legatarios que obtuvieren la separación, no pueden repetir contra los bienes propios del heredero sino después de pagados todos los acreedores de este».

⁹⁸⁸ Por todos, ROCA SASTRE (1960), p. 1157 y OCAÑA RODRÍGUEZ (2009), p. 748.

ello, y a pesar de las diferencias entre ambos, extraña que la evolución histórica llevase a mantener el beneficio de inventario y a excluir el beneficio de separación en el CC ⁹⁸⁹.

No obstante, y a pesar de la ausencia de previsión expresa sobre el beneficio de separación en nuestro Código Civil, algunos autores han creído ver reminiscencias de la figura en ciertas disposiciones fragmentarias ⁹⁹⁰, como las relativas al beneficio de inventario ⁹⁹¹. Ya en relación con las prerrogativas concedidas a los acreedores, la doctrina ha visto cierto grado de separación en el artículo 1082 CC ⁹⁹² cuando concede a los acreedores hereditarios, reconocidos como tales, la facultad de oponerse a la partición hasta que se les pague o

⁹⁸⁹ VILLÓ TRAVÉ (2016), p. 218. Compartimos el criterio de GETE-ALONSO CALERA (1983), p. 1381, al considerar que la solicitud del beneficio de inventario por parte del heredero no debería excluir la posibilidad de solicitud del beneficio de separación de patrimonios por los acreedores hereditarios porque mientras el beneficio de inventario tiende a proteger al heredero, y su existencia y subsistencia depende de éste; el beneficio de separación de patrimonios tiende a una «situación objetiva», y si bien su existencia pende de un acto voluntario del solicitando, no así su subsistencia.

⁹⁹⁰ VALLET DE GOYTISOLO (1989), pp. 641-642, señala que «si bien nuestros textos legales no reconocen la *separatio bonorum* romana, sí obedecen al criterio sustantivo de dar prioridad, para satisfacerse con los bienes de la herencia, a los acreedores del causante respecto de los legatarios, y a éstos frente a los acreedores del heredero. La cuestión no sería, pues, sustantiva, sino procesal, al faltar la regulación de la *separatio bonorum creditoribus*»; es decir, para este autor, habría un reconocimiento sustantivo del beneficio. Véase también MINGORANCE GOSÁLVEZ (2004), p. 55 y SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), p. 200, quienes consideran que este semirreconocimiento del beneficio de separación es «imperfecto».

⁹⁹¹ Desde luego, la institución principal en la que se aprecia separación de patrimonios es la del beneficio de inventario, en el que constituye además efecto o consecuencia directa; por ello, LÓPEZ JACOISTE (1958), p. 489, señala que, aunque en nuestro Derecho positivo no se regule el beneficio de separación de patrimonios de manera autónoma, cuando el heredero hace uso del beneficio de inventario se produce *ex lege*; considera que, en este caso, el patrimonio hereditario deviene un patrimonio separado afecto a un fin concreto: saldar las obligaciones hereditarias. Sin embargo, esta separación de patrimonios ligada al beneficio de inventario es una prerrogativa que corresponde al heredero, y no a los acreedores hereditarios (LÓPEZ JACOISTE 1958, p. 497; GARCÍA BAÑÓN 1962, p. 175). Otra diferencia destacable entre el beneficio de inventario y el beneficio de separación es que el primero *beneficia* a todos los acreedores hereditarios y legatarios, mientras que el segundo *solo beneficia* a los acreedores hereditarios y legatarios que así lo hubieran solicitado; tal vez por ello LÓPEZ JACOISTE (1958), p. 504, considera que, en el supuesto de aceptación pura y simple por parte del heredero, toda suerte de separación patrimonial se torna imposible. Mención especial merece PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (2006), pp. 103 y ss., quien defiende la persistencia de la separación de patrimonios en nuestro sistema en los siguientes términos: «el excesivo apegamiento de nuestra doctrina a la doctrina extranjera ha impedido ver en nuestro sistema vigente la continuidad de nuestro sistema tradicional»; no obstante, «el patrimonio hereditario persiste siempre individualizado por razón de su afección a las deudas y cargas hereditarias, a pesar de la muerte del titular, a pesar de la aceptación (haya o no beneficio de inventario, sean uno o varios los herederos, haya o no juicio de testamentaria) o a pesar de la partición».

⁹⁹² Para LÓPEZ JACOISTE (1958), pp. 514-515, en este caso en el que la herencia está indivisa, lo que se confunde con el patrimonio del heredero no son los bienes de la herencia, sino el derecho hereditario, y por ello, la confusión de bienes se ha producido *in potentia* y no *in actu*; es decir, no hay en puridad separación de patrimonios, porque el derecho hereditario sí ha ingresado en el patrimonio personal de los coherederos: lo que hay es separación de bienes hasta que no se practique la partición.

afiance el importe de sus créditos⁹⁹³. Como veremos, este es uno de los preceptos que evidencian, según Peña⁹⁹⁴, que el patrimonio del causante persiste individualizado.

En cuanto a los presupuestos para su ejercicio, una parte de la doctrina considera que, para que los acreedores puedan ejercitar esta facultad, debe existir una previa tramitación del procedimiento de división de herencia⁹⁹⁵; otra parte considera que aunque no se esté tramitando el procedimiento de división de herencia, los acreedores pueden ejercitar la facultad de solicitar la intervención judicial del caudal hereditario⁹⁹⁶. En opinión de Peña⁹⁹⁷, la facultad del artículo 1082 CC podrá ser ejercitada por los acreedores hereditarios tanto en el procedimiento de división judicial de la herencia entablado por los coherederos, como en el procedimiento especial de intervención judicial del caudal hereditario, pues entender lo contrario reduciría enormemente el ámbito de aplicación del artículo 792.2 LEC. Además, esta facultad de oposición lleva implícita, según el autor, tres peticiones: de una parte, la de que el patrimonio quede sometido a una *titularidad interina* al tiempo que se interviene la herencia; de otra parte, que no se lleve a efecto la partición de la herencia realizada o que esté pendiente de realizar, hasta que se pague o afiance sus créditos; y por último, que para que coherederos y legatarios de parte alícuota puedan conseguir la plena efectividad de sus adjudicaciones, paguen o afiancen los créditos. Lo que no se pretende, pues, es el cobro inmediato de los créditos, sino su aseguramiento, y por ello, no corresponde a los acreedores la opción entre el pago o el afianzamiento.

⁹⁹³ LÓPEZ JACOISTE (1958), pp. 505 y ss., considera que este artículo viene a establecer una suerte de *veto* que los acreedores hereditarios pueden interponer discrecionalmente antes de la partición, pero que no se convierte en causa impugnatoria después de la misma. Además, GARCÍA BAÑÓN (1962), pp. 82-120, entiende que el Código no alude únicamente a los acreedores de créditos exigibles, sino también a los acreedores de créditos no vencidos, quienes no pueden oponerse a la partición exigiendo el pago, pero sí fianza; sin embargo, para el autor, los acreedores de las «bajas de la herencia» (gastos de entierro, etc.), no podrán oponerse a la partición. Por el contrario, NÚÑEZ IGLESIAS (2016), p. 1761, considera que a menudo la expresión deudas se hace de manera amplia, refiriéndose también a las cargas de la herencia *ex* artículo 1003 CC.

⁹⁹⁴ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (2007), p. 448-468, para quien esta facultad que forma parte del contenido de los derechos de crédito, y, como se trata de facultades integrantes de un derecho, las facultades no prescribirán con independencia de ese derecho.

⁹⁹⁵ Entre otros, CRESPO ALLUÉ (2000), pp. 4289-4293.

⁹⁹⁶ Entre otros, PÉREZ-CRUZ MARTÍN (2004), p. 461.

⁹⁹⁷ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (2007), p. 454-475, quien además entiende que los acreedores hereditarios solo pueden promover el procedimiento *general* de intervención judicial de la herencia, por lo que cabe deducir que para estos, el procedimiento especial de intervención judicial del caudal hereditario es, lógicamente, el procedimiento ordinariamente aplicable; asimismo, si los acreedores ejercitasen la facultad del artículo 1082 CC en el procedimiento de división de la herencia, esta petición envolvería implícitamente la solicitud de la intervención judicial del caudal hereditario.

El ejercicio por los acreedores de la facultad de oposición tendrá como efecto que el patrimonio hereditario en liquidación quede sometido a la especial *titularidad interina* de la intervención judicial y la sujeción a la administración prevista en la legislación procesal, así como que quede en suspenso la efectividad de la partición y la consiguiente entrega de bienes a herederos y legatarios mientras los acreedores hereditarios no estén completamente pagados o garantizados⁹⁹⁸. La valoración de si el afianzamiento prestado, que podrá consistir en una garantía real o personal, es adecuado o no, corresponde al acreedor⁹⁹⁹; una vez ejercitada la facultad del artículo 1082 CC, no cabrá que el procedimiento de división de herencia termine por acuerdo de coheredero y legatarios de parte alícuota¹⁰⁰⁰.

Por último, cabe decir que recientemente se ha defendido la existencia de cierta facultad del notario para ordenar la separación de patrimonios; así, Sainz-Cantero Caparrós y Martos Calabrús¹⁰⁰¹ consideran que con la LJV se introduce la posibilidad de un beneficio de separación notarial, al extender suficientemente las competencias del notario en la partición y poder entender de la oposición de los acreedores mientras no sean pagados o garantizados. En su opinión, los acreedores hereditarios están, como interesados que son, legitimados para instar las provisiones de administración y custodia de la herencia que se prevén en el artículo 1020 CC a cargo del notario, antes y después de la

⁹⁹⁸ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (2007), pp. 449 y ss., entiende que los acreedores hereditarios, como tales, nunca tienen, en las operaciones de partición, la misma posición que, como parte, tienen los herederos, ni pueden oponerse a que éstos, en la esfera de los intereses que entre sí comparten, realicen las adjudicaciones como tengan por conveniente. SAINZ- GARCÍA BAÑÓN (1962), pp. 170-171, entiende que este se trata de un procedimiento para cobrar, aunque de la oposición no se sigue cobro directo o inmediato; por ello, se trata más bien de un «modo indirecto de constreñir a los herederos para que los créditos hereditarios sean satisfechos –judicialmente o no– antes de la partición. Es un poder negativo de suspender la partición». NÚÑEZ IGLESIAS (2016), p. 1764, considera que oponerse a la partición no significa que no puedan realizarse operaciones divisorias ni aprobar la partición y protocolizarla, sino que simplemente no se podrá hacer entrega de bienes sin que se hayan pagado o garantizado a los acreedores. Según CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), p. 144, «lo que pueden impedir los acreedores no es la partición, sino la adjudicación y entrega de los bienes a los herederos para evitar la dispersión del patrimonio hereditario».

⁹⁹⁹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (2007), p. 471, señala que «el juicio de ser satisfactorio corresponde, ciertamente, a los acreedores de la herencia, pero sin que ello signifique que el acreedor a su capricho pueda rechazar el afianzamiento cuando objetivamente merezca la calificación de satisfactorio (cfr. por analogía, artículo 1598 CC). Por consiguiente, sobre el juicio del acreedor habrá de prevalecer el del Juez, quien, si estima que se ha producido el pago completo o que el afianzamiento prestado es objetivamente satisfactorio, acordará la cesación de la intervención judicial del caudal hereditario (cfr. artículo 796.3 LEC) y, en su caso, que se lleve a efecto la partición ya hecha (cfr. artículo 788 LEC)».

¹⁰⁰⁰ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (2007), p. 488, establece que el procedimiento de división de herencia «continuará, pero ya solo, por cuanto afecta a la pretensión de los acreedores hereditarios, como procedimiento para conseguir que, en tanto no se les pague o afiance el importe de sus créditos, persista la traba o intervención del caudal hereditario y que, en su día, cualquier partición de la herencia no se lleve todavía a efecto».

¹⁰⁰¹ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), pp. 123 y 233-236.

partición; por ello, y como quiera que la LJV ha venido a facultar al notario para aprobar la partición, este podrá conocer de la posible oposición a la partición del artículo 1082 CC.

Otras disposiciones de carácter separatista son las contempladas en la legislación hipotecaria; así, el artículo 45 LH establece que «la adjudicación de bienes inmuebles de una herencia, concurso o quiebra, hecha o que se haga para pago de deudas reconocidas contra la misma universalidad de bienes no producirá garantía alguna de naturaleza real en favor de los respectivos acreedores, a no ser que en la misma adjudicación se hubiese estipulado expresamente. Los acreedores cuyos créditos consten en escritura pública o por sentencia firme podrán, sin embargo, obtener anotación preventiva de su derecho sobre las fincas que se hubieren adjudicado para pago de sus respectivos créditos, siempre que la soliciten dentro de los ciento ochenta días siguientes a la adjudicación, a no ser que conste en el Registro el pago de aquéllos». Y el artículo 46 LH dispone que «el derecho hereditario, cuando no se haga especial adjudicación a los herederos de bienes concretos, cuotas o partes indivisas de los mismos, solo podrá ser objeto de anotación preventiva. Esta anotación podrá ser solicitada por cualquiera de los que tengan derecho a la herencia o acrediten un interés legítimo en el derecho que se trate de anotar. Si la anotación fuere pedida por los herederos, legitimarios o personas que tengan derecho a promover el juicio de testamentaría, se hará mediante solicitud, acompañada de los documentos previstos en el artículo dieciséis. En los demás casos se practicará mediante providencia judicial, obtenida por los trámites establecidos en el artículo cincuenta y siete. El derecho hereditario anotado podrá transmitirse, gravarse y ser objeto de otra anotación». La doctrina ha dicho que el acreedor hereditario que haga uso de esta prerrogativa¹⁰⁰², dispondría de otros mecanismos de protección de su crédito, como el recurso a la acción pauliana si se hubieran enajenado con mala fe bienes de la herencia objeto de anotación preventiva o durante el plazo de 180 días concedidos por la ley para practicar la misma¹⁰⁰³.

En definitiva, por disposiciones como estas, cierta doctrina ha entendido que sí existe en derecho común la facultad, por parte de los acreedores, de separar el patrimonio hereditario a efectos de poder resarcirse con prioridad frente a otros sujetos, como acreedores del heredero, legatarios o legitimarios;

¹⁰⁰² Según FERRANDIS VILELLA (1954), p. 212, «la protección que, con la anotación preventiva del derecho hereditario, logra el acreedor de la herencia es, por otra parte, de escasa importancia. El efecto principal para su crédito será hacer constar en el Registro los bienes que integran la masa hereditaria indivisa, evitando de esta manera ocultaciones que pudieran realizar los coherederos con ánimo de aparentar un estado de insolvencia en perjuicio de los acreedores de la herencia».

¹⁰⁰³ GARCÍA BAÑÓN (1962), pp. 181-182.

en este sentido, García Bañón¹⁰⁰⁴ considera que el beneficio de separación al que se llega a través de estas disposiciones fragmentarias se caracteriza por cuatro notas, a saber: debe existir riesgo de confusión patrimonial, debe haber ausencia de pago o garantía suficiente, la solicitud ha de realizarse dentro de un plazo establecido por la ley, y el acreedor ha de probar la existencia de su título. Sea como fuere, lo que está claro es que en la legislación civil estatal únicamente se prevé, de admitir su existencia, cierto beneficio de separación de patrimonios en favor de los acreedores hereditarios, pero no así en favor de los acreedores personales de los sucesores. Cabe mencionar, en este sentido, que las recientes reformas llevadas a cabo en el seno del beneficio de separación francés¹⁰⁰⁵ y catalán¹⁰⁰⁶ han extendido la posibilidad de su ejercicio a los acreedores personales de los herederos también.

¹⁰⁰⁴ GARCÍA BAÑÓN (1962), pp. 77 y ss., en las que señala que, respecto al primer requisito, ha de estarse frente a una aceptación pura y simple, o que, en caso de existir beneficio de inventario, que el heredero lo hubiese perdido o renunciado a él, y ejemplo de este requisito se encuentra en el artículo 50 LH, en el que se señala que el legatario que obtuviese anotación preventiva será preferido a los acreedores del heredero aceptante sin beneficio de inventario. El segundo requisito, ausencia de pago, también es algo exigido por las disposiciones que conllevan separación, como bien se puede extraer del artículo 45.2 LH, en el que se faculta a los legatarios a obtener anotación preventiva, «a no ser que conste en el Registro el pago de aquéllos»; y de igual modo, el artículo 206 RH establece que las anotaciones de legados se cancelan «cuando el legatario cobrase su legado». En cuanto al tercer requisito, de solicitud dentro de plazo legal, considera el autor que el plazo inicial es el momento mismo de la apertura de la sucesión (ya que el artículo 1004 CC no puede entenderse aplicable al supuesto de solicitud de separación, sino al simple efecto de interpelación dirigida al llamado para saber si acepta o rechaza el llamamiento; ni el artículo 1025 CC es aplicable, pues una cosa es que los legatarios no puedan demandar el pago de sus legados, y otra que no puedan acogerse a la separación); mientras que el plazo final variará, pues por ejemplo, en el caso de legatario de especie, el artículo 48 LH establece un plazo de 180 días para ello, mientras que de acuerdo con el artículo 47 LH, «el legatario de bienes inmuebles determinados o de créditos, o pensiones consignadas sobre ellos, podrá pedir en cualquier tiempo la anotación preventiva de su derecho». Por último, el cuarto requisito sobre prueba del título, puede extraerse, entre otros, del artículo 45.2 LH, cuando señala que podrán obtener anotación preventiva «los acreedores cuyos créditos consten en escritura pública o por sentencia firme».

¹⁰⁰⁵ El artículo 878 señala, tras la reforma de 2006, que «*les créanciers du défunt et les légataires de sommes d'argent peuvent demander à être préférés sur l'actif successoral à tout créancier personnel de l'héritier. Réciproquement, les créanciers personnels de l'héritier peuvent demander à être préférés à tout créancier du défunt sur les biens de l'héritier non recueillis au titre de la succession. Le droit de préférence donne lieu au privilège sur les immeubles prévu au 6.º de l'article 2374 et il est sujet à inscription conformément à l'article 2383*»; asimismo, el artículo 879 establece que «*ce droit peut s'exercer par tout acte par lequel un créancier manifeste au créancier concurrent son intention d'être préféré sur un bien déterminé*». El artículo 880 concreta que «*Il ne peut pas être exercé lorsque le créancier demandeur y a renoncé*». Y por último el artículo 881 determina que «*Il se prescrit, relativement aux meubles, par deux ans à compter de l'ouverture de la succession. A l'égard des immeubles, l'action peut être exercée tant qu'ils demeurent entre les mains de l'héritier*». Según GASNIER (2013), pp. 17 y 27-ss., la reforma no ha venido solo a cambiar el nombre, antes llamado *séparation des patrimoines* y ahora *droit de préférence*, cambio que le parece adecuado, sino que también se ha extendido la legitimación a los acreedores del heredero; cambio este último que le parece injustificado ya que, de una parte, existe en favor del heredero plena libertad para aceptar una herencia dañosa de manera pura y simple, y de otra, si esta aceptación es perjudicial para sus acreedores o en fraude de sus derechos, estos tienen expedita la vía pauliana.

¹⁰⁰⁶ En relación con la nueva regulación, GRAMUNT FOMBUENA y RUBIO GIMENO (2016), pp. 1006 y ss., consideran que el legislador catalán ha suprimido la posibilidad de que los acreedores del causante

En definitiva, y a pesar de esta interpretación positiva en favor de la existencia implícita de la separación de patrimonios, algunos autores han hecho notar críticamente que la mayoría de sistemas en los que se impone, como norma general, la confusión de patrimonios, también suele regularse de forma expresa el beneficio de separación¹⁰⁰⁷; por ello, no pocos reclaman la necesidad de que se regule expresamente en el Código civil español este beneficio de separación de patrimonios¹⁰⁰⁸.

3. LOS ACREEDORES PERSONALES DEL HEREDERO Y LA ACCIÓN SUBROGATORIA

No cabe duda de que a los acreedores del heredero también les puede resultar perjudicial el sentido de la declaración que haga su deudor, especialmente si este acepta pura y simplemente una herencia insolvente; por ello, conviene analizar de qué recursos disponen a la hora de protegerse frente a una mala decisión que perjudique la viabilidad de sus créditos.

Los acreedores del heredero en territorios de derecho común no pueden solicitar ninguna de las medidas que implican separación de patrimonios o establecen un orden de preferencias; pero es que, además, y a diferencia de los acreedores hereditarios, no pueden solicitar la declaración de concurso de la herencia ni instar la intervención del caudal hereditario ni la división judicial de la herencia; aunque sí pueden, *ex* artículo 1083 CC, intervenir en la misma. Tampoco pueden intervenir en las operaciones de administración y liquidación de la herencia, tal y como establece el artículo 1034 CC, al disponer que «los acreedores particulares del heredero no podrán mezclarse en las

puedan solicitar preventivamente el beneficio de separación de patrimonios para el caso de decaer el beneficio de inventario solicitado por el heredero, y que el beneficio de separación de patrimonios tiene un funcionamiento bidireccional porque no es neutro, sino diverso: tiene carácter permanente cuando se trata de deudas y cargas de la herencia, pero tiene carácter provisional respecto de los acreedores particulares del heredero, que podrán dirigirse contra el remanente. Por lo tanto, del artículo 461-23 CCCat se desprende que cada grupo de acreedores debe agotar primeramente el patrimonio de origen de su crédito antes de dirigirse contra el otro. VILLÓ TRAVÉ (2016), p. 226, pone de manifiesto que este beneficio de separación catalán no convierte la responsabilidad *ultra vires* en responsabilidad *intra vires*, sino que se trata de una preferencia en el cobro por parte de los acreedores y legatarios separacionistas, pero es una preferencia frente al otro grupo de acreedores de que se trate, pues en ningún caso se tratará de preferencia sobre los mismos acreedores de un grupo, separacionistas o no, en cuyo caso, el administrador de la herencia «deberá pagar a los acreedores hereditarios a medida que se presenten, sin distinguir entre si han obtenido o no el beneficio de separación patrimonial». Además, la autora remarca que este precepto regula, por primera vez, la posibilidad de solicitar el beneficio a los acreedores del heredero.

¹⁰⁰⁷ GARCÍA BAÑÓN (1962), p. 29.

¹⁰⁰⁸ Entre otros, MARTÍNEZ CAÑELLAS (2014), p. 1389; VILLÓ TRAVÉ (2016), pp. 228-229; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), p. 200.

operaciones de la herencia aceptada por éste a beneficio de inventario hasta que sean pagados los acreedores de la misma y los legatarios; pero podrán pedir la retención o embargo del remanente que pueda resultar a favor del heredero»¹⁰⁰⁹.

En definitiva, la situación de los acreedores personales del heredero es ciertamente poco halagüeña; tal vez por ello autores como Jordano Fraga¹⁰¹⁰ han especulado sobre la posibilidad de solicitar, por parte de los acreedores del heredero, y en vía subrogatoria, el beneficio de inventario. En opinión del autor, no existen impedimentos de orden teórico o dogmático para la viabilidad de la acción toda vez que la solicitud de beneficio de inventario no es un negocio personalísimo; ahora bien, existe un desbancamiento en favor de la acción revocatoria por dos motivos: de una parte, el beneficio de inventario solicitado por los acreedores en vía subrogatoria sería *frágil*, pues el deudor siempre podría renunciar al mismo o perderlo *ex lege* como sanción; y de otra, tal solicitud aprovecharía a todos los acreedores y no solo a los accionantes, de manera que estos últimos estarían jugando «el siempre triste papel de tontos útiles». Por todo ello, Jordano Fraga únicamente admite la posibilidad de recurso a la solicitud de beneficio de inventario por vía subrogatoria en los casos en los que no sea posible la acción revocatoria: cuando hubiese acaecido adquisición *ex lege* de herencia ya que no cabe acción revocatoria contra una adquisición hereditaria de fundamento legal; cuando es la única solución que se ofrece a los acreedores personales del heredero *posteriores* a la aceptación hereditaria sin beneficio de inventario del deudor; y cuando se trata de llevar a cabo trámites procedimentales del beneficio de inventario a fin de evitar que el heredero-deudor pierda el beneficio como sanción. Una vez más, y siempre que los acreedores tengan otros remedios específicos de los que valerse para evitar el perjuicio, les será vedado utilizar este recurso¹⁰¹¹. No obstante, cierto sector

¹⁰⁰⁹ Según GITRAMA GONZÁLEZ (1989), p. 513, esta retención no es la usual, pues exige que se requiera al heredero para que «conserva a disposición del Juzgado el remanente de los bienes que le puedan quedar tras haber saldado las obligaciones de la herencia (deudas y legados)». Para GÓMEZ-SALVAGO (2016), p. 1576, este precepto no puede ser entendido en una sola dirección ni exclusivamente dentro del contexto de la liquidación de herencia con beneficio de inventario.

¹⁰¹⁰ JORDANO FRAGA (1996), pp. 311-316.

¹⁰¹¹ JORDANO FRAGA (2001), pp. 1 y ss., pone de manifiesto que, a pesar de que ambas acciones, la subrogatoria y la pauliana, son mecanismos de defensa «conservativos de la garantía patrimonial del deudor», las diferencias entre ambas acciones también son patentes; así, mientras la acción subrogatoria es un medio de protección frente a la *inercia* del deudor, esto es, frente a la pasividad u omisión, o la falta de actuación, la acción revocatoria es un remedio contra conductas positivas del deudor. La diferencia sustancial, pues, es que con la acción subrogatoria, el acreedor puede ejercitar una prerrogativa jurídica de la que es titular el deudor (*ex iure debitoris*) mientras que con la acción pauliana el acreedor ejercita una facultad propia, suya, conferida por la ley (*ex iure proprio*). La segunda diferencia tiene que ver con los efectos, pues con la acción subrogatoria, se consiguen idénticos efectos favorables que si fuese el deudor quién lo ejer-

doctrinal se ha mostrado contrario a admitir tal posibilidad, puesto que los acreedores únicamente pueden ejercitar por vía subrogatoria facultades de las que dispone su deudor y, justamente, en estos supuestos, el deudor habría perdido el beneficio de inventario. Si él no cuenta ya con esta facultad, tampoco sus acreedores podrán ejercitarla¹⁰¹².

Por último, Jordano Fraga¹⁰¹³ considera que los acreedores del heredero disponen de otros recursos de protección; así, si el heredero no ejercitase la acción de petición de herencia, podrían ejercerla los acreedores personales de este en virtud de la acción subrogatoria, si ya hubiese aceptado. Además, los acreedores del heredero también podrán ejercer todas las acciones propias de defensa, en sede de partición hereditaria, así como la acción del artículo 762 CC, si es acreedor personal del sujeto beneficiado por la indignidad sucesoria de otro. Los acreedores también están, y además directamente, legitimados para promover la nulidad del testamento, si fuesen sujetos interesados en tal declaración; por último, para el caso de que el heredero hubiese adquirido la herencia en virtud de renuncia traslativa *ex* artículo 1000 CC, sus acreedores personales no podrán accionar el artículo 1001 CC, pero sí la acción revocatoria.

4. EL POSIBLE EJERCICIO A LA ACCIÓN PAULIANA PARA IMPUGNAR UNA ACEPTACIÓN DE HERENCIA PERJUDICIAL

4.1 Introducción: presupuestos y efectos

El artículo 1111 CC regula los dos recursos *in extremis* de los que disponen los acreedores a la hora de proteger sus créditos: las denominadas acción subrogatoria y acción pauliana o revocatoria. El precepto referido señala que «los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona; pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho». Como venimos de señalar, los

ciese, de manera que se podrán aprovechar, *necesariamente*, todos los acreedores. Por el contrario, los efectos de la acción revocatoria solo aprovecharán a los acreedores que la ejercieron. También consideran que solo habrá lugar a acción revocatoria, entre otros, BAYOD LÓPEZ (1996), p. 51; REBOLLEDO VARELA (2014), p. 729.

¹⁰¹² SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), p. 268.

¹⁰¹³ JORDANO FRAGA (1996), pp. 327-359.

acreedores (hereditarios o del heredero) solo podrán hacer uso, en su caso, de la acción pauliana; en nuestra opinión, el recurso a la acción subrogatoria por parte de los acreedores del llamado para ejercitar el *ius delationis* en su nombre no debería ser posible, pues aun cuando la doctrina entiende que la aceptación es un acto no personalísimo por ser posible su declaración por representante, la condición de heredero es un título personal y por ello, no se debería obligar al llamado a adquirir dicha condición si así no lo desea¹⁰¹⁴; y menos aún obligar a que quien quiera ser heredero no lo sea cuando existen remedios menos *dolorosos*¹⁰¹⁵. Por lo tanto, la única acción posible para los

¹⁰¹⁴ JORDANO FRAGA (1996), pp. 33-228, hace un estudio profundo de la cuestión argumentando por qué no es posible el ejercicio de la acción subrogatoria por parte de los acreedores del llamado, ni en sentido positivo (aceptación), ni en sentido negativo (repudiación). Las razones que expone son cuatro: la primera, que el *ius delationis* es una facultad extrapatrimonial, quedando así excluido del ámbito de aplicación de la acción subrogatoria; la segunda, que el *ius delationis*, como facultad indisponible que es, también lleva aparejada la cualidad de inembargable; la tercera, que la acción subrogatoria se ejercita siempre *contra* alguien: el sujeto pasivo, mientras que el *ius delationis* no se trata de una pretensión o derecho que se ejercite *contra* un *predeterminado sujeto pasivo*; la cuarta, que el *ius delationis* es uno de esos poderes jurídicos concernidos por la *ratio* personalista *ex* artículo 1111 CC, que excluye, entre otros, los poderes jurídicos cuyo ejercicio se traduzca en una opción entre dos o más intereses. De todos modos, JORDANO FRAGA sostiene que la exclusión de la legitimación subrogatoria por parte de los acreedores en cuanto al ejercicio de la opción es perfectamente compatible con la legitimación subrogatoria cuando el ejercicio de la opción ya se haya producido (o este lo haya perdido); es decir, los acreedores no pueden optar por el heredero, en cambio los acreedores personales de quien ya es heredero «pueden ejercitar subrogatoriamente las acciones de su deudor, propias de esa condición de heredero, para la defensa/conservación o realización de las titularidades patrimoniales de la herencia adquirida». FLORENSA TOMÁS (2000), p. 1428, considera que «el ejercicio en sentido positivo del derecho del delado puede conducir a la adquisición de la herencia y, lo que es más importante, a la adquisición del título de heredero: tal condición es personalísima, no susceptible de tráfico jurídico. (...) El *ius delationis* es un derecho, facultad o legitimación personalísima, no susceptible de ser incluido en el ámbito objetivo de la acción subrogatoria». En este sentido se pronuncia además la STS de 30 de mayo de 2003 (RJ 2003, 3917), en la que se manifiesta que «la aceptación y repudiación de la herencia son actos enteramente voluntarios y libres, por lo tanto no pueden los acreedores obligar o compeler a un heredero a aceptar la herencia...». En la jurisprudencia italiana, la *Cass.* 21 octubre 2011, n. 21902, señala que, en tema de sucesión por causa de muerte, la cualidad de heredero se puede conseguir exclusivamente por aceptación expresa o tácita; esto es, que los efectos que la aceptación determinan en la esfera del llamado debe provenir de la voluntad de este último, y no de la declaración de terceros.

¹⁰¹⁵ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1959), pp. 182-183, señala que «contra esta posibilidad de aceptación por los acreedores, por acción subrogatoria, de una herencia ni renunciada ni aceptada por el deudor, se ha objetado, sin embargo, que la facultad de aceptar la herencia es siempre uno de los derechos inherentes a la persona cuyo ejercicio por subrogatoria excluye el mismo artículo 1111. Se ha objetado igualmente que la existencia de un precepto especial –el artículo 1001–, inclina a pensar que sustituye para el caso concreto de aceptación de herencia a la regla general del artículo 1111. Pero ni uno ni otro argumento son convincentes. El primero, porque el carácter de derecho inherente a la persona de la facultad de aceptar, es insostenible cuando la propia ley, para otro supuesto distinto –el de herencia ya repudiada precisamente– admite su realización por los acreedores. El segundo, porque la *ratio legis* del artículo 1001 no es la misma del artículo 1111 (...). La inaplicación del artículo 1111 al caso de herencia deferida al deudor, pero no aceptada, ni repudiada, resulta, a nuestro juicio, de la existencia de otras medidas, adoptables por los acreedores, que hacen innecesario el ejercicio de la acción subrogatoria, cuyo carácter subsidiario ha sido reiteradamente reconocido. Frente a una conducta omisiva del llamado a la herencia que

acreedores será la acción pauliana ¹⁰¹⁶; por ello, pasamos pues a un estudio de sus presupuestos ¹⁰¹⁷.

La acción pauliana es un remedio legal para asegurar el cobro por parte de los acreedores civiles o sus sucesores y causahabientes, a título oneroso o gratuito, por acto *inter vivos* o *mortis causa*, universales o particulares ¹⁰¹⁸. Sobre su naturaleza jurídica cabe mencionar que la doctrina no ha sido unánime en esta cuestión, siendo tres las corrientes que se han barajado: que se trata de una acción indemnizatoria, una acción de nulidad, o por último, una acción rescisoria; en opinión de De Castro ¹⁰¹⁹, la opción correcta es esta última, toda vez que la acción revocatoria no produce la nulidad absoluta del acto impugnado, sino que su ejercicio solo lo hace ineficaz, y únicamente frente a los acreedores perjudicados. Es decir, la acción pauliana lleva a una ineficacia relativa pues la ley no castiga la conclusión del acto fraudulento, que es indivisible; si así fuese, impondría el castigo en todo caso, como hace con los contratos con causa ilícita.

Por lo tanto, la acción pauliana es una acción personal, pues no persigue la cosa, sino que se dirige contra determinadas personas, y su finalidad reside en revocar la eficacia de un negocio jurídico, una vez demostrado su carácter fraudulento o lucrativo. Esta revocación afecta no solo al deudor, sino especialmente al tercer adquirente, que será considerado de mala fe si existiese fraude; o podrá ser de buena o mala fe cuando la adquisición fuese a título

ni acepta, ni renuncia, la ley otorga medios especiales, para que cualquier interesado pueda impedir la prolongación de la incertidumbre sobre la sucesión y los perjuicios que de tal situación podría irrogarse. Esta especial medida tendente a impedir la prolongación de la incertidumbre, es la *interpellatio in iure* del llamado a la herencia».

¹⁰¹⁶ CRISTÓBAL MONTES (2003), p. 313, considera «muy aventurado sacar la conclusión de que por que la ley ha querido en el ámbito subrogatorio excluir a los acreedores del ejercicio de determinados derechos del deudor (en alusión a los derechos en atención a su persona), los actos de disposición que atañen a los mismos y tengan consecuencias patrimoniales directas o indirectas deban quedar también al margen de la vía pauliana».

¹⁰¹⁷ JORDANO FRAGA (2001), pp. 27 y ss., caracteriza la acción revocatoria o pauliana como una acción de ineficacia del acto deudor, personal y no real, de naturaleza conservativa o cautelar (o no ejecutiva), y de carácter constitutivo y no declarativo.

¹⁰¹⁸ DE CASTRO BRAVO (2003), pp. 161-162, señala que el crédito debe estar basado en una deuda auténtica, no en una obligación natural. CRISTÓBAL MONTES (2003), pp. 295-298, señala que, aunque el artículo 1111 CC habla de acreedores en plural, no es preciso la actuación conjunta por parte de estos, sino que el ejercicio del remedio queda abierto a cualquier acreedor individual; también cree que los acreedores naturales, al no poder exigir el pago, no podrán utilizar este remedio. Por acreedores civiles habrán de entenderse incluidos todos, dice el autor, incluso los que gocen de otras protecciones, como el acreedor hipotecario o privilegiado, ya que la buena lógica no permite privarles de tal facultad, «aunque solo fuera por aquello de que quien puede lo más puede lo menos».

¹⁰¹⁹ DE CASTRO BRAVO (2003), pp. 154-156, considera que la teoría de la acción indemnizatoria está casi abandonada por los tratadistas modernos europeos y, además, en Derecho español, no hay duda de que no reviste la naturaleza de acción de daños.

gratuito¹⁰²⁰. Los efectos de esta revocación serán *ex tunc*, esto es, sin que se produzcan efectos de mora, toda vez que la obligación del tercero a devolver nace desde que se ejercita la acción; además, el deudor estará obligado a responder por evicción, salvo para el caso de que la disposición se hubiera hecho con carácter gratuito¹⁰²¹.

Los presupuestos para el ejercicio de esta acción son tres: existencia de un crédito a favor del acreedor defraudado, que se haya efectuado por el deudor impugnado un acto de disposición en fraude del acreedor y que tal artimaña haya tenido éxito, esto es, que se haya producido un efectivo perjuicio para el acreedor¹⁰²². En cuanto al primer requisito, es preciso que el acreedor defraudado acredite la existencia de su crédito, que no habrá de ser necesariamente líquido ni exigible pero sí liquidable¹⁰²³; sin embargo, no existe consenso doctrinal a la hora de considerar si el crédito habrá de ser anterior al acto de disposición que se pretende impugnar, o si es posible que se abra la veda para que, en ciertas ocasiones, también quepa el recurso cuando el crédito sea anterior¹⁰²⁴.

¹⁰²⁰ En efecto, el tercer adquirente de mala fe deberá abonar los frutos percibidos y los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir (artículo 455 CC) y solo tendrá derecho a ser reintegrado en los gastos hechos para la conservación de la cosa (artículo 453), respondiendo, en los términos del artículo 457, de los deterioros y pérdidas ocasionados en la cosa poseída; sin embargo, el adquirente de buena fe hace suyos los frutos percibidos, mientras no se interrumpa legalmente la posesión (artículo 451 CC), tiene los derechos que le reconocen los artículos 452, 453 y 454 del Código Civil y no responde de la pérdida o deterioro de la cosa, producido sin dolo por su parte (artículo 457 CC).

¹⁰²¹ Este es el criterio de DE CASTRO BRAVO (2003), pp. 179 y 183, para quien la cuestión adquiere una relevancia mayor si se atiende a la pregunta de si la revocación conseguida por uno de los acreedores defraudados aprovecha a los demás, y a la que contesta el autor afirmando que la respuesta diferirá en atención a si se considera que la acción produce la nulidad absoluta, en cuyo caso, y como el objeto vuelve al patrimonio, todos los acreedores podrán concurrir; o si produce la ineficacia relativa, caso para el que «solo tendrán derecho al objeto impugnado los que con el impugnante hayan ejercitado la misma acción».

¹⁰²² De acuerdo con la STS de 23 de junio de 1919, los requisitos serían cuatro y no tres, a saber: existencia de un crédito a favor de una persona y en contra de otra, la celebración de un acto o contrato posterior por el deudor con la intención de perjudicar a su acreedor, que exista un perjuicio y carencia de otro recurso legal para obtener la reparación y, por último, que la cosa objeto del contrato no se halle legalmente en poder de terceras personas sin mala fe.

¹⁰²³ CRISTÓBAL MONTES (2003), p. 297. En el caso de las deudas sometidas a plazo, el artículo 1129 CC expresamente reconoce que el deudor pierde todo derecho a utilizar el plazo cuando «después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda»; sin embargo, existe discrepancia doctrinal respecto de los créditos sometidos a condición suspensiva. Así, mientras DE CASTRO BRAVO (2003), pp. 163 y ss., considera que es imposible promover la acción revocatoria por parte de los acreedores de un crédito sometido a condición suspensiva, y CRISTÓBAL MONTES (2003), pp. 306 y ss., aduce que «sí el deudor cuando está pendiente el cumplimiento de la condición pudiese con absoluta seguridad proceder a la disposición fraudulenta de sus bienes porque queda fuera del radio de acción del recurso revocatorio, amén de brindar una salida al mismo absolutamente desproporcionada y desmedida, se estaría prácticamente reduciendo a la nada el remedio que nos ocupa», y se pregunta «¿dónde está dicho que una expectativa crediticia no merece protección jurídica?».

¹⁰²⁴ Defiende la primera postura DE CASTRO BRAVO (2003), p. 162; sin embargo, para CRISTÓBAL MONTES (2003), pp. 299-301, es evidente que la ley no dice nada de manera expresa sobre la anterioridad

De otra parte, el segundo de los presupuestos es que el deudor hubiese realizado un acto de disposición en fraude del acreedor, tal y como indica el artículo 1111 CC; por lo tanto, todo acto del deudor podrá ser impugnado mediante acción pauliana, y no solo las enajenaciones, debiendo tratarse de un acto de disposición jurídico, válido y eficaz, *inter vivos*, de naturaleza patrimonial y que beneficie a un tercero¹⁰²⁵. Pero no solo ha de beneficiar a un tercero, sino que como hemos señalado anteriormente, para que el acreedor pueda ejercitar la acción, debe probar que el deudor lo hizo en fraude de su derecho. En este sentido, conviene traer a colación el artículo 1297 CC cuando dispone que «se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito. También se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso, hechas por aquellas personas contra las cuales se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes». Estas presunciones, ya sean *iuris tantum*, ya sean *iuris et de iure*, facilitan sobremanera el posible ejercicio de la acción pauliana¹⁰²⁶.

Por último, y tras el *consilium fraudis*, el *eventus damni*¹⁰²⁷ es el postrero de los presupuestos; en este sentido, cabe preguntarse si es acaso suficiente

del crédito, y por ello, «resulta *natura rerum* que la acción revocatoria no puede otorgarse a quienes vieron nacer sus créditos con posterioridad al acto de disposición de su deudor»; pero esta no vendría sino a ser la regla general que puede conocer excepción: en su opinión sí sería posible el recurso a esta acción si el deudor, aun no existiendo todavía el crédito, enajenase bienes con la intención de disminuir su patrimonio al objeto de impedir o dificultar la satisfacción de futuros créditos que están en su horizonte jurídico; por ello, justifica la posibilidad de su ejercicio debido «a la acción expansiva del fraude», pues permitir el recurso a la acción en estos casos, «es algo que no solo encaja sin fricción alguna en la sustancia de la acción pauliana, sino que ésta lo reclama para su plena y eficaz operatividad».

¹⁰²⁵ *Vid.*, en este sentido, CRISTÓBAL MONTES (2003), pp. 310-314, para quien acto de disposición es todo acto susceptible de afectar negativamente al patrimonio del deudor, incluso si no se trata de una afectación negativa actual, sino meramente potencial, que implica un empobrecimiento a la par que enriquecimiento de parte del tercero, así como que ha de ser *inter vivos*, pues si fuese *mortis causa*, «la tutela de los acreedores defraudados se produce a través de otros conductos». DE CASTRO BRAVO (2003), p. 165, añade que debe tratarse de un acto jurídico, nunca un acto material, como la destrucción de una cosa, y que «respecto del tercero, a cuyo favor se hizo el acto jurídico, tiene éste que haberle aportado una ventaja, una mayor valoración del propio patrimonio —ya que no, siempre, un enriquecimiento— a costa y en desventaja del patrimonio del deudor».

¹⁰²⁶ JORDANO FRAGA (1996), p. 284, señala que en los casos en que el acto perjudicial fuere gratuito, «o bien el fraude legalmente no se exige, o bien, lo que es lo mismo, el fraude se presume *iuris et de iure*, sin posibilidad de prueba en contrario». DE CASTRO BRAVO (2003), pp. 168-176, considera que se trata de una presunción *iuris tantum* y entiende que «la dificultad de la prueba del fraude, en cuanto con esta palabra se alude a un estado de ánimo, hace imprescindible recurrir a las presunciones, tanto legales como judiciales».

¹⁰²⁷ DE CASTRO BRAVO (2003), pp. 174 y ss., advierte que este supone un negocio jurídico cuya intención reside en perjudicar a un tercero, que se distingue netamente de otros conceptos afines, como la causa ilícita o el dolo. Considera el profesor que si bien la doctrina moderna se inclina por considerar suficiente el conocimiento de dañar, esto es, el no ignorar que se hacía insolvente o se acrecentaba la penuria económica, la jurisprudencia española se ha posicionado en la tendencia contraria, al considerar repetida-

cualquier tipo de daño patrimonial o, por el contrario, como entiende la doctrina, este debe tener cierta entidad. El daño ha sido frecuentemente equiparado con la situación de insolvencia toda vez que la acción pauliana tiene carácter subsidiario y no es posible su ejercicio sino cuando no haya otro medio posible de satisfacer a los acreedores; en ese caso, sería necesario que el acto que se impugna haya originado la insolvencia o que haya venido a agravarla¹⁰²⁸, pero el término insolvencia no debe interpretarse en un sentido restrictivo, pues bastará que el acreedor no logre la satisfacción de su crédito. Es decir, para que el acreedor pueda ejercitar la acción es preciso que no pueda pedir, con éxito, el cumplimiento forzoso del crédito, ni con bienes del deudor, ni de su fiador, codeudor solidario o con cargo a garantías reales. La prueba de la existencia de perjuicio corresponde al acreedor; empero, la jurisprudencia ha matizado esto señalando que no es necesaria la plena excusión del patrimonio del deudor y que bastará probar que no se conocen otros bienes del deudor con los que resarcirse que aquellos que han salido –o dejado de entrar– fraudulentamente del patrimonio del deudor¹⁰²⁹.

Analizados los presupuestos de la acción pauliana, ya solo cabe estudiar si los acreedores del causante o los acreedores del heredero podrán hacer uso de ella para evitar las consecuencias adversas de una posible *mala decisión* por parte del llamado a suceder.

mente la necesidad de que el acto se haya celebrado con la «intención de perjudicar a dichos acreedores en sus derechos, sin que sea lícito ni legal confundirlo con los que pueden realizarse con tal ánimo, aun cuando por consecuencia de ellos pueda sobrevenir a un acreedor determinado perjuicio» (STS de 24 de septiembre de 1906). DE CASTRO BRAVO considera que nuestra jurisprudencia sigue la tradición de las Partidas, que habla de aquel que «*enajena maliciosamente, haciendo engaño a aquel cuyo deudor era*», criterio que considera no erróneo, pues en caso contrario, «tendríamos que negar a toda persona que tuviese deudas –por pequeñas que fuesen– la posibilidad de realizar negocios arriesgados, por ínfimo que el peligro fuese».

¹⁰²⁸ Para CRISTÓBAL MONTES (2003), p. 337, se necesita que «este acto y no de otra causa se derive la insolvencia del *fraudator*, o bien que, existiendo precedentemente la insolvencia, el acto la haya agravado»; en igual sentido, DE CASTRO BRAVO (2003), p. 166, indica, como perjuicio del acreedor, «la insolvencia que, por el acto o contrato, se produce, o la agravación de la insolvencia, con el consiguiente menor reparto y mayores dificultades de cobranza».

¹⁰²⁹ CRISTÓBAL MONTES (2003), pp. 340 y ss., señala que es por la dificultad de la prueba que «la jurisprudencia haya replegado velas en esta materia, acuciada por la realidad de las cosas y bajo la convicción de no tornar estéril el curso», pues si bien la «primigenia jurisprudencia del Tribunal Supremo era en extremo rigurosa», la sentencia de 6 de abril de 1992 ha venido a dulcificar la cuestión, al decir que «es suficiente que concorra una minoración provocada para cubrir la integridad de la deuda, causándose de esta manera un real y persistente daño al acreedor, por la acción fraudulenta del obligado, siendo determinante y esencial que del conjunto de las pruebas se llegue a la conclusión de que, no pudiendo aquél cobrar lo que se le debe, carece de otro recurso legal para obtener la reparación de los perjuicios económicos que le afectan». En opinión del autor, este ha supuesto un verdadero paso de gigante, pues como se trata de un «paso *in extremis*», bastará que la insuficiencia resulte evidente o notoria.

4.2 Los acreedores del causante

Anteriormente mencionamos algunos de los recursos al alcance de los acreedores hereditarios para protegerse frente a la confusión de patrimonios, como la anotación preventiva de su derecho, si fuese posible, o la oposición a la partición, si hubiese más de un llamado; sin embargo, es fácil colegir que sus recursos se verán menguados cuando exista un único llamamiento universal, es decir, cuando exista un único sucesor¹⁰³⁰. Parece pues que la ley presumiese que, al haber un único heredero, la sucesión se simplifica, bien porque si acepta con beneficio de inventario, los acreedores del causante no resultan perjudicados, bien porque si acepta pura y simplemente, la responsabilidad *ultra vires* del heredero *soluciona*, al menos aparentemente, cualquier posible contratiempo.

Sin embargo, el análisis probabilístico de la cuestión revela que, de las ocho hipótesis posibles, cinco de ellas resultan neutras para los acreedores del causante —esto es, ni les perjudica ni les beneficia—, una es positiva y dos perjudiciales. En primer lugar, la situación positiva se da cuando la herencia es manifiestamente pasiva, y el heredero, solvente, acepta pura y simplemente la sucesión; en este caso, es evidente que los acreedores se ven beneficiados por la confusión de patrimonios, pues como consecuencia de la misma suceden tres cosas: la primera, que el heredero queda obligado por las deudas del causante en su totalidad, incluso si rebasan el valor del patrimonio relicto; la segunda, que el heredero puede pagar a sus acreedores personales o estos exigirle el pago con bienes de la herencia; y la tercera, que las relaciones de crédito y deuda entre causante y heredero se extinguen¹⁰³¹. De otra parte, las situaciones inocuas o neutras se dan cuando, en primer lugar, la herencia es activa y el heredero acepta pura y simplemente, y, en segundo lugar, el heredero acepta haciendo uso del beneficio de inventario, con independencia de si la herencia es pasiva o no, y de si el heredero es insolvente o no: en cualquiera de estos casos, el beneficio de inventario evita que la garantía patrimonial de los acreedores del causante disminuya. Por último, las dos situaciones perjudiciales para los acreedores del causante se dan cuando el heredero insolvente acepta pura y simplemente, no importando aquí el estado patrimonial de la herencia. En el caso de que la herencia sea solvente, el perjuicio es evidente; pero también lo será en el supuesto de que la herencia sea insolvente, pues la confusión de patrimonios conduciría a que acreedores del causante y acreedores del heredero concurren en igualdad de con-

¹⁰³⁰ LÓPEZ JACOISTE (1958), p. 505; GARCÍA BAÑÓN (1962), p. 171, quien habla de *esterilidad* de la facultad no solo cuando el heredero es único, sino también cuando se ha efectuado partición con anterioridad y cuando los herederos hubiesen enajenado conjuntamente bienes de la herencia sin hacer partición.

¹⁰³¹ ROCA SASTRE (1960), p. 1118.

diciones a la hora de resarcir sus créditos con cargo a bienes hereditarios. Ante este panorama, cabe adelantar ya una certeza: el beneficio de inventario es probablemente el mejor recurso dentro de la regulación actual del Código Civil a la hora de mantener, para los acreedores del causante, la misma garantía de la que disponían antes del fallecimiento de su deudor –el patrimonio de éste–.

Pasamos pues a analizar si los acreedores hereditarios podrían impugnar una aceptación de herencia que les perjudica; para ello será necesario comprobar uno a uno los requisitos antes expuestos. Comenzando por el primero, acerca de la existencia de un crédito anterior en favor del acreedor impugnante, entendemos que en este caso se cumple, pues siendo un acreedor del difunto, necesariamente habrá de tratarse de un crédito anterior al acto de aceptación de su heredero¹⁰³². El segundo de los presupuestos es que el acto que se va a impugnar se haya realizado en fraude de acreedores; cuestión esta que tampoco sería problemática por la presunción de fraude en los negocios gratuitos¹⁰³³. Por último, el tercer presupuesto de la acción pauliana es que se hubiese producido un efectivo perjuicio para los acreedores; tampoco este ofrece dudas, pues si el heredero es insolvente y acepta pura y simplemente una herencia activa el perjuicio es claro, pero también lo sería si la herencia es pasiva, por suponer esta aceptación una agravación de la garantía patrimonial de los acreedores, que tendrán los mismos derechos sobre los bienes hereditarios que los acreedores de los herederos. En definitiva, en un análisis rápido de la cuestión, todo parece indicar que los acreedores sí podrían ejercer la acción pauliana para evitar los perjuicios de una aceptación pura y simple por parte del heredero insolvente; no obstante, la solución final es negativa por una razón bien sencilla: según el tenor literal del artículo 1111 CC, el acreedor podrá impugnar «los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho» y, en puridad, la aceptación pura y simple del heredero es un acto de un tercero y no un acto del *deudor-causante*¹⁰³⁴. Sin embargo, ese criterio no es, en opinión de

¹⁰³² A excepción, claro está, de las «deudas hereditarias sobrevenidas», a las que nos referiremos con posterioridad.

¹⁰³³ MANRESA NAVARRO (1943), p. 416, ya había dicho que la aceptación pura de una herencia danosa es el supuesto contrario al del artículo 1001 CC; por ello, los acreedores particulares del heredero podrán ejercitar la acción pauliana del artículo 1111 CC, pues la aceptación es un «acto gratuito del deudor que se realiza sin necesidad y sin beneficio alguno por su parte, el fraude se presume al resultar perjuicio a sus acreedores». Asimismo, JORDANO FRAGA (1996), pp. 285-288, reconoce que «la aceptación hereditaria perjudicial, aun no siendo técnicamente un acto gratuito, sí comporta, como los actos de atribución patrimonial de esa naturaleza, un empobrecimiento del sujeto que lo realiza, y empobrecimiento no contraprestado o compensado económicamente por un sujeto diverso».

¹⁰³⁴ Sobre esta cuestión conviene señalar que, según la doctrina, en las transmisiones *inter vivos*, tanto la *datio in solutum* como la novación de una obligación están también sujetas a la acción pauliana. Este criterio nos parece acertado pues es obvio que el cambio de deudor no resulta indiferente al acreedor, ya que no todos los deudores tendrán la misma capacidad económica para responder frente a la reclama-

Jordano Fraga¹⁰³⁵, definitivo, pues se debería admitir el ejercicio de la revocatoria si los acreedores hereditarios y legatarios lograsen probar la «preordenación dolosa/de mala fe» de la aceptación de la herencia pasiva en claro perjuicio de los mismos. Para el autor citado, el verdadero motivo de que no puedan recurrir a la acción revocatoria es que los acreedores y legatarios disponen de otros remedios: en los territorios autonómicos donde se regula, el beneficio de separación, y en derecho civil estatal, la tercería de mejor derecho¹⁰³⁶, los juicios de abintestato y testamentaria (ahora intervención judicial y división de la herencia), y el concurso de herencia.

4.3 Los acreedores del heredero aceptante

Si se analiza la situación de los acreedores del heredero-aceptante, es fácil colegir que todas las piezas del puzzle se invierten, a saber: que la situación que resultaba ventajosa para los acreedores del causante, resultará perjudicial para los acreedores del heredero y viceversa; aunque con algunos matices: uno de ellos es que la herencia pasiva que es aceptada pura y simplemente resulta perjudicial tanto para acreedores del heredero como para acreedores del causante, pues en este caso ambos grupos de acreedores se verían perjudicados por la confusión de dos patrimonios altamente endeudados.

También aquí, de las ocho hipótesis posibles, cinco son neutras para los acreedores del heredero, dos son perjudiciales y una es positiva. En primer lugar, la situación positiva –que recordemos, era negativa para los acreedores del causante–, se da cuando ante una herencia solvente, el heredero insolvente acepta pura y simplemente, pues esto supondría que los acreedores del heredero podrían resarcirse con los bienes hereditarios. De otra parte, las situaciones neutras se dan o bien cuando la herencia es solvente y el heredero acepta pura o simplemente; o bien cuando el heredero acepta con declaración de beneficio de inventario, siendo irrelevante que la herencia sea activa o pasiva, o que el

ción de la deuda; así, CRISTÓBAL MONTES (2003), p. 324, señala que «aunque puedan generarse algunas dudas en cuanto a la procedencia de la misma, ya que en apariencia el patrimonio del deudor no sufre detracción alguna, sino tan solo modificación, en razón de que semejante modificación de la situación patrimonial puede resultar perjudicial (...), parece razonable dejar la puerta abierta a la operatividad de la revocatoria».

¹⁰³⁵ JORDANO FRAGA (1996), pp. 302-303.

¹⁰³⁶ VALLET DE GOYTISOLO (1989), p. 648, considera que los acreedores del causante también podrían ejercitar la tercería de mejor derecho frente a los legatarios y acreedores del heredero, siempre que el acreedor tercerista demuestre la insuficiencia del caudal relicto para cobrar sus créditos, tras haber hecho excusión de los bienes del heredero, y siempre que la falta de pago no le sea imputable; sin embargo, DE LA CÁMARA (1993), p. 2552, considera que esta posibilidad es dudosa.

heredero sea solvente o insolvente. Como podemos observar, también en este caso –y especialmente, pues es finalidad esencial del recurso–, el beneficio de inventario supone un mecanismo de protección del patrimonio del heredero¹⁰³⁷. En estas últimas cuatro situaciones, la posición de los acreedores del heredero no es exactamente neutra, toda vez que si hubiese *residuo* los acreedores podrían resarcir sus créditos con este. Por último, las situaciones perjudiciales para los acreedores del heredero se dan cuando siendo la herencia pasiva, el heredero acepta pura y simplemente, ya sea éste solvente o insolvente, pues en cualquiera de los dos casos estaría *disminuyendo* su estado patrimonial y correlativa garantía para sus acreedores personales.

Entrando ya a analizar si es posible el ejercicio de la acción pauliana, también iremos analizando uno a uno los presupuestos. En cuanto al primero, la existencia de un crédito frente al heredero aceptante y de fecha anterior a la aceptación¹⁰³⁸, no parece que sea problemático. El segundo presupuesto es que el heredero-deudor haya realizado un acto de disposición y que exista *relación de causalidad* entre el concreto acto que se impugna y la insolvencia (o insolvencia agravada) del heredero aceptante¹⁰³⁹; que también se cumple. El último requisito es que el acto se haya realizado en fraude de acreedores o que, al menos, haya tenido carácter gratuito para el tercer adquirente: he aquí la prin-

¹⁰³⁷ JORDANO FRAGA (1996), pp. 274-304, pone de manifiesto que, para el Derecho español común, la aceptación hereditaria perjudicial solo puede ser pura y simple (*ex* artículo 1003 CC.); mientras que, en cambio, si el heredero acepta una herencia pasiva con el *beneficio de inventario*, ningún perjuicio, por tal causa, sufrirán sus acreedores personales. No obstante, esto no es del todo cierto, pues el heredero puede perder el beneficio de inventario o también renunciar al mismo, de manera expresa o tácita; en este segundo caso, y como la renuncia perjudica a sus acreedores en las mismas condiciones en que si no hubiese usado nunca el beneficio de inventario, el autor considera que, a falta de otro remedio específico, y habida cuenta de que viene determinado por un *acto voluntario* del deudor, también debe admitirse la posibilidad de ejercicio de acción revocatoria.

¹⁰³⁸ JORDANO FRAGA (1996), pp. 271 y ss., señala que habrá que dejar a salvo el supuesto «*anómalo o excepcional*» en que el deudor haya agravado su propia insolvencia «con las miras puestas en el perjuicio de un crédito de futura y segura existencia»; supuesto en el que los acreedores podrán ejercer la acción revocatoria, pero a quienes les incumbirá la «(no fácil) prueba de la *maquinación dolosa/mala fe* –la *preordenación* del acto anterior al perjuicio del crédito posterior–, tanto del deudor como, en su caso, si el acto perjudicial de *quo* es un contrato, de su contraparte en él». Además, el autor se cuestiona si a los acreedores anteriores a la aceptación de herencia perjudicial se les ha de considerar como acreedores posteriores a ésta, retrotraído su efecto, *ex* artículo 989 CC, al momento de la apertura de la sucesión; cuestión a la que termina dando respuesta negativa: «este problema debe ser resuelto en términos de pura cronología, y de *cronología real*, no ficticia. Son acreedores de fecha anterior a la aceptación hereditaria todos aquellos cuyo crédito contra el deudor aceptante nació antes de la fecha de ésta, aunque sea en momento sucesivo al de la apertura de la sucesión».

¹⁰³⁹ JORDANO FRAGA (1996), pp. 270-272, afirma que únicamente podrá ejercitarse la acción revocatoria cuando el heredero haya aceptado pura y simplemente una herencia insolvente o pasiva, pues solo de esta se puede derivar un perjuicio económico; sin embargo, en nuestra opinión esto no es del todo cierto, pues podría ocurrir que el heredero disminuyese su liquidez al aceptar una herencia activa –piénsese, por ejemplo, en una herencia con bienes inmuebles de alto valor y la correspondiente deuda tributaria–, en cuyo caso, el recurso a la revocatoria debería seguir siendo posible.

cipal traba. Probar el fraude podría ser complicado, pues el heredero-deudor siempre podría alegar que aceptó pura y simplemente por razones de orden moral o para honrar la memoria del difunto causante. Sin embargo, para Jordano Fraga¹⁰⁴⁰ estos motivos son insuficientes, pues «por mucho que aceptando pretendidamente quisiera (¡a costa de sus acreedores personales!) honrar la memoria del difunto causante, [el heredero] conocía o pudo diligentemente conocer el perjuicio que su aceptación hereditaria sin el beneficio de inventario causaba a sus acreedores personales». Además, se podría presumir el fraude en virtud del artículo CC, al tratarse de un acto no oneroso.

Por lo tanto, en este caso sí parece claro que los acreedores del heredero-aceptante podrán recurrir a la acción pauliana como último recurso para impugnar una aceptación pura y simple por parte de su deudor que disminuye notablemente su estado patrimonial. Esta parece la solución acertada, ya no solo porque los textos romanos que conciernen a la acción revocatoria o pauliana admitían sin dificultad su ejercicio contra la aceptación hereditaria hecha por un deudor en perjuicio y fraude de sus acreedores¹⁰⁴¹, sino sobre todo porque es opinión compartida por la doctrina civilista mayoritaria, tanto nacional como extranjera¹⁰⁴². Pero su viabilidad no es ilimitada; más bien al contrario, como recurso subsidiario que es, no podrá accionarse por los acreedores personales del heredero que dispongan de otros medios de protección, como el beneficio de separación en los derechos autonómicos en que se regula, o los acreedores de cuyos herederos ya responden limitadamente (País Vasco, Navarra, Aragón), o quienes tengan asegurado el cobro total de sus créditos por otras vías.

Según Jordano Fraga¹⁰⁴³, el resultado de una impugnación exitosa por los acreedores del heredero sería la ineficacia, relativa y limitada, de la aceptación

¹⁰⁴⁰ JORDANO FRAGA (1996), pp. 282-283.

¹⁰⁴¹ JORDANO FRAGA (1996), pp. 247 y ss.

¹⁰⁴² Según MANRESA NAVARRO (1943), p. 416, la aceptación pura y simple de una herencia gravosa es el caso contrario al del artículo 1001 CC y, como la aceptación es un acto gratuito del deudor, podrán los acreedores impugnar la aceptación *ex* artículo 1111 CC, al presumirse hecha en fraude. LACRUZ BERDEJO (1961), p. 380, afirma que los acreedores del heredero perjudicados por una herencia en quiebra podrán ejercitar la acción pauliana, demostrando el perjuicio que sufren. GITRAMA GONZÁLEZ (1989), p. 249, señala que «antónimo del supuesto del artículo 1001 sería el de la aceptación pura y simple de una herencia a sabiendas de que es *damnosa*, por un heredero que es deudor insolvente ante sus acreedores personales. Si ya estos últimos veían difícil hacer efectivos sus créditos, ahora, al responsabilizarse el deudor, también ante los acreedores de la herencia, les será prácticamente imposible. Siendo acto gratuito del deudor el de tal aceptación pura y simple, que realiza sin necesidad ni beneficio, hay que colegir fraude por el perjuicio que irroga a sus acreedores personales, los cuales aquí sí que pueden esgrimir la acción pauliana *ex* artículo 1001 CC». También considera posible el recurso a la acción pauliana VALLET DE GOYTISOLO (1989), p. 656.

¹⁰⁴³ JORDANO FRAGA (1996), pp. 293-311, considera que, aun cuando la renuncia al beneficio de inventario no es una opción recogida en la ley, debe admitirse su existencia pues, en primer lugar, «donde hay libertad para pedir el beneficio de inventario, no puede dejar de haber la misma libertad para renunciarlo»; en se-

impugnada; es decir, la aceptación pura y simple seguiría siendo eficaz frente a cualquier otro sujeto distinto de los acreedores accionantes, y de manera limitada, o hasta donde sea preciso para el cobro de sus créditos. Lo que se consigue con la acción pauliana, en estos casos, es una suerte de *beneficio de separación invertido o simétrico*, o lo que es lo mismo, una preferencia de cobro, para los acreedores accionantes, respecto del patrimonio personal del heredero-deudor. Asimismo, si el heredero-deudor hubiese aceptado haciendo uso del beneficio de inventario y posteriormente hubiese renunciado al mismo, los acreedores del heredero-deudor también podrían, a falta de otro remedio específico, ejercitar la acción revocatoria frente a esa renuncia.

5. LOS ACREEDORES DEL REPUDIANTE: LA ACCIÓN DEL ARTÍCULO 1001 CC

Los acreedores del llamado repudiante tienen concedida una acción especial de protección de sus créditos en virtud del artículo 1001 CC. Este precepto estipula que «si el heredero repudia la herencia en perjuicio de sus propios acreedores, podrán éstos pedir al Juez que los autorice para aceptarla en nombre de aquél. La aceptación solo aprovechará a los acreedores en cuanto baste a cubrir el importe de sus créditos. El exceso, si lo hubiere, no pertenecerá en ningún caso al renunciante, sino que se adjudicará a las personas a quienes corresponda según las reglas establecidas en este Código»¹⁰⁴⁴.

El artículo 1001 CC, que tiene su antecedente en los Códigos civiles francés e italiano de 1865¹⁰⁴⁵, es uno de tantos preceptos que genera un interesan-

gundo lugar, la misma ley prevé algunos supuestos de pérdida del beneficio de inventario como *sanción*; en tercer lugar, tanto el *mantenimiento* como la *solicitud* del beneficio de inventario depende de la voluntad del heredero; y, en cuarto lugar, es necesario separar la aceptación/adquisición del uso de beneficio de inventario.

¹⁰⁴⁴ Este precepto es muy similar al actual artículo 524 del *Codice Civile* italiano, que establece que «*se taluno rinuncia, benché senza frode, a un'eredità con danno dei suoi creditori, questi possono farsi autorizzare ad accettare l'eredità in nome e luogo del rinziante, al solo scopo di soddisfarsi sui beni ereditari fino alla concorrenza dei loro crediti*». Las diferencias sustanciales son, en un primer lugar, que en el *Codice* ya se hace mención expresa a que no hace falta que concurra fraude, sino que la mera ocasión de perjuicio es suficiente; y, en segundo lugar, y de acuerdo con la doctrina italiana, esta acción también se podrá ejercitar cuando el llamado haya perdido el derecho de aceptar o este derecho haya prescrito (*vid.*, por todos, FERRI 1968, p. 109).

¹⁰⁴⁵ GARCÍA GOYENA (1852-A), p. 218, afirmó que tal disposición «parece justa y equitativa, aunque es enteramente contraria al Derecho Romano. Según él se podía repudiar la herencia, el legado y hasta la porción legítima, sin que los acreedores pudieran usar de la acción Pauliana: esta se ejercía en las enajenaciones o disminuciones reales de lo ya adquirido, no cuando pudiendo el deudor adquirir dejaba de hacerlo: *qui occasione acquirendi non utitur, non intelligitur alienare, veluti qui hereditatem omittit: unde qui repudiavit hereditatem, non est in ea causa ut huic edicto locum faciat*, ley 28, título 14, libro 50 del Digesto». DíEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1959), pp. 127 y ss., niega que el artículo 1001 CC tenga antecedentes históricos en el derecho romano y considera que el trasplante de este sistema al derecho español

te y curioso problema de Derecho civil, ya que se configura como punto de colisión entre los principios que rigen la sucesión hereditaria y los principios propios del derecho patrimonial ¹⁰⁴⁶.

El fundamento de la acción no resulta claro pues para algunos reside en el principio de buena fe, del que deriva la obligación del deudor de mantener su propia solvencia ¹⁰⁴⁷; para otros es consecuencia del artículo 6.2 CC, de acuerdo con el cual la renuncia a derechos solo será válida si no perjudica a terceros ¹⁰⁴⁸; y finalmente, para cierto sector, el fundamento de esta acción reside en el principio de responsabilidad patrimonial, y es corolario del artículo 1911 CC ¹⁰⁴⁹. En realidad, se podría decir que el fundamento *in essentia* de la acción del 1001 CC deriva de todas las razones anteriormente expuestas así como de la clara preferencia del legislador por salvaguardar el interés del acreedor ¹⁰⁵⁰.

5.1 La controvertida naturaleza jurídica de la acción del 1001 CC

La naturaleza jurídica de la acción del 1001 CC tampoco ha sido un tema pacífico en la doctrina; más bien al contrario, las teorías que se han defendido a lo largo de los años son diversas, algunas de ellas ya en completo desuso.

5.1.1 LA TEORÍA DE LA ACCIÓN PAULIANA

Algunos autores han visto en la acción del artículo 1001 CC una extensión de la acción revocatoria o pauliana ¹⁰⁵¹; tesis que ha sido puesta en tela de

ofrece dificultades. CRISTÓBAL MONTES (1969), pp. 231 y ss., señala que el Derecho romano no admitía que los acreedores del repudiante ejercitasen acción alguna, porque el que pudiendo adquirir no adquiere, no se entiende que enajena; de hecho, ni siquiera se permitía el juego de la acción pauliana para el caso de que los herederos *sui et necessarii* se hubiesen desprendido fraudulentamente de la herencia.

¹⁰⁴⁶ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1959), pp. 127 y ss., argumenta que esta acción supone la colisión entre el principio de que la repudiación es un acto enteramente libre, voluntario e irrevocable con el artículo 1911 CC, por lo que califica de «raro» que no se le hubiese concedido toda la atención que merece.

¹⁰⁴⁷ Por todos, DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1959), p. 169.

¹⁰⁴⁸ Por todos, GÍTRAMA GONZÁLEZ (1989), pp. 234-235.

¹⁰⁴⁹ Entre otros, O'CALLAGHAN MUÑOZ (1993), p. 2375; GETE-ALONSO CALERA (2011-A), p. 317; REBOLLEDO VARELA (2014), p. 721.

¹⁰⁵⁰ Se ha dicho que la razón del artículo 1001 CC reside en la necesidad de que el Derecho reaccione frente al agravio injusto que sufren los acreedores del heredero que, pudiendo encontrar solvencia en él si hubiese aceptado, se encuentran con que este ha repudiado la herencia, así, y entre otros, MANRESA NAVARRO (1943), p. 412; PUIG BRUTAU (1961), p. 248; GÍTRAMA GONZÁLEZ (1989), pp. 231 y ss., considera que la ley termina tomando partido por los acreedores del repudiante «probablemente porque considera sus derechos más dignos de protección»; AMENGUAL VILLALONGA (2014), p. 1158.

¹⁰⁵¹ MANRESA NAVARRO (1943), p. 412; GULLÓN BALLESTEROS (1959), pp. 113 y ss.; DE CASTRO BRAVO (2003), pp. 157 y ss., también las equipara, al decir que la acción del 1001, «como auténtica acción revocatoria, tendrá carácter subsidiario». En la doctrina italiana, CICU (1948), pp. 61 y ss.

juicio numerosas veces, principalmente por dos razones: la primera, que en nuestro derecho no rige el principio de adquisición automática, por lo que el llamado a suceder que repudia no se está desprendiendo de un derecho ya adquirido; la segunda, que es difícil considerar fraudulenta la repudiación de una herencia *damnosa*, la cual seguiría siendo *revocable* de acuerdo con el artículo 1001 CC ¹⁰⁵². Asimismo, otra crítica que se ha hecho es que la acción rescisoria busca la ineficacia del acto fraudulento y la consecuente restitución de las cosas al estado anterior al fraude; sin embargo, la ineficacia de la repudiación y la restitución a la situación anterior no cambiaría en absoluto el resultado, pues la herencia no habría sido renunciada, pero tampoco aceptada, con lo cual no se habría conseguido el objetivo directo de los acreedores, que no es otro que el ingreso en el patrimonio del deudor de bienes –los bienes de la herencia– suficientes para realizar sus créditos ¹⁰⁵³.

Sin embargo, para Jordano Fraga ¹⁰⁵⁴, la ineficacia relativa y parcial de la acción 1001 CC representa en efecto cierta semejanza con la acción revocatoria: la ineficacia es relativa, porque solo aprovecha al acreedor actor, y es limitada, porque se da únicamente hasta el tope cuantitativo que le corresponde a ese acreedor. Por lo tanto, la acción del artículo 1001 CC es semejante a la acción revocatoria en la ineficacia (relativa y limitada) que produce en la repudiación deuditoria impugnada (y en las adquisiciones hereditarias de terceros basadas en ella); pero es, en su opinión, diferente de la revocatoria en el efecto positivo –de atribución en garantía– (también éste relativo y limitado) que acompaña a y se apoya en el anterior. Por lo tanto, la acción del artículo 1001 CC presenta «innegables semejanzas» con la acción revocatoria, pero es distinta, específica y «no confundible» con esta; no en vano, una de las diferencias sustanciales entre ambas acciones guarda relación con el distinto alcance del perjuicio, pues mientras la acción revocatoria exige que se trate de un acto de empobrecimiento, mediante la disminución del activo o el aumento del pasivo, la acción del artículo 1001 CC únicamente protege frente a la insolvencia *no-reparada* o *no-disminuida* por la

¹⁰⁵² DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1959), p. 151, considera «discutible que la exigencia de un perjuicio de los acreedores en el artículo 1001 del Código civil sea idéntica al requisito de fraude de los acreedores preciso para el ejercicio de la acción rescisoria o pauliana».

¹⁰⁵³ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1959), p. 152; en igual sentido, CRISTÓBAL MONTES (1969), p. 260 y FLORENSA TOMÁS (2000), p. 1426.

¹⁰⁵⁴ Según JORDANO FRAGA (2001), pp. 109-115, «la *sola ineficacia* (relativa y limitada) de la repudiación perjudicial impugnada, *no* coloca esos bienes hereditarios (que *nunca* han estado en el ámbito de su garantía patrimonial) al alcance de la acción ejecutiva del acreedor actor, requiriéndose, a tal fin, además, un efecto positivo (también relativo y limitado) de atribución en garantía de dichos bienes al acreedor accionante». De tal forma que es la unión de ambos efectos (negativo y positivo) lo que permite la reparación del perjuicio del acreedor mediante el embargo o la ejecución de bienes hereditarios que su deudor pudo haber adquirido pero que nunca le llegaron a pertenecer.

repudiación. Además, la finalidad de la acción revocatoria es *restaurar* la misma situación de garantía patrimonial del deudor antes del acto que se pretende revocar; mientras que la del artículo 1001 CC es *crear* una situación de garantía patrimonial que nunca existió en favor del acreedor actor.

Por tanto, la doctrina mayoritaria considera que la acción del 1001 CC no es un supuesto específico de acción revocatoria; tesis que sostiene también el Tribunal Supremo en su Sentencia de 30 de mayo de 2003¹⁰⁵⁵. En este caso, un banco, acreedor del llamado repudiante, había ejercitado la acción revocatoria, y no la del artículo 1001 CC, suplicando la rescisión de la renuncia efectuada ante notario. En primera y segunda instancia, la pretensión le había sido concedida; sin embargo, en el recurso de casación el Tribunal Supremo advirtió que el Banco podía haber optado por seguir la vía del artículo 1001 CC, de pedir al Juez que les autorice a aceptar en nombre del heredero hasta cubrir el importe de sus créditos; por ello, concluye que «en el supuesto de renuncia de la herencia por un heredero, si la misma perjudica a sus acreedores, la única forma que tienen éstos de evitar ser perjudicados es acudir a la acción que les otorga el artículo 1001 del Código civil, opción que no ha ejercitado el Banco actor, y que otorga a los acreedores el derecho de aplicar al pago de sus créditos la porción necesaria de la herencia repudiada». No podemos dejar de llamar la atención sobre el hecho de que el Banco hubiese ejercitado la acción revocatoria, que recordemos, exige que se demuestre el fraude, y no la acción del artículo 1001 CC, que es, en principio, más simple en cuanto a los requisitos de prueba.

5.1.2 TEORÍA DE LA ACCIÓN SUBROGATORIA

Otro grupo de autores consideran que la acción del artículo 1001 CC es una acción subrogatoria por el tenor literal del precepto *in fine*, cuando dice que los acreedores podrán «aceptarla en nombre de aquel»¹⁰⁵⁶.

Esta teoría también ha sido ampliamente criticada por diversas razones: la fundamental es que la acción subrogatoria exige como presupuesto esencial la titularidad de un derecho por el deudor y la falta de ejercicio por parte de éste, es decir, la inercia del deudor; inercia que en el caso de la repudiación no existe pues la repudiación es una *omissio acquirendi* que constituye un rechazo a la

¹⁰⁵⁵ RJ 2003, 3917.

¹⁰⁵⁶ En la doctrina nacional, y como pone de manifiesto BAYOD LÓPEZ (1996), p. 65, la tesis que asocia la acción del artículo 1001 CC con la acción subrogatoria fue rechazada y no encuentra partidarios; en la doctrina italiana, NATOLI (1947), pp. 45 y ss.

adquisición de la herencia, o lo que es lo mismo, ejercicio del *ius delationis* en sentido negativo¹⁰⁵⁷.

Asimismo, y como señala Díez Picazo¹⁰⁵⁸, el artículo 1001 CC parte del hecho de que un deudor llamado a una herencia la renuncie, por lo tanto, en el momento en que los acreedores se ponen en marcha después de la renuncia, ninguna titularidad tiene ya el deudor. Si la tuvo, la perdió por virtud de la renuncia; se trataría, en todo caso, de un derecho ya ejercitado, sobre el cual ya no cabe posibilidad de acción subrogatoria¹⁰⁵⁹. Además, los acreedores que actúan por subrogatoria pueden acudir a los tribunales cuando no les resulte posible el ejercicio extrajudicial por oponerse el propio deudor o el tercero sujeto pasivo del derecho –*debitor debitoris*– o por cualquier otra causa; lo que parece indudable, dice el autor, es que ello no es necesario y, en cambio, en el artículo 1001 la previa autorización judicial aparece como presupuesto ineludible de la aceptación de la herencia.

Pero es que además la doctrina considera que admitir la acción subrogatoria en favor de los acreedores del repudiante podría ser grave, pues si los acreedores aceptasen la herencia en virtud de subrogatoria, tal aceptación surtiría los mismos efectos que si hubiese sido declarada por el deudor; es decir, daría lugar a la toma del título o cualidad de heredero en el deudor llamado, que quedaría como deudor responsable de las cargas de la herencia, bien con todos sus bienes, si la aceptación fue pura y simple, bien solo con los de la herencia, si lo fue a beneficio de inventario. Sin embargo, del artículo 1001 CC resulta que la aceptación aprovecha a los acreedores en cuanto baste a cubrir el importe de sus créditos y que el exceso, cuando lo haya, en ningún caso pertenece al renunciante, sino a las personas a quienes corresponda¹⁰⁶⁰.

5.1.3 TEORÍA DE LA ACCIÓN MIXTA

También se ha defendido por parte de la doctrina que la acción del artículo 1001 CC es una acción mixta, con caracteres propios de la acción rescisoria, por cuanto la finalidad pretendida es la ineficacia de la repudiación, y de la acción subrogatoria, pues, una vez devuelta la situación al momento anterior a la

¹⁰⁵⁷ BAYOD LÓPEZ (1996), p. 66; FLORENSA TOMÁS (2000), p. 1427, afirma que la conducta del deudor es activa y, por tanto, contraria a la inactividad, omisión o inercia del deudor, que sirve de presupuesto a la acción subrogatoria; en igual sentido, AMENGUAL VILLALONGA (2014), p. 1159.

¹⁰⁵⁸ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1959), pp. 156-158.

¹⁰⁵⁹ Esto ya había sido puesto de manifiesto previamente por LACRUZ BERDEJO (1950), p. 1127.

¹⁰⁶⁰ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1959), p. 158; BAYOD LÓPEZ (1996), p. 67; FLORENSA TOMÁS (2000), p. 1428.

repudiación, los acreedores ejercitan la facultad del deudor de aceptar la herencia¹⁰⁶¹. En opinión de Díez Picazo¹⁰⁶², alguna razón tienen quienes afirman que la acción del artículo 1001 es una figura intermedia entre la acción subrogatoria y la acción pauliana, pues ello explicaría que a la rescisión de la renuncia pudiera seguir la aceptación de la herencia, cosa que con la simple acción pauliana sería injustificable, y se explicaría también la propia aceptación –como ejercicio de derecho o facultad– que no podría admitirse en virtud de solo la subrogatoria por no existir después de la renuncia derecho del deudor que ejercitar, ya que este derecho habría reingresado en el patrimonio del deudor a causa de la rescisión. No obstante, cree el autor que la naturaleza mixta de la acción del artículo 1001 CC no salvaría el carácter limitado de la *aceptación* que solo aprovecha a los acreedores accionantes, por lo que «limitarse a decir que se trata de una figura intermedia en realidad es no explicar nada».

5.1.4 NUESTRA OPINIÓN AL RESPECTO: ACCIÓN *AD HOC*

En nuestra opinión, la tesis más plausible es que la acción del artículo 1001 CC se trata, tal y como ha señalado cierta doctrina¹⁰⁶³, de una acción específica y distinta, de una acción *ad hoc* o *sui generis* que tiene difícil encaje en nuestro sistema jurídico por haber sido *extraído y copiado* de un sistema jurídico diferente¹⁰⁶⁴.

5.2 Presupuestos de la acción del 1001 CC

Los presupuestos de la acción del artículo 1001 CC son básicamente tres: que exista verdadera repudiación, que dicha repudiación produzca un perjuicio

¹⁰⁶¹ Entre otros, GITRAMA GONZÁLEZ (1989), p. 239, considera que esta acción no se trata ni «de una pura acción pauliana ni de una pura acción subrogatoria, sino de una yuxtaposición de ambas acciones. Habría una acción rescisoria al objeto de declarar ineficaz la renuncia en fraude de acreedores, y luego una acción subrogatoria, a través de la cual los acreedores ejercitarían las facultades de su deudor en orden a aceptar la herencia. Siendo bastante esta postura de la que podría llamarse acción mixta...».

¹⁰⁶² DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1959), pp. 159-161.

¹⁰⁶³ Probablemente el primer autor en hablar de la naturaleza *sui generis* de la acción del 1001 CC fue LACRUZ BERDEJO (1950), p. 1127; DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1959), p. 172; BAYOD LÓPEZ (1996), p. 70; RIVAS MARTÍNEZ (2009), p. 2512; AMENGUAL VILLALONGA (2014), p. 1159; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), p. 263.

¹⁰⁶⁴ Para BAYOD LÓPEZ (1996), pp. 52 y 81, esta norma no encaja en nuestro sistema hereditario de adquisición por aceptación (sistema romano), porque el origen de tal acción se encuentra en un sistema jurídico, el francés, en el que los bienes de la herencia sí llegaron a formar parte del patrimonio del deudor repudiante.

a los acreedores del repudiante, y que los acreedores soliciten autorización al juez para «aceptar en su nombre».

5.2.1 QUE EXISTA VERDADERA REPUDIACIÓN

En efecto, el artículo 1001 CC comienza señalando que «si el heredero repudia...»; locución que merece una primera y sucinta crítica por la impropiedad en la que incurre el Código Civil al llamar heredero al repudiante¹⁰⁶⁵, y que además se repite en la LJV, cuyo artículo 93 confiere legitimidad a los «acreedores del heredero que hubiere repudiado la herencia» para solicitar la autorización judicial preceptiva. Dejando de lado esta crítica formal, parece clara la exigencia de que se produjese una auténtica y definitiva¹⁰⁶⁶ repudiación¹⁰⁶⁷, y que esta surta todos los efectos que la ley le depara; para ello, el repudiante tuvo que tener la plena capacidad legal para repudiar, así como observar los requisitos de forma que la ley exige¹⁰⁶⁸.

¹⁰⁶⁵ BAYOD LÓPEZ (1996), pp. 97-98, para quien el error se debe a una mala traducción del artículo 788 del *Code Civil*, que habla de *héritier* –porque allí realmente llega a serlo–.

¹⁰⁶⁶ REBOLLEDO VARELA (2014), p. 730, pone de manifiesto la posibilidad de que, llamado el deudor a una herencia como heredero *abintestato*, repudie la misma –lo que inicialmente daría lugar a la aplicación del artículo 1001 CC–; pero si después se tiene noticia de un llamamiento testamentario inicialmente desconocido, conforme el artículo 1009 todavía es posible la aceptación. En este caso, seguirían siendo de aplicación, según el autor, los artículos 1004 y 1005 CC y no el supuesto excepcional del artículo 1001 CC que sí lo sería en el caso inverso, esto es, en caso de repudiación en sucesión testada de quien también es llamado *abintestato*. Asimismo, y como señalan SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), pp. 264-265, es necesario que se haya efectuado verdadera repudiación, no bastando pues el mero silencio.

¹⁰⁶⁷ En este sentido, es importante señalar que la acción del artículo 1001 CC debería ser únicamente aplicable al caso de repudiación, y no al caso de renuncia traslativa, tal y como parece ocurrir en la SAP de Granada de 30 de septiembre de 2013 (JUR 2014, 32827). En este caso, Luis Carlos había renunciado a la herencia de su madre a favor de sus dos hijas, dice la sentencia, por lo que en este caso habría, de acuerdo con el artículo 1000 CC, una aceptación por renuncia traslativa; no obstante, la SAP incurre en el error de considerar que Luis Carlos había ocasionado un perjuicio evidente a un acreedor con susodicha renuncia, razón por la que autorizó a este último, Carmelo, a aceptar, en nombre de Luis Carlos, la herencia de su madre, hasta el importe de su crédito, declarando la nulidad de la adjudicación de herencia y obligando a los herederos a realizar nueva partición y adjudicación de herencia. Nos parece criticable esta sentencia porque debería haberse aplicado la revocatoria (había aceptación) y no la acción del 1001 CC, reservada únicamente para el caso de que exista repudiación en perjuicio de acreedores.

¹⁰⁶⁸ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1959), p. 181, lo relata así «la renuncia del deudor debe ser perfectamente válida y regular. Ello exige: 1.º, que la sucesión de aquel de cuya herencia se trate haya sido abierta bien por muerte, bien por declaración de su fallecimiento; 2.º, que a la sucesión del fallecido haya sido llamado, legítima o testamentariamente, el deudor, luego renunciante, es decir que se haya producido la delación de la herencia a su favor; 3.º, que no se haya producido, con anterioridad a la renuncia, acto del llamado que pueda considerarse como aceptación tácita o adquisición *ex lege* de la herencia, es decir, que el llamado no haya perdido la facultad de renunciar; 4.º, que el deudor renunciante tenga la capacidad legal necesaria para renunciar la herencia que se le ha deferido; 5.º, que en la repudiación se hayan observado los requisitos de forma exigidos por la ley (artículo 1008)». Estos requisitos son importantes, pues como

5.2.2 EL PERJUICIO A ACREEDORES

El segundo presupuesto del artículo 1001 CC es que el heredero repudie la herencia «en perjuicio de sus propios acreedores»¹⁰⁶⁹; pero nótese que el precepto habla únicamente de perjuicio, por lo que a diferencia de la acción revocatoria, solo se habrá de probar el perjuicio y no el fraude¹⁰⁷⁰. Para que exista en puridad perjuicio¹⁰⁷¹ tiene que concurrir la insuficiencia del patrimonio del deudor para hacer frente al cumplimiento de todas sus deudas, de una parte, así como la naturaleza *activa* o *beneficiosa* de la herencia que se ha repudiado, de otra; si no lo fuese (*hereditas damnosa*), no habría perjuicio para los acreedores del repudiante¹⁰⁷². De hecho, alguna doctrina ha incluso apun-

señala REBOLLEDO VARELA (2014), p. 728, «no son infrecuentes en la práctica los supuestos en que una repudiación, generalmente notarial, se produce sobre una herencia respecto de la que ya ha recaído aceptación tácita por parte del deudor heredero (artículo 999 CC) –y más excepcionalmente la aceptación *ex lege* del artículo 1002 CC».

¹⁰⁶⁹ Es necesario señalar, que a pesar de que el tenor literal del precepto hable de *acreedores* en plural, bastará que exista, al menos, un acreedor perjudicado para que la acción pueda ejercitarse, GITRAMA GONZÁLEZ (1989), p. 241; RIVAS MARTÍNEZ (2009), p. 2513. Téngase también en cuenta que el perjudicado puede ser una persona física o una institución pública; destaca en este sentido la Resolución 5/2019, de 21 de febrero, de la Dirección General de Hacienda, por la que se hacen públicos los criterios generales que informan el Plan de Lucha contra el Fraude de la Hacienda Foral de Bizkaia para el año 2019, que incluye entre sus medidas «el control y revisión de las operaciones de transmisiones de bienes y derechos, donaciones, renunciaciones a herencias y otras operaciones similares, realizadas por personas deudoras a la Hacienda Foral».

¹⁰⁷⁰ Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1959), p. 188; FLORENSA TOMÁS (2000), p. 1426; RIVAS MARTÍNEZ (2009), p. 2513.

¹⁰⁷¹ En relación con el perjuicio, Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1959), p. 168, se pregunta si tiene el deudor obligación de adquirir o si tienen los acreedores derecho a que el deudor adquiriera, argumentando que «no sería dificultad menor para admitirla el hecho de que se trataría en todo caso de una obligación cuyo contenido consistiría siempre en un *facere* de carácter personalísimo e incoercible, ni tampoco la dificultad de admitir la existencia de un derecho de ejercicio obligatorio»; si bien, considera que la admisión de esta obligación estaría necesariamente vinculada a la suficiencia o insuficiencia del patrimonio del deudor, de forma que «si el deudor es perfectamente solvente y su patrimonio suficiente para la satisfacción de sus deudas, no puede de ninguna manera admitirse la existencia de la pretendida obligación, solo concebible en teoría cuando el deudor es insolvente o rayano en la insolvencia». En definitiva, el autor considera que nunca podría admitirse una obligación específica de aceptar y adquirir una herencia, sino, «en último extremo, de una obligación genérica de mantener la propia solvencia».

¹⁰⁷² Para Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1959), pp. 184-188, el perjuicio de acreedores presupone la insuficiencia del patrimonio del deudor –que «puede ser denominada como insolvencia» pues no es sinónimo de concurso o de quiebra, ni de situación deficitaria–. En realidad, dice el autor, toda situación deficitaria –pasivo mayor que activo– significa situación de insolvencia; pero la insolvencia puede existir aunque la situación del patrimonio no fuese deficitaria, como ocurriría si, por ejemplo, fueran todos los bienes o la mayor parte de ellos no realizables por los acreedores. También entienden que la herencia debe ser *damnosa*, entre otros, MANRESA NAVARRO (1943), p. 414; GITRAMA GONZÁLEZ (1989), p. 244; BAYOD LÓPEZ (1996), p. 99. En la doctrina italiana, véase BALZARETTI (1996), p. 92. En nuestra opinión, el presupuesto de la solvencia debería predicarse de la cuota que ha sido repudiada y posteriormente aceptada por otro, más que de la herencia en general. Piénsese por ejemplo en una herencia, pasiva o no, en la que ha habido adjudicación de bienes para pago de deudas en favor de un único coheredero, que acepta y soporta el riesgo de la posible solvencia o insolvencia de manera personal: si la otra cuota repudiada y pos-

tado que es necesario inventariar bienes y obligaciones del caudal relicto a efectos de saber si puede haber o no perjuicio para acreedores¹⁰⁷³, y también se ha considerado que no se le debe exigir prueba a los acreedores accionantes de que efectivamente la herencia no es *damnosa*, pues no existiendo aceptación por el repudiante no pasan ni a ser acreedores del heredero con el mínimo margen que ello le da para interferir en la herencia¹⁰⁷⁴.

En otro orden de cosas, y teniendo en cuenta esta exigencia de perjuicio de acreedores, parece obvio que debe haber un crédito válido frente al deudor-repudiante, no siendo necesario que esté vencido, ni sea líquido o exigible, ni que el acreedor ostente título ejecutivo¹⁰⁷⁵; pero sí se requiere que el crédito entre el repudiante y el acreedor haya surgido en una fecha anterior a la repudiación, toda vez que, si surgiese después, los acreedores no podrían considerarse perjudicados por la misma¹⁰⁷⁶.

teriormente aceptada fuese positiva, no vemos óbice para que los acreedores personales del repudiante puedan recurrir a la acción del 1001 CC.

¹⁰⁷³ GITRAMA GONZÁLEZ (1989), p. 244.

¹⁰⁷⁴ BAYOD LÓPEZ (1996), pp. 106 y ss.; REBOLLEDO VARELA (2014), p. 736.

¹⁰⁷⁵ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1959), pp. 173-180, hizo un estudio pormenorizado de las condiciones del crédito, y añadió que el acreedor de una obligación natural no puede accionar por el artículo 1001 ya que no se tratan de créditos perfectamente válidos o tutelados. Respecto de los créditos condicionales, el autor considera que no plantean problema las obligaciones bajo condición resolutoria o condición suspensiva, pues a pesar de que mientras no se cumple la condición solo existe una expectativa de derecho, el ordenamiento jurídico (artículo 1121 CC) les confiere cierta protección para la conservación de su derecho. Sobre los créditos sometidos a plazo, el autor considera que la legitimación de los acreedores en este caso es todavía más evidente, de conformidad con el artículo 1129.1.º CC, por la que el deudor pierde todo derecho a utilizar el plazo cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda. Además, también estarían legitimados para ejercitar la acción del artículo 1001 CC los causahabientes de los acreedores y también los cesionarios si la cesión fue eficaz, frente al deudor o el que pagó por el deudor al anterior acreedor, siempre que se admita la subrogación por pago. Por último, en caso de pluralidad de acreedores, si fuesen solidarios, cualquiera de ellos podrá ejercitar el derecho concedido en el artículo 1001, para realizar la totalidad del crédito aunque responda frente a los demás de la parte que les corresponda en la obligación; si fuesen acreedores mancomunados, la ley dispone que, siendo la prestación divisible, cada acreedor puede ejercitar su derecho por la parte que en el crédito le corresponde, pero siendo indivisible, habrán de proceder conjuntamente.

¹⁰⁷⁶ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1959), pp. 178 y ss., considera que excluir de legitimación a los acreedores posteriores a la renuncia «no deja de chocar con dificultades prácticas, ni de conducir a resultados sorprendentemente extraños. Efectivamente, admitamos que solo los acreedores anteriores a la renuncia están legitimados para ejercitar el derecho concedido en el artículo 1001. ¿Puede esto querer decir que son ellos los únicos posibles beneficiarios de las consecuencias del ejercicio de este derecho?». Para el autor, el derecho reconoce como principio general el de igualdad de todos los acreedores (*par conditio creditorum*), y parece difícil admitir que solo los primeros queden beneficiados por las consecuencias del ejercicio del derecho. El dilema, dice, solo puede resolverse de una de estas dos maneras: generalizando la legitimación para aceptar a todos los acreedores del heredero o, la solución por él preferida, reconociendo a los legitimados un derecho de exclusión o de preferencia sobre los bienes de la herencia, por dos razones: que la falta de perjuicio priva de legitimación a los acreedores posteriores a la renuncia y que la falta de legitimación para ejercitar el derecho impide que puedan gozar de las ventajas que el mismo proporcione en la misma medida que aquellos a quienes la ley lo atribuye. También consideran que el crédito debe ser anterior, entre otros, RIVAS MARTÍNEZ (2009), p. 2513, y REBOLLEDO VARELA (2014), p. 724, quien señala

5.2.3 AUTORIZACIÓN PARA ACEPTACIÓN EN SU NOMBRE

Por último, el artículo 1001 CC indica que los acreedores del heredero que haya repudiado en perjuicio de éstos podrán «pedir al Juez que los autorice para aceptarla en nombre de aquél». Sobre este precepto dos cuestiones conviene analizar: la primera, la autorización judicial; la segunda, en qué condiciones adquieren los acreedores derechos sobre los bienes relictos.

En lo que concierne a la autorización judicial, se ha dicho que la finalidad de su exigencia reside en la necesidad de control de la legalidad; así, el juez determinará si el crédito es apto a los efectos del artículo 1001 CC, y si se cumplen todos los requisitos o presupuestos previstos por la norma¹⁰⁷⁷. Con anterioridad nos hemos referido a qué tipo de acreedores estarían legitimados para accionar el artículo 1001 CC; conviene ahora que analicemos quién estará legitimado pasivamente. En este sentido se ha dicho que la acción habrá de ejercitarse frente al repudiante, de una parte, y frente a los beneficiados por la repudiación, de otra¹⁰⁷⁸. El procedimiento se encuentra regulado en los artículos 93 a 95 de la LJV y se trata, según la doctrina, de un expediente simple; tanto, que no requiere de abogado o procurador para los intervinientes, si la cuantía del haber hereditario es inferior a seis mil euros y para resolverlo, el juez solo tiene que considerar «la justificación ofrecida y valorando su conveniencia a los intereses de los llamados a la herencia»¹⁰⁷⁹. La competencia corresponderá al Juzgado de Primera Instancia del último domicilio o, en su defecto, de la última residencia del causante y, si lo hubiere tenido en país extranjero, el del lugar de su último domicilio en España o donde estuviere la mayor parte de sus bienes, a elección del solicitante.

En cuanto a la manera en que los acreedores adquieren derecho a bienes hereditarios una vez conseguida la autorización judicial, lo cierto es que el

la que el crédito ha de ser anterior a la repudiación, pero puede ser posterior a la muerte del causante. Por la misma razón de que el crédito ha de ser anterior a la repudiación, señala BAYOD LÓPEZ (1998), p. 112, es necesario que el crédito tenga fecha cierta.

¹⁰⁷⁷ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1959), pp. 189-190, considera que «el fundamento del requisito de la previa autorización [radica] en la necesidad de llenar una finalidad puramente práctica: que por su propia autoridad no pueden los acreedores ocupar los bienes de la herencia para reparar el perjuicio que la renuncia les ocasionó; que el ejercicio de su derecho de aceptar debe precisar la justificación de sus presupuestos». En igual sentido FLORENSA TOMÁS (2000), p. 1437.

¹⁰⁷⁸ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1959), pp. 180-181; GITRAMA GONZÁLEZ (1989), p. 243. En Italia, y tal y como pone de manifiesto BALZARETTI (1996), p. 99, tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia (por todas, *Cass.*, 12 de junio de 1964, n. 1470) han considerado que la legitimación pasiva recae únicamente frente al deudor-renunciante.

¹⁰⁷⁹ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), p. 266.

precepto ha generado bastante controversia por su redacción literal, que habla de *acceptar [la herencia] en nombre del [repudiante]*.

Una primera teoría es la de Díez Picazo que propone la teoría de la doble adquisición¹⁰⁸⁰. Según el autor, al accionarse la facultad del artículo 1001 CC se produce una doble adquisición de la herencia: de una parte, adquiere el llamado que repudió los bienes necesarios para la satisfacción de los acreedores accionantes y, de otra parte, adquieren el exceso los beneficiados por la repudiación. La *ratio* de esta teoría se encontraría en que existe cierta atribución patrimonial en favor del deudor renunciante, pues no puede en manera alguna pensarse que los bienes se transmitan siempre a los aceptantes posteriores y que sea sobre el patrimonio de éstos sobre el que realicen sus créditos los acreedores. Esta tesis tiene indudables implicaciones en el ámbito de nuestro estudio –la responsabilidad por deudas hereditarias–, pues el autor considera que la responsabilidad del pago de las deudas hereditarias debe pesar sobre los adquirentes de los bienes hereditarios en proporción a la parte que reciban del caudal relicto, de forma tal que quedarían obligados al pago de las deudas hereditarias el renunciante y los sucesivamente llamados que hubieren aceptado la herencia; si bien, la responsabilidad del repudiante se limitaría al importe de los bienes hereditarios, no por la ficción de que la aceptación que realizaran sus acreedores debe entenderse a beneficio de inventario, sino porque no siendo otra la finalidad de esta aceptación para el pago de estos acreedores, no es posible reconocer una responsabilidad *ultra vires* de aquél.

Por lo que atañe a la responsabilidad de los adquirentes por llamamiento sucesivo, el autor distingue dos situaciones: si aceptan con posterioridad a la acción de los acreedores, se les adjudicará el remanente; por el contrario, si aceptan con anterioridad, su aceptación queda, además de ineficaz, subordinada al resultado de aquella acción. Su responsabilidad en el pago de las deudas hereditarias es, desde luego –con independencia de que hayan aceptado pura y simplemente o a beneficio de inventario– proporcional a la parte de bienes que hayan de recibir. Puede hacerse efectiva, bien liquidándose primero por el primer llamado o por sus acreedores todas las cargas de la herencia y adjudicándoseles después el remanente, como en el caso anterior, bien recibiendo los bienes suficientes para hacerse ellos mismos cargo del pago de las deudas hereditarias. También entiende el autor que habría que distinguir en este caso si el pago se hizo antes o después del ejercicio del artículo 1001 CC; así, si el pago se hizo antes, los beneficiados se subrogan en los derechos de los acreedores frente al deudor y adquieren todos los bienes de la herencia; pero si el

¹⁰⁸⁰ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1959), pp. 171 y ss.

pago se hizo después, podrán repetir contra el deudor pero adquirirán los bienes que respondían del pago, esto es, los que el deudor adquirió por acción de sus acreedores¹⁰⁸¹. Por último, en cuanto a la eficacia de los actos de disposición realizados por estos beneficiados antes del ejercicio de la acción del artículo 1001 CC por los acreedores del repudiante, considera el autor que si medió buena fe, el tercero debe quedar firme en su posición: solo podrán los acreedores del primer llamado reclamar de los llamados en segundo lugar aquello en que se hubiesen enriquecido injustamente; por el contrario, si hubiesen procedido de mala fe –como cómplices de fraude del deudor– la enajenación podría ser rescindida por la acción pauliana.

Esta teoría ha sido sin embargo criticada por diversos autores. Gitrama¹⁰⁸² se mostraba escéptico, al señalar que quizás sea una aceptación *ficta* de la herencia de la cual resulta una doble adquisición, pero en tal caso, los acreedores no toman la cualidad de heredero ni se hacen responsables de las cargas hereditarias. Para Florensa¹⁰⁸³ esta tesis no es correcta por cuatro razones: primero, que la ley concede una legitimación extraordinaria a los acreedores del repudiante, pero esta legitimación no presupone la agresión directa *recta viae* del patrimonio responsable, sino oblicua o indirecta, a través del *ius delationis* del deudor repudiante y previa autorización judicial; segundo, que no puede asumir la condición o título de heredero quien ha tenido oportunidad de manifestarse negativamente sobre la cuestión; tercero, que parece innecesario el ingreso en el patrimonio del deudor de bienes hereditarios suficientes; y cuarto, que no asiste a los acreedores una acción pretendidamente independientes, sino que es la misma que se deriva de su derecho de crédito frente al deudor –derecho preferente–, lo que les legitima para ejecutar los bienes, si bien a través de su propio deudor.

Por todas estas críticas, la doctrina moderna ha propuesto una nueva tesis contraria a la mantenida por Díez Picazo¹⁰⁸⁴, según la que, a pesar del tenor literal del precepto, no hay adquisición de la herencia ni por el repudiante, que

¹⁰⁸¹ Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1959), p. 194.

¹⁰⁸² GITRAMA GONZÁLEZ (1989), p. 240, quien consideró que los responsables de las cargas hereditarias deberían ser los beneficiarios en proporción a sus cuotas. En igual sentido, BAYOD LÓPEZ (1996), pp. 72 y 89, para quien esta tesis también contradice la adquisición por adición, la aceptación voluntaria y la irrevocabilidad de la repudiación; REBOLLEDO VARELA (2014), p. 722.

¹⁰⁸³ FLORENSA TOMÁS (2000), pp. 1429-1432.

¹⁰⁸⁴ Para Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1959), pp. 169-172, hay conforme a la expresión literal de la ley una *aceptación en nombre del deudor*; sin embargo, no parece que pueda admitirse que existe representación voluntaria ni legal del deudor por sus acreedores, ni una gestión de negocios sin mandato. Es decir, que cuando el Código habla de aceptar *en nombre del* deudor no deja de emplear una expresión figurada sin ningún sentido técnico: «los acreedores no ejercitan un derecho de su deudor, sino un derecho que la ley les atribuye directamente. Actúan *iure et nomine proprio*».

no llega jamás a convertirse en heredero ¹⁰⁸⁵, ni por los acreedores. Se trata de la teoría de la inoponibilidad, defendida por varios autores, como Florensa ¹⁰⁸⁶ para quien la acción del artículo 1001 CC es un fenómeno único que se caracteriza, en primer lugar, por la ineficacia relativa y limitada de la repudiación, a consecuencia de su inclusión en el ámbito del artículo 6.2 CC y mediante el remedio de la *inoponibilidad*; y en segundo lugar, por la «legitimación subrogatoria» *ex lege*, que no acción subrogatoria, como complemento de la ineficacia de la repudiación. El autor considera que se puede equiparar la repudiación con la renuncia del artículo 6.2 CC, porque este último contiene un principio general informador y aplicable, por extensión, más allá del acto que sirve de objeto a la norma; de ser cierta la hipótesis por él propuesta, el artículo 1001 CC sería una aplicación particular del principio general establecido en el artículo 6.2 CC ¹⁰⁸⁷, y la consecuencia, la ineficacia limitada ¹⁰⁸⁸ y relativa ¹⁰⁸⁹ de la repudiación. De este modo, los acreedores acceden al patrimonio hereditario a través del mecanismo de la subrogación, pues este precepto les concede una legitimación subrogatoria excepcionalísima en virtud de su derecho de crédito privilegiado, para que, no *directamente*, sino *oblicuamente* a través de la titu-

¹⁰⁸⁵ BAYOD LÓPEZ (1996), pp. 183-184, sostiene, además, que tanto la doctrina francesa como la italiana «son acordes unánimemente con esta opinión y declaran sin empacho que la situación jurídica de repudiante no se ve alterada por el ejercicio de esta acción de los acreedores».

¹⁰⁸⁶ FLORENSA TOMÁS (2000), pp. 1429-1432; pero también GETE-ALONSO CALERA (2011-A), p. 321, señala que la consecuencia que se deriva del ejercicio de la facultad del artículo 1001 CC es la ineficacia de la repudiación, lo que legitima a los acreedores para actuar sobre los bienes como si éste hubiera aceptado: «la *inoponibilidad*. Es este concepto el que expresa legalmente en algunas normas cuando aluden a que aceptan en nombre del deudor repudiante»; en igual sentido, REBOLLEDO VARELA (2014), p. 722.

¹⁰⁸⁷ FLORENSA TOMÁS (2000), pp. 1429-1435, estudia además las características del acto de repudiación para concluir que es un acto subsumible en la norma del artículo 6.2 CC. Así, enumera como requisitos el que se trate de acto o negocio unilateral, voluntario, extintivo y no transmisivo, cuya extinción se produzca mediante el ejercicio del contenido del propio derecho que se extingue; que se trate de actos que no comportan *contraprestación*; que provoquen *empobrecimiento* en el patrimonio del disponente, cuya causa se encuentre en la pérdida de solvencia o en la no reparación de la insolvencia, y que cause un perjuicio a tercero; características que reúne el acto de repudiación. Además, ofrece otros argumentos a mayores para defender la equiparación de la repudiación a la renuncia: la equivalencia terminológica que hace el propio Código Civil, pues el artículo 1001 CC incluye los términos «repudia» y «renunciantes»; que la capacidad que se exige para renunciar y repudiar es la *capacidad de disposición*, y que existe un *argumento doctrinal* según el cual la repudiación es reconducible al principio general del artículo 6.2 CC.

¹⁰⁸⁸ Según FLORENSA TOMÁS (2000), p. 1433, la limitación es el aspecto cuantitativo de la inoponibilidad del artículo 1001 CC, y «se explica diciendo que la ineficacia solo afectará hasta la medida de la satisfacción del interés de los acreedores y se concreta en el comienzo del párrafo segundo cuando dispone que la aceptación solo aprovechará a los acreedores en cuanto baste a cubrir el importe de sus créditos».

¹⁰⁸⁹ FLORENSA TOMÁS (2000), p. 1433, afirma que «la relatividad significa que la ineficacia de la repudiación solo opera frente a los acreedores perjudicados por el acto del repudiante, de tal manera que el defectivamente delado o llamado adquirirá la herencia no querida por aquél, así como el título de heredero. (...) Si la ineficacia fuere absoluta, nunca la herencia repudiada podría hacer tránsito hacia el defectivamente llamado o delado ni podría beneficiarse un tercero de la misma, puesto que el acto se tendría por no realizado *erga omnes*, nulo de pleno Derecho, totalmente ineficaz».

laridad del repudiante y previa autorización judicial, accedan al patrimonio responsable para la posterior ejecución sobre los bienes hereditarios; la legitimación para subrogarse es la vía de acceso al patrimonio hereditario, que identifica el carácter indirecto del camino a seguir por los acreedores. Las consecuencias son, según el autor, las siguientes: respecto de los acreedores, el artículo 1001 CC les da accesibilidad al patrimonio hereditario para liquidar su crédito. Pero una cosa es que la norma tenga una *finalidad* liquidatoria y otra distinta es que la liquidación sea automática o inmediata; en este caso, la legitimación se concede para intervenir el patrimonio responsable mediante la intromisión en las operaciones hereditarias particionales o para facultar el embargo o cualquier otro medio de ejecución de bienes. Respecto del deudor repudiante se mantiene la eficacia de la repudiación, por lo que nunca será considerado heredero; así, la relación patológica, dice el autor, se establecerá entre el acreedor y la herencia yacente o entre el acreedor y el heredero efectivo, de la cual el deudor repudiante quedará al margen. Por último, respecto de los llamados defectivamente, se verifica la adquisición del título de heredero y de la herencia misma, sobre cuyos bienes pesará la carga del ejercicio del derecho de crédito del cual es titular el acreedor del repudiante; por ello, con independencia de la responsabilidad asumida con la aceptación –pura y simple o a beneficio de inventario–, el heredero no deberá ver perjudicada su posición más allá de lo estrictamente necesario: su patrimonio, considerado previamente a la adquisición de la herencia, debe quedar al margen de la intromisión del acreedor del repudiante. A tal fin, el patrimonio hereditario objeto de la repudiación debe considerarse, una vez adquirido, como *un patrimonio separado*. En tal caso sería conveniente que el defectivamente llamado aceptase siempre a beneficio de inventario, o que incluso ello fuera una exigencia legal.

Otros autores fundamentan esta teoría sin relacionar la repudiación con la renuncia, sino con otra cuestión sumamente importante en este estudio: que los acreedores del repudiante tienen preferencia de cobro sobre el activo hereditario neto; esto es, tienen preferencia sobre los acreedores del heredero que fue llamado tras la repudiación, pero no así sobre los acreedores del causante ¹⁰⁹⁰.

¹⁰⁹⁰ Criterio ya antes sostenido por GITRAMA GONZÁLEZ (1989), p. 248. GETE-ALONSO CALERA (2011-A), p. 321, señala de una manera general, que se respeta el orden de responsabilidad de los bienes, por lo que «el primer lugar corresponde a los acreedores por las deudas y cargas hereditarias, el segundo a los acreedores particulares del heredero repudiante que desplazan a los acreedores particulares de los herederos». REBOLLEDO VARELA (2014), p. 736, concreta que los acreedores del repudiante tendrán preferencia frente a los acreedores «de los herederos ulteriores beneficiados por la repudiación y que hayan aceptado».

5.3 Efectos o consecuencias del ejercicio de la acción del 1001 CC

Para el estudio de las consecuencias del ejercicio de la acción del 1001 CC habrá que distinguir si el repudiante era llamado a un llamamiento múltiple, o si por el contrario, se trataba de un llamamiento único y universal, como hace Rebolledo Varela¹⁰⁹¹. Así, en el primer caso, y según el autor, hay dos posibles interpretaciones: la primera, considerar que los acreedores solo pueden embargar el derecho hereditario. Esto podría no acomodarse con la previsión del artículo 1001 sobre el destino del exceso, aunque se podría mantener que tampoco son titulares los coherederos beneficiados por la repudiación, pues a estos solo corresponde el remanente, si lo hubiera. La segunda interpretación posible es entender que los acreedores del repudiante ostentan ciertas facultades en la comunidad hereditaria, bien en virtud de un derecho propio *ex* artículo 1001 CC, bien por vía subrogatoria. No obstante, si cuando los acreedores ejercitasen su derecho, la partición ya hubiese sido realizada, no podrán estos impugnarla. Pero, de admitir esta postura, habría que preguntarse si los acreedores pueden ser satisfechos mediante la adjudicación de bienes en pago o si habría que adjudicarlos al repudiante para su ejecución¹⁰⁹².

En el caso de repudiante único, no ve modificado su activo, pues ningún bien hereditario llega a adquirir¹⁰⁹³, pero sí su pasivo, en todo o en parte, pues este quedara disminuido; habrá que discernir pues, si se trata de una disminución permanente o provisional. En este sentido, la doctrina no es pacífica; así, ciertos autores consideran que los herederos sucesivamente llamados no tienen acción de repetición pues el patrimonio responsable de las deudas del repudiante es el relicto o hereditario, nunca el patrimonio de los que se convierten en herederos tras la repudiación, y como quiera que estos lo único que llegan a percibir es el residuo de la cuota del repudiante, si lo hubiera, nada podrán reclamar al repudiante por ello¹⁰⁹⁴. No cabe pues admitir que el pago de las

¹⁰⁹¹ REBOLLEDO VARELA (2014), p. 744.

¹⁰⁹² Para REBOLLEDO VARELA (2014), pp. 748-749, nada obsta a admitir la primera solución.

¹⁰⁹³ REBOLLEDO VARELA (2014), pp. 743 y ss., pone de relieve la necesidad de que, *de lege ferenda*, el legislador reforme esta institución, «desvinculándola de toda idea de aceptación de la herencia por los acreedores en nombre del deudor y enmarcándola directamente en las consecuencias de la repudiación de la herencia en perjuicio de los acreedores a través de la inoponibilidad de la misma».

¹⁰⁹⁴ BAYOD LÓPEZ (1996), pp. 187 y ss., quien ejemplifica su argumento a través de dos casos: en el primero, solo hay un único llamamiento de una herencia por valor de 700 y cargas por valor de 200, que es repudiada por A, insolvente, y que tiene deudor por valor de 300. Como el valor neto de la herencia es de 500, a lo que habría que restar los 300 del repudiante, el sucesivamente llamado se vería beneficiado por 200, valor que no hubiese llegado a percibir si el repudiante hubiese aceptado. En el segundo caso, hay varios llamamientos (tres, exactamente) para una herencia cuyo activo es de 900 y el pasivo de 300. Uno de ellos, insolvente y con deudas por valor de 100, repudia, por lo que su cuota acrece a la de los demás. El valor neto de la herencia es de 600 que, si hubiese que repartir entre tres tocaría a 200 por cuota, pero

deudas del repudiante por los herederos sucesivamente llamados se considere un pago por tercero *ex* artículo 1158 CC¹⁰⁹⁵, ni que quepa una *actio in rem verso*¹⁰⁹⁶. Por el contrario, otros autores consideran posible la acción de regreso por parte del tercer adquirente (heredero) frente al deudor repudiante cuando éste recupere su solvencia, respecto de la totalidad de lo satisfecho con cargo a los bienes relictos, pues el tercero heredero tiene derecho a recibir, en las relaciones internas con el deudor repudiante, todo el valor económico que, por testamento o por ley, hubiera éste podido adquirir en la herencia repudiada; lo contrario sería admitir, dentro de dicha relación interna, un enriquecimiento injustificado del deudor repudiante (en forma de reducción de su pasivo) a costa del tercero heredero (que ve correlativamente disminuido su lucro sucesorio)¹⁰⁹⁷.

En otro orden de cosas, importa señalar que, conforme a cierta doctrina española, si la herencia previamente repudiada es aceptada por un beneficiado por la repudiación, los bienes ya no son de la herencia sino titularidad de dicho heredero aceptante y se confunden con el resto del patrimonio de este¹⁰⁹⁸; no obstante, cierta doctrina italiana ha defendido que los bienes entran en el patrimonio del heredero sucesivamente llamado gravados con las deudas del repudiante, como prenda genérica, y que por ello, únicamente gozan de preferencia los acreedores hereditarios y los legatarios sobre el patrimonio del heredero (una vez la confusión ha tenido lugar) si la herencia ha sido aceptada a beneficio de inventario o si los acreedores del causante solicitaron la separación de patrimonios¹⁰⁹⁹.

Ahora bien, la doctrina española entiende que los acreedores personales del repudiante tienen preferencia absoluta sobre los acreedores personales del heredero sucesivamente llamado¹¹⁰⁰; cuestión ésta que creo convendría mati-

como había sido repudiada, será de 300. Los coherederos tendrían que asumir la deuda de 100 entre ambos, por lo que terminarían recibiendo 250. BAYOD LÓPEZ pone de manifiesto que incluso en el caso de que el repudiante tuviese deudas por valor de 200 euros (lo que le hubiese correspondido en caso de haber aceptado), su situación no se vería modificada, pues seguirían obteniendo los 200 que hubiesen recibido si el repudiante hubiese aceptado.

¹⁰⁹⁵ BAYOD LÓPEZ (1996), pp. 200 y ss.

¹⁰⁹⁶ BAYOD LÓPEZ (1996), pp. 209 y ss., manifiesta que la doctrina francesa es contraria a admitir la acción de regreso en favor de los herederos aceptantes; en la doctrina italiana sí se afirma, como regla general, la admisibilidad de tal acción.

¹⁰⁹⁷ JORDANO FRAGA (2001), pp. 125-126.

¹⁰⁹⁸ BAYOD LÓPEZ (1996), p. 161.

¹⁰⁹⁹ Por todos, CÍCU (1954), pp. 210 y ss.

¹¹⁰⁰ DíEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1959), pp. 180 y ss., considera que sobre los bienes hereditarios son preferentes los acreedores de la herencia a los acreedores del llamado que repudió y que la acción de los acreedores de la herencia no puede nunca dirigirse contra los acreedores aceptantes, sino contra los que ostenten el título o condición de herederos, es decir, el primer llamado y los llamados sucesivamente que hubieran aceptado.

zar, pues parece olvidar que el heredero sucesivamente llamado también podría encontrarse en situación de insolvencia, y si eso ocurriera, no creemos que lo justo fuese que los acreedores del repudiante tuviesen preferencia frente a los acreedores de quien efectivamente se ha convertido en heredero y ha adquirido los bienes hereditarios. En nuestra opinión, llegados a esa situación, habría que considerar que los acreedores accionantes del repudiante y los acreedores del heredero sucesivamente llamado concurrirían en igualdad de condiciones, y, si los bienes hereditarios no fuesen suficientes, habría que proceder a liquidar los bienes hereditarios de conformidad con el principio de *par conditio creditorum*. Por ello, estamos de acuerdo en que los acreedores del repudiante deben tener prioridad sobre los acreedores del nuevo aceptante si el repudiante fuese insolvente y el nuevo aceptante no; pero si por el contrario ambos fuesen insolventes tal prioridad desaparecería, y si algún grupo de acreedores debería tener prioridad frente al otro, debería corresponder a los acreedores del nuevo aceptante: al fin y al cabo, es este quien ha adquirido realmente la herencia a fin de buscar la solvencia necesitada.

5.4 Otras cuestiones sobre la acción del 1001 CC

Por último, existen ciertas cuestiones que parecen importantes a la hora de ejercitar la acción del 1001 CC, como la relativa al plazo; extremo este sobre el que la ley no se pronuncia expresamente¹¹⁰¹. La doctrina tampoco es pacífica en esta cuestión; así, ciertos autores defienden que el plazo es de cuatro años, por aplicación del artículo 1299 CC¹¹⁰²; mientras otros entienden que se debe aplicar el plazo genérico de las acciones personales, que antes era de quince años, y ahora de cinco, *ex* artículo 1964 CC¹¹⁰³.

Asimismo, cabría preguntarse qué ocurriría si los acreedores del repudiante ejercitasen esta acción de manera extemporánea, pero dentro del plazo legal; en efecto, podría ocurrir que los herederos sucesivamente llamados ya hubiesen enajenado o consumido los bienes hereditarios. En este sentido, Díez Picazo¹¹⁰⁴ considera que es relevante la buena fe o la mala fe de los herederos y terceros adquirentes para mantener la validez de la enajenación; no obstante,

¹¹⁰¹ A diferencia del legislador catalán, pues el artículo 461-7 CCCat señala en su apartado segundo que el derecho de los acreedores caduca al cabo de un año de la repudiación.

¹¹⁰² DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1959), p. 191; GITRAMA GONZÁLEZ (1989), p. 246; JORDANO FRAGA (2001), p. 130; RIVAS MARTÍNEZ (2009), p. 2514.

¹¹⁰³ PUIG BRUTAU (1961), p. 255; O'CALLAGHAN MUÑOZ (1993), p. 2376; BAYOD LÓPEZ (1996), p. 237.

¹¹⁰⁴ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1959), pp. 194-195.

para Bayod López¹¹⁰⁵ una cosa es la validez de estos actos de enajenación frente a terceros y otra la posición en la que han de quedar herederos aceptantes y acreedores-actores, pues al enajenar bienes hereditarios entra en el patrimonio de los herederos aceptantes un valor en sustitución de los mismos, que debería ser atribuido a los acreedores del repudiante.

En otro orden de cosas, se ha analizado por la doctrina el ensamblaje de los artículos 1001 y 1034 CC, pues este último establece que «los acreedores particulares del heredero no podrán mezclarse en las operaciones de la herencia aceptada por éste a beneficio de inventario hasta que sean pagados los acreedores de la misma y los legatarios; pero podrán pedir la retención o embargo del remanente que pueda resultar a favor del heredero»; por ello, se ha cuestionado si este artículo 1034 CC enerva la acción del artículo 1001 CC cuando se solicita el beneficio de inventario, considerando a tal efecto que ambas normas son compatibles, pues la solicitud de beneficio de inventario por el heredero sucesivamente llamado tras la repudiación no impide a los acreedores del repudiante interponer la acción prevista en el artículo 1001 CC, toda vez que el acreedor del repudiante no puede ser considerado acreedor del heredero¹¹⁰⁶.

Por último, se ha dicho por la doctrina que la acción del artículo 1001 CC puede ser paralizada si el heredero que recibe la herencia en defecto del renunciante satisface sus créditos a los acreedores reclamantes, y que esta acción es, en efecto, la única forma que tienen los acreedores de evitar el perjuicio¹¹⁰⁷.

5.5 La acción del 1001 CC no pueden ejercerla los acreedores del legatario

La doctrina tampoco es pacífica a la hora de considerar si la acción del artículo 1001 CC la pueden ejercitar los acreedores del legatario que renuncia a su legado o si por el contrario tendrían que acudir a otros recursos, como la acción pauliana. En este sentido, quienes consideran que el legado se adquiere de forma automática entienden que la acción del artículo 1001 CC únicamente se puede ejercitar en caso de repudiación de herencia, y no cuando se haya producido una renuncia de legado¹¹⁰⁸; por el contrario, quienes consideran que los acreedores del legatario-renunciante deben acudir al 1001 CC lo hacen

¹¹⁰⁵ BAYOD LÓPEZ (1996), pp. 226-227.

¹¹⁰⁶ BAYOD LÓPEZ (1996), pp. 166-167.

¹¹⁰⁷ RIVAS MARTÍNEZ (2009), pp. 2514-2515.

¹¹⁰⁸ GITRAMA GONZÁLEZ (1989), p. 242; BAYOD LÓPEZ (1996), pp. 109-110.

porque según su criterio el legado comporta una delación sucesoria que no se consume o perfecciona hasta la aceptación, expresa o tácita, o hasta la caducidad del *ius delationis*. Y como lo único que se atribuye *ipso iure* al legatario es la posibilidad de adquirirlo, no es posible, por parte de los acreedores, ni la acción revocatoria para impugnar la adquisición del legado, ni la acción subrogatoria para solicitar la entrega de la cosa objeto del legado ¹¹⁰⁹

No obstante, nosotros creemos más acertado considerar que es la acción pauliana general del artículo 1111 CC la que asiste a los acreedores de los legatarios que repudian en perjuicio de sus acreedores; así lo ha manifestado también el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 13 de julio de 2005 ¹¹¹⁰. En el referido caso, quienes habían sido nombrados legatarios renunciaron en escritura pública al legado que su padre don Benjamín les había hecho en testamento abierto con cargo a los tercios de libre disposición y mejora. Como consecuencia de la referida renuncia, los legatarios fueron sustituidos por sus hijos. Hasta aquí todo normal, salvo por la circunstancia de que los renunciantes, junto a sus esposas, habían contraído obligaciones dinerarias con un banco; razón por la que se declaró en primera y segunda instancia que las renunciaciones hereditarias de los obligados los colocaron en una situación de insolvencia provocada, dada la inexistencia de otros bienes suficientes: concurría el *consilium fraudis* y era procedente, pues, el ejercicio de la acción resolutoria del artículo 1111 CC. La sentencia de apelación fue recurrida con base en la no aplicación o interpretación errónea del artículo 1001 CC, que permite a los acreedores perjudicados, cuando el heredero repudia, solicitar al Juez que les autorice para aceptarla en nombre del renunciante, y, como dice el propio Tribunal Supremo, «sin referencia literal al legatario. La aportación de dicho artículo resulta innecesaria desde el momento que la sentencia de apelación no lo tuvo en cuenta y por ello no puede considerarse infringido». Para el Alto Tribunal, en este caso se cumplían los requisitos que permiten el éxito de la acción del artículo 1111, «es decir, de la existencia de crédito exigible anterior al acto fraudulento y que no resultó posible satisfacer en los procesos ejecutivos entablados. El fraude opera tanto cuando hubiese intención decidida de causar el perjuicio a los acreedores, como por la posible conciencia y previsión de que efectivamente tendría lugar, aunque, como dice la sentencia de 27 de noviembre de 1991, no se den elementos de juicio para estimar que la renuncia fue simulada, cuando concurren pruebas suficientes de que tal renuncia se presenta como acto fraudulento, en concreto como perjudicial para el Banco Pas-

¹¹⁰⁹ Por todos, JORDANO FRAGA (1996), pp. 364-378.

¹¹¹⁰ RJ 2005, 9000.

tor, SA. Las impugnaciones casacionales que quedan estudiadas se desestiman y sí cabe atender a que la revocación general de la partición decretada por la Audiencia Provincial se presenta excesiva e innecesaria, desde el momento en que el valor de los bienes exceden en mucho al importe de la deuda, por lo que resulta acertada y más conforme a la realidad jurídica presente la sentencia del Juzgado que decidió que la revocación de la escritura de 22 de diciembre de 1992 no precisa fuera total y sí solamente en la medida que sea necesaria para satisfacer los créditos obrantes en autor de la titularidad del Banco Pastor, SA, y con referencia concreta a los legados renunciados».

CAPÍTULO V

LA RESPONSABILIDAD DEL HEREDERO POR DEUDAS EN GENERAL

1. INTRODUCCIÓN: ANÁLISIS COMPARADO DE LA RESPONSABILIDAD DEL HEREDERO POR DEUDAS

Anteriormente hemos visto que existen dos sistemas sucesorios de adquisición de la herencia: el germánico, de adquisición automática, y el romano, de adquisición por aceptación. En este capítulo volveremos a distinguir entre distintos tipos de sistemas sucesorios, pero esta vez, en relación con la responsabilidad por deudas¹¹¹². También en esta materia, la doctrina mayoritaria ha recurrido al sistema binario de clasificación¹¹¹³: el sistema de sucesión en la

¹¹¹² Conforme a SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), p. 1, «en la definición de un sistema sucesorio también es determinante el modo en que se dispone la liquidación de las deudas del causante y las originadas por la sucesión».

¹¹¹³ No obstante, otros autores han ofrecido clasificaciones más prolijas. Entre otros, CASTÁN TOBEÑAS (1960-A), pp. 138-143, distingue hasta cinco sistemas de organización de la herencia en cuanto a la responsabilidad del heredero, a saber: sistemas de responsabilidad ilimitada e ilimitable, como ocurría en el derecho romano clásico; sistemas de responsabilidad ilimitada pero limitable en virtud del beneficio de inventario (sistema romano justinianeo); sistemas de responsabilidad ilimitada pero limitable en virtud de otros mecanismos; sistemas de responsabilidad limitada condicionada al cumplimiento de determinadas formalidades; y, por último, sistemas de responsabilidad absolutamente limitada. Nuestro Código Civil pertenece en su opinión a la segunda categoría y por ello únicamente se puede limitar a través del beneficio de inventario (a lo que nosotros añadiríamos el concurso de herencia). GONZÁLEZ GARCÍA (1989), p. 29, distingue entre tres sistemas de responsabilidad: el *ultra vires*, el *intra vires*, y el intermedio, en el que se establece la responsabilidad *ultra vires* para las deudas y la *intra vires* para las cargas. MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES (1998), pp. 81 y ss., propone también una triple clasificación: sistemas de sucesión en los bienes, entre los que incluye a los ordenamientos anglo-americanos; sistemas de continuación de la persona, entre los que incluye al sistema francés, italiano y catalán; y los sistemas continentales fuertemente patrimonializados, entre los que incluye al español, al alemán y a los hispanoamericanos. Para esta autora no es del todo correcto una división en un sistema binario pues como pone de manifiesto, la «complejidad y varie-

persona y el de sucesión en los bienes¹¹¹⁴, aunque algunos autores no utilizan esta nomenclatura sino que recurren a la distinción entre sistema romano y sistema germánico¹¹¹⁵.

En los sistemas de sucesión en la persona, el heredero sucede o continúa en la posición del difunto de manera que deviene deudor personal de los acreedores de aquel; por el contrario, los sistemas de sucesión en los bienes rechazan esta confusión de personas, de manera que el heredero o administrador no responde por deudas hereditarias más allá del caudal hereditario, en principio. La diferencia entre uno y otro sistema reside en que mientras el primero promueve la supervivencia de las relaciones jurídicas del causante, el segundo pretende la rápida liquidación, siempre que resulte posible, de las mismas¹¹¹⁶. Pasamos pues a un estudio más pormenorizado de ambos sistemas.

2. LOS SISTEMAS DE SUCESIÓN EN LOS BIENES

2.1 La liquidación del pasivo hereditario en *common law*

El derecho anglosajón es, probablemente, el paradigma de sistema sucesorio en el que la responsabilidad por deudas hereditarias está limitada a los bienes de la herencia. El origen del sistema sucesorio del *common law* es bastante peculiar, pues la transmisibilidad de las deudas era ciertamente reducida¹¹¹⁷ y con-

dad de soluciones acogidas en la organización de un procedimiento liquidatorio hace imposible el análisis y sistematización de las mismas bajo un criterio exclusivamente dual y simplista de modelos (...) La experiencia comparada demuestra que son posibles las combinaciones más complejas y la yuxtaposición de tendencias (de carácter personalista o patrimonialista) más diversa».

¹¹¹⁴ DEL MORAL Y DE LUNA (1953), pp. 706 y ss.; GARCÍA RUBIO (1989), pp. 175 y ss.; GRIMALDI (2001), p. 545. Más recientemente, BERROCAL LANZAROT (2010), p. 24, afirma que hay dos «tipos fundamentales de organizar el Derecho de sucesiones. El sistema latino, que encuentra su origen en el Derecho romano clásico a partir de las XII Tablas, que procura que la posición del causante se mantenga inalterable a base de ocupar su lugar el heredero (...) y el sistema anglosajón o sistema de liquidación...».

¹¹¹⁵ ROVIRA JAÉN (1969), p. 1575. VALLET DE GOYTISOLO (1989), p. 621, los denomina como sistemas de *continuación* y de *liquidación*.

¹¹¹⁶ MUÑOZ REYES-SÁNCHEZ (1998), p. 83.

¹¹¹⁷ De acuerdo con WILLIAMS (1861), pp. 2 y ss., en un primer momento, cuando la tierra no se podía transmitir salvo en excepcionales circunstancias, el heredero (*heir*) solo respondía por deudas cuando estas se tratasen de deudas *under seal* y bajo la concreta determinación de aquel como responsable del pago. A esto se le llamaba contrato especial (*specialty*); por él el heredero quedaba obligado, a la muerte de su antecesor, a pagar las deudas hasta el límite del valor de las tierras que había recibido de su antecesor. Estas tierras se llamaban *assets (by descent)*, provenientes de la palabra *assez*, en francés, que significa *enough* (suficiente, en español), ya que el heredero solo estaba compelido a pagar si heredaba tierras suficientes. De hecho, como se puede leer en el caso *Carew v Pergens* (1676), «... after the death of William Counter the Executor, who could not by the Law of England transport or assign any of his Fathers Obligations. (...) That in all original obligations and contracts between man and man, right must

cernía, principalmente, a la tierra (*land*); ello influido en buena medida por la distinción tan propia del mundo anglosajón entre *legal* y *equitable assets*¹¹¹⁸. Esta distinción se fue modulando con el tiempo hasta 1925, año en el que se eliminaron todas las consecuencias prácticas de su diferenciación¹¹¹⁹.

be done according to the Law of the Land, where such contracts and obligations were first made», resulta claro que la responsabilidad siempre se concibió de manera real y no personal. Por el contrario, dice WILLIAMS que los acreedores de contratos simples se encontraban totalmente sin remedio o acción alguna frente al heredero. Por ello, quienes tenían tierras que sí eran transmisibles procuraban que sus deudas fuesen pagadas, o bien transmitiendo las tierras a sus *executors*, o bien ordenándoles que aquellas fuesen vendidas. Con el tiempo esto cambió, y en virtud del *Statute of Wills*, todas las tierras *freehold* pasaron a ser transmisibles por testamento. Estos cambios dejaron a los acreedores en peor situación que nunca, pues si antes se podía obligar a un heredero por *Specialty*, tras el cambio este tipo de acreedor quedaba en la misma situación que los de simple contrato, ya que el título de beneficiario prevalecía frente a los acreedores, salvo que se tratase de un crédito asegurado con una hipoteca sobre la tierra. Ante este panorama, un cierto sentido de la justicia urgió a los testadores a exigir a los beneficiarios el pago de las deudas. Finalmente, en 1692, debido al *Statute of Fraudulent Devises*, los beneficiarios pasaron a ser también responsables por deudas.

¹¹¹⁸ WILLIAMS (1861), pp. 6 y ss., señala que esta distinción proviene de los dos diferentes tipos de justicia que se dispensaban en el sistema anglosajón: el *equity* y el *common law*, ambos en contraposición al *statute law*, o derecho de las leyes. Los bienes se consideraban legales si las acciones que tenían los acreedores se debían dirigir al *court of law*, mientras que se consideraban *equitable* si las acciones se tenían que dirigir al *court of equity*. Según SAMUELS (1974), pp. 1 y ss., *equity*, en lenguaje ordinario, significa justicia (*fairness*), y nació para mitigar los duros efectos que la rígida aplicación del *common law* podía tener en un determinado caso. El *Equity* surge en la Edad Media en el ámbito del *property law* y en el seno del *Chancellor (King's council)*, que era un cargo normalmente desempeñado por un obispo. *Equity* era pues el recurso del que disponían las personas a quienes no se les concedía algo por el *common law*, de manera que tenían abierta esta vía para hacer una petición al *King's Council* bajo la premisa de que el *common law* no era justo. En cuanto a la relación actual entre *equity* y *common law*, WILLIAMS considera que *equity* es esencialmente un conjunto de normas que complementan al *common law* y que, en caso de conflicto, la regla de *equity* prevalece sobre la del *common law* de acuerdo con la *Judicature Act* de 1873 y la de 1925. Volviendo al tema del pago de deudas, MARSTON GARCIA (1927), pp. 2 y ss., señala que, dentro de los bienes legales, la única propiedad disponible para el pago de acreedores eran los *personalty*, como los bienes muebles o animales, que pasaban directamente al *personal representative* de manera que los acreedores podían reclamar a este último el cobro de la deuda. Por el contrario, los *realty* no pasaban a los *personal representative*, sino al heredero, de forma directa y libre de cualquier reclamación por parte de los acreedores.

¹¹¹⁹ Según MARSTON GARCIA (1927), pp. 5 y ss., los *specialty creditors* tenían hasta 1833 derecho a cobrar preferentemente con bienes legales, mientras que los acreedores de contrato simple no tenían derecho alguno sobre las tierras salvo que así lo estableciese el testador; sin embargo, todos los acreedores tenían, hasta esa fecha, derecho a ser pagados con *equitable assets*. Con la *Administration of Estates Act* de 1833, los *realty* pasaron a ser bienes disponibles para el pago de todos los acreedores, aunque se conservaban ciertos privilegios y prerrogativas de los *specialty creditors*. Con la *Administration of Estates Act* de 1869, dichos privilegios y prerrogativas de los *specialty creditors* fueron eliminados; si bien, no fue hasta 1897, con la *Land Transfer Act*, cuando los *realty* pasaron a ser transferidos también a los *personal representatives* (que hasta esa época, y si bien estaban sujetos al pago de deudas, no eran transmitidos a los *personal representatives* salvo que así lo hubiese estipulado el testador). Por último, la *Administration of Estates Act* de 1925 vino a eliminar cualquier distinción, de manera que los *personal representatives* representan al difunto en todo lo relativo a su herencia, tanto real como personal. Esta fue una reforma muy aclamada, pues ya años antes WILLIAMS (1861), p. 121, se preguntaba acerca del porqué de esta distinción: «*but why this distinction? If equality be not equity, why is equality ever enforced? But if equality be equity, why is the law ever inequitable? Why? No answer can be given. We can show how it came to be so, and that is all*». La consecuencia de esta reforma fue celebrada también por MARSTON GARCIA (1927),

2.1.1 LA EXISTENCIA NECESARIA DE UN REPRESENTANTE DEL DIFUNTO

En *common law*¹¹²⁰, dos son las personas encargadas de *representar* al difunto una vez este fallece: el *executor* o el *administrator*. La diferencia entre ellos es clara: al *executor* lo nombra como regla general el testador, es como una especie de albacea anglosajón; mientras que el *administrator* lo nombra el Tribunal (*Court*). Cuando la doctrina quiere hacer referencia a cualquiera de ellos, con independencia de si han sido nombrados o no en testamento, se les denomina *personal representatives*.

La diferencia más clara entre el albacea (o *essecutore*) de corte romano y el *executor* anglosajón radica en que en el sistema del *common law* esta figura es siempre necesaria: o bien lo nombra el testador, o bien el Tribunal como *administrator*, pero en cualquier caso, toda sucesión, o todo difunto, ha de tener necesariamente un *personal representative* encargado de gestionar y cerrar todas las cuestiones relativas a su esfera personal y patrimonial; por el contrario, en los sistemas de Derecho continental no es estrictamente necesaria la figura de un liquidador o administrador.

Pues bien, como dijimos, los *executors* son normalmente nombrados en testamento por el testador, bien de forma directa, bien a través de un poder para que otros lo nombren (aunque esta forma es apenas usada); excepcionalmente, los *executors* también pueden ser nombrados por el tribunal¹¹²¹. El testador puede nombrar a quien quiera como *executor*¹¹²², con independencia de su edad, capacidad física o mental, insolvencia, *criminal record*¹¹²³, nacionalidad, estado marital, o cualquier otra cuestión¹¹²⁴; si bien, el menor de

p. 6, quien dijo que «*all property is now assets for the payment of debts. (...) All real and personal property of a deceased person vests in his Personal Representatives, who have power to sell it to pay off his debts, without making any distinction between specialty and simple contract debts*».

¹¹²⁰ Este sistema sucesorio se encuentra en diversos territorios si bien, solo haremos referencia en principio al sistema que se regula para Inglaterra y Gales. En Escocia (MACDONALD 2001) e Irlanda del Norte (GRATTAN 1996) la regulación es muy parecida. El sistema sucesorio también es prácticamente idéntico en otros países como Canadá (INGPEN 1909; BAKER 1967), Irlanda (BRADY 1995; KEATING 2015; KEATING 2017), o en Australia, si bien en este último país existen ciertas peculiaridades en los territorios de New South Wales, Victoria y Queensland (WOOD 1990).

¹¹²¹ KERRIDGE (2016), pp. 441 y ss., señala que, por ejemplo, el Tribunal puede nombrar a un *personal representative* sustituto, que tendrá la consideración de *executor* si fuese a actuar con otros *executors* existentes, o *administrator*, en caso contrario.

¹¹²² GEORGE (1967), p. 79, incluye a una corporación (persona jurídica) o al *Public Trustee* como posibles sujetos designados. Además, afirma que el nombramiento puede ser general, condicional o limitado por algún tiempo o algunos bienes de la herencia.

¹¹²³ Factores como la insolvencia o el *criminal record* no descalifican al *executor* (Smethurst v Tomlin & Bankes 1861); sin embargo, el Tribunal puede no aprobar el nombramiento de un *executor* si, por cualquier razón, lo considerase necesario u oportuno, y por ello, en el caso *In the Estate of S.* (1968) el Tribunal rechazó como *executrix* a quien estaba sirviendo condena por el homicidio del testador, su marido.

¹¹²⁴ KERRIDGE (2016), p. 444.

edad no podrá obtener el *probate* hasta que alcance la mayoría de edad, y el *incapaz* por razón física o mental no podrá actuar como *executor*¹¹²⁵. Además de nombrar a quien quiera, también puede el testador nombrar a cuantos *executors* quiera; ahora bien, la s. 114 (1) de la *Senior Courts Act 1981* establece que no se debe conceder el *probate*¹¹²⁶ a más de cuatro personas respecto de la misma herencia.

De otra parte, el *administrator* solo puede ser nombrado por el Tribunal, que lo hará en dos casos: en primer lugar, cuando el testador no nombró a ningún *executor* o cuando habiéndolo hecho, ninguno de ellos acepta el cargo; en segundo lugar, cuando el difunto muere *abintestato*¹¹²⁷. En este caso, la *rule 22(1)* de la *Non-Contentious Probate Rules 1987* determina quiénes pueden ser nombrados *administrators* y en qué orden¹¹²⁸.

Como hemos dicho, la diferencia básica entre una y otra figura reside en su nombramiento; si bien, no es la única, pues también les distingue la manera en que adquieren la propiedad de los bienes que tienen que gestionar. Así, los *executors* adquieren la propiedad de los bienes de la herencia tras la muerte del difunto, por eso pueden realizar ya ciertos actos incluso antes de obtener prueba formal de su título¹¹²⁹. Por el contrario, en la sucesión intestada la propiedad no se transmite al *administrator* hasta que no se le conceda las *letters of administration*¹¹³⁰.

Executors y *administrators* pueden ser citados por el Tribunal para decidir si aceptan o repudian. El *executor* puede aceptar tácitamente, a través de actos que indiquen intención de aceptar el cargo como tomar posesión de los bienes del testador o requerir el cobro del seguro de vida¹¹³¹; sin embargo, el

¹¹²⁵ *Evans v Tyler* (1849) 2 Rob. 128.

¹¹²⁶ Siguiendo a COMYN y JOHNSON (1970), p. 7, el *probate* es lo que deben solicitar el *executor* o *executrix*, y que consiste básicamente en una prueba formal del testamento. Dicha obtención se puede conseguir a través del *common form*, cuando la validez del testamento es clara e indiscutible, o del *solemn form*, cuando es otorgada por el Tribunal después de que se ejercitase acción sobre la validez del testamento. Desde 1971, la *probate jurisdiction* (que, de acuerdo con la *Senior Courts Act 1981 s. 25 (1)*, incluye la jurisdicción relativa a las *letters of administration* y *probates*) de la *High Court* ha sido dividida en dos: en primer lugar, la *non-contentious* o *common form probate business* está asignado a la *Family division*; en segundo lugar, la *contentious* or *solemn form probate business* está asignado a la *Chancery division*.

¹¹²⁷ KERRIDGE (2016), p. 450.

¹¹²⁸ El orden sería el que sigue: a) cónyuge o pareja de hecho supérstite, b) los hijos supérstites o premuertos, c) el padre y madre del difunto, d) hermanos y hermanas de la misma sangre supérstites o premuertos, e) hermanos y hermanas de media sangre supérstites o premuertos, f) los abuelos, g) tíos y tías de la misma sangre supérstites o premuertos, h) tíos y tías de media sangre supérstites o premuertos.

¹¹²⁹ Téngase en cuenta de nuevo la distinción propia del mundo anglosajón entre *legal* y *equitable interests*, terminología propia de los *trusts*.

¹¹³⁰ COMYN y JOHNSON (1970), pp. 40-41; WILLIAMS, MORTIMER y SUNNUCKS (2013), pp. 578-579. BROWN (1958), p. 635, especifica que en el caso del *administrator*, la propiedad pasa primero al Presidente de la *Probate Division of the High Court*.

¹¹³¹ KERRIDGE (2016), p. 447.

administrator no puede aceptar tácitamente pues debe hacerlo por escrito. La decisión del testador en cuanto al nombramiento de *executor* también puede ser revocada por el Tribunal si, por cualquier razón, lo considerase necesario u oportuno ¹¹³².

Ninguno de ellos está obligado a ejercer el cargo y pueden, por lo tanto, renunciar por escrito al mismo ¹¹³³; una vez confirmada la renuncia, también podrán retractarse de la misma con el permiso (*leave*) del Tribunal ¹¹³⁴. Además, si el *executor* que ejerce solo el cargo muriese antes de completar la administración de la herencia, su *executor* o *administrator* (llamado *administrator de bonis non*), será el legitimado para completar la función ¹¹³⁵.

La solicitud de concesión (*grant*) debe incluir un juramento y otros documentos requeridos. En el juramento (*oath*) se incluyen datos como el nombre, fechas de nacimiento y fallecimiento del difunto, o su domicilio habitual, así como otra información, en relación a la existencia o no de testamento o a los deberes del cargo, incluyendo información acerca del valor de la herencia (*to the best of his knowledge*) ¹¹³⁶.

Una vez concedido el *grant*, este puede ser revocado por la *Family division* o la *Chancery division*, según corresponda. Las razones para revocar la concesión son básicamente dos: de una parte, que el *grant* hubiese sido concedido debido a información falsa o que concurran eventos posteriores, tales como que el *grantee* se vuelva incapaz; y de otra, que el *grantee* desee liberarse de sus obligaciones o que incumpla alguno de sus deberes ¹¹³⁷. Si la revocación tuviese lugar por la aparición de nuevo testamento, la *Section 27* de la *Administration of Estates Act 1925* establece que los deudores que hayan pagado a un *personal representative* antes de ser revocado, serán liberados y que el *personal representative* puede retener lo que hubiese cobrado por su cargo

¹¹³² De hecho, KER (1959), p. 265, señala que, de acuerdo con la s.1 de la *Judicial Trustees Act 1896*, el Tribunal puede, a su discreción, nombrar a una persona adecuada como *trustee* de la herencia para que o bien actúe de manera conjunta con el *executor* o, si fuese necesario, en lugar de este.

¹¹³³ COMYN y JOHNSON (1970), p. 40; *In the Goods of Davis* (1860).

¹¹³⁴ KERRIDGE (2016), p. 458.

¹¹³⁵ MARSTON GARSIA (1927), p. 10.

¹¹³⁶ KERRIDGE (2016), pp. 484-486. No en vano, una de las obligaciones del *personal representative* es la de formar inventario cuando así se le requiera, y consecuentemente valorar, según DAVIES *et al.* (2017), p. E-25, los bienes al momento de la muerte del difunto. La posibilidad de esta obligación de formar inventario está prevista en la *Section 25* de la *Administration of Estates Act 1925* «*the personal representative of a deceased person shall, when lawfully required to do so, exhibit an oath in the court a true and perfect inventory and account of the real and personal estate of the deceased, and the court shall have power as heretofore to require personal representatives to bring in inventories*». De hecho, en el caso *Carew v Courten* (1676), se puede leer que William Courten «*possessed himself of this fathers good under the benefit of an inventory*».

¹¹³⁷ KERRIDGE (2016), pp. 496-498.

antes de ser revocado. Sin embargo, si el *personal representative* es consciente de la presentación de una reclamación sobre la validez de su concesión, y continúa pagando y haciendo oídos sordos a esta reclamación, será responsable si finalmente su concesión fuese revocada¹¹³⁸.

En cuanto a los plazos, normalmente ningún *grant of probate* o *letters of administrations* con testamento anexo (*administrator* cuando hay testamento) serán expedidos por el Tribunal en los primeros siete días, y tampoco ningún *grant of simple administration* (*administrator* en una sucesión abintestada) será concedido en los catorce días siguientes a la muerte del difunto, salvo excepción¹¹³⁹. Por el contrario, no hay tiempo máximo para el nombramiento.

2.1.2 LA LIQUIDACIÓN DE LA HERENCIA COMO UNA DE LAS FUNCIONES PRINCIPALES DEL *PERSONAL REPRESENTATIVE*

Las funciones de los *personal representatives* son básicamente tres¹¹⁴⁰: en primer lugar, reunir todos los bienes, en segundo lugar, pagar todas las deudas, y en tercer lugar, distribuir el residuo, tal y como establezca el testamento o la ley¹¹⁴¹. Cualquiera de estas tres funciones es ciertamente relevante. En cuanto a la primera obligación de reunir los bienes, el *personal representative* podría ser responsable por *wilful default* (esto es, por lo que podría haber recuperado como bien del difunto y por negligencia no hizo)¹¹⁴²; en lo que concierne a la tercera función de distribuir el residuo, será importante que el *personal*

¹¹³⁸ KERRIDGE (2016), p. 501.

¹¹³⁹ KERRIDGE (2016), p. 481, señala que ambos pueden ser concedidos antes de tiempo con el permiso o la autorización del juez de distrito.

¹¹⁴⁰ RENDELL (1994), p. 253; OOSTERHOFF, FREEDMAN, MCINNES y PARACHIN (2016), p. 58. En realidad son más de tres, pero esas son las principales. Otros deberes incluyen el de gestionar el funeral del difunto, si el cuerpo no ha sido donado y aceptado para investigación científica. De acuerdo con DAVIES *et al.* (2017), p. E7, esto no es técnicamente un deber del *personal representative*, que sí tiene en cambio el deber de disponer del cuerpo y custodiarlo hasta su disposición; deber o derecho que no corresponde a los beneficiarios, toda vez que el cuerpo no forma parte de la herencia. De acuerdo con la *Section 34(3)* de la *Administration of Estates Act 1925*, los gastos del funeral se pagarán con cargo a la herencia; aunque como se dice en DAVIES *et al.*, es posible que el difunto ya hubiese asumido ese coste a través de un seguro de vida o un plan prepago. Además, como señala CHATTERTON (1989), p. 30, también tienen que pagar el impuesto de sucesiones (*inheritance tax*), así como obtener un *clearance certificate*. Según KERRIDGE (2016), p. 482, los *personal representatives* son responsables del *inheritance tax* bajo la s.200(1) de la *Inheritance Tax Act 1984*; responsabilidad que es personal pero limitada a los bienes que hubiese recibido en calidad de *personal representative*.

¹¹⁴¹ DAL PONT y MACKIE (2013), p. 380, hacen alusión a la posibilidad de que, aun existiendo testamento, el testador no hubiese dispuesto nada, en cuyo caso el *executor* o *administrator* deberá distribuir el residuo de acuerdo con las normas de la sucesión intestada.

¹¹⁴² MARSTON GARSIA (1927), p. 21.

representative lo haga de acuerdo con los designios del testador o lo que establezca la ley para la sucesión intestada.

Dejando de lado esas funciones que no son las que más nos interesan, conviene centrarse ahora en la función de *liquidadores* de los *personal representatives*¹¹⁴³, es decir, en el pago de deudas hereditarias. En este sentido, es importante señalar que el *personal representative* debe pagar todas las deudas antes de distribuir el residuo¹¹⁴⁴; si no lo hiciese y posteriormente los bienes no fuesen suficientes para pagar la deuda, el *personal representative* sería culpable de *devastavit (wasting of assets)*¹¹⁴⁵. No obstante, la *Section 61* de la *Trustee Act 1925* establece que el Tribunal puede liberar al *personal representative* de todo o parte de su responsabilidad cuando haya actuado honesta y razonablemente y merezca ser excusado¹¹⁴⁶.

Pero es importante señalar que el *personal representative* no solo debe pagar sus deudas¹¹⁴⁷, sino también cumplir todos los contratos de los que formase parte el difunto¹¹⁴⁸, salvo aquellos cuya naturaleza personalísima haga imposible su cumplimiento por el *personal representative*¹¹⁴⁹. Es decir, el *personal representative* viene a ocupar de alguna manera el lugar del difunto, pues

¹¹⁴³ Tal y como se puede leer aquí (www.eldercarelawyer.com/blog/2012/08/what-is-an-executor-as-compared-to-a-trustee/) donde se insiste que el *executor* no es exactamente lo mismo que un *trustee*. El *executor* es esencialmente un liquidador y fiduciario por un período lo más breve posible en cuanto la liquidación de la herencia así lo permita; el *trustee* es fiduciario también, pero su función está pensada para durar más en el tiempo. Por ello, no se debe confundir ambas figuras, a pesar de lo que dice cierta doctrina, como GEORGE (1967), pp. 78-90, cuando señala que una vez que la herencia es liquidada, o bien se transfiera a los *trustee* o bien se conserva por el *executor* o *administrator* en calidad de *trustees*. De hecho, este autor señala incluso que «*the original trustees can be appointed by a testator. If he does not do so the personal representatives will automatically be the trustees*».

¹¹⁴⁴ En Escocia, MACDONALD (2001), p. 22, señala que es común, aunque totalmente innecesario, estipular en el testamento que el *personal representative* debe pagar todas las deudas antes de distribuir el residuo.

¹¹⁴⁵ MARSTON GARSIA (1927), p. 21.

¹¹⁴⁶ RENDELL (1924), p. 263, señala que es sin embargo improbable que el Tribunal libere de responsabilidad a un *trustee* profesional.

¹¹⁴⁷ En Escocia, MACDONALD (2001), p. 22, dice que las deudas de una persona no mueren con él, sino que su herencia permanece responsable por deudas después de que pase a manos del *personal representative*, y esto es lo que se conoce como «*passive representation*».

¹¹⁴⁸ WILLIAMS, MORTIMER y SUNNUCKS (2013), pp. 731 y ss., quienes además apuntan a otra característica del derecho anglosajón: la distinción, a efectos sucesorios, de si el difunto era, junto a otros sujetos, deudor de manera *jointly* (mancomunada) o *jointly and severally* (solidaria). Si el difunto era codeudor solidario, su *personal representative* podría ser demandando; mientras que si el difunto era codeudor mancomunado, su muerte hace que la deuda sobreviva respecto de los demás codeudores, pero no sobre su herencia. El acreedor tendría derecho a reclamar frente a los codeudores supérstites o, si todos muriesen, al *personal representative* del último en morir. En definitiva, el *personal representative* de un codeudor mancomunado (que no sea el último en morir) no es responsable frente al acreedor [*Lampton v Collingwood* (1694); *Godson v Good* (1816)].

¹¹⁴⁹ WILLIAMS, MORTIMER y SUNNUCKS (2013), pp. 731 y ss. En Australia, LEE (1975), p. 208, habla de contratos que solo pueden ser cumplidos por una de las partes, como escribir un libro.

como ha dicho la doctrina, «*the personal representatives stand in the deceased's shoes to perform his contracts*»¹¹⁵⁰. Además, deben oponer todas las excepciones que correspondan frente a reclamaciones de créditos, y no pagar nunca más de lo debido, pues si lo hicieren, cometerían *devastavit*; aunque existe una excepción: no están obligados a oponer la prescripción (*Limitation Act*) y pueden por lo tanto, pagar deudas prescritas sin resultar responsables por ello¹¹⁵¹.

Entrando ya en materia del propio pago de deudas, varias cuestiones conviene reseñar. La primera es que el pago de los gastos de funeral y de administración de la herencia son totalmente prioritarios¹¹⁵², a pesar de que no son propiamente deudas del causante, tanto si la herencia es solvente como insolvente¹¹⁵³. La segunda cuestión es que el *personal representative* debe pagar las deudas de manera diligente y en un debido período de tiempo (*due diligence*). Pero, como no existe oficialmente un plazo, la jurisprudencia ha determinado que deberá hacerlo dentro del «*executor's year*», salvo cuando por las circunstancias del caso el período deba extenderse¹¹⁵⁴, en cuyo caso, la carga de la prueba de si la extensión era apropiada o no corresponderá al *personal representative*¹¹⁵⁵. Por último, es cometido importante para el *personal representative* dilucidar si la herencia es solvente o insolvente¹¹⁵⁶, pues la legislación que resultará aplicable y el orden de prioridad de pagos serán distintos en uno y otro caso.

¹¹⁵⁰ WRIGHT (1986), pp. 330-331. En Escocia, GIBB (2017), pp. 24 y ss., dice que «*as far as creditors are concerned, the executor is the same person as the deceased, in accordance with the Latin maxim "eadem persona cum defuncto"*. The executor is liable to the creditors to the same extent as the deceased was. However, the liability of the executor is clearly limited to the amount of the deceased's estate, provided he has first obtained confirmation, i.e., the court's authority to administer the estate». Sin embargo, y como ha puesto de relieve la mayoría de la doctrina (entre otros, MARSTON GARSIA 1927, pp. 31-32), los *executors* no pueden continuar los negocios del difunto, salvo que hubieran sido expresamente autorizados para ello por el testador. Si continuasen con los negocios sin expresa autorización, lo harán a su riesgo y serán personalmente responsables de cualquier deuda contraída por ellos. Si los continuasen bajo la autorización del causante, el *personal representative* tendrá indemnidad por las deudas contraídas (*Dowse v Gorton* 1891).

¹¹⁵¹ *Farrow v Wilson* (1869); *Stahlschmidt v Lett* (1853). Según WILSON, CARMICHAEL (1959), p. 102, el *personal representative* no podrá pagar si el difunto ya hubiese satisfactoriamente alegado la prescripción. Según KERRIDGE (2016), pp. 542 y ss., esta excepción es «*anomalous*» y no puede ser de aplicación extensiva en ningún caso; así, cuando la herencia es insolvente, las reglas que se aplican ya no permiten que se reclamen deudas prescritas. WHITEHOUSE *et al.* (2017), p. D9-2, señalan que aunque el *personal representative* no resulte responsable por el pago de una deuda prescrita, nada le prohíbe oponerse efectivamente a su pago.

¹¹⁵² WORRALL (1957), p. 94, que cita el caso *Re Walter* (1929), por el que se determina que los gastos de funeral, siempre y cuando sean razonables, se pagan con fondos de la herencia antes de realizar cualquier otro pago.

¹¹⁵³ S. 34 y Parte primera de la *Administration of Estates Act 1925*; MARSTON GARSIA (1927), p. 21, los denomina como «*first charges on the assets*». MARGRAVE-JOVES (1993), p. 375, considera por el contrario que dicha prioridad solo existe para el caso de que la herencia fuese insolvente.

¹¹⁵⁴ *Re Tankard* (1942).

¹¹⁵⁵ DAVIES *et al.* (2017), p. E-39.

¹¹⁵⁶ Sin embargo, MARGRAVE-JOVES (1993), pp. 377-378, considera que el *personal representative* que paga una deuda en entero cuando aún no tenía motivos para sospechar que la herencia fuese insolven-

La herencia que puede pagar todas sus deudas y gastos, pero no así los legados (*gifts*) es una herencia solvente. Si la herencia es solvente, el *personal representative* deberá pagar todas las deudas por entero, y en principio, no debería haber problema en ello, ya que aquel puede vender los bienes de la herencia¹¹⁵⁷. Sin embargo, no puede seleccionar cualquier bien al azar y, por ejemplo, no podría vender la casa si hay suficientes bienes de otro tipo en el residuo para pagar la deuda¹¹⁵⁸. Si la herencia fuese solvente para pagar las deudas pero no todos los legados, entonces estos se reducirán a prorrata a no ser que el testador hubiese previsto un orden de prioridad en el testamento¹¹⁵⁹.

Además, si la herencia fuese solvente también será importante distinguir entre las cargas sobre la propiedad y otro tipo de deudas¹¹⁶⁰. En el caso de tratarse del primer tipo de deudas, estas serán pagadas normalmente con dicha propiedad, salvo que el testador hubiese previsto una disposición en contrario, en cuyo caso dicha propiedad será exonerada hasta el alcance en que exista una alternativa adecuada y suficiente¹¹⁶¹. De no existir disposición en contrario por parte del testador, y de acuerdo con la *Section 35* de la *Administration of Estates Act 1925*, será esa propiedad la que estará primariamente afecta al pago de la deuda. El caso paradigmático de este tipo de deudas es la hipoteca, en cuyo caso, el legatario de ese bien, de existir, tendrá tres opciones: continuar con los pagos de la hipoteca en las condiciones pactadas, pedirle al *personal representative* que venda la propiedad y pague la hipoteca, o pagar la hipoteca con sus propios recursos y pedirle al *personal representative* que transfiera la propiedad a su nombre. Precisamente porque es importante conocer las preferencias de los beneficiarios o legatarios, la doctrina recomienda que los *personal representatives* hablen con estos antes de llevar a cabo ninguna actuación¹¹⁶².

Si la herencia es insolvente, el *personal representative* debe tomar todas las medidas necesarias para liquidar (*wind up*) correctamente la herencia, y de

te no será responsable respecto de los acreedores que gozan de la misma preferencia que quien cobró (incluido él mismo) por las consecuencias que de ese pago se desprendan.

¹¹⁵⁷ Sobre la venta de bienes de la herencia, RENDELL (1994), p. 275, considera que los *personal representatives* deben atenerse en primer lugar, a lo que hubiese dispuesto el testador; en segundo lugar, a los deseos de los beneficiarios; en tercer lugar, a las posibles consecuencias y efectos fiscales; y, en cuarto lugar, a las previsiones de la *Financial Services Act 1986* y *Solicitors' Investment Business Rules 1990*.

¹¹⁵⁸ MILNE (1950), p. 39.

¹¹⁵⁹ COMYN y JOHNSON (1970), p. 46.

¹¹⁶⁰ RENDELL (1994), p. 268. En cuanto a las deudas no aseguradas (*unsecured debts*), el *personal representative* debe seguir en principio el orden de pagos de la *Administration of Estates Act 1925*.

¹¹⁶¹ WORRALL (1957), p. 104, que cita el caso *Re Fegan* (1928).

¹¹⁶² WHITEHOUSE *et al.* (2017), p. D9-6.

acuerdo con el orden de prioridades establecido¹¹⁶³. En este caso el *personal representative* puede llevar a cabo él mismo la liquidación, debiendo ajustarse a las normas establecidas, o puede solicitar al *Bankruptcy Court* que se liquide oficialmente, en cuyo caso, la propiedad de los bienes de la herencia se transferirían al *Official Receiver*¹¹⁶⁴. Por lo tanto, en Derecho anglosajón hay tres modos de liquidación cuando la herencia es insolvente: el primero es que lo liquide el *personal representative* a su riesgo, el segundo que lo liquide el *personal representative* pidiendo instrucciones a la Corte, y el tercero, abrir el procedimiento concursal¹¹⁶⁵.

Por último, y en cuanto a la responsabilidad por deudas del *personal representative*, es importante señalar que esta se encuentra limitada a los bienes que él ha recibido o que debería haber recibido de no ser por su propia culpa (*wilful default*). Además, incluso aunque se hubiese comprometido a responder de las deudas de manera personal con su propio patrimonio, esta promesa no puede ser impuesta salvo que se haya hecho por escrito y esté firmada por él mismo o por su representante (*agent*)¹¹⁶⁶.

2.1.3 REACCIONES DE LA DOCTRINA CONTINENTAL AL SISTEMA DE LIQUIDACIÓN DEL *COMMON LAW*

Según la doctrina mayoritaria, el derecho continental o *civil law* es totalmente opuesto al *common law*. Así, mientras que en el derecho continental, la muerte no afecta, en principio, a la relación jurídica de que se trate, en el *common law* o sistema anglosajón se considera que la muerte propicia la rápida satisfacción de las deudas pendientes, no teniendo los beneficiarios derecho a nada más que el remanente¹¹⁶⁷. Esta última es precisamente una de las diferencias que la doctrina ha hecho notar, pues en *common law* «no coinciden en el mismo sujeto las cualidades de sucesor beneficiario y de liquidador del pasivo hereditario. La existencia de este liquidador, con una función previa a la atribu-

¹¹⁶³ Como señala SANGER (1925), p. 95, cuando la herencia es insuficiente para pagar todas las deudas y cargas, se hace necesario determinar su orden de prelación. Si el *personal representative* no pagase las deudas según corresponda por el orden de prioridad, habrá cometido *devastavit* (MUSTOE 1952, p. 97).

¹¹⁶⁴ DAVIES *et al.* (2017), pp. E47-48.

¹¹⁶⁵ Como así hace notar la autora francesa GASNIER (2013), p. 132.

¹¹⁶⁶ MARSTON GARSIA (1927), p. 17.

¹¹⁶⁷ GARCÍA RUBIO (1989), p. 175, considera «fácil deducir que si en el *common law* –arquetipo del sistema de sucesión en los bienes– la tutela de los acreedores aparece como el fin prioritario de la sucesión, en el sistema de continuación de la persona –propio del Derecho romano y de todos los que modernamente en él se inspiran– el elemento central es el heredero, quien paga las deudas de su causante impulsado por un deber que, aunque sancionado por el Derecho, posee una marcada coloración moral y afectiva».

ción de los beneficios patrimoniales de la sucesión, señala la máxima diferencia entre este sistema y el romano»¹¹⁶⁸. Tal vez por ello, también se ha dicho que el *common law* viene a demostrar que el heredero no es una institución de «derecho natural», es decir, que no se trata de una institución esencial o consustancial al fenómeno sucesorio, sino que se trata de una figura prescindible¹¹⁶⁹.

La otra diferencia, si cabe más evidente, reside en la concepción anglosajona de la herencia como patrimonio destinado al pago de las deudas sucesorias¹¹⁷⁰; hasta tal punto, que Roca Sastre llega a decir que es una de las «obsesiones del Derecho inglés» y, no en vano, uno de los cometidos más importantes del *personal representative*¹¹⁷¹. Este autor considera que este sistema presenta ventajas e inconvenientes: de una parte, la indudable cualidad del sistema inglés es que siempre se cuenta con la actuación del *personal representative* para satisfacer los intereses de los diferentes actores sucesorios, como pueden ser acreedores hereditarios, legatarios e incluso el Fisco¹¹⁷²; pero de otra, también «envuelve el grave defecto de imponer en todo caso el engorro de aquel mecanismo intermediario e inevitable de administración, liquidación y retransmisión de los bienes relictos y que hace pensar como si la Ley desconfiara de todos, absolutamente de todos los herederos y se anticipa a los acontecimientos pensando que en general es considerable el pasivo de las herencias y que los herederos llamados a ellas están agobiados de deudas»¹¹⁷³.

¹¹⁶⁸ PUIG BRUTAU (1961), p. 285; también CASTÁN TOBEÑAS (1960-B), p. 71, hace notar que la idea de la continuación de la persona es extraña al derecho inglés, como también lo es la distinción entre herederos y legatarios, toda vez que en ese sistema solo caben legatarios en el residuo. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (2009), pp. 104-105, considera precisamente que esta es una de las diferencias entre el sistema anglosajón y el español: que en nuestro sistema es el heredero quien liquida, y no un tercero. Véase también, GARCÍA RUBIO (1989), pp. 183 y ss.

¹¹⁶⁹ MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES (1998), pp. 112-113.

¹¹⁷⁰ GASNIER (2013), p. 4, considera que la principal diferencia entre el sistema de sucesión en los bienes y el de sucesión en la persona radica en su finalidad, pues mientras el objeto de la sucesión en la persona es mantener las relaciones jurídicas del difunto, el de la sucesión en los bienes es liquidar para distribuir el residuo.

¹¹⁷¹ ROCA SASTRE (1960), p. 1149.

¹¹⁷² MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES (1998), pp. 90 y ss., considera en este sentido que el sistema del *common law* tiene «un marcado carácter social y público que exige la ineludible injerencia de la autoridad», y añade que el *personal representative*, «aunque técnicamente sea considerado como representante del difunto, en verdad es un administrador y liquidador de la herencia que ejerce un cargo de carácter público, bajo el severo control de los Tribunales, quedando, a menudo, sus poderes limitados por la intervención del *trust*».

¹¹⁷³ ROCA SASTRE (1960), pp. 1150-1151. En sentido parecido, VALLET DE GOYTISOLO (1989), p. 621, considera que la diferencia entre los sistemas de *continuación* y los de *liquidación* radica en la estimación de la conveniencia o no de que en cada sucesión hereditaria se proceda a la liquidación o purga de las deudas del causante: a favor de que ésta se produzca se aducen razones de seguridad para los acreedores y los mismos herederos; en contra, se alegan la complejidad y las dilaciones, la intervención de personas extrañas o de órganos judiciales y la consiguiente elevación de gastos sucesorios.

Sin embargo, no toda la doctrina considera que ambos sistemas son tan antagónicos, pues ciertos autores entienden que las distancias entre el sistema romano del Código Civil y el anglosajón son más «cortas» de lo que a menudo se dice¹¹⁷⁴. Brown¹¹⁷⁵ ha querido demostrar, en un análisis comparado, que no existen tantas diferencias entre el sistema anglosajón de sucesión en los bienes y el sistema francés de sucesión en la persona. Dice este autor que en cualquier sistema de liquidación de herencia que se precie alguien deberá encargarse: primero, de recolectar los bienes, segundo, de pagar las deudas y tercero, de distribuir el residuo neto; lo único que cambia es quién es la persona encargada de llevar a efecto esas tres tareas. Por ello, en ambos sistemas (inglés y francés) la complejidad del proceso requiere la presencia y asesoramiento de un *legal practitioner*, que en el caso de Inglaterra será el *solicitor* y el en caso de Francia, el notario. Dice el autor que en Inglaterra es habitual que el *personal representative* se asesore por un *solicitor* a la hora de liquidar la herencia, y será este último quien lleve a cabo la administración diaria de la herencia, no requiriendo al *personal representative* salvo para cuando necesite su firma; no obstante, entiende que a pesar de esta aparente similitud, no es menos cierto que existen diferencias, pues el Derecho inglés limita el número de *personal representatives*, mientras que dicha limitación no se produce en el sistema francés respecto del número de sucesores. En nuestra opinión, esta aparente asimilación entre el sistema inglés y francés no es del todo correcta, pues solo opera cuando el llamado acude al notario; sin embargo, es posible que el llamado acepte tácitamente la herencia.

2.2 El sistema germánico

En principio el sistema germánico, en clara contraposición con el Derecho romano, partió de la idea de que el heredero no respondía por las deudas de su causante, toda vez que el patrimonio familiar estaba destinado al heredero, y por lo tanto, el causante no podía disponer de él ni gravarlo con deudas¹¹⁷⁶. Este estrecho punto de vista fue posteriormente ampliado, de manera

¹¹⁷⁴ MINGORANCE GOSÁLVEZ (2015), p. 3224.

¹¹⁷⁵ BROWN (1958), pp. 631-642.

¹¹⁷⁶ Como hemos mencionado, según PLANITZ (1957), p. 378, no existía en un principio la responsabilidad del caudal hereditario, pues la responsabilidad por deudas solo afectaba al muerto mismo. KASER (1968), p. 299, dice que las deudas no eran parte integrante de la herencia; si bien, la responsabilidad del heredero por las deudas del causante fue asociada a la herencia si no originariamente, al menos muy pronto. GARCÍA VALDECASAS (1969), p. 211, afirma que «el antiguo Derecho germánico consideraba también la obligación como un vínculo personalísimo que no podía ser transmitido ni activa ni pasivamente a un tercero».

que el heredero no respondía con su patrimonio por las deudas del causante, pero sí con los bienes hereditarios¹¹⁷⁷, momento en el que se desarrolló, según Binder¹¹⁷⁸, una institución jurídica que aparece regulada con singular claridad por el Derecho territorial prusiano: el heredero respondía fundamentalmente solo con la masa de la herencia, pero debía perder el derecho, privado de este principio de limitada responsabilidad, de relegar a los acreedores al caudal relicto, si omitía el otorgamiento de un inventario del mismo dentro del plazo que le hubiera fijado el tribunal, a instancia de uno de los acreedores. Este derecho de pagar solo con los bienes relictos, o hasta el importe de ellos, si bien era denominado *derecho de inventario*, no dependía del anterior otorgamiento de éste, sino que el heredero debía perderlo cuando le era fijado un plazo para inventariar y lo dejaba transcurrir inactivo. En definitiva, con tal regulación, dice el autor, el heredero no respondía más allá del importe de la herencia, y por consiguiente era responsable limitado.

Con la aprobación del BGB, ya no está del todo claro si la responsabilidad del heredero es *intra vires* o no. Para Percerou¹¹⁷⁹, la regla general es que el heredero no es responsable de las deudas con sus propios bienes, es decir, que se perpetúa la responsabilidad limitada del heredero. Sin embargo, Binder¹¹⁸⁰

¹¹⁷⁷ Este criterio ha sido criticado por DEL MORAL Y DE LA LUNA (1953), pp. 709-710, quien afirma que «su mentalidad no latina y su imaginación de vuelo bajo y tardo fueron incompatibles con los ágiles sutilismos de la *successio in ius*; y aunque el enérgico trezado de su *Sippe*, sin duda por indeclinables imperativos sociales, tuvo un calorido más violento aún que el de la *gens* romana, en la hora sucesoria el pueblo germánico no entendió de continuaciones de personalidad ni fue capaz de concebir el proceso sucesorio como un suceso global de subrogación en una posición jurídica. Los germanos, en suma, vieron en la sucesión *mortis causa* una inevitable coyuntura liquidatoria; en la transmisión hereditaria, un recordado fenómeno jurídico de *adquisitio*, y en el heredero, un vulgarísimo adquirente de bienes». Y añade que «frente a la clásica herencia romana, integrada por un activo y un pasivo, cuyas respectivas densidades la marcarán con el cuño de *lucrativa* o de *damnosa*, se irguió la herencia germánica integrada exclusivamente por un beneficioso activo. De suerte que, si en el trance liquidatorio germánico las detracciones por deudas no agotan los bienes, habrá herencia y habrá heredero; en tanto que si los males superan a los bienes, se habrán escamoteado prácticamente ambos conceptos».

¹¹⁷⁸ BINDER (1953), pp. 20 y ss.

¹¹⁷⁹ PERCEROU (1905), pp. 824 y ss. De hecho este autor sigue considerando que el heredero únicamente responderá de manera ilimitada cuando no formalice el inventario en el plazo fijado judicialmente (§ 1994) o cuando presente omisiones o informaciones fraudulentas hechas con la intención de perjudicar a los acreedores hereditarios (§ 2005). Afirma que tal responsabilidad ilimitada no se basa, como el derecho francés, en la ficción romana de continuación de la personalidad del difunto, sino en una suerte de pena, en la idea bien simple y justa de que el sucesor que contraviene la ley y compromete los derechos de los acreedores hereditarios debe ser personalmente responsable. Considera también que el heredero no responde *ultra vires* el jurista alemán PLANITZ (1957), p. 379, que dice que la regla general es la responsabilidad con el caudal relicto, y que la responsabilidad ilimitada solo tiene lugar cuando el heredero deja pasar el plazo de inventario que se le ha señalado o si realiza un inventario falso, así como el jurista español GONZÁLEZ GARCÍA (1989), p. 40.

¹¹⁸⁰ BINDER (1953), pp. 209 y ss., no considera veraces las afirmaciones de quienes sostienen que el BGB sigue manteniendo el principio de responsabilidad limitada del heredero. En cuanto al inventario, considera que su trascendencia práctica estriba en evitar la responsabilidad ilimitada del heredero cuando

considera que la regulación actual alemana ha abandonado el principio de la responsabilidad limitada del heredero y la ha sustituido por una responsabilidad ilimitada, pero limitable, entre otras razones, porque el otorgamiento de inventario ya no se constituye como medio para limitar la responsabilidad, y de ahí que la trascendencia práctica del inventario se restrinja a la finalidad de proporcionar seguridad en cuanto a la composición del caudal hereditario¹¹⁸¹.

Tampoco constituye un medio para limitar la responsabilidad la institución de la convocatoria de los acreedores de la masa de la herencia (*Aufgebotsverfahren*). Este recurso consiste en un llamamiento público dirigido a todos los acreedores hereditarios para que presenten sus créditos en un determinado plazo¹¹⁸²; si bien, aunque no sirva para limitar la responsabilidad del heredero, presenta otras indudables ventajas: la primera, que si el acreedor hereditario no presenta su reclamación en el plazo fijado por el Tribunal será excluido de cualquier derecho de perseguir los bienes personales del heredero más allá de los que hubiera recibido por herencia (§ 1974)¹¹⁸³; la segunda, que el heredero puede rehusar pagar cualquier deuda hasta que finalice el plazo establecido, de manera que los derechos de los acreedores permanecen en suspenso (§ 2015).

Los únicos medios de los que sí dispone el heredero para limitar de verdad su responsabilidad por deudas son la administración oficial de la herencia (*Nachlassverwaltung*), el concurso de herencia (*Nachlasskonkurs*), o si la herencia es insuficiente para cubrir los gastos de una liquidación de herencia organizada, el abandono de los bienes o entrega de los mismos a los acreedores (*Abzugseinrede*)¹¹⁸⁴. Estos tres recursos los analizaremos sucintamente con posterioridad.

Puede apreciarse pues que el sistema alemán, al establecer una responsabilidad ilimitada pero limitable, se ha «romanizado» en cierto sentido¹¹⁸⁵.

se forma inventario en el plazo judicialmente fijado para ello; pero si ningún acreedor solicitase su formación, el simple otorgamiento del inventario no basta para limitar su responsabilidad. También lo cree así RHEINSTEIN (1935), pp. 450 y ss.; MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES (1998), pp. 123-124, quien afirma que «en todo el sistema alemán subyace la idea de persistencia del patrimonio hereditario como masa de bienes autónoma, consiguientemente, la responsabilidad ordinaria del heredero es posiblemente limitable, y efectivamente limitada cuando la individualización del caudal relicto sea confirmada mediante la regulación de un procedimiento liquidatorio organizado (administración y concurso del caudal relicto)».

¹¹⁸¹ GARCÍA RUBIO (1989), p. 186; MURGA FERNÁNDEZ (2018), p. 366.

¹¹⁸² Según MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES (1998), pp. 121 y ss., lo que denomina «el procedimiento intimatorio» consiste en conocer y concretar «el número de acreedores hereditarios y la extensión de sus créditos».

¹¹⁸³ RHEINSTEIN (1935), p. 451.

¹¹⁸⁴ GARCÍA RUBIO (1989), pp. 186-187.

¹¹⁸⁵ No en vano, PÉREZ SAUQUILLO (1952), p. 225, señala que «la diferencia entre el sistema de sucesión en los bienes y sucesión en la persona es más espectacular y aparatosa que real. Parece a primera vista que el sucesor en los bienes queda totalmente desconectado del pasivo hereditario, como ajeno a la herencia, y que el sucesor en la persona se ve inexorablemente ligado a él. Pero ello no es cierto. En De-

No obstante, la doctrina lo sigue considerando como un sistema de sucesión en los bienes ¹¹⁸⁶, principalmente por una razón: la consideración de la herencia como masa autónoma destinada al pago de las deudas hereditarias, principio básico de la regulación alemana que conduce a la idea de comunidad hereditaria de tipo germánico, separada automáticamente de los patrimonios de los coherederos ¹¹⁸⁷.

3. LOS SISTEMAS DE SUCESIÓN EN LA PERSONA

El sistema de sucesión en la persona es el predominante en Derecho continental; se caracteriza por tres notas fundamentalmente ¹¹⁸⁸: en primer lugar, que el heredero, al subrogarse en la posición del difunto, deviene personalmente deudor de todas las deudas sucesorias que sean transmisibles *ex* artículo 659 CC. En segundo lugar, que tal responsabilidad será, en principio, *ultra vires*, es decir, que el heredero responderá no solo con los bienes hereditarios, sino también con los suyos propios ¹¹⁸⁹. Y por último, que se produ-

recho alemán, donde se admite la sucesión en los bienes, el heredero que quiera limitar su responsabilidad al activo de la herencia deberá tomar las providencias necesarias».

¹¹⁸⁶ A excepción de MUÑOZ REYES-SÁNCHEZ (1998), p. 87, quien considera que el sistema germánico no merece la calificación del sistema de continuación de la persona, pero tampoco el de sistema de sucesión en los bienes. Ella lo encuadra dentro de lo que califica de sistemas fuertemente patrimonializados.

¹¹⁸⁷ PERCEROU (1905), pp. 816 y ss., insiste en la idea de que la liquidación germánica es representativa de la sucesión en los bienes precisamente porque el sistema alemán propugna como principio rector el de que la herencia constituye un patrimonio separado y autónomo. Es decir, el derecho alemán se construye sobre la idea de que, con la muerte de un individuo, su patrimonio desaparece como factor económico activo, pero subsiste en una especie de estado inerte, como masa distinta de bienes indivisos para liquidar. Únicamente tras la liquidación y la partición es cuando el activo neto pasa a formar parte del patrimonio personal de los herederos. Para este autor, la liquidación de la sucesión alemana se asemeja mucho a la liquidación de una sociedad de responsabilidad limitada, ya que para que los herederos puedan disponer de los bienes de la herencia, será necesario abordar previamente la liquidación (*Gesammte Hand*). También considera que el sistema alemán es un sistema de sucesión en los bienes GARCÍA RUBIO (1989), p. 187.

¹¹⁸⁸ LACRUZ BERDEJO (1961), pp. 363 y ss.; GARCÍA RUBIO (1989), p. 188, recoge estas características que la doctrina tradicional ha señalado; ALBALADEJO GARCÍA (1997), pp. 108 y ss.; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (2009), pp. 96 y ss., hace notar también estos tres elementos o consecuencias de la sucesión que la doctrina y la jurisprudencia consideraban como la base del proceso sucesorio: en primer lugar, que el heredero continúa la personalidad del difunto; en segundo lugar, que la responsabilidad del heredero es *ultra vires* como norma general; y en tercer lugar, que se produce la confusión entre la herencia y el patrimonio personal del heredero. Pocos son los casos o excepciones que se apartan de estos efectos «normales» de la sucesión, que según PEÑA son los que siguen: el caso de herencia yacente, la herencia aceptada a beneficio de inventario, la comunidad hereditaria por el tiempo que dure la indivisión, y la preferencia sobre bienes hereditarios de los acreedores hereditarios y legatarios.

¹¹⁸⁹ MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES (1998), pp. 99 y ss., señala como característica de los sistemas de sucesión en la persona el hecho de que «dejan de existir dos clases de deudas (las del causante y las propias); a partir de ahora, existirá un único deudor (el heredero) que responderá de igual manera y con todos sus bienes (*ultra vires hereditatis*) por todo tipo de deudas». En igual sentido, GETE-ALONSO CALERA (2016), p. 341.

cirá la confusión de patrimonios ¹¹⁹⁰, o lo que es lo mismo, que por fuerza de la *successio in ius*, expresiones como acreedores del difunto o patrimonio del difunto pasar a tener un significado meramente histórico o sentimental ¹¹⁹¹. Una característica a mayores de este sistema es la ausencia de procedimiento alguno de liquidación del pasivo hereditario, hecho que obliga al heredero a ir pagando a acreedores (hereditarios y personales) y legatarios según se vayan presentando ¹¹⁹².

En efecto, hace ya varios años que se habla en la doctrina francesa de la inorganización de la liquidación, expresión que se atribuye a Jacques Flour ¹¹⁹³, si bien, preocupa especialmente a los juristas de la nación gala desde finales del siglo XIX ¹¹⁹⁴. Este principio de *inorganisation* tiene dos consecuencias: de una parte, que no existe ningún tipo de procedimiento colectivo de pago de deudas hereditarias, lo que puede conducir, en caso de insuficiencia del activo hereditario, a resultados indeseados; de otra, que no existe ninguna relación de preferencia entre los acreedores hereditarios frente a los acreedores personales para el pago con bienes hereditarios ¹¹⁹⁵. Esta ausencia de preferencia por parte de los acreedores hereditarios y legatarios sobre bienes hereditarios únicamente se puede solventar a través del beneficio de separación o el beneficio de inventario; institutos que, al menos en el caso del beneficio de separación, no son exactamente iguales en todos los sistemas de Derecho continental ¹¹⁹⁶.

En cualquier caso, como decimos, la responsabilidad del heredero por deudas en el sistema de sucesión en la persona es en principio ilimitada pero limitable, pues los ordenamientos que lo consagran no le confieren jamás a la responsabilidad *ultra vires* naturaleza de norma de orden público, y por ello, lo habitual es que sea posible limitar la responsabilidad a través de algún mecanismo como

¹¹⁹⁰ Dice de una manera ilustrativa BILOTTI (2012), p. 3, que con la sucesión hereditaria, el patrimonio del difunto pierde todo ápice de individualidad y es absorbido por el patrimonio personal del heredero.

¹¹⁹¹ BONFANTE (1930), p. 381.

¹¹⁹² GARCÍA RUBIO (1989), p. 174; MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES (1998), pp. 99 y ss.

¹¹⁹³ FLOUR (1956). Sin embargo, GASNIER (2013), p. 1, hace notar que ya antes de ese autor, otros habían puesto de manifiesto la falta de organización.

¹¹⁹⁴ GASNIER (2013), p. 4.

¹¹⁹⁵ GRIMALDI (2001), pp. 608-609.

¹¹⁹⁶ MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES (1998), pp. 103-111, entiende que la regulación catalana sobre el beneficio de separación de patrimonios sí evita la confusión pero no los efectos de la responsabilidad ilimitada; por ello, afirma que «la posible desvirtuación (Derecho catalán) o minoración (Derecho francés e italiano) de la regla de la *confusio bonorum* no implica un cambio de valoración en las estructuras del llamado ‘sistema de continuación en la persona’. Por el contrario, ésta es una institución típica de los ordenamientos que siguen este sistema: la necesidad de tutelar los derechos de los acreedores hereditarios y de los legatarios es mayor en los sistemas donde el régimen ordinario sea la confusión de patrimonios».

el del beneficio de inventario¹¹⁹⁷. En los ordenamientos actuales, ya no es posible, como ocurría en el Derecho romano, la responsabilidad ilimitada e ilimitable.

3.1 El Código Civil español: antes y después de la tesis de Peña

En el caso del Código Civil español, la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria consideraban que nuestro sistema era el propio de la sucesión en la persona, con todos los efectos anteriormente reseñados: el heredero se subrogaba en la posición de deudor del difunto y por efecto de la *confusio bonorum*, su responsabilidad por deudas sucesorias era ilimitada¹¹⁹⁸. Sin embargo, a mediados del siglo pasado¹¹⁹⁹, el estudio sobre la herencia y las deudas del causante de Peña Bernaldo de Quirós¹²⁰⁰ supuso un verdadero hito en esta cuestión; así, esta tesis se incardina en tres ideas principales, como pasamos a ver.

La primera idea es que la sucesión hereditaria o universal comprende las deudas y obligaciones, y por ello, el heredero será deudor, pero lo será como titular del patrimonio a que las deudas afectan, y no porque su patrimonio personal pase a responder de tales deudas; en palabras del propio Peña¹²⁰¹: «no hay un cambio en la titularidad pasiva de cada deuda (...), es el patrimonio afectado por las deudas el que cambia entero de titular».

La segunda cuestión es que de las deudas hereditarias responde, en principio, el patrimonio sucesorio; así, la responsabilidad *ultra vires* es única-

¹¹⁹⁷ GRIMALDI (2001), p. 546.

¹¹⁹⁸ Por todos, MANRESA NAVARRO (1943), pp. 422 y ss.; Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), pp. 515 y ss.

¹¹⁹⁹ GINOT LLOBATERAS (1950), p. 1062, ya se preguntaba de hecho si sería correcto hablar de responsabilidad *ultra vires hereditatis*, toda vez que «al colocarse el heredero en la misma posición jurídica y ser, por tanto, el propio deudor personal, hace que, como consecuencia, responda ilimitadamente con todos sus bienes, entre los que se encontrarán los procedentes de la herencia del causante».

¹²⁰⁰ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS publicó la primera edición de esta tesis en 1967, aunque nosotros utilizaremos la tercera edición de 2009. La relevancia de esta monografía es indudable, ya no solo porque prácticamente en todos los estudios sobre el pago de deudas hereditarias y la responsabilidad del heredero por deudas se menciona, sino también porque cambió radicalmente el planteamiento de la doctrina tradicional; así, SOLÍS VILLA (2012), p. 170, afirma que la doctrina tradicional no puede mantenerse tras su fundamental aportación; podrán, dice, «discutirse algunas de sus conclusiones, pero el núcleo de su tesis parece inobjetable y a mi juicio hay que partir de él para reelaborar toda la doctrina sobre la posición de los acreedores hereditarios y la responsabilidad del heredero, lo que implica en buena medida una reinterpretación de los textos legales».

¹²⁰¹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (2009), pp. 107 y ss., considera que nuestro Código «lejos de ser trasunto de las concepciones romana y francesa, está en la etapa final de una larga evolución en la que se va imponiendo la idea de que el fenómeno sucesorio, en su repercusión patrimonial, afecta únicamente a la titularidad del patrimonio del causante, y *nunca implica* la desaparición de la individualización del patrimonio. Suceder, a efectos patrimoniales, es simplemente –como ya hemos dicho– sustituir al causante en la titularidad del patrimonio que, no obstante, *continúa diferenciado*».

mente un plus, una incidencia de nuestro sistema sucesorio. Nuestro Código Civil establece, según el autor, dos sistemas de liquidación: uno rígido, a través del beneficio de inventario; otro más flexible, libre de formas y garantías, por el que el heredero debe asumir el riesgo de responder de manera *ultra vires*. En definitiva, para Peña¹²⁰² la responsabilidad *ultra vires* no es consecuencia de la sucesión, no se impone como obligación legal, sino como carga de la que el heredero puede prescindir asumiendo las consecuencias desfavorables que acarrea.

Por último, el tercer principio de su tesis es que el patrimonio sucesorio persiste siempre individualizado a través de las distintas vicisitudes del procedimiento sucesorio, como la aceptación y la partición¹²⁰³; principio que se observa en otro efecto de la sucesión: el establecimiento de un cierto orden de prelación. En efecto, son diversos los preceptos del Código Civil de los que se puede inferir la existencia de este orden de prelación por el cual los acreedores hereditarios gozan de preferencia sobre los bienes hereditarios frente a legatarios y acreedores personales del heredero; así, entre otros, artículos 891 y 1029 CC. Por todo ello, Peña considera que el patrimonio sucesorio puede encontrarse en alguna de estas situaciones: patrimonio simplemente separado, cuando solo hay un heredero; patrimonio separado colectivo, cuando hay varios coherederos y persiste la indivisión; y subpatrimonios separados asignados a cada heredero, en el caso de herencia partida.

En cuanto a la doctrina posterior a la tesis de Peña, se puede considerar que cada vez esta tesis gana más adeptos¹²⁰⁴; si bien, todavía son varios los

¹²⁰² PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (2009), pp. 119 y ss., basa sus conclusiones en una constatación histórica: «a partir del Derecho justiniano, en el Derecho común y sobre todo, en el Derecho histórico español, la responsabilidad *ultra vires* persiste, pero desnaturalizada; deja de considerarse consecuencia natural de la sucesión y pasa a ser una incidencia en la liquidación producida por la omisión del inventario». No ocurre esto en Francia, como hace notar el autor; sin embargo, el antecedente de nuestro CC no es el CC francés, sino el derecho español tradicional. Sobre la responsabilidad *ultra vires*, PEÑA considera que si fuese consecuencia natural de la sucesión, sobre ella operaría la retroactividad, hipótesis que dice no podemos admitir si no queremos llegar a resultados absurdos.

¹²⁰³ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (2009), pp. 143 y ss.

¹²⁰⁴ ROVIRA JAÉN (1969), pp. 1573 y ss.; LACRUZ BERDEJO (1981), pp. 108 y ss., en cuanto a la preferencia de los acreedores hereditarios sobre los bienes relictos, que ya venía defendiendo, como dice el autor, desde el año 1953; GARCÍA RUBIO (1989), p. 201, afirma que «la separación no debe ser solicitada porque se produce de manera automática y sea cual sea el modo de aceptación». GITRAMA GONZÁLEZ (1989), p. 264, opina que su tesis le parece acertada por cuanto sintoniza con su aspiración *de lege ferenda* de limitar la responsabilidad del heredero. ALBALADEJO GARCÍA (1997), pp. 110-11, afirma que al heredero le pertenecen dos patrimonios, «el suyo y el hereditario, y siendo suyos ya los derechos y obligaciones de los dos, permanecen automáticamente como separados o diferenciados tales patrimonios, a efectos de que quienes tienen derechos contra el hereditario puedan satisfacerlos con preferencia a los acreedores del heredero». Véase también, RAMS ALBESA (2003), p. 5471; ESPEJO LERDO DE TEJADA (2005), p. 1925; GETE-ALONSO CALERA (2016), p. 342. Además, la RDGRN de 1 de septiembre de 1976 (RJ 1976, 3785), parece haber adoptado también esta tesis cuando afirma que: «aun cuando la cuestión tiene dividida a la

autores que se niegan a aceptarla ¹²⁰⁵, o que la aceptan pero con matices ¹²⁰⁶. El balance actual no es claro, pero ciertos autores consideran que los partidarios de esta tesis representan la mayoría ¹²⁰⁷.

Sea como fuere, una cuestión bastante pacífica en la doctrina española es la consideración de que incluso en los casos de aceptación pura y simple, debe seguir operando una cierta preferencia de los acreedores del causante

doctrina patria, e incluso una mayoría opta por la tesis de la confusión de patrimonios, en base principalmente a los artículos 659 y 660 del CC, un detenido estudio de sus preceptos y de otros Cuerpos legales, llevan a la conclusión contraria...».

¹²⁰⁵ Entre otros, DE LA CÁMARA (1990), pp. 19-20. Para VALLET DE GOYTISOLO (1989), pp. 623-637, no hay en el *ius commune* un régimen de responsabilidad *intra vires*; «responde el deudor y responde con sus bienes. No responde el patrimonio ni la herencia». Para este autor, existe un orden de prelación, pero «ni el patrimonio, ni la herencia responden ni pueden responder. Responde el sujeto con todos y cada uno de sus bienes, a cuyo conjunto denominamos patrimonio; no responde la herencia, sino los herederos». NAVARRO CASTRO (2009), p. 33, tampoco comparte la teoría de que el patrimonio hereditario persiste individualizado hasta su total extinción, pues entiende que ello «implica admitir que son rescindibles los pagos realizados a los acreedores personales del heredero por el solo hecho de no haber pagado una deuda del causante, incluso aunque ésta aún no hubiese vencido cuando se pagó la otra, algo que va mucho más allá de lo que podría hacer un acreedor con un privilegio crediticio». BOTÍA VALVERDE tampoco comparte esta moderna tesis a pesar de la indudable autoridad intelectual de sus defensores porque entiende que del Código Civil no se desprende que la responsabilidad limitada sea la consecuencia normal, pues el término «beneficio» supone la existencia de una ventaja sobre el régimen normal, ventaja que hay que solicitar y que no se otorga si no se pide. Y añade que «el hecho de que no puede sujetarse a concurso de acreedores la herencia aceptada pura y simplemente es una prueba irrefutable de que en nuestro Ordenamiento no existe esa masa patrimonial y diferenciada», en www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/aceptacion-a-beneficio-de-inventario-y-jurisdicion-voluntaria/ (consultado el 19 de julio de 2018). GALICIA AIZPURÚA (2018), pp. 46-47, considera «un contrasentido concebir la responsabilidad *ultra vires* como una sanción (...). Parece, por tanto, más sencillo y menos forzado entender que en el CC persiste la responsabilidad *ultra vires* (...) ha de convenirse en que la *hereditas damnosa* es un fenómeno bastante menos habitual que el contrario. No tiene mucho sentido, entonces, estimar que el Código conciba como procedimiento ‘general’ u ‘ordinario’ uno que, amén de comportar mayores costes y gastos y un notorio retraso en la entrada en el disfrute irrestricto de los bienes relictos, atiende a un supuesto de índole excepcional o extraordinaria».

¹²⁰⁶ PITA BRONCANO (2004), pp. 93-97, considera que el artículo 1003 CC no permite extraer la consecuencia de que la responsabilidad *ultra vires* es la norma general, ni tampoco lo es la confusión de patrimonios, que puede tener lugar en otros supuestos en los que hay separación de patrimonio; «es por ejemplo, el caso del heredero a beneficio de inventario que tras la liquidación se encuentra, habiendo agotado los bienes recibidos, con nuevos acreedores de la herencia». De otra parte, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), pp. 17 y ss., consideran que la preferencia en el cobro existe por la naturaleza residual de la herencia, pero no por la separación automática, toda vez que la teoría de la separación se enfrenta, según ellas, al problema de dilucidar qué ocurre si los acreedores del difunto reclaman sus créditos cuando la herencia ya se ha consumado, es decir, cuando se han dispuesto de los bienes, por ejemplo. Para las autoras, «si la separación fuera automática, habría que admitir que la eficacia de la partición estaría suspendida hasta el pago o afianzamiento de los créditos sin necesidad de petición alguna, o bien, aun siendo necesaria la petición al respecto, una vez instada por uno de los acreedores tendría que beneficiar a todos los demás». Y como quiera que esto no ocurre así, pues solo se beneficia al que ha hecho valer el beneficio, «no creemos, en suma, que la separación sea automática, sino que está vinculada a esos instrumentos que se ofrecen en el *iter* sucesorio a los interesados en el caudal relicto».

¹²⁰⁷ MARTÍNEZ CAÑELLAS (2014), p. 1364, nota 27, afirma que «es mayor el número de autores que defienden una cierta separación de patrimonios en orden a garantizar en primer lugar el pago a los acreedores hereditarios». SÁNCHEZ-VENTURA MORER (2015), p. 3270.

sobre los bienes de la herencia, derive o no de una verdadera separación de patrimonios¹²⁰⁸. Así, en primer lugar, la preferencia de los acreedores hereditarios frente a los legitimarios parece clara con el tenor literal del artículo 818.1 CC cuando señala que «para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento»; no en vano, como hemos repetido a lo largo de este trabajo, si el pasivo hereditario supera al activo, la legítima no llega a nacer, o no nace, al menos, con cargo a bienes hereditarios.

En segundo lugar, la preferencia del acreedor hereditario sobre el legatario se infiere de los artículos 1029 y 1082 CC y el 788.3 LEC¹²⁰⁹. El artículo 1029 CC señala, en sede de beneficio de inventario, que «si después de pagados los legados aparecieren otros acreedores, éstos solo podrán reclamar contra los legatarios en el caso de no quedar en la herencia bienes suficientes para pagarles»; sin embargo, y a pesar de su ubicación sistemática, la doctrina ha considerado que la aplicación de este precepto no se restringe a los casos en que el heredero haya declarado hacer uso del beneficio de inventario¹²¹⁰. Asimismo, el referido artículo 1082 CC les da la facultad a los acreedores hereditarios de oponerse a la partición, precepto este que encuentra concreción en el artículo 788.3 LEC, que ordena que «cuando se haya formulado por algún acreedor de la herencia la petición a que se refiere el apartado 4 del artículo 782, no se hará la entrega de los bienes a ninguno de los herederos ni legatarios sin estar aquéllos completamente pagados o garantizados a su satisfacción». Por lo tanto, queda claro que con independencia de si el heredero acepta pura y simplemente o con beneficio de inventario, el acreedor hereditario tendrá preferencia frente a los legatarios.

¹²⁰⁸ Entre otros, MINGORANCE GOSÁLVEZ (2004), pp. 93 y ss.; GALICIA AIZPURÚA (2018), p. 63, que, a pesar de defender que la responsabilidad *ultra vires* es preferible a la *intra vires*, considera que el sistema de preferencias del beneficio de inventario debería respetarse igualmente en el caso de aceptación de pura y simple.

¹²⁰⁹ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), p. 211, consideran sobre esta prelación que «ha de ser así, pues de otro modo el causante podría disponer *mortis causa* de sus bienes en perjuicio de sus acreedores»; prelación que ya existía en el Derecho romano, derivada del principio *nemo liberalis nisi liberatus*, y, en definitiva, de que «no es posible disponer gratuitamente de los propios bienes cuando se tienen deudas pendientes».

¹²¹⁰ GITRAMA GONZÁLEZ (1989), p. 271; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (2009), pp. 147-148; ESPEJO LERDO DE TEJADA (2010), p. 1121; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), p. 211. No obstante, GARCÍA BAÑÓN (1962), pp. 153-154, considera que no es justo que el acreedor negligente, que ha dado lugar a que el heredero consuma o enajene bienes de la herencia que hubieran bastado para pagar las deudas, pueda luego dirigirse, contra los bienes legados. Por eso, para que el acreedor de la herencia pueda hacer valer su preferencia frente al legatario, es imprescindible probar antes dos extremos: que los bienes de la herencia no legados no bastaban para cubrir las deudas y haberse hecho excusión de los bienes del heredero.

De otra parte, la preferencia de los acreedores hereditarios sobre los acreedores personales del heredero también se extrae de dos principios fundamentales: «antes es pagar que heredar» y «no hay herencia sino en el residuo»¹²¹¹. La preferencia de los legitimarios sobre los legatarios se infiere también de varios artículos del Código Civil que protegen la intangibilidad de la legítima, como el artículo 817 CC, cuando ordena que «las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, a petición de éstos, en lo que fueren inoficiosas o excesivas», o el artículo 820 CC, que ordena la supresión o reducción de las donaciones (y legados) inoficiosos¹²¹². Por último, la preferencia de los legatarios sobre los acreedores particulares del heredero parece obvia también, máxime si se tiene en cuenta el adagio «no hay herencia sino en el residuo» pero, sobre todo, como reconocimiento a la libertad de testar.

3.2 Valoración personal

En nuestra opinión, la obra de Peña pone de manifiesto que existe, en nuestro Código Civil, cierta «mixtificación» de elementos romanos y germánicos¹²¹³, razón por la que algunos autores han desistido de encuadrar el sistema español de una u otra forma¹²¹⁴, y otros lo han calificado de *tertium genus*¹²¹⁵. Se trata, además, de una tesis de incuestionable valor de la que se debiera partir a la hora de analizar –incluso reformar– la regulación en materia de liquidación de herencia.

Desafortunadamente, no parece considerarlo así la jurisprudencia, que sigue propugnando la confusión de patrimonios y la responsabilidad *ultra vires*

¹²¹¹ GARCÍA RUBIO (1989), p.195 y ss.; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (2009), pp. 163 y ss.; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), p. 3, quienes citan a POMPONIO, D. 50. 16. 165, «*Vénisse ad heredem nihil intellegitur nisi deducto aere alieno*».

¹²¹² GITRAMA GONZÁLEZ (1989), pp. 270 y ss.

¹²¹³ ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 32; MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES (1998), p. 154. Entre los preceptos de marcado corte romanista-personalista podrían citarse los artículos 659, 661, 1003 y 1257 CC; entre los de tendencia patrimonialista, los preceptos 1027, 1029, 1082 y 1084 CC.

¹²¹⁴ GARCÍA RUBIO (1989), p. 200, que manifiesta que «el encaje del Derecho español entre los comparados ha de ser tratado desde una perspectiva distinta y más general, en la que no se olvide, por una parte, que la pretensión de reducir todo al “sistema” corresponde a un tipo de mentalidad decimonónica, hoy completamente superada, y por otra –como tuvimos ocasión de comprobar al trazar un bosquejo de los ordenamientos vecinos al nuestro– que el Derecho de Sucesiones resulta campo especialmente propicio para el desarrollo de los particularismos nacionales; desde esta perspectiva, más que de la incardinación forzada del CC español en este o aquel sistema, lo que debemos intentar es la exposición, tanto de los rasgos estructurales que presenta nuestro Derecho hereditario, como la operatividad que logran alcanzar».

¹²¹⁵ En palabras de GARCÍA RUBIO (1989), p. 200, que atribuye el *tertium genus* a la tesis de PEÑA; MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES (1998), pp. 154-155.

hereditatis como los grandes pilares de nuestro Derecho sucesorio; en este sentido, baste leer la STS de 21 de abril de 1997¹²¹⁶, que establece que «por la aceptación pura y simple, el heredero (...) debe pechar con las cargas que aquél (el causante) consintió en vida, con lo que viene a ser tanto sujeto activo, como pasivo, de sus relaciones jurídicas patrimoniales no debidamente extinguidas, accediendo de esta manera a una responsabilidad ilimitada e indiferenciada, de la que responden no solo los bienes hereditarios, sino también los propios».

4. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD POR DEUDAS

4.1 La regla general del artículo 1003 CC

El artículo 1003 CC establece que «por la aceptación pura y simple, o sin beneficio de inventario, quedará el heredero responsable de todas las cargas de la herencia, no solo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios». Este precepto viene pues a establecer una consecuencia (la responsabilidad *ultra vires*) a una omisión (la ausencia de solicitud del beneficio de inventario). Es importante que analicemos bien este artículo para lo que dos cuestiones deben ser destacadas: de una parte, que la regla hace responsable a los herederos, y de otra, qué entiende el legislador por «todas las cargas de la herencia».

4.1.1 LOS HEREDEROS COMO ÚNICOS RESPONSABLES

Efectivamente, serán los herederos quienes deban responder por las deudas¹²¹⁷; los legatarios no se consideran nunca deudores personales, ni siquiera cuando lo fueren de parte alícuota¹²¹⁸. Esta afirmación conviene matizarla: en

¹²¹⁶ RJ 1997, 3248.

¹²¹⁷ NÚÑEZ LAGOS (1951), p. 411, afirma que el heredero responde de las deudas, no porque ocupe el lugar del difunto, sino porque con la *aditio* es como si «*quasi contraxisse* con los acreedores de la herencia, asumiendo como propias las deudas del causante. En el mismo sentido, GAYO y JAVOLENO decían que aceptar la herencia es *obligare se haereditati*, y otros pasajes de las fuentes a la aceptación la llaman *obligatio*».

¹²¹⁸ Según GRIMALDI (2001), p. 543, en Francia no ocurre lo mismo, sino que todos los herederos, legatarios o sucesores contractuales que sucedan a título universal son responsables de las deudas hereditarias. A la doctrina esta solución le parece lógica, ya que ellos reciben, por hipótesis, la totalidad o una cuota-parte del patrimonio hereditario. En concreto, los legatarios responderán en dos casos: cuando el testador grave el legado con una deuda, y cuando se trate de deudas que sean accesorias de la cosa legada. Así, el legatario de una empresa estará obligado a continuar con el pago de los contratos de trabajo. En Italia, y según ALBANESE (2009), p. 435, el legatario está exento del pago de deudas hereditarias, y por eso, únicamente el heredero sucede en las deudas; es decir, el legatario es asimilado al tercero adquirente de inmueble hipotecado.

primer lugar, los legatarios sí pueden ser responsables por deudas en tres casos: cuando los bienes legados son necesarios para pagar a los acreedores de la herencia *ex* artículo 1029 CC; cuando el testador hubiese gravado el legado con alguna deuda; y por último, cuando toda la herencia se hubiese distribuido en legados *ex* artículo 891 CC. No obstante, esto no cambia el hecho de que el heredero siga siendo responsable de todas las deudas, incluida aquella que el testador hubiese asignado al legatario. En el caso de distribución de toda la herencia en legados se ha dicho, en primer lugar, que si el testador hubiera designado albacea encargado de liquidar la herencia y entregar los legados, entonces, de acuerdo con la opinión mayoritaria, la responsabilidad del legatario se limitaría al valor de la cosa legada (responsabilidad *pro viribus*)¹²¹⁹; además, si los legatarios hubiesen tomado posesión de los bienes hereditarios, sin la previa liquidación del pasivo, la responsabilidad sería, según cierto sector doctrinal, solidaria¹²²⁰.

El donatario *mortis causa* responde de las deudas del causante en los mismos términos que el legatario, ya que, como señala el artículo 620 CC, las donaciones *mortis causa* se rigen por las normas de la sucesión testamentaria. También el reservatario se equipara al legatario a efectos de responsabilidad por deudas; en cuanto al heredero legitimario que acepta pura y simplemente, responde de manera ilimitada por deudas, pero no por legados¹²²¹.

4.1.2 «TODAS LAS CARGAS DE LA HERENCIA»

En esta cuestión nos remitimos a lo que ya hemos dicho acerca de qué se entiende por cargas de la herencia y nos detendremos únicamente en si a la hora de aplicar este precepto se deben entender incluidas o no las obligaciones testamentarias¹²²². Desde una perspectiva retrospectiva se ha dicho que en el

¹²¹⁹ ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 291; CRISTÓBAL MONTES (1988), pp. 263 y ss.; GARCÍA RUBIO (1989), p. 191; SÁNCHEZ CALERO (1993), p. 2105. No obstante, VALLET DE GOYTISOLO (1989), p. 671, considera que la responsabilidad sería *cum viribus*.

¹²²⁰ VALLET DE GOYTISOLO (1989), p. 671; GARCÍA RUBIO (1989), pp. 393-394.

¹²²¹ CUADRADO IGLESIAS (2002), p. 5183, considera que cuando el legitimario es llamado como heredero, ostenta dos titularidades: como heredero responde de las deudas en igual medida que cualquier otro; de hecho, si tales deudas son de igual o superior cuantía que el as hereditario no existirá la legítima. Pero el heredero legitimario, sin necesidad de aceptar la herencia a beneficio de inventario, no responde de los legados si éstos le afectan, y en la medida en que afecten, a la porción legítima. SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), pp. 79-81, señalan que los legados no pueden mermar el derecho a legítima porque en tal caso serían inoficiosos; por ello, algunos autores afirman que el legitimario no responde de los legados. En jurisprudencia, véase la STS de 14 de noviembre de 1986 (RJ 1986, 6390).

¹²²² En una interpretación literal, la doctrina mayoritaria entiende que en las cargas de la herencia se incluyen también las testamentarias. GONZÁLEZ GARCÍA (1989), p. 24, considera que la expresión *cargas*

Derecho romano se limitó la responsabilidad del heredero por legados¹²²³. En lo que respecta a la perspectiva comparada, parece que también existe una tendencia a limitar esta responsabilidad por legados. Así, en Francia, y a pesar de que la jurisprudencia había entendido que los herederos también responden de manera ilimitada por los legados de dinero, la *Loi du 23 juin 2006* ha cambiado esto estableciendo en el artículo 785 *in fine* que el heredero universal «*n'est tenu des legs de sommes d'argent qu'à concurrence de l'actif successoral net des dettes*»¹²²⁴. Esta medida nos parece adecuada pero insuficiente, pues únicamente limita la responsabilidad del heredero por legados de suma de dinero.

Tampoco nos parece suficiente la medida del *Codice Civile* italiano, que prevé un supuesto de limitación *ex lege* de la responsabilidad del heredero por deudas cuando se descubre un testamento posterior *ex* artículo 483 CCit. Este precepto establece que la aceptación de la herencia no se puede impugnar por

de la herencia hace alusión no solo a todas las deudas del causante y legados, sino también a las obligaciones nacidas tras la muerte del causante y que se originan como consecuencia de la apertura de la sucesión. PÉREZ ÁLVAREZ (2016), pp. 16 y ss., hace notar que en ocasiones el Código Civil distingue entre deudas y cargas, como sucede en el artículo 1023 CC; si bien, considera que, en este precepto, el legislador quiso hacer referencia a las obligaciones testamentarias también. Otro debate será, pues, si la responsabilidad del heredero por legados es limitada o no, cuestión a la que pretendemos dar respuesta en este apartado.

¹²²³ GARCÍA RUBIO (1989), pp. 31 y ss., recoge que «si bien originariamente el heredero respondía *ultra vires*, en el proceso evolutivo del sistema no tarda en imponerse una limitación de responsabilidad», toda vez que «la enorme difusión que llega a tener en Roma la práctica de ordenar legados reducía, en no pocas ocasiones, la condición de heredero a la de un mero *nudum nomen*». Por esa razón, afloró la necesidad de limitar la libertad de testar, que encuentra su primera manifestación en la *Lex furia testamentaria* (que la autora sitúa entre los años 204 y 169 a. de C.) por la cual se prohibía ordenar legados superiores a mil ases, salvo que estuviesen ordenados en favor del cónyuge supérstite o los parientes más cercanos del testador. Esto tuvo un éxito reducido, y por ello aparece la *Lex Voconia*, en la que se prohibía ordenar legados por cuantía superior a lo ordenado en favor del heredero. Finalmente, en el año 714 de Roma (40 a. de C.) la *Lex Falcidia de legatis* prohibía que el testador ordenase legados por valor superior a las tres cuartas partes del activo hereditario, de manera que al menos el cuarto restante habría de quedar en manos del heredero, a quien correspondía la cuarta Falcidia. Si el testador incumplía esta norma, los legados que excediesen el límite eran nulos *ipso iure* y habrían de ser proporcionalmente reducidos, salvo que el testador hubiese dispuesto otra cosa. No obstante, en la época postclásica y «a medida que las disposiciones testamentarias se independizan de la institución de heredero, la antigua función de la cuarta Falcidia comienza a desvanecerse»; posteriormente Justiniano modula la responsabilidad por legados, al señalar que el heredero solo podría conservar la Falcidia si realizaba el inventario en presencia de los legatarios, allí donde existieran o en su defecto en la de tres testigos cualificados, y a partir de la fecha, quien no cumplierse con este requisito respondería *ultra vires* por legados. Según la autora, «el texto de la ley 7, tit. VI, Partida VI, expresa que el heredero no está obligado a pagar los legados hasta que no hayan sido pagadas las deudas, pero si el heredero satisficiera antes a los beneficiados con los legados que a los deudores del causante, éstos últimos tendrán derecho de reembolso frente a aquéllos», por lo que resulta difícil determinar si la responsabilidad del heredero por legados era limitada o no, si bien la facultad de detraer la Falcidia inclina a la autora por la respuesta afirmativa. *Vid.*, también PÉREZ SAUQUILLO (1952), pp. 228 y ss.

¹²²⁴ Para PÉRÈS y VERNIÈRES (2018), p. 537, se trata de una regla de *bon sens* (buen sentido), que supone una aplicación del adagio *Nemo liberalis nisi liberatus*: no puede haber liberalidades antes de ser liberado de todas las deudas.

error, pero, si se descubriese un testamento del cual no se tenía noticia al momento de la aceptación, el heredero no tendrá que satisfacer los legados sino hasta el valor de la herencia, esto es, hasta el valor de lo efectivamente recibido. Si los bienes hereditarios no bastasen para cubrir los legados nuevos, se reducirán proporcionalmente los legados del otro testamento ¹²²⁵.

Por ello, consideramos mucho más adecuada la normativa catalana, pues el artículo 427-39 del actual CCCat señala que «si el valor de los legados excede de lo que la persona gravada obtiene por causa de muerte, esta los puede reducir o suprimir, salvo que los cumpla íntegramente a sabiendas de que son excesivos» ¹²²⁶.

Pues bien, en el marco del Código Civil español, la doctrina mayoritaria ¹²²⁷ y la jurisprudencia ¹²²⁸ consideran que la responsabilidad del heredero por legados es ilimitada. Así lo entienden toda vez que la responsabilidad *ultra vires* no discrimina entre obligaciones testamentarias y otras cargas; si bien, se ha reconocido que dicha responsabilidad puede limitarse sin necesidad de aceptación beneficiaria por el testador estableciendo que los legados deberán ser únicamente pagados con el caudal relicto o por determinado heredero ¹²²⁹. En cualquier caso, esta responsabilidad ilimitada únicamente se predica del heredero voluntario y no así del heredero legitimario ¹²³⁰.

¹²²⁵ Señala FERRI (1980), p. 301, que se trata de una excepción al *principio dell'irrelevanza dell'errore*; si bien, no se trata de impugnar la aceptación, que permanece inatacable, sino de una modificación de sus efectos: el heredero no debe satisfacer los legados del testamento ignorado más allá del valor de la herencia o con perjuicio de sus derechos de legitimario.

¹²²⁶ Ya decía GETE-ALONSO CALERA (1983), pp. 1394-1397, que de acuerdo con la regulación anterior al CCCat, «en el sistema sucesorio catalán, de los legados solo con los bienes hereditarios líquidos responde el heredero» (...). Lo que significa que, en los legados, a menos que el heredero los cumpla / o quiera cumplir / íntegramente sabiendo que son excesivos (artículo 225,1 Comp.) difícilmente se podrán perseguir los bienes privativos del heredero». Asimismo, como señala DE PAULA PUIG BLANES (2011), p. 283, se trata de una limitación de la responsabilidad del heredero, que tiene por finalidad que el heredero pueda mantener como libres la cuarta parte del valor líquido de los que a él se le ha atribuido.

¹²²⁷ MANRESA NAVARRO (1943), pp. 423 y ss., afirma que puede parecer injusta esta responsabilidad ilimitada si no bastasen los bienes de la herencia para el pago de los créditos existentes contra la misma; sin embargo, entiende que tiene una explicación racional: en primer término, que el heredero es libre para aceptar en la forma que quiera o para no aceptar; en segundo término, que la aceptación pura conlleva la confusión de bienes. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (2009), p. 121, cree que el que pierde el beneficio de inventario queda responsable *ultra vires* también por los legados. RODRÍGUEZ ROSADO (2017), p. 57, entiende que la responsabilidad por legados no se encuentra de suyo limitada al caudal hereditario.

¹²²⁸ SSTs de 19 de enero de 1911, 13 de febrero de 1951 (RJ 1951, 258) y 8 de mayo de 1957.

¹²²⁹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (2009), p. 212, sostiene que el testador pueda dispensar al heredero del régimen de garantías o de la sanción de la responsabilidad *ultra vires* por cuanto hace a los legatarios; en igual sentido, MINGORANCE GOSÁLVEZ (2015), p. 3232.

¹²³⁰ VALVERDE VALVERDE (1916), p. 525; MANRESA NAVARRO (1932), pp. 426 y ss.; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), p. 55, afirman que «solo los herederos legitimarios que acepten pura y simplemente responden de forma distinta de las deudas de la herencia que de los legados. La razón no es otra que la ineficacia de los legados en la medida en que afecten a la legítima».

No obstante, y como ya se ha apuntado, varios han sido los autores que han criticado esta interpretación, entre los que cabe citar a Roca Sastre¹²³¹ o Cárdenas¹²³², quien entiende que el heredero solo responde por los legados con los bienes que recibe, y con independencia de si ha aceptado pura y simplemente o con beneficio de inventario; es decir, en ningún caso debería el heredero responder de los legados con su patrimonio, sino hasta los bienes de la herencia. Debería tratarse en definitiva de una responsabilidad *intra vires*. Puig Brutau¹²³³ afirma también que las obligaciones testamentarias han de agotarse, por la naturaleza de las cosas, «en el marco de las posibilidades de creación *mortis causa* del testador; por tanto, que son una configuración patrimonial realizada dentro de las posibilidades que ofrece la herencia y que no han de trascender más allá de lo que ésta permita, aunque haya sido aceptada de manera pura y simple»¹²³⁴. En su opinión, «la libertad de testar solo puede proporcionar al testador posibilidades de configuración patrimonial dentro de la base económica que para ello ofrece su propio patrimonio. Otra cosa sería tanto como disponer de bienes ajenos».

Otros autores hacen notar también lo injusto de la interpretación mayoritaria; así Lacruz Berdejo¹²³⁵, aun cuando admite que la responsabilidad del heredero por legados es ilimitada, también entiende que los legados no son verdaderas deudas, porque el difunto no las había contraído durante su vida y parece, en principio, «que la liberalidad debería disminuir el patrimonio del donante, y no el de sus sucesores, de manera que éstos se limitasen a responder con los bienes recibidos». Gitrama¹²³⁶ tampoco considera equitativo que la responsabilidad del heredero por legados sea ilimitada, «puesto que puede llegarse a hacer pagar al heredero con sus propios bienes las liberalidades dispuestas por el causante».

¹²³¹ ROCA SASTRE (1948), p. 512, afirma, sobre la cuestión de si el heredero responde con sus propios bienes, que «hay que considerarla resuelta en el sentido de que el heredero que ha aceptado la herencia de modo *simpliciter*, si bien responde *ultra vires* de las deudas de la sucesión, no responde, en cambio, de los legados, sino en lo que permita la cuantía de la herencia». PÉREZ SAUQUILLO (1952), p. 234, hace notar que este autor «no da más razones ni argumentos que los de su propia autoridad en decir, que no es poca. Y con todos los respetos, la postura nos parece equivocada».

¹²³² CÁRDENAS (1950), pp. 151 y ss., alude a criterios históricos para defender su postura, pues en Derecho romano, el heredero «no respondía nunca con sus propios bienes de los legados hechos por el causante».

¹²³³ PUIG BRUTAU (1961), p. 276, afirma también que en absoluto basta «el resorte de la *successio in ius* para explicar el resultado de que el heredero responda de cargas que no pesaban sobre el causante, más allá del alcance patrimonial de los bienes de la herencia»; por ello, propone que el heredero solo debe responder de los legados «hasta el límite que permita la cuantía de la herencia (*cum viribus*)».

¹²³⁴ PUIG BRUTAU (1961), pp. 271 y ss., hace notar la inutilidad de ciertas sentencias que se han utilizado tradicionalmente para sostener que el heredero es responsable de manera ilimitada por legados, como la Sentencia de 13 de febrero de 1951, o la de 19 de diciembre de 1924.

¹²³⁵ LACRUZ BERDEJO (1961), p. 195.

¹²³⁶ GITRAMA GONZÁLEZ (1989), p. 269.

De lege ferenda, Sainz-Cantero Caparrós¹²³⁷ considera que los legados son liberalidades, y como tal, solo habrían de hacerse efectivos si el patrimonio del causante se lo puede permitir. Para Pita Broncano¹²³⁸, los legados no son obligaciones a que se refiere el artículo 659 del Código Civil, sino disposiciones de última voluntad que, en todo caso, deberían ser afrontadas con los bienes que éste dejó al morir, ya que lo contrario supondría la disposición por parte del testador de bienes que, por ser ajenos, no le pertenecen. En igual sentido, Arroyo Amayuelas¹²³⁹ considera poco lógico que el heredero deba responder con su patrimonio por legados, pues estos no son deudas contraídas en vida, sino *regalos* que hace el causante. En nuestra opinión, acierta de pleno esta corriente doctrinal, pues resulta injusto que el causante no pueda disponer de sus deudas (o al menos dicha disposición no afecte a sus acreedores, como veremos), pero sí de sus bienes o de los bienes de un tercero, en perjuicio de sus herederos. En definitiva, la responsabilidad del heredero por legados debería ser siempre y en todo caso *intra vires*¹²⁴⁰.

4.2 La comunidad hereditaria

4.2.1 INTRODUCCIÓN: LA PARTICIÓN

Según la doctrina y la jurisprudencia no existe comunidad hereditaria en los casos en los que solo hay un heredero, o la herencia está formada por un único bien, o el testador ya ha partido la herencia¹²⁴¹. La importancia de que exista o no comunidad hereditaria es indudable, pues son muchas las cuestiones que de ella se derivan y también las distinciones que procede hacer; así,

¹²³⁷ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS (2003), p. 5535.

¹²³⁸ PITA BRONCANO (2004), p. 101.

¹²³⁹ ARROYO AMAYUELAS (2016), pp. 1446-1447.

¹²⁴⁰ Tal interpretación es perfectamente posible, pues el artículo 887 CC, que no está en sede de beneficio de inventario, establece que «si los bienes de la herencia no alcanzaren para cubrir todos los legados, el pago se hará en el orden siguiente: 1.º Los legados remuneratorios. 2.º Los legados de cosa cierta y determinada, que forme parte del caudal hereditario. 3.º Los legados que el testador haya declarado preferentes. 4.º Los de alimentos. 5.º Los de educación. 6.º Los demás a prorrata». Por lo tanto, este propio artículo establece la limitación *intra vires* de la responsabilidad por deudas al prever un orden de prelación para el caso de que «los bienes de la herencia» no alcancen para cubrir todos los legados.

¹²⁴¹ Por todos, VALLET DE GOYTISOLO (1989), pp. 72-73; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), p. 137. En cuanto a la jurisprudencia, cabe citar las SSTs de 21 de mayo de 1966 (RJ 1966, 3815), 29 de diciembre de 1988 (RJ 1988, 10071), 8 de marzo de 1989 (RJ 1989, 2023) y 29 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8899) toda vez que al no existir propiamente una *universitas*, no puede hablarse de comunidad hereditaria. Tampoco es partición la adjudicación de ciertos bienes. Sí será por el contrario partición la adjudicación de todos los bienes de la herencia, aunque el testador no hubiese hecho inventario ni liquidación, tal como señala la STS de 21 de julio de 1986 (RJ 1986, 4575).

conviene determinar si los herederos poseen conjuntamente las cosas o uno de ellos posee algo de forma exclusiva¹²⁴²; a la postre, la comunidad hereditaria no se parece a otras sociedades, en las que se puede hablar de las relaciones entre sus *socios* y la *sociedad*: en la comunidad hereditaria solo cabe hablar de relaciones *entre coherederos*.

Otra cuestión de indudable importancia en relación con la comunidad hereditaria es la partición¹²⁴³; institución que no nos detendremos a estudiar, pero sí debemos mencionar siquiera sucintamente los modos en que se puede llevar a cabo. En primer lugar, la partición puede realizarse por el testador *ex* artículo 1056 CC, pero en ese caso habrá que discernir cuándo hay partición por el testador y cuándo no. En este sentido, se ha dicho que si el testador ha realizado todas las operaciones necesarias (inventario, avalúo, liquidación y formación de lotes), entonces habrá partición por el testador; en caso contrario, no habrá partición propiamente sino normas para la partición¹²⁴⁴.

En segundo lugar, también es posible que la partición se encomiende a un contador-partidor testamentario *ex* artículo 1057 CC, que establece que «el testador podrá encomendar por acto *inter vivos* o *mortis causa* para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos»¹²⁴⁵. En este caso, se ha dicho que no es necesario

¹²⁴² Para estos casos conviene citar el artículo 1063 CC, que ordena que «los coherederos deben abonarse recíprocamente en la partición las rentas y frutos que cada uno haya percibido de los bienes hereditarios, las impensas útiles y necesarias hechas en los mismos, y los daños ocasionados por malicia o negligencia». Siguiendo a FERRANDIS VILELLA (1954), pp. 201-204, se podría decir que este precepto viene a consagrar la responsabilidad de los coherederos por enriquecimiento injusto.

¹²⁴³ La partición es definida en la Partida 6, 15, 1 como «*departimiento que fazen los omes entre si, de las cosas que han comunalmente por herencia, o por otra razón. E viene ende grand pro, quando es fecha derechamente. Ca se tiran por ella desacuerdos muy grandes, que nascen entre los omes a las vegas, por razón de las cosas que han de so uno; e tienese cada uno por pagado con su parte, quando la ha, e aliñala mejor, e aprovechase mejor, e mas della*». Para un estudio más detallado de la cuestión, véase FERNÁNDEZ HIERRO (2009), pp. 11 y ss.

¹²⁴⁴ GARCÍA RUBIO (1989), pp. 250 y ss.

¹²⁴⁵ ALBALADEJO GARCÍA y DÍAZ ALABART (1989), pp. 174 y ss., en un estudio amplio de la figura del contador-partidor testamentario, ponen de manifiesto la escasa regulación del Código Civil sobre la figura, por ello, consideran que se trata de «un albacea más», al que se le aplican por tanto las reglas del albaceazgo a falta de normas específicas; así, entre otras cuestiones, se considera un cargo esencialmente gratuito en el cual existirá la obligación de rendir cuentas *ex* artículo 907 CC. La característica de esta figura es que se basa en la voluntad del causante y por ello no es preciso que los herederos presten su consentimiento. El Código Civil tampoco regula la capacidad necesaria para ser contador-partidor testamentario y únicamente prohíbe que el nombramiento recaiga en uno de los coherederos; por ello, los autores entienden que la prohibición no afectará al heredero en cosa cierta (pues es legatario) pero sí al legatario de parte alícuota. Tampoco creen que puedan ser contadores-partidores el cónyuge superviviente ni el usufructuario de parte alícuota. El cargo es *personalísimo*, lo que no impide que se pueda delegar la ejecución o preparación de cuestiones que no le quitan al contador el verdadero y pleno papel de decidir lo referente a la distribución de bienes. En caso de que existan varios contadores, la regla general es la de mancomunión, pero podrá ser solidaria si así lo decide el testador *ex* artículo 897 CC. Tal y como señala CARBALLO FIDALGO (1999), pp. 121 y ss., las facultades que se pueden atribuir al contador-partidor testamentario son

que conste la aceptación de los coherederos ni que aprueben la concreta partición del contador-partidor, pues simplemente con la aceptación o ratificación, expresa o tácita, bastará para inscribir las adjudicaciones ¹²⁴⁶.

En tercer lugar, más frecuentemente, la partición se puede verificar por acuerdo de todos los coherederos *ex* artículo 1058 CC que establece que «cuando el testador no hubiese hecho la partición, ni encomendado a otro esta facultad, si los herederos fueren mayores y tuvieren la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente». En este caso, y una vez alcanzado, por unanimidad ¹²⁴⁷, el acuerdo de partición, deberá presentarse el título sucesorio, la copia de la escritura de partición o de protocolización de operación particionales, y los certificados de defunción del causante y del Registro General de Actos de Última Voluntad ¹²⁴⁸.

Si no se verificase acuerdo, el segundo párrafo del referido artículo 1057, modificado en 2015 por la LJV, permite que la partición se lleve a cabo por un contador-partidor dativo. Este precepto establece que «no habiendo testamento, contador-partidor en él designado o vacante el cargo, el Secretario judicial o el notario, a petición de herederos y legatarios que representen, al menos, el 50 por 100 del haber hereditario, y con citación de los demás interesados, si su domicilio fuere conocido, podrá nombrar un contador-partidor dativo, según las reglas que la Ley de Enjuiciamiento Civil y del Notariado establecen para la designación de peritos. La partición así realizada requerirá aprobación del Secretario judicial o del notario, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios».

En quinto lugar, la partición también puede ser judicial *ex* artículo 1059 CC, correspondiéndole al letrado de la Administración de Justicia entregar los títulos de propiedad a los interesados ¹²⁴⁹. Sobre la partición judicial, creemos importante resaltar que quiénes estarán legitimados para pedir la división son los herederos y los legatarios de parte alícuota, pero no los acreedores hereditarios, que sí lo estaban antes de la reforma de la LEC 2000 ¹²⁵⁰. La acción de división judicial de la herencia es imprescriptible *ex* artículo 1965 CC, y la

muchas; entre otras: la facultad de liquidar la sociedad de gananciales; el cálculo y satisfacción de las legítimas, así como la colación de las donaciones; la determinación y reparto de bienes sujetos a reserva; la satisfacción de legítimas en metálico; la entrega de legados de cosa específica y determinada propia del testador; la adjudicación de bienes para pago de deudas; o la interpretación del testamento.

¹²⁴⁶ CANDAU PÉREZ (2014), pp. 192-193.

¹²⁴⁷ VALLET DE GOYTISOLO (1989), p. 348.

¹²⁴⁸ CANDAU PÉREZ (2014), p. 191, señala que es relativamente frecuente y admisible en la práctica la partición parcial.

¹²⁴⁹ CANDAU PÉREZ (2014), p. 187.

¹²⁵⁰ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ (2012), pp. 105 y ss.

sentencia que recaiga no tiene efecto de cosa juzgada, de manera que las partes pueden hacer valer sus derechos en el juicio ordinario que corresponda, así como interponer recurso de apelación o casación¹²⁵¹. El artículo 89 LEC permite que se adopte acuerdo en cualquier estadio del juicio.

Por último, la partición puede ser arbitral, en cuyo caso, y de acuerdo con el artículo 37.8.º de la Ley de Arbitraje, «el laudo podrá ser protocolizado notarialmente. Cualquiera de las partes, a su costa, podrá instar de los árbitros, antes de la notificación, que el laudo sea protocolizado»¹²⁵².

Fuese cual fuese el modo por el que la partición se haya llevado a cabo, tras la misma, los herederos obtendrán la propiedad exclusiva de los bienes a ellos adjudicados *ex* artículo 1068 CC¹²⁵³. La partición modifica en cierto modo la responsabilidad por deudas hereditarias, pues mientras la herencia está indivisa, conserva cierta cohesión interna que detiene o suspende los efectos derivados de la confusión de patrimonios¹²⁵⁴.

Por último, es importante señalar que de acuerdo con el artículo 1083 CC, «los acreedores de uno o más de los coherederos podrán intervenir a su costa en la partición para evitar que ésta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos»¹²⁵⁵; precepto que encuentra su reproducción procesal en el artículo 782.5 LEC, que reconfirma que «los acreedores de uno o más de los coherederos podrán intervenir a su costa en la partición para evitar que ésta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos». Esta facultad, según la STS de 13 de octubre de 1911, «se limita a intervenir en las particiones, ya tengan éstas carácter judicial, ya extrajudicial, para que, teniendo perfecto conocimiento los acreedores de la forma en que se practican, eviten confabulaciones entre los

¹²⁵¹ POUS DE LA FLOR (2014), p. 1276.

¹²⁵² Véase sobre partición arbitral de la herencia, VERDERA SERVER (2017), pp. 107 y ss.

¹²⁵³ SSTS 16 de mayo de 1991 (RJ 1991, 3704); 5 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 9221); 31 de enero de 1994 (RJ 1994, 642); 28 de mayo de 2004 (RJ 2004, 3553); 3 de junio de 2004 (RJ 2004, 4416); 12 de febrero de 2007 (2007, 1380); y 29 de diciembre de 2011 (RJ 2012, 302). Según VALLET DE GOYTISOLO (1989), pp. 91 y 443 y ss., se ha discutido si la partición tiene naturaleza *declarativa* o *traslativa*, prevaleciendo la opinión de que es *determinativa*, *especificativa* o *concretizadora*. Pero como hace notar el autor este no es el único efecto, pues de acuerdo con los artículos 1068 a 1072 CC, también surgirá la recíproca obligación de evicción y saneamiento y la garantía por el impago de los créditos adjudicados como cobrables, y la distribución de lo percibido por créditos adjudicados como incobrables. Otros efectos no regulados en la sección son según VALLET el derecho de todo heredero de reclamar lo por él pagado de más *ex* artículo 1085, el derecho y deber recíprocos de completar la partición cuando se hubiese omitido en ella algún bien *ex* artículo 1079, y la exclusión de toda posibilidad de solicitar la división de la herencia.

¹²⁵⁴ LÓPEZ JACOISTE (1958), p. 516; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (2009), pp. 97 y ss.

¹²⁵⁵ Según MANRESA NAVARRO (1943), p. 790, la ley no establece distinciones entre los acreedores, siendo indiferente que su crédito se halle o no vencido, esté o no debidamente asegurado, y sea puro o condicional. Tanto este autor como VALLET DE GOYTISOLO (1989), p. 660, consideran que los acreedores podrán intervenir en cualquier estado de la partición pero, si no intervinieron desde el principio, no podrán retrotraer su intervención a las actuaciones ya practicadas.

interesados, que hagan imposible el pago de sus créditos; pero sin que esta intervención pueda llevarse al extremo de que en el juicio se reconozca como partes a los acreedores que los que lo sean del propio testador; ni tampoco los del heredero pueden oponerse a que se lleve a efecto la partición extrajudicial, aunque no se les pague o afiance el importe de sus créditos, mas siempre les queda a salvo su derecho para pedir la retención o embargo de los bienes que resulten a favor de su deudor, ejercitar a nombre del mismo la acción de rescisión, solicitar que se adicione la partición con alguno de los bienes o valores omitidos e impugnar los demás actos que se hayan ejercitado en fraude suyo».

4.2.2 LA RESPONSABILIDAD POR DEUDAS CUANDO HAY COMUNIDAD HEREDITARIA

4.2.2.1 *Introducción: perspectiva comparada*

La existencia de comunidad hereditaria es importante, pues afecta al régimen del pago de deudas; en este sentido, resulta claro que si únicamente existiese un heredero la cuestión no sería problemática: sería este quien deviene único responsable, único deudor, con independencia de si su responsabilidad es limitada o no ¹²⁵⁶. Sin embargo, las cosas serán diferentes cuando exista pluralidad de herederos, como veremos.

La doctrina ha distinguido entre tres sistemas de responsabilidad por deudas entre coherederos ¹²⁵⁷: en primer lugar, aquellos que dividen de manera *ipso iure* las deudas, como ocurría en el Derecho romano ¹²⁵⁸; en segundo lugar, los sistemas intermedios, en los que las deudas únicamente se dividen después de la partición; y por último, aquellos en los que la responsabilidad es solidaria tanto antes como después de la partición. Lo cierto es que desde una perspectiva comparada es fácil observar la diferencia de criterios entre los ordenamientos vecinos, e incluso los nacionales como el catalán, en el que persiste el principio clásico de la división automática de deudas; así, el artículo 463-1 CCCat establece que «las obligaciones y las cargas hereditarias

¹²⁵⁶ CASTÁN TOBEÑAS (2010), p. 399.

¹²⁵⁷ FERRANDIS VILELLA (1954), p. 208.

¹²⁵⁸ BIONDI (1954), p. 346; VOCI (1967), p. 740; FUENTESECA (1978), p. 568. GINOT LLOBATERAS (1950), pp. 1071 y ss., señala que «las disposiciones de las XII Tablas, que proclaman la división, tenían un sentido político, que era el de romper, hasta con una cierta violencia, el antiguo consorcio agnaticio; pero que consideradas desde el punto de vista técnico e histórico son ilógicas y no conformes de ningún modo con el espíritu romano, que tiende más bien a la solidaridad».

se dividen entre los coherederos en proporción a las cuotas respectivas, sin solidaridad entre ellos»¹²⁵⁹.

En cuanto a ordenamientos extranjeros, en Francia se establece el principio de división automática de las deudas *ex* artículo 873 CC¹²⁶⁰, con ciertas excepciones¹²⁶¹. La doctrina francesa ha considerado que este principio puede ser perjudicial para el acreedor en dos casos: de una parte, cuando la herencia es insolvente, porque será el acreedor quien soporte las consecuencias de la aceptación beneficiaria; de otra parte, cuando uno de los sucesores sea insolvente, ya que de nuevo será el acreedor quien soporte las consecuencias de esta insolvencia¹²⁶². Se podría argüir –dicen– que la división de deudas es contraria al principio de la continuación de la persona del difunto, ya que el crédito, nacido único, se pulveriza en una pluralidad de créditos; sin embargo, se ha argumentado que si fuese así, si el sucesor estuviese obligado al todo, no habría mantenimiento sino mejora de la situación del acreedor. Por ello, dos son los argumentos que se han esgrimido para defender el principio de división de las deudas: de una parte, el principio de equidad, toda vez que los sucesores ya son normalmente responsables *ultra vires* de las deudas, como para tener que ser responsables solidarios también; de otra parte, la división de deudas es corolario de la teoría del patrimonio: es natural que aquel que únicamente recibe una fracción del activo solo deba responder también por una fracción del pasivo¹²⁶³.

En Luxemburgo¹²⁶⁴ también se aplica el principio de división automática de deudas, que es fuertemente criticado por la doctrina por ser perjudicial para los acreedores, con similares razones: en primer lugar, porque si uno de los herederos es insolvente, es el acreedor quien soporta su insolvencia; y en segundo lugar, porque si uno de los herederos acepta con beneficio de inventario,

¹²⁵⁹ FARRERO RÚA (2011), p. 492, indica que fue con la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, donde se estableció que si concurren a la sucesión, simultáneamente, una pluralidad de herederos, adquieren el patrimonio hereditario en proporción a las respectivas cuotas, y las obligaciones y las cargas de la herencia se dividen en proporción a las respectivas cuotas sin solidaridad entre los herederos; así, fue cómo la doctrina se inclinó por considerar que las normas sobre comunidad hereditaria eran las de la comunidad germánica.

¹²⁶⁰ Este artículo señala que «*les héritiers sont tenus des dettes et charges de la succession, personnellement pour leur part successorale, et hypothécairement pour le tout; sauf leur recours soit contre leurs cohéritiers, soit contre les légataires universels, à raison de la part pour laquelle ils doivent y contribuer*».

¹²⁶¹ GRIMALDI (2001), p. 581, establece que las excepciones se pueden agrupar en cuatro categorías distintas, según que la excepción lo sea en razón de la naturaleza de la deuda (por ejemplo, la deuda hipotecaria, que es indivisible), de una disposición legislativa, de la voluntad del difunto, o de la voluntad de los sucesores.

¹²⁶² COLIN y CAPITANT (1955), p. 341; PLANIOL y RIPERT (1956), pp. 532 y ss.; MARTY y RAYNAUD (1983), p. 213; GRIMALDI (2001), p. 575.

¹²⁶³ GRIMALDI (2001), pp. 576-577.

¹²⁶⁴ WATGEN (2015), p. 128-129.

también es el acreedor quien soporta la posible pérdida. No obstante, este principio de división automática puede sufrir excepciones cuando uno de los herederos recibe un inmueble gravado con una hipoteca, o difunto y acreedor habían pactado que, a la muerte del difunto-deudor, dicha deuda fuese soportada exclusivamente por uno de sus herederos.

Por último, en Italia se aplica también la división automática de las deudas hereditarias en caso de comunidad hereditaria; por ello, como señala Albanese¹²⁶⁵, la transmisión de las deudas, aun cuando es característica de la sucesión, no comporta la instauración de una comunión entre los codeudores, sino que se aplica el principio *ipso iure dividuntur*, salvo en lo relativo al pago de los impuestos debidos por la apertura de la sucesión. Esto significa que los coherederos no deben responder solidariamente, y cada uno de ellos por el todo, sino de forma limitada a su propia cuota hereditaria. Si el causante era deudor solidario, el vínculo de solidaridad será mantenido entre sus herederos y los otros codeudores solidarios; si bien, ese vínculo se limita respecto a los coherederos, cada uno de los cuales queda obligado solidariamente con los codeudores originales únicamente hasta la concurrencia de su propia cuota hereditaria¹²⁶⁶. Así, los acreedores del causante no deben esperar a que se lleve a efecto la partición hereditaria, sino que pueden reclamar inmediatamente de cualquiera de ellos lo que les corresponda en relación con su cuota hereditaria, y sin que sea necesario el litisconsorcio entre los coherederos. No obstante, y a pesar de que el *Codice* no diga nada, la *Corte di Cassazione* ha confirmado que la norma se puede derogar y, por tanto, los herederos pueden pactar, expresa o tácitamente, la solidaridad¹²⁶⁷. Albanese también resalta las críticas que se han hecho a este principio de división automática de las deudas, por considerar que es una regla que perjudica la posición del acreedor; si bien, dichas críticas, dice, suelen ser contrarrestadas con la argumentación de que la regla opuesta de la solidaridad es excesivamente ventajosa para los acreedores que, además, disponen de otros recursos para protegerse frente a la eventual insatisfacción parcial de su crédito a través de la separación de bienes. En cualquier caso, el principio de división automática se aplica únicamente respecto de las deudas, y no respecto de los créditos hereditarios, ya que la más reciente jurisprudencia italiana ha considerado que, a diferencia de las deudas, no se puede dividir

¹²⁶⁵ ALBANESE (2009), pp. 333-392, quien además hace notar que en la legislación italiana tampoco existe una definición de *comunione ereditaria*, pero esto ha sido pacíficamente resuelto por la doctrina, en el sentido de considerarla comunidad incidental, institucionalmente transitoria, con la finalidad de administrar la herencia en espera de la división. Esta comunidad se produce cuando existe más de un heredero, a los que pertenece una cuota abstracta de la comunidad misma.

¹²⁶⁶ Véase la *Cass.* de 27 de noviembre de 1999, n. 13291.

¹²⁶⁷ Véase la *Cass.*, de 30 de junio de 2005, n. 13953.

los créditos automáticamente entre los coherederos con respecto a su cuota, sino que formarán parte de la masa hereditaria hasta su partición¹²⁶⁸.

De otra parte, en los sistemas germánicos se ha optado por la solidaridad de los coherederos por deudas (§ 2058 BGB); si bien, hasta que no se haya practicado la división, los herederos responderán de forma limitada con el patrimonio hereditario y a los acreedores les está vedado reclamar el pago de sus créditos frente al patrimonio personal de los herederos. Por lo tanto, en Alemania, la herencia permanece como un patrimonio separado mientras dure la comunidad¹²⁶⁹.

En el Código Civil Suizo también existe solidaridad, antes y después de la partición¹²⁷⁰; si bien esta se haya limitada en el tiempo, pues de acuerdo con el artículo 630 *Code Civil* suizo, la solidaridad cesa después de cinco años, y el plazo empieza a correr desde la partición o desde la exigibilidad de las deudas, si esta fuese posterior a la partición.

Llegados a este punto, cabe preguntarse cuál es el régimen que se aplica en nuestro Código Civil español; la respuesta a esa pregunta no es nada sencilla, pues no existe unanimidad, y como se ha puesto de manifiesto, «la ausencia de una regla expresa sobre el carácter de la responsabilidad de los herederos antes de la partición es el que ha propiciado la polémica y la división doctrinal»¹²⁷¹.

Antes de entrar a analizar tal cuestión conviene recordar lo que la doctrina más señera hizo notar: que la configuración de la solidaridad pasiva exige distinguir una relación externa, entre acreedores hereditarios y herederos, y una relación interna entre los coherederos¹²⁷².

¹²⁶⁸ Véanse *Cass.*, 13 de octubre de 1992, n. 11128; *Cass.*, 21 de enero de 2000, n. 640; *Cass.*, 5 de septiembre de 2006, n. 19062.

¹²⁶⁹ BINDER (1953), pp. 271 y ss.; ROCA SASTRE (Notas a KIPP, 1976), p. 314. En la doctrina internacional, ALBANESE (2009), p. 367; GRIMALDI (2001), p. 592, resalta que en Derecho francés existe confusión de patrimonios incluso antes de la partición de la herencia, a diferencia del sistema alemán, en el que la autonomía del patrimonio sucesorio se mantiene mientras perdure la indivisión.

¹²⁷⁰ El artículo 602 establece que si hay varios coherederos, todos los derechos y obligaciones comprendidos en la sucesión permanecen indivisos hasta la partición, redacción que podría dar lugar al equívoco de que tras la partición la responsabilidad dejará de ser solución; sin embargo, el artículo 603 del *Code Civil* Suizo señala que los herederos serán responsables solidariamente, incluso después de la partición y sobre todos sus bienes, de las deudas de la sucesión, salvo que los acreedores hereditarios hayan consentido tácita o expresamente a la división o a la delegación de las deudas.

¹²⁷¹ SÁNCHEZ JORDÁN y GARCÍA GARCÍA (2014), p. 1396.

¹²⁷² Para VALLET DE GOYTISOLO (1989), p. 663, esta responsabilidad presenta una doble vertiente: una extrínseca, ante los acreedores, y otra interna, entre quien o quienes hayan pagado las deudas y los demás coherederos. En igual sentido, GARCÍA RUBIO (1989), pp. 207-208, que añade que la responsabilidad de cada uno de sus miembros «actúa en función de garantía suplementaria del cumplimiento de las obligaciones de la colectividad deudora, lo que parece acercar la obligación personal de los coherederos puros y simples al instituto de la cofianza. De adoptar esta calificación, se trataría además de una cofianza solidaria de origen legal». Para la autora, «desde la perspectiva externa destaca la doble condición osten-

4.2.2.2 *El régimen del Código Civil: vertiente externa*

El artículo que regula esta cuestión es el 1084.1.º CC cuando establece que «hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubiere aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria, en el caso de haberla admitido con dicho beneficio». Debido a este precepto, tanto la doctrina mayoritaria¹²⁷³ como la jurisprudencia¹²⁷⁴ han interpretado que la responsabilidad de los coherederos por deudas es solidaria, no solo después de la partición, sino también antes, como veremos; como consecuencia, los coherederos se encontrarán mutuamente obligados a cubrir la posible insolvencia de los demás.

tada por los coherederos: de un lado, deudores colectivos en su calidad de titulares conjuntos del patrimonio hereditario, de otro, garantes solidarios con su patrimonio personal por las obligaciones que al común afectan, pero que son, en último término, obligaciones propias». En su opinión, nada obsta a la facultad del titular del crédito para reclamar el débito en su integridad indistintamente, de cualquier obligado.

¹²⁷³ Así lo entienden, de forma implícita o explícita, autores como GONZÁLEZ PALOMINO (1945), p. 221; GINOT LLOBATERAS (1950) pp. 1073-1074; ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 327; ALBALADEJO GARCÍA (1967), pp. 481 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS (1978), pp. 397 y ss.; GITRAMA GONZÁLEZ (1989), p. 267. Para GARCÍA RUBIO (1989), p. 209, el supuesto de herencia indivisa aceptada con beneficio de inventario por todos los herederos es el único que queda excluido del ámbito de la responsabilidad solidaria; MINGORAN-CE GOSÁLVEZ (2004), p. 145; NAVARRO CASTRO (2009), p. 142; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), p. 23.

¹²⁷⁴ Se pueden citar, entre otras, las siguientes SSTs: 23 de octubre de 1899; 9 de enero de 1901, que señala que el artículo 1084 CC «no subordina el ejercicio de la acción (del acreedor contra los herederos del deudor) al hecho de que la herencia se haya dividido, sino que, consagrando el principio de que cada heredero es responsable solidariamente de las deudas hereditarias, faculta al acreedor para reclamar la deuda por entero de cualquiera de los coherederos puros»; 3 de abril de 1903, que establece que «con sujeción a lo prevenido en el artículo 1084 del Código Civil, tal y como fue interpretado por reciente jurisprudencia, cada heredero es responsable solidariamente de las deudas hereditarias y en su virtud, hubiese practicado o no la partición de los bienes relictos...»; 2 de octubre de 1907; 21 de febrero de 1911; 28 de enero de 1919, que estableció que en virtud del artículo 1084 CC, «aún hecha la partición, podrán exigir los acreedores el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos»; 6 de julio de 1920, que determina que «la jurisprudencia de este Supremo Tribunal ha consagrado como doctrina el principio de que cada heredero es responsable solidariamente de las deudas hereditarias, facultando al acreedor para reclamar la deuda, por entero, de cualquiera de los herederos puros»; 3 de enero de 1928; 23 de febrero de 1929, que establece que los herederos recurrentes «tienen siempre la consideración de deudores solidarios en las obligaciones de su causante»; 20 de noviembre de 1929; 17 de diciembre de 1930, que señala que constando «que la herencia está indivisa, es aplicable al caso el artículo 1084 del Código Civil, conforme al que la responsabilidad de dichos herederos es solidaria puesto que puede exigirse íntegramente de cualquiera de ellos»; 22 de junio de 1931; 12 de julio de 1935; 27 de marzo de 1957; 15 de octubre de 1962, que establece que «la responsabilidad solidaria de los coherederos por deudas del causante se funda, sobre el artículo 661 del Código Civil, en el carácter de coherederos»; 17 de marzo de 1966; 14 de julio de 1984; 30 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 9906); 21 de abril de 1997 (RJ 1997, 3248); así como las RRDGRN de 21 de febrero de 1923, 30 junio 1927 y 16 de octubre de 1933. De otra parte, ALBALADEJO GARCÍA (1967), pp. 490-496, desacredita a quienes utilizaron como favorables a la tesis de responsabilidad mancomunada antes de la partición las SSTs de 24 de noviembre de 1915 y 20 de noviembre de 1929, así como la Resolución de 28 de marzo de 1944, pues «realmente ninguno de los tres fallos está contra la solidaridad».

En efecto, parece claro que el legislador decidió abandonar el histórico principio de división automática ya desde el Proyecto de 1851, donde se introdujo la regla de la solidaridad, apartándose así de las tradiciones jurídicas vecinas, que conservaron la regla romana de la divisibilidad de las deudas, como vimos ¹²⁷⁵. García Goyena ¹²⁷⁶ justificaba este cambio en la necesidad de proteger los intereses del acreedor del difunto: «el acreedor contrajo con solo el difunto; ¿por qué, pues, se le han de imponer molestias y gastos consiguientes a tener que demandar uno tras otros a todos los coherederos, que tal vez sean de distintos fueros, y estén domiciliados en países muy lejanos? Y, si uno de ellos resultare insolvente, tendrá que repetir la misma serie de demandas con la engorrosa subdivisión de la parte del insolvente entre los demás y en la misma proporción hereditaria. ¿No es más sencillo y justo que estas molestias y gastos recaigan en los mismos coherederos beneficiados por la herencia que intervinieron en su partición, y que quedaron obligados a garantizarse recíprocamente? Al coheredero no se causa agravio mientras no se le exija más de lo que percibió del difunto».

En cuanto al fundamento de la responsabilidad solidaria de los coherederos después de la partición, diversas razones se han ofrecido: que es una especie de pena privada por no haber liquidado todas las deudas antes de disolver la comunidad ¹²⁷⁷; que la pluralidad sobrevenida de deudores no debe alterar y menos perjudicar la posición del acreedor, pues la sucesión implica continuidad o inalterabilidad de las relaciones jurídicas ¹²⁷⁸; o que el heredero es continuador de la personalidad del causante, y por ello, cada uno de los coherederos es tan deudor como aquél ¹²⁷⁹.

Para Albaladejo García ¹²⁸⁰, el fundamento de la solidaridad entre coherederos no se encuentra en la injusticia de que el acreedor soporte los inconvenientes del fraccionamiento de la deuda, ni los artículos 659, 661 y 1003 CC representan verdaderos argumentos en favor de tal tesis, pues esos preceptos únicamente implican que en la herencia van incluidas todas las deudas y que quien recibe aquella responde de todas. Para el autor, los preceptos que refuerzan la solidaridad de los coherederos antes de la partición son el 1084 y el 1974. De una parte, el artículo 1084 CC significa que *aun* hecha la partición, la responsabilidad es solidaria, porque ya lo era antes; de otra parte, el

¹²⁷⁵ No en vano, GINOT LLOBATERAS (1950), p. 1072, considera que tal norma representó una innovación.

¹²⁷⁶ GARCÍA GOYENA (1852-A), p. 281; en igual sentido, VALLET DE GOYTISOLO (1989), p. 665.

¹²⁷⁷ FERRANDIS VILELLA (1954), p. 206.

¹²⁷⁸ SÁNCHEZ JORDÁN y GARCÍA GARCÍA (2014), p. 1398.

¹²⁷⁹ GINOT LLOBATERAS (1950), p. 1071.

¹²⁸⁰ ALBALADEJO GARCÍA (1967), pp. 497-511.

artículo 1974 CC establece que «la interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores. Esta disposición rige igualmente respecto a los herederos del deudor en toda clase de obligaciones». Por lo tanto, el Código, dice, estima que los herederos del deudor son deudores solidarios de las deudas de éste. Asimismo, el autor da otros dos argumentos a mayores. El primero vendría dado por la falta de explicación del cambio del tipo de responsabilidad antes-después de la partición; el segundo, que si la responsabilidad solidaria (más grave) solo surge tras la partición, se podría burlar fácilmente no partiendo. Cree Albaladejo García que no es adecuado el argumento de quienes utilizan los artículos 1137 y 1138 CC para defender la mancomunidad de la responsabilidad por deudas de los coherederos antes de la partición ya que estos preceptos únicamente se refieren al nacimiento o creación de la obligación; no se trata, pues, de ver si la deuda nace o no solidaria, sino de ver si la misma se fracciona o no al morir el causante. Ahora bien, dicha cuestión, dice, habrá de dilucidarse no por los artículos 1137 y 1138 CC, sino por las reglas que el Código adopte sobre la sucesión en las deudas. La consecuencia de esta solidaridad es que «el acreedor puede elegir el camino que prefiera, es decir, exigir el pago a todos los coherederos, y así puede cobrar sobre los bienes hereditarios o sobre los particulares de aquellos, o exigirlo solo a alguno o algunos de los coherederos, en cuyo caso la ejecución no puede recaer sino sobre bienes privativos del demandado o demandados»¹²⁸¹.

¹²⁸¹ La jurisprudencia del TS no es uniforme a la hora de precisar si se exige litisconsorcio pasivo necesario o no. Así, se ha dicho que la tesis de la solidaridad excluye la figura del litisconsorcio; se pueden citar, entre otras, las siguientes SSTS de 22 de marzo de 1990 (RJ 1990, 1719); 1 de julio de 1993 (RJ 1993, 5785); 11 de febrero de 1994 (RJ 1994, 850); 18 de septiembre de 1996 (RJ 1996, 6726); de 14 de marzo de 2000 (RJ 2000, 2015); de 28 de junio de 2001 (RJ 2001, 4979); 2 de abril de 2003 (RJ 2003, 3000). Sin embargo, el TS exigió el litisconsorcio pasivo necesario en la STS de 11 de mayo de 2007 (RJ 2007, 4003), al considerar que tal figura, de creación jurisprudencial, se ha definido como la exigencia de traer al proceso a todos los interesados en la relación jurídica litigiosa con el fin de evitar, por un lado, que puedan ser afectados por la resolución judicial quienes no fueron oídos y vencidos en el juicio, y de impedir, por otro, la posibilidad de sentencias contradictorias. En el caso concreto que se enjuiciaba, el Alto Tribunal consideró que no estaban todos lo que debían estar puesto que no habían sido demandadas las personas que ostentan el carácter de herederos de Don Simón; en consecuencia, «han de ser acogidos los motivos sin necesidad de examinar los restantes de ambos recursos con el efecto de la nulidad de actuaciones, ordenando retrotraerlas al momento procesal de la comparecencia obligatoria para que se mande subsanar este defecto de falta de litisconsorcio pasivo necesario, mediante la citación y emplazamiento de las partes necesarias». Para MARÍN GARCÍA DE LEONARDO (1991), pp. 68-69, no es «un capricho del legislador el empleo del término «bienes de la herencia» del artículo 1003 CC, ya que cuando ha querido referirse al derecho hereditario lo ha hecho con precisión; por ello, entiende la autora que solo demandando a todos por el todo se consigue el objetivo de hacer efectivas las deudas con los bienes hereditarios.

Sin embargo, esta cuestión de la responsabilidad de los coherederos no es pacífica; así, existe un sector doctrinal que no se plantea la cuestión ¹²⁸², otro que no ve clara la solución ¹²⁸³, y un último que considera que la responsabilidad antes de la partición debe ser mancomunada ¹²⁸⁴. Una de las autoras que ha defendido la mancomunidad es Marín García de Leonardo ¹²⁸⁵, quien entiende que antes de la partición, los acreedores deben dirigirse frente a todos. En su opinión, la responsabilidad se hará efectiva dirigiendo la acción contra todos, pues hasta la partición no se concretan los porcentajes de bienes concretos de la herencia que tienen los herederos. Defiende la autora que el legislador no quiso extender la solución prevista en el artículo 1084 del Código civil a la fase anterior a la partición porque no lo consideró necesario, ya que en este período no se plantea el peligro de una pérdida de garantías para el acreedor; para argumentar su posición utiliza el criterio histórico de la división *ipso iure*, que se conservó en Las Partidas ¹²⁸⁶. Marín García de Leonardo arguye que lo que el artículo 1084 CC establece no es una obligación solidaria *stricto sensu*, aunque así lo haya interpretado la doctrina tradicional al asimilar los efectos a los de la solidaridad; en su opinión, se trata más bien de posibilitar que uno de los herederos pague toda la deuda, no porque la responsabilidad sea solidaria *stricto sensu*, sino para que el acreedor no pierda garantías, en un momento en

¹²⁸² Entre otros, MANRESA NAVARRO (1943), pp. 794 y ss., considera que la responsabilidad es solidaria y no distingue otro tipo de responsabilidad para antes de la partición.

¹²⁸³ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), p. 93, señalan que «la del artículo 1084 del Código civil no es una responsabilidad solidaria en sentido estricto, dado el derecho del demandado a hacer citar y emplazar a sus coherederos». En efecto, y como hace notar GARCÍA RUBIO (1989), p. 213, «el derecho a que el demandado pueda pedir un plazo para hacer citar y emplazar a sus codeudores ha estado tradicionalmente ligado a las deudas indivisibles y no a las solidarias, y es precisamente en el marco de la indivisibilidad donde lo recogen los Códigos que tienen nuestra misma matriz histórica»; razón por la que considera la autora que se observa en este punto de nuestro Derecho cierta originalidad.

¹²⁸⁴ Entre otros, SÁNCHEZ ROMÁN (1910), pp. 2095-2096; GARCÍA VALDECASAS (1953), p. 267. LA-CRUZ BERDEJO (1961), pp. 406-407, entiende que la postura del TS de considerar que los coherederos responden solidariamente antes de la partición es endeble; va, dice, contra la *mens legislatoris*; además, contra la *mens legis*, y finalmente no está justificada por la necesidad de resolver equitativamente un conflicto de intereses. En su opinión, la solución del Tribunal Supremo no viene impuesta por consideraciones prácticas o de equidad, pues el acreedor puede muy bien dirigirse contra el conjunto de los herederos o el representante de la herencia, sin molestia notablemente mayor, ni disminución de la solvencia del caudal, compensada, en todo caso, por la responsabilidad ilimitada del heredero puro y simple. Hay que inclinarse así por la responsabilidad mancomunada, conforme a la antigua regla de división automática de los créditos y de las deudas que rige, mientras no se verifique la partición, como una especie de complemento a la responsabilidad del caudal. El legislador no se propuso modificar el régimen romano imponiendo la responsabilidad solidaria, sino en el momento ulterior a la partición.

¹²⁸⁵ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO (1991), pp. 22 y ss.

¹²⁸⁶ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO (1991), pp. 79 y ss., que apunta también que en un momento determinado «se había intentado en la práctica notarial introducir una cláusula en virtud de la cual los coherederos respondiesen solidariamente ante el acreedor. Pero esta iba en contra de los textos entonces vigentes siendo, en consecuencia, rechazada por la doctrina».

que como consecuencia de la partición el patrimonio se ha dividido; es decir, que no se trata de hacer responsable a cada coheredero de todas las deudas del causante, sino de que éstas no se dividan. En definitiva, el artículo 1003 CC hace referencia a la situación de un solo heredero, pero tiene una lectura distinta cuando se trata de deudas que pertenecen indivisas a la comunidad de los herederos; no existe por tanto solidaridad, sino mancomunidad como estado de indivisión: cada uno es deudor *in totum* pero no *totaliter*.

4.2.2.3 *La acción de regreso: vertiente interna*

El artículo 1084.2 CC establece que el heredero que haya sido «demandado tendrá derecho a hacer citar y emplazar a sus coherederos, a menos que por disposición del testador, o a consecuencia de la partición, hubiere quedado él solo obligado al pago de la deuda»¹²⁸⁷; además, el artículo 1085.1 CC señala que «el coheredero que hubiese pagado más de lo que corresponda a su participación en la herencia podrá reclamar de los demás su parte proporcional»¹²⁸⁸.

En virtud de estos dos artículos se deduce que el coheredero que ha pagado la deuda puede reclamar a los demás en proporción a sus cuotas¹²⁸⁹, salvo que le corresponda el pago a él solo por disposición del testador (a menos que con ello resulte dañada su legítima), o salvo que corresponda por tal disposición el pago a uno (o varios) solo, en cuyo caso únicamente podrá reclamar a este (con igual límite de daño de legítima); y si uno de los coherederos frente al que se repite es insolvente, suplen su parte todos los demás en proporción a sus cuotas¹²⁹⁰.

¹²⁸⁷ GARCÍA RUBIO (1989), p. 217, considera que este precepto «viene a confirmar la persistencia del patrimonio hereditario como fondo de garantía por las obligaciones que ya pesaban sobre su titular difunto y que se han visto incrementadas como consecuencia de su muerte y sucesión».

¹²⁸⁸ El segundo apartado del artículo 1085 CC establece que «esto mismo se observará cuando, por ser la deuda hipotecaria o consistir en cuerpo determinado, la hubiese pagado íntegramente. El adjudicatario, en este caso, podrá reclamar de sus coherederos solo la parte proporcional, aunque el acreedor le haya cedido sus acciones y subrogándole en su lugar». Sobre este precepto, VALLET DE GOYTISOLO (1989), p. 683, afirma que, así como el artículo 1084 se ocupa de las *relaciones externas* de los herederos con los acreedores hereditarios, este artículo 1085 trata de las *relaciones internas* de los coherederos, entre sí, consecuentes al pago efectuado a cualquiera de esos acreedores por un coheredero de más de lo que, en sus relaciones con los demás, le correspondía satisfacer.

¹²⁸⁹ Además, y como ha dicho VALLET DE GOYTISOLO (1989), p. 690, también podrá el deudor solidario que pagó reclamar a sus codeudores los intereses del anticipo de su respectiva parte correspondiente *ex artículo 1144.2 CC*.

¹²⁹⁰ ALBALADEJO GARCÍA (1967), p. 513.

La posibilidad que concede el artículo 1084.2 CC al heredero reclamado para citar a los demás coherederos ¹²⁹¹ evita que estos le opongan medios de defensa que él no alegó frente a la reclamación del acreedor ¹²⁹² —pues así no se les priva de la posibilidad de oponerlas ¹²⁹³—. Razón de más por la que resulta recomendable que el heredero reclamado cite y emplace efectivamente a todos los coherederos.

Una vez efectuado el pago por uno de los codeudores, desaparece la solidaridad y, por lo tanto, el coheredero que hizo frente al pago solo podrá reclamar de los otros la parte correspondiente a cada uno. No obstante, la relación interna —se ha dicho— no queda sometida exactamente al régimen de las obligaciones parciarias ya que, por aplicación de los principios generales que regulan la relación interna de la solidaridad pasiva, el codeudor que pagó más de lo que le correspondía tiene derecho a percibir los intereses del anticipo, mientras que la hipotética insolvencia de alguno de los obligados ha de ser soportada por todos, incluyendo al que realizó el pago ¹²⁹⁴.

4.2.2.4 *La distribución de las deudas por el testador o la adjudicación*

Como se ha dicho, el artículo 1084 CC hace mención a la posibilidad de que uno solo de los coherederos resulte responsable del pago por disposición del testador o en virtud de la partición ¹²⁹⁵. En este sentido, es importante señalar que el testador no puede disponer de sus deudas ordenando su transmisión a uno o varios coherederos con exclusión de los demás; si bien, en la relación interna entre coherederos, el testador sí puede distribuir el pago de las mismas ¹²⁹⁶. Pero dicha disposición no podrá afectar a los acreedores ya que el

¹²⁹¹ Para GARCÍA RUBIO (1989), p. 213, este precepto confiere al demandado la posibilidad de actuar una «llamada en garantía», actualmente regulada en el artículo 14 LEC.

¹²⁹² SÁNCHEZ JORDÁN y GARCÍA GARCÍA (2014), p. 1413-1416; en igual sentido, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), p. 146, «para poder ejercer el derecho de regreso, al heredero le basta con haber pagado —siempre que ese pago fuera objetivamente válido— de más, sin necesidad de que previamente se le hubiera reclamado en vía judicial o extrajudicial».

¹²⁹³ SÁNCHEZ JORDÁN y GARCÍA GARCÍA (2014), pp. 1415-1416; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), p. 145.

¹²⁹⁴ GARCÍA RUBIO (1989), p. 216.

¹²⁹⁵ TOMÁS MARTÍNEZ (2000), p. 135, afirma que el momento propicio para la adjudicación será, en principio, el de la partición, aunque nada impide que se realice en un tiempo anterior.

¹²⁹⁶ En Italia, ALBANESE (2009), pp. 353-366, afirma que el testador también puede establecer otra distribución de la responsabilidad por deudas; si bien, esto no cambiará la regla de la división automática entre los coherederos en relación con los acreedores hereditarios. Por lo tanto, el acreedor puede dirigirse frente a uno solo de los coherederos, pero solo podrá reclamar lo que se corresponda por su cuota de tal forma que, si un coheredero no pagase su parte de la deuda, o fuese insolvente, el acreedor permanecería parcialmente insatisfecho. Según el autor, la disciplina de las deudas hereditarias constituye una importan-

testador no puede impedir que aquéllos reclamen el pago de la deuda de cualquier coheredero que deseen ¹²⁹⁷; en otras palabras, la distribución de las deudas por el testador no es oponible a los acreedores de la herencia ¹²⁹⁸.

Asimismo, tampoco serán vinculantes para los acreedores los acuerdos adoptados entre los coherederos; si bien, sí lo serán en la relación interna de estos ¹²⁹⁹. Si se acuerda la adjudicación de un bien hereditario a uno de los coherederos para que lo venda y pague las deudas hereditarias con el precio obtenido, el adjudicatario será el responsable del pago, que podrá realizar mediante la entrega del bien, o con el saldo de su enajenación ¹³⁰⁰; en ese caso, podrá reclamar a los coherederos, si hubiera pagado más de lo obtenido con la venta o, en el supuesto de que hubiera quedado algún remanente tras la satisfacción de las deudas, deberá restituirlo a la masa hereditaria ¹³⁰¹. En cualquier caso, esta práctica no puede afectar a los acreedores, salvo que ellos mismos hubieran consentido la adjudicación.

En definitiva, la adjudicación es un negocio interno de asunción de deudas, cuya finalidad no consiste en otorgar garantías a los acreedores del causante, sino distribuir las deudas hereditarias entre los adjudicatarios. Por lo tanto, las adjudicaciones de bienes sin la aceptación de los acreedores son solo *res inter alios acta*, como lo son las particiones y no evitará que el acreedor pueda dirigirse a cualquiera de los herederos. Si el acreedor reclama al adjudicatario, este no podrá citar ni emplazar al resto de los coherederos; si el acreedor reclama a otro, este podrá repetir en vía de regreso contra el adjudicatario. No obstante, si los acuerdos de adjudicación fuesen consentidos por los acreedores, quedan vinculados por ellos *ex* artículos 1257 y 1205 CC; de ahí que se

te excepción a la regla general de la solidaridad pasiva establecida en el artículo 1294 CCit; excepción que se justifica por la exigencia de no gravar en exceso al heredero, que ya responde (y eventualmente, de manera *ultra vires*), de las deudas hereditarias.

¹²⁹⁷ ALBALADEJO GARCÍA (1967), p. 513.

¹²⁹⁸ GARCÍA RUBIO (1989), p. 191, considera que los acreedores hereditarios no resultarán afectados por los pactos entre coherederos o por las disposiciones del testador donde, eventualmente, se establezca una distribución de responsabilidad distinta a la reglada por el CC, salvo que los acreedores hayan dado su conformidad a tales modificaciones. En igual sentido, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), p. 143.

¹²⁹⁹ PITA BRONCANO (2004), pp. 210-211.

¹³⁰⁰ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), p. 147, que añaden que «cuando el heredero deba disponer del bien para el pago de la deuda, si el producto de la enajenación es inferior al importe de la deuda puede reclamar a los demás el montante que ha debido cubrir; y si es superior, deberá revertir el exceso en los demás herederos. Pero si el bien le ha sido adjudicado al heredero en pago, por asumir la deuda hereditaria de que se trate, no podrá repetir de los demás coherederos lo que pagó de más sobre el valor del bien, ni tendrá que compartir con los demás coherederos el exceso obtenido con la realización del bien por la misma. Él es el único deudor y no los demás coherederos según la partición y a efectos internos».

¹³⁰¹ SÁNCHEZ JORDÁN y GARCÍA GARCÍA (2014), p. 1418.

haya defendido que la anotación preventiva del artículo 45 LH supone la ratificación del acreedor a la adjudicación y la liberación de responsabilidad de los no adjudicatarios¹³⁰². No obstante, esta tesis no ha sido aceptada por cierto sector doctrinal que entiende que admitirla convierte a la anotación preventiva «en una especie de trampa para el acreedor, que, creyendo hacer valer un privilegio que ha de beneficiarle, termina por limitar la responsabilidad de los herederos o como mínimo sus posibilidades para reclamarles indistintamente al margen de las eventuales adjudicaciones»¹³⁰³.

4.2.2.5 *La responsabilidad de los coherederos por legados*

En lo que a responsabilidad de los coherederos por legados respecta, se infiere del artículo 859 CC que las reglas se invierten¹³⁰⁴, ya que se establece que «cuando el testador grave con un legado a uno de los herederos, él solo quedará obligado a su cumplimiento. Si no gravare a ninguno en particular, quedarán obligados todos en la misma proporción en que sean herederos».

Así, en primer lugar, si el legado grava a un único heredero, el legatario solo podrá dirigirse contra este, pues solo él será su deudor; ni la insuficiencia del caudal ni la insolvencia del gravado le permitirán reclamar a los restantes coherederos¹³⁰⁵. Por el contrario, si el testador no hubiese especificado nada, todos los herederos quedan obligados al pago de los legados de manera mancomunada, es decir, en proporción a sus cuotas¹³⁰⁶. Es importante resaltar que esta mancomunidad existirá tanto antes como después de la partición, y ningún coheredero estará obligado a suplir la insolvencia de los demás¹³⁰⁷.

¹³⁰² GONZÁLEZ PALOMINO (1945), p. 238, afirma que «la solicitud del acreedor de anotación preventiva de su derecho sobre las fincas adjudicadas para pago de su crédito, es, a mi entender, una adhesión o ratificación explícita e inequívoca del contrato de toma interna de deuda con efectos de liberación de los demás coherederos».

¹³⁰³ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), pp. 237-238.

¹³⁰⁴ El legislador de 1889 no siguió la propuesta de GARCÍA GOYENA (1852-A), p. 284, en cuyo artículo 938 se establecía que: «lo dispuesto sobre la responsabilidad de los coherederos para con los acreedores, se entiende también para con los legatarios, y no varía en ambos casos, porque uno sea heredero de los bienes muebles, otro de los inmuebles o de cierta parte de ellos, ni porque haya herederos testamentarios y legítimos a la vez».

¹³⁰⁵ SÁNCHEZ JORDÁN y GARCÍA GARCÍA (2014), p. 1419.

¹³⁰⁶ GARCÍA RUBIO (1989), p. 191, señala que «tratándose de legados, los herederos solo están obligados a responder en forma mancomunada, dejando siempre al alcance del testador la posibilidad de repartir el gravamen de un modo diverso». Autores como ROMÁN GARCÍA (1999), p. 266, CUADRADO IGLESIAS (2002), pp. 5179 y ss., o SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), p. 68, consideran que la responsabilidad es mancomunada entre ellos (a efectos internos) y solidaria frente a los legatarios.

¹³⁰⁷ SÁNCHEZ JORDÁN y GARCÍA GARCÍA (2014), pp. 1419-1420.

4.2.2.6 *El coheredero acreedor de la herencia*

El artículo 1087 CC ordena que «el coheredero acreedor del difunto puede reclamar de los otros el pago de su crédito, deducida su parte proporcional como tal heredero, y sin perjuicio de lo establecido en la sección 5.^a, capítulo VI, de este título». Según este precepto, el acreedor heredero tiene que deducir su parte, lo que ha llevado a la doctrina a considerar que en este caso la responsabilidad deviene mancomunada¹³⁰⁸; si bien, se podría considerar que este precepto no es sino una extensión del artículo 1145 CC cuando regula la relación interna entre los codeudores solidarios una vez realizado el pago por uno de ellos.

Además, como bien señala García Rubio¹³⁰⁹, este artículo se aplica «tanto si el coheredero-acreedor es aceptante puro y simple, como si es un heredero beneficiario y no ha operado la confusión, sino el autopago». No obstante, las conclusiones son, como bien reconoce la autora, diferentes, pues si el coheredero acreedor fuese heredero beneficiario, este conservaría de manera íntegra su crédito contra el caudal hereditario *ex* artículo 1023 CC, por lo que podría autopagarse a sí mismo antes que a otro acreedor en el caso de que no hubiese juicio pendiente entre los acreedores; por el contrario, si fuese heredero puro y simple, la afección del caudal hereditario al pago de las deudas no evitaría que la confusión se produjese «en daño del heredero».

En cuanto a si el heredero-acreedor podrá reclamar de cualquiera de los otros el pago total, deducida su parte proporcional, García Goyena¹³¹⁰ consideró que al tratarse de un coheredero solo podría reclamar a cada uno su parte, pues prima su condición de heredero sobre la de acreedor; en opinión de Vallet de Goytiso¹³¹¹, habrá que diferenciar según se haya efectuado o no la partición: antes de la partición, el coheredero-acreedor puede ejercitar acción contra los albaceas o contra todos sus coherederos o demandar a cada coheredero la parte proporcional, así como oponerse a la partición hasta que no se le pague o afiance; después de efectuada la partición, solo podrá reclamar la parte proporcional a cada coheredero.

¹³⁰⁸ Por todos, VALLET DE GOYTISOLO (1989), p. 703-704.

¹³⁰⁹ GARCÍA RUBIO (1989), pp. 211-212.

¹³¹⁰ GARCÍA GOYENA (1852-A), pp. 285-286, considera que «sería escandaloso que un coheredero, desnudándose de este concepto, hiciera valer el derecho de simple y riguroso acreedor, exigiendo todo de uno solo de sus coherederos, y ejecutándolo aún en sus bienes personales».

¹³¹¹ VALLET DE GOYTISOLO (1989), pp. 701-704.

4.2.2.7 *El coheredero deudor de la herencia*

Sobre esta cuestión, el Código Civil guarda silencio y únicamente el artículo 1192 establece que la obligación se extinguirá cuando concurren en la misma persona *los conceptos de acreedor y de deudor*. Se exceptúa, dice el precepto, el caso en que la confusión tenga lugar por título de herencia cuando esta se aceptase a beneficio de inventario; es decir, que en un caso ordinario de aceptación pura y simple en el que concurre en la misma persona, tras la transmisión *mortis causa*, la condición de acreedor y deudor quedará extinguida. Pero en caso de que concurren varios coherederos, entonces parece que solo se extinguirá su parte proporcional pero no así la parte proporcional del crédito en favor de los otros coherederos. Es por ello que creemos que en caso de que alguno de los coherederos sea deudor de la comunidad hereditaria, los otros coherederos dispondrán de una acción de reclamación por lo que corresponda a su cuota hereditaria, y no por el total, en aplicación analógica del artículo 1087 CC.

En este punto conviene traer a colación la STS de 26 de febrero de 2016¹³¹² en la que uno de los coherederos solicitaba la rescisión de la partición por lesión. En este supuesto, la vivienda de la testadora había sido gravada con dos hipotecas por dos préstamos solicitados por uno de sus cinco hijos, Don Pío. Dichos préstamos no habían sido abonados, razón por la que la albacea decide pagar la suma a la que ascendía (48.556,99 euros) para conservar la vivienda como bien hereditario, incluyéndose esta deuda en el pasivo hereditario. Posteriormente, el contador-partidor adjudicó la vivienda entre los otros cuatro hijos restantes y a Don Pío, un lote en metálico, calificado por su defensa como «crédito contra sí mismo» por valor de 29.110,91 euros; «como consecuencia de ello en el lote de los cuatro primeros se incluye un crédito frente a su hermano don Pío de 6.571,27 €». Pues bien, Don Pío solicitó la rescisión de la partición por lesión toda vez que el crédito contra sí mismo es «tanto como no dejarle nada, suponiendo de hecho una desheredación contraria a la legítima», y porque el pago de los préstamos se había hecho sin el consentimiento de todos los coherederos. Sin embargo, dicha reclamación fue desestimada en primera y segunda instancia y también por el Alto Tribunal, que consideró que el pago de los préstamos fue válido porque se hizo para conservar el bien hereditario y evitando que «el inmueble, bien principal de la herencia, disminuyera su valor, dado los elevados intereses de demora que comportaba el impago de la deuda por el actor»; por ello, el pago «debe reputarse como un gasto nece-

¹³¹² RJ 2016, 763.

sario para la preservación del valor del bien principal del haber hereditario, es decir, por razón o interés de la comunidad».

En nuestra opinión, resulta interesante esta opción de la concesión en la partición de un crédito contra sí mismo en favor del coheredero que tiene una deuda frente a la herencia. Desde luego, el que no se haga una partición igualitaria concediendo un crédito en favor del resto de los coherederos frente al coheredero deudor simplifica las cosas, y evita además, que aquellos tengan que accionar por la parte del crédito que les corresponde –hecho que sí ocurre en este supuesto, pero imaginamos que solo por lo que excedía a la cuota que le correspondía por el valor neto de la herencia–.

4.2.2.8 *Crítica a la liquidación de la comunidad hereditaria*

Los artículos 1084 a 1087 CC regulan el régimen de responsabilidad de los coherederos por deudas hereditarias. Cierta doctrina ha entendido que la aplicación de estas reglas presupone, primero, la existencia de más de un heredero, y segundo, que una vez partida la herencia quedan pendientes de pago deudas hereditarias no abonadas ni antes de la partición ni en la fase de liquidación¹³¹³. Es precisamente esto último lo que nos parece criticable, pues lamentamos que, como se ha dicho, no exista en nuestro Derecho un precepto que imponga a los herederos la obligación de satisfacer el pasivo de la sucesión antes de repartirse el activo, como sí hacía el artículo 931 del Proyecto de 1851¹³¹⁴. Este precepto establecía que «las deudas reconocidas y exigibles se han de pagar antes de llevarse a efecto la partición» y ciertamente parece muy útil y fácil de poner en práctica, pues no está de más señalar que la partición de la herencia requiere que previamente se haya realizado un inventario de los bienes¹³¹⁵. Con una norma así, el legislador de derecho común pondría fin a muchos de los inconvenientes que nuestro sistema sucesorio arrastra en relación al pago de deudas sucesorias; en igual sentido, creemos afortunada la defensa de García Rubio¹³¹⁶, para quien el coheredero debe tener la facultad

¹³¹³ SÁNCHEZ JORDÁN y GARCÍA GARCÍA (2014), pp. 1406-1407.

¹³¹⁴ FERRANDIS VILELLA (1954), p. 209.

¹³¹⁵ VALLET DE GOYTISOLO (1989), p. 387; SAN SEGUNDO MANUEL (2009), p. 2193.

¹³¹⁶ GARCÍA RUBIO (1989), pp. 208-209, concreta que «no parece igualmente de recibo que el coheredero no pueda paralizar la partición de la herencia y remitir a los acreedores a esta última. En tal sentido, se aprecia la existencia de un interés legítimo de cada heredero en no verse sometido a las consecuencias del impago común, interés que –a nuestro entender– ha de ser tutelado mediante el reconocimiento a los herederos de la facultad de pedir a la autoridad judicial que se provea a la satisfacción de los créditos antes de la división del patrimonio hereditario o, en su defecto, que se tomen medidas suficientes para realizar

de paralizar también la partición *ex* artículo 1084 CC para satisfacer a los acreedores de manera previa a dicha partición.

4.2.2.9 *La comunidad hereditaria y el beneficio de inventario*

Tres cosas nos gustaría resaltar acerca de la interrelación entre la limitación de la responsabilidad cuando hay comunidad hereditaria. En primer lugar, conviene aclarar que la limitación no modifica en sí la comunidad hereditaria y sus reglas más básicas, como el principio de solidaridad; en efecto, se ha dicho que el principio de solidaridad rige igualmente cuando todos o algunos de los coherederos hubieran aceptado la herencia a beneficio de inventario; únicamente varía la extensión de su responsabilidad. Así, si los coherederos aceptaron la herencia con dicho beneficio, su responsabilidad será solidaria, aunque limitada a los bienes que en la herencia les correspondan; si la aceptaron pura y simplemente, su responsabilidad será solidaria e ilimitada¹³¹⁷. Por lo tanto, se hace necesario verificar si el coheredero al que se reclama solicitó el beneficio de inventario o no: si no lo hubiese solicitado, entonces el acreedor podrá reclamarle, como se ha dicho, el pago de sus deudas por entero, es decir, se le impone una responsabilidad *ultra vires*; por el contrario, si solicita el beneficio de inventario, responderá solo hasta donde alcance lo recibido (*intra vires*), aunque exceda de la parte que le corresponda proporcionalmente en la relación interna entre coherederos¹³¹⁸.

En segundo lugar, otra cuestión que merece ser destacada es que la solicitud del beneficio de inventario también tiene repercusión cuando uno de los coherederos es a su vez acreedor; así, si el coheredero acreedor hubiese aceptado pura y simplemente, y una vez detraída su parte tal y como ordena el artículo 1087 CC, podrá reclamar a los demás su parte proporcional. La especialidad radica en que al coheredero beneficiario no podrá exigirle más de lo que hubiese recibido por herencia; si bien, el coheredero acreedor tendrá expedida la vía para reclamar a los demás coherederos solventes la parte no abonada por los coherederos beneficiarios, y también, la parte no abonada por los coherederos insolventes¹³¹⁹. La doctrina entiende que la finalidad de este

tales pagos». No en vano, la autora cree que la responsabilidad personal de los coherederos se debe entender como una garantía adicional y superpuesta a la responsabilidad que les correspondía antes de la partición, pues los bienes hereditarios siempre estarán afectos al pago del pasivo hereditario.

¹³¹⁷ FERRANDIS VILELLA (1954), p. 217.

¹³¹⁸ SÁNCHEZ JORDÁN y GARCÍA GARCÍA (2014), p. 1412.

¹³¹⁹ VALLET DE GOYTISOLO (1989), p. 677.

artículo 1087 CC es evitar el posible enriquecimiento injusto que tendría lugar si se extinguiese el crédito de uno de los coherederos contra el causante; si bien, como decimos, este precepto tampoco puede alterar el mecanismo del beneficio de inventario, de manera que si ha hecho uso de él, el coheredero acreedor sí podría reclamar de los otros el pago sin deducción alguna¹³²⁰.

Y en tercer lugar, no podemos dejar de criticar la regulación del beneficio de inventario que se hace en el Código Civil por regularla en atención al supuesto de un solo heredero¹³²¹. El único artículo del Código Civil que hace referencia a la posibilidad de que existan más de un coheredero es el artículo 1007 CC que posibilita que «cuando fueren varios los herederos llamados a la herencia, podrán los unos aceptarla y los otros repudiarla. De igual libertad gozará cada uno de los herederos para aceptarla pura y simplemente o a beneficio de inventario».

Precisamente por la falta de regulación expresa en esta materia, la doctrina ha tenido que especular acerca de las consecuencias cuando habiendo varios coherederos, unos aceptan con beneficio de inventario y otros no. Si bien, algunos autores han relativizado las consecuencias derivadas de este artículo 1007 CC, pues creen que las resoluciones judiciales evidencian una conducta común en el caso de coherederos. Es decir, que lo normal es que siendo varios todos tengan el mismo comportamiento a la hora de acogerse o no al beneficio de inventario; no existiendo mayor disparidad que en la que afecta al ejercicio del *ius delationis*¹³²². Además, se ha dicho que la posible concurrencia de herederos beneficiarios y no beneficiarios no tiene por qué plantear problemas después de la partición: los herederos beneficiarios responden con los bienes recibidos y los herederos puros y simples, con los bienes recibidos y los suyos personales; la duda está pues en qué sucederá antes de la partición¹³²³. En este sentido, la doctrina parece tener claro que si unos aceptan pura y simplemente y otros con beneficio de inventario, se aplicarán las reglas de administración previstas para este último¹³²⁴.

¹³²⁰ FERRANDIS VILELLA (1954), p. 220.

¹³²¹ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (2016), p. 166, critica precisamente esta regulación como si hubiese un único heredero y se pregunta cómo afectará esto al contador-partidor o a los demás coherederos cuando uno de ellos solicite el beneficio. El autor hace notar que el último apartado del artículo 86 LN establece que «quedarán a salvo en todo caso los derechos de terceros» que es «tanto como decir: “la solución mañana”».

¹³²² PÉREZ ÁLVAREZ (2016), p. 39.

¹³²³ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (2016), p. 210.

¹³²⁴ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), pp. 101 y ss., afirman que «es importante considerar que interesados del artículo 1020 CC lo son todos aquellos a los que es preciso citar a la formación del inventario y no solo los herederos: por tanto, también, los acreedores de la herencia. En cualquier caso, esta norma solo parece realmente aplicable cuando hay un solo heredero o todos han formulado requerimiento para aceptar a beneficio de inventario en el mismo notario».

Sin embargo, y dejando de lado estas opiniones ciertamente optimistas y las de quienes parecen no plantearse la necesidad de cambio¹³²⁵, lo cierto es que una gran mayoría de la doctrina civilista ha considerado que es necesario reformar la ley para que esta prevea la extensión automática del beneficio de inventario a todos los coherederos¹³²⁶. En efecto, uno de estos autores es Rams Albesa¹³²⁷, quien entiende que debería bastar «con que uno de los herederos fuere beneficiario de la limitación de responsabilidad, bien por efecto directo de la ley (presencia de menores o incapacitados entre los herederos), bien por manifestación de la aceptación a beneficio de inventario (inciso segundo del art. 998 CC), para que el efecto de la limitación de responsabilidad se extendiese al conjunto de todos los herederos, pues de cualquier forma habrá que efectuar el inventario y no podrá haber lugar a la confusión de patrimonios hasta la entrega material de las hijuelas». Otro de los autores que defiende esto es Borrell Soler¹³²⁸, para quien, como quiera que lo importante es que exista efectivamente el inventario, su existencia misma parece garantía suficiente, y eso bastaría para que puedan aprovecharlo como propio los demás coherederos; en definitiva, si lo esencial es que el inventario exista, «no ha de haber inconveniente en que *a posteriori* se acojan al beneficio que uno de ellos se ha anticipado a obtener, cumpliendo con un requisito que sirve igualmente para los demás, como un requisito puramente objetivo: *oportet fieri*: que el inventa-

¹³²⁵ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (2016), p. 211, considera que la aceptación con beneficio de inventario por parte de uno no debería afectar al resto de los coherederos.

¹³²⁶ Esta extensión automática ya se preveía para el *ius transmissionis* en el Proyecto de GARCÍA GOYENA (1852-A), pp. 221 y ss., en el artículo 826: «por la muerte del heredero, sin aceptar o repudiar, se transmite a los suyos el mismo derecho que él tenía, aunque haya muerto ignorando que le había sido deferida la herencia. Si son varios los herederos y hay discordia, aceptarán los que quieran y los que no quieran no; pero los que acepten lo harán por la totalidad. Si la discordia fuere sobre aceptar a beneficio de inventario o sin él, se aceptará a beneficio de inventario y aprovechará a todos los coherederos». Con este precepto el autor entendía que, en caso de falta de acuerdo, «a nadie se hace agravio; la medida es de necesidad, y también lo es que aproveche a todos los coherederos».

¹³²⁷ RAMS ALBESA (2003), pp. 5478-5479, se muestra considerablemente crítico, al considerar que «lo pernicioso de la diferenciación de responsabilidades entre los distintos coherederos se ha ocultado, respecto de los menores e incapaces, tras esa cortina tan entusiásticamente extendida por los juristas, los jueces y magistrados en particular, del ejercicio de la caridad, por supuesto, con dinero ajeno y la contemplación como piña familiar de los coherederos, en una sociedad y en un ordenamiento jurídico que no contempla la colectividad familiar ni siquiera en el matrimonio, pues sitúa la individualidad, en línea con la inspiración moral de nuestro tiempo, por encima de la unidad familiar bicéfala. Se trata, sin duda, no solo de una rémora tradicionalista, cuestión discutible al menos, sino más bien de un desajuste de modelos incorporados sin la debida depuración crítica en el mismo sistema».

¹³²⁸ BORRELL SOLER (1951), pp. 513-515, que trae a colación además dos sentencias interesantes: «la sentencia de 29 de abril de 1915 declaró que aprovecha al hijo el inventario tomado por su madre señora usufructuaria. Por el contrario, la de 14 de marzo de 1916 declaró que no basta el inventario tomado en juicio de testamentaría a instancia de un acreedor, en ausencia de los demás herederos».

rio se haga, por quienquiera que sea; pero entiéndase si lo otorga un heredero o quien legalmente le representa».

Esta propuesta *de lege ferenda*, que tiene sobrados argumentos históricos¹³²⁹, es ya una realidad en otros ordenamientos jurídicos vecinos. En efecto, una de las cuestiones más atractivas del derecho sucesorio italiano es la extensión *ex lege* del beneficio de inventario al resto de coherederos por el mero hecho de que uno de ellos lo hubiese solicitado. El artículo que lo regula es el 510, que establece que la aceptación con beneficio de inventario hecha por uno de los llamados beneficia a todos los demás, incluso si el inventario se realiza por un llamado diferente a aquél que ha realizado la declaración. Hasta hace poco tiempo, la doctrina italiana especulaba acerca de si el verbo beneficiar hacía referencia a una extensión automática o no, pues el antiguo *Codice Civile* de 1865 era más claro en este punto: el artículo 958 del antiguo CCit señalaba que si entre varios herederos, alguno quisiera aceptar con beneficio de inventario y otros no, la herencia debía ser aceptada con dicho beneficio y que, en tal caso, bastaba con que solo uno hiciese la declaración.

Como decimos, la nueva redacción del artículo 510 CCit es un poco menos precisa, pues el verbo beneficiar se presta a interpretaciones muy diversas; así, en un primer momento, la doctrina consideró que el término hacía referencia a la innecesidad de tener que pedir formación de inventario, aunque sí requería declaración expresa de aceptación de beneficio de inventario igualmente. Esta tesis inicial tuvo que ser replanteada a la luz de la *Cass.* de 4 de septiembre de 2008¹³³⁰, en la que la *Corte di Cassazione* establecía que el propósito del artículo 510 no es impedir que alguno de los llamados acepte pura o simplemente, sino tan solo permitir a los mismos beneficiarse de la aceptación con beneficio de inventario, sin necesidad de renovar la formalidad prescrita. Se trata de una ventaja concedida por el legislador y de un incentivo de la aceptación beneficiaria y, por tanto, excluye la necesidad de declaración formal. Tras esta sentencia, la doctrina seguía preguntándose si existía extensión automática o no del beneficio de inventario a los demás coherederos; cuestión que ha sido recientemente resuelta por la *Corte di Cassazione* en la *Cass.* de 7 de mayo de 2013¹³³¹, en la que señala que el nuevo *Codice* ha inten-

¹³²⁹ ALBALADEJO GARCÍA (1952), pp. 961-962, señala que «en este punto los Derechos adoptan dos posturas. Unos obligan a una necesaria igualdad de conducta de todos los titulares. Así el Código Napoleón artículo 782 (Si los herederos no están de acuerdo para aceptar o repudiar la sucesión del primer causante, debe ser aceptada a beneficio de inventario). De forma que o aceptan o repudian todos, y en caso de que unos pretendan lo primero y otros lo segundo, se impone la aceptación, incluso a los que pretendían repudiar. Claro, que, para evitar perjuicios, a beneficio de inventario».

¹³³⁰ N. 22286.

¹³³¹ N. 10531.

tado aligerar la antigua regulación, estableciendo que los efectos favorables del beneficio de inventario se extiendan a todos los llamados, pero dejando a salvo su facultad para renunciar a la herencia o aceptarla pura y simplemente. Eso sí, es importante señalar que esta extensión automática del beneficio de inventario tiene límites, y es que la *Corte di Cassazione* ha determinado que la extensión no tendrá efecto respecto de aquellos herederos que hubiesen aceptado pura y simplemente con anterioridad a la declaración o que hayan perdido el beneficio de inventario ¹³³².

En definitiva, en el país alpino, y como norma general, cada uno de los llamados puede decidir si acepta o renuncia a su cuota deferida; no obstante, el artículo 510 CCit prevé, «*in deroga a tale principio*» ¹³³³, la eficacia extensiva de la aceptación con beneficio de inventario de uno de los llamados.

¹³³² Cass. 7 de mayo de 2013, n. 10531.

¹³³³ HERCOLANI (2009), p. 1318.

CAPÍTULO VI

EL BENEFICIO DE INVENTARIO

1. INTRODUCCIÓN

El estudio del beneficio de inventario es esencial en nuestro tema de investigación, pues hoy en día, solo a través de este instituto puede el heredero de derecho común limitar su responsabilidad por deudas ¹³³⁴. El interés por esta materia incrementa notablemente cuando se trate de una *hereditas damnosa* y, si bien es cierto que la doctrina mayoritaria recomienda repudiar la herencia en estos casos ¹³³⁵, también es posible, como se ha dicho, que el heredero opte por aceptar la herencia de forma pura y simple para no «empañar la memoria del difunto o el prestigio de la casa poniéndolo como deudor insolvente frente a los acreedores y legatarios del mismo» ¹³³⁶.

Antes de entrar a analizar la regulación actual de este antiguo instituto, conviene hacer una pequeña incursión en su origen, pues el beneficio de inventario es «una institución de rancio abolengo romano» ¹³³⁷. En efecto, el beneficio de inventario supuso la culminación de la obra jurídica de Justiniano; pero el antecedente del instituto no es claro, pues si bien el emperador cita tres constituciones precedentes, ciertos autores entienden que en realidad el beneficio de inventario representó una institución nueva en la tradición romana ¹³³⁸.

¹³³⁴ Debe tenerse en cuenta que, en ciertas ocasiones, la legislación establece una limitación de la responsabilidad *ope legis*, como veremos.

¹³³⁵ Por todos, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), p. 157.

¹³³⁶ BORRELL SOLER (1951), p. 505.

¹³³⁷ GINOT LLOBATERAS (1950), p. 1077.

¹³³⁸ RHEINSTEIN (1935), p. 435; BIONDI (1954), p. 349, lo define como una «*stravagante riforma, contraria a tutta la tradizione romanistica*»; GARCÍA RUBIO (1989), p. 51.

Como sintetiza García Rubio¹³³⁹, dicho beneficio de inventario, recogido en las *Instituciones* (2,19), establecía que el heredero podía aceptar la herencia o repudiarla en los tres meses posteriores a la delación, pero si dudaba acerca de si el caudal hereditario tenía muchas deudas, podía solicitar el beneficio bajo la carga de efectuar inventario. De esta forma, el heredero beneficiario evitaba la confusión de patrimonios, respondía de manera limitada y conservaba el derecho a detraer la Falcidia.

Según ha hecho notar la doctrina, el texto de la Ley de Justiniano era dudoso¹³⁴⁰ pues no quedaba claro si el heredero respondía limitadamente solo con los bienes inventariados de la herencia (*cum viribus*), o si por el contrario respondía con bienes propios y hereditarios, pero únicamente hasta el límite del valor de los inventariados (*pro viribus*); la primera opción es la que cuenta con más partidarios¹³⁴¹.

Mucho tiempo después, el beneficio de inventario se acogió en el *Code Civil* de Napoleón de 1804. Parece ser que en esa época se discutía si el testador podía prohibir la aceptación beneficiaria, o si, por el contrario, el beneficio de inventario era una institución de orden público¹³⁴²; hoy en día no ofrece duda que se trata de una norma de *ius cogens* y que por lo tanto el testador no puede prohibir a sus herederos que hagan uso de esta prerrogativa (artículo 1010 CC)¹³⁴³.

Sea como fuere, el beneficio de inventario ha dejado de ser un recurso impopular¹³⁴⁴, excepcional¹³⁴⁵ o una institución «exótica»¹³⁴⁶. Hoy en día, se

¹³³⁹ GARCÍA RUBIO (1989), pp. 52 y ss.

¹³⁴⁰ Codex 6.3 (30) 1.22§2: «*Hereditatem sine periculo habeant.. ut in tantam hereditariis creditoribus teneantur, in quantum res substantiae ad eos devolutae valent, et eis satisfaciant qui primi venient creditores, et si nihil reliquum est, posteriores venientes repellantur, et nihil ex sua substantia penitus heredes amittant*».

¹³⁴¹ PUIG BRUTAU (1961), p. 283; KASER (1968), p. 336; GARCÍA RUBIO (1989), pp. 52-53.

¹³⁴² Este debate se produjo entre la doctrina francesa (DEMOLOMBE 1876 y LAURENT 1881) y no se trasladó al *Codice Civile* de 1865, cuyo artículo 956 establecía que «*l'erede può valersi del beneficio dell'inventario, nonostante qualunque divieto del testatore*».

¹³⁴³ En Italia se prevé la misma disposición en el artículo 479 del actual *Codice Civile*.

¹³⁴⁴ DEL MORAL DE LUNA (1953), p. 717, afirmaba que «el beneficio de inventario es más popular como trozo de una frase hecha que como lavatorio de manos hereditario, y por lo mismo que la deuda alevosa le sale en las sombras al heredero para atracar su personalísima cartera con mayor frecuencia que la que teóricamente cabría sospechar».

¹³⁴⁵ RAMS ALBESA (2003), pp. 5473-5474, dice que «tengo para mí que la denominada aceptación a beneficio de inventario resulta ser una pieza extraña de imposible utilización ordinaria, incluso en su propio contexto de excepción con marcados tintes de privilegio, de ahí que se obvie su empleo y, en ocasiones, hasta se prefiera optar por la repudiación de la herencia». Recientemente, KARRERA EGIALDE (2018), p. 138, ha puesto de manifiesto su sorpresa por lo poco que se utilizaba esta figura antes de la reforma de 2015; escasa presencia que achaca «a la inseguridad de su funcionamiento a la vista de la deficiente y defectuosa regulación que el Código Civil hace de la figura y que la nueva regulación de la jurisdicción voluntaria pretende encauzar e impulsar».

¹³⁴⁶ MARÍN CALERO (2016), p. 243, considera necesario superar las resistencias que existen en cuanto al beneficio de inventario, puesto que se trata –se sigue tratando hoy día según este autor– de una institución exótica.

trata de una figura en auge, debido a la crisis económica que venimos padeciendo, pues la cada día menos extraña *hereditas damnosa* le está dando un mayor protagonismo¹³⁴⁷. Sin embargo, se ha dicho que este instituto tampoco es la panacea pues entraña numerosos costes; por ello se han ofrecido otras alternativas, como la posibilidad introducida por el Consejo General del Notariado de consultar las bases de datos con los índices Notariales remitidos a la Agencia Notarial de Certificación, y así conocer las escrituras y pólizas firmadas por una persona desde el 2004¹³⁴⁸. De todos modos, no cabe duda de que este último recurso solo ofrecerá cierta información pero no puede utilizarse todavía como medida única de prevención, pues no le evita al heredero la posible responsabilidad ilimitada por deudas hereditarias que desconoce.

2. INSTITUCIONES PRÓXIMAS AL BENEFICIO DE INVENTARIO

Antes de acometer un análisis detallado del beneficio de inventario creemos que conviene relacionar otras figuras que guardan algún tipo de conexión con esta institución. Dichas figuras son dos: el derecho de deliberar, de una parte; y los supuestos de limitación *ex lege*, de otra.

2.1 El derecho de deliberar

En primer lugar, conviene destacar el contraste entre esta figura y la del derecho de deliberar, pues aunque tienen puntos en común, su finalidad

¹³⁴⁷ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (2016), p. 123, cree que debido a la crisis económica, el beneficio de inventario adquiere una mayor importancia. En igual sentido, ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, en www.notariofranciscorosales.com/la-aceptacion-de-la-herencia-a-beneficio-de-inventario/ (consultado el 27 de mayo de 2018) y KARRERA EGIALDE (2018), p. 138.

¹³⁴⁸ ARIJA SOUTULLO (2016), p. 31, nota 20, afirma que es «una recomendación a tener en cuenta a la hora de realizar el inventario y avalúo de la herencia es la inclusión de las deudas avaladas por el fallecido (sobre todo, las deudas bancarias, que se pueden conocer fácilmente con solicitar una declaración de la CIRBE a Banco de España) con el fin de que los herederos estén informados de las obligaciones que están asumiendo a la hora de aceptar». ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, en www.notariofranciscorosales.com/la-aceptacion-de-la-herencia-a-beneficio-de-inventario/ (consultado el 27 de mayo de 2018), afirma sobre esta cuestión que «dejando al margen cuestiones de política Notarial, lo cierto es que el notario, previa solicitud de quien tenga interés legítimo, puede levantar un acta, cuyo coste no supera los 100€ y puede ver todos los documentos Notariales otorgados por una persona desde el año 2004, lo cual puede dar una idea de la composición del caudal hereditario, que aunque no exacta, sí puede ser aproximada. El que para recabar dicha información no sea exigido aportar el acta notarial, el que no haya control en definitiva de quien realiza la solicitud por parte de ANCERT, que es el responsable de la base de datos, así como que no haya acuerdos con CIRBE, son uno de tantos fallos que tiene el sistema, aunque fácilmente resolubles con un poco de diligencia».

es totalmente distinta; así, el fundamento del beneficio de inventario reside en evitar la repudiación de las herencias dañosas ¹³⁴⁹, mientras que el derecho de deliberar se ha previsto para facilitar la reflexión sobre la cuestión ¹³⁵⁰. El precepto que regula el derecho de deliberar es el artículo 1019 CC, que ordena que «el heredero que se hubiese reservado el derecho de deliberar, deberá manifestar al notario, dentro de treinta días contados desde el siguiente a aquel en que se hubiese concluido el inventario, si repudia o acepta la herencia y si hace uso o no del beneficio de inventario. Pasados los treinta días sin hacer dicha manifestación, se entenderá que la acepta pura y simplemente» ¹³⁵¹.

Este derecho de deliberar, que hunde sus raíces en el Derecho romano, es una prerrogativa que ha sido criticada por cierta doctrina por tratarse de una institución ya desaparecida de gran número de legislaciones y de escasa utilidad práctica; cuesta concebir –según se ha dicho– «que nadie tenga capricho de pedir plazo para deliberar cuando con menor trabajo todavía, con menores trámites y molestias, puede acogerse al beneficio de inventario» ¹³⁵².

¹³⁴⁹ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1947), p. 476, afirma que el fundamento del beneficio de inventario «no es dogmático, no se deduce de ningún principio jurídico sino que es fundamentalmente práctico. Se quiere evitar que, frente a una herencia endeudada o con la incertidumbre de que lo está, el heredero que no quiera asumir tan grave responsabilidad, sea empujado a renunciar con la consecuencia de la atribución de la herencia al Estado como vacante, ya que no será fácil encontrar un heredero testamentario o legítimo que acepte una herencia sospechosa o endeudada». En igual sentido, GONZÁLEZ GARCÍA (1989), pp. 58-59, considera que el fundamento del beneficio de inventario «no es otro que querer evitar que, en caso de herencia cargada de deudas, o en la incertidumbre de que lo esté, el llamado sea inducido a renunciar a la misma; es decir, se quiere facilitar la aceptación por el interés social de que haya un heredero, y de que continúen las relaciones jurídicas». La doctrina italiana también entiende el beneficio de inventario como recurso que promueve la aceptación de las herencias dañosas; así, entre otros, CICU (1961), p. 262, señala que «*si vuole evitare che in caso di eredità oberata di debiti, o di incertezza che lo sia, il chiamato sia indotto a rinunziare, sicché il compito della liquidazione venga a gravare sullo Stato; si vuole, cioè, facilitare l'accettazione, per l'interesse sociale che un erede vi sia, che rapporti giuridici siano continuati*».

¹³⁵⁰ PÉREZ ÁLVAREZ (2016), p. 20, considera que cierta doctrina confunde ambos institutos por cuanto ambos invitan a reflexionar sobre la conveniencia o no de aceptar la herencia, como GITRAMA GONZÁLEZ (1989), p. 310, que expresa que «quien se acoge al beneficio de inventario lo que desea es conocer con exactitud el activo y el pasivo de la herencia para después reflexionar (o deliberar) qué es lo que le conviene, si aceptar pura y simplemente, si repudiar o si aceptar a beneficio de inventario».

¹³⁵¹ Este artículo 1010 CC ha sido reformado por la LJV; los principales cambios respecto de la redacción antigua son la sustitución de la palabra juzgado por notario, así como la adición de la cláusula sobre si se hace uso o no del beneficio de inventario –y que ha sido celebrada por la doctrina, pues resuelve las dudas de la redacción anterior, aclarando que sí es posible que quien delibere haga uso del beneficio de inventario–; véase, en este sentido, PÉREZ ÁLVAREZ (2016), p. 21.

¹³⁵² CASTÁN TOBEÑAS (2010), pp. 178-179. No opina lo mismo KARRERA EGIALDE (2018), pp. 142, para quien la aceptación a beneficio de inventario es un «acto de autolimitación de las opciones» del llamado a suceder; razón por la que recomienda la formación de inventario notarial previa a la aceptación o repudiación con reserva del derecho a deliberar.

Como se puede ver, la similitud entre ambas figuras reside no solo en que el Código Civil establece los mismos plazos para cualquiera de las dos facultades ¹³⁵³, sino también en la necesidad de formar inventario. Sin embargo, las diferencias que separan el beneficio de inventario y el derecho de deliberar son de gran peso: en primer lugar, y según la doctrina mayoritaria, el derecho de deliberar no es una institución de orden público *ex* artículo 1010 CC, por lo que el testador sí podrá prohibir al heredero que ejercite tal prerrogativa ¹³⁵⁴; en segundo lugar, la formación de inventario tiene significados diferentes; de ello da buena cuenta el propio tenor literal del precepto cuando regula el efecto que se deriva del silencio de quien pide deliberar: la aceptación pura y simple ¹³⁵⁵.

Esta consecuencia es, definitivamente, más perjudicial que la que se establecía en el artículo 854 del Proyecto de García Goyena ¹³⁵⁶, según el cual, «el heredero tiene el término de un mes, a contar desde el día en que se concluyó el inventario, para manifestar si acepta o no la herencia. Pasado el mes sin hacer esta manifestación, se entenderá aceptada a beneficio de inventario. Si manifiesta que la acepta pura y simplemente o con dicho beneficio, se estará a su voluntad». Según la doctrina, la *ratio* del gravoso efecto se encuentra en la necesidad de poner fin a la situación de incertidumbre, imponiendo *ex lege* una certeza definitiva respecto a la posición del llamado ¹³⁵⁷. Sea como fuere, compartimos la opinión de quién sostiene que se trata de una sanción civil y, por lo tanto, solo será aplicable en caso de que la omisión sea debida a culpa del heredero ¹³⁵⁸.

¹³⁵³ Los artículos 1014 y siguientes del Código Civil establecen los mismos plazos (de treinta días) tanto para «utilizar el beneficio de inventario o el derecho de deliberar».

¹³⁵⁴ FEÁS COSTILLA (2014), pp. 160-161, considera que «el testador que quiera acelerar la aceptación o repudiación de su herencia puede prohibir el *derecho de deliberar* de los artículos 1010 y siguientes del Código Civil, privando al heredero de su facultad de pedir inventario antes de aceptar o repudiar la herencia, para deliberar sobre este punto. Esta prohibición testamentaria de la *deliberatio* no la impide el propio artículo 1010, cuando sí hace ineficaz toda prohibición testamentaria del beneficio de inventario»; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), p. 171, también consideran que «el testador puede prohibir el derecho de deliberar, pues el artículo 1010 lo que impide es la prohibición testamentaria del beneficio de inventario».

¹³⁵⁵ Por el contrario, en Italia existe un artículo, el 487 CCit, muy parecido que establece la consecuencia contraria: se entiende repudiada la herencia. Este precepto ordena que cuando el llamado no poseedor haya formado inventario en el plazo correspondiente, deberá declarar en los cuarenta días siguientes si acepta con beneficio de inventario. En ausencia de declaración, el llamado pierde el derecho de aceptar la herencia.

¹³⁵⁶ GARCÍA GOYENA (1852-A), p. 235.

¹³⁵⁷ SOLÍS VILLA (2012), p. 266.

¹³⁵⁸ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (2016), pp. 147-148, considera que «sería ilógico que un heredero que cumplió fielmente con todas las formalidades y que por enfermedad, accidente u otra causa, no pudo aceptar la herencia con el beneficio de inventario se le aplique una sanción de tal gravedad».

2.2 Los supuestos de limitación *ex lege*

En efecto, existen ciertas situaciones en las que la ley impone la responsabilidad limitada del heredero por deudas hereditarias y con independencia, en principio, de que se solicite el beneficio de inventario¹³⁵⁹. No obstante, y por las peculiaridades que conciernen a dichos supuestos, creemos que es necesario dividirlos en tres grupos: aquellos en que la herencia se entiende aceptada a beneficio de inventario, aquellos en que existe limitación *intra vires* con relación a una deuda concreta, y aquellos en los que existe una limitación de responsabilidad atípica.

2.2.1 SUPUESTOS DE HERENCIA ACEPTADA A BENEFICIO DE INVENTARIO

El Código Civil ordena en muchos casos que la herencia se entiende aceptada con beneficio de inventario de forma automática, esto es, por imperio de la ley¹³⁶⁰. Se trata de supuestos en los que el legislador, por alguna razón, ha considerado más justo que la aceptación se entienda hecha con esta prerrogativa¹³⁶¹. Dicha aceptación entendida a beneficio de inventario se impone a

¹³⁵⁹ Por ello, SÁNCHEZ ROMÁN (1910), pp. 1730-1731 considera que el beneficio de inventario puede ser voluntario o necesario: el primero se da en aquellos casos en que se utiliza sin precepto legal que lo imponga, dependiendo tan solo de la voluntad del heredero utilizarlo o no; el segundo se da cuando la ley lo establece como forma precisa de la misma. Véase también KARRERA EGIALDE (2018), p. 136, nota 1.

¹³⁶⁰ MARÍN CALERO (2016), pp. 270-278, distingue entre tres hipótesis: en primer lugar, aquellas situaciones en las que es necesario el expediente del beneficio de inventario (artículos 166 y 271 CC); en segundo lugar, aquellas situaciones en las que no es necesario el expediente, a su vez, por tres razones diferentes, a saber: porque así lo dispone el Código Civil (artículos 748 y 1021 CC; 4 y 182 LC), por analogía con los supuestos anteriores (artículos 1001 y 992 CC; DA1.º Ley de regulación de la hipoteca inversa); y porque el inventario ya está hecho (artículo 1022 CC); y por último, en tercer lugar, aquellos supuestos en los que el expediente de inventario no solo no es necesario sino que es inoportuno, categoría en la que solo incluye la herencia a favor del Estado o de alguna otra Administración Pública.

¹³⁶¹ En Italia, la herencia deferida a menores e incapaces, así como a fundaciones, asociaciones y otras entidades, solo puede ser aceptada a beneficio de inventario. En cuanto al *incapace* la aceptación debe realizarse siempre a beneficio de inventario, razón por la que la doctrina se plantea cuál es la protección en estos casos de los acreedores hereditarios, quienes no pueden hacer valer la *decadenza* del beneficio de inventario en caso de inercia del representante legal del heredero incapaz. Dicha tutela, se ha dicho, viene de dos hechos: en primer lugar, que si el heredero incapaz vendiese bienes hereditarios sin la preceptiva autorización judicial (artículo 493 CCit), los acreedores no podrán hacer valer la *decadenza* del beneficio, pero sí la invalidez del acto de enajenación; en segundo lugar, que el heredero incapaz es el que sigue obligado a llevar a cabo una buena administración de la herencia, y no así su representante legal. Para precisar el grado de responsabilidad del heredero, se distingue entre daño por retraso y daño por *incapienza*. En el primer caso, el acreedor tendrá derecho a intereses sobre su crédito, haciendo surgir, así, una nueva posición subjetiva pasiva de naturaleza resarcitoria, clasificada por la doctrina como deuda «hereditaria-personal»; en el segundo caso el heredero sería responsable si, por ejemplo, destruyese un bien hereditario de manera culpable, en cuyo caso respondería con sus propios bienes, pero solo por el valor del daño efectivamente causado. Véase en este sentido ABANTAGELO (2004), pp. 12-23.

los siguientes herederos: el Estado (957 CC)¹³⁶²; las Fundaciones¹³⁶³; los pobres (artículo 992.2 CC)¹³⁶⁴; los tutelados, cuyos tutores necesitarán autorización judicial para aceptar sin beneficio de inventario (artículo 271.4 CC)¹³⁶⁵; y los menores, cuando a los padres se les haya denegado autorización judicial para repudiarla (artículo 166.2 CC)¹³⁶⁶. Asimismo, el artículo 3.4 LC establece que la solicitud de concurso de herencia producirá los efectos de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario.

Respecto de todas estas situaciones, la doctrina no se ha puesto de acuerdo sobre si la falta de cumplimentación de la formación del inventario afecta o no al mantenimiento de la responsabilidad *intra vires*. En este sentido, dos son las teorías que se han ofrecido. La primera, representada principalmente por Albaladejo García¹³⁶⁷, entiende que cuando la ley dispone que la herencia se

¹³⁶² Asimismo, el artículo 20 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, señala que «la aceptación de las herencias, ya hayan sido deferidas testamentariamente o en virtud de ley, se entenderá hecha siempre a beneficio de inventario».

¹³⁶³ Artículo 22.1 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. La RDGRN de 16 de julio de 2007 (RJ 2007, 3907) establece que en caso de estas entidades la aceptación tácita es necesariamente siempre hecha a beneficio de inventario.

¹³⁶⁴ La STS de 25 de mayo de 1897 sí consideró que, en el caso de herencia dejada a los pobres, no era necesario que se practicase el inventario, pues el artículo 992.2 CC debe interpretarse en el sentido de que «por consecuencia de la aceptación pueden los pobres resultar favorecidos, mas nunca perjudicados».

¹³⁶⁵ Para BOTÍA VALVERDE, en www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2012-particion-beneficio-inventario.htm (consultado el 27 de mayo de 2018), «realmente el texto legal solo dice que el tutor puede aceptar a beneficio de inventario sin autorización judicial, por lo que no sería descabellado pensar que el tutor debería hacer el inventario para que su pupilo no perdiera el beneficio. No obstante, siendo necesario para que la aceptación en nombre del pupilo sea pura y simple la autorización judicial no parece que sin ésta y por el mero hecho de no iniciar o concluir el inventario pueda aquel venir responsable de manera ilimitada». La RDGRN de 1 de junio de 2012 (RJ 2012, 7947) parece, en opinión del autor, dar por sentada dicha tesis en un supuesto de elevación a documento público por un tutor de un acto del causante, aceptando para su inscripción la mera manifestación de aceptar a beneficio de inventario, sin ninguna exigencia posterior.

¹³⁶⁶ Para BOTÍA VALVERDE, en www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2012-particion-beneficio-inventario.htm (consultado el 27 de mayo de 2018), este precepto no es claro, pues se limita a exigir autorización judicial para renunciar a la herencia y a disponer que en caso de que se niegue, solo podrá ser aceptada con beneficio de inventario; por ello, algunos autores consideran que la aceptación siempre ha de ser con beneficio de inventario, y para otros, se puede aceptar pura y simplemente también. En su opinión, la cuestión debe abordarse interpretando conjuntamente el artículo 166 con el 992 CC, que regula la capacidad para aceptar y repudiar y exige la libre disposición de los bienes; disposición de bienes que los padres no tienen porque sus facultades están limitadas por el artículo 166 CC. Por ello, el autor considera que «la aceptación en nombre del menor siempre es a beneficio de inventario sin necesidad de formalizar éste».

¹³⁶⁷ Entre otros, DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), pp. 484-485, para quien el beneficio es concedido así *ipso iure*, por el hecho mismo de la aceptación. ALBALADEJO GARCÍA (1995), pp. 269 y ss., expone los siguientes argumentos: primero, que siendo preferible la responsabilidad *intra vires*, es mejor admitirla; segundo, que los supuestos como el del heredero que vence en juicio y la sucesión del Estado no dejan duda de que se trata de responsabilidad *intra vires* sin necesidad de inventario; la tercera razón sería la regulación del Código de Sucesiones catalán y los Derechos aragoneses y navarro. Dice el autor que a pesar de todo «no se debe de ocultar que los precedentes de los artículos en que nuestro Código habla de entender aceptada la herencia a beneficio de inventario pedían que se hiciese inventario efectivamente»; si

entienda aceptada con beneficio de inventario significa que la responsabilidad por deudas será *intra vires*; es decir, que no será necesario pedir inventario en tiempo y forma, y que tampoco resultarán aplicables las sanciones ni los efectos de la aceptación beneficiaria, en cuanto a que se halle la herencia en administración. La segunda teoría considera que dependerá de quién sea el sujeto heredero, pues en unos casos, la no formación de inventario puede dar lugar a la pérdida del beneficio, como ocurriría con la fundación; y en otros casos no, como ocurriría con la persona discapacitada ¹³⁶⁸.

2.2.2 SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD LIMITADA *INTRA VIRES* POR UNA DEUDA CONCRETA

Existen ciertos tipos de deudas sucesorias de las que el heredero responde únicamente de manera limitada con el caudal hereditario; un ejemplo lo encontramos en el artículo 38.5 de la Ley Orgánica 2/1982 del Tribunal de Cuentas, cuando establece que «las responsabilidades, tanto directas como subsidiarias, se transmiten a los causahabientes de los responsables por la aceptación expresa o tácita de la herencia, pero solo en la cuantía a que ascienda el importe líquido de la misma» ¹³⁶⁹.

El segundo ejemplo de deuda sucesoria de responsabilidad limitada *intra vires* es la pensión compensatoria del artículo 101 CC, a la que ya nos hemos referido. Este precepto, recordemos, da la opción al heredero para pedir la

bien, la modificación y la introducción de la nueva expresión abre el caso a que se dé la herencia «por aceptada sin inventario pero con sus beneficios».

¹³⁶⁸ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (2016), pp. 152-155. PÉREZ ÁLVAREZ (2016), pp. 34-46, entiende que todos los casos son de limitación *ex lege* de responsabilidad, a excepción de patria potestad y tutores, razón por la que entiende que en caso de denegación de la autorización para repudiar, los padres, tutores o el defensor judicial deberán solicitar el beneficio y formalizar la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, pues para gozar de las ventajas del beneficio resulta exigible a los representantes legales la formalización de la aceptación. Ello es así, dice, en cuanto la aceptación beneficiaria es un acto expreso y formal sin que quepa colegirlo del hecho de no haberse concedido en sede judicial la autorización para repudiar la herencia.

¹³⁶⁹ RUEDA GARCÍA (2013), pp. 201 y ss., hace notar que hasta la Sentencia del Tribunal de Cuentas 11/2013, de 11 de abril, se consideraba que la responsabilidad contable solo se podía transmitir *mortis causa* cuando ya estuviere determinada en sentencia judicial en vida del causante; sin embargo, la situación ha cambiado a raíz de la Sentencia mencionada, pues ahora se considera que se trata de una responsabilidad patrimonial de contenido económico «consistente en la obligación de reponer las cosas a su estado anterior, y en su caso, en la de indemnizar los daños y perjuicios causados al dominio público, obligaciones de naturaleza civil y por tanto, transmisibles a los herederos». Sin embargo, considera el autor desacertado que la jurisprudencia no haya cambiado también de criterio en relación con la equiparación del precepto a una especie de beneficio de inventario; en su opinión, es posible interpretar que el artículo 38.5 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas establece un «límite cuantitativo y no cualitativo» y que, en consecuencia, «su régimen legal supone una limitación en relación con el importe a satisfacer, pero no una restricción de los bienes con los que en su caso puede ser satisfecha».

supresión o reducción de la deuda compensatoria «si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda». Precisamente porque el heredero responde de manera limitada por esta deuda, algunos autores han querido entender que esta acción solo podrá ejercitarse cuando aquél hubiese aceptado pura y simplemente¹³⁷⁰; criterio que no comparte otro sector doctrinal¹³⁷¹ y al que nos adherimos toda vez que la solicitud del beneficio de inventario no debería obstar al heredero sensato que, en aras de proteger y priorizar los derechos de los restantes acreedores hereditarios (que entendemos también es la finalidad del precepto), decida ejercitar la acción del 101 CC y solicitar la supresión o reducción de la pensión compensatoria.

Por último, otro ejemplo de deuda de la que el heredero responde de manera limitada es la hipoteca inversa¹³⁷². Esta modalidad de hipoteca se regula en el apartado 6.º de la Disposición Adicional primera de la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario, que estipula que «cuando se extinga el préstamo o crédito regulado por esta disposición y los herederos del deudor hipotecario decidan no reembolsar los débitos vencidos, con sus intereses, el acreedor solo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia. A estos efectos no será de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 114 de la Ley Hipotecaria».

Se ha dicho que esta última ley, que obedece al mandato previsto en la Ley 39/2006 de 14 de diciembre de Dependencia, es fruto del intento de adaptar nuestra legislación a nuevas formas de distribución de la riqueza que permitan a los mayores acceder al valor del bien inmueble para cubrir su sosteni-

¹³⁷⁰ DE LA HAZA (1988), pp. 1953-1954, dice expresamente que el artículo 101.2 CC no se aplica cuando hay beneficio de inventario «porque los herederos al no verse afectados por el pago de la pensión no necesitan ejercitar la acción de reducción o supresión de la deuda que les concede el mencionado precepto. La acción se concede, por tanto, solo a los herederos que han aceptado la herencia pura y simplemente, pues solo ellos tendrán que hacer frente con su propio patrimonio al pago de la pensión como parte integrante del pasivo hereditario».

¹³⁷¹ TORRES LANA (1982), p. 796 y SÁNCHEZ GONZÁLEZ (2005), p. 118, discrepan de que esta acción solo sea posible cuando se acepta pura y simplemente por varias razones: primero, el beneficio de inventario requiere solicitud expresa, cosa que no sucede en este supuesto; segundo, el beneficio de inventario se extiende a toda la cuota, y no solo a la pensión compensatoria; y tercero, el beneficio de inventario se concede para proteger los intereses del heredero mientras que el artículo 101 CC trata de compaginar los distintos intereses en juego.

¹³⁷² ÁLVAREZ ÁLVAREZ (2009), pp. 37 y ss., dice que el término proviene del derecho anglosajón (*reverse mortgage*), donde se comercializa desde 1965. En nuestro ordenamiento jurídico se ha configurado esta hipoteca como dependiente del crédito al que sirve, y que es de endeudamiento o desamortización; por ello, dice la autora que se trata de una nueva modalidad de garantía real, que se puede definir como «el contrato por el cual una entidad de crédito o una entidad aseguradora autorizada para operar en España pone a disposición de una persona física de 65 años o más, o bien en situación de dependencia severa o gran dependencia un capital, que lo recibirá bien periódicamente (de manera temporal o vitalicia) o de una sola vez, capital que a su vez generará intereses, pero el reembolso de la deuda solo será exigible a partir del fallecimiento del deudor, quedando asegurada la obligación por la hipoteca constituida sobre el inmueble que se da como garantía».

miento durante los últimos años de vida¹³⁷³; en definitiva, que «consiste en un préstamo o crédito garantizado con la vivienda habitual del solicitante y que vence con el fallecimiento de este último sin que el deudor-solicitante tenga que hacer frente a ningún tipo de pago hasta entonces»¹³⁷⁴.

En la hipoteca inversa, la limitación de la responsabilidad se produce *ex lege* y con independencia del alcance de la responsabilidad por deudas del heredero; por ello, no se debe comparar con el beneficio de inventario, pues únicamente limita la responsabilidad por una deuda y no por el conjunto de las deudas hereditarias¹³⁷⁵. Según la doctrina, lo único que hace pues la DA1.^a es introducir otra excepción al régimen general del artículo 990 CC, aunque nosotros creemos más bien que se trata de una excepción al artículo 1003 CC cuando establece como regla general la responsabilidad *ultra vires*¹³⁷⁶.

En definitiva, la hipoteca inversa se trata de una medida legal que beneficia a ambas partes, herederos y entidades¹³⁷⁷. En el caso de estas últimas, se ha dicho que corre el riesgo de que el valor obtenido en la venta de un inmueble no sea suficiente para cubrir el importe debido –y que cubren, en Estados Unidos de América y Reino Unido, mediante la concertación de seguros¹³⁷⁸–; en

¹³⁷³ ÁLVAREZ ÁLVAREZ (2009), p. 19.

¹³⁷⁴ SÁNCHEZ-VENTURA MORER (2015), pp. 3259-3278, asevera que esta es una figura que había sido ya introducida en Estados Unidos y en Reino Unido sobre los años sesenta y sesenta, en los cuales se hizo necesaria la búsqueda de fórmulas para remediar los índices de pobreza entre los jubilados. Entiende además que la justificación de la limitación de la responsabilidad viene dada, precisamente, por su carácter de institución *importada*, pues como el §206.27 b) 8 del *Code of Federal Regulations* establece que «*the mortgagor shall have no personal liability for payment of the mortgage balance. The mortgagee shall enforce the debt only through sale of the property*». Lo mismo se recoge en el Reino Unido donde se impone la necesidad de asegurar a los clientes que no responderán más allá del bien inmueble.

¹³⁷⁵ DOMÍNGUEZ LUELMO (2014), p. 401. ÁLVAREZ ÁLVAREZ (2009), p. 130, asimila esta hipoteca inversa a la aceptación de la herencia con beneficio de inventario desde la perspectiva de que el acreedor podrá reclamar a los herederos no solo sobre la vivienda hipotecada, sino también sobre otros elementos del patrimonio del causante.

¹³⁷⁶ En cualquier caso, y como pone de manifiesto ÁLVAREZ ÁLVAREZ (2009), pp. 118 y ss., los herederos, aunque no serán personalmente responsables, deberán decidir alguna de estas actuaciones cuando fallezca el propietario de la vivienda: quedarse con la vivienda y cancelar el préstamo con sus propios fondos, pagando la deuda y los intereses; obtener una hipoteca sobre esa vivienda para no perder la casa; vender la vivienda y saldar la deuda, quedándose con el sobrante si lo hubiera; no impedir que la propiedad de la vivienda pase a la entidad acreedora sin ningún gasto para los herederos, aunque si la tasación fuese superior a la deuda, el sobrante sería para ellos; finalmente, esperar a que el acreedor ejecute la hipoteca para saldar la deuda y quedarse con el sobrante.

¹³⁷⁷ ÁLVAREZ ÁLVAREZ (2009), pp. 45 y ss., considera que hay muchas ventajas, pero también inconvenientes; SÁNCHEZ-VENTURA MORER (2015), pp. 3275-3276, afirma que «dicha limitación de responsabilidad ha sido introducida por la ley con una finalidad garantista, protectora de los derechos de los herederos. Aunque también de esta forma, resulta beneficiada la entidad concedente del crédito en la medida en que no va a tener que concurrir con los acreedores de los herederos para la satisfacción de su derecho y además cobrará con preferencia a ellos».

¹³⁷⁸ SÁNCHEZ-VENTURA MORER (2015), pp. 3276-3279.

cualquier caso, si la vivienda hipotecada no fuese suficiente, el acreedor podría perseguir el resto de bienes de la herencia para satisfacer el crédito ¹³⁷⁹.

2.2.3 SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD LIMITADA ATÍPICA

Por último, existen dos supuestos que creemos no encajan en ninguna de las dos categorías anteriores. El primero es el contemplado en el artículo 1021 CC al establecer que «el que reclame judicialmente una herencia de que otro se halle en posesión por más de un año, si venciere en el juicio, no tendrá obligación de hacer inventario para gozar de este beneficio, y solo responderá de las cargas de la herencia con los bienes que le sean entregados» ¹³⁸⁰.

Lo cierto es que la doctrina suele tratar este supuesto como uno en el que la herencia se entiende aceptada con beneficio de inventario ¹³⁸¹, es decir, por el que el heredero responde de manera *intra vires*; no obstante, no creemos que tal tratamiento sea adecuado, pues en realidad en este caso el heredero no responde con todos los bienes hereditarios, sino únicamente con aquellos que le hayan sido entregados.

Por último, otro supuesto anómalo de responsabilidad limitada, aunque tampoco *intra vires*, es el establecido en el artículo 995 CC. Este precepto determina que «cuando la herencia sea aceptada sin beneficio de inventario, por persona casada y no concorra el otro cónyuge, prestando su consentimiento a la aceptación, no responderán de las deudas hereditarias los bienes de la sociedad conyugal» ¹³⁸².

¹³⁷⁹ ÁLVAREZ ÁLVAREZ (2009), p. 131.

¹³⁸⁰ Sobre este artículo, BORRELL SOLER (1951), p. 509, considera que «si la reclamación del heredero contra el poseedor de la herencia fuere resuelta mediante transacción entre ellos, no será aplicable la disposición de este artículo, por estar comprendido el caso en la disposición de la ley». Según ESPEJO LERDO DE TEJADA (2010), p. 1113, las cosas podrían ser diferentes si el actor hubiese poseído en algún momento los bienes de la herencia y con posterioridad, tras haberlos perdido, ejercitase la acción de petición de herencia para recuperarlos. SOLÍS VILLA (2012), pp. 218 y ss., entiende que para que este beneficio se pueda aplicar, es necesario que la acción de que se trate sea restitutoria, y que se obtenga una sentencia estimatoria de condena por la que los bienes se entreguen judicialmente en vía de ejecución, quedando excluido el supuesto de transacción, toda vez que en este caso no se cumpliría el requisito de que el actor *venciere en el juicio*. Además, considera desconcertante el requisito de que la posesión que se reclama haya sido de más de un año, pues carece de toda justificación.

¹³⁸¹ Para CASTÁN TOBEÑAS (2010), p. 174, este es un caso excepcional, en el que el heredero puede disfrutar del beneficio de inventario sin necesidad de inventario.

¹³⁸² Según GITRAMA GONZÁLEZ (1989), pp. 153 y ss.; O'CALLAGHAN MUÑOZ (1993), pp. 2366 y ss.; ORTIZ RODRÍGUEZ (2001), pp. 2573-2576 y ESPEJO LERDO DE TEJADA (2010), pp. 1084-1085, este precepto se explica porque su texto originario trataba sobre la imposición del consentimiento del marido para la validez de la aceptación de herencia otorgada por la esposa casada. Se distingue, pues, entre si el cónyuge concurre o no: si no concurre, los bienes gananciales no responderán por las deudas hereditarias; si concurre, responderá en primer lugar el heredero deudor, y solo subsidiariamente, los bienes gananciales. Además, O'CALLAGHAN MUÑOZ hace notar que, aunque parezca que este precepto se aplicará a cualquier persona casada, en realidad solo se aplicará a los cónyuges que estén casados bajo el régimen de

3. LOS PRESUPUESTOS DEL BENEFICIO DE INVENTARIO

Los presupuestos que se tienen que dar para que el heredero pueda limitar su responsabilidad por deudas hereditarias son básicamente tres: hacer una declaración formal y expresa de hacer uso de beneficio de inventario, que el inventario exista verdaderamente y que se haya hecho sin ánimo de ocultar bienes o defraudar los derechos de acreedores, legitimarios o fideicomisarios¹³⁸³.

3.1 La declaración de hacer uso del beneficio de inventario

En su versión vigente tras la LJV de 2015, el artículo 1011 CC ordena que «la declaración de hacer uso del beneficio de inventario deberá hacerse ante notario»¹³⁸⁴. Se impone pues una declaración formal y expresa de hacer uso de la prerrogativa sucesoria¹³⁸⁵, al contrario de lo que ocurría en los orígenes de la institución, en el que tal declaración no era necesaria¹³⁸⁶. No debemos olvidar, pues, que como se ha dicho, la limitación de la responsabilidad del beneficio de inventario «solo opera con un comportamiento activo del heredero»¹³⁸⁷.

Tal declaración, como decimos necesaria, ha de llevarse a efecto por persona capaz; cuestión sobre la cual la doctrina no parece ponerse de acuerdo:

gananciales. Según GITRAMA GONZÁLEZ, la responsabilidad no sería solidaria, sino subsidiaria: el acreedor hereditario «no puede demandar a uno u otro de ellos el pago de la totalidad de la deuda como es propio de las obligaciones solidarias. Solo tiene un deudor, que es el heredero aceptante, y solo a él puede demandar como deudor *ex* artículo 1003». Para SÁNCHEZ-ROS GÓMEZ, este precepto tendrá como consecuencia que solo resultarán responsables los bienes propios del cónyuge aceptante, «sin perjuicio de que los acreedores puedan pedir el embargo de los bienes gananciales con la posibilidad de que el cónyuge deudor pida que se sustituya en la traba los bienes comunes por la cuota que tiene el cónyuge deudor con la consiguiente disolución de la sociedad de gananciales», en www.notariadesevillanervion.com/2016/02/aspecto-practicos-de-la-renuncia-de-la.html (consultado el 6 de junio de 2018).

¹³⁸³ BORRELL SOLER (1951), p. 506.

¹³⁸⁴ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (2016), pp. 125-127, señala que la declaración y la solicitud del inventario no deben hacerse necesariamente en el mismo documento notarial, pero sí aconseja que así se haga. En su opinión, el documento apropiado para la mera declaración de hacer uso de inventario sería la escritura pública, mientras que para el requerimiento de formación del inventario sería el acta notarial. En último caso, si se hiciesen ambos simultáneamente, el documento apropiado sería la escritura pública.

¹³⁸⁵ KARRERA EGIALDE (2018), p. 145, remarca que esta declaración es un requisito formal *ad substantiam*, pues sin ella, no existe propiamente solicitud de beneficio de inventario.

¹³⁸⁶ BIONDI (1954), p. 351; VOCI (1967), p. 685; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (2009), p. 30, también pone de manifiesto que tal declaración no era necesaria en los siguientes términos: «la distinción aceptación pura y simple y aceptación a beneficio de inventario es desconocida en el Derecho justiniano y, por tanto, en el Derecho común. Tampoco pasó a las Partidas. Para gozar del beneficio de inventario bastaba con realizar el inventario oportuno y en forma». Véase también, SOLÍS VILLA (2012), p. 178, cuando dice que la declaración no se exigía, pues bastaba el inventario, pero a pesar de ello, se fue extendiendo «como cláusula de estilo hasta el punto de considerarse necesaria».

¹³⁸⁷ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), p. 155.

ciertos autores defienden que la capacidad necesaria para solicitar la formación de inventario es la misma que la que se exige para aceptar o repudiar¹³⁸⁸; mientras que otros entienden que la capacidad para solicitar la formación de inventario es más flexible toda vez que el beneficio de inventario no puede considerarse un negocio jurídico de disposición¹³⁸⁹. Asimismo, también se ha dicho que al no tratarse de un acto personalísimo, puede efectuarse a través de representante legal o voluntario con poder expreso¹³⁹⁰.

Volviendo al artículo 1011 CC, parece que del tenor literal de este precepto se coligen dos cosas: la primera, que ahora la única forma admitida para hacer la declaración es la notarial, si bien, *ex* artículo 1012 CC, también se podrá aceptar en territorio extranjero siguiendo la forma diplomática o consular¹³⁹¹; la segunda, que tal y como cierta doctrina venía demandando, la declaración de hacer uso del beneficio de inventario no se trata de un modo de aceptación, sino de un negocio jurídico distinto.

3.1.1 LA FORMA NOTARIAL

A diferencia de la situación anterior¹³⁹², tras la reforma de la LJV resulta claro que el único competente para formalizar la declaración de hacer uso del beneficio de inventario es el notario¹³⁹³. Como se ha dicho, son muchos los argumentos esgrimidos para que el beneficio de inventario se tramita ante el notario: en primer lugar de tipo histórico, pero principalmente de tipo funcional, pues si el heredero es poco diligente o actúa dolosamente, termina por responder *ultra vires*¹³⁹⁴. Probablemente por ello, la nueva regulación ha sido celebrada por la doctrina española; incluso se ha dicho que al dejar de ser ju-

¹³⁸⁸ PÉREZ ÁLVAREZ (2016), p. 44; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), p. 179.

¹³⁸⁹ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (2016), pp. 166-167.

¹³⁹⁰ PÉREZ ÁLVAREZ (2016), p. 44.

¹³⁹¹ El artículo 1012 CC establece que «si el heredero a que se refiere el artículo anterior (el artículo 1011 CC) se hallare en país extranjero, podrá hacer dicha declaración ante el Agente diplomático o consular de España que esté habilitado para ejercer las funciones de notario en el lugar del otorgamiento».

¹³⁹² La antigua redacción del artículo 1011 CC establecía que «la aceptación de la herencia a beneficio de inventario podrá hacerse ante notario, o por escrito ante cualquiera de los Jueces que sean competentes para prevenir el juicio de testamentaría o *abintestato*».

¹³⁹³ A excepción, claro está, de la posibilidad de efectuar inventario judicial a través del proceso de intervención judicial de la herencia. Sobre esta cuestión de que coexistan la normativa sobre el inventario notarial en la Ley del Notariado y el inventario judicial en la LEC, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), p. 224, han dicho que «hay que suponer que la decisión del legislador de ubicar la formación de inventario en el procedimiento de intervención judicial de la herencia, y no en el procedimiento para la división, ha buscado precisamente dar entrada al respecto al acreedor de la herencia, excluido como parte en la partición».

¹³⁹⁴ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), pp. 177-178.

dicial, el beneficio de inventario va a convertirse en un cauce sumamente ventajoso para el ciudadano, alcanzando así la relevancia y operatividad que por su virtualidad práctica y razón de ser merece ¹³⁹⁵.

3.1.2 EL BENEFICIO DE INVENTARIO COMO NEGOCIO JURÍDICO DIFERENTE A LA ACEPTACIÓN

Como ya se ha dicho, y de conformidad con lo que la doctrina mayoritaria ya venía defendiendo con el texto anterior a 2015 ¹³⁹⁶, el beneficio de inventario no es un modo de aceptar el llamamiento sucesorio sino todo lo contrario; la aceptación y la declaración de hacer uso del beneficio de inventario son negocios jurídicos distintos ¹³⁹⁷. Este es un criterio bastante reciente, que ha sido confirmado tras la reforma operada por la LJV ¹³⁹⁸, pues parte de la doctrina tradicional sí consideraba el beneficio de inventario como un modo de aceptación e incluso se propusieron otras teorías, como la que entendía el beneficio de inventario como una aceptación condicionada ¹³⁹⁹.

Indudablemente, el hecho de que estemos frente a negocios jurídicos diferentes trae repercusiones, pues como se ha dicho, se posibilita distinguir los vicios, como el error, la intimidación o el dolo, que afectan a cualquiera de los dos negocios por separado, es decir, al negocio de la aceptación y al negocio de la limitación de la responsabilidad ¹⁴⁰⁰. Esta premisa deriva en una consecuencia aparentemente lógica: que la aceptación haciendo uso del beneficio de

¹³⁹⁵ VIVAS TESÓN (2016), p. 3156.

¹³⁹⁶ Ya lo argüían antes de la reforma producida por la LJV diversos autores, como GONZÁLEZ GARCÍA (1989), p. 60 o PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (2009), pp. 125-128, quien entendía que «no hay en rigor una doble categoría de aceptaciones, sino solo un tipo único de aceptación, siempre pura. La opción por un sistema liquidatorio distinto del legal produce sus efectos con entera independencia del campo en que los produce la aceptación». SOLÍS VILLA (2012), p. 179, considera que «en rigor existe un único negocio, la aceptación, que determina la adquisición de la herencia con responsabilidad *intra vires* en principio; la responsabilidad *ultra vires* es un añadido que puede sobrevenir después».

¹³⁹⁷ Por ello, LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (2016), pp. 128-131, entiende que la aceptación puede ser anterior, simultánea o posterior a la declaración de hacer uso del beneficio de inventario. Véase también PÉREZ ÁLVAREZ (2016), p. 18 y KARRERA EGIALDE (2018), p. 138.

¹³⁹⁸ En efecto, el nuevo artículo 1011 CC habla de «declaración de hacer uso del inventario» y no de aceptación a beneficio de inventario.

¹³⁹⁹ En Italia, y bajo la vigencia del antiguo *Codice Civile* de 1865, la doctrina consideró la aceptación a beneficio de inventario como la única condición admitida por ley; no obstante, esta idea de aceptación condicional terminó por rechazarse, ya que el evento o condición no era ni futuro ni incierto, y no se puede considerar que el heredero beneficiario no haya adquirido la condición de heredero hasta la finalización del procedimiento: sí la adquiere, si bien el régimen de responsabilidad permanece en situación provisional o no definitiva. VOCINO (1942), pp. 215 y ss., fue uno de los primeros autores en refutar esta teoría tradicional, que fue seguido por Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), pp. 477-478. Véase también HERCOLANI (2009), pp. 1264-1269.

¹⁴⁰⁰ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (2009), p. 133.

inventario supone ante todo una aceptación pura no revocable y no condicionada a que se mantenga tal beneficio¹⁴⁰¹. No obstante, esta afirmación merece ser matizada, pues creemos más acertada la interpretación de que el beneficio de inventario es un negocio accesorio al de aceptación; claro que quien así lo afirma lo hace para argüir que si prosperase la impugnación de la aceptación *ex* artículo 997 CC, la declaración del beneficio de inventario debería seguir su misma suerte¹⁴⁰² –y lo que interesa es precisamente el caso opuesto, es decir, que la aceptación siga la misma suerte que la posible nulidad o pérdida del beneficio de inventario–.

De todos modos, el sector notarial se ha percatado de este posible contratiempo y, por ello, se ha recomendado la formalización de la aceptación de la herencia tras la aprobación notarial de la solicitud del beneficio de inventario, esto es, tras la verificación de que concurren todos los presupuestos necesarios y de que el heredero sí podrá limitar efectivamente su responsabilidad; así, en caso de que el notario no acepte la solicitud de beneficio, el solicitante podrá optar por desistir del otorgamiento de escritura pública de aceptación de la herencia, sin que deba considerarse aceptación tácita la mera solicitud de petición del beneficio de inventario (no reviste carácter constitutivo). En opinión de quien propone esto, no existen obstáculos para admitir que, denegada la solicitud del beneficio por el notario, el llamado repudie la herencia¹⁴⁰³.

Sea como fuere, tras la reforma de la institución de 2015 ya no hay dudas: la declaración de hacer uso del beneficio de inventario es un negocio –o facultad jurídica¹⁴⁰⁴– diferente al de la aceptación, de manera que no han de produ-

¹⁴⁰¹ SOLÍS VILLA (2012), p. 256.

¹⁴⁰² PÉREZ ÁLVAREZ (2016), pp. 56-57. En la doctrina italiana (HERCOLANI 2009, p. 1270; CIATTI 2013, p. 388), se ha puesto de manifiesto que la nulidad del beneficio de inventario no invalida únicamente dicho beneficio, sino también la aceptación en sí misma; es decir, que si el beneficio de inventario no se solicitase en la forma adecuada, el solicitante no sería considerado heredero que acepta pura y simplemente, pues se cree que tal vez, si aquel hubiese conocido la invalidez, no habría querido el efecto que implica la asunción de responsabilidad ilimitada por deudas hereditarias. Sin embargo, ello se debe a que en Italia el beneficio de inventario es considerado un modo de aceptación expresa y, por lo tanto, ha de pedirse necesariamente al momento de la aceptación. Se distingue, al igual que en España, entre la formación de inventario y la declaración por la que se solicita el beneficio de inventario; sin embargo, dicha declaración de solicitud de beneficio de inventario debe coincidir con la aceptación, no siendo válida la solicitud posterior o la solicitud cuando hay previa aceptación pura y simple.

¹⁴⁰³ PÉREZ ÁLVAREZ (2016), pp. 55-56. Pero el autor advierte de que «nada obsta a que la aceptación de la herencia hubiera precedido a la solicitud del beneficio (...). Cuando ello sucede y dado el carácter irrevocable de la aceptación (...), su previa formalización impedirá a quien ya ha asumido la condición de heredero eludir la responsabilidad *ultra vires* de ocurrir que la solicitud ulterior del beneficio no fuese aceptada por el notario. Riesgo indudable, si se tiene en cuenta lo perentorio de los plazos».

¹⁴⁰⁴ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), pp. 477-478, ya consideraba correcta la escisión entre aceptación y beneficio de inventario como fenómenos jurídicos autónomos e independientes la aceptación de la herencia y el beneficio de inventario; sin embargo, entendía el autor que el beneficio de inventario no puede recibir la calificación de negocio jurídico, por estar sometidos a plazos de caducidad. En su opinión, es más

cirse necesariamente de manera simultánea. No en vano, se ha dicho que es posible acogerse al beneficio de inventario aunque se haya realizado una previa aceptación, incluso expresa, siempre que no se hubiese manifestado que se hace en forma pura y simple; aunque se advierte que en el caso de que se trate de una aceptación tácita o presunta, habrá que estar al precepto que la imponga, pues en algunos casos el Código Civil ordena la aceptación pura y simple, como en el artículo 1005 CC¹⁴⁰⁵.

3.1.3 PLAZOS PARA REALIZAR LA DECLARACIÓN ANTE NOTARIO

El Código Civil no solo exige que se realice una declaración, sino que también concede un reducido plazo para hacerlo en los artículos 1005, 1014 a 1016, 1019 y 1022 CC. La regla general es que el plazo será, a excepción de lo previsto en el artículo 1016 CC, de treinta días; lo que cambiará será el día a partir del cual comienza a correr dicho plazo, como veremos.

Los artículos 1005 CC –que como hemos visto regula la *interrogatio in iure* por la que cualquier interesado puede acudir al notario para que se requiera al heredero a que manifieste, dentro del plazo de treinta días, si repudia o si acepta pura y simplemente o con beneficio de inventario– y 1019 CC –que regula el derecho de solicitar la formación de inventario y deliberar acerca de las tres opciones mencionadas en los treinta días siguientes desde que concluye el inventario–, son supuestos que ya hemos tratado previamente, por lo que nos centraremos aquí en los demás plazos previstos.

3.1.3.1 *El llamado poseedor*

El primero de los preceptos referidos es el 1014 CC, que ordena lo siguiente: «El heredero que tenga en su poder la herencia o parte de ella y quiera utilizar el beneficio de inventario o el derecho de deliberar, deberá comunicarlo ante notario y pedir en el plazo de treinta días¹⁴⁰⁶ a contar desde aquél en que supiere ser tal heredero la formación de inventario notarial con citación a

exacto calificarlo como acto de ejercicio de un poder jurídico, o derecho potestativo, o facultad de configuración de una situación sucesoria. En la actualidad, comparte este criterio KARRERA EGIALDE (2018), p. 139.

¹⁴⁰⁵ MARÍN CALERO (2016), pp. 271-283.

¹⁴⁰⁶ Según ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, en www.notariofranciscorosales.com/la-aceptacion-de-la-herencia-a-beneficio-de-inventario/ (consultado el 27 de mayo de 2018), y al tratarse de plazos civiles, entiende que se tratarán de treinta días naturales; criterio que creemos válido pues el artículo 1005 CC sí que dice expresamente «treinta días naturales».

los acreedores y legatarios para que acudan a presenciarlo si les conviniera»¹⁴⁰⁷. Dos cuestiones conviene estudiar sobre este precepto: la primera, de qué tipo de posesión habla¹⁴⁰⁸; la segunda, desde cuándo se entiende que el llamado conoce que lo es.

La doctrina ha especulado mucho acerca de la primera cuestión. En nuestra opinión, creemos con Solís Villa¹⁴⁰⁹ que el artículo 1014 CC no se refiere a aquellos casos en los que el heredero tiene un título autónomo que le faculta para poseer, como arrendamiento o usufructo. Este tipo de posesión precaria la podría tener el heredero incluso antes de la apertura de la sucesión, pero también puede adquirirla al momento del fallecimiento (piénsese en el heredero que vivía con el causante y que sigue utilizando la casa y sus enseres tras el fallecimiento) o con posterioridad (posesión civilísima del patrimonio sucesorio *ex* artículo 440 CC). Por ello, para el autor es necesario tener en cuenta la naturaleza del bien a que se refiere la herencia, pues no parece que el heredero que siga viviendo en un piso cedido precariamente por el causante e inscrito a nombre de éste, entre en el supuesto del artículo 1014 CC; tampoco el que usa un vehículo matriculado a nombre del causante; en cambio el que tiene dinero en efectivo, efectos al portador, objetos de arte, colecciones y otros bienes de similar naturaleza sí estará comprendido en el ámbito de este precepto.

En relación al momento en que el llamado conoce que lo es, se ha dicho que dicha determinación no debería ser un problema, pues lo normal será que los llamados soliciten en la notaría copia del testamento o promuevan el expediente de declaración de herederos abintestato¹⁴¹⁰. No obstante, en nuestra opi-

¹⁴⁰⁷ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (2016), pp. 160-161, hace notar que la redacción antigua del artículo 1014 utilizaba la expresión «tener en su poder la herencia o parte de ella», que ha sido sustituida por «los bienes de la herencia o parte de ellos», y celebra su reforma pues «no se trata –dice– de poseer sin más los bienes de la herencia, sino de poseerlos por título de heredero».

¹⁴⁰⁸ Cabe señalar, sobre la posesión, que GARCÍA GOYENA (1852-A), p. 229, no distinguía en su artículo 843 entre heredero poseedor o no, sino entre heredero mayor de edad que *vivía en la casa mortuoria al ocurrir el fallecimiento* o no, que tiene más sentido en nuestra opinión.

¹⁴⁰⁹ SOLÍS VILLA (2012), p. 201. En sentido parecido, LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (2016), pp. 160-161, considera que si el cónyuge viudo es usufructuario universal y un hijo vive por tolerancia de este en el piso, pero no como heredero, no se debería aplicar el artículo 1014 CC. BOTÍA VALVERDE, en www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2012-particion-beneficio-inventario.htm (consultado el 27 de mayo de 2018) considera, de una parte, que el artículo 1014 debe interpretarse con un criterio teleológico, en el sentido de que su finalidad es evitar que el heredero oculte bienes, por lo que solo debe ser aplicado cuando se trate de bienes de fácil ocultación o sustracción, pero no a los inmuebles; y de otra, que debe aplicarse a la posesión de bienes de cierto valor en términos absolutos (valor intrínseco) y relativos (en relación con el total caudal hereditario), de manera que si por ejemplo el hijo que convivía con el padre fallecido utiliza el coche de este no debería tenerse en cuenta. Comparte también esta opinión ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, en www.notariofranciscosales.com/la-aceptacion-de-la-herencia-a-beneficio-de-inventario/ (consultado el 27 de mayo de 2018).

¹⁴¹⁰ MARÍN CALERO (2016), p. 251; PÉREZ ÁLVAREZ (2016), p. 47.

nión, esto no es del todo cierto, pues no siempre ocurrirá que el llamado conozca su delación al pedir copia del testamento: piénsese por ejemplo en un instituido heredero sustituto o sometido a condición suspensiva. Como se ha dicho, esto no puede llevarse hasta sus últimas consecuencias, pues ello conduciría a conclusiones inaceptables que van en contra del buen sentido y que dejarían al libre arbitrio del llamado el comienzo del plazo: piénsese así en el heredero que dispone de la certificación de Registro de Últimas Voluntades de copia simple del testamento pero que se abstiene de pedir la autorizada, o en el hijo que dispone de certificación que acredita que su padre falleció intestado y que se abstiene de instar el acta de notoriedad correspondiente ¹⁴¹¹.

En otro orden de cosas, la doctrina ha puesto de relieve la celeridad que se exige para poder solicitar el beneficio de inventario, y que algunos justifican toda vez que la posesión de la herencia por el llamado conlleva el riesgo de que este distraiga bienes en perjuicio de acreedores y legatarios. Además, la tenencia de los bienes evoca una apariencia de aceptación sin restricción alguna, situación cuya prolongación pretende evitarse ¹⁴¹². Por ello, se ha dicho que la finalidad de este artículo 1014 es evitar que el heredero sustraiga u oculte bienes hereditarios ¹⁴¹³. Sin embargo, en nuestra opinión esta finalidad es discutible ya que, como veremos, el artículo 1015 CC establece el mismo plazo para el heredero desde que acepta pero que no posee la herencia y en el que la celeridad del plazo no tiene nada que ver con el «miedo» del legislador a que el heredero sustraiga o se apropie de bienes hereditarios.

3.1.3.2 *El llamado no poseedor*

La situación del llamado no poseedor se regula en los artículos 1015, 1016 y 1022 CC. El primero de los preceptos, el artículo 1015 CC, ordena que «cuando el heredero no tenga en su poder la herencia o parte de ella, ni haya practicado gestión alguna como tal heredero, el plazo expresado en el artículo anterior se contará desde el día siguiente a aquel en que expire el plazo que se le hubiese fijado para aceptar o repudiar la herencia conforme al artículo 1005, o desde el día en que la hubiese aceptado o hubiera gestionado como heredero» ¹⁴¹⁴. Parece pues que este precepto distingue dos momentos a partir

¹⁴¹¹ SOLÍS VILLA (2012), p. 204.

¹⁴¹² VIVAS TESÓN (2016), p. 3157.

¹⁴¹³ PÉREZ ÁLVAREZ (2016), p. 49.

¹⁴¹⁴ SOLÍS VILLA (2012), pp. 206 y ss., critica que el artículo 1015 CC utilice las expresiones «desde el día siguiente» y «desde el día» para distintos supuestos, y cree que «no parece conveniente reducir un plazo

de los cuales comienza a correr el plazo de treinta días: el primero, el día siguiente a aquel en que expire el plazo concedido tras la *interrogatio in iure*; el segundo, el día en que el llamado acepta (entendemos de manera expresa) o gestiona la herencia como heredero (aceptación tácita).

Sobre el primer momento, parece que la redacción no es apropiada, pues el artículo 1005 CC ya establece que el interrogado deberá decidir si repudia, acepta pura o simplemente o con beneficio de inventario, en el plazo de treinta días que prevé el propio artículo; no parece posible añadirle otros treinta días tal y como parece conceder el artículo 1015 CC. Por ello, habrá que entender que el llamado tiene treinta días para solicitar el beneficio de inventario desde que acepta la delación de manera expresa o desde que la acepta tácitamente a través de la gestión de actos que «suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero».

El segundo precepto, el artículo 1016 CC, determina que «fuera de los casos a que se refieren los dos anteriores artículos, si no se hubiere presentado ninguna demanda contra el heredero, podrá éste aceptar a beneficio de inventario, o con el derecho de deliberar, mientras no prescriba la acción para reclamar la herencia». Solís Villa¹⁴¹⁵ considera que esta es una norma de desafortunada redacción que da lugar a innumerables cuestiones; una de ellas: interpretar a qué se refiere el legislador cuando habla de otra demanda.

En sentido muy parecido, Pérez Álvarez¹⁴¹⁶ ofrece un dato histórico; el artículo 835 del Proyecto de 1851 establecía lo siguiente: «El derecho para aceptar o renunciar la herencia, no habiendo tercero que inste, se prescribe por el mismo tiempo que las otras acciones reales. Instando en juicio un tercero interesado para que el heredero acepte o repudie, deberá el juez señalar a éste un término que no pase de treinta días, sin perjuicio de lo que se dispone sobre el beneficio de inventario». El autor entiende que el Código Civil vigente contempló la interpelación en el artículo 1015 pero, incurriendo en una reiteración, al adaptar el artículo 835 del Proyecto de 1851 la volvió a asumir en el artículo 1016, razón por la que entiende que resulta todavía más aconsejable modificar la referencia que contiene el artículo 1016 CC a la «demanda» rela-

tan perentorio por lo que opto por la interpretación más favorable al heredero». PÉREZ ÁLVAREZ (2016), pp. 48-49, considera que este precepto arrastra una redacción deficiente al seguir incurriendo en una contradicción entre su inciso inicial y final. En el inciso inicial, el artículo 1015 del Código civil exige que el llamado se hubiera abstenido de realizar actos de gestión en condición de heredero; sin embargo, en el inciso final se incluye el supuesto de gestión de la herencia en el ámbito del precepto y se determina el momento a partir del cual se habrá de contar el plazo; razón por la que el autor concluye que esta referencia a los citados actos de gestión como heredero es innecesaria. Véase también KARRERA EGIALDE (2018), p. 147, nota 21.

¹⁴¹⁵ SOLÍS VILLA (2012), p. 206.

¹⁴¹⁶ PÉREZ ÁLVAREZ (2016), pp. 51 y ss.

tiva a la interpelación para cohonestarla con la atribución al notario con carácter exclusivo de las cuestiones atinentes a la misma llevada a cabo por la LJV.

Por último, el artículo 1022 CC establece el plazo para los sustitutos o herederos abintestato que son llamados después de una repudiación. Según este precepto, estos nuevos llamados tienen el mismo plazo de treinta días para deliberar o para hacer la manifestación que previene el artículo 1019 a contar «desde el siguiente al en que tuvieron conocimiento de la repudiación»¹⁴¹⁷. La doctrina ha hecho notar que el artículo 1022 CC solo indica que aprovechará a los sustitutos o abintestatos, omitiendo al heredero a quien acrece la porción vacante. Solís Villa¹⁴¹⁸ entiende que la cuestión es dudosa, y que si la porción vacante estaba gravada con cargas específicas que no afectaban al resto de la herencia, no sería lógico dejar inerte al heredero al que acrece por lo que habría que considerar que ambas porciones son individualidades distintas y que cabría renunciar.

En nuestra opinión, no acierta este artículo 1022 CC al fijar como momento a partir del cual comienza a correr el plazo aquel en el que los sustitutos o herederos abintestato conociesen la repudiación, pues el hecho de que la conozcan no equivale a que conozcan la nueva delación a su favor, sobre todo en el caso del heredero *abintestato*. Esta diferencia de trato con el llamado poseedor, cuyo plazo empieza a contar desde que conoce la delación, y sobre todo con el llamado no poseedor, cuyo plazo comienza a contar desde que acepta, resulta difícil de justificar.

3.1.3.3 Valoración de los plazos y de la reforma operada por la LJV

De acuerdo con la nueva regulación sucesoria, se puede concluir que si el llamado posee los bienes hereditarios, dispone de treinta días para solicitar el beneficio de inventario desde que tuvo conocimiento de su condición de llama-

¹⁴¹⁷ Según ESPEJO LERDO DE TEJADA (2010), p. 1124, la finalidad de este precepto es evitar la duplicación del inventario en los casos en que haya existido un primer llamado que hubiese practicado el inventario; si bien, entiende este autor que el segundo llamado podría realizar un segundo inventario si así lo creyese necesario.

¹⁴¹⁸ SOLÍS VILLA (2012), pp. 215-217, califica al artículo 1022 CC como «precepto oscuro, de deficiente técnica y que puesto en relación con el artículo 1019 CC al que expresamente alude plantea numerosos problemas interpretativos». En su opinión, no es correcta la opinión de quienes entienden que el plazo concede un derecho de deliberar *ex lege*; sino que «la expresión *aprovechará* permite sostener que los sustitutos o herederos *abintestato* podrán utilizar o no el inventario ya confeccionado. (...) la única virtualidad práctica del artículo 1022 CC es que permite al sustituto o al heredero *abintestato* optar por el beneficio de inventario acogiéndose al ya confeccionado» pues del mero silencio «no se derivará la aceptación pura y simple a que el artículo 1019 CC se refiere».

do a suceder; si no posee los bienes, treinta días desde la aceptación. En cualquier otro caso, el plazo general para aceptar la herencia y servirse del beneficio de inventario será de treinta años ¹⁴¹⁹.

La doctrina no parece haber valorado muy positivamente la reforma operada por la LJV en el tema de los plazos para solicitar el beneficio de inventario ¹⁴²⁰. Entre otras cosas se ha dicho que, tras la reforma, persiste todavía la dificultad para conocer la fecha en que el llamado conoció haber sido llamado: es decir, persiste la dificultad para conocer el inicio del cómputo del plazo ¹⁴²¹. Así las cosas, «la determinación del momento en el que se adquiere dicho conocimiento queda a expensas de la declaración del llamado y si alguna persona considera que el solicitante supo de su llamamiento en una fecha anterior a la declarada habrá de cargar con la prueba de este hecho» ¹⁴²². Para Vivas Tesón ¹⁴²³, los cambios operados por la LJV carecen de entidad jurídica pues son consecuencia de la unificación de los plazos previstos en la anterior redacción del artículo 1014 del Código Civil; además, los nuevos preceptos carecen de precisión terminológica al mantener la antinomia de heredero que no practica gestión alguna como heredero.

En definitiva, y como se puede apreciar, las modificaciones llevadas a cabo por la LJV en lo que a beneficio de inventario se refiere no han sido todo lo precisas que convendría ¹⁴²⁴. En nuestra opinión, la reforma de la LJV sabe

¹⁴¹⁹ PÉREZ ÁLVAREZ (2016), pp. 52-53.

¹⁴²⁰ La doctrina critica que el legislador se haya limitado a desjudicializar el beneficio de inventario y que no haya aprovechado la ocasión para reformar en profundidad el instituto. Véase, en este sentido, MARÍN CALERO (2016), p. 249 y PÉREZ ÁLVAREZ (2016), pp. 53 y ss., quien considera que la LJV ha realizado simplemente modificaciones parciales o *parcheos* del articulado del CC y censura, entre otras cuestiones, que no se haya modificado el artículo 1004 CC, que, cuando regula el novenario, sigue haciendo referencia a que «no podrá intentarse acción alguna contra el heredero» sin caer en la cuenta de que ahora la «intimación» será notarial y no judicial.

¹⁴²¹ KARRERA EGIALDE (2018), p. 146.

¹⁴²² VIVAS TESÓN (2016), pp. 3157-3158.

¹⁴²³ VIVAS TESÓN (2016), pp. 3159-3162, añade que «al preverse ahora un único plazo de treinta días para solicitar el beneficio de inventario o el derecho de deliberar, se ha debido retocar, necesariamente, la redacción del artículo 1015 del Código Civil para expresarse ahora el singular en lugar del plural, de modo que se ha sustituido *plazos expresados* por *plazo expresado* y *contarán* por *contará*». Opina que la redacción es ciertamente «mejorable, no pudiendo achacarse las deficiencias e incoherencias técnicas detectadas a una elaboración apresurada de la norma, tras más de un decenio de espera de la LJV e, incluso, de un malogrado Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, tramitado, en sede parlamentaria, durante los años 2006 y 2007. El nivel de exigencia de rigurosidad técnica al legislador debe ser siempre el máximo, pero, con mayor razón, en el caso de la LJV».

¹⁴²⁴ BOTÍA VALVERDE, en www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/aceptacion-a-beneficio-de-inventario-y-jurisdiccion-voluntaria/ (consultado el 19 de julio de 2018), critica que la LJV no haya aprovechado la ocasión para recoger una regulación más coherente, menos oscura y menos rígida sobre el beneficio de inventario. RIPOLL SOLER, en pildoraslegales.com/2014/08/07/aceptacion-notarial-herencia-beneficio-inventario-reforma-jurisdiccion-voluntaria/ también considera que «una reforma tan ambiciosa como la que propone la Ley de Jurisdicción Voluntaria, tal vez, debería haber

ciertamente a poco, y no solo por la deficiente técnica legislativa sino sobre todo porque no se ha aprovechado la ocasión para ampliar los reducidos plazos. Esta demanda, creemos, responde a una realidad social, pues como se ha dicho, la mayoría de casos enjuiciados tienen como base la «extemporaneidad» del beneficio de inventario, por haber aceptado previamente de manera tácita o tener en poder los bienes de la herencia: más que de sistema riguroso se puede calificar de sistema «sorpresivo» para el heredero que se encuentra, muchas veces de total buena fe, prisionero por las deudas de su causante ¹⁴²⁵.

Además, el análisis comparado pone de manifiesto la premura exigida por nuestro Código Civil; así, por ejemplo, los artículos 485, 487 y 488 del *Codice Civile* italiano conceden un plazo más extenso de tres meses. El primero de los preceptos ordena que el llamado poseedor deberá hacer inventario dentro de los tres meses posteriores a la apertura de la sucesión o del conocimiento de la delación. Si transcurrido esos tres meses, el llamado siguiese sin hacer inventario, será considerado heredero puro y simple. En cuanto a la posesión de bienes hereditarios, la jurisprudencia ha entendido que no hay una duración mínima de posesión, de forma que basta la posesión de bienes hereditarios durante un único día ¹⁴²⁶; es decir, no se tiene en cuenta la duración sino el hecho de poseer bienes hereditarios en un determinado momento, cuestión que la doctrina no considera *soddisfacente* ¹⁴²⁷. No obstante la rigidez del sistema, la doctrina la ha suavizado al considerar que si el llamado poseyese los bienes hereditarios tiempo después de la apertura de la sucesión, el plazo de tres meses empezaría a contar a partir de ese momento ¹⁴²⁸; al igual que cuando se trata de un llamamiento ulterior, el plazo de tres meses comenzará a contar desde que el llamado conoce su vocación ¹⁴²⁹. Además, la relación entre posesión y adquisición no es suficiente, sino que también se requiere el ser consciente de que se poseen bienes de una herencia a él deferida ¹⁴³⁰.

afrontado el tema de la configuración de la transmisión hereditaria de las deudas. Se podría haber actualizado el régimen, acogiendo soluciones más modernas como las que se presentan en algunos territorios de España como Aragón».

¹⁴²⁵ BOTÍA VALVERDE, en www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2012-particion-beneficio-inventario.htm (consultado el 27 de mayo de 2018).

¹⁴²⁶ *Cass.*, de 24 de febrero de 1984, n. 1317, establece que «*con la conseguenza che nessun effetto negativo dell'attribuzione di quel titolo può derivare dalla circostanza che, dopo aver posseduto anche per un solo giorno i beni ereditari, l'erede (o il chiamato) perda tale possesso, rimanendo sempre a carico del predetto il compimento in tre mesi dell'inventario*».

¹⁴²⁷ DI MARZIO (2013), p. 178.

¹⁴²⁸ Por todos, FERRI (1997), p. 338.

¹⁴²⁹ DI MARZIO (2013), p. 180.

¹⁴³⁰ HERCOLANI (2009), pp. 1277-1278.

El llamado poseedor debe terminar el inventario en el plazo marcado por el *Codice Civile* italiano, de tres meses, o en la prórroga concedida. Del tenor literal de la norma se desprende que el inventario debe ser completado con cierre de sus operaciones¹⁴³¹; una vez completado el inventario, el llamado tiene otros cuarenta días para decidir si acepta o renuncia a la herencia. Como se puede ver, en Italia la posesión acelera la adquisición si no se repudia en tres meses, y por ello, alguna doctrina ha considerado este tipo de aceptación-adquisición como un tipo de aceptación *ope legis* o legal, o como un caso de *aceptación presunta*, en el que el simple transcurso del plazo de tres meses con la ausencia de declaración de aceptación con beneficio de inventario o renuncia es suficiente para que se verifique la aceptación pura y simple de la herencia¹⁴³².

Este criterio doctrinal, ya de por sí bastante rígido, ha sido endurecido por la jurisprudencia de la *Corte di Cassazione*, en su sentencia de 2003¹⁴³³, en la que se señala que la redacción del inventario resulta condición no solo para la aceptación con beneficio sino también para la propia renuncia a la herencia. Así, el llamado poseedor de bienes hereditarios que renuncia debe realizar también el inventario en el plazo de tres meses, pues en caso contrario adquirirá la herencia pura y simplemente; es decir, la renuncia del llamado poseedor de bienes hereditarios, si bien efectuada en el plazo determinado, puede devenir ineficaz si no se formaliza el inventario. Parece, pues, que la *Corte* ha introducido una institución no contemplada en el ordenamiento: la renuncia con inventario; cuestión muy criticada por la doctrina toda vez que, según el artículo 521 CCit, quien renuncia pierde retroactivamente la cualidad de llamado, por lo que no debería ser posible que se verifique la adquisición *ex lege*¹⁴³⁴.

También en el Derecho italiano, el artículo 487 CCit establece que el llamado no poseedor podrá hacer la aceptación con beneficio de inventario mientras que el derecho a aceptar no prescriba, esto es, durante diez años. Es decir, el llamado no poseedor podrá aceptar con beneficio de inventario cuando quiera, dentro del límite de la prescripción del derecho de aceptar¹⁴³⁵. Por último, el artículo 488 CCit ordena que los llamados a la herencia que, no estando en posesión de bienes hereditarios, han sido requeridos para aceptar o renunciar en un plazo fijado por el juez, deberán dentro de ese plazo hacer la aceptación con beneficio de inventario, si así lo desearan. No existe sin embar-

¹⁴³¹ HERCOLANI (2009), p. 1280.

¹⁴³² BARBA (2008), p. 121.

¹⁴³³ N. 4845.

¹⁴³⁴ CEOLIN (2007), pp. 868 y ss.

¹⁴³⁵ DI MARZIO (2013), p. 190.

go un artículo como nuestro 1022 CC, pues estos plazos se aplican también cuando el llamamiento provenga de una segunda delación.

En definitiva, y dejando de lado la dureza con que se aplica el criterio de la posesión de los bienes hereditarios y la correlativa obligación de solicitar la formación de inventario para evitar la aceptación pura y simple de la herencia, parece que el legislador italiano ha regulado de manera más clara y justa el asunto de los plazos que son, en resumen, los siguientes: tres meses desde que se conoce la delación, o desde que se posee alguno de los bienes hereditarios, para el llamado poseedor. En caso contrario, el llamado podrá solicitar el beneficio de inventario mientras no prescriba el derecho de aceptar la herencia.

3.1.4 LA FORMACIÓN DE UN INVENTARIO FIEL Y EXACTO

El artículo 1013 CC ordena que «la declaración a que se refieren los artículos anteriores no producirá efecto alguno si no va precedida o seguida de un inventario fiel y exacto de todos los bienes de la herencia, hecho con las formalidades y dentro de los plazos que se expresarán en los artículos siguientes».

En cuanto a las formalidades, recordemos que tras la LJV habrá de solicitarse el beneficio de inventario al notario y seguir las normas que han sido incorporadas a la Ley del Notariado, como veremos en el siguiente apartado.

Los plazos se regulan en el artículo 1017 CC, que ordena lo siguiente: «El inventario se principiará dentro de los treinta días siguientes a la citación de los acreedores y legatarios, y concluirá dentro de otros sesenta». No obstante, y a pesar de que el precepto que regula el plazo de inicio y el de finalización del inventario es el mismo, la doctrina ha hecho notar que la jurisprudencia ha sido más rigurosa con el plazo de inicio y no tanto con el de conclusión, tal vez debido a la posibilidad de prorrogarlo, según las circunstancias¹⁴³⁶. De cualquier modo, de este precepto se infiere que el heredero debe iniciar el inventario con toda prontitud, y si no lo hace, perderá el beneficio; por el contrario, si lo inicia pero no lo concluye en plazo, será necesaria una sentencia judicial que establezca si ha incurrido o no en culpa o negligencia¹⁴³⁷.

¹⁴³⁶ Por todos, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), p. 187.

¹⁴³⁷ BOTÍA VALVERDE, en www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2012-particion-beneficio-inventario.htm (consultado el 27 de mayo de 2018).

En otro orden de cosas, el Código Civil exige la fidelidad del inventario so pena de perder el beneficio¹⁴³⁸. Las situaciones que dan lugar a la pérdida del beneficio de inventario se agrupan en torno a dos supuestos: el primero, relativo a la primera fase de formación del inventario, y debido al incumplimiento de las obligaciones relativas a la fidelidad del mismo (artículos 1002, 1018 y 1024.1 CC); el segundo, relativo a la segunda fase de administración y liquidación de la herencia beneficiaria, y a causa de la enajenación de bienes hereditarios sin las formalidades exigidas (artículo 1024.2 CC)¹⁴³⁹.

En primer lugar, el artículo 1002 CC viene a conferir una acción en favor de los acreedores y otros interesados, al establecer que «los herederos que hayan sustraído u ocultado algunos efectos de la herencia, pierden la facultad de renunciarla, y quedan con el carácter de herederos puros y simples, sin perjuicio de las penas en que hayan podido incurrir»¹⁴⁴⁰. Este precepto establece así un anómalo tipo de adquisición *ex lege* de la herencia¹⁴⁴¹, que contradice el principio general de nuestro sistema sucesorio: el de la exigencia de concurrencia de voluntad por parte del llamado de adir la herencia ofrecida. El presupuesto para

¹⁴³⁸ PÉREZ ÁLVAREZ (2016), pp. 62 y ss., pone de manifiesto que el heredero puede perder el beneficio cuando no practique inventario alguno o no conste o no justifique o acredite su formalización. Además, esta exigencia es la que «justifica que en sede judicial se aprecie pérdida del beneficio cuando el heredero pretende justificar la omisión del inventario alegando la inexistencia de bienes hereditarios, o el desconocimiento de los mismos»

¹⁴³⁹ Como ha dicho HERCOLANI (2009), p. 1264, para el sistema italiano que es muy similar al nuestro, la separación entre el patrimonio hereditario y el propio del heredero es una situación provisional, toda vez que el heredero puede perder el beneficio.

¹⁴⁴⁰ En Italia existe un precepto prácticamente idéntico al nuestro, el artículo 527 CCit. Según este precepto, el llamado que haya sustraído o escondido bienes de la herencia pierde la facultad de repudiarla y será considerado heredero puro y simple a pesar de su renuncia. La jurisprudencia italiana ha querido ver, en este artículo, una especie de aceptación presunta (*Cass.*, 29 marzo 2006, n. 7226; *Cass.*, 22 marzo 1999, n. 2663; *Cass.*, 3 febrero 1993, n. 1325; *Cass.*, 4 mayo 1983, n. 3042); aceptación *ex lege* (*Cass.*, 19 julio 2006, n. 16507; *Cass.*, 12 marzo 2003, n. 3696; *Cass.*, 30 octubre 1991, n. 1163; *Cass.*, 9 diciembre 1980, n. 6371); sin embargo, autores como CICU (1961), p. 182 o FERRI (1997), p. 341, consideran más adecuado hablar de adquisición de la herencia *ope legis*. De otra parte, la doctrina italiana considera acertado este precepto cuando la sustracción u ocultación se hace antes de la repudiación, puesto que tal conducta trae aparejada la adquisición legal de la herencia, por lo que dicha renuncia será ineficaz *ab origine* (BARBA 2008, p. 119); sin embargo, la jurisprudencia ha establecido las mismas consecuencias para el repudiante que lleva a cabo alguna de las conductas previstas en el precepto, en cuyo caso también adquiriría la cualidad del heredero. En efecto, se ha interpretado el «*nonostante la loro rinunzia*» en el sentido de considerar aplicable la norma para el caso de que el llamado sustraiga u oculte bienes hereditarios después de la misma renuncia (*Cass.*, 6 diciembre 1984, n. 6412).

¹⁴⁴¹ Entre otros, LACRUZ BERDEJO (1981), p. 89, y ROGEL VIDE (2011), p. 145, hablan de «aceptación *ex lege*», término que ha sido criticado por la doctrina (entre otros, ROYO MARTÍNEZ 1951, p. 278, y GARCÍA RUBIO 1989, pp. 148-149). Lo que parece claro es que no se trata de aceptación tácita, tal y como sancionaba el anterior Derecho español y las Partidas (6,6,9) (*vid.* STS de 20 de octubre de 2011: RJ 2012, 426). En este sentido, O'CALLAGHAN MUÑOZ (1993), p. 2377, señala que no se trata de aceptación tácita, «pues no aparece voluntad alguna de aceptar, sino de aprovechar bienes hereditarios, ni son actos de señor ya que no se desprende una actuación como heredero, sino, por el contrario, son actos en perjuicio de la herencia y por ello, se le impone la cualidad de heredero, como sanción».

que se verifique esta adquisición automática es una conducta activa (sustracción) o pasiva (ocultación) de los bienes hereditarios¹⁴⁴² realizada por el llamado de manera maliciosa o dolosa¹⁴⁴³, y una vez ya hubiese nacido la delación en su favor, o si, habiéndolo hecho antes de la muerte del causante, quien después resulta ser llamado mantiene esos bienes sustraídos u ocultos¹⁴⁴⁴.

Qué es una cosa y otra lo define bien el Tribunal Supremo¹⁴⁴⁵, al considerar que «existe sustracción cuando un heredero se apropia de uno o varios efectos hereditarios sin tener título alguno que lo justifique, lo que integra una conducta activa, mientras que existe ocultación cuando el heredero guarda un bien hereditario o calla sobre su existencia, la disimula o la encubre, lo que comporta una conducta pasiva en cuanto el heredero se abstiene de manifestar que un determinado bien forma parte de la herencia»¹⁴⁴⁶. No obstante, es interesante resaltar que el TS ha determinado que «la doctrina, aun reconociendo que el artículo 1002 no puede ser aplicado analógicamente a otros supuestos similares dado su carácter sancionador, resalta que su interpretación no puede restringirse tanto que no pueda alcanzar otros supuestos idénticos a los contemplados en el precepto, siempre que se trate de disminuir el activo hereditario, aumentar el pasivo o defraudar a otros herederos, legatarios o acreedores hereditarios. La misma doctrina entiende que la sustracción u ocultación puede tener por objeto tanto bienes inmuebles como muebles, aunque es más probable que se refiera a estos últimos por su facilidad para ser sustraídos o escondidos».

¹⁴⁴² O'CALLAGHAN MUÑOZ (1993), p. 2377, pone de manifiesto que la doctrina considera con casi total unanimidad que el consumir o gastar bienes hereditarios no se incluye dentro de las actuaciones sancionadas por el artículo 1002 CC, pero que, sin embargo, el concepto de sustraer supone tomar para sí y en este sentido tanto cabe el tomarlo para guardarlo como para gastarlo o consumirlo.

¹⁴⁴³ O'CALLAGHAN MUÑOZ, (1993), p. 2377 y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (2009), p. 239, ponen de manifiesto que es preciso que el llamado realice el acto de que se trate (sustracción, ocultación) maliciosa y efectivamente, no bastante haberlo intentado y fracasado, o si, arrepintiéndose, devuelve el bien a la masa hereditaria. *Vid.* STS de 20 de octubre de 2011 (RJ 2012, 426), donde se aprecia el mismo criterio, al exigir cierta clandestinidad para la operatividad de la adquisición automática. En otro orden de cosas, LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (2016), p. 137, se cuestiona si este artículo se podría aplicar igualmente al legatario de parte alícuota que sustrae u oculta bienes hereditarios para impedir que los acreedores se dirijan contra ellos, no en el sentido de convertir al legatario en heredero, sino en el de aplicarle la sanción de la responsabilidad *ultra vires*. Su conclusión es que esto no será posible debido a los términos literales del propio artículo 1002 CC.

¹⁴⁴⁴ Así se manifiesta la doctrina (*vid.* entre otros O'CALLAGHAN MUÑOZ 1993, pp. 2377-2378), y la jurisprudencia en la STS de 20 de octubre de 2011 (RJ 2012, 426).

¹⁴⁴⁵ STS de 20 de octubre de 2011 (RJ 2012, 426).

¹⁴⁴⁶ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (2009), p. 239, lo definía así: se produce sustracción u ocultación «cuando el heredero retiene o aparta el bien del patrimonio hereditario con propósito de detraerlo a los demás interesados en el patrimonio (coherederos, acreedores, legatarios). No basta cualquier ocultación, por ejemplo, la que se hace a los acreedores propios. Se requiere que la ocultación o sustracción se dé respecto de aquellos interesados en el patrimonio hereditario, cuyos intereses sean precisamente los que tratan de protegerse directamente con la sanción que se impone. No parece que la *simple simulación de deudas*, aún con falsedad de documentos, pueda encajar en el tipo de hechos sancionados en el artículo 1002 CC».

Además, en esta STS se tratan dos cuestiones más: la primera, relativa a la fundamentación del precepto, pues según el Alto Tribunal, «la finalidad de la norma y de la sanción que en ella se contiene es clara: hacer responsable al heredero con sus propios bienes de las deudas del causante cuando, mediante la sustracción u ocultación de los que pertenecían al mismo, no se limitó a dejar a salvo su patrimonio personal –lo que podía hacer mediante la aceptación a beneficio de inventario– sino que fue más allá con el propósito de impedir la responsabilidad del caudal *intra vires hereditatis*». La segunda cuestión es que el Tribunal Supremo ha establecido que «lo que resulta en todo caso necesario, por así venir exigido claramente en el precepto, es que el comportamiento sancionable se realice después de la apertura de la sucesión, aunque también se impondrá la aceptación pura y simple cuando la ocultación o sustracción haya acontecido antes del fallecimiento del causante pero persistan con posterioridad a ese momento»¹⁴⁴⁷. Este criterio no ha sido compartido por cierta doctrina, que entiende que de la lectura del precepto no puede inferirse tal extensión, sino que se prevé para los actos llevados a cabo en el período que media entre la apertura de la sucesión y el ejercicio del *ius delationis*¹⁴⁴⁸.

En otro orden de cosas, la doctrina casi unánimemente ha proclamado que este precepto fija una «sanción civil» para una actuación que se estima indeseada¹⁴⁴⁹. No obstante, se ha afirmado que resulta difícil ver una sanción o pena en la adquisición de la herencia: la sanción presupone transgresión de alguna norma, y es difícil ver la ilicitud en la sustracción u ocultación de bienes hereditarios por quien, habiendo sido llamado a la herencia, está autoriza-

¹⁴⁴⁷ DE LA IGLESIA PRADOS (2012), pp. 740 y ss., comenta esta sentencia diciendo que es la cuestión temporal la que había suscitado mayores problemas en la aplicación práctica de este precepto de manera previa a esta STS: esta «trascendente resolución» viene a aclarar tal cuestión al afirmar que la sanción del artículo 1002 CC se aplicará a quien oculte o sustraiga bienes hereditarios con posterioridad a la apertura de la sucesión, pero también a quien lo haya hecho antes, si los efectos persisten con posterioridad. El autor justifica y comparte plenamente la decisión del Alto Tribunal.

¹⁴⁴⁸ Ya BOTÍA VALVERDE, en www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2012-particion-beneficio-inventario.htm (consultado el 27 de mayo de 2018), se preguntaba si se podría aplicar este artículo a la sustracción y ocultación realizada antes del fallecimiento, y no compartía el criterio de quienes se pronunciaban por la respuesta afirmativa: el precepto habla de actuaciones hechas por los herederos; cualidad ésta que debe concurrir en el momento de realizarla y que no concurre si se realizan en vida del causante. Véase también PÉREZ ÁLVAREZ (2016), pp. 58-59.

¹⁴⁴⁹ SÁNCHEZ ROMÁN (1910), p. 1756; LACRUZ BERDEJO (1981), p. y O'CALLAGHAN MUÑOZ, (1993), pp. 2372-2373; LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (2016), pp. 134-137, quien señala que «al tratarse de una sanción el heredero ha tenido que actuar de forma dolosa, es decir con ánimo de ‘escamotear’ bienes a la acción de los acreedores. Para el TS es preciso que el heredero proceda maliciosamente y con propósito de lucrarse o de perjudicar los intereses de la sucesión (STS de 4 de abril de 1903 y 20 de noviembre de 1907). Por ello, no será aplicable si su intención fuese otra, ocultarlos por ejemplo para evitar que puedan ser robados o sustraídos por terceros, impedir su deterioro, etc.».

do por ley para entrar en posesión de los bienes sin necesidad de solicitar autorización alguna. Además, la posición del heredero presuntamente sancionado no difiere nada de la de aquel que haya asumido voluntariamente la cualidad de heredero, mediante aceptación expresa o tácita¹⁴⁵⁰. Como se puede ver, el carácter sancionador del artículo 1002 del Código Civil resulta muy discutido, pues ni siquiera *castiga* a quien realice tales conductas con la exclusión de dichos bienes sustraídos u ocultos en la partición para el caso de que hubiese más de un coheredero. En nuestra opinión, el pretendido carácter sancionador del precepto se conseguiría realmente con una norma que, por ejemplo, *castigue* a quien sustrae u oculta bienes hereditarios con la pérdida del *ius delationis*, esto es, con la extinción de la delación a su favor, sin posibilidad de repudiar y mucho menos aceptar. No obstante, de la adquisición automática de la herencia *ex* artículo 1002 CC sí pueden derivarse consecuencias indeseadas para el heredero: las derivadas de la responsabilidad *ultra vires* por deudas hereditarias en herencias insolventes¹⁴⁵¹. A la relatividad del carácter sancionador se refiere expresamente Hernández Gil¹⁴⁵² al considerar que solo implicará un perjuicio para el aceptante cuando el pasivo supere al activo hereditario; en la misma línea Lora-Tamayo¹⁴⁵³ llama la atención sobre lo extraño que parece «que se le impida al heredero renunciar si en la herencia hay bienes suficientes para pagar a los acreedores y legatarios, porque más que una sanción estaríamos aquí ante un premio».

De otra parte, el artículo 1018 CC establece que «si por culpa o negligencia del heredero no se principiare o no se concluyere el inventario en los plazos y con las solemnidades prescritas en los artículos anteriores, se entenderá que acepta la herencia pura y simplemente». Cierta doctrina ha propuesto una aplicación benévola de este precepto o ha demandado que la culpa o negligencia

¹⁴⁵⁰ FERRI (1968), pp. 137-138.

¹⁴⁵¹ En este sentido se manifiesta la citada STS de 20 de octubre de 2011 (RJ 2012, 426), al establecer que «según establece el artículo 1002 del Código Civil, cuyo texto ha sido transcrito, la realización de la conducta típica del llamado a la herencia a título de heredero hace que *ex lege* adquiera tal condición sin posibilidad de acogerse al beneficio de inventario. Es la conducta de sustracción u ocultación de bienes hereditarios, después de la apertura de la sucesión y mientras subsiste el derecho de aceptar o repudiar, la que da lugar a la aplicación de dicha norma por razón de la realización de actos de indebida apropiación. Se trata, en definitiva, de una atribución legal de la herencia por causa de un comportamiento ilícito, privando así al heredero de la posibilidad de acogerse al beneficio de inventario, lo que constituye una verdadera pena o sanción de carácter civil. La finalidad de la norma y de la sanción que en ella se contiene es clara: hacer responder al heredero con sus propios bienes de las deudas del causante cuando, mediante la sustracción u ocultación de los que pertenecían al mismo, no se limitó a dejar a salvo su patrimonio personal –lo que podía hacer mediante la aceptación a beneficio de inventario– sino que fue más allá con el propósito de impedir la responsabilidad del caudal *intra vires hereditatis*».

¹⁴⁵² HERNÁNDEZ GIL (1971), p. 105.

¹⁴⁵³ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (2016), p. 137.

de la que habla el precepto se pruebe por el que lo invoque¹⁴⁵⁴. En cuanto a la finalidad de este precepto, se ha dicho que es doble: de una parte, evitar dilaciones a fin de propiciar la correcta práctica del inventario; de otra, salvaguardar los derechos de los terceros para que puedan presenciar la correspondiente formalización¹⁴⁵⁵.

Por último, el artículo 1024 CC regula los dos últimos casos en los que el heredero puede perder el beneficio de inventario y que son los dos siguientes: primero, si a sabiendas dejare de incluir en el inventario alguno de los bienes, derechos o acciones de la herencia¹⁴⁵⁶; segundo, si antes de completar el pago de las deudas y legados enajenase bienes de la herencia sin autorización de todos los interesados, o no diese al precio de lo vendido la aplicación determinada al concederle la autorización¹⁴⁵⁷.

Tal y como ha hecho notar la doctrina, las causas establecidas en este precepto son taxativas ya desde la STS de 29 de noviembre de 1907: lo importante no es la omisión, sino la intencionalidad y trascendencia para los derechos de acreedores hereditarios y legatarios¹⁴⁵⁸. En efecto, y como establece la STS de 28 de enero de 2011¹⁴⁵⁹, «los casos de pérdida del beneficio de inventario que enumera el artículo 1024 son *numerus clausus* y de interpretación restrictiva como todos los preceptos sancionadores. Así, pese a que la división de cosa común se califica de acto dispositivo, no puede entrar en el caso de enajenación de bienes de la herencia que sanciona el citado precep-

¹⁴⁵⁴ PUIG BRUTAU (1961), p. 293, cita en apoyo de su afirmación las sentencias de 14 de junio de 1899 y de 7 de junio de 1922. SOLÍS VILLA (2012), p. 253, dice además que la jurisprudencia ha sentado una interpretación de los artículos 1002, 1018 y 1024 CC totalmente favorable al heredero, «y *de facto*, ha invertido la carga probatoria, hasta el punto de que no puede mantenerse que sea el heredero el que ha de probar que si no se cumplieron las formalidades y trámites fue sin su culpa, sino que ha de ser el acreedor o legatario el que demuestre la culpa o la negligencia de aquel».

¹⁴⁵⁵ PÉREZ ÁLVAREZ (2016), p. 90.

¹⁴⁵⁶ Sobre este primer apartado, ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 291, considera que la expresión «a sabiendas» implica malicia, por lo que, si no concurriese la maliciosa intención, podría subsanarse el defecto. PÉREZ ÁLVAREZ (2016), p. 91, señala que ya el TS había apartado en su STS de 4 de abril de 1903 del artículo 1024.1 CC los estados «de duda o vacilación y el error o la ignorancia».

¹⁴⁵⁷ El precepto aclara que «no obstante, podrá disponer de valores negociables que coticen en un mercado secundario a través de la enajenación en dicho mercado, y de los demás bienes mediante su venta en subasta pública notarial previamente notificada a todos los interesados, especificando en ambos casos la aplicación que se dará al precio obtenido». MARÍN CALERO (2016), pp. 251-252, considera que cuando el heredero se encuentre en situación de necesidad, durante la formación de inventario y la del pago de deudas, tendrá derecho a gastar el dinero y los frutos de la herencia para sus alimentos y los de su familia; y también en su obra posterior (2017), pp. 233-234, que es posible la disposición de los bienes predeceos o que, si el causante era comerciante, emprendedor o profesional, que los herederos beneficiarios continúen con la actividad, incluso a través de actos de adquisición y disposición de bienes y servicios o la contratación y continuación de operaciones financieras.

¹⁴⁵⁸ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), p. 196.

¹⁴⁵⁹ RJ 2011, 301.

to en el número segundo. No dispone el llamado como heredero, a beneficio de inventario, irregularmente de un bien hereditario, sino que otros copropietarios (incluso él mismo) proceden a la división y concretan la porción que le corresponde a aquél, lo cual no puede considerarse como una enajenación irregular o maliciosa».

En definitiva, es vital que el heredero no solo observe los plazos relativos a la declaración de hacer uso del beneficio de inventario, sino que también procure el inicio y la finalización de la formación fiel y exacta del inventario tal y como exige el Código Civil. En caso contrario, la RDGRN de 18 de febrero de 2013 ¹⁴⁶⁰ establece que «el incumplimiento de estos requisitos y formalidades supone que la declaración de estar aceptada la herencia a beneficio de inventario no produce efecto alguno (artículo 1013 CC); es decir no produce ninguno de los efectos que atribuye a dicha aceptación el artículo 1023 del CC, por lo que el heredero quedará con el carácter de heredero puro y simple y los acreedores del causante podrán exigirle el pago de sus créditos por entero (artículo 1084 CC). Lo que confirma el artículo 1024 del CC, en el sentido que el heredero perderá el beneficio de inventario si a sabiendas dejare de incluir en el inventario alguno de los bienes, derecho o acciones de la herencia».

Pero téngase en cuenta de nuevo que, como bien señala Peña ¹⁴⁶¹, «la omisión del inventario o el incumplimiento de los plazos o de las formalidades no implica por sí la pérdida del beneficio: solo la implica la omisión o el incumplimiento culpable (artículo 1018 CC); tampoco la omisión de bienes en el inventario implica tal pérdida, sino solo, la omisión *a sabiendas* (artículo 1024.1.º CC)»; *ergo*, «el beneficio de inventario no se pierde mientras *no se pruebe* que aquellos requisitos dejaron de cumplirse por culpa o negligencia de los herederos». Dice el autor que no existe en rigor «una obligación *ex lege* de hacer inventario, pues, de haber *obligación*, habría que presumir que el incumplimiento fue culpable. Ni se trata tampoco de plazos fatales ni de cargas de cumplimiento inexcusable. Para la conservación del beneficio basta con tener un *comportamiento* libre de culpa o negligencia en relación con las formalidades o plazos prescritos, aunque éstos no sean cumplidos».

¹⁴⁶⁰ RDGRN de 18 de febrero de 2013 (RJ 2013, 2909).

¹⁴⁶¹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (2009), pp. 224 y ss., para quien la buena fe se presume siempre; además, la partición de la herencia y el pago de créditos, genéricos o específicos, o el pago de legados no deben ser causa de pérdida del beneficio de inventario en su opinión.

4. EL PROCEDIMIENTO DEL BENEFICIO DE INVENTARIO

El procedimiento notarial del beneficio de inventario es una cuestión recientemente regulada, tras la reforma de la LJV. En virtud de ella, se han añadido los artículos 67 y 68 LN; preceptos extensos que iremos desgranando poco a poco.

4.1 Competencia y documentación requerida

Esta cuestión se regula en el primer apartado del artículo 67 LN, que ordena que «será competente para la formación de inventario de los bienes y derechos del causante a los efectos de aceptar o repudiar la herencia por los llamados a ella, el notario con residencia en el lugar en que hubiera tenido el causante su último domicilio o residencia habitual, o donde estuviere la mayor parte de su patrimonio, con independencia de su naturaleza de conformidad con la ley aplicable, o en el lugar en que hubiera fallecido, siempre que estuvieran en España, a elección del solicitante. También podrá elegir a un notario de un distrito colindante a los anteriores. En defecto de todos ellos, será competente el notario del lugar del domicilio del requirente».

La doctrina más especializada ha hecho notar que los criterios que determinan la competencia del notario distan mucho de ser claros y acertados, y ha señalado que la competencia del notario no es alternativa, sino supletoria, no bastando la manifestación del requirente pues el notario deberá, antes de aceptar el requerimiento, comprobar que es competente¹⁴⁶². Asimismo, se ha criticado la existencia de un concepto de domicilio diferente al de la residencia habitual, apartándose así del artículo 40 CC; además, el lugar donde tenga la mayor parte de su patrimonio el difunto puede ser muy difícil de determinar¹⁴⁶³.

De otra parte, el segundo apartado del artículo 67 LN establece que «el heredero que solicite la formación de inventario deberá presentar su título de sucesión hereditaria y deberá acreditar al notario o bien comprobar éste me-

¹⁴⁶² BOTÍA VALVERDE, en www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/aceptacion-a-beneficio-de-inventario-y-jurisdicion-voluntaria/ (consultado el 19 de julio de 2018), se plantea si sería válido el inventario formulado ante notario incompetente y considera que aunque se podría considerar en principio nulo por violar una norma imperativa, no hay que olvidar que se trata de una norma de carácter adjetivo y por ello se inclina por pensar que *per se* la incompetencia del notario no determina la nulidad del expediente.

¹⁴⁶³ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (2016), pp. 159-160.

dante información del Registro Civil y del Registro General de Actos de Última Voluntad el fallecimiento del otorgante y la existencia de disposiciones testamentarias»¹⁴⁶⁴.

4.2 Aceptación y citación de acreedores y legatarios

El tercer apartado del precepto 67 LN ordena que «aceptado el requerimiento, el notario deberá citar a los acreedores y legatarios para que acudan, si les conviniera, a presenciar el inventario. Si se ignorase su identidad o domicilio, el notario dará publicidad del expediente en los tablones de anuncios de los Ayuntamientos correspondientes al último domicilio o residencia habitual del causante, al del lugar del fallecimiento si fuera distinto y donde radiquen la mayor parte de sus bienes, sin perjuicio de la posibilidad de utilizar otros medios adicionales de comunicación. Los anuncios deberán estar expuestos durante el plazo de un mes».

En primer lugar, y como se ha hecho notar, el notario debe aceptar el requerimiento, pero la denegación del inventario debe estar motivada¹⁴⁶⁵. Para poder aceptar el requerimiento, se ha dicho que el notario debe comprobar, además de su propia competencia, que se han cumplido los plazos fijados por el Código Civil; cuestión sobre la que se ha resaltado su dificultad por varias razones: la primera, por carecer de medios para ello; la segunda, porque el artículo 1018 CC sanciona al heredero con la pérdida del beneficio si por su culpa o negligencia no se principia o concluye el inventario en los plazos y con las solemnidades previstas, culpa que ha de declararse judicial y no notarialmente; y la tercera, porque alegar dicho incumplimiento corresponde a los acreedores. Por ello, la doctrina especializada entiende que serán las manifestaciones del requirente las que determinen la aceptación o denegación de la solicitud por el notario¹⁴⁶⁶.

¹⁴⁶⁴ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (2016), pp. 170-172, señala que en cuanto al título de sucesión habrá que considerar el artículo 14 LH, que considera como tal el testamento, el contrato sucesorio, el acta de notoriedad para la declaración de herederos *abintestato*, la declaración administrativa de heredero abintestato a favor del Estado y en su caso, el certificado sucesorio europeo al que se refiere el capítulo VI del Reglamento (UE) n.º 650/2012. Y a ello, dice, «habrá que añadir el auto judicial de declaración de herederos abintestato hecho conforme a la legislación anterior y la sentencia firme declarando la validez de un testamento impugnado o de algunas de sus cláusulas».

¹⁴⁶⁵ PÉREZ ÁLVAREZ (2016), pp. 43-44.

¹⁴⁶⁶ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (2016), pp. 164-165. Véase también la STS de 9 de febrero de 1989 (RJ 1989, 824).

En segundo lugar, y según el precepto, el notario deberá citar a los acreedores y legatarios ¹⁴⁶⁷. Esta exigencia no es en absoluto novedosa, pues el artículo 1017 CC ya lo requería de manera indirecta, al establecer que el inventario debe iniciarse «dentro de los treinta días siguientes a la citación de los acreedores y legatarios» ¹⁴⁶⁸.

Ya antes de la reforma de la LJV, la doctrina especializada se preguntaba si era necesario que se cite a los acreedores personales de los herederos, toda vez que estos tienen un interés claro en la formación de inventario; razón por la que se ha defendido su conveniencia ¹⁴⁶⁹, si bien, otra cosa será determinar qué derechos podría ejercitar el acreedor personal, además del de personarse y solicitar información. En este sentido, se ha dicho que el acreedor no podrá oponerse a ningún acto, pero sí tendrá derecho a disponer de la información precisa que le permitiera recurrir a la vía judicial si considera que lo actuado se hizo en fraude o perjuicio de sus derechos ¹⁴⁷⁰. Este tema no se ha regulado por la LJV, que tampoco especifica que deba únicamente citarse a los acreedores hereditarios, pero esta parece la interpretación más razonable, incluyendo entre estos a los acreedores por entierro y funeral, pues aunque no se trate de deudas de la herencia sí son cargas de la misma ¹⁴⁷¹.

Tampoco se exige la citación de los coherederos, si bien, cierto sector doctrinal ha defendido su conveniencia hasta el punto de recomendar que el

¹⁴⁶⁷ MARÍN CALERO (2016), p. 313, hace notar que el Código Civil no exige que se cite a acreedores y legatarios para el momento final en que se fije el inventario, cuestión que le parece lógica; además, cree adecuado que el notario tome la iniciativa sobre tal cuestión.

¹⁴⁶⁸ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (2016), pp. 176-177, entiende que el plazo de los treinta días dentro de los cuales debe iniciarse el inventario comenzarán a partir de la última citación, momento que a veces será difícil determinar.

¹⁴⁶⁹ BOTÍA VALVERDE, en www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/aceptacion-a-beneficio-de-inventario-y-jurisdicion-voluntaria/ (consultado el 19 de julio de 2018), se pregunta además una cuestión bien interesante: la de determinar el momento en el que estos acreedores particulares podrán hacer efectivo su derecho sobre los bienes hereditarios ya en pleno goce por el heredero-deudor, en especial si la deuda está aplazada. El autor dice: «imaginemos a un heredero con escaso patrimonio y múltiples acreedores y entre ellos la Hacienda Pública que recibe una herencia cuantiosa, aunque con algunas deudas, una de ellas con un préstamo del causante que vence dentro de diez años y el heredero, sin abuso de derecho, ejercita el BI por posibles fianzas desconocidas, posibles deudas fiscales o posibles responsabilidades profesionales. ¿No podría hacer efectivo su derecho el acreedor particular hasta pasada dicha fecha si el heredero ejercita el BI?». En su opinión, el heredero puede entrar en el pleno goce de los bienes hereditarios prestando garantía suficiente al acreedor hereditario o al deudor principal afianzado por el causante y sin esperar al momento del pago o extinción de la fianza.

¹⁴⁷⁰ BOTÍA VALVERDE, en www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2012-particion-beneficio-inventario.htm (consultado el 27 de mayo de 2018), quien dice que a pesar de ser aconsejable no es exigible, toda vez que el beneficio de inventario es un expediente pensado para el heredero, los legatarios y los acreedores del causante.

¹⁴⁷¹ BOTÍA VALVERDE, en www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2012-particion-beneficio-inventario.htm (consultado el 27 de mayo de 2018).

notario convenza al promotor para citar a los otros coherederos y, de no lograrlo, convocarlos él mismo por edictos ¹⁴⁷².

En cuanto a la citación en sí misma, la doctrina especializada considera que debe señalarse lugar, fecha y hora en que se inicia el inventario ¹⁴⁷³; si bien, también se ha hecho notar que en ciertos casos esto puede que no sea posible debido al número de acreedores o a la residencia de estos en municipios diferentes al del notario, entre otras cuestiones ¹⁴⁷⁴.

Sea como fuere, parece que este precepto viene a establecer tres procedimientos de citación: dos obligatorios, el de acreedores y legatarios cuando sus domicilios sean conocidos, o mediante anuncios cuando se ignore su identidad o domicilio; y el tercero potestativo, por otros medios de comunicación ¹⁴⁷⁵.

En cuanto a la determinación de los acreedores y legatarios, parece que la de estos últimos no plantea mucho problema en principio, pues la misma resulta del testamento ¹⁴⁷⁶; pero la de los acreedores deberá hacerla el heredero, a pesar de que la expresión «el notario deberá citar» puede inducir a creer que es a este a quien se le impone tal investigación ¹⁴⁷⁷.

Respecto de la citación de los acreedores hereditarios, la doctrina considera que deben ser citados todos pues el CC no hace distinción alguna. Cuando de acreedores solidarios se trate, bastaría la notificación a cualquiera de ellos,

¹⁴⁷² MARÍN CALERO (2016), p. 269, cita en apoyo de su tesis el artículo 209.2.2.º del Reglamento Notarial, que establece que «en el caso de que fuera presumible, a juicio del notario, perjuicio para terceros, conocidos o ignorados, se notificará la iniciación del acta por cédula o edictos». Considera este autor que la mejor manera de enfocar esto no es la de «imponer requisitos discutibles al promotor, sino la de hacerle ver las ventajas de contar con los coherederos».

¹⁴⁷³ SOLÍS VILLA (2012), p. 66.

¹⁴⁷⁴ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (2016), pp. 176-177, añade una importante recomendación, pues considera útil incluir en la notificación la solicitud al acreedor, la indicación actualizada de la cuantía de las deudas y obligaciones, así como de la circunstancia de estar alguna vencida y no satisfecha.

¹⁴⁷⁵ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (2016), pp. 177-178, quien señala además que si el acreedor o legatario tuviesen domicilio en el extranjero, debería tenerse en cuenta el artículo 28 de la reciente Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, que dispone lo siguiente: «1. Los documentos autorizados o expedidos por notario, autoridad o funcionario competente podrán ser objeto de traslado o notificación de conformidad con las previsiones del capítulo anterior que le sean aplicables atendiendo a su especial naturaleza. 2. Los documentos extrajudiciales podrán ser remitidos a notario, autoridad o funcionario público a través de la autoridad central o de forma directa. 3. La solicitud contendrá al menos la siguiente información: a) La naturaleza, fecha e identificación del documento. b) El nombre y dirección postal o electrónica del notario, autoridad o funcionario que lo haya autorizado o expedido. c) La pretensión notificada y consecuencias, en su caso, de su incumplimiento y si se indicara, el plazo requerido para ello».

¹⁴⁷⁶ MARÍN CALERO (2016), p. 309, por el contrario, señala que «incluso en el caso de los legatarios, que ciertamente constarán en el testamento y el heredero sabrá que existen, bien puede darse el caso de que el promotor no los conozca, que la identificación de los mismos que haya hecho el testador no le permita saber quiénes son o dónde están...».

¹⁴⁷⁷ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (2016), p. 173, ya que dice «es un principio básico de la actuación notarial el de rogación: el notario no puede actuar de oficio sin previa rogación de sujeto interesado, como dispone el artículo 3.1 del RN y lo reitera respecto de las actas el 198 del mismo RN».

conforme al artículo 1141 del CC; pero si fueran mancomunados debería notificarse a cada uno de ellos, al entenderse el crédito dividido en tantas partes como acreedores haya *ex* artículo 1138 CC. También deben ser citados los acreedores condicionales –como ocurrirá en los supuestos en que el causante fuere fiador o hipotecante o garante no deudor– y los titulares de créditos litigiosos; incluso sería prudente, se ha dicho, citar a los acreedores dudosos¹⁴⁷⁸. Asimismo, se ha argüido que aunque el heredero conozca la existencia de más acreedores «no debe esperar a localizarlos a todos –un proceso que nunca sabrá si ya está concluido– sino que bien puede empezar por citar a los que ya le constan y dar comienzo al proceso de formación del inventario; sin perjuicio de ampliar las citaciones, en cuanto le sea posible»¹⁴⁷⁹.

En cuanto a la forma de llevar a cabo la citación, la RDGRN 18 de febrero de 2013¹⁴⁸⁰ establecía, con anterioridad a la reforma, que era suficiente el correo certificado con acuse de recibo y el burofax. Sin embargo, cierto sector notarial recomienda, dentro de lo posible, el recurso a las comunicaciones con acreedores por correo electrónico o fax –no en sustitución de las exigidas por la ley, sino como prueba de que el notario actúa con toda la diligencia posible para hacer eficaz dicha notificación–¹⁴⁸¹.

Por último, del tenor literal del precepto parece inferirse la obligación de citar a los acreedores hereditarios de paradero desconocido; es decir, acreedores de los que se conoce su existencia, pero se desconoce su domicilio. De hecho, cierta doctrina se pregunta si el notario deberá citar a todos los acreedores posibles o solo a los conocidos¹⁴⁸². En este sentido, dos tesis se han de-

¹⁴⁷⁸ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (2016), pp. 174-175, así lo considera debido a que el artículo 67 LN habla de acreedores sin más y los condicionales lo son, por su parte el artículo 1121 del CC dispone que: «el acreedor puede, antes del cumplimiento de las condiciones, ejercitar las acciones procedentes para la conservación de su derecho» y desde luego, dice, la formación fiel y exacta de este inventario le afecta muy directamente si la condición se cumple o el litigio se resuelve. Por último, es el criterio que sigue el artículo 83.3 LC al establecer que los créditos sometidos a condición suspensiva y los litigiosos sean reconocidos en el concurso como créditos contingentes sin cuantía propia y con la calificación que le corresponda, admitiéndose a sus titulares como acreedores legitimados en el juicio sin más limitaciones que la suspensión de los derechos de adhesión, voto y cobro. No obstante, cuando se trate de créditos litigiosos o dudosos debe dejarse claro que la citación no implica reconocimiento de la deuda.

¹⁴⁷⁹ MARÍN CALERO (2016), p. 310.

¹⁴⁸⁰ RJ 2013, 2909.

¹⁴⁸¹ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (2016), pp. 179-183, considera que los anuncios en el tablón de anuncios del Ayuntamiento de la formación del inventario, sobre todo en poblaciones importantes, pueden ser a todas luces insuficientes y debería completarse con anuncios en el *BOE* o en periódicos de gran circulación en la provincia respectiva.

¹⁴⁸² VIVAS TESÓN (2016), pp. 3158-3159, que también hace notar otra cuestión no regulada por la nueva redacción del Código Civil, a saber: si existe un plazo en el cual el notario deba citar a los acreedores y legatarios. ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, en www.notariofranciscosales.com/la-aceptacion-de-la-herencia-a-beneficio-de-inventario/ (consultado el 27 de mayo de 2018) entiende que si los acreedores y legatarios no son conocidos o se desconoce su domicilio, el notario tendrá que dar publicidad durante un

fendido: la primera, que es necesario que el heredero cite a acreedores desconocidos por edictos ¹⁴⁸³; la segunda, que el artículo 67 LN se refiere al caso en el que se conoce que el causante tenía deudas, pero por cualquier razón, se desconoce quiénes son los titulares de dichos créditos; es decir, que no debe hacerse siempre un llamamiento a través de los anuncios a posibles acreedores desconocidos por si apareciese alguno, sino que únicamente cuando el heredero sepa o tenga indicios de la existencia de deudas del causante pero no sepa quiénes son los acreedores se le dará publicidad al expediente a través de los anuncios. Ejemplos de estas situaciones se darían cuando el heredero conoce que el causante había prestado fianzas o que podía tener deudas con Hacienda, o por su profesión, pueda existir responsabilidad civil ¹⁴⁸⁴.

Por lo tanto, la reforma no cierra de forma definitiva el debate anterior cuyo origen se encontraba precisamente en el silencio legal acerca de esta cuestión ¹⁴⁸⁵. Sea como fuere, cabe preguntarse qué consecuencias tendría la no

mes en el tablón de anuncios de los siguientes Ayuntamientos: el del domicilio o última residencia del causante, el de fallecimiento (si no coincide), y el de aquel donde radiquen la mayor parte de los bienes.

¹⁴⁸³ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), p. 126. BOTÍA VALVERDE, en www.notariosregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-articulos-doctrina/aceptacion-a-beneficio-de-inventario-y-jurisdccion-voluntaria/ (consultado el 19 de julio de 2018), entiende que la citación es necesaria por los precedentes históricos: la Partida 3 señalaba que debía citarse nominativamente a los acreedores conocidos y a los legatarios, *ubi incerti per proclama* (y a los inciertos por pregón), criterio que se reproduce en el artículo 845 del Proyecto de 1851 que obligaba a citar por edictos en el periódico oficial de la provincia a los acreedores ignorados o domiciliados fuera de la provincia y personalmente a los conocidos y a los legatarios domiciliados en ella. Este autor también critica que la LJV no haya aclarado definitivamente esta cuestión sino que la haya oscurecido más, «no pudiendo invocarse ahora, como hacía la Resolución de febrero de 2013 el argumento de la ausencia de obligación legal en el caso de tramitarse judicialmente al ser ahora exclusiva competencia notarial y no aplicarse la LEC».

¹⁴⁸⁴ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (2016), p. 174.

¹⁴⁸⁵ GITRAMA GONZÁLEZ (1989), p. 351, sostenía que se debía citar a acreedores desconocidos por edictos; sin embargo, otros como SOLÍS VILLA (2012), pp. 190-191, consideraban que solo a los conocidos y en el último domicilio del que se tuviese constancia. Antes de la reforma, fue especialmente ilustrativa la RDGRN de 18 de febrero de 2013 (RJ 2013, 2909). En este caso, el hijo y la cónyuge supérstite habían aceptado la herencia del difunto a beneficio de inventario, pues el pasivo superaba al activo del caudal hereditario. La registradora denegó la inscripción alegando que el beneficio de inventario no se había practicado correctamente, pues entre otras cuestiones, el burofax enviado a los acreedores no era fehaciente y no se había citado a los acreedores desconocidos mediante edictos. El notario presentó recurso señalando, tal y como afirmó después la DGRN, que la aceptación de la herencia con dicho beneficio no limita las facultades dominicales que el heredero tiene sobre los bienes adquiridos, sino que tan solo limita la responsabilidad por deudas y cargas de la herencia hasta donde alcance el valor de los bienes hereditarios. La DGRN resolvió que, en cuanto a la citación, «no hay otro precepto relativo a la aceptación a beneficio de inventario que se refiera a las notificaciones indicadas y la alusión al artículo 202 del Reglamento Notarial, en este caso, no se puede sostener en el defecto de la nota de calificación, ya que no se exige por la legislación civil un requisito especial sobre este punto. La notificación ha de ser fehaciente, pero no se exige la fehaciencia notarial (...). Así pues, la esencia de cualquier notificación, cuando la Ley no impone una forma especial a la misma, es que llegue a conocimiento del interesado, como resulta de la que se hizo al único acreedor conocido en la escritura calificada». De otra parte, respecto de la citación a los acreedores desconocidos, la DGRN entendió que «la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, cuando se hace judicialmente es un procedimiento de jurisdicción voluntaria, que no aparece regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

citación a un acreedor hecha de forma consciente, pues el artículo 1013 CC exige un inventario fiel y exacto de los bienes de la herencia. En este sentido, se ha dicho que la jurisprudencia antes de la reforma de la LJV era contradictoria, de una parte; y que la doctrina consideraba que el artículo 1024 CC sancionaba con la pérdida del beneficio de inventario tanto la ocultación del activo como del pasivo, de otra ¹⁴⁸⁶.

4.3 Inicio del inventario: contenido activo y pasivo

Esta cuestión se regula en el artículo 68 LN, que ordena que «el inventario comenzará dentro de los treinta días de la citación de los acreedores y legatarios», replicando lo establecido en el precepto 1017 CC.

De otra parte, el segundo apartado del artículo 68 LN establece qué ha de incluirse en el activo: «el inventario contendrá relación de los bienes del causante, así como las escrituras, documentos y papeles de importancia que se encuentren, referidos a bienes muebles ¹⁴⁸⁷ e inmuebles. De los bienes inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad, se aportarán o se obtendrán por el notario certificaciones de dominio y cargas. Del metálico y valores mobiliarios depositados en entidades financieras, se aportará certificación o documento expedido por la entidad depositaria, y si dichos valores estuvieran sometidos a cotización oficial, se incluirá su valoración a fecha determinada. Si por la naturaleza de los bienes considerasen los interesados necesaria la intervención de peritos para su valoración, los designará el notario con arreglo a lo dispuesto en esta Ley».

Como se puede observar, la regulación exige que el inventario sea completo y contenga todo lo que pertenecía al difunto al momento de su muerte ¹⁴⁸⁸; si

Ante la falta de regulación se suele acudir a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación al procedimiento para la división de la herencia o de intervención del caudal hereditario. En los artículos 782 y 793 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reguladores de las citaciones en esos procedimientos, no se establece en ningún momento la obligación de citar a los acreedores desconocidos. Por lo tanto, no se puede sostener en la calificación que debe hacerse por los herederos una citación a los acreedores desconocidos, por medio de edictos. No existe una regulación de esto en la Ley y por esto no se conoce el procedimiento, lugar, número, ni contenido de las publicaciones que en su caso hubieren de hacerse. En consecuencia, como nada establece ni regula la Ley en este sentido, nada puede exigirse».

¹⁴⁸⁶ Por todos, LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (2016), p. 175.

¹⁴⁸⁷ Ya LACRUZ BERDEJO (1981), p. 93, había dicho que «los muebles han de ser descritos convenientemente, sin que valga la práctica de incluirlos en una partida global»

¹⁴⁸⁸ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (2016), pp. 153-189, entiende que en el inventario deben incluirse todos los bienes ya sean muebles, inmuebles, materiales o inmateriales, derechos reales o personales, créditos o acciones del *de cuius*; y que, con la poco técnica referencia a *papeles*, el legislador pretende hacer efectivo el mandato del CC de que el inventario sea fiel y exacto. Para el autor, el derecho de transmisión

bien, cierta doctrina considera que deben excluirse de la obligación de inventariar todos aquellos bienes que la ley declara inembargables y especialmente el mobiliario y el menaje de la casa, así como las ropas del ejecutado y de su familia, en lo que no pueda considerarse superfluo. En general, aquellos bienes como alimentos, combustible y otros que, a juicio del tribunal resulten imprescindibles para que el ejecutado y las personas de él dependientes puedan atender con razonable dignidad a su subsistencia, los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada¹⁴⁸⁹. En cuanto a las omisiones involuntarias, se ha dicho que podrán subsanarse a través de una ampliación del inventario, pues según la STS de 12 de junio de 1897, la no inclusión de deudas del testador en el inventario no se opone a la existencia de aquéllas, las cuales pueden justificarse por otros medios de prueba; y según la STS de 24 de abril de 1903, no es defectuoso un inventario por no haberse incluido en él las rentas del causante vencidas en vida del mismo, pero cobradas después porque, no habiendo sido el heredero administrador del difunto, puede ignorar el concepto de las cantidades cobradas¹⁴⁹⁰.

En relación con el avalúo de los bienes, era habitual en la doctrina considerar, antes de la reforma, que el avalúo de los bienes no era necesario; criterio que se ha fijado también en la redacción del actual 461-15 CCCat¹⁴⁹¹. Sin embargo, del nuevo artículo 68 LN se colige la exigencia de valoración¹⁴⁹², aunque la regulación no acierta al hablar de *interesados* y no de herederos, concepto este demasiado genérico al que se cree convendría poner algún límite¹⁴⁹³. En cuanto al momento de valoración de los bienes, parece que es necesario atender al valor de los bienes en el momento de partir o en la apertura de la sucesión, siendo su valor actual el que se debe computar, tal y como entiende la jurisprudencia¹⁴⁹⁴.

«debe tenerse en cuenta para el pago de legítimas, por lo que si para el cálculo de las mismas afecta a los legitimarios (por ejemplo se le paga su legítima estricta o reducción de donaciones) o legatarios, porque con los bienes del transmitente no se le puede pagar, por afectar legítimas, si habría que tenerlo en cuenta».

¹⁴⁸⁹ MARÍN CALERO (2016), p. 251.

¹⁴⁹⁰ BORRELL SOLER (1951), p. 517.

¹⁴⁹¹ El apartado tercero del precepto establece que «en el inventario deben reseñarse los bienes relictos, sin necesidad de valorarlos, y las deudas y cargas hereditarias, con indicación de su importe».

¹⁴⁹² ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, en www.notariofranciscorosales.com/la-aceptacion-de-la-herencia-a-beneficio-de-inventario/ (consultado el 27 de mayo de 2018), considera sobre esta cuestión que «los valores pueden ser diferentes al tiempo de la muerte del causante y al tiempo de realizarse el inventario» y por eso entiende que «son ambos los valores que hay que consignar».

¹⁴⁹³ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (2016), pp. 189-191, que también añade que la designación de los peritos por el notario se hará conforme a lo señalado en el artículo 50 LN.

¹⁴⁹⁴ SSTS de 25 de mayo de 2005 (RJ 2005, 6068); 21 de octubre de 2005 (RJ 2005, 7707); 22 de febrero de 2006 (RJ 2006, 900).

El tercer apartado del artículo 68 LN contiene información acerca del pasivo sucesorio: «El pasivo incluirá relación circunstanciada de las deudas y obligaciones así como de los plazos para su cumplimiento, solicitándose de los acreedores indicación actualizada de la cuantía de las mismas, así como de la circunstancia de estar alguna vencida y no satisfecha. No recibíéndose por parte de los acreedores respuesta, se incluirá por entero la cuantía de la deuda u obligación»¹⁴⁹⁵. Parece pues que este precepto obliga a incluir en el inventario deudas vencidas y pendientes, tanto si el causante es deudor principal o subsidiario, como si se trata de una deuda solidaria o mancomunada¹⁴⁹⁶. Para la doctrina, esta relación de deudas y obligaciones del difunto no parecía necesaria antes de la reforma de la LJV¹⁴⁹⁷; en cualquier caso, deberán incluirse aquellas que no se extinguen por la muerte del causante, y con independencia de si están sometidas a condición o plazo¹⁴⁹⁸. Dicha relación deberá ser circunstanciada, esto es, expresando las circunstancias de las deudas y obligaciones y no solo los plazos de cumplimiento.

Por último, Marín Calero¹⁴⁹⁹ advierte que la ley parece asimilar a deudas todas las obligaciones contraídas por el causante, lo que no es correcto, pues el causante pudo asumir obligaciones que no eran deudas dinerarias, como ciertas obligaciones de hacer o no hacer. En este caso, si el incumplimiento tiene lugar después de la muerte del causante, «la eventual responsabilidad del he-

¹⁴⁹⁵ Para MARÍN CALERO (2016), pp. 248-326, el problema no es el de inventariar las deudas; «lo verdaderamente importante es cumplir con el requisito de permitir a los respectivos acreedores participar en la formación del inventario. Pero se admitirá que, en los dos casos mencionados, poco costará añadir a la escritura el sencillo trámite de convocar a tales acreedores, bancos y presidentes de la comunidad de propietarios, casi siempre, para que asistan a la firma de la escritura»; si bien posteriormente reconoce que «no cabe excluir tampoco que, de la ocultación de deudas, pueda resultar algún perjuicio».

¹⁴⁹⁶ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), p. 190.

¹⁴⁹⁷ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (2009), p. 233; SOLÍS VILLA (2012), p. 193.

¹⁴⁹⁸ Para BOTÍA VALVERDE, en www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2012-particion-beneficio-inventario.htm (consultado el 27 de mayo de 2018), especial atención merecen los supuestos de bienes afectos a deudas ajenas y de fianzas prestadas por el causante. Respecto de las primeras, técnicamente no son deudas y, por tanto, no se inventarían como tales, sino como circunstancia del bien que constituye la garantía. La responsabilidad por deuda de tercero puede afectar al valor del bien pero no es deuda. Diferente es la cuestión de las fianzas prestadas por el causante: se trata de obligaciones asumidas por el causante y que pueden ser exigibles a los herederos. Técnicamente no es una deuda, pero en tanto que el patrimonio del causante garantizaba el pago de la deuda principal deben hacerse constar en el inventario y debe citarse sin duda al acreedor garantizado.

¹⁴⁹⁹ MARÍN CALERO (2016), p. 328, quien concluye que, en su opinión, «si el heredero no quiere cumplir las obligaciones contraídas por su causante, no tiene otra opción que rechazar la herencia». En un sentido parecido, BOTÍA VALVERDE, en www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/aceptacion-a-beneficio-de-inventario-y-jurisdiccion-voluntaria/ (consultado el 19 de julio de 2018), se plantea si por deudas y obligaciones han de entenderse incluidos también los supuestos de responsabilidad sin deuda, como serían los afianzamientos hechos por el causante o las hipotecas en garantía de deudas ajenas. En el primero de los casos, entiende que sí debe incluirse en el pasivo, pues se trata de una responsabilidad sin deuda pero de una obligación del causante; en el segundo caso entiende que no tiene sentido inventariarlas.

redero será por sus propios actos y alcanzará a todos sus bienes, cualquiera que sea la forma en que aceptó la herencia».

En definitiva, y con relación al contenido del inventario, esto es, al activo y pasivo, se ha dicho que el notario debe controlar la legalidad del mismo, pero que, en último caso, el responsable de su contenido es el heredero, de manera que si el acreedor discrepase, el notario no estaría vinculado por tales manifestaciones y dicho inventario se formalizaría con arreglo a la documentación presentada por el heredero ¹⁵⁰⁰.

4.4 Conclusión del inventario y posible prórroga

El cuarto apartado del artículo 68 LN estipula que «el inventario deberá concluir dentro de los sesenta días a contar desde su comienzo. Si por justa causa se considerase insuficiente el plazo de sesenta días, podrá el notario prorrogar el mismo hasta el máximo de un año. Terminado el inventario, se cerrará y protocolizará el acta. Quedarán a salvo en todo caso los derechos de terceros».

Sobre este plazo de conclusión del inventario, se ha dicho que es esencial cumplirlo, pues de no hacerlo, el notario debería concluir el acta, haciendo constar mediante diligencia motivada que no se terminó el inventario ¹⁵⁰¹. En relación con la posibilidad de prórroga ¹⁵⁰², la doctrina entiende que será el heredero quien deba pedirla y el notario apreciar si existe justa causa, pudiendo en caso contrario denegarla mediante diligencia motivada ¹⁵⁰³.

¹⁵⁰⁰ ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, en www.notariofranciscorosales.com/la-aceptacion-de-la-herencia-a-beneficio-de-inventario/ (consultado el 27 de mayo de 2018), zanja la cuestión diciendo que «la ley no convierte al notario en un investigador del patrimonio del causante, ni tiene funciones para ello, sino que el peso del proceso corre a cargo del heredero que es quién ha de aportar las pruebas». En igual sentido, LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (2016), p. 184, quien añade que si esto ocurriese, el notario debería advertir al discrepante de que puede ejercer oposición al inventario ante los Tribunales, en aplicación del artículo 209.5 RN.

¹⁵⁰¹ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (2016), p. 185.

¹⁵⁰² SOLÍS VILLA (2012), p. 213, defendía, antes de la reforma, que no le parecía aceptable considerar que si el inventario era notarial, el notario podría conceder y señalar la duración de la prórroga pues, «el notario carece de *imperium* para modificar plazos establecidos legal o convencionalmente por muy justificado que ello parezca».

¹⁵⁰³ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (2016), pp. 186-187, considera que el artículo 1017 CC permite al notario acordar la prórroga de oficio, lo que es lógico porque existirán casos en que al heredero no le interese la prórroga, para evitar por ejemplo que intervengan determinados acreedores, que aparezcan más deudas o incluso bienes, debiendo, sin embargo, el notario, como autoridad pública, velar por la perfección del inventario y por las garantías de todos los interesados en él. También entiende que es posible MARÍN CALERO (2017), p. 228, si bien cree preferible que no se acuerden medidas de oficio.

5. CONSECUENCIAS Y EFECTOS DEL BENEFICIO DE INVENTARIO

Las consecuencias del beneficio de inventario se regulan principalmente en el artículo 1023 CC, que establece que «el beneficio de inventario produce en favor del heredero los efectos siguientes: 1.º El heredero no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes de la misma. 2.º Conserva contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuviera contra el difunto. 3.º No se confunden para ningún efecto, en daño del heredero, sus bienes particulares con los que pertenezcan a la herencia».

Una vez más iremos analizando cada uno de estos efectos, pero por ahora baste señalar que, como dice Marín Calero¹⁵⁰⁴, el Código Civil no dispone en qué momento el heredero obtiene los efectos del beneficio de inventario, si bien dicho autor considera que debería tratarse de una eficacia inmediata, criterio que compartimos plenamente.

5.1 Limitación *intra vires* de la responsabilidad por deudas hereditarias

El principal efecto del beneficio de inventario es que el heredero beneficiario limita su responsabilidad por deudas hereditarias hasta donde alcancen los bienes de la misma. Como señala la STS de 21 de marzo de 1897, «el heredero que acepta una herencia a beneficio de inventario, conserva su propia personalidad con entera independencia de la que adquiere con la herencia (...), no responde de las cargas y deudas que sobre ella pesan, sino hasta dónde alcancen los bienes hereditarios». Y la STS de 12 de febrero de 1909 establece que la aceptación de la herencia con beneficio de inventario «no produce los efectos de que el heredero no responda de los actos del causante, siempre y cuando las responsabilidades que de los mismos emanen puedan solventarse con los bienes de la herencia».

Es precisamente del tenor literal del precepto, cuando ordena que la responsabilidad del heredero se limita hasta «donde alcance los bienes» de la herencia, de donde se colige que la responsabilidad del heredero es *cum viribus*, es decir, con los bienes de la herencia¹⁵⁰⁵, y no *pro viribus*, esto es, por el

¹⁵⁰⁴ MARÍN CALERO (2016), pp. 263-264.

¹⁵⁰⁵ GONZÁLEZ GARCÍA (1989), p. 66, que aduce en apoyo de tal tesis los artículos 1031 y 1032 CC. GARCÍA RUBIO (1989), pp. 177-178, señala que «en armonía con la construcción separatista la responsabilidad [del heredero beneficiario] será, además, de orden cualitativo, objetivada sobre el patrimonio hereditario y no simplemente sobre su valor». PITA BRONCANO (2004), p. 129, señala que si el efectivo del

valor de los bienes de la herencia¹⁵⁰⁶. Esta solución es la que también adoptan otros sistemas de sucesión vecinos¹⁵⁰⁷ y deriva en una separación de patrimonios por la que los legatarios podrían ser responsables subsidiarios del pago de las deudas, tal y como ordena el artículo 1029 CC¹⁵⁰⁸.

En definitiva, y gracias a la aceptación con beneficio de inventario, el heredero solo está obligado a satisfacer las deudas hereditarias con el caudal relicto¹⁵⁰⁹. No obstante, esta limitación de la responsabilidad ha sido interpretada por la doctrina de dos maneras diferentes: la primera corriente entiende que el heredero beneficiario no deviene responsable de manera personal en virtud de la separación de patrimonios, sino que se trata de una afección patrimonial; la segunda corriente entiende que por más que el heredero limite la responsabilidad, este sigue siendo deudor.

Dentro de la primera corriente podemos resaltar la opinión de López Jacoiste¹⁵¹⁰. Según este autor, cuando el heredero hace uso del beneficio de inventario ya no responde de las deudas hereditarias, pues «mientras no cesa la separación de patrimonios mediante el pago de las deudas hereditarias, en punto a responsabilidades derivadas de estas obligaciones, se encuentra en una posición bastante similar *mutatis mutandis* a la del accionista de una sociedad anónima respecto de las deudas de ésta. El socio, más que sujeto a una respon-

patrimonio sucesorio no fuese suficiente habrá de procederse a la realización de los bienes relictos. SOLÍS VILLA (2012), pp. 242 y ss.; PÉREZ ÁLVAREZ (2016), p. 32, excluye la responsabilidad del heredero con bienes que les son propios por otro título distinto a la sucesión *mortis causa*. SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), p. 193.

¹⁵⁰⁶ GARCÍA RUBIO (1989), p. 191, hace notar que algunos autores han dicho que tal responsabilidad pasa a ser *pro viribus* tras la partición.

¹⁵⁰⁷ En Francia, GRIMALDI (2001), pp. 603-604, también defiende que el heredero beneficiario responde *cum viribus* y no *pro viribus*. Además, considera que respecto a la separación de patrimonios del beneficio de inventario, el resultado es *heureux*, toda vez que se evita, entre las dos categorías de acreedores, un desequilibrio en favor de los acreedores personales del heredero; razón por la que arguye que el beneficio de inventario es una *institution d'équilibre*, ya que cada grupo de acreedores se encuentra limitado a un patrimonio concreto: los acreedores personales, al activo personal del heredero, y los acreedores hereditarios, al activo sucesorio.

¹⁵⁰⁸ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), pp. 134-135.

¹⁵⁰⁹ MINGORANCE GOSÁLVEZ (2015), p. 3234, entiende que esta «solución tiene notable trascendencia práctica: de una parte, evita molestias del heredero; de otra, cuando se responde *pro viribus* son de cuenta del heredero los aumentos o deterioros de los bienes heredados, cosa injusta en ambos casos».

¹⁵¹⁰ LÓPEZ JACOISTE (1958), pp. 493-495. Este autor no es el único pues entre otros también parece seguir esta teoría ROBLES GARZÓN (1979), pp. 67-69, al decir que «cuando la aceptación se hace con beneficio de inventario las consecuencias que se producen son importantes tanto en el campo civil patrimonial como en el procesal, porque esta aceptación va a dar lugar *ex lege* a una separación de patrimonio, quedando el patrimonio hereditario como patrimonio afecto a un fin: la liquidación, con una administración y unos derechos y obligaciones distintas, e incluso, contrarias, al patrimonio del heredero». Según este autor, «subsiste, pues, la autonomía patrimonial del heredero, hasta el punto de que si por una deuda hereditaria se embargasen bienes privativos del heredero éste puede impugnar el embargo trabado sobre sus propios bienes, utilizando la *tercería de dominio*, porque nunca los bienes propios pueden servir para satisfacer o garantizar deudas ajenas».

sabilidad limitada, lo que está es exento de responsabilidad personal por las deudas sociales. No es susceptible de legitimación pasiva para ser demandado por obligaciones de la sociedad. Son personas distintas, y por eso más que responsabilidad limitada hay ausencia de responsabilidad. El heredero que acepta a beneficio de inventario no responde con su patrimonio personal en ninguna medida porque, sencillamente, no asume las deudas». Se trataría, pues, según el autor, de una destinación objetiva del patrimonio al pago de las cargas hereditarias «de manera despersonalizada», ya que, en virtud del beneficio de inventario, la *successio in locum et in jus* quedaría suspendida hasta la liquidación de las deudas, y por eso, la separación de patrimonio «hace que las cosas ocurran como si el difunto continuara siendo deudor». Con un criterio parecido, considera Sánchez-Ros Gómez ¹⁵¹¹ que ni el finado ni el heredero son responsables de las deudas, sino que responden los bienes de la herencia; «en ausencia de bienes responde de la misma aquellas personas que en vida del difunto habrán tenido obligación de alimentarle que conforme a los arts 143 y 144 CC son, por este orden, el cónyuge, los descendientes, los ascendientes y los hermanos».

Sin embargo, la doctrina mayoritaria entiende que el heredero beneficiario sí pasa a ser deudor, aunque de manera limitada ¹⁵¹²; es decir, no se trata de

¹⁵¹¹ SÁNCHEZ-ROS GÓMEZ en www.notariadesevillanervion.com/2016/02/aspecto-practicos-de-la-renuncia-de-la.html (consultado el 6 de junio de 2018).

¹⁵¹² PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (2009), p. 112, afirma que «nuestro Derecho no conoce dos modos de ser heredero. Entre el heredero llamado puro y simple y el heredero a beneficio de inventario hay identidad de naturaleza: ambos son igualmente herederos y, por tanto, igualmente sucesores universales». Véase también PITA BRONCANO (2004), p. 124. SOLÍS VILLA (2012), p. 245, entiende que sentada la separación de patrimonios en el beneficio de inventario, no hay que acudir a otras construcciones como la de la doble personalidad del heredero beneficiario o la del desdoblamiento de la personalidad del sucesor, que cuando se emplean no tienen más que un sentido metafórico, y en modo alguno técnico. Desde una perspectiva comparada, estas dudas han surgido también en otros sistemas sucesorios vecinos. Así, en Italia, VOCINO (1942), pp. 72 y ss., se cuestiona si el heredero beneficiario adquiere o no la cualidad de deudor, y a este respecto, diversas teorías se han defendido. De una parte, CTCU (1961), p. 267, consideró que el heredero beneficiario sucedía al difunto en todas las relaciones menos en las deudas, que se extinguen: «*non subentrando al defunto come debitore, il credito viene a mancare del suo soggetto passivo. Si rende impossibile, quindi, il continuare del rapporto. Perciò (...) in luogo della persona subentra la garanzia data dai beni. Il credito ereditario, non potendo più persistere come credito verso un debitore, si trasforma in diritto ad esser soddisfatto sui beni ereditari*»; FERRI (1997), pp. 365 y ss., por el contrario, sostuvo otra teoría, según la cual, el heredero beneficiario no será tratado «*come un debitore, ma come acquirente di beni gravati da un onere o vincolo reale, posto a garanzia di un'obbligazione non sua. La posizione dell'erede beneficiario è del tutto analoga a quella del terzo acquirente di immobile ipotecato, che non sia personalmente obbligato*». Sin embargo, la jurisprudencia italiana es clara a la hora de establecer que el heredero beneficiario también adquiere la cualidad de deudor, como se colige de las siguientes sentencias: Cass. de 18 de junio de 1965, n. 1280, señala que el heredero beneficiario, «*acquistando pertanto tutti i diritti caduti nella successione e divenendo soggetto passivo delle relative obbligazioni...*»; Cass. de 2 de junio de 1992, n. 6683, considera también que el heredero beneficiario, «*acquistando la titolarità di tutti i diritti caduti nella successione e divenendo soggetto passivo delle relative obbligazioni, salvo la limitazione della sua responsabilità intra vires hereditatis...*». HERCOLANI (2009), p. 1262, entiende que la he-

que el heredero no responda de las deudas, pues sí lo hace, lo único que sucede es que su responsabilidad se encuentra limitada a los bienes de la herencia¹⁵¹³. Como señala García Rubio¹⁵¹⁴, el heredero beneficiario sigue siendo continuador del causante y no mero sucesor; lo que sí ocurrirá es que sus poderes minorarán, como consecuencia del hecho de que a una responsabilidad limitada se ligan poderes limitados. Es decir, el heredero beneficiario sí será dueño, pero deberá respetar los límites que le impone el procedimiento de liquidación o en caso contrario perderá el beneficio, lo que no quiere decir que el acto ejecutado sea nulo. Por ello, la autora concluye que «la herencia aceptada a beneficio de inventario no es, pues, ninguna excepción al principio de continuación de la persona».

Esta es la posición de la RDGRN de 18 de febrero de 2013¹⁵¹⁵ según la cual el heredero que goce del beneficio de inventario tiene, al menos, los mismos poderes sobre el patrimonio hereditario que el heredero puro y simple, pues tal beneficio se contrae exclusivamente al fin económico limitativo de responsabilidad pecuniaria. Y es que, sin duda, es sucesor del causante y se subroga en sus derechos y en sus obligaciones, sin perjuicio de incurrir en determinadas sanciones si pierde el beneficio de inventario por las causas legalmente previstas. La función esencial del beneficio de inventario es, según esta Resolución, limitar la responsabilidad del heredero, pero ello afecta exclusivamente a las relaciones entre los acreedores y herederos, en cuanto a los

herencia *beneficiaria* no puede considerarse un sujeto de derecho, ni el heredero se puede considerar representante. Lo que sucede en realidad es que el heredero se vuelve propietario de dos masas patrimoniales diferentes: su patrimonio propio, y la herencia reservada, en este caso, al pago de las deudas hereditarias y asegura además que la jurisprudencia es pacífica sobre esta cuestión. En cuanto a Francia, GRIMALDI (2001), p. 560, considera que la limitación de poderes del sucesor sobre los bienes hereditarios es inevitable; si bien, esta limitación es susceptible de graduación, dependiendo de si se considera al heredero beneficiario privado de la propiedad, en cuyo caso sus poderes estarían muy limitados pues sobre los bienes de otro no se tiene en principio ningún poder; o de si se considera al heredero beneficiario propietario de los bienes hereditarios. El *Code Civil* francés ha tomado parte por la segunda opción.

¹⁵¹³ SÁNCHEZ-VENTURA MORER (2015), p. 3265, que añade que «puede resultar beneficioso para los acreedores del deudor inicial para quienes se mantendrá intacta la garantía patrimonial de la que disponían antes del fallecimiento. Así, los acreedores del causante no tendrán que concurrir con los acreedores del heredero, lo que podría suponer, en caso de insolvencia del heredero, una disminución de sus expectativas de recuperación de lo debido».

¹⁵¹⁴ GARCÍA RUBIO (1989), p. 178.

¹⁵¹⁵ RJ 2013, 2909. Esta RDGRN ha sido criticada por ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, en www.notariofranciscorosales.com/la-aceptacion-de-la-herencia-a-beneficio-de-inventario/ (consultado el 27 de mayo de 2018) por dos razones: la primera, por considerar que los acreedores hereditarios no tienen derecho real sobre la herencia es innecesaria; y la segunda, porque es censurable la afirmación de que la garantía de los acreedores es mayor si el heredero acepta pura y simplemente. Según el autor, el acreedor tiene garantizado su crédito con todo el patrimonio del deudor y, además, se trata de una afirmación sesgada y parcial que ignora que hay otros acreedores, como los del causahabiente, que tienen intereses muy legítimos y dignos de protección.

bienes o patrimonios responsables de los créditos, pero en modo alguno a la titularidad que los herederos adquieren sobre los bienes. Los acreedores de una herencia aceptada a beneficio de inventario no tienen derecho real alguno sobre los bienes integrantes de la misma.

En cualquier caso, cabe resaltar que la limitación de la responsabilidad del heredero por las cargas hereditarias es completa *ex* artículo 1033 CC, cuando establece que «los gastos del inventario y las demás actuaciones a que dé lugar la administración de la herencia aceptada a beneficio de inventario y la defensa de sus derechos, serán de cargo de la misma herencia». En otros sistemas, como el luxemburgués, la limitación de la responsabilidad no es absoluta, sino que únicamente afecta a las deudas hereditarias, y no a las cargas sucesorias, como los gastos funerarios. Estas cargas deben ser pagadas por los herederos, incluso con su propio patrimonio, porque según la doctrina luxemburguesa, se consideran deudas personales de los herederos¹⁵¹⁶.

5.2 Conservación de todas las acciones y no confusión de patrimonios

Ambos efectos, establecidos en el artículo 1023 en sus apartados segundo y tercero, son consecuencia de la separación de patrimonios de la que venimos hablando, y en virtud de la cual, el heredero podrá ejercitar todos los derechos que tuviera contra el difunto y también exigir que se incluyan sus créditos en el pasivo del inventario. Tal es la separación de patrimonio que incluso el artículo 1033 CC ordena que «los gastos del inventario y las demás actuaciones a que dé lugar la administración de la herencia aceptada a beneficio de inventario y la defensa de sus derechos, serán de cargo de la misma herencia. Exceptúanse aquellos gastos imputables al heredero que hubiese sido condenado personalmente por su dolo o mala fe. Lo mismo se entenderá respecto de las gastos causados para hacer uso del derecho de deliberar, si el heredero repudia la herencia».

5.3 Adquisición del remanente

Tal y como establece el artículo 1032 CC, «pagados los acreedores y legatarios, quedará el heredero en el pleno goce del remanente de la herencia». Por lo tanto, la adquisición del remanente no se produce sino hasta que finalice el

¹⁵¹⁶ Por todos, WATGEN (2015), p. 125.

proceso de administración y liquidación de la herencia, que pasamos a estudiar. De hecho, se ha dicho que el beneficio de inventario supone la existencia de dos masas de bienes individualizados, tanto jurídicamente, por estar sujetos a una responsabilidad y administración, como formalmente, puesto que los bienes constan en un inventario. Aunque el heredero es el verdadero dueño de los bienes relictos, hasta tanto que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios, se entenderá que se halla la herencia en administración ¹⁵¹⁷.

6. ADMINISTRACIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA HERENCIA BENEFICIARIA

El artículo 1020 CC dispone que «durante la formación del inventario y hasta la aceptación de la herencia, a instancia de parte, el notario podrá adoptar las provisiones necesarias para la administración y custodia de los bienes hereditarios con arreglo a lo que se prescribe en este Código y en la legislación notarial».

La finalidad de esta preceptiva administración de la herencia es de hecho liquidarla, pero con vocación provisional, pues como ya se estableció en la STS de 11 de mayo de 1898, «el precepto del artículo 1026 CC no puede interpretarse en el sentido que la aceptación a beneficio de inventario la deja constituida en administración por tiempo indeterminado, sino tan solo, y como en él se precisa, hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos».

En relación con la administración de la herencia beneficiaria, se ha dicho que no se prevén disposiciones específicas sobre las facultades del notario en cuanto a la administración y custodia de los bienes relictos se refiere, lo que supone una laguna importante ¹⁵¹⁸. Por ello, los expertos entienden que el notario solo podrá adoptar las medidas necesarias y no las convenientes, por muy

¹⁵¹⁷ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (2016), p. 206.

¹⁵¹⁸ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (2016), pp. 193-200, considera que no se encuentra norma alguna, ni en la LN, ni en el RN, a pesar de la remisión que hace este artículo 1020 CC; por ello, no cree que supletoriamente se puedan aplicar los artículos 782 a 805 LEC, ya que el legislador ha suprimido toda referencia a la LEC, si bien concluye que se debe colmar la laguna aplicando normas que nuestra legislación dedica a la herencia yacente. SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), pp. 105-107, manifiestan que la redacción anterior del artículo 1020 CC remitía a la LEC, y precisamente porque ya no lo hace, se habrá de entender que el notario solo puede ordenar una administración provisional o de mera conservación. Es decir, que «por su falta de *imperium* y por el principio de rogación notarial, solo podrá adoptar, de entre las medidas más necesarias sobre administración y depósito de bienes hereditarios, las que le hayan solicitado». Por último, MARÍN CALERO (2017), p. 235, hace notar que «ni el pago de las deudas ni la entrega de legados forman parte del expediente de formación del inventario».

útiles que fuesen ¹⁵¹⁹. Es decir, que salvo que la petición provenga del promotor, el recurso a las medidas cautelares deberá ser excepcional y restrictivo, ya que causarán un gasto extra y dilatarán el expediente; razón por la que el recurso a las mismas deberá estar justificado ¹⁵²⁰.

Sea como fuere, varias cuestiones son las que creemos deben ser estudiadas en este punto: en primer lugar, averiguar quién será el administrador; en segundo lugar, cuáles serán sus derechos y obligaciones; y, por último, en qué orden deberá ejecutar los pagos.

6.1 El administrador

En cuanto al administrador, parece claro que será quien haya elegido el testador, si así lo hubiese hecho, tal y como señalan doctrina y jurisprudencia ¹⁵²¹. En efecto, la STS de 28 de junio de 2013 ¹⁵²² establece que «una lectura atenta de nuestro sistema sucesorio lleva a la solución contraria, al menos en el entendimiento de que la aceptación a beneficio de inventario, en sí misma considerada, no comporta o disciplina el régimen jurídico aplicable a la administración dispuesta testamentariamente. Esta se rige, sin lugar a dudas, por la voluntad manifestada por el testador, verdadero eje rector de la sucesión ordenada, de forma que a sus disposiciones habrá que estar ante todo. La herencia aceptada con beneficio de inventario no escapa a esta esencial consideración, pues inclusive su efecto que se proyecta en la herencia como patrimonio en administración no constituye un fin, en sí mismo, sino que se articula en beneficio e interés de los herederos, como de los acreedores; todo ello, en su caso, dentro del marco establecido por las disposiciones del testador».

No obstante, el problema se presenta cuando el causante no hubiese designado a nadie como albacea o administrador de su herencia, bien porque no otorgó testamento, bien porque aun habiéndolo otorgado no estableció ninguna previsión al respecto. En este sentido, la doctrina parece disentir una vez

¹⁵¹⁹ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (2016), pp. 196-197.

¹⁵²⁰ MARÍN CALERO (2017), pp. 237-238.

¹⁵²¹ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (2016), pp. 196-197, considera que «si el causante en su testamento atribuyó al albacea o a un tercero facultades sobre la administración de la herencia yacente consideramos que el notario debe respetar esta designación, pero debemos tener presente que las disposiciones del testador sobre la administración de sus bienes obligan a los llamados a la herencia, en cuyo caso si fueran éstos los que solicitan la adopción de medidas sobre la administración y custodia, en base al 1020, no creemos que el notario esté vinculado por las previsiones testamentarias. Si el testador no previó nada al respecto podría servir de guía el artículo 795 LEC».

¹⁵²² RJ 2013, 8082.

más, pues mientras unos entienden que a falta de designación, los administradores naturales de la herencia son los herederos¹⁵²³, otros entienden que habrá de ser un tercero¹⁵²⁴. Además, se ha hecho notar que el Código Civil no regula si pueden coexistir el administrador nombrado por el notario para la formación de inventario y el administrador de la herencia nombrado por los herederos o el juez para pagar deudas y legados; de hecho, parece suponer que no existirá tal coexistencia¹⁵²⁵. Sea como fuere, se ha dicho que el notario no puede actuar de oficio para designar administrador y que no habiendo uno designado por el testador, debería aplicarse el artículo 398 CC, al tratarse de una comunidad hereditaria; es decir, que habrá que estar a los acuerdos de la mayoría en cuanto al nombramiento de uno de ellos o un tercero como administrador¹⁵²⁶.

6.2 Derechos y obligaciones del administrador

De manera muy parecida a lo que ocurre en el *common law*, la obligación principal del administrador de la herencia beneficiaria es la de pagar a acreedores, tal y como han reconocido las sentencias de 28 de enero de 1919 y 10 de septiembre de 1920, entre otras.

Pero antes de entrar en este cometido esencial del administrador, conviene señalar que el nombrado debe aceptar o rechazar el cargo, y aunque la ley

¹⁵²³ PÉREZ ÁLVAREZ (2016), pp. 75 y ss., entiende que, a falta de designación específica por el testador, será el heredero el administrador en cuanto titular de los bienes hereditarios; administración que sin embargo no tiene acceso al Registro de Propiedad. Si bien, también admite que será posible que la administración corresponde a un tercero «si el heredero se desinteresase de la administración, o no pudiera atenderla; careciese de capacidad; si, dadas las características del caudal hereditario, fuese conveniente encomendar la administración a una persona con conocimientos específicos; si los bienes estuvieran en poder de terceros; o, en fin, cuando, siendo varios los herederos, acordaran asignar a uno de ellos la administración». En igual sentido, MARÍN CALERO (2017), pp. 266-270, considera que «la situación de los herederos actuando como administradores debe ser la ordinaria y la preferente; de manera que solo en el caso de que los herederos prefieran no asumir tal responsabilidad, ni encomendarla ellos a una persona de su confianza (con la correspondiente responsabilidad *in eligendo*), podrán los terceros interesados (acreedores y legatarios) solicitar judicialmente el nombramiento de un administrador distinto a los herederos». Salvo en el caso de que exista conflicto de intereses, por ejemplo, si el heredero es además acreedor del causante.

¹⁵²⁴ ROBLES GARZÓN (1979), pp. 70-74, entiende que el heredero beneficiario, «en cuanto tal heredero, no está legitimado ni para interponer pretensiones ni para contestarlas, porque no existe una relación directa entre éste y las deudas hereditarias, porque éstas han quedado insertas en el mismo patrimonio hereditario. Este administrador hereditario (...), es el encargado de pagar a los acreedores hereditarios, y éstos, a su contrario, solo pueden dirigirse a este administrador, de ninguna manera al heredero».

¹⁵²⁵ MARÍN CALERO (2017), p. 257.

¹⁵²⁶ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (2016), pp. 193-200. Además, MARÍN CALERO (2017), p. 233, establece que para el nombramiento de administrador es importante que este no incurra en conflicto de intereses.

no establezca plazo alguno, Gitrama¹⁵²⁷ considera que es «necesario que el designado tome sin demora una decisión», y por ello entiende aplicable el artículo 898 CC que, «con destino a la aceptación tácita del albaceazgo, establece el plazo de seis días. Así, diríamos que se entenderá aceptada la administración por el nombrado para desempeñarla si no se excusa dentro de los seis días siguientes a aquel en que tuviera noticia del nombramiento». Este autor también arguye que la aceptación podrá ser expresa o tácita, y que la renuncia no será preciso formularla ante autoridad alguna.

Una vez aceptado el cargo, el administrador puede tener derecho a una retribución, pues «dada la naturaleza del patrimonio hereditario en cuestión, pudiera estar justificada en ciertos casos. Siendo ello así no cabe excluir un acuerdo de los interesados en orden a la fijación de cierto tipo de compensación al administrador y a la exigencia de que preste alguna clase de garantía antes de asumir el cargo»¹⁵²⁸. En este sentido, el artículo 804 LEC determina cómo se establecerá la retribución: se trata, pues, de un porcentaje sobre el importe de determinados ingresos derivados de la administración y, según la STS de 26 de marzo de 2003¹⁵²⁹ «no atiende para fijar la remuneración del administrador más que a la naturaleza de los bienes que componen el caudal administrado»; no deben considerarse, por tanto, las capacidades del administrador o su formación profesional¹⁵³⁰.

Como funciones, el administrador, además de pagar las deudas, deberá representar a la herencia *ex* artículo 1026.2 CC, cuando ordena que «el administrador, ya lo sea el mismo heredero, ya cualquiera otra persona, tendrá, en ese concepto, la representación de la herencia para ejercitar las acciones que a ésta competan y contestar a las demandas que se interpongan contra la misma». Asimismo, el administrador también estará obligado a la conservación y enajenación de bienes si fuese necesario y ateniéndose a las normas del CC¹⁵³¹,

¹⁵²⁷ GITRAMA GONZÁLEZ (1950), pp. 138-140.

¹⁵²⁸ PÉREZ ÁLVAREZ (2016), p. 78.

¹⁵²⁹ RJ 2003, 2826.

¹⁵³⁰ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), p. 112.

¹⁵³¹ El artículo 1030 CC ordena que «cuando para el pago de los créditos y legados sea necesaria la venta de bienes hereditarios, se realizará ésta en la forma establecida en el párrafo segundo del número 2.º del artículo 1024 de este Código, salvo si todos los herederos, acreedores y legatarios acordaren otra cosa». Sobre esta cuestión, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), p. 115, analizan la normativa procesal y civil y concluyen que «hay que distinguir, entonces, entre la venta para el pago de deudas hereditarias y la venta de bienes que pueden deteriorarse, los que sean de difícil y costosa conservación y los frutos. Estas ventas parecen encuadrables en los actos de gestión y, por tanto, no requieren unanimidad o autorización, a diferencia de las ventas para pago, a las que se refiere el artículo 1030 CC. A estas ventas de los bienes que pueden deteriorarse o que sean de difícil y costosa conservación, y de los frutos, sería de aplicación el último párrafo del artículo 1024 CC: “No obstante, podrá disponer de valores negociables que coticen en un mercado secundario a través de la enajenación en dicho mercado, y de los

así como a solicitar la declaración de concurso¹⁵³²; pero como decimos, su cometido esencial será el pago de deudas y legados en el orden establecido por el Código Civil, así como la rendición de cuentas sobre su administración.

La responsabilidad del administrador se regula en los artículos 1031 y 1032 CC. El primero de los preceptos ordena que «no alcanzando los bienes hereditarios para el pago de las deudas y legados, el administrador dará cuenta de su administración a los acreedores y legatarios que no hubiesen cobrado por completo, y será responsable de los perjuicios causados a la herencia por culpa o negligencia suya». Y el artículo 1032 CC exige que «pagados los acreedores y legatarios, quedará el heredero en el pleno goce del remanente de la herencia. Si la herencia hubiese sido administrada por otra persona, ésta rendirá al heredero la cuenta de su administración, bajo la responsabilidad que impone el artículo anterior». En definitiva, la responsabilidad del administrador será la que sigue: si el caudal hereditario no bastase, responde ante acreedores hereditarios, legatarios y herederos; pero si basta para pagar las deudas y legados, responderá frente al heredero por los perjuicios causados a la herencia por su culpa o negligencia¹⁵³³. En cuanto a la responsabilidad del administrador, se ha dicho que esta debe ser limitada al caudal relicto, como lo es la del administrador liquidador de una sociedad, limitada al caudal que administra¹⁵³⁴.

6.3 Orden de pagos a acreedores y legatarios

El administrador de la herencia beneficiaria deberá seguir el orden preestablecido en el Código Civil a la hora de realizar los pagos a acreedores y legatarios. Este orden se regula en los artículos 1027 y siguientes del Código

demás bienes mediante su venta en subasta pública notarial previamente notificada a todos los interesados, especificando en ambos casos la aplicación que se dará al precio obtenido”».

¹⁵³² SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), pp. 117-119, señalan que efectivamente, quien administra la herencia está en la mejor situación para conocer la insolvencia del caudal relicto, y de ahí que corresponda al administrador declarar el concurso actual. Junto al administrador, también están legitimados para solicitar la declaración de concurso los acreedores del difunto y los herederos (llamados o aceptantes con beneficio de inventario), pero mientras para estos la solicitud es voluntaria, para el administrador es obligatoria, y puede ser responsable de los perjuicios causados *ex* artículo 1031 CC, toda vez que deben solicitar el concurso voluntario de la herencia dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer la insolvencia en que se encuentra. Si el administrador no ha solicitado el concurso en el plazo de dos meses del artículo 5 LC, y la insolvencia es actual (no solo inminente), el concurso puede ser declarado culpable (artículo 165 LC) y responderá el administrador de acuerdo al artículo 172 bis LC.

¹⁵³³ PÉREZ ÁLVAREZ (2016), pp. 84 y ss.

¹⁵³⁴ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), pp. 111-112, citan la STS de 18 de abril de 2011 (RJ 2011, 4255) donde se establece que «los perjuicios que derivan de la liquidación no pueden ser superiores al patrimonio de la sociedad liquidada».

Civil y recordemos que según la doctrina mayoritaria no se trata de un orden únicamente aplicable a la sucesión beneficiaria ¹⁵³⁵. A grandes rasgos, el orden de preferencias es el siguiente: primero cobrarán los acreedores de la herencia, después los legitimarios, después los legatarios, y, si quedase residuo, este lo adquirirán los herederos.

En este sentido, el artículo 1027 CC estipula que «el administrador no podrá pagar los legados sino después de haber pagado a todos los acreedores» ¹⁵³⁶; artículo del que se colige que los acreedores hereditarios tienen preferencia sobre los legatarios. Además, este precepto hay que ponerlo en relación con el artículo 1025 CC, según el cual, «durante la formación del inventario y el término para deliberar no podrán los legatarios demandar el pago de sus legados» ¹⁵³⁷.

Pero claro, una cosa es que la preferencia de los acreedores hereditarios sobre los legatarios esté clara, y otra cuál es el momento en que se haya de proceder a su pago. Ya hemos visto que según el tenor literal del artículo 1027 CC no se puede hacer entrega de los legados a los legatarios mientras no se haya pagado a todos los acreedores hereditarios ¹⁵³⁸. Sin embargo, ciertos autores entienden que el heredero beneficiario o el administrador puede pagar cualquier deuda y entregar cualquier legado, pero, si la herencia resultase ser deficitaria y no se hubiese respetado el orden de pagos del Código Civil, aquellos serían responsables personalmente de los perjuicios causados ¹⁵³⁹. Asimismo,

¹⁵³⁵ Por todos, SOLÍS VILLA (2012), p. 171.

¹⁵³⁶ Importa resaltar que en el artículo 858 del Proyecto de GARCÍA GOYENA (1852-A), p. 238, se ordenaba que «el administrador no podrá pagar las mandas, sin haber antes pagado a los acreedores hereditarios conocidos».

¹⁵³⁷ En el artículo 853 del Proyecto de GARCÍA GOYENA (1852-A), p. 234, se establecía que «durante la formación del inventario y el término prescrito en el artículo siguiente para deliberar [de un mes], no pueden los acreedores y legatarios demandar el pago de sus créditos y legados: los fiadores del difunto no gozan de este beneficio. Pero bien pueden ejercer la acción de dominio y la del despojo causado por el difunto aquellos a quienes competan, y el administrador podrá ejercitar cualquiera acción contra los deudores hereditarios»; es decir, tanto los legatarios como los acreedores hereditarios tenían que esperar a la finalización de la formación del inventario y el fin del plazo para deliberar para poder reclamar el pago de los créditos y legados.

¹⁵³⁸ GITRAMA GONZÁLEZ (1989), p. 445, afirma que el acto sería nulo por ser hecho contra precepto legal y en fraude de acreedores; sin embargo, la acción que el acreedor debería ejercitar, supuesta la insuficiencia del caudal relicto, no es la de nulidad, sino la de rescisión, pues para el acreedor arranca el derecho no precisamente de la nulidad, sino del perjuicio que se le causa.

¹⁵³⁹ MARÍN CALERO (2017), p. 259. SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), p. 131, consideran que «aunque es claro que los acreedores de la herencia y los legitimarios cobran del caudal relicto con preferencia a los legatarios, esa preferencia no determina forzosamente que el pago de los legados deba producirse tras la liquidación de las deudas y el cobro de las legítimas» y añaden que «respecto del momento de la entrega de los legados, el artículo 1025 impide a los legatarios demandar su pago “durante la formación del inventario y el término para deliberar”. Pero, practicado el inventario, no existe prohibición alguna para que el pago se verifique, por lo que nada obsta a que se produzca antes de la liquidación y partición de la herencia. Por otra parte, el artículo 81.c) del Reglamento Hipotecario ad-

también se ha defendido la posibilidad de que el legatario tomase posesión de la cosa legada si ha sido autorizado por el testador o la hubiese recibido del albacea o herederos, en cuyo caso simplemente se aplicaría el artículo 1029 CC, es decir, el legatario respondería subsidiariamente con su patrimonio personal frente a los acreedores de la herencia por el valor de la cosa legada ¹⁵⁴⁰.

De otra parte, el artículo 1028 CC regula el orden entre los diferentes acreedores hereditarios al establecer que «cuando haya juicio pendiente entre los acreedores sobre la preferencia de sus créditos, serán pagados por el orden y según el grado que señale la sentencia firme de graduación. No habiendo juicio pendiente entre los acreedores, serán pagados los que primero se presenten; pero, constando que alguno de los créditos conocidos es preferente, no se hará el pago sin previa caución a favor del acreedor de mejor derecho».

Parece pues que la regla general es que, salvo en el caso de que haya juicio, se pague o afiance primero a los que tengan créditos preferentes, y a los demás, según se vayan presentando. Además, algunos autores consideran que, como quiera que dentro de los acreedores hereditarios estarán incluidos los acreedores de las cargas de la herencia, éstos deberían ser pagados con prioridad ¹⁵⁴¹.

No obstante, y a diferencia de lo que ocurre con los legados, la formación de inventario no impide a los acreedores hereditarios reclamar sus créditos, tal y como se deduce precisamente a *sensu contrario* de lo previsto en el artículo 1025 CC ¹⁵⁴². En efecto, la doctrina ha hecho notar que el Código Civil no fija un momento a partir del cual los acreedores pueden empezar a exigir sus créditos, siendo posible que dicha reclamación hubiese comenzado antes de la declaración de hacer uso de inventario; no habría razón, en este caso, para suspender el proceso de pago en curso ¹⁵⁴³.

Se ha dicho que resulta discutible en qué momento debe el heredero satisfacer el crédito, si en cualquier momento que se le presente un acreedor con

mite la inscripción a favor del legatario de inmuebles específicamente legados en virtud de “escritura otorgada por el legatario y contador-partidor o albacea facultado para hacer la entrega”, sin exigir la previa partición. Y así lo entiende el Tribunal Supremo, siempre que estén garantizados acreedores hereditarios y legitimarios». No es necesario pues la previa liquidación de la herencia (SSTS 24 noviembre 1900, 7 noviembre 1901), tampoco el que haya inventario (STS 11 diciembre 1913) ni siquiera habiendo legitimarios y 8 mayo 1989 (RJ 1989, 3673); RRDGRN 27 febrero 1982 (RJ 1982, 838); 20 septiembre 1988 (RJ 1988, 7159); 28 marzo 2004 (RJ 2004, 2397).

¹⁵⁴⁰ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (2016), pp. 238-239.

¹⁵⁴¹ BORRELL SOLER (1951), p. 522, considera que se deben pagar como preferentes los gastos funerarios, los de la insinuación del testamento y la formación de inventario y lo invertido en otras necesidades de la herencia; interpretación que, dicho sea de paso, es muy similar a los principios del sistema anglosajón.

¹⁵⁴² PÉREZ ÁLVAREZ (2016), p. 79.

¹⁵⁴³ MARÍN CALERO (2017), pp. 271-273, añade que los bienes colacionables no se someterán a administración, pues «la colación no es cosa de los herederos, sino de los legitimarios, que, como tales, no responden de las deudas de la herencia».

crédito vencido, incluso mientras se tramita el inventario, o solo después de concluir éste. De la dicción del artículo 1028 CC se deduciría la primera solución; sin embargo, hay que relacionar ese inciso con el apartado segundo que dice que constando otro preferente no se pagará a aquel sin previa caución a favor del de mejor derecho. Por ello, se considera que esta norma es una «trampa» para el heredero que quiera utilizar el beneficio de inventario; la única forma que tiene de saber qué créditos hay es citando a acreedores conocidos y desconocidos mediante edictos para después proceder a graduarlos: solo en ese momento sabrá en qué orden deberá seguir para el pago¹⁵⁴⁴. Esta es una posible solución, la citación por edictos; la alternativa propuesta por el sector notarial es respetar dentro de lo posible la *par conductio creditorum*, y en caso de duda o controversia, acudir al concurso de herencia¹⁵⁴⁵.

De otra parte, los legitimarios tienen preferencia sobre los legatarios, sabido es por todos que el ordenamiento jurídico español concede al legitimario la facultad de exigir la reducción de legados inoficiosos (artículos 820, 821 y 822 CC).

Asimismo, los acreedores del difunto no solo tienen prioridad frente a legitimarios y legatarios, sino también, evidentemente, frente a los acreedores personales del heredero, pues como señala el artículo 1034 CC, «los acreedores particulares del heredero no podrán mezclarse en las operaciones de la herencia aceptada a beneficio de inventario hasta que sean pagados los acreedores de la misma y los legatarios; pero podrán pedir la retención o embargo del remanente que pueda resultar a favor del heredero». De este artículo se desprende pues, que los legatarios tienen preferencia frente a los acreedores personales del heredero¹⁵⁴⁶.

6.4 Las deudas inciertas y no vencidas

La doctrina más señera se ha preguntado qué sucede cuando, terminada la liquidación y pagadas todas las deudas vencidas, existen todavía acreedores cuyos créditos están pendientes de vencimiento. Sabido es que la liquidación beneficiaria no puede producir el vencimiento anticipado de

¹⁵⁴⁴ BOTÍA VALVERDE, en www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2012-particion-beneficio-inventario.htm (consultado el 27 de mayo de 2018), que cree que «a Hércules se lo pusieron más fácil que al heredero a BI».

¹⁵⁴⁵ MARÍN CALERO (2016), p. 255.

¹⁵⁴⁶ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y MARTOS CALABRÚS (2017), p. 130, consideran que dicha preferencia es lógica habida cuenta de los artículos 881 y 882 CC, por los cuales los legatarios adquieren de manera automática los legados.

los créditos, a diferencia del concurso de acreedores, por lo que cabe preguntarse qué habrá de hacerse con dichos créditos. Un sector doctrinal considera que las cantidades debidas deben quedar en depósito hasta el día en que deba verificarse la entrega¹⁵⁴⁷; solución esta que se critica por otro sector doctrinal por excesiva. Quien así lo entiende, arguye que supone la atribución al acreedor de una facultad de la que carece, pues el heredero se subroga en la posición jurídica de su causante en relación a las deudas, pero no tiene que aceptar una posición más gravosa. La garantía para el acreedor, si la actuación del heredero le perjudica, será que éste pierda el beneficio de la limitación de responsabilidad, pero no que pueda exigir la retención de unas cantidades, lo que es antieconómico y, a veces, imposible. En definitiva, se cree que a lo sumo será aplicable el artículo 1082 CC; es decir, que el acreedor podrá exigir el afianzamiento del crédito con cargo a bienes relictos, pero no su retención¹⁵⁴⁸.

De otra parte, también se ha hecho notar que los acreedores de deudas inciertas, como las derivadas de las fianzas, tendrán los mismos derechos que cualquier otro para intervenir en el expediente del beneficio de inventario, y que, como ya se ha apuntado, el beneficio de inventario no obliga a anticipar el pago de ninguna deuda¹⁵⁴⁹.

6.5 Las deudas sobrevenidas o desconocidas

En el caso de que aparezcan acreedores nuevos una vez terminado el proceso de formación y administración y liquidación del beneficio de inventario, bien porque ha surgido una deuda nueva cuyo obligado hubiese sido el difunto de haber seguido vivo, bien porque aparece una deuda de la que no se tenía constancia, parece que la situación no cambia¹⁵⁵⁰: la doctrina es unánime a la hora de considerar que la limitación de responsabilidad permanece incólume,

¹⁵⁴⁷ MANRESA NAVARRO (1943), pp. 521-522; COSTAL RODAL (2013), p. 7401.

¹⁵⁴⁸ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (2016), pp. 207-208.

¹⁵⁴⁹ MARÍN CALERO (2016), p. 331.

¹⁵⁵⁰ BOTÍA VALVERDE, en www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/aceptacion-a-beneficio-de-inventario-y-jurisdicion-voluntaria/ (consultado el 19 de julio de 2018), no considera acertada la postura de PÉREZ ALVAREZ cuando defiende que si aparece un acreedor desconocido podrá impugnar el inventario y solicitar que se practique uno nuevo con intervención de los que no participaron. Considera BOTÍA que en este caso el heredero únicamente tendrá que adicionar el inventario en un acta complementaria, sin tener que reiterar ninguna citación ya hecha. Además, considera también que en este caso vuelve a resultar aplicable el artículo 1028 CC en el sentido de que aparecido un nuevo acreedor, el heredero no puede realizar ventas libremente bajo pena ya de pérdida de limitación de la responsabilidad.

pero discrepa en cuanto a si la responsabilidad sigue siendo *cum viribus*¹⁵⁵¹ o por el contrario pasa a ser *pro viribus*; la diferencia, como uno se podrá imaginar, es considerable¹⁵⁵².

La doctrina mayoritaria parece decantarse por esta última opción. Así, entre otros, Puig Brutau¹⁵⁵³ considera que los efectos de la limitación de responsabilidad persisten incluso cuando, cesada tal administración, surgen acreedores cuya existencia no era antes conocida. Pero entonces resulta que la responsabilidad *cum viribus* o con los mismos bienes de la herencia se ha de considerar transformada en responsabilidad *pro viribus* o hasta el límite del valor del enriquecimiento que representa la adquisición hereditaria.

Royo Martínez¹⁵⁵⁴ también entiende que si aparecen nuevas deudas del causante, el heredero no responderá con los bienes hereditarios, pero tampoco responderá ilimitadamente; su responsabilidad en este caso sí será cuantitativamente limitada: hasta el importe de lo que recibió.

Los recursos de los que dispondrán estos acreedores son básicamente dos: en primer lugar, dirigirse a los herederos por los bienes relictos todavía en sus manos o en caso de que ya no pudieran identificarse, por el valor del remanente¹⁵⁵⁵; y en segundo lugar, únicamente para el caso de que el remanente no fuese suficiente, dirigirse frente a los legatarios en las mismas condiciones. Y es que el artículo 1029 CC reafirma la prioridad de los acreedores hereditarios frente a los legatarios al exigir que «si después de pagados los legados aparecieren otros acreedores, éstos solo podrán reclamar contra los legatarios en el caso de no quedar en la herencia bienes suficientes para pagarles».

¹⁵⁵¹ BOTÍA VALVERDE, en www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/aceptacion-a-beneficio-de-inventario-y-jurisdicion-voluntaria/ (consultado el 19 de julio de 2018), entiende que la responsabilidad es siempre *cum viribus*, es decir, que los acreedores solo podrán dirigirse frente a bienes hereditarios, si quedasen, y contra los bienes que los hubieran sustituido por aplicación del principio de subrogación real. Afirma este autor que el acreedor desconocido «solo puede actuar contra los bienes hereditarios (responsabilidad *cum viribus*), no puede ir contra el heredero que en ningún caso responde *pro viribus*, aunque VALLET haya defendido dicha posibilidad que también yo mantuve el año 2012 siguiendo a dicho autor y que ahora rectifico». No obstante, el autor cree que el heredero podría pagar una deuda hereditaria con sus bienes, si así lo prefiriese.

¹⁵⁵² VALLET DE GOYTISOLO (1989), p. 647, afirma que «la diferencia entre la responsabilidad *intra vires pro viribus* y la afección *cum viribus* no es meramente teórica. Puede tener relevante interés práctico. Así, la pérdida fortuita de la cosa legada llevará consigo la extinción total de la afección *cum viribus*, mientras que, por el contrario, no repercutirá en la responsabilidad si es personal *pro viribus*. También los problemas que origine la alteración en el valor adquisitivo de la moneda tendrán una distinta repercusión en uno y otro caso».

¹⁵⁵³ PUIG BRUTAU (1961), p. 298.

¹⁵⁵⁴ ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 291.

¹⁵⁵⁵ Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN y GULLÓN (2017), p. 246.

7. LA LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA

Pasamos ahora a estudiar cómo se articulan los sistemas de limitación de la responsabilidad en los ordenamientos jurídicos en los que tal limitación no actúa por regla general, sino que es necesario iniciar algún procedimiento en cuestión. El análisis comparado nos servirá para ver si se pueden extraer algunas propuestas o lecciones.

7.1 La liquidación beneficiaria en Italia

La liquidación beneficiaria italiana se antoja ciertamente satisfactoria, ya no solo por lo detallada y precisa que es su regulación, sino sobre todo por la seguridad y publicidad que se imprime durante todo el procedimiento, así como la sensación de equilibrio que se ofrece entre los diferentes intereses en conflicto de acreedores hereditarios, legatarios y herederos.

Podría pensarse que el beneficio de inventario español e italiano son similares por tener un origen común, pero esto no es así; lo cierto es que existen cuantiosas diferencias. La primera de ellas la encontramos en la concisión del *Codice* a la hora de regular el procedimiento beneficiario y fijar plazos de prescripción para las acciones que de ellas se deriven; así, entre otras cosas, se ha regulado expresamente cómo se liquidan los créditos sometidos a término, que devienen exigibles *ex* artículo 506 CCit, y los créditos sometidos a condición, que se protegen mediante caución por parte del heredero *ex* artículo 502 CCit.

Otra cuestión que se regula de manera distinta en Italia es que el beneficio de inventario está sujeto a dos formas de publicidad: de una parte, su inserción en el *Registro delle Successioni*, y de otra parte, en el *Registro Immobiliario* del lugar en el que se ha abierto la sucesión¹⁵⁵⁶. En efecto, en todo juzgado italiano existe un llamado Registro de Sucesiones, que se divide en tres partes¹⁵⁵⁷: en la primera parte se insertan las declaraciones de aceptación y la documentación relativa al beneficio de inventario; en la segunda parte se insertan las declaraciones de renuncia; y en la tercera parte se registra el nombramiento del administrador y el albacea, si hubiese sido nombrado. El Registro de Sucesiones es un instrumento que hace cognoscible a terceros determinadas

¹⁵⁵⁶ HERCOLANI (2009), p. 1271.

¹⁵⁵⁷ Su existencia y descripción está prevista en el artículo 52 del Real Decreto de 30 de marzo de 1942, n. 318, publicado en la *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* del día 17 de abril de 1942, n. 91.

cuestiones sucesorias, por ello, su previsión nos parece un acierto, además de ser coherente con el sistema italiano de liquidación, pues es precisamente esta publicidad la que permite a los acreedores hereditarios oponerse a la liquidación individual. Como se trata de una inscripción obligatoria, cierta doctrina entiende que tal requisito de forma tiene carácter constitutivo de la adquisición de la cualidad de heredero beneficiario; sin embargo, la doctrina mayoritaria arguye que no puede serlo toda vez que la inserción en el Registro es un deber a cargo del *cancelliere* ¹⁵⁵⁸.

Además, otra diferencia considerable entre el sistema del Código Civil español y el italiano reside en la previsión de que el heredero beneficiario pueda renunciar al beneficio de inventario después de haberlo solicitado *ex* artículo 490.2 CCit ¹⁵⁵⁹, opción no prevista en nuestra normativa. Además, el artículo 509 CCit permite a acreedores y legatarios dejar sin efecto la pérdida del beneficio de inventario. Según esta disposición, el tribunal puede, a instancia de alguno de los acreedores o legatarios, nombrar a un administrador que proceda a liquidar la herencia de acuerdo con los artículos 499 y siguientes, que se corresponden con la liquidación concursal. Este precepto se ha introducido por primera vez en el *Codice* de 1942 y su justificación responde a la idea de que la confusión de patrimonios inherente a la pérdida del beneficio de inventario puede resultar perjudicial para los acreedores y legatarios, si el heredero beneficiario es insolvente ¹⁵⁶⁰. El único inconveniente de esta facultad es que para que resulte aplicable, todos los acreedores y legatarios tienen que estar de acuerdo.

Por último, nos gustaría llamar la atención sobre el hecho de que tanto la doctrina como la jurisprudencia italiana hayan estudiado qué ocurre si muere el heredero beneficiario y sus herederos aceptan su sucesión pura y simplemente; en este sentido, se ha dicho que es claro que la muerte del heredero beneficiario no interfiere en el beneficio, y por ello, sus herederos subentrarán en la misma posición, adquiriendo los mismos derechos y cargas que el causante beneficiario tenía ¹⁵⁶¹.

¹⁵⁵⁸ Entre otros, FERRI (1997), p. 333; CIATTI (2013), p. 388.

¹⁵⁵⁹ HERCOLANI (2009), pp. 1299-1300, especifica que la ley no prevé una forma particular para dicha renuncia, y por ello, no puede considerarse necesaria la forma *ad substantiam* ya que no existe previsión legal al respecto. La renuncia al beneficio no resta validez a los actos de liquidación ya completados.

¹⁵⁶⁰ DI MARZIO (2013), p. 594.

¹⁵⁶¹ DI MARZIO (2013), p. 422. En la jurisprudencia, la *Cass.* de 5 de octubre de 1993, n. 9842, establece que «nel caso pertanto che del patrimonio del de cuius facciano parte beni di un'eredità che da questo era stata accettata con beneficio di inventario, il regime giuridico al quale sono assoggettati i predetti beni per effetto di tale accettazione non cessa solo a causa della successiva delazione neppure quando la relativa eredità sia stata accettata puramente e semplicemente. Il che é come dire, in altri ter-

En el *Codice* Italiano se prevén tres maneras diferentes de liquidar una sucesión beneficiaria, dos de ellas se llevan a cabo por el heredero, y la tercera por un administrador: la liquidación individual o singular, que es la más simple y menos onerosa en cuanto a formalismos y gastos; la liquidación concursal, que se inicia por voluntad del heredero o por oposición de los acreedores y legatarios; y por último, el *rilascio* de bienes, que es un sistema complejo que algunos autores italianos asimilan a la *solutio*¹⁵⁶².

Dejando para más adelante el *rilascio*, de la ley italiana se colige que la elección entre uno y otro sistema, es decir, la liquidación individual o concursal, es en principio voluntaria, y depende del heredero, salvo que ya hubiese pagado con dinero hereditario a legatarios o acreedores diferentes de los privilegiados¹⁵⁶³. No obstante, los acreedores y legatarios pueden forzar la liquidación concursal a través de la oposición, que debe ser «*tempestiva*»¹⁵⁶⁴ o ejercida en el plazo de un mes¹⁵⁶⁵. Precisamente porque este es el plazo del disponente acreedores hereditarios y legatarios para oponerse, el heredero no podrá efectuar pago alguno durante ese mes; y en el caso de que se ejerza la oposición, el heredero no podrá hacer pagos a acreedores y legatarios, so pena de perder el beneficio de inventario *ex* artículo 505 CCit. Dicho plazo de un mes, que sirve a acreedores y legatarios para deliberar sobre si es conveniente o no la liquidación concursal, empieza a correr desde la transcripción de la declaración de aceptación con beneficio de inventario en el *Registro Immobiliario* si el inventario se ha hecho con anterioridad a la aceptación (por ejemplo, si se ha utilizado el derecho de deliberar); o bien desde la anotación en el *Registro delle Successioni* de la finalización del inventario, si el inventario se realizó posteriormente. La doctrina considera que no se requiere ningún tipo de forma para la oposición, y la verbal es suficiente; en caso de que esta se realizase demasiado tarde, es decir, finalizado el plazo, el heredero no tendría que seguir la liquidación concursal, pero tampoco podría pagar a otros acreedores antes que al oponente¹⁵⁶⁶.

La diferencia principal entre ambos sistemas de liquidación, el individual y el concursal, es que el primero se basa en la regla *prior in tempore, potior in iure*; mientras el segundo en la de *par conditio creditorum*. La liquidación individual es la forma más sencilla de liquidar la herencia, y consiste en pagar a

mini, che il patrimonio dei beni dell'eredità beneficiata rimane separato anche dopo il trasferimento agli eredi di colui che ha acquistato con beneficio di inventario».

¹⁵⁶² PARISIO (1967), pp. 72-75.

¹⁵⁶³ HERCOLANI (2009), p. 1346.

¹⁵⁶⁴ HERCOLANI (2009), p. 1332.

¹⁵⁶⁵ DI MARZIO (2013), p. 516.

¹⁵⁶⁶ HERCOLANI (2009), p. 1332.

los acreedores y legatarios a medida que se presentan, salvo respecto de aquellos con créditos preferentes (derecho de *pozioritá*, que son aquellos recogidos en el artículo 2741 CCit, como la hipoteca). El pago debe efectuarse con dinero de la herencia o con el recabado tras la venta de bienes hereditarios autorizada *ex* artículo 493 CCit. En principio, acreedores y legatarios reciben un tratamiento igualitario; si bien, esta *parificazione* se atenúa cuando el activo no es suficiente para satisfacer a todos, en cuyo caso tiene entrada el principio *nemo liberalis nisi liberatus*, según el cual no se pueden pagar las liberalidades sin haber pagado antes las deudas¹⁵⁶⁷. En cualquier caso, la ley establece que una vez liquidado el activo hereditario, los acreedores hereditarios que no hubiesen podido resarcir sus créditos tendrán un derecho de regreso frente a los legatarios, por el valor del legado *ex* artículo 495 CCit. Pero claro, al pagar el heredero a acreedores y legatarios según se vayan presentando, podría ocurrir que unos acreedores y legatarios resulten pagados y otros, presentándose con retraso, no. Esto al parecer no supone ningún problema para la doctrina italiana; que el crédito no se satisfaga se entiende que es una eventualidad que se podía haber evitado oponiéndose a la liquidación individual¹⁵⁶⁸. Si finalizado el haber hereditario, alguno de los acreedores permanece insatisfecho, éste solo tendrá derecho de regreso contra los legatarios de cosa determinada, y por el límite del valor del legado *ex* artículo 495 CCit, pero esta acción prescribe a los tres años después del día en que se realizó el último pago. En este tipo de liquidación, el heredero beneficiario debe dar cuentas de la administración a los acreedores y legatarios, que le pueden imponer un plazo a tal efecto (artículo 496 CCit); y, si rindiere las cuentas con retraso, podrá verse compelido al pago de las deudas sucesorias con sus bienes propios (artículo 497 CCit).

De otra parte, el procedimiento de liquidación concursal se inicia porque ha habido oposición por parte de los acreedores o legatarios, o porque el heredero o alguno de ellos así lo ha querido. Este procedimiento se considera excepcional porque no es contradictorio y su finalidad principal consiste en la transformación del activo hereditario en una masa líquida con la que se pueda satisfacer a los acreedores en virtud del principio de *par conditio creditorum*. La liquidación concursal es, en efecto, un procedimiento de liquidación muy similar al *fallimentari* (que para nosotros sería el procedimiento concursal), ya que, entre otras cuestiones, ambos implican liquidación de una universalidad en el que es necesario que exista colectividad de una parte, ya que si solo hubiese un acreedor no sería admisible; e igualdad de otra, ya que se ha de satis-

¹⁵⁶⁷ HERCOLANI (2009), p. 1328.

¹⁵⁶⁸ FERRI (1997), p. 400.

facere a los acreedores en virtud del principio *par conditio creditorum*. Sin embargo, también existen numerosas diferencias entre ambos procedimientos, y así, el objeto es distinto, ya que dentro de la masa activa del *fallimento* se pueden encontrar también los bienes que vuelven al patrimonio, y de los que el *fallito* se despojó fraudulentamente; mientras que en la liquidación concursal de la herencia beneficiaria no concurren, en principio, análogos instrumentos de recuperación. Además, el *fallimento* es un procedimiento de naturaleza eminentemente procesal y contencioso, que se lleva a cabo en protección de un interés ajeno; mientras que la liquidación concursal es un procedimiento de jurisdicción voluntaria, que se lleva a cabo en protección del heredero ¹⁵⁶⁹.

El procedimiento de la liquidación concursal consta de varias fases: la primera, determinación del activo hereditario; la segunda fase, liquidación del activo hereditario, aunque esta fase no es necesaria, sino eventual, para el caso de que no exista suficiente liquidez en el activo ¹⁵⁷⁰; la tercera, formación del estado de graduación con la asistencia del notario; y por último, el pago de deudas hereditarias. En efecto, si se sigue este tipo de liquidación, los acreedores y legatarios deberán presentar su declaración de créditos en el plazo fijado a tal efecto por el notario. Además, los acreedores y legatarios podrán pedir a la autoridad judicial que asigne un plazo al heredero para formar el estado de graduación con la asistencia del notario. Una vez realizado dicho estado de graduación, el notario da aviso a los acreedores y legatarios para que presenten objeciones si así lo desean. Transcurridos treinta días siguientes a la publicación en la *Gazzetta Ufficiale* sin reclamación, el estado de graduación deviene definitivo *ex* artículo 501 CCit y título ejecutivo frente al heredero, que deberá responder incluso con sus propios bienes personales, pero hasta el límite del valor del activo hereditario. Es decir, la responsabilidad del heredero beneficiario deja de ser *cum viribus hereditatis* y pasa a ser *pro viribus hereditatis*. Por último, es importante resaltar dos cuestiones: la primera, que en el caso de que hubiese varios coherederos, bastaría que uno de ellos escogiese la liquidación concursal para que esta fuese aplicable a todos ¹⁵⁷¹; la segunda, que los acreedores y legatarios que no se presentaron en el plazo fijado a tal efecto, tendrán acción contra el heredero por el residuo, pero solo durante tres años, pasados los cuales, la acción prescribirá (artículo 502 CCit).

La tercera y última forma de liquidar la sucesión es la del *rilascio* de bienes hereditarios, mediante la que el heredero, una vez transcurrido el plazo

¹⁵⁶⁹ PARISIO (1967), p. 26.

¹⁵⁷⁰ HERCOLANI (2009), p. 1337.

¹⁵⁷¹ HERCOLANI (2009), pp. 1343-1347.

de un mes para oposición que prevé el *Codice*, puede poner los bienes a disposición de los acreedores y legatarios, siendo un tercero, el *curatore*¹⁵⁷², nombrado por el juzgado competente quien liquide la sucesión; el heredero pierde así todos los poderes que tiene sobre administración y liquidación de bienes hereditarios. Esta opción es realmente interesante, pues posibilita la liquidación de la sucesión sin la intervención del heredero, que queda igualmente liberado de toda responsabilidad por deudas, convirtiéndose en potencial adquirente del residuo, en caso de existir. Sobre esta opción, es importante señalar que el *rilascio* no tiene efectos traslativos de la propiedad, pues determina, como hemos dicho, el abandono de la administración de la masa hereditaria por parte del heredero beneficiario.

No obstante, este modo de liquidación está sometido a varios límites, siendo el primero de ellos de carácter temporal, ya que el heredero tiene un mes para beneficiarse del mismo desde la finalización del plazo para presentar la declaración de créditos. También existe un límite de carácter ejecutivo, toda vez que el heredero no puede haber realizado ningún acto de liquidación previo. En cuanto a la composición, el *rilascio* exige que se aplique a toda la masa hereditaria; respecto de los destinatarios, habrá de realizarse en favor de todos los acreedores y legatarios¹⁵⁷³. El procedimiento a seguir es el señalado en el artículo 507 CCit que, entre otras cuestiones, obliga a su inscripción en el registro de sucesiones.

En definitiva, no se puede decir que la regulación italiana sea la panacea, pero desde luego, sí nos parece mucho más adecuada y avanzada que la del Código Civil español, principalmente por dos razones: la primera, que su regulación es mucho más variada y sofisticada, estableciendo por ejemplo plazos de prescripción para el caso en que aparezcan acreedores sobrevenidos. La segunda, porque pondera de una forma mucho más equilibrada los intereses entre acreedores y legatarios, de una parte, y herederos, de otra. No en vano, la legislación italiana permite a los acreedores forzar la liquidación concursal para asegurar que se aplique la regla de *par conditio creditorum*, o incluso les permite a estos dejar sin efecto la posible pérdida del beneficio de inventario.

¹⁵⁷² La doctrina ha entendido que la liquidación es la única función del curador y por lo tanto se excluye que pueda representar a los herederos o acreedores en otros procedimientos como, por ejemplo, el *fallimentare*. Véase en este sentido, HERCOLANI (2009), p. 1360. Asimismo, este curador tiene derecho a una compensación económica (artículo 508 CCit); es responsable de la administración de bienes hereditarios (artículo 491 CCit), y puede ser revocado o sustituido (artículo 782 *Codice procedura civile*).

¹⁵⁷³ DI MARZIO (2013), pp. 611-612.

7.2 La liquidación beneficiaria en Francia

El sistema sucesorio francés es el que probablemente más haya evolucionado en los últimos años, pues se han llevado a cabo varias reformas, y una en concreto de forma acusada en el año 2006¹⁵⁷⁴. En virtud de estas reformas, se han creado o modificado dos instituciones que pasamos a comentar: de una parte, el mandato *postmortem*; de otra, la aceptación a concurrencia de activo neto.

En cuanto a la primera, en el año 2006 se introdujo una nueva figura importante a efectos de la liquidación de la sucesión, por la que se permite al testador prever en testamento un *mandat à effet posthume*¹⁵⁷⁵. En virtud de esta institución el legislador francés amplió el rol del *exécuteur testamentaire* al que la ley anterior lo confinaba a una misión de mera vigilancia¹⁵⁷⁶. Este *mandat à effet posthume* tiene por objeto la administración de la sucesión por cuenta del heredero de manera que se le priva al heredero de liquidar el pasivo; sin embargo, el *exécuteur testamentaire* no podrá enajenar el activo sucesorio sin pedir permiso al heredero o al juez, salvo que se trate de deudas urgentes¹⁵⁷⁷. Sobre esta institución, se ha llegado a afirmar incluso que su finalidad reside en confiar la gestión de los bienes de la sucesión a un administrador escogido por el difunto en perjuicio de heredero «ineptos». Se trata pues de permitir al difunto la privación de acceso directo a los bienes de la sucesión por parte de cualquier heredero, incluso legitimario, a los que se cree incapaces de gestionar la herencia; por ello, se le considera un «sucedáneo» de transmisión sucesoria propia del sistema anglosajón, ya que en este caso también existe una cierta disociación entre las prerrogativas del derecho de propiedad transmitido¹⁵⁷⁸.

¹⁵⁷⁴ En efecto, la reforma del 2006 fue vasta, pues como dice ALKORTA IDIAKEZ (2018), p. 304, afectó a más de 200 artículos. Sin embargo, y como hizo notar PIEDELIÈVRE (2007), p. 60, no se pasó de un sistema de continuación de la persona a un sistema de sucesión en los bienes, sino que el principio de la obligación *ultra vires* se mantiene, si bien de forma debilitada.

¹⁵⁷⁵ Para PÉRÈS y VERNIÈRES (2018), pp. 498 y ss., la calificación de mandato es más que discutible, toda vez que el mandatario recibe el mandato del causante, pero para ejercerlo por cuenta de los herederos. Consideran además que será necesario que el causante haya tenido la capacidad necesaria para *contracter un tel mandat*.

¹⁵⁷⁶ GASNIER (2013), p. 49; PÉRÈS y VERNIÈRES (2018), pp. 501 y ss., y MALAURIE y AYNES (2018), pp. 123 y ss., hacen notar que el *exécuteur testamentaire* puede ser un tercero sucesor o un profesional, persona física o jurídica; se trata en principio de un cargo gratuito, salvo disposición en contrario.

¹⁵⁷⁷ GASNIER (2013), pp. 50-59.

¹⁵⁷⁸ GASNIER (2013), p. 63-71, quien añade que, en todo caso, al heredero se le priva del derecho de usar los bienes sometidos a administración indirecta pero conserva el derecho al disfrute pasivo todos los frutos e ingresos. Para MALAURIE y AYNES (2018), p. 123, se trata de una institución con aspectos del *trust* del derecho anglosajón y de la fiducia sucesoria del derecho suizo y alemán.

En cuanto a la segunda institución, en Francia se ha modificado el antiguo beneficio de inventario ¹⁵⁷⁹, que ha pasado a llamarse *acceptation à concurrence de l'actif net* ¹⁵⁸⁰; sistema que se aplicará por defecto cuando coexistan opciones mixtas, esto es, cuando unos acepten a concurrencia de activo neto y otros de manera pura y simple ¹⁵⁸¹.

Pues bien, de acuerdo con el artículo 792 *Code Civil*, a la declaración de hacer uso de esta prerrogativa deberá acompañar la redacción de un inventario ¹⁵⁸²; y los acreedores deberán declarar sus créditos en un plazo de quince meses a contar desde la publicidad de la declaración de aceptación en el BODACC (*Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales*). Este es un plazo considerablemente extenso en comparación con otros y la razón de su extensión, según la doctrina, se halla en que la ley pretende salvaguardar los derechos de los acreedores civiles no acostumbrados a consultar este boletín ¹⁵⁸³. Durante ese plazo de quince meses, la publicidad de la declaración detiene y evita cualquier acción de ejecución o de inscripción de una garantía, tal y como establece el artículo 792-1 *Code Civil*. Estas normas tienen por objeto garantizar el orden de pagos de acreedores previsto por la ley; en contrapartida, aseguran una liquidación obligatoria y diligente del pasivo sucesorio, reforzado por la ejecución dinámica de bienes sucesorios y la desjudicialización. Con la aceptación a concurrencia de activo neto, y en aplicación del adagio *nemo liberalis nisi liberatus*, se pagará antes a los acreedores que a los legatarios de cantidad de dinero; si bien, los legatarios de cosa determinada pueden obtener su legado con prioridad, aunque dicho pago no será definitivo.

¹⁵⁷⁹ PIEDELIÈVRE (2007), p. 60, hace notar que la aceptación a beneficio de inventario había devenido un procedimiento poco utilizado en la práctica, debido a su excesivo formalismo. En su opinión, esta nueva denominación muestra bien la filosofía de quienes quieren un principio de sucesión en los bienes.

¹⁵⁸⁰ El cambio de la denominación y del procedimiento no son las únicas novedades: de acuerdo con el nuevo artículo 801 CCfr, la aceptación a concurrencia de activo neto se puede revocar en favor de una aceptación pura y simple.

¹⁵⁸¹ Artículo 792-2 *Code Civil*; GASNIER (2013), p. 115.

¹⁵⁸² PIEDELIÈVRE (2007), p. 64, señala que este inventario deberá ser efectuado por un comisario judicial o un notario y que su finalidad es evitar la confusión de patrimonios entre el difunto y el heredero. En dicho inventario deberá incluirse una valoración de todos los bienes del activo y del pasivo y deberá ser depositado ante el tribunal competente en el plazo de dos meses a contar desde la declaración, contando también con la misma publicidad que la declaración. Así, los acreedores hereditarios y legatarios podrán consultar dicho inventario y obtener una copia del mismo. En opinión de este autor, otra innovación importante es que el heredero juega un papel central en todo este procedimiento, que puede declarar si desea conservar o no alguno de los bienes. Si así fuese, es decir, si desease conservar algún bien, debería entregar el valor fijado en el inventario. También puede el heredero vender bienes que no pretende conservar, sin estar obligado a pasar por el procedimiento de venta pública, debiendo en todo caso entregar el precio de la venta.

¹⁵⁸³ GASNIER (2013), p. 116-127; MALAURIE y AYNES (2018), pp. 159.

Cierto sector doctrinal considera que la nueva aceptación a concurrencia de activo neto constituye una especie de sucesión en los bienes, ya que en este caso no se trata de poner al heredero en el lugar del sucesor, sino que se trata de una ventaja a disposición del sucesor destinado a situar a este último en una situación más beneficiosa que la del difunto: el heredero no estará nunca obligado a responder del pasivo más allá del activo sucesorio; su llamamiento se produce respecto de una propiedad destinada a la finalidad liquidatoria¹⁵⁸⁴. En definitiva, y con esta figura, «el legislador ha conseguido una fórmula mediante la cual se satisfacen los derechos de las dos partes, tratándose de una limitación que es proporcional a la naturaleza de los intereses en juego»¹⁵⁸⁵.

7.3 La liquidación beneficiaria en Alemania

En el BGB, la formación de inventario no supone un medio para limitar la responsabilidad, salvo en el caso de que se le haya fijado un plazo judicial al heredero para hacerlo tras la solicitud de los acreedores hereditarios; su finalidad reside, en términos generales, en ofrecer o arrojar luz sobre el alcance del caudal hereditario.

No obstante, y aunque se trate de instituciones diferentes, sí nos gustaría analizar sucintamente los institutos de los que dispone el heredero para limitar efectivamente su responsabilidad por deudas al caudal hereditario. En este sentido, el heredero dispone de dos recursos: la administración oficial de herencia (*Nachlassverwalter*), por el que el juez nombra a un administrador y publica la medida en algún boletín destinado a las publicaciones de este tipo (§§ 1981-1983 BGB), teniendo el administrador que pagar todas las deudas antes de distribuir el residuo entre los coherederos¹⁵⁸⁶; y el concurso de herencia. Ambos institutos independizan la masa hereditaria y evitan la confusión de patrimonios de manera retroactiva, si bien, el heredero no puede elegir libremente entre estas dos for-

¹⁵⁸⁴ GASNIER (2013), pp. 129-130, que añade que el heredero debe liquidar el pasivo hereditario dentro del plazo de quince meses, o de lo contrario, podrá ser apartado por nombramiento de un administrador *ex artículo 813 Code Civil*. Este precepto estipula que «*le juge peut désigner toute personne qualifiée, physique ou morale, en qualité de mandataire successoral, à l'effet d'administrer provisoirement la succession en raison de l'inertie, de la carence ou de la faute d'un ou de plusieurs héritiers dans cette administration, de leur mésentente, d'une opposition d'intérêts entre eux ou de la complexité de la situation successorale. La demande est formée par un héritier, un créancier, toute personne qui assurerait, pour le compte de la personne décédée, l'administration de tout ou partie de son patrimoine de son vivant, toute autre personne intéressée ou par le ministère public*».

¹⁵⁸⁵ SÁNCHEZ-VENTURA MORER (2015), p. 3282.

¹⁵⁸⁶ RHEINSTEIN (1935), pp. 451 y ss., asimila esta figura a la del *administrator* o *executor* inglés o americano.

mas de liquidación¹⁵⁸⁷. El heredero puede en todo caso, y mientras no pierda el derecho a limitar la responsabilidad, solicitar la puesta en administración; pero tan pronto se haga manifiesto el sobreendeudamiento de la herencia, deberá interponer la demanda de apertura del concurso, respondiendo, si no lo hace, ante los acreedores por los daños que ocasione tal omisión¹⁵⁸⁸.

La solicitud de la administración o del concurso la pueden realizar tanto los herederos como los acreedores hereditarios, pero estos últimos solo podrán solicitarlo en un plazo de dos años¹⁵⁸⁹. En ambos procedimientos, la consecuencia natural será la pérdida de administración de la herencia por el heredero y su correspondiente traslado al administrador curador o concursal¹⁵⁹⁰.

Por último, si el heredero creyese que el activo hereditario no puede soportar los gastos de cualquiera de los dos procedimientos previos, podría liberarse igualmente de responsabilidad a través de su entrega a acreedores, es decir, del abandono de los mismos (*Abzugseinrede*, § 1990 BGB). La consecuencia de este instituto es que el heredero será descargado de toda responsabilidad por deudas hereditarias (§ 1991); si bien, será responsable por la administración que hubiese llevado.

7.4 Valoración personal

Como hemos visto, cualquiera de los procedimientos de limitación de responsabilidad de otros ordenamientos jurídicos vecinos es más sofisticado y avanzado que nuestro recientemente reformado beneficio de inventario.

¹⁵⁸⁷ PERCEROU (1905), p. 837, estima que la diferencia entre concurso y administración es considerable, toda vez que el concurso presupone la insolvencia de la masa hereditaria, mientras la administración no exige ninguna prueba de este tipo. Por el contrario, BINDER (1953), pp. 221-224, considera que el concurso de herencia «no presupone realmente la insolvencia absoluta de la masa –que siempre puede ser convertida en dinero con el fin de pagar a los acreedores– sino el exceso de deudas de la herencia». MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES (1998), pp. 121 y ss., dice, en relación al secuestro del caudal relicto, que se trata de la puesta en administración o el concurso hereditario, y que mediante ambos institutos se satisfacen los derechos de los acreedores hereditarios; si bien, el heredero no podrá escoger entre una u otra forma de liquidación.

¹⁵⁸⁸ BINDER (1953), pp. 221-224; MURGA FERNÁNDEZ (2018), p. 373.

¹⁵⁸⁹ PERCEROU (1905), pp. 832-842, justifica que los acreedores tengan un plazo menor toda vez que ellos tienen la facultad de exigir el pago sin demora; mientras que el heredero puede, y sin que sea su culpa, ignorar durante bastante tiempo el estado pecuniario real de la herencia; BINDER (1953), p. 224, señala que en el caso del concurso de herencia, y además de los herederos y acreedores, también lo pueden solicitar los curadores de la herencia y otros administradores y el ejecutor testamentario siempre que le competa su administración; MURGA FERNÁNDEZ (2018), p. 373, califica precisamente por ello a estos dos recursos de instrumentos legales bifuncionales, que sirven igualmente a los intereses de herederos y acreedores.

¹⁵⁹⁰ PERCEROU (1905), pp. 832-842, señala que el heredero será considerado como administrador de bienes ajenos por el tiempo que haya administrado la herencia, y será responsable de tal administración. El heredero podrá ser remunerado, y si así fuese, su responsabilidad será más severa; BINDER (1953), pp. 222-224.

Así, del sistema italiano se puede destacar la riqueza de matices y la variedad de sistemas de liquidación dentro del genérico beneficio de inventario. En nuestra opinión, que los acreedores hereditarios puedan forzar la liquidación «concurso» o puedan dejar sin efecto la pérdida del beneficio de inventario es indudablemente beneficioso, y les da un protagonismo y unas prerrogativas que no se reproducen en nuestro sistema.

Del nuevo sistema francés, la aceptación a concurrencia de activo neto, se puede reseñar su similitud con el sistema de liquidación del *common law*, aunque con unos plazos más generosos, lo que en nuestra opinión es acertado en aras de proteger a los acreedores hereditarios, pues la reforma francesa es de calado y es necesario que la sociedad se acostumbre a esta nueva realidad jurídica.

Por último, del sistema alemán se puede resaltar que los acreedores hereditarios tienen mayores prerrogativas que en nuestro sistema pues, además de poder solicitar el concurso de herencia¹⁵⁹¹, también podrán solicitar la puesta en administración de los bienes hereditarios¹⁵⁹².

¹⁵⁹¹ Sin embargo, en nuestro sistema, los acreedores hereditarios no podrán solicitar el concurso de herencia si ésta fue aceptada pura y simplemente, lo que, como dijimos, no nos parece acertado.

¹⁵⁹² También podrán hacerlo los acreedores hereditarios en Suiza, pues el artículo 594 del *Code Civil suisse* estipula que podrán forzar una liquidación oficial en el plazo de tres meses: *les créanciers du défunt qui ont des raisons sérieuses de craindre qu'ils ne soient pas payés peuvent requérir la liquidation officielle dans les trois mois à partir du décès ou de l'ouverture du testament, si, à leur demande, ils ne sont pas désintéressés ou n'obtiennent pas des sûretés*. Una solución a la inversa –para cuando el heredero sea insolvente– es la que existe, según ROCA SASTRE (1960), p. 1148, en los países escandinavos, pues los acreedores hereditarios y legatarios podrán obtener judicialmente la designación de un administrador y liquidador de la herencia.

CAPÍTULO VII

LAS DEUDAS SUCESORIAS DESCONOCIDAS O SOBREVENIDAS

1. INTRODUCCIÓN: LA POSIBILIDAD DE QUE LOS HEREDEROS SE ENCUENTREN CON DEUDAS DESCONOCIDAS O SOBREVENIDAS TRAS LA ACEPTACIÓN

En épocas recientes se ha puesto de manifiesto la mayor presencia de casos en los que aparecen deudas hereditarias ocultas, es decir, deudas desconocidas o sobrevenidas de las que el heredero no tiene conocimiento hasta tiempo después de la aceptación de la herencia. Ejemplo de deuda desconocida podría ser la fianza, si el causante fía a un tercero ignorándolo por completo quien en el futuro lo sucede y la misma se ejecuta una vez fallecido el fiador; en este caso, la deuda preexiste con anterioridad al fallecimiento del deudor-causante, pero con desconocimiento del futuro heredero. De otra parte, ejemplo de deuda sobrevenida podría ser la responsabilidad civil –extracontractual, contractual o legal– que se reclama tiempo después de fallecido el causante; en este caso, la deuda o no está cuantificada (si el daño ya se ha producido en vida del responsable) o ni siquiera ha llegado a nacer con anterioridad a la apertura de la sucesión (si el daño es posterior a que fallezca el causante), por lo que es todavía más posible que el heredero ignore esta potencial obligación.

La mayor incidencia de estas «deudas sucesorias ocultas» se debe, en gran medida, a la crisis económica que hemos venido sufriendo en la última década y al hecho de que han aumentado no solo el número de impagos sino también, y consecuentemente, el de ejecución de las fianzas o avales, así como otras situaciones de conflicto susceptibles de dar lugar a este tipo de deudas.

No en vano, se ha afirmado que contra lo que sucedía antes de la crisis, hay herencias que son una especie de caramelo envenenado ¹⁵⁹³.

Sin embargo, este fenómeno no es nuevo, pues ya Del Moral de Luna ¹⁵⁹⁴ hizo notar en su día, de forma muy literaria, que la responsabilidad *ultra vires hereditatis* se proyecta frecuentemente sobre «deudas insospechadas que hacen maldecir el diabólico juego de las formas legales de aceptación de la herencia. Y, en tal caso, cuando al heredero *cazado* le digamos sus juristas consultores que en su mano estuvo aceptar a beneficio de inventario, me parece que los técnicos habremos cometido la inelegante indiscreción de clavar un *inri* en lo alto de su cruz. El Estado se cura en salud; y la mano buena del legislador se tiende previsoramente y solícita hacia el tutelado y el pobre; pero cuando el legislador se enfrenta con el heredero de tipo *standard*, en paz y sin peritos le dice, con la gola puesta, que tiene una forma de aceptar tan lisa y tan llana que hasta puede ser tácita y que, si quiere vacunarse contra posibles males, debe recetarse él solo».

Posteriormente, Peña Bernaldo de Quirós ¹⁵⁹⁵ también hizo alusión a este fenómeno, al señalar que la muerte del titular mengua las posibilidades de enriquecimiento del patrimonio y también de constitución de nuevas deudas. Añadía que, sin embargo, no hay congelación absoluta: cabe que sigan entrando nuevos bienes como los pagos de créditos, o la indemnización por daños morales, subrogación real, usucapión, accesión, etc.; y que nuevas deudas pasen a afectar al patrimonio, como las costas de inventario, gastos de justicia, gastos de administración, gastos de entierro y funerales, gastos de partición en interés común, y las responsabilidades por razón de riesgo, como por ejemplo, la del artículo 1907 CC.

De forma más tímida destapaba esta posibilidad Lacruz Berdejo ¹⁵⁹⁶ al afirmar que no eran raros los casos de repudiación de una herencia ya aceptada tácitamente cuando el heredero se percató de que las cargas son mayores de lo que se sospechaba; sin embargo, el Tribunal Supremo falla siempre, decía el autor, en favor de la irrevocabilidad de la aceptación.

¹⁵⁹³ RIPOLL SOLER, en pildoraslegales.com/2014/08/07/aceptacion-notarial-herencia-beneficio-inventario-reforma-jurisdiccion-voluntaria/ (consultado el 31 de enero de 2018).

¹⁵⁹⁴ DEL MORAL DE LUNA (1953), pp. 704-705, que añade: «me tomo la libertad de pintarlo así no tan solo por un pie forzado del tema –y, desde luego, no por una visión sensiblera del problema–, sino porque la vida y la práctica, con que los notarios contrastamos a diario nuestra preparación de laboratorio, nos enseñan, a golpe de casos clínicos, que esa prisa de nuestro tiempo y esa confianza en las apariencias de que magistralmente habló ALEJANDRO BÉRGAMO son incompatibles con la inefable responsabilidad *ultra vires* y han enmohecido el mecanismo legal de la aceptación de la herencia».

¹⁵⁹⁵ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (2009), pp. 144-145.

¹⁵⁹⁶ LACRUZ BERDEJO (1981), p. 84.

Más recientemente, De Ángel Yagüez¹⁵⁹⁷ resaltó que, aunque tal vez no muy frecuente, no es desconocido el caso en que el heredero, tras haber aceptado la herencia pura y simplemente, se encuentra después con deudas por responsabilidad, poniendo de ejemplos paradigmáticos el del heredero del médico supuestamente responsable de daños causados a un paciente en el ejercicio de su profesión, el heredero del conductor de automóvil culpable de un daño en la circulación o el heredero del empresario responsable de perjuicios causados por uno de sus empleados o por el producto que puso en el mercado.

Lo que está claro es que, a pesar de que no se trate de un fenómeno nuevo, sí parece que ha adquirido renovada importancia en los últimos tiempos, pues varios son los autores que han referido el peligro de la ausencia de su regulación en nuestro sistema¹⁵⁹⁸; además, en este caso, de nada sirve la recomendación generalizada de que se repudie una herencia dañosa –puede que la herencia fuese activa antes de que apareciese la deuda desconocida resultante–¹⁵⁹⁹.

En efecto, como dice algún autor, la renuncia a la herencia por las deudas es lógica; lo que no tiene lógica es que la renuncia se haga ante la duda de si hay o no deudas, es decir, ante la dificultad de conocer el verdadero alcance del pasivo del difunto, sobre todo cuando puede tratarse de un pasivo latente, una deuda que no existe hoy pero que puede llegar a nacer mañana, después de fallecido el causante¹⁶⁰⁰.

¹⁵⁹⁷ DE ÁNGEL YAGÜEZ (2001), pp. 17-18.

¹⁵⁹⁸ En cuanto a la posibilidad de que el heredero desconozca ciertas deudas, véase PARAMIO JUNQUERA (2013), p. 265. MARTÍNEZ CAÑELLAS (2014), p. 1362, considera que no es una hipótesis tan excepcional el aceptar pura y simplemente, una herencia con deudas, porque en muchas ocasiones el llamado no tiene conocimiento de la situación de insolvencia, y la acepta creyéndola ventajosa, más cuando el estado de insolvencia es inminente y no actual. GONZÁLEZ VICENTE (2016), p. 3420, también afirma que no suelen conocerse las deudas del causante, más allá de hechos o especulaciones que la cercanía nos permita intuir. KARRERA EGIALDE (2018), pp. 137-171, afirma que la contrariedad surge cuando aparecen deudas ignoradas que se ponen de manifiesto después de aceptada la herencia, sobre todo para hacer frente a situaciones patrimoniales cada vez más usuales en la sociedad contemporánea que se conocen después del deceso, como son el caso de la fianza prestada por el causante que ignoraban los llamados a la herencia, la responsabilidad del profesional liberal solicitada tras su muerte o las deudas fiscales provenientes de una actuación inspectora posterior al fallecimiento, entre otros; y añade que los avales no suelen aparecer en los indicadores de riesgo bancario y, en la práctica, el heredero suele desconocer su existencia.

¹⁵⁹⁹ BOTÍA VALVERDE, en www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2012-particion-beneficio-inventario.htm (consultado el 27 de mayo de 2018). ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, en www.notariofranciscorosales.com/la-aceptacion-de-la-herencia-a-beneficio-de-inventario/ (consultado el 27 de mayo de 2018), también hace notar que no solo el endeudamiento hace recomendable la aceptación a beneficio de inventario, sino también las fianzas otorgadas por el causante, las comprobaciones fiscales, que pueden producirse dentro de los cuatro años siguientes al fallecimiento del causante, constituyéndose como deudas inesperadas, y la responsabilidad profesional del causante.

¹⁶⁰⁰ FEÁS COSTILLA (2014), pp. 186-187, que añade que esto se solucionaría sin embargo si los herederos pudieran consultar la CIRBE (Central de Riesgos del Banco de España), pero no pueden, pues «hoy por hoy, solo el titular con la suficiente sangre fría, a la vista de su muerte próxima, puede consultarla en beneficio de sus inminentes herederos».

Como se puede apreciar, hoy en día es muy fácil que el heredero no llegue a conocer todo el pasivo sucesorio antes de decidir si acepta o repudia; téngase en cuenta que las deudas transmisibles *mortis causa* pueden nacer por diferentes causas¹⁶⁰¹. Además, podría ocurrir que el heredero desconozca por completo las deudas contraídas por el causante en el ejercicio de su profesión –las cuales también deben ser incluidas en el pasivo de la herencia, como afirma la STS de 17 de noviembre de 2008¹⁶⁰²–, y que no siempre serán fáciles de conocer –máxime si el causante contrajo deudas en el ámbito internacional–.

Así lo pone de manifiesto la autora luxemburguesa Watgen¹⁶⁰³ al hablar de la existencia de *deudas aleatorias*, es decir, de deudas que pueden llegar a nacer o no. Un ejemplo de este tipo de deudas sería la fianza del causante en favor de un tercero deudor, ya que su ejecución puede no hacerse nunca efectiva, o hacerse efectiva, tal vez, mucho tiempo después de la muerte. Este no es sino un ejemplo de muchos que, dice la autora, muestra claramente que la prudencia invita a no apresurarse a aceptar pura y simplemente una herencia ya que se corre el riesgo, en efecto, de asumir deudas que desconocíamos al momento de la aceptación; riesgo que se hace cada día más actual y probable debido a la internalización del comercio y los negocios, ya que el causante pudo ejercer una actividad comercial en varios países y los herederos podrían terminar siendo responsables del pago de las deudas que el difunto haya contraído fuera de su nación.

No en vano, otro autor extranjero, en este caso francés, como es Grimaldi¹⁶⁰⁴ recomienda el recurso al beneficio de inventario cuando la solvencia de la herencia sea dudosa, lo que puede ocurrir por diferentes razones, entre ellas, por la complejidad de los negocios del difunto, si son, por ejemplo, internacio-

¹⁶⁰¹ En efecto, y en lo que concierne a la transmisibilidad de las deudas hereditarias, es indiferente que el causante las hubiese contraído por contrato (por ejemplo, una compra), que se trate de una obligación legal (como impuestos o cotizaciones a la seguridad social), o extracontractual (como una posible indemnización). Y es que, como señala RHEINSTEIN (1935), p. 433, en el moderno Derecho civil, todas las deudas sobreviven a su deudor con independencia de si nacen de un contrato, del derecho de daños, o de la ley (por ejemplo, en casos de enriquecimiento injusto); es decir, la máxima *actio personalis moritur cum persona* ya no se aplica salvo que se traten de obligaciones personalísimas. También MINGORANCE GOSÁLVEZ (2015), p. 3231, hace notar que la Ley no distingue entre si son contractuales, delictuales o tienen otra procedencia, siempre que sea posible su transmisión *mortis causa*; y que la responsabilidad *ultra vires* «está por encima de la voluntad del causante, que en ningún momento puede evitar la vinculación de todos los bienes del heredero puro, pues la Ley parece anteponer a su voluntad el interés de los acreedores».

¹⁶⁰² RJ 2008, 6051.

¹⁶⁰³ WATGEN (2015), pp. 122-123.

¹⁶⁰⁴ GRIMALDI (2001), pp. 547-560, que, además, pone de manifiesto el carácter perjudicial de la responsabilidad *ultra vires* cuando pierde la facultad de aceptar con beneficio de inventario, acepta tácitamente la herencia y de forma pura y simple, o cuando aparece un pasivo considerable después de la aceptación pura y simple.

nales, por la creencia de que pueda haber un *passif latent* o riesgo de soportar ciertas deudas, como las deudas de una sociedad, o por miedo a la existencia de un pasivo no solamente latente sino oculto, como el resultante de una fianza que pueda haber consentido el difunto en favor de una tercera persona. En todos estos casos en los que la solvencia de la herencia sea incierta, la aceptación beneficiaria evita al sucesor –dice el autor– una mala sorpresa.

En definitiva, el fenómeno de las deudas sobrevenidas o desconocidas no es nuevo, aunque sí parece estar en auge por determinados factores como la crisis económica o la globalización del tráfico jurídico. Pasamos pues a reseñar algunas de las situaciones más paradigmáticas.

2. LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES OCULTAS: LA FIANZA DEL CAUSANTE DESCONOCIDA POR EL HEREDERO

2.1 Introducción

Como hemos tenido ocasión ya de apuntar, las relaciones contractuales pasivas que se transmiten *mortis causa* son aquellas que no se extinguen por muerte del deudor o que no tienen la cualidad de relaciones personalísimas o *intuitu personae* (artículo 1257.1 CC). En un primer momento, se podría pensar que el heredero puede y debe conocer todas las obligaciones de las que el causante respondía; sin embargo, esto no tiene por qué ser así necesariamente, como muestra claramente el caso de la fianza. La fianza es la institución paradigmática de las garantías personales, a través de la cual el fiador garantiza el cumplimiento de una obligación ajena, para el caso de que el deudor no la cumpla. En ella podemos advertir la existencia de, al menos, tres sujetos diferentes: el acreedor, el deudor principal y el fiador; si bien, para que el contrato de fianza se formalice no es preceptiva la aceptación de la misma por el deudor principal, ya que el simple asentimiento entre acreedor y fiador será suficiente para que nazca la relación de garantía¹⁶⁰⁵.

¹⁶⁰⁵ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2008), p. 494, reivindica que nada impide un convenio entre acreedor y fiador, que sería suficiente para la perfección y validez de la fianza incluso sin aceptación por el deudor. Y es que el párrafo segundo del artículo 1823 CC, cuando habla de la subfianza, permite que ésta se constituya aun ignorándolo o contradiciéndolo el fiador subafianzado y la misma regla parece aplicable al deudor principal; si bien, la fianza constituida con manifiesta oposición del deudor hace aplicable el párrafo tercero del 1158, esto es, que solo podrá repetirse del deudor aquello en que le hubiera sido útil el pago.

Otra cosa que conviene tener en cuenta es que la fianza suele nacer, ante todo, de un contrato consensual o convencional¹⁶⁰⁶; es necesario que concurra la oferta y la aceptación, no pudiéndose deducir esta última de lo que se conoce como «presencia presionante del acreedor». Así lo señala el TS en la Sentencia de 23 de marzo de 1988¹⁶⁰⁷, en el que se absuelve de condena a los herederos de quien se creía el fiador, toda vez que solo existía «una declaración escrita y expresa de afianzamiento, dirigida al acreedor (manifestación de voluntad recepticia), pero sin que conste la aceptación de éste ni de manera escrita, ni de forma expresa, ni tácita, por actos inequívocos, antes de que aquella se extinguiese por muerte de su emisor, siendo la reclamación posterior en años al fallecimiento e incluso la obtención de copia del instrumento público, de forma que el recurrente vuelve a olvidar que la fianza, aun solidaria, se constituye por contrato». Por todo ello, el Alto Tribunal resuelve a favor de la no transmisibilidad de la *oferta* de fianza, no aceptada por el Banco acreedor, toda vez que «mal se pueden transmitir las obligaciones derivadas de un contrato consensual que no ha llegado a nacer o de una promesa que ha fenecido por falta de aceptación en tiempo adecuado».

La fianza común se suele caracterizar como una obligación de naturaleza accesoria y subsidiaria¹⁶⁰⁸, aunque la doctrina ha puesto en entredicho que ambas notas sean esenciales al contrato de fianza, especialmente en el caso de la subsidiariedad¹⁶⁰⁹. Pero, en términos generales, se dice que la fianza es ac-

¹⁶⁰⁶ ALBALADEJO GARCÍA (1972), p. 727; CARRASCO PERERA (1992), p. 65; GUILARTE ZAPATERO (1993), p. 1785; INFANTE RUIZ (2004), pp. 60 y ss.; LACRUZ BERDEJO (2005), p. 319; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2008), p. 493. Pero además, y de acuerdo con el artículo 1823 CC, la fianza también puede ser judicial o legal.

¹⁶⁰⁷ RJ 1988, 2422.

¹⁶⁰⁸ CASANOVA MUSSONS (1984), pp. 8-17; CARRASCO PERERA (1992), pp. 72-73; GUILARTE ZAPATERO (1995), pp. 40-43; LACRUZ BERDEJO (2005), p. 320-322.

¹⁶⁰⁹ ALBALADEJO GARCÍA (1972), p. 727, dice que la fianza es «normalmente subsidiaria»; ALVENTOSA DEL RÍO (1988), pp. 76-93; RUBIO GARRIDO (2002), pp. 167-168, considera que «supone una cesura o hiato infranqueable *de lege lata* en relación con la solidaridad de deudores en la que no es dable, bajo ningún concepto, hablar de accesoriedad»; para INFANTE RUIZ (2004), pp. 181 y ss., el principio de subsidiariedad está presente en la arquitectura de toda fianza si se entiende que el acreedor puede demandar en juicio indistintamente tanto al deudor principal como al fiador, pero para proceder contra el fiador debe haberse producido el supuesto de hecho material de la fianza, el incumplimiento del deudor principal; entendido así el principio de subsidiariedad, podría concluirse —dice— que la fianza solidaria o sin beneficio de excusión igualmente absorbe tal carácter; sin embargo, también hace alusión a que el principio de accesoriedad puede ser derogado convencionalmente (como ocurre con la fianza general) o legalmente (aval cambiario); véase también, PÉREZ ÁLVAREZ (2008), p. 805. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2008), pp. 482-483, considera que tanto la subsidiariedad como la accesoriedad no son esenciales, sino notas típicas en la regulación legal. A su juicio, ambas notas definen la forma en que la fianza se encuentra regulada, pero no pueden considerarse esenciales o derivadas de una preexistente naturaleza de las cosas, pues nada impide la existencia de una regulación diversa. La jurisprudencia también parece entender que la nota de subsidiariedad no es esencial, pues la STS de 25 de febrero de 1958 determina que del artículo 1822 CC «se deduce las características de este contrato de ser accesorio, pues no puede existir sin que exista una obligación principal, cuyo

cesoria, no solo porque su validez depende de que exista una válida obligación preexistente, la obligación principal, sino también porque el fiador podrá oponer al acreedor todas las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda, aunque no aquellas que sean puramente personales del deudor *ex* artículo 1853 CC¹⁶¹⁰. Es subsidiaria porque el fiador solo será responsable del pago cuando el deudor no lo satisfaga al momento de su vencimiento. Además, la ley otorga en principio ciertos privilegios al fiador, como el beneficio de excusión¹⁶¹¹, que le faculta a éste a oponerse al pago una vez es reclamado por el acreedor, si la deuda es fácilmente realizable sobre el patrimonio del deudor principal¹⁶¹². La desventaja que ofrece este beneficio es que es el fiador quién ha de proceder al señalamiento de bienes suficientes del deudor en territorio español, y que no siempre será posible su ejercicio, pues queda legalmente excluido en varios supuestos¹⁶¹³. De otra parte, y en el caso de existir más de un fiador (cofianza), todos y cada uno de los cofiadores gozarán del llamado beneficio de división, según el cual el acreedor no puede reclamar a cada cofiador más que una parte de la deuda. Por último, el artículo 1843 del Código Civil establece que el fiador podría, antes de proceder al pago, requerir al deudor para obtener la relevación de la fianza o una garantía que lo ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia del deudor¹⁶¹⁴.

cumplimiento garantiza y de ser subsidiario, pues el fiador se obliga para el caso de que el deudor principal no cumpla la obligación contraída... pero no puede desconocerse que el carácter de subsidiario no tiene en nuestro Código y en sus precedentes de nuestra legislación histórica que recogió los principios del Derecho romano otra representación que la del beneficio de excusión de bienes o de orden concedido al fiador».

¹⁶¹⁰ En efecto, el artículo 1824 CC establece que «la fianza no puede existir sin una obligación válida. Puede, no obstante, recaer sobre una obligación cuya nulidad pueda ser reclamada a virtud de una excepción puramente personal del obligado, como la de la menor edad. Exceptúase de la disposición del párrafo anterior el caso de préstamo hecho al hijo de familia».

¹⁶¹¹ Según RUBIO GARRIDO (2002), pp. 190-191, este beneficio fue introducido en la Novela 4,1 de Justiniano y es un rasgo meramente natural de la fianza, pues cabe su renuncia.

¹⁶¹² La finalidad del beneficio de excusión es enervar o paralizar la pretensión ejecutiva del acreedor frente al fiador, y el fundamento del mismo se encuentra en la subsidiariedad de la fianza dirigida contra él. Sin embargo, este beneficio conlleva cierta carga en favor del fiador «beneficiado», ya que no opera *ipso iure* ni puede ser apreciada de oficio, sino que es el beneficiado quien tendrá que investigar el estado patrimonial del deudor principal para: primero, señalar bienes suficientes que sean realizables dentro del territorio español, y segundo, hacerlo luego de que sea requerido de pago. Véase, en este sentido, ALBALADEJO GARCÍA (1972), p. 730; ALVENTOSA DEL RÍO (1988), pp. 146-156; PANTALEÓN PRIETO (1993), pp. 1805 y ss.; GUILARTE ZAPATERO (1995), pp. 65-68; RUBIO GARRIDO (2002), pp. 192 y ss.; LACRUZ BERDEJO (2005), pp. 331 y ss.; PÉREZ ÁLVAREZ (2008), pp. 817-819; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2008), p. 503.

¹⁶¹³ El artículo 1831 CC establece que la excusión no tiene lugar: 1.º Cuando el fiador haya renunciado expresamente a ella. 2.º Cuando se haya obligado solidariamente con el deudor. 3.º En el caso de quiebra o concurso del deudor. 4.º Cuando éste no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino.

¹⁶¹⁴ De acuerdo con el artículo 1843 CC, el fiador podrá, aun antes de haber pagado, dirigirse contra el deudor principal en los siguientes casos: 1.º Cuando se ve demandado judicialmente para el pago. 2.º En caso de quiebra, concurso o insolvencia. 3.º Cuando el deudor se ha obligado a relevarle de la

2.2 Problemas que surgen cuando el causante era fiador

Por lo dicho, la regulación de la fianza común parece asentarse sobre normas de búsqueda protección hacia el fiador-causante¹⁶¹⁵. Cabe preguntarse dónde está, entonces, el problema en caso de fallecimiento del fiador.

A nuestro parecer, tres circunstancias han de ser tenidas en cuenta para comprender el problema suscitado. De una parte, la actual crisis económica ha incrementado el número de garantías o fianzas que deben ejecutarse, en muchos casos, una vez ya fallecido el fiador¹⁶¹⁶. De otra parte, en los últimos años han proliferado nuevas formas de garantías que desprotegen considerablemente al fiador¹⁶¹⁷; estas nuevas formas son básicamente tres¹⁶¹⁸: en pri-

fianza en un plazo determinado, y este plazo ha vencido. 4.º Cuando la deuda ha llegado a hacerse exigible, por haber cumplido el plazo en que debe satisfacerse. 5.º Al cabo de diez años, cuando la obligación principal no tiene término fijo para su vencimiento, a menos que sea de tal naturaleza que no pueda extinguirse sino en un plazo mayor de los diez años. Según CASANOVA MUSSONS (1984), p. 193, la finalidad de la acción *ut liberetur* del artículo 1843 CC consiste en prevenir la frustración de la acción *ad pecuniam* del artículo 1838 CC, pues en estos casos, el perjuicio del fiador no consistiría tanto en tener que pagar al acreedor sino en tener que hacerlo sin probabilidades de recuperar del deudor su indemnidad.

¹⁶¹⁵ En efecto, la obligación del fiador es en principio idéntica a la del deudor, y debe ejecutarse en las mismas condiciones. Además, de acuerdo con el artículo 1826 CC el fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones. GUILARTE ZAPATERO (1993), p. 1792, considera que «la necesidad de obligarse el fiador *in leviolem causam* se convierte en dogma que preside la reglamentación de la figura». LACRUZ BERDEJO (2005), p. 320-321, considera que la peculiaridad del objeto de la obligación fideiusoria es que este no es autónomo, sino que es de ordinario idéntica, aunque no la misma, que la debida por el deudor principal; por ello, el fiador no puede obligarse a cosa distinta ni más duramente, pero sí podría obligarse más intensamente (*no durius, sino arctius*), reforzando su obligación con otra garantía personal (subfianza) o real. Según ARIJA SOUTULLO (2016), pp. 42-43, en caso de que los herederos del fiador opten por la subrogación dispondrán de todas las acciones derivadas del crédito; podrán, por ejemplo, ejercitar la acción rescisoria por fraude de acreedores y disfrutar de todos los privilegios de los que gozaba el crédito garantizado, como la antigüedad de la deuda. La subrogación no podrá tener lugar cuando se trate de derechos personalísimos del acreedor, ni tampoco respecto a aquellos privilegios personales.

¹⁶¹⁶ Como bien señalaba el Banco de España en el año 2008, «en la actual situación económica, y como lógico reflejo de la crisis financiera en la que nos encontramos inmersos, han adquirido una especial relevancia los problemas derivados de la necesidad de ejecución de avales», en www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/08/Fic/msr0805.pdf (consultado el 2 de febrero de 2018).

¹⁶¹⁷ CARRASCO PERERA (1992), p. 78, afirma que en la práctica bancaria apenas se encuentran y manifestaciones en el que la obligación afianzada no se extienda a la totalidad de las deudas presentes y futuras del deudor principal. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2008), p. 531, afirma que «las necesidades del comercio y del tráfico jurídico reclaman garantías más eficaces, no solo en el sentido de hacer inmediatamente efectiva la obligación del fiador evitando la excusión, sino además eludiendo los enojosos trámites que la efectividad de la fianza impone, con la consiguiente pérdida de tiempo y por ello de dinero». ARIJA SOUTULLO (2016), p. 32, también señala que «la historia de la fianza es la del conflicto entre la tendencia clara del legislador y, más recientemente, de la jurisprudencia, a rodear la obligación del fiador de precauciones y protecciones diversas, y la tendencia inversa de la práctica bancaria a rodearla de obstáculos en interés del acreedor, que normalmente se encuentra en situación dominante».

¹⁶¹⁸ El Banco de España señaló que se podía advertir «una progresiva potenciación del derecho del beneficiario de cada tipo de garantía, que discurre en paralelo y en sentido inverso con el grado de depen-

mer lugar, el contrato de fianza solidaria, por el que el fiador pierde el beneficio de excusión y de división ¹⁶¹⁹; en segundo lugar, las llamadas garantías independientes o autónomas, que no se encuentran subordinadas a la obligación principal garantizada, por las que el fiador ya no puede oponer las excepciones inherentes a la deuda ¹⁶²⁰ y en las que se invierte la carga de la prueba –es el fiador quien debe probar el cumplimiento del deudor principal de la obligación garantizada para oponerse a que la fianza sea ejecutada–; y, por último, las garantías a primer requerimiento o *at first demand*, que le conceden la posibilidad al acreedor de requerir de manera directa al fiador, sin que haya de requerir previamente al deudor principal ¹⁶²¹. Por si no resultare evidente que cualquiera de los subtipos anteriores pone al fiador en una posición de especial vulnerabilidad, es necesario señalar que, los contratos de garantía que se celebran frecuentemente en el tráfico jurídico presentan cláusulas generales en las que se establece que la garantía gozará de toda la ejecutividad de los anteriores subtipos: es decir, será, al mismo tiempo, solidaria, independiente y a primer requerimiento ¹⁶²².

dencia de la obligación principal garantizada, en www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/08/Fic/msr0805.pdf (consultado el 2 de febrero de 2018).

¹⁶¹⁹ Véase la obra completa de RUBIO GARRIDO (2002).

¹⁶²⁰ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2008), pp. 532-533, expone que nuestro sistema es contrario al italiano, en el cual la solidaridad es característica natural de la fianza; razón que ha llevado al tráfico jurídico a crear este tipo de figuras. La jurisprudencia del TS se ha visto así obligada a construir el concepto de «aval en sentido amplio», que no queda sujeto a las normas de la fianza y que tampoco es el típico aval cambiario. Entre otras, la STS de 21 de marzo de 1980 (RJ 1980, 1133) afirma «que no siempre el aval habrá de ser considerado como afianzamiento privativo de un contrato de garantía del cumplimiento de otros contratos y por virtud del cual una o varias personas se comprometen a cumplir una obligación ya existente o que se cree existente en ese momento».

¹⁶²¹ Por este tipo de fianza el fiador se obliga a satisfacer la obligación garantizada al primer requerimiento, siendo así que la condición de ejecución es la declaración de voluntad del acreedor. Véase entre otros CARRASCO PERERA (1995), pp. 105-1075 y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2008), p. 534.

¹⁶²² Importa señalar que, tal y como establece la STS de 23 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1242), la fianza de obligaciones futuras es válida en virtud del principio de autonomía de la voluntad del artículo 1255 CC; si bien, la garantía será válida si, entre otras cosas, no atenta contra la normativa sobre condiciones generales de la contratación o cláusulas abusivas. En cuanto a la jurisprudencia europea, PAZOS CASTRO (2017), pp. 249-255, después de mencionar algunas sentencias aparentemente contradictorias, considera que fue el caso *Tarcâu* (Auto del TJUE de 19 de noviembre de 2015, C-74/15, ECLI: EU: C:2015:772) el que ha unificado el criterio: los contratos de fianza están excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva de crédito al consumo, pero no de la Directiva de cláusulas abusivas. Desde una perspectiva comparada, ZEJALBO MARTÍN hace notar, en www.notariosyregistradores.com/ACTUALIDAD%20FISCAL/articulos/2011-fianzas-muerte-fiador.htm (consultado el 18 de junio de 2018), que la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 19 de octubre de 1993 declaró que los tribunales civiles debían proceder al control del contenido de los contratos de fianza familiar y corregirlos si implicaban una desproporción financiera muy importante, anulando su contenido por ser contrario a las buenas costumbres; así, una fianza dada por un fiador por una cuantía muy superior a su capacidad financiera se califica como inmoral. Probablemente por esta razón, y como señala INFANTE RUIZ (2010), p. 36, la banca introdujo las cláusulas sobre el importe máximo de responsabilidad (*Höchstbetragsklauseln*).

Por último, la tercera circunstancia que hemos identificado es que la regulación del Código Civil no exige, a diferencia de lo que ocurre con las garantías reales, especiales requisitos de forma para la fianza, a excepción de que la voluntad del fiador de garantizar la deuda ha de ser expresa¹⁶²³. Tal es la libertad de forma que ni siquiera se requiere que se haga por escrito¹⁶²⁴, cuestión que conlleva importantes reveses en la sucesión *mortis causa*, ya que puede ocurrir, y ocurre en la práctica toda vez que no existe ningún registro de fianzas, que los herederos desconozcan las obligaciones que los causantes habían garantizado y que incrementan el pasivo hereditario, y se aventuran a aceptar una herencia aparentemente saneada sin posibilidad alguna de prever la responsabilidad de garantía que tendrán que asumir incluso con su propio patrimonio, si no han aceptado a beneficio de inventario.

No obstante, ninguna de las tres circunstancias que hemos mencionado traería excesivas consecuencias si no fuese por un hecho importante: que la fianza es, *a priori*, transmisible *mortis causa*.

2.3 La transmisibilidad de la fianza

Uno de los inconvenientes reside por tanto en que entre las causas de extinción previstas en los artículos 1847 y siguientes CC no se encuentra la muerte del fiador, lo que quiere decir que la fianza será transmisible *mortis causa*, salvo aquella que expresamente se configure como fianza personalísima¹⁶²⁵; circunstancia esta de la transmisibilidad que a menudo se desconoce¹⁶²⁶. Por

¹⁶²³ El artículo 1827 CC establece que «la fianza no se presume: debe ser expresa y no puede extenderse a más de lo contenido en ella»; GUILARTE ZAPATERO (1993), p. 1795, entiende que la exigencia del carácter expreso se fundamenta o bien en el riesgo propio que el negocio entraña o a que la existencia de obligación fideiusoria debe afirmarse solo ante declaraciones de voluntad inequívocas que no den lugar a dudas sobre la verdadera intención del fiador de prestarla. Pero como ha hecho notar la doctrina [entre otros, PÉREZ ÁLVAREZ (1995), pp. 810-811, y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2008), pp. 494-496] el hecho de que no valga una voluntad tácita no implica que la declaración de voluntad deba ser formal, pues el principio general de libertad de forma del artículo 1278 CC.

¹⁶²⁴ Hablamos de la fianza civil, pues el artículo 440 del Código de Comercio estipula expresamente que «el afianzamiento mercantil deberá constar por escrito, sin lo cual no tendrá valor ni efecto».

¹⁶²⁵ ARIJA SOUTULLO (2016), p. 26, afirma que «entre las causas de extinción de la fianza no se encuentra la muerte del fiador, salvo que se haya establecido este evento como término final en el contrato que da lugar al nacimiento de la garantía, o se desprenda del contrato que ésta era la voluntad de los contratantes, que habían pactado la obligación *fideiusoria* como obligación *intuitu personae*».

¹⁶²⁶ GARCÍA GOLDAR, en www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/civil/problemas-que-la-fianza-plantea-cuando-el-fiador-fallece (consultado el 27 de julio de 2018).

ello, tanto los notarios ¹⁶²⁷ como la doctrina ¹⁶²⁸ desaconsejan avalar a un familiar sin involucrarse en el proceso de negociación de las cláusulas, precisamente porque lo habitual es que estas se opongan al interés del avalista, como sucede con la renuncia al beneficio de excusión.

Lo cierto es que nuestro Código Civil no recoge ninguna regla sobre la transmisibilidad de la fianza ¹⁶²⁹, a diferencia del Proyecto de García Goyena, que afirmaba en su artículo 1739 que «todas las obligaciones del fiador pasan á sus herederos, menos el apremio personal, aunque procediere contra el mismo» ¹⁶³⁰. A pesar de la ausencia de previsión legal expresa, esta se trata de una cuestión pacífica en la doctrina española, pues se considera que la fianza es transmisible *mortis causa* –al contrario de lo que establecía el criterio histórico, que propugnaba como regla general la intransmisibilidad– ¹⁶³¹; no obs-

¹⁶²⁷ ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ afirma que ver padres jubilados cuyas pensiones se embargan por avalar al hijo, o cuyas viviendas se ejecutan por dichos avales es algo que está a la orden del día; hecho que hace notar con advertencias tan explícitas como «os llamo a la reflexión» o «ten mucho cuidado, porque el fallecimiento del avalista no extingue el aval, sino que pasa a sus herederos, por lo que avalando a tu hijo, no solo comprometes tu patrimonio, sino que puedes comprometer el patrimonio de tus demás hijos», en www.notariofranciscorosales.com/avalara-mi-hijo/ (consultado el 26 de febrero de 2018). MARÍN CALERO (2016), pp. 244-246, afirma que «hay un normal desconocimiento sobre otras cuestiones jurídicas más específicas, tales como que la responsabilidad del fiador no se extingue por su muerte»; en definitiva, «son las deudas futuras y las inciertas, y también, naturalmente, las completamente desconocidas, de las que el heredero no tiene noticia, las que hacen más recomendable acogerse al beneficio de inventario, o al menos al derecho a deliberar».

¹⁶²⁸ ARIJA SOUTULLO (2016), p. 26, también ha querido poner de manifiesto la frecuencia con que se afianzan deudas, en muchos casos hipotecarias, a familiares y amigos. «Estos garantes –dice– afianzan sin ser plenamente conscientes de las consecuencias, ignorando fiador y herederos cuales son las repercusiones que van a producirse tras el fallecimiento del deudor». Además, PINTO OLIVEIRA (2016), pp. 7 y ss., pone de manifiesto que las fianzas intrafamiliares a veces son problemáticas por ser excesivas, es decir, por existir una evidente desproporción entre la deuda garantizada y los rendimientos mensuales del fiador; en su obra cita además tres casos de Derecho comparado, de las jurisdicciones alemana, neerlandesa e inglesa, en los que existía, cuando menos, peligro de disminución de la libertad o autonomía contractual.

¹⁶²⁹ ARIJA SOUTULLO (2016), p. 39, señala que en nuestro Derecho común no existe norma alguna que tenga en cuenta directamente la excesiva onerosidad de la fianza y tampoco que introduzca, en atención a la equidad, una presunción legal de la cláusula *rebus sic stantibus*.

¹⁶³⁰ GARCÍA GOYENA (1852-B), p. 146, que explica que es común a todos los contratos según el artículo 1026 y cita como precedentes los Códigos civiles francés, sardo, napolitano, la Ley 16, título 12 de Partida 5 y el Digesto (D. 46, 1 4) que recoge la doctrina de que el fiador se obliga y deja obligados a sus herederos porque ocupan el lugar del deudor.

¹⁶³¹ Tampoco establecen ninguna norma *ad hoc* los Códigos civiles de Italia y Alemania. Según GIMÉNEZ CANDELA (1988), p. 1319, el principio de la intransmisibilidad de la obligación del fiador parece ser una regla común a distintos pueblos de la Antigüedad; habría sido un rasgo propio del Derecho romano el haber superado esta concepción primitiva dando a la obligación del fiador por *adpromissio* un carácter patrimonial, pero manteniendo, en el ambiente itálico, la antigua intransmisibilidad pasiva, a la vez que se introdujo, por la ley Furia, un plazo de caducidad bienal para tal obligación. Pero tanto los adpromisores de fuera de Italia como para la más progresiva *fideiussio*, que había de prevalecer, la obligación del fiador se hizo pasivamente transmisible. En igual sentido, D'ORS (2002), pp. 118-119, señala que a lo largo de la historia jurídica se puede observar una tendencia a la intransmisibilidad pasiva de la fianza; así ocurría con las antiguas adpromisiones romanas, no con la *fiseiussio*, y vuelve a ocurrir en el Derecho medieval. Sin embargo, por influencia del Derecho romano (*Instituciones*, 3, 20, 2), acabó por admitirse la transmisibi-

tante, existen autores que entienden que la fianza, sin ser obligación personalísima, debería encuadrarse dentro de las *intuitu personae* a efectos del artículo 659 CC: es decir, que deberían extinguirse a la muerte del fiador¹⁶³². Criterio este que compartimos, pues el artículo 1829 CC establece que «si el fiador viniere al estado de insolvencia, puede el acreedor pedir otro que reúna las cualidades exigidas en el artículo anterior. Exceptuándose el caso de haber exigido y pactado el acreedor que se le diera por fiador una persona determinada». Por lo tanto, lo que el legislador español ha previsto es que, truncada la solvencia del fiador en vida de éste, el acreedor goza del «beneficio de sustitución» por el cual puede pedirle al deudor principal que nombre a otro fiador; criterio este que creemos debería aplicarse igualmente en caso de insolvencia del patrimonio del fiador finado: si la herencia no tuviese bienes suficientes para hacer frente a la obligación fiada, el acreedor debería recurrir al beneficio de sustitución y no perseguir el patrimonio propio del heredero o los coherederos¹⁶³³.

El análisis comparado muestra que sobre el tema de la transmisibilidad de la fianza no existe unanimidad de soluciones. Así, por ejemplo, dentro de nuestras fronteras se regula el tema de la transmisibilidad de la fianza en la ley 531 de la Compilación de Derecho foral de Navarra, que ordena: «La obligación del fiador se transmite a los herederos. Sin embargo, si la responsabilidad derivada de la fianza les resultase extraordinariamente onerosa, podrán solicitar la revisión judicial de la obligación, de acuerdo con lo dispuesto en el último párrafo de la Ley cuatrocientos noventa y tres»¹⁶³⁴.

lidad hereditaria de la deuda del fiador, cuya razón residía en la pervivencia a través de los siglos de la idea de que el fiador asumía una responsabilidad penal por la solvencia del deudor que podía agravarse al doble de la deuda pero que, precisamente por su carácter penal, no podía gravar a los herederos del fiador.

¹⁶³² CASANOVA SANGUINO (1975), pp. 651-652, entiende que la solvencia de una persona es presupuesto previo para que surja la fianza. Según el autor, la fianza, evidentemente, no supone una obligación de hacer que sea personalísima, puesto que el pago de la cantidad que acredite el Banco ante un saldo deudor en las cuentas que mantiene con la persona o entidad a quien confiere descuento, puede ser realizado por cualquiera; pero sí supone un condicionamiento previo al nacimiento de la obligación como tal. Por ello, entiende que sin poder incluirse dentro del concepto de personalísimas las obligaciones que surgen del contrato de fianza, sí puede afirmarse que su constitución responde a las calidades intrínsecas de la persona llamada a constituir la y que, por ello, puede encuadrarse como contrato *intuitu personae* en el momento de nacer.

¹⁶³³ GUILARTE ZAPATERO (1993), p. 1799, señala que «ni la muerte del fiador, ni la confusión de la cualidad de éste con la de deudor principal, ni, en general, circunstancias subjetivas que puedan concurrir en el garante son causas que permitan su sustitución», pero entendemos que dice esto en el caso de que el patrimonio del fiador esté saneado, en cuyo caso, por supuesto la muerte del fiador no puede dar lugar al beneficio de sustitución. Sin embargo, cuestión distinta será si el patrimonio del fiador finado fuese insolvente o insuficiente.

¹⁶³⁴ D'ORS (2002), p. 118, señala que con esta ley se afirma la transmisibilidad pasiva de la obligación del fiador y que «concebida la deuda del fiador como una deuda ordinaria, aunque sea subsidiaria y no solidaria, la transmisibilidad resulta inevitable».

En derecho comparado, el *Code Civil* de Quebec establece en el artículo 2361 de su Código Civil la extinción de la fianza por muerte del fiador, incluso si se hubiese pactado lo contrario¹⁶³⁵. En Francia y a pesar de lo engañoso que pueda resultar el artículo 2294 cuando establece que «*les engagements des cautions passent à leurs héritiers si l'engagement était tel que la caution y fût obligée*», parece que la fianza también es transmisible *mortis causa*, salvo cuando se trate de garantizar deudas futuras; igual solución se prevé en Italia, donde la doctrina mayoritaria también afirma la transmisibilidad de la fianza, si bien, existen ciertos autores que consideran que tiene naturaleza *intuitu personae*¹⁶³⁶.

Volviendo a nuestro Derecho, la fianza será en principio transmisible *mortis causa*; únicamente por vía jurisprudencial se viene limitando desde hace años la sucesión en el contrato de fianza cuando ésta se trate de la llamada fianza ómnibus o general, y en relación con las obligaciones asumidas tras la muerte del fiador. Conviene apuntar que la fianza general se caracteriza por garantizar un conjunto de obligaciones que se hayan realizado o se realicen en el futuro¹⁶³⁷, y no está regulada en nuestro Código Civil, aunque ha sido incorporada debido a su importación de la práctica extranjera¹⁶³⁸.

¹⁶³⁵ El precepto original establece que «*le décès de la caution met fin au cautionnement, malgré toute stipulation contraire*».

¹⁶³⁶ En Italia, SIMONETTO (1985), pp. 75 y ss.; RUGGERI (2005), pp. 78-79; DI BIASE (2014), p. 9.

¹⁶³⁷ El artículo 1825 CC es el que permite que se afiancen obligaciones futuras, cuando establece que «puede también prestarse fianza en garantía de deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido; pero no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida». LACRUZ BERDEJO (2005), p. 325, entiende que la obligación futura afianzada habrá de estar suficientemente determinada, o al menos, ser determinable sin necesidad de nueva declaración del fiador y acreedor. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2008), pp. 489 y ss., dice que la fianza de una deuda futura supone en cierta medida una ruptura con el principio de accesoriedad pues nace antes de que exista la obligación principal. Sin embargo, este mismo autor dice que la fianza general u ómnibus presenta problemas peculiares razón por la que una doctrina minoritaria se ha cuestionado la validez de esta figura. Véase además INFANTE RUIZ (2004), pp. 195 y ss.; CARRASCO PERERA (2015), pp. 208 y ss.; ARIJA SOUTULLO (2016), pp. 45-47. La admisibilidad jurisprudencial de la figura de la fianza ómnibus se consolidó tras la STS de 23 de febrero de 2000 (RJ 2000, 2142), donde se establece que el artículo 1824 CC «no impide la fianza de una obligación inexistente hoy pero que existirá mañana, ya que la obligación futura la permite afianzar el artículo siguiente, 1825: puede también prestarse fianza en garantía de deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido; pero no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida: se trata de obligación no nacida pero sí determinable sin necesidad de nuevo convenio (que sería un nuevo contrato de fianza), que no infringe el principio de accesoriedad de la fianza, ya que para su efectividad será preciso que la obligación haya nacido y sea líquida».

¹⁶³⁸ El legislador italiano por el contrario sí ha introducido la fianza general en el *Codice* tras la reforma del año 1992 que modifica el contenido del artículo 1938, por el cual se introduce un requisito para la validez de la fianza general: que se determine el importe máximo afianzado (*La fideiussione può essere prestata anche per un'obbligazione condizionale o futura con la previsione, in questo ultimo caso, dell'importo massimo garantito*). Según INFANTE RUIZ (2010), p. 36, aunque la norma no lo dice, la consecuencia en caso de incumplimiento de lo dispuesto es la nulidad del contrato.

La exclusión de la transmisión a los herederos de estas fianzas especiales se ha plasmado en la STS de 29 abril de 1992 ¹⁶³⁹ que señala que «el alcance de la fianza concertada, aun cuando se refiera a obligaciones futuras, siempre habrá de entenderse en el sentido que al surgir o al generarse esas obligaciones, tras la constitución de esta fianza, persista esa voluntad del fiador de asumir, realmente, las consecuencias de ese futuro deber o compromiso en el tiempo», pues, continúa, «el aseguramiento del pasivo que se contraiga en lo sucesivo supondría una atadura *sine die* o a perpetuidad para los causahabientes del fiador que por su premerencia no podría disentir de su precedente compromiso, lo que a todas luces, repugna a los parámetros de la vinculación temporal a que se sujeta todo deudor o responsable». Este criterio ha sido seguido por las Audiencias, como se puede ver en el Auto de la AP de Murcia, de 29 de marzo de 2011 ¹⁶⁴⁰, al señalar que «la obligación no llega a integrarse en el caudal relicto de la herencia, del que forman parte únicamente los derechos y obligaciones existentes al tiempo del fallecimiento, por lo que, en efecto, es transmisible la obligación derivada del afianzamiento otorgado por el causante, incluso de una deuda futura y de forma indefinida, pero solo cuando dicha deuda se ha integrado en el patrimonio del fiador antes de su fallecimiento, máxime, cuando la fianza tiene carácter accesorio de otra obligación».

Sin embargo, la doctrina ha afirmado que, a pesar de que la jurisprudencia lo ponga en duda, la obligación fideiusoria siempre fue transmisible *mortis causa*; únicamente en función de la buena fe contractual podrá atemperarse la transmisión exigiendo al acreedor el deber de informar a los herederos sobre el nacimiento de nuevas deudas a fin de que utilicen si así lo desean su derecho de denuncia del contrato ¹⁶⁴¹. Así, varios han sido los autores que han criticado esta doctrina jurisprudencial; entre ellos, Carrasco Perera ¹⁶⁴² señala que no la comparte, pues la fianza no es *intuitu personae*, y además, los herederos del fiador conocían la existencia de la deuda y controlaban la sociedad deudora, por lo que podían haber desistido de la fianza antes de que la deuda se hubiera contraído. En igual sentido, Arijá Soutullo ¹⁶⁴³ también considera que no se trataba de una obligación personalísima, que nunca es *intuitu personae* salvo que así se haya

¹⁶³⁹ RJ 1992, 4470.

¹⁶⁴⁰ JUR 2011, 188735.

¹⁶⁴¹ INFANTE RUIZ (2010), p. 40, que considera que sería contrario a la buena fe no anunciar a los herederos del surgimiento de nuevas deudas *in testa* del deudor principal, pues el vínculo como garante es lo que se transmite a los herederos del fiador, que se transmite con todos sus derechos anexos incluido naturalmente el derecho de revocar esta condición mediante una declaración unilateral que les libere de nuevas obligaciones que contraiga el deudor fiado.

¹⁶⁴² Según CARRASCO PERERA (1992), pp. 337 y ss.; CARRASCO PERERA (2015), pp. 211-212.

¹⁶⁴³ ARIJA SOUTULLO (2016), pp. 50-58.

pactado; por ello, esta autora propone una solución alternativa, a saber: que en los casos en que los herederos del fiador sigan teniendo el control de la sociedad deudora y por consiguiente puedan impedir el nacimiento de la nueva deuda garantizada, o puedan ejercitar su derecho de desistimiento y no lo hayan hecho, no habrá en principio ninguna razón para entender que no se debe hacer frente a la garantía; por el contrario, no tendrán que responder los herederos, por ejemplo hijos del fiador, que no tengan posibilidad de control.

No obstante, a día de hoy parece que en Derecho español la fianza ómnibus es intransmisible *mortis causa*, al igual que ocurre en otros ordenamientos como el francés, donde la *Cour de cassation* determinó en su Sentencia de 29 de junio de 1982¹⁶⁴⁴, precedente claro y directo de la STS de 1992¹⁶⁴⁵, que solo las deudas existentes a la muerte del fiador son transmitidas a sus herederos, de manera que la intransmisibilidad de las deudas nacidas con posterioridad a la muerte del fiador presenta naturaleza de orden público, y toda cláusula contraria que se incluya en el contrato de fianza constituye un pacto sobre sucesión futura¹⁶⁴⁶.

En definitiva, toda obligación contraída por el causante de afianzamiento personal será transmisible a sus herederos –salvo cuando, en el caso de tratarse de deudas futuras garantizadas con la fianza, éstas no se hayan determinado expresamente antes del fallecimiento del fiador–, y aunque el heredero, al tiempo de la aceptación, no conociese su existencia, incluso actuando con buena fe en su sentido objetivo –no en vano, los expertos señalan que la única posibilidad de evitar su transmisión sucesoria es recurriendo al principio de autonomía de la voluntad de las partes y pactando específicamente su *intrans-*

¹⁶⁴⁴ En esta sentencia se afirma que «*attendu qu'ayant releve qu'aucune dette n'existait a la charge du debiteur principal au deces de m noel ernault, l'arret retient que celui-ci, qui n'etait pas tenu a cette date, ne pouvait transmettre d'engagement a ses heritiers pour des dettes nees posterieurement, qu'en statuant ainsi, la Cour d'appel, qui n'avait pas a repondre aux conclusions invoquees dans le second moyen, a fait une exacte application des dispositions de l'article 2017 du Code Civil*». Esta sentencia se ha dicho (BAILLON-WIRTZ 2006, pp. 415 y ss. y ZEJALBO MARTÍN, en www.notariosregistradores.com/ACTUALIDAD%20FISCAL/articulos/2011-fianzas-muerte-fiador.htm) deriva de la tesis propuesta por MOULY (1979), pp. 450 y ss., quien distinguió entre dos tipos de obligaciones del fiador: la obligación de pago, futura y eventual (*obligation de règlement*), y la obligación de cobertura (*obligation de couverture*), que nace desde la celebración del contrato; en su opinión, se justifica la solución debido a las consecuencias tan graves que podría acarrear, por ejemplo, si los herederos hubiese aceptado la herencia «*en ignorant totalement l'existence du cautionnement*». BAILLON-WIRTZ (2006), p. 416, entiende que esta nueva jurisprudencia mejora indudablemente la situación del heredero *innocent* en el descubrimiento de las obligaciones de cobertura de deudas nacidas con posterioridad a la muerte del difunto; si bien, no se puede decir lo mismo de las obligaciones de pago. Por ello, entiende que el intento jurisprudencial de no hacer responsable al heredero por deudas ocultas es parcial y no apto para el remedio correcto de los peligros inherentes al carácter irrevocable de la aceptación pura y simple.

¹⁶⁴⁵ CARRASCO PERERA (1992), pp. 339 y ss.

¹⁶⁴⁶ GASNIER (2013), p. 36.

*misibilidad*¹⁶⁴⁷. Cabe preguntarse, entonces, si las respuestas que el sistema legal vigente ofrece al heredero que se encuentra con una fianza «sorpresa» que no conocía al tiempo de aceptar son adecuadas, o si, por el contrario, vendría hacer un poco de crítica y establecer nuevas disposiciones y regulaciones que, a la vista de los problemas expuestos, protejan de mejor manera los intereses en juego.

Baste señalar por el momento que, con la regulación presente, el heredero que haya aceptado pura y simplemente, con desconocimiento de la existencia de la obligación fideusoria de su causante, estará obligado a responder con su propio patrimonio del cumplimiento de la obligación principal y ello aunque el acreedor no contase de ninguna manera con ese patrimonio de responsabilidad al momento de constituir la fianza.

3. DEUDAS NACIDAS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

3.1 Introducción

La responsabilidad civil parte de una regla básica de convivencia que es la de no causar daño a los demás¹⁶⁴⁸; por ello, cuando esta norma de convivencia se rompe, surge para el causante del daño la obligación de reparar o indemnizar los perjuicios causados a la víctima. Tradicionalmente se han distinguido dos tipos de responsabilidad: la contractual, cuando el deber de indemnizar deriva de otro deber, el de cumplir lo pactado, y la extracontractual, cuando el daño deriva de una acción u omisión por parte de un agente con el que no existe vínculo contractual; cabría añadir un tercer tipo: la denominada responsabilidad legal¹⁶⁴⁹.

Esta distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, aparentemente tan sencilla, ha traído no pocos quebraderos de cabeza a la doctrina

¹⁶⁴⁷ Así lo señalan varios juristas como se puede leer en: www.elderecho.com/foro_legal/civil/Transmision-herederos-ascendiente-sucesion-hereditaria_12_225810003.html (consultado el 6 de febrero de 2018).

¹⁶⁴⁸ DE ÁNGEL YAGÜEZ (1978), p. 9 y REGLERO CAMPOS (2002), p. 46, hacen notar que la regla de no causar un daño a otro constituía uno de los tres grandes pilares sobre los que se asentaba el Derecho («*luris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*»). De otra parte, GARCÍA RUBIO (2017-A), p. 375, afirma que la cláusula general contenida en el precepto francés que regula la responsabilidad extracontractual, que para muchos constituye una regla moral trasladada a la normativa civil, ha derivado directamente del artículo 4 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1879 y en consecuencia, ha sido declarada de valor constitucional. En el caso español, dice la autora, la responsabilidad por culpa no ha merecido tan alta consideración, pero sí se considera un principio fundamental de nuestro sistema.

¹⁶⁴⁹ DE ÁNGEL YAGÜEZ (2001), p. 22.

y a la jurisprudencia, debido a la dificultad presente en algunos casos a la hora de determinar si la responsabilidad que se deriva del daño es contractual o no ¹⁶⁵⁰. Esta distinción, que podría parecer meramente doctrinal, trae importantes consecuencias en el orden práctico: la más manifiesta es la disparidad en los plazos de prescripción, pues mientras el artículo 1969 CC concede un plazo general de cinco años desde 2015 para el ejercicio de acciones personales que no tengan fijado un plazo específico, el artículo 1968.2 CC establece el somero plazo de un año cuando se trate de acciones tendentes a exigir responsabilidad civil *ex* artículo 1902 CC ¹⁶⁵¹.

Puesto que el tantas veces citado artículo 1257.1 CC señala expresamente que los contratos producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, es evidente que la responsabilidad nacida del incumplimiento de un contrato se transmite a los herederos y, por lo tanto, es susceptible de originar deudas hereditarias. Alguna peculiaridad mayor presenta la llamada responsabilidad civil extracontractual a la que nos vamos a referir seguidamente.

¹⁶⁵⁰ BORRELL MACIÁ (1942), p. 50, considera que en efecto es difícil establecer dicha distinción; REGLERO CAMPOS (2002), pp. 110 y ss., habla de casos fronterizos entre ambos tipos de responsabilidad; MARTÍN-CASALS y SOLÉ FELIU (2010), pp. 2053-2054, hacen notar la dificultad de discernir el evento dañoso que se sitúa en «zona mixta»; DOMÍNGUEZ LUELMO (2011), pp. 115-117, habla de «zonas grises» y afirma que la jurisprudencia no ha definido muy bien estos tipos más allá de declaraciones generales o que al menos puede decirse que la línea jurisprudencial del TS ha sido muy cambiante. El ámbito en el que más a menudo se aprecia esta dificultad para discernir si el daño producido deriva de una relación contractual preexistente o no es el sanitario. En efecto, como ha hecho notar la doctrina, es frecuente en la jurisprudencia española situar dentro de la responsabilidad extracontractual los daños producidos dentro de la esfera del sector médico. Sobre esta cuestión debe advertirse que tras la reforma acaecida en el 1999 la única jurisdicción competente para demandar a la Administración pública sanitaria es la jurisdicción contencioso-administrativa, tanto si es la única demandada en forma exclusiva, como si se demanda junto a uno o más particulares. Previa a la reforma, las demandas contra la Administración sanitaria se planteaban frente a la jurisdicción civil (ASÚA GONZÁLEZ 2002, p. 959); sin embargo, la Ley 4/1999, de 13 de enero, reformó la ya derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, cuyo artículo 145.1 pasó a establecer que «para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el Capítulo I de este Título, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio». En definitiva, ahora únicamente se podrá acceder a la jurisdicción civil cuando se pretenda el resarcimiento de daños producidos en el sector de la medicina privada. Pero como venimos de advertir, es en este ámbito en el que se aprecia una mayor incidencia de zonas grises; tantas, que la doctrina se ha visto compelida a proponer una solución: que la responsabilidad se considere contractual cuando entre las partes existe una relación contractual y el daño sea consecuencia del cumplimiento defectuoso o del incumplimiento de cualquiera de los deberes contractuales que de dicha relación derivan. O lo que es lo mismo: que si una persona contrata con un centro hospitalario, la eventual reclamación contra el mismo habrá de ser contractual, siendo extracontractual la que se dirija contra el profesional sanitario al servicio del centro y causante del daño; si por el contrario se contrata con el médico que conduce al paciente a una clínica, la fundamentación de la demanda contra el médico causante del daño habrá de ser contractual mientras que, si procediera, tendría que ser extracontractual la reclamación contra la clínica.

¹⁶⁵¹ BORRELL MACIÁ (1942), p. 51, DE ÁNGEL YÁGÜEZ (1978), p. 10; DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1999), p. 245; ASÚA GONZÁLEZ (2002), pp. 972-973; REGLERO CAMPOS (2002), p. 106; ROCA TRÍAS (2003), p. 38; MARTÍN-CASALS (2011), p. 22; DOMÍNGUEZ LUELMO (2011), pp. 115-124; MONTERROSO CASADO (2018), p. 41.

3.2 La responsabilidad civil por delitos o por actos y omisiones en que interviene culpa o negligencia

El artículo 1089 CC cataloga como una de las fuentes de las obligaciones «los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia». Por lo tanto, el Código Civil distingue, en lo que a responsabilidad civil extracontractual se refiere, entre actos y omisiones ilícitos, de una parte, y actos en los que intervenga culpa o negligencia de otro; relación que ha llevado a la doctrina a entender que la distinción se produce entre el ilícito penal (el primero) e ilícito civil (el segundo)¹⁶⁵². Opinión ésta que se relaciona fácilmente con los artículos 1092 y 1093 CC cuando fijan el marco normativo de ambos tipos de responsabilidades. Así, el primero de los preceptos ordena que «las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal»; y el artículo 1093 CC determina que las que se deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la ley, quedarán sometidas a las disposiciones del capítulo II del título XVI del Código Civil.

Sobre la utilización del término «ilícito», cabe traer a colación el debate doctrinal acerca de si la conducta que genera el daño debe ser antijurídica o no para que nazca la obligación de resarcir los perjuicios. Las posturas que se han mantenido en este sentido son dos. La primera considera que el comportamiento del agente para generar responsabilidad debe ser antijurídico, ilícito, como podría serlo el incumplir las medidas reglamentarias que correspondan; en cualquier caso, entienden sus defensores que todo daño podría considerarse ilícito al violar la regla de convivencia de no perjudicar a nuestros congéneros¹⁶⁵³. La segunda postura entiende que la antijuricidad no es un elemento o presupuesto esencial de la responsabilidad extracontractual, pues perfectamente puede surgir de conductas lícitas en sí mismas, como el hecho de conducir un vehículo de motor¹⁶⁵⁴. En nuestra opinión esta última tesis es la ade-

¹⁶⁵² DE ÁNGEL YAGÜEZ (1978), pp. 23-24.

¹⁶⁵³ DE ÁNGEL YAGÜEZ (1978), pp. 44-45; ESTEBAN VELASCO (2011), p. 186, considera, después de tratar la cuestión de la antijuricidad en la responsabilidad extracontractual general, que debe existir ilicitud o antijuricidad en la conducta del administrador y en relación con los deberes que le incumben; MARTÍN-CASALS y SOLÉ FELIU (2010), p. 2052.

¹⁶⁵⁴ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1999), p. 290, hace notar que en la doctrina italiana y portuguesa se ha definido la responsabilidad civil extracontractual como la que deriva de hechos ilícitos, sin embargo, y según su opinión, la jurisprudencia española «ha dicho, reiteradamente, que la responsabilidad puede surgir de hechos que en sí mismos considerados sean lícitos. Todos estaremos de acuerdo en que conducir un automóvil puede ser una actividad a veces placentera y otras veces desagradable, pero sí lícita siempre que uno cuente con el permiso de conducir facilitado por las autoridades administrativas. (...) La prueba palmaria de ello es que, mientras que el daño no se produzca, nada hay que indemnizar». En

cuada y la antijuricidad no representa un requisito *sine qua non* para el nacimiento de la obligación de indemnizar el daño causado.

En otro orden de cosas, esta distinción –responsabilidad civil que deriva de un delito o de un acto u omisión en que intervenga culpa o negligencia– ha sido bastante criticada por cierta doctrina que considera, acertadamente en nuestra opinión, que la responsabilidad civil pura y la responsabilidad civil derivada del delito son exactamente lo mismo y que la doble regulación en el cuerpo legislativo civil y penal, además de carecer de lógica, trae consigo no pocas disfunciones¹⁶⁵⁵, derivadas sobre todo de la doble regulación que trae aparejadas ciertas especificidades para el caso de la responsabilidad civil que deriva de un delito, reguladas en los artículos 109 a 115 CP y 61 a 64 LORPM.

3.3 Elementos de la responsabilidad civil extracontractual

El artículo 1902 CC establece que «el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado»; por lo tanto, los elementos o presupuestos de la responsabilidad extracontractual aquí presentes son cuatro: en primer lugar, una conducta activa u omisiva del agente; en segundo lugar, un criterio de imputación, que el citado artículo sustenta en la culpa; en tercer lugar, la producción de un daño; y en cuarto lugar, la existencia de una relación causal entre la conducta y el daño¹⁶⁵⁶.

El primer elemento consiste pues en la existencia de una conducta activa u omisiva; si bien, y como ha hecho notar la doctrina, la omisión solo dará lugar a obligación de indemnizar cuando exista en el sujeto un deber de actuación¹⁶⁵⁷.

igual sentido, PANTALEÓN PRIETO (1993), pp. 1993-1994; REGLERO CAMPOS (2002), pp. 52-53; ROCA TRÍAS (2003), pp. 72-73.

¹⁶⁵⁵ LACRUZ BERDEJO (1977), pp. 196-197; PANTALEÓN PRIETO (1993), p. 1973; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1999), pp. 269-271; YZQUIERDO TOLSADA (2002), pp. 447-455, quien resulta especialmente duro y crítico al considerar que esta doble regulación hace de nuestro sistema «el más complicado e inseguro del planeta»; ROCA SASTRE (2003), pp. 40 y ss. Sin embargo, MARTÍN-CASALS y SOLÉ FELIU (2010), p. 2054, parecen justificar esta duplicidad toda vez que existen razones históricas que explican que la responsabilidad civil derivada de delito o falta pueda ser reclamada en el marco de un proceso penal y que la regulación se encuentre en el CP y no en el CC.

¹⁶⁵⁶ ALBALADEJO GARCÍA (1972), pp. 749 y ss.; DE ÁNGEL YAGÜEZ (1978), pp. 50 y ss.; PANTALEÓN PRIETO (1993), pp. 1981 y ss.; Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN Y PONCE DE LEÓN (1999), pp. 287 y ss.; REGLERO CAMPOS (2002), pp. 49 y ss.; ROCA TRÍAS (2003), pp. 61 y ss.; MARTÍN-CASALS y SOLÉ FELIU (2010), pp. 2046-2052; entre otras, SSTS de 17 de marzo de 1986 (RJ 1986, 1474), 9 de octubre de 2000 (RJ 2000, 9184), 29 de junio de 2001 (RJ 2002, 1470) y 7 de junio de 2002 (RJ 2002, 5216).

¹⁶⁵⁷ ALBALADEJO GARCÍA (1972), p. 749; LACRUZ BERDEJO (1977), pp. 207 y ss.; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1999), p. 288, pone de ejemplo el caso de un bañista que ve como otro se ahoga y que considera que la decisión de ir a rescatarle se podría considerar incluso de heroica, caso en que no lo hiciese no surgiría así la obligación de reparar daños; por el contrario, sí estaría obligado a indemnizar aquel

El segundo elemento que se precisa, a tenor de la cláusula general del artículo 1902 CC, es que ese acto u omisión se pueda imputar a alguien en quien incurra culpa. Es decir, la acción u omisión debe ser producto de una deliberada intención de dañar (dolo) o de la negligencia o imprudencia (culpa): la diferencia entre una y otra radica pues en la intencionalidad¹⁶⁵⁸. El Código Civil no define qué debe entenderse por culpa o negligencia en el ámbito de la responsabilidad extracontractual; es más, el TS afirmó en la Sentencia de 20 de diciembre de 1930 que «los conceptos de culpa o negligencia a que se refiere el artículo 1902 del Código civil abarcan una escala tan dilatada y extensa que no es posible sintetizarla en reglas precisas para su aplicación, y de ahí la necesidad de que en cada caso concreto, y apreciando los diversos elementos de juicio facilitados al juzgador, deba éste apreciar o no la existencia de causa generadora de culpa o negligencia». Sin embargo, la doctrina ha querido «salvar» de algún modo esta imprecisión, y por ello considera que para apreciar la culpa o la negligencia se necesita la adopción de un modelo de referencia o un canon de comparación para facilitar la tarea al juez a la hora de decidir si ha habido culpa o negligencia¹⁶⁵⁹. Este canon o modelo podría ser el del «buen padre de familia», recogido en sede de responsabilidad contractual, y más concretamente en el artículo 1104 CC, cuando ordena que «la culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia»¹⁶⁶⁰.

Sin embargo, la existencia de un modelo de diligencia o prudencia no es suficiente, sino que es preciso que concurra la imputabilidad de su autor. A día

en quien recayese la función de vigilante. ROCA TRÍAS (2003), p. 63, afirma que solo existirá omisión culpable si existe un deber jurídico que hay que cumplir, si existe, pues, una necesidad de actuar.

¹⁶⁵⁸ DE ÁNGEL YAGÜEZ (1978), p. 50; ROCA TRÍAS (2003), pp. 64-65.

¹⁶⁵⁹ DE ÁNGEL YAGÜEZ (1978), pp. 50-51; ROCA TRÍAS (2003), pp. 76-81; GARCÍA RUBIO (2017-A), p. 377, hace notar que la mayoría de la doctrina española equipara la idea de culpa con la negligencia o imprudencia, otorgándole así, una naturaleza puramente subjetiva, aunque la jurisprudencia en ocasiones admita la concurrencia de la culpa en supuestos de actuaciones perfectamente diligentes, o al menos, en los que la culpa era en verdad levísima.

¹⁶⁶⁰ MARTÍN-CASALS y SOLÉ FELIU (2010), p. 2051. ROCA TRÍAS (2003), pp. 67 y ss., asocia el concepto de diligencia con el «hombre prudente» y la *previsibilidad*. Es importante señalar que este modelo de diligencia variará en función de la persona y de las circunstancias; por ello, cuando se trate de un profesional, la diligencia exigida se basará en la *lex artis*. Nótese, en lo relativo a responsabilidad civil médica, que si el TS solía distinguir entre obligación de medios (que se asociaba con la medicina urgente y necesaria) y de resultados (que se asociaba con la medicina voluntaria, normalmente las operaciones de estética), parece que se ha cambiado el criterio y que ahora la responsabilidad del profesional médico se considera de medios, incluso cuando se trate de medicina voluntaria. Véase, entre otras, la STS de 13 de abril de 2016 (RJ 2016, 1495).

de hoy, un comportamiento será jurídicamente imputable cuando el agente haya actuado con voluntad libre y capacidad ¹⁶⁶¹. Sobre este requisito dos cosas conviene mencionar: la primera, que la responsabilidad extracontractual puede derivar de un hecho propio o de un hecho ajeno, tal y como establece el Código Civil en su artículo 1903 ¹⁶⁶²; la segunda, que el criterio general es el de imputación subjetivo *ex* artículo 1902 CC, pero también existen casos en los que la responsabilidad será objetiva o sin culpa ¹⁶⁶³. Asimismo, importa señalar que, tratándose de la responsabilidad del propio autor del hecho dañoso, la culpa o negligencia deberá ser probada, en principio, por quien lo alegue, pues nuestro Código Civil sigue el sistema de responsabilidad subjetiva o por culpa ¹⁶⁶⁴. Sin embargo, cierto es que esta responsabilidad ha ido evolucionando jurisprudencialmente y por ello, en algunos casos el TS ha invertido la carga de la prueba, obligando así al demandado a probar su diligencia; a pesar de esta evolución, la doctrina entiende que la responsabilidad extracontractual sigue siendo en principio subjetiva, aunque puede ser *objetivizada* en aquellos casos en los que está legalmente previsto ¹⁶⁶⁵ o se pueda hablar de un peligro potencial ¹⁶⁶⁶.

¹⁶⁶¹ DE ÁNGEL YAGÜEZ (1978), p. 52; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1999), p. 351; REGLERO CAMPOS (2002), p. 49.

¹⁶⁶² Este precepto señala que la obligación que impone el artículo 1902 CC «es exigible no solo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía. Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieren empleados, o con ocasión de sus funciones. Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias. La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño».

¹⁶⁶³ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1999), p. 170; REGLERO CAMPOS (2002), p. 50, quien afirma que «los sistemas objetivos de responsabilidad están llamados a invertir la proposición culpa-responsabilidad a través de la denominada socialización del riesgo».

¹⁶⁶⁴ Existen dos sistemas fundamentales: el *subjetivo* o de culpa, y el *objetivo*. Como ha hecho notar la doctrina (por todos, LACRUZ BERDEJO 1977, pp. 193 y ss.; ROCA TRÍAS 2003, pp. 27 y ss.), según cuál sea la política jurídica, se compensarán solo aquellos daños que deriven de la culpa del agente (criterio tradicional) o también los que se produzcan por riesgo de empresa (criterio de responsabilidad objetiva). En nuestro Código Civil existen ejemplos específicos de responsabilidad objetiva, como el contemplado en los artículos 1905, 1908.2.º y 3.º, y 1910, cuando ordena que «el cabeza de familia que habita una casa o parte de ella, es responsable de los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeren de la misma».

¹⁶⁶⁵ Existe una gran «descodificación del Derecho de daños», en palabras de DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1999), p. 127, pues efectivamente existen numerosas leyes especiales sobre responsabilidad por daños, como por el uso y circulación de vehículos de motor, navegación aérea, daños nucleares, aprovechamientos cinegéticos, ejercicio de la caza, o la protección de consumidores y usuarios, entre otros.

¹⁶⁶⁶ LACRUZ BERDEJO (1977), p. 212; ROCA TRÍAS (2003), p. 31-34.

El tercer elemento es la producción de un daño, que puede ser de naturaleza material o moral ¹⁶⁶⁷. El daño material consiste en un menoscabo patrimonial sufrido por la víctima, que comprende tanto una pérdida efectiva como una ganancia frustrada; es decir, el daño material incluye el daño emergente y el lucro cesante, en aplicación analógica del artículo 1106 CC en sede contractual ¹⁶⁶⁸. El daño moral es el infligido a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social o la salud física o psíquica ¹⁶⁶⁹. Además, desde una perspectiva temporal, la STS de 20 de octubre de 2015 ¹⁶⁷⁰ distinguió entre tres tipos de daños: duraderos o permanentes, continuados o de producción sucesiva y daños sobrevenidos, lo que puede tener importancia en el tema que nos ocupa de las deudas sobrevenidas, especialmente en el caso de que los daños sobrevengan con el tiempo, y después de fallecido el causante. Cualquiera que sea el daño, tanto material como moral, debe ser cierto y quien lo alegue deberá probar su existencia; además, también tendrá que ser valorado ¹⁶⁷¹.

Por último, el cuarto requisito es la existencia de una relación causal entre la conducta activa o pasiva del agente y el daño producido, es decir, que el daño encuentre su causa efectivamente en el comportamiento del obligado, que exista un nexo causal entre el evento y la consecuencia dañosa ¹⁶⁷²; esta es, en ciertas ocasiones, una de las cuestiones más difíciles de determinar ¹⁶⁷³.

¹⁶⁶⁷ MARTÍN-CASALS y SOLÉ FELIU (2010), p. 2047. No existe en nuestro Derecho ninguna definición de daño; sin embargo, en la STS de 27 de junio de 2006 (RJ 2006, 5400), la noción de daño puede ser entendida desde una doble perspectiva: como daño evento, o lesión de un interés jurídicamente protegido y como daño consecuencia, o daño indemnizable que deriva de dicha lesión, tanto si es directamente valorable en dinero (daño patrimonial), como si no lo es (daño no patrimonial o moral).

¹⁶⁶⁸ Este precepto establece que «la indemnización de daños y perjuicios comprende, no solo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes».

¹⁶⁶⁹ DE ÁNGEL YAGÜEZ (1978), p. 89; PANTALEÓN PRIETO (1993), pp. 1988 y ss.; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1999), p. 327.

¹⁶⁷⁰ RJ 2015, 4226.

¹⁶⁷¹ LACRUZ BERDEJO (1977), pp. 213 y ss.; PANTALEÓN PRIETO (1993), p. 1003; ROCA TRÍAS (2003), pp. 137 y ss.

¹⁶⁷² MARTÍN-CASALS y SOLÉ FELIU (2010), pp. 2050 y ss., señalan que se ha impuesto en la jurisprudencia del TS español un análisis basado en un doble enfoque: material y jurídico. Así, se establece, en primer lugar, la existencia de nexo causal desde un punto de vista físico (causalidad de hecho), de acuerdo con la regla de la equivalencia de condiciones (*conditio sine qua non*), que debe completarse con otro de carácter jurídico (causalidad jurídica o imputación objetiva) a fin de establecer si el resultado dañoso es objetivamente atribuible o no. Para este segundo examen, el TS –dicen– acude principalmente al criterio de causalidad adecuada, pero cada vez con mayor frecuencia utiliza otros criterios como el del riesgo general, el fin de protección de la norma, el de provocación o el de prohibición de regreso; corresponde al demandante la prueba del nexo causal.

¹⁶⁷³ ROCA TRÍAS (2003), pp. 157 y ss., hace notar que, en algunos casos, la causación de un daño proviene directamente de la acción u omisión, por ejemplo, cuando un conductor atropella a un peatón; sin embargo, en otras ocasiones no es tan fácil determinar la relación causal si, por ejemplo, un conductor atropella a un peatón que requiere asistencia urgente por las lesiones producidas y debido a que la ambulancia no llega a tiempo el peatón atropellado termina falleciendo.

En otro orden de cosas, es importante señalar que, a diferencia de la responsabilidad de origen contractual, donde la obligación de indemnizar nace *ex* artículo 1101 CC al momento del incumplimiento de la obligación, en la responsabilidad extracontractual, la obligación de indemnizar nace cuando se cumplen cumulativamente los requisitos de la responsabilidad, esto es, la acción u omisión, el daño, la relación de causalidad y, en su caso, la culpa. Como el daño solo puede ser contemporáneo o posterior (nunca anterior) al hecho que lo causa, aquél es siempre el elemento que determina el momento en que nace la obligación indemnizatoria ¹⁶⁷⁴.

No obstante, en caso de contestación y reclamación judicial en el plazo previsto para el ejercicio de la acción ¹⁶⁷⁵, solo con la sentencia constará la existencia de los presupuestos para que surja la responsabilidad y, además, se liquidará el daño concreto, determinando el montante indemnizatorio. Pero esta sentencia, según la doctrina, será meramente declarativa de una obligación preexistente y no constitutiva de una obligación nueva ¹⁶⁷⁶.

Ahora bien, como hemos visto, el momento de manifestación del daño puede variar, por lo que conviene distinguir dos tipos de situaciones. La primera es aquella en la que la acción u omisión y el daño se producen correlativa e inmediatamente, en cuyo caso la obligación de indemnizar nace en ese momento; pero si se produce la reclamación judicial, la constatación del daño y concreción del crédito debido se va a dilatar en el tiempo, de modo que el causante puede fallecer en el ínterin y la deuda resultante formar parte de su herencia. La segunda es aquella en la que el daño producido por cierta acción u omisión no se visibiliza, no aparece, hasta tiempo después (caso de los daños sobrevenidos); en este caso la obligación de indemnizar nace cuando aparece el daño, lo que puede ser mucho después de la actuación u omisión del causante, y por tanto incluso después de su muerte ¹⁶⁷⁷. Esto pudiera hacer pensar que la deuda nacida de la responsabilidad por este tipo de daños no formaría parte del pasivo hereditario;

¹⁶⁷⁴ BARROS BOURIE (2006), pp. 881-882, añade que si el daño es contemporáneo al hecho que genera la responsabilidad, concurren simultáneamente todos los elementos que la condicionan, y si es posterior, solo desde entonces habrá responsabilidad, porque el solo ilícito no da lugar a responsabilidad civil.

¹⁶⁷⁵ Normalmente un daño *ex* artículo 1968.2 CC.

¹⁶⁷⁶ BARROS BOURIE (2006), p. 881. En la doctrina francesa se ha suscitado controversia sobre el carácter declarativo o constitutivo de la sentencia que acuerda la reparación; así, según FLOUR, AUBERT y SAVAUX (2011), p. 495, conviene distinguir, por un lado, entre el reconocimiento del derecho a la reparación, para lo que la sentencia se limita a constatar la existencia de los elementos preexistentes, aspecto en que la sentencia es meramente declarativa; por otro, en tanto que decide el montante de la reparación, la sentencia crea un nuevo estado fijando el objeto del crédito de la víctima, aspecto en el que la sentencia es constitutiva.

¹⁶⁷⁷ En Francia, BAILLON-WIRTZ (2006), p. 405, pone de manifiesto que en materia de accidentes de circulación, los daños ocasionados pueden, en algunos casos, manifestarse varios meses o años después del accidente en cuestión.

sin embargo, considerando que el daño es imputable al agente, es el patrimonio de este quien debe responder, por lo que se puede considerar que el daño sobrevenido ya estaba causado, aunque solo se manifestase en un momento posterior.

Además, cabe que la sentencia definitiva que declare la responsabilidad, a pesar de su carácter meramente declarativo, se dilate en el tiempo. Por ello, cualquiera de las dos hipótesis citadas puede dar lugar a que la indemnización se configure como una verdadera *deuda hereditaria oculta*, bien porque su existencia se confirma una vez ya fallecido el causante, bien porque el propio daño y/o su reclamación y establecimiento se originan, también, después de muerto el causante del mismo. De hecho, en la jurisprudencia se pueden encontrar casos en los que el heredero termina siendo responsable del pago de la indemnización debida por el causante tiempo después no solo del fallecimiento de aquel, sino también de la aceptación de la herencia, como veremos ¹⁶⁷⁸.

Ejemplo paradigmático de esta situación lo encontramos en la Sentencia de 7 de mayo de 2014 ¹⁶⁷⁹. En este caso, Yolanda se había sometido el 10 de mayo de 1991 a una intervención de microliposucción sobre el tercio superior de ambos muslos y la zona alta de ambas caderas en una Clínica de Málaga, realizando tal intervención el doctor Alfonso. Siete días después se sometió a una nueva intervención de micro liposucción sobre la cara interna de ambas rodillas y parte baja del vientre. Como no obtuvo un resultado satisfactorio, formuló demanda por responsabilidad civil frente a los ya herederos de Alfonso, fallecido en el año 2002, la entidad de seguros y la clínica, todos ellos condenados a pagar solidariamente cerca de noventa mil euros. En el recurso, se alegó que no existía una deuda real, vencida y exigible al momento del fallecimiento del doctor, y que no existía hasta el momento sentencia alguna que legitimase para ejercitar acciones en base a meras expectativas. El TS desestima tal pretensión, señalando que «según la doctrina más autorizada el derecho de sucesiones ha de tener en cuenta que la sociedad, fundada en el crédito, no podría subsistir si las deudas se extinguieran, al fallecer el deudor. De esa forma, el artículo 659 del Código Civil señala que la herencia de una persona comprende todos los bienes, derechos y obligaciones que no se extingan por su muerte. Como supuestos exceptuados de transmisión por causa de muerte están, en principio y con ciertas salvedades, los derechos de carácter público; los personalísimos o de tal suerte ligados a determinada persona por sus cualidades, pa-

¹⁶⁷⁸ También se encuentran casos en los que, no hallando al causante responsable, dicha responsabilidad no se transmite evidentemente a sus causahabientes, como en la STS de 31 de mayo de 2017 (RJ 2017, 2492): «si la responsabilidad civil no ha sido declarada respecto del causante, tampoco será posible extenderla a sus herederos que solo pueden responder como sucesores».

¹⁶⁷⁹ RJ 2014, 2477.

rentesco, confianza, etc., como dice la STS de 11 de octubre de 1943. No están, sin duda, los que traen causa de la responsabilidad en que puede incurrir el fallecido, en este como profesional de la medicina, puesto que no constituye una deuda personalísima y no transmisible a los herederos, incluida en este artículo, lo que privaría a los perjudicados de la indemnización procedente, derivada de la culpa contractual o extracontractual del causante, salvo la utilización del beneficio de inventario establecido a su favor y que los herederos debieron tener en cuenta en razón a la actividad por el desarrollada, así como la posible extinción de la deuda que la esposa incluso conocía como receptora de alguno de los requerimientos notariales que se hicieron al doctor Alfonso»¹⁶⁸⁰.

En nuestra opinión, el Tribunal Supremo se excede en este último fragmento, pues parece «imponer» la obligación de utilizar el beneficio de inventario a cualquier sucesor de un profesional de la medicina o de otra rama que, por razón de su profesión, pueda estar expuesto a una responsabilidad extracontractual. Creemos que este riesgo se puede predicar de cualquier causante con independencia de su profesión, y que no se debe caer en el simplismo de afirmar que quien quiera curarse en salud respecto de una hipotética y potencial deuda indemnizatoria por responsabilidad, habrá de solicitar el beneficio de inventario siempre y en todo caso. De nuevo debemos reflexionar sobre si el sistema vigente es justo con todos los intereses en juego.

4. LA RESPONSABILIDAD LEGAL: LOS CASOS DE LAS DEUDAS FISCALES Y LOS DEBERES DEL ADMINISTRADOR DE SOCIEDAD

4.1 Introducción: deudas y multas fiscales

Por último, es posible que el heredero desconozca ciertos tipos de deudas del causante, como pueden ser las fiscales o las derivadas de su cargo como administrador de una sociedad.

¹⁶⁸⁰ UREÑA CARAZO (2016), pp. 5-8, considera, al comentar esta sentencia, que en realidad la relación jurídica que liga al médico especializado en cirugía estética y el paciente es *intuitu personae*, en razón de la confianza depositada, *ergo*, se trataría de una obligación personal no transmisible *mortis causa*. También entiende la autora que para que una obligación pueda ser transmitida por sucesión ha de surgir el deber de reparación en vida del causante, lo que no ocurría en este caso en el que la reclamación judicial por mala *praxis* se realiza después de fallecido el doctor: no se trata de una deuda que el causante tuviese al momento de su fallecimiento ni creada en el testamento, por lo que no estaría sujeta a ningún régimen de responsabilidad. En nuestra opinión, ninguno de los dos planteamientos es adecuado; la solución del TS no es justa, pero no porque la obligación sea intransmisible (bien se considere personal, bien se considere que no había nacido en vida del causante del daño), sino porque no se reflexiona sobre la rigidez de nuestro sistema, cuando aparece una deuda desconocida después de precluido el plazo para pedir el beneficio de inventario, único medio para limitar la responsabilidad.

En cuanto al primer tipo, cabe señalar que el artículo 35 LGT establece que «son obligados tributarios las personas físicas o jurídicas y las entidades a las que la normativa tributaria impone el cumplimiento de obligaciones tributarias», y según su apartado 2.j) son obligados tributarios los sucesores. Además, el artículo 39.1 LGT especifica que «a la muerte de los obligados tributarios, las obligaciones tributarias pendientes se transmitirán a los herederos, sin perjuicio de lo que establece la legislación civil en cuanto a la adquisición de la herencia¹⁶⁸¹. En ningún caso se transmitirán las sanciones. Tampoco se transmitirá la obligación del responsable salvo que se hubiera notificado el acuerdo de derivación de responsabilidad antes del fallecimiento»¹⁶⁸².

Por lo tanto, para que la deuda fiscal se pueda transmitir a los sucesores son necesarios dos presupuestos: en primer lugar, que no se trate de una sanción, ya que tendrá naturaleza de obligación *personalísima* no transmisible *mortis causa*¹⁶⁸³; en segundo lugar, que se hubiera notificado el acuerdo de derivación de responsabilidad antes del fallecimiento. De hecho, el artículo 177 LGT reitera que «fallecido cualquier obligado al pago de la deuda tributaria, el procedimiento de recaudación continuará con sus herederos y, en su caso, legatarios, sin más requisitos que la constancia del fallecimiento de aquél y la notificación a los sucesores, con requerimiento del pago de la deuda tributaria y costas pendientes del causante. Cuando el heredero alegue haber hecho uso del derecho a deliberar, se suspenderá el procedimiento de recaudación hasta que transcurra el plazo concedido para ello, durante el cual podrá solicitar de la Administración tributaria la relación de las deudas tributarias pendien-

¹⁶⁸¹ Para un estudio más detallado de la cuestión, sobre los tipos de responsabilidad tributaria, los recargos, intereses de demora, sanciones o procedimientos posibles frente a los responsables, véase, entre otros, LAMOCA ARENILLAS (2013), pp. 17 y ss.

¹⁶⁸² En relación con las deudas tributarias, tanto conocidas como desconocidas, es importante traer a colación el artículo 41.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que establece que «cuando existan varios demandantes, se atenderá al valor económico de la pretensión deducida por cada uno de ellos, y no a la suma de todos» y el artículo 477.2.2.º LEC, que determina que serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, siempre que la cuantía del proceso excediere de 600.000 euros (desde la reforma de 2011, antes la cantidad era de 25 millones de pesetas). Esto ha dado lugar a una doctrina contradictoria por parte de la Sala Tercera del TS, pues como hace notar CANCIO FERNÁNDEZ (2007), pp. 6 y ss., existen Autos en los que se aplica el precepto 41.2 de forma taxativa, también cuando se trata de coherederos, para inadmitir el recurso de casación por una deuda tributaria del causante que superaba en conjunto la cantidad por aquel entonces establecida (25 millones de pesetas), y otros en los que, debido a que el artículo 35.7.º LGT establece que «la concurrencia de varios obligados tributarios en un mismo presupuesto de una obligación determinará que quedan solidariamente obligados frente a la Administración tributaria al cumplimiento de todas las prestaciones, salvo que por ley se disponga expresamente otra cosa», se considera la cuantía total y no la que corresponde a cada uno de los coherederos.

¹⁶⁸³ Sobre sanciones no transmisibles, véanse las SSTJS de Cataluña de 1 de septiembre de 2009 (JUR 2009, 471740) y 9 de marzo de 2015 (JUR 2015, 106063) y de Aragón de 29 de diciembre de 2010 (JT 2011, 611).

tes del causante, con efectos meramente informativos». Por lo tanto, lo que establece la LGT es que es posible *continuar* el procedimiento frente a los herederos, siempre y cuando ya se hubiese *iniciado* aquel frente al causante-deudor¹⁶⁸⁴, entrando así la obligación a formar parte de su patrimonio¹⁶⁸⁵.

Sin embargo, esta normativa hace posible que el sucesor termine siendo responsable por una deuda tributaria del causante que ya había sido reclamada, sin conocimiento de este hecho por aquél. A modo de ejemplo se puede citar la Sentencia de 25 de septiembre de 2005 del TSJ de Andalucía¹⁶⁸⁶. En este caso se había recurrido un acuerdo del TEARA (Tribunal Económico-Administrativo Regional de Andalucía) de 25 de noviembre de 2003, que confirmaba la reclamación interpuesta por la Resolución en la que se exigía al actor (heredero del deudor) las cantidades devengadas por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondientes a los ejercicios impositivos 1991 y 1992. En cuanto a los hechos que importan —dice la sentencia—, «el más significativo es el que atañe a la condición de sujeto pasivo de los tributos liquidados y exaccionados, que lo fue el padre (Sr. Ricardo) del demandante (Sr. Juan Ignacio), cuya condición de heredero éste admite y reconoce. El sujeto pasivo falleció el 14 de enero de 1994. Por la Inspección de Tributos se iniciaron actuaciones de comprobación mediante requerimiento recibido el 27 de mayo de 1996 y firmado por su madre, en aquella fecha divorciada de su esposo en virtud de sentencia de nueve de diciembre de 1993 y previamente separada conforme sentencia de 11 de junio de 1985. Tras sucesivas diligencias de averiguación, se cita al demandante que se da por enterado el 20 de marzo de 1997 y comparece el 8 de abril de 1997. Posteriormente se extienden actas de disconformidad no suscritas por el Sr. Juan Ignacio, de las que derivan las liquidaciones apremiadas Y en vía recaudatoria, el órgano de recaudación le requiere para el pago de las deudas».

¹⁶⁸⁴ El artículo 127 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, establece cuál es el procedimiento de recaudación frente a los sucesores y que, como sintetiza el artículo «Sucesión en el heredero de las deudas pendientes en concepto de IBI», El *Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 1, 2014, es el siguiente: a) Si el fallecimiento del obligado al pago se produce dentro del período voluntario, se requerirá al sucesor para que realice el pago dentro del plazo del artículo 62.2 LGT. b) Si el fallecimiento del obligado al pago se produce antes de la notificación de la providencia de apremio, se notificará al sucesor dicha providencia. Si realiza el pago antes de la notificación de la providencia de apremio, se le exigirá el recargo ejecutivo. c) Si el fallecimiento se produce una vez notificada la providencia de apremio al obligado al pago y antes de la finalización del plazo del artículo 62.5 LGT, se requerirá al sucesor para que realice el pago de la deuda y el recargo de apremio reducido del 10%, con la advertencia de que, en caso de no efectuar el ingreso en plazo, se procederá al embargo de sus bienes o a la ejecución de las garantías existentes. d) Si el fallecimiento se produce después de la finalización del plazo del artículo 62.5 LGT, se requerirá al sucesor para que realice el pago de la deuda y el recargo de apremio ordinario.

¹⁶⁸⁵ La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Vitoria (JUR 2013, 347522) establece, sobre una sanción del administrador de una sociedad, que si la obligación no ha nacido antes del fallecimiento, no puede ser transmitida al no estar comprendida entre las obligaciones de su herencia conforme al artículo 659 CC.

¹⁶⁸⁶ JT 2006, 427.

Para el TSJ, no es el que el demandante sea ajeno a la deuda y, además, «ninguna regla procedimental determina que sean nulas las actuaciones iniciadas por referencia a un ya fallecido— ignorando esta circunstancia— si en su curso se procede a dar intervención al sucesor. No es necesario acuerdo de derivación de responsabilidad contra el sucesor hereditario, ya que la misma se produce automáticamente, *ex lege*, y como consecuencia natural de la sucesión hereditaria, una de cuyas reglas es que la impone —artículo 660 y 661 CC— que el heredero sucede al causante en sus derechos y también en sus obligaciones, tributarias o no, sin perjuicio de lo que establece la legislación civil en cuanto a la adquisición de la herencia. En definitiva, la razón de que la LGT —tanto la derogada, Ley 230/63, de 28 de diciembre, como la vigente Ley 58/2003— no exijan acuerdo de derivación en este caso no es gratuita, puesto que no se trata de declarar con carácter constitutivo —y por algún hecho o comportamiento del responsable relativo al incumplimiento de la obligación tributaria— la condición de deudor, ya que ésta, su alcance y extensión surge directamente de un hecho que es ajeno al círculo de la obligación tributaria. No hay diferencia, en realidad, con el mecanismo de sucesión automática previsto en el artículo 15 del Reglamento recaudatorio: fallecido cualquier obligado al pago de una deuda tributaria, la gestión recaudatoria continuará con sus herederos y, en su caso, legatarios, sin más requisitos que la constancia del fallecimiento de aquél y la notificación al sucesor requiriéndole para el pago de la deuda tributaria en los plazos previstos en los artículos 20 y 108 de este Reglamento, según la situación de la deuda en el momento del fallecimiento, con los límites establecidos en los apartados 4 y 5 del artículo 10 de este Reglamento».

Como podemos ver, en este caso el sucesor del deudor conoce la deuda tributaria en 1997, cuatro años después de que el deudor-causante hubiese fallecido y con posterioridad, entendemos, a su aceptación, tácita o expresa, de la herencia. Por lo tanto, es posible que existan también *deudas tributarias ocultas*, como ha manifestado la doctrina¹⁶⁸⁷.

4.2 La responsabilidad legal de los administradores de sociedades

De otra parte, un ejemplo de responsabilidad legal que también puede constituirse como *deuda hereditaria oculta* es la que deriva de las actuacio-

¹⁶⁸⁷ Entre otros, KARRERA EGIALDE (2018), p. 137; BOTÍA VALVERDE, en www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/aceptacion-a-beneficio-de-inventario-y-jurisdccion-voluntaria/ (consultado el 19 de julio de 2018); y ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, en www.notariofranciscorosales.com/la-aceptacion-de-la-herencia-a-beneficio-de-inventario/ (consultado el 27 de mayo de 2018).

nes de los administradores de sociedades. Conviene señalar a este respecto que únicamente analizaremos la responsabilidad civil de los administradores de sociedades de capital ¹⁶⁸⁸, quedando fuera de este somero inciso la responsabilidad de los administradores de otro tipo de sociedades, como la civil ¹⁶⁸⁹, así como otras responsabilidades en las que puedan incurrir los administradores de las sociedades de capital ¹⁶⁹⁰. Importa señalar también que este tipo de responsabilidad es la que deriva necesariamente de su condición de administrador; en caso contrario, si fuera del ejercicio del cargo o con ocasión del mismo, pero sin que sea imputable a la sociedad, el administrador causa un daño a la misma, ésta debería acudir a la acción general por daños del artículo 1902 CC (cuyo plazo de prescripción es de un año, *ex* artículo 1968 CC); se trataría entonces de un caso de responsabilidad extracontractual, como el que vimos en el apartado anterior en relación con los profesionales de la medicina ¹⁶⁹¹.

Pues bien, el artículo 236.1 LSC establece que «los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempe-

¹⁶⁸⁸ Por supuesto, nos referiremos a sociedades de capital no pertenecientes al sector público.

¹⁶⁸⁹ PARRA LUCÁN (2002), pp. 1273 y ss., hace notar que el Código Civil no contempla que los socios nombren administrador a un tercero ajeno a la sociedad civil; sin embargo, sí se admite tal posibilidad, en cuyo caso, la responsabilidad del administrador se regirá por lo dispuesto en el artículo 1726 CC cuando establece la responsabilidad del mandatario. En cuanto a los socios, el artículo 1698 CC solamente rige la responsabilidad de estos por las deudas de la sociedad; si un socio o un tercero quisiese imputar responsabilidad al administrador por los daños deberá acreditar la concurrencia de los presupuestos generales de la responsabilidad por daños. ORIOL LEBOT (2011), p. 57, considera que los administradores de las sociedades civiles y otras sociedades colectivas es igual a la de los administradores de sociedades de capital, aunque la ley no lo diga, de conformidad con los artículos 1101 CC y 144 del Código de Comercio.

¹⁶⁹⁰ Los artículos 290 a 297 del Código Penal regulan los denominados «delitos societarios», como el falseamiento en las cuentas anuales o la imposición de acuerdos abusivos. El mismo Código Penal también contempla el delito de fraude a la Seguridad Social (artículo 307) y los delitos contra los trabajadores (artículo 318). La responsabilidad tributaria deriva de la LGT, en cuya exposición de motivos se hace notar la introducción de importantes medidas para asegurar el cobro de las deudas tributarias, como la graduación de la responsabilidad de los administradores en función de su participación. El incumplimiento de las obligaciones tributarias genera, como señala VILLAR (2011), p. 517, «diversos tipos de responsabilidad para los administradores: civil, frente a las sociedades, sus socios y acreedores, por los daños causados; penal, en el caso de que las conductas realizadas sean constitutivas de delito de defraudación o contable; y, tributaria, de carácter estrictamente administrativo». En relación con la responsabilidad del administrador por deudas con la Seguridad Social, y según SANZ SÁENZ (2018), p. 52, la Tesorería General de la Seguridad Social podrá reclamar el pago a los herederos del administrador, pero solo cuando pueda probar que en el momento del fallecimiento ya existía un acto administrativo declarativo de responsabilidad del administrador mediante el correspondiente procedimiento recaudatorio, en vía administrativa, de derivación de responsabilidad. Para un estudio detallado de los diferentes tipos de responsabilidad en que pueden incurrir los administradores, véase MOYA JIMÉNEZ (2015), pp. 353 y ss.

¹⁶⁹¹ ESTEBAN VELASCO (2011), p. 236.

ño del cargo ¹⁶⁹², siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa. La culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales» ¹⁶⁹³.

Esta acción de responsabilidad puede ser pues de dos tipos: será social, cuando lo que se pretende es dilucidar la responsabilidad por daños causados al patrimonio de la sociedad (la legitimación para reclamarla corresponde a socios y acreedores) ¹⁶⁹⁴, y será individual, cuando lo que se contemple es la responsabilidad por daños causados directamente en el patrimonio de los propios socios o terceros. Dependiendo de qué tipo de acción se ejercite, la indemnización se integrará en el patrimonio social o en el patrimonio del particular socio o acreedor demandante ¹⁶⁹⁵; en ambos casos será necesario que concurren los requisitos de la responsabilidad civil subjetiva, es decir: un comportamiento antijurídico del administrador, culpabilidad, daño y relación de causalidad ¹⁶⁹⁶. El excesivo carácter punitivo de esta responsabilidad ha sido criticado por cierta doctrina ¹⁶⁹⁷, y por ello se ha alabado que el Tribunal Supremo liberase de responsabilidad a los administradores cuando hubiesen realizado «un esfuerzo significativo a la hora de evitar el daño», tomando medidas para mejorar la situación económica que produjesen un «aumento de liquidez», en su Sentencia de 20 de noviembre de 2008 ¹⁶⁹⁸.

¹⁶⁹² La LSC establece una serie de deberes: el de diligencia, que implica ejercer el cargo e informarse, así como ser imparcial y discrecional en las decisiones empresariales; el de lealtad, que prohíbe realizar transacciones con la sociedad, explotar su posición de administrador, aprovechar oportunidades de negocio o entrar en competencia con la sociedad. Después hay deberes fiduciarios más específicos, como el de secreto y abstención. *Vid.* ORIOL LLEBOT, 2011, pp. 31 y ss.

¹⁶⁹³ El apartado 3.º del mismo precepto ordena que «la responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los administradores de hecho. A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad». Esta nueva regulación ha sido muy celebrada por cierta doctrina que, como GRIMALDOS GARCÍA (2015), pp. 320-321, considera que se da respuesta por primera vez a la cuestión de qué es un administrador de hecho, puesto que por un lado, se incluyen aquellos casos que la doctrina siempre consideró comprendidos en el concepto, y de otro, construye un concepto material y no formal de órgano de administrador; así, administrador es todo aquel que desempeñe, con o sin título de administrador, funciones propias de este.

¹⁶⁹⁴ La legitimación activa de la acción social recae en primer lugar en la propia sociedad, previo acuerdo por mayoría ordinaria, subsidiariamente la minoría y finalmente los acreedores, de conformidad con los artículos 238 a 240 LSC.

¹⁶⁹⁵ LARA GONZÁLEZ (2011), pp. 95-96. Téngase en cuenta sin embargo que ambas acciones pueden perfectamente concurrir.

¹⁶⁹⁶ LARA GONZÁLEZ (2011), p. 96; ESTEBAN VELASCO (2011), pp. 185 y ss. GRIMALDOS GARCÍA (2015), p. 339; Díez Estella (2018), pp. 446-456.

¹⁶⁹⁷ CARRASCO PERERA (2009, versión *online*) afirma que «una sociedad que se disuelve por la única razón de que sus administradores temen la sanción es una sociedad que no agota sus opciones para salvar riqueza y puestos de trabajo».

¹⁶⁹⁸ RJ 2008, 6059.

Además, también existen otro tipo de responsabilidades más específicas, como la que se deriva del incumplimiento de la obligación de disolver la sociedad *ex* artículo 367 LSC, que es un tipo de responsabilidad sancionatoria en el que basta probar la concurrencia de la causa de disolución y no exige acreditar el daño ni la relación de causalidad; se trata pues de una responsabilidad cuasi objetiva o *ex lege*¹⁶⁹⁹.

El plazo de prescripción, a diferencia de la acción de responsabilidad extracontractual, es bastante amplio, pues el artículo 241 bis LSC establece que «la acción de responsabilidad contra los administradores, sea social o individual, prescribirá a los cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse». Este plazo hace muy posible que la responsabilidad se reclame una vez ya fallecido el administrador, o lo que es lo mismo, que se constituya como *deuda hereditaria oculta*.

Así lo demuestra la copiosa jurisprudencia menor que existe en esta materia¹⁷⁰⁰; sirvan de ejemplo las SSAP de Salamanca de 7 de septiembre de 1998¹⁷⁰¹, Asturias de 28 de marzo de 2001¹⁷⁰², Pontevedra de 8 de marzo de 2002¹⁷⁰³, Cantabria de 31 de octubre de 2002¹⁷⁰⁴, todas ellas anteriores a la entrada en vigor de la nueva LSC en 2010. Una SAP más reciente es la de Barcelona de 9 de octubre de 2014¹⁷⁰⁵, donde se manifiesta que «la responsa-

¹⁶⁹⁹ MERCADER UGUINA y SUÁREZ CORUJO (2011), p. 471; DÍEZ ESTELLA (2018), pp. 459-460.

¹⁷⁰⁰ *Vid.*, también, las SSAP de Valencia de 5 de diciembre de 2006 (JUR 2007, 235100) y 26 de enero de 2009 (JUR 2009, 199184); así como la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Vitoria, de 12 de marzo de 2012 (JUR 2013, 347522), en la que se aplicaba la Ley de Responsabilidad Limitada. En todas estas Sentencias se desestima la transmisión de la responsabilidad del administrador, pero en tanto en cuanto no ha sido declarada judicialmente.

¹⁷⁰¹ AC 1998, 1766; en esta SAP se establece que «aunque esa responsabilidad se declare ahora, ya había nacido en vida del causante de los demandados por el incumplimiento de las obligaciones a las que se hizo mención, transmitiéndose así a los herederos como parte integrante de la herencia al igual que cualquier otra deuda, cualquiera que fuera su origen, legal, contractual o extracontractual».

¹⁷⁰² AC 2001, 642; cuya decisión es que la responsabilidad de dicho administrador, que incumplió en su día, mientras permaneció en el cargo, los deberes de aumentar el capital social y disolverla y liquidarla en la forma prevista en la Ley; esa responsabilidad se transmite a sus herederos, con independencia de que conocieran o no esa actuación.

¹⁷⁰³ AC 2002, 150585; en la que se dice que los administradores «responden de las deudas sociales, cualesquiera que fuere la fecha de su dotación, sin que ello suponga aplicación retroactiva sorpresiva, pues no cabe otra interpretación de un precepto que no debatía excepción ni salvedad, máxime cuando se posibilita a los administradores a eludir fácilmente dicha responsabilidad personal con una adaptación de capital o estructura social, siendo su pasividad lo que genera la aplicación de esa medida rígida. La responsabilidad a la que acabamos de hacer referencia D. Jacobo D. A. y su consiguiente obligación, es transmisible a sus herederos al haber fallecido, por cuanto conforme al artículo 659 del Código Civil, la herencia de una persona comprende todos los bienes, derechos y obligaciones que no se extingan por su muerte».

¹⁷⁰⁴ AC 2002, 2218; en la que se puede leer que «el heredero es sucesor universal y por ello sucede al difunto en todos sus derechos y obligaciones, incluso las contraídas como administrador societario que incurre en la sanción civil establecida en el art. 262.5 LSA».

¹⁷⁰⁵ JUR 2014, 283232.

bilidad de(l) administrador, que lleva a cabo un acto negligente o doloso con infracción de los deberes inherentes a su cargo causando, con ello, directamente, un daño en el patrimonio de un socio o de un tercero, mientras permaneció en el cargo, se transmite a sus herederos, con independencia de que conocieran o no esa actuación, pues como señala el artículo 659 CC, la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte, y los herederos, siendo la aceptación pura y simple, suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones (artículo 661 CC). Debe tenerse en cuenta que, aunque esa responsabilidad se declare ahora, ya había nacido en vida del causante de los herederos demandados, transmitiéndose así a éstos como parte integrante de la herencia al igual que cualquier otra deuda, cualquiera que fuera su origen, legal, contractual o extracontractual. Así pues esa responsabilidad se transmite a sus herederos al no estarse ante una responsabilidad de carácter penal, sino civil transmisible a los herederos».

Pero también existen Sentencias del Tribunal Supremo acerca de la transmisibilidad sucesoria de la responsabilidad civil de los administradores de sociedades. Un ejemplo es la STS de 26 de marzo de 1994¹⁷⁰⁶, que establece lo siguiente: «El caudal hereditario se integra no solo de derechos, sino también de obligaciones y los herederos suceden en las mismas al causante conforme dispone el artículo 661, salvo el supuesto del precepto 1010, ambos del Código Civil. Los derechos intransmisibles resultan perfectamente determinados en cuanto tienen tal naturaleza los de carácter público, los exclusivamente personales, los familiares y ciertos derechos patrimoniales de duración limitada, legal o convencionalmente a la vida de la persona, como sucede con el derecho real de usufructo. Efectivamente la situación de expulsión no puede decretarse para los herederos del socio que incurrió en la misma, pues es éste el único responsable de sus actos, pero sí las consecuencias y responsabilidades que de la misma procedan, surgiendo de la situación que creó, contraria a los intereses comunes sociales, las derivadas acciones para obtener la reparación de los quebrantos económicos que ocasionó con su proceder, y obtienen la censura de la expulsión, conforme decretó la sentencia que se recurre, la que, con elogioso estudio del tema, lo abordó en todas sus dimensiones jurídicas que determinaron el acierto decisorio del fallo emitido. Las responsabilidades socio-administrador no constituyen deuda personalísima y no transmisible a sus herederos, sino que sucede al contrario, como también respecto a los

¹⁷⁰⁶ RJ 1994, 2523.

derechos legítimos de su causante en la sociedad en que proceda la sucesión». Otra STS que se puede traer a colación es la de 20 de diciembre de 2007¹⁷⁰⁷, que confirma la condena contra los herederos por responsabilidad del administrador ya fallecido.

De nuevo nos encontramos ante una situación de desprotección clara de los herederos que han aceptado una herencia que creían solvente y que, por mor de deudas desconocidas u ocultas procedentes de la actividad del causante, puede llegar a convertirse en una herencia dañosa.

5. TRASCENDENCIA PRÁCTICA DE LAS DEUDAS OCULTAS

La aparición de deudas sobrevenidas o desconocidas como las descritas en los apartados precedentes no solo tiene trascendencia a efectos de la responsabilidad (*ultra vires* o *intra vires*) del heredero, sino que también afecta a otras cuestiones igualmente importantes, como el impuesto de sucesiones o el pago de legítima. Ello se debe a que el valor activo del patrimonio sucesorio –o la herencia, siguiendo el término restringido de la antigua jurisprudencia del TS– se utiliza para calcular ambas cosas, es decir, tanto la liquidación del impuesto sucesorio como la porción de legítima debida, como estudiaremos. Además, otra cuestión que se «liquida» en atención al valor del activo hereditario es el legado de parte alícuota; por ello, se ha dicho que «en caso de aparición de nuevas deudas de la herencia o de nuevos créditos, heredero y legatario parciario deberán abonarse el importe a que ascendieren dichas deudas o créditos en sus casos respectivos»¹⁷⁰⁸. Este planteamiento es acertado, pues si el activo sucesorio se ha calculado con anterioridad a la aparición de la «deuda oculta» no cabe duda de que la valoración habrá sido incorrecta. Pasamos pues a estudiar la afección en los impuestos y la legítima de las deudas ocultas.

5.1 El impuesto de sucesiones: especial referencia al caso de la fianza

En relación con la cuestión que se indica en la rúbrica, el artículo 94 del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (RISD) establece un procedimiento para «la deducción de las deudas del causante que

¹⁷⁰⁷ RJ 2007, 9058.

¹⁷⁰⁸ ROCA-SASTRE MUNCUNILL (1995), pp. 57-58.

se pongan de manifiesto con posterioridad al ingreso de las liquidaciones giradas por la Administración o de las autoliquidaciones practicadas por los interesados»¹⁷⁰⁹.

Esta regulación permite pues que los herederos rectifiquen la liquidación del impuesto sucesorio tras la aparición de la deuda en el plazo de cinco años tras la expiración del plazo de liquidación. Sin embargo, su aplicación es incierta cuando la deuda hereditaria oculta en cuestión se trate de una fianza. En efecto, no se puede pasar por alto el peculiar carácter de la fianza como *deuda oculta*, pues el artículo 1838 CC establece que el fiador que paga por el deudor, debe ser indemnizado por éste. Además, la indemnización debe comprender la cantidad total de la deuda, los intereses legales de la misma desde que se haya hecho saber el pago al deudor aunque no los produjese para el acreedor, los gastos ocasionados al fiador después de poner éste en conocimiento del deudor que ha sido requerido para el pago y los daños y perjuicios cuando procedan; todo ello «aunque la fianza se haya dado ignorándolo el deudor». Asimismo, el artículo 1839 CC determina que «el fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía. Si ha transigido con el acreedor no puede pedir al deudor más de lo que realmente haya pagado». Por lo tanto, corresponderá al fiador, o en caso de fallecimiento de este, a los herederos del fiador, un derecho de reembolso o regreso frente al deudor principal¹⁷¹⁰, salvo que este ya hubiese pagado, en cuyo caso el fiador tendría acción contra el acreedor *ex* artículo 1842 CC.

Es este derecho de reembolso o acción de regreso lo que dificulta sobremanera el tratamiento de la fianza como *deuda oculta a efectos fiscales*¹⁷¹¹.

¹⁷⁰⁹ El procedimiento se ajustará a las siguientes reglas: 1.^a La deducción se hará efectiva mediante la devolución, sin intereses de demora, de la porción de Impuesto que corresponda al importe de la deuda no deducida, entendiéndose por tal la diferencia que exista entre la cantidad ingresada y la que se hubiese ingresado si al practicar la liquidación o la autoliquidación se hubiese deducido el importe de la deuda. 2.^a Los interesados presentarán un escrito ante la oficina que hubiese practicado la liquidación o tramitado la autoliquidación, solicitando la rectificación correspondiente, acompañado de los documentos acreditativos de la existencia de la deuda o del pago de la misma realizado con posterioridad al ingreso. 3.^a Si la oficina estimase acreditada fehacientemente la existencia o el pago de la deuda, propondrá al órgano competente la adopción de acuerdo reconociendo el derecho a la devolución de la porción de impuesto a que se refiere la regla primera. En caso contrario, propondrá acuerdo denegatorio que se notificará a los interesados con expresión de los recursos procedentes contra el mismo. 4.^a Lo dispuesto en este artículo no será aplicable cuando hubiesen transcurrido cinco años desde la fecha de expiración del plazo de presentación a liquidación del documento, declaración o declaración-liquidación o cuando se trate de liquidaciones administrativas firmes de carácter definitivo.

¹⁷¹⁰ GUILARTE ZAPATERO (1993), p. 1820.

¹⁷¹¹ Lo mismo se puede decir desde una perspectiva civil y no fiscal, pues la SAP de Islas Baleares de 26 de octubre de 2000 (AC 2002, 713), estimó el recurso de apelación en el que se solicitaba la partición de la herencia, pues se había incluido en el pasivo un aval pagado, cuando lo que procedía era incluir la suma en el activo de la herencia como crédito contra los afianzados.

Al respecto, cabe traer a colación la STS de la Sala Tercera de 5 de noviembre de 1998¹⁷¹² donde se establece que la fianza no debe deducirse a efectos del Impuesto de Sucesiones, pues representa una deuda incierta¹⁷¹³; por su parte, el TSJ de Cataluña desestimó en sentencia de 2008¹⁷¹⁴ la solicitud de la heredera del fiador del reintegro del Impuesto de Sucesiones tras haber satisfecho la cantidad avalada. El TSJ entendió que «en efecto, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la obligación del avalista, lo cierto es que cuando éste o sus herederos han pagado la deuda avalada ostentan un crédito contra las personas avaladas, crédito que ha de formar parte del activo hereditario. Y no basta afirmar la insolvencia de tales personas avaladas con la sola mención a un acto de conciliación en que así lo manifiestan las mismas, máxime cuando, como pone de manifiesto la contestación a la demanda del Abogado de la Generalitat, consta que el crédito avalado venía garantizado con la hipoteca de dos fincas de los prestatarios-avalados, cuyo destino actual no consta. Las afirmaciones de la demanda de que el Banco acreedor solo pudo embargar bienes del avalista y no de los afianzados y de que le consta a la Administración la insolvencia de los afianzados por las muchas deudas que tienen contra el Tesoro público, han resultado huérfanas de toda probanza, aparte no ser en sí mismas suficientes para acreditar la invocada insolvencia».

¹⁷¹² En esta STS se establece que «el incumplimiento por parte del deudor es un riesgo previsible pero no un hecho cierto, que en el momento de la sucesión no se debió tener en cuenta como una deuda deducible. Solo en el caso de incumplimiento por el deudor principal (no siendo solidaria la fianza), responderá el fiador en defecto de éste, y aún en tal caso todavía debe ser indemnizado por el deudor, como así se dispone en los artículos 1838 y siguientes del Código Civil. Luego hasta dicho momento no existe menoscabo patrimonial». Rec. 2116/1992. Referencia base de datos La Ley Digital: 10882/1998.

¹⁷¹³ Concretamente, la STS señala que «nos encontramos en el caso en que mediante fianza, D. Joan Fontanet (fiador) se obliga a pagar o cumplir por un tercero (deudor), en el caso de no hacerlo éste, y tras su fallecimiento, se debe analizar si esta obligación concreta, está dentro de los supuestos comprendidos como deducibles en el artículo 28 del Decreto de 6 de abril de 1967 (núm. 1018/67), del Impuesto General sobre las Sucesiones [ley ya derogada]. Lo cierto es que el fiador tiene una obligación accesoria, con respecto al acreedor, pero ésta no puede ser calificada como una deuda del causante de las comprendidas en el artículo 28 del Decreto 1018/67. Esto es así, porque el incumplimiento por parte del deudor es un riesgo previsible pero no un hecho cierto, que en el momento de la sucesión no se debió tener en cuenta como una deuda deducible. Solo en el caso de incumplimiento por el deudor principal (no siendo solidaria la fianza), responderá el fiador en defecto de éste, y aún en tal caso todavía debe ser indemnizado por el deudor, como así se dispone en los artículos 1838 y siguientes del Código Civil. Luego hasta dicho momento no existe menoscabo patrimonial. En definitiva, los argumentos anteriores nos llevan a no considerar este supuesto dentro de los comprendidos en el artículo 28 del Decreto 1018/67, por lo que no se debió detraer del caudal relicto la cantidad afianzada, como también reconoce la sentencia de instancia».

¹⁷¹⁴ JUR 2008, 138123.

Asimismo, el artículo 13 LISD establece que «en las transmisiones por causa de muerte, a efectos de determinación del valor neto patrimonial, podrán deducirse con carácter general las deudas que dejare contraídas el causante de la sucesión siempre que su existencia se acredite por documento público o por documento privado que reúna los requisitos del artículo 1227 del Código Civil o se justifique de otro modo la existencia de aquella, salvo las que lo fuesen a favor de los herederos o de los legatarios de parte alícuota y de los cónyuges, ascendientes, descendientes o hermanos de aquellos aunque renuncien a la herencia». La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha interpretado este artículo en su Sentencia de 5 de abril de 2006¹⁷¹⁵ a raíz de un supuesto en el que se pretendía la deducción de una deuda reclamada en proceso civil, pero en el que todavía no había recaído sentencia firme y considera que: «como según se desprende del precepto, la deducción de las deudas del caudal relicto requiere que éstas existan al tiempo del fallecimiento del causante, es decir, que sean firmes, y dicha firmeza no es predicable del supuesto controvertido, ya que al no existir sentencia firme en el correspondiente proceso, se ignoraba si efectivamente terminaría por exigirse dicha responsabilidad (lo que no fue así, pues con fecha de 10 de julio de 1996 se ordenó el levantamiento del embargo) desconociéndose asimismo la cuantía exacta de la indicada deuda; se trata de una mera expectativa que no cumple las exigencias de tal artículo 13 de la Ley y que por tanto no puede surtir los efectos pretendidos por la recurrente».

En nuestra opinión, creemos que esta jurisprudencia hace alusión únicamente a los casos de fianza común de naturaleza subsidiaria, y no a la fianza solidaria, autónoma o a primer requerimiento, pues en cualquiera de estos casos su exigibilidad no se trataría exactamente de una *mera expectativa*. Con ello no queremos decir que en estos casos sea cierto en todo caso que se vaya a exigir dicha responsabilidad, pero sí que es altamente probable; por ello, el sistema normativo y jurisprudencial debería prever una solución *ad hoc* para este tipo de situaciones. En cualquier caso, entendemos que, una vez pagada la caución, esta sí debería poder deducirse según el procedimiento establecido en el artículo 94 RISD, pues si la fianza se ha exigido al fiador, cabe pensar que es porque el deudor principal es insolvente o no ha podido hacer frente a su deuda; así, el reembolso se antoja improbable, al menos a corto plazo.

¹⁷¹⁵ RJ 2006, 6746.

5.2 Repercusiones de las deudas ocultas en el pago de la legítima

5.2.1 LA LEGÍTIMA: CONCEPTO Y DETERMINACIÓN

El artículo 806 CC define la legítima¹⁷¹⁶ como «la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos»¹⁷¹⁷.

Esta definición ha sido ampliamente criticada por la doctrina¹⁷¹⁸, que la ha considerado inútil y desafortunada¹⁷¹⁹ por varias razones: en primer lugar, la cuota legitimaria con cargo a bienes hereditarios no existe siempre, bien porque la herencia es *damnosa*, bien porque ya se ha pagado en vida del *de cuius*. En segundo lugar, su cuantía es variable, ya que pueden haber concurrido anticipos también en vida del difunto; habrá que esperar al momento de cálculo y liquidación para saber si la legítima ya ha sido cubierta en vida o es necesario *complementarla* con parte de la herencia. En tercer lugar, a veces la legítima no da el dominio sobre esa porción al legitimario, sino un derecho distinto, como en el caso de la legítima del viudo¹⁷²⁰. En cuarto lugar, el precepto habla de *testador* cuando en realidad se está refiriendo al causante o propietario de esa porción a la que se le prohíbe disponer de ella, bien como testador, bien como donante¹⁷²¹. Finalmente, la cuota legitimaria no siempre

¹⁷¹⁶ VALLET DE GOYTISOLO (1978), pp. 4-10, pone de manifiesto que la palabra legítima se puede emplear para referirse bien al *derecho de los legitimarios a un determinado contenido patrimonial*, bien al *contenido* mismo a que tiene derecho el legitimario. No obstante, en su opinión, este empleo indistinto de la palabra legítima ha generado cierta confusión, ya que, en realidad el artículo 806 CC se refiere únicamente al contenido. Por ello, es necesario desterrar la equivocada idea de que exista un tercer modo de delación, distinto a la testamentaria y *abintestato*, por varias razones: en primer lugar, porque la legítima del Código Civil «resulta de la filiación romana», y, en segundo lugar, porque la *indisponibilidad* a la que hace mención el precepto no es absoluta, sino relativa: el causante puede disponer de la legítima, ya que puede dársela a sus legitimarios a título de herederos, legatarios o donatarios. Por tanto «la legítima es disponible, por lo menos, *en cuanto a la causa jurídica*, por la que se ha de transmitir al hijo». Además, el artículo 808 CC también permite disponer de la mejora en el sentido en el que se quiera.

¹⁷¹⁷ Como señala DOMÍNGUEZ LUELMO (2010), p. 923, el artículo 806 CC hay que ponerlo en relación con el artículo 763 CC, de forma que si el testador no tiene herederos forzosos goza de absoluta libertad de testar.

¹⁷¹⁸ Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 105, la tacha de «idea simplísima, tan simple que parece un poco el huevo de Colón, la herencia se divide en partes: hay una parte legítima, reservada a unas personas, y otra parte de libre disposición. Pero una idea tan simple es necesariamente falsa. Esta división de la herencia es puramente ficticia, intelectual, es una manera de hablar que no se corresponde con la realidad. Una herencia constituida con un solo bien (una finca, una casa) ¿Puede realmente decirse dividida en partes? La idea de partes o porciones dentro de la herencia es decididamente inexacta y necesita una adecuada interpretación».

¹⁷¹⁹ LACRUZ BERDEJO (1981), p. 424; TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO (2012), p. 21.

¹⁷²⁰ MANRESA NAVARRO (1932), p. 228.

¹⁷²¹ MANRESA NAVARRO (1932), p. 229; ESPEJO LERDO DE TEJADA (1996), p. 147, afirma rotundamente que también «existe legítima en la sucesión intestada».

ha de discurrir por la senda de la participación en los bienes hereditarios, ya que el propio Código Civil establece en varias disposiciones fragmentarias la posibilidad de su *conversión* en derecho de crédito. Empero, no todo lo que se ha dicho sobre este precepto es negativo, pues sí se ha elogiado la nota de *indisponibilidad* que lo impregna¹⁷²²: característica ésta por antonomasia de la legítima como *freno* a la libertad de testar¹⁷²³.

Pues bien, del tenor literal del artículo 806 CC se podría inferir que los legitimarios, a quienes el precepto denomina *herederos forzosos*, ostentarán la condición de herederos; esta fue la tesis que prevaleció hasta los años 40 aunque todavía cuenta con defensores y que concibe la legítima como un derecho de contenido *pars hereditatis*¹⁷²⁴. También se dijo que la legítima sería un derecho de contenido *pars valoris bonorum*¹⁷²⁵, mas la tesis mayoritaria la concibe como un derecho de contenido *pars bonorum*¹⁷²⁶, que aduce en tal sentido no solo el tenor literal del artículo 806 CC –*porción de bienes*–, sino que el testador puede satisfacer la legítima anticipadamente a través de la donación; además, «mientras la legítima no esté totalmente satisfecha, todos los bienes hereditarios están afectos a su pago»¹⁷²⁷. Ello implica que, como norma gene-

¹⁷²² TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO (2012), p. 21.

¹⁷²³ VALLET DE GOYTISOLO (1978), p. 14, señala que la habitual calificación de la legítima como *freno* o *limitación* en sentido *negativo*, no es una calificación absoluta, pues «del mismo modo que no hay reverso sin anverso, no existe en derecho nada negativo que no tenga un correlativo beneficiario, respecto del cual resulte positivo»; en definitiva, «la obligación de dejar la legítima es positiva, pues su contenido es un *dare* aunque sea *mortis causa*».

¹⁷²⁴ Entre otros, ROYO MARTÍNEZ (1951), pp. 184-186, defendió la tesis tradicional cuando comenzaban a despuntar otras que la negaban, y su argumento es que se puede distinguir en el seno del Código Civil «una élite formada por los tradicionales herederos forzosos: los descendientes y los ascendientes legítimos, frente a los *parvenus* de la legítima, que son los hijos naturales y el cónyuge viudo. Esta diferencia podrá impedir la conclusión de que *todos* los legitimarios son herederos, pero no justifica, desde luego, la generalización a la inversa, es decir, la afirmación de que *ningún* legitimario es heredero, por el hecho de que alguno no lo sea efectivamente». También han considerado que la legítima es *pars hereditatis* ilustres autores como PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (1985), pp. 850 y ss.; COSSIO CORRAL (1988), pp. 574-576; RODRÍGUEZ ROSADO (2017), pp. 121 y ss. Para esta corriente doctrinal, la legítima sería una cuota de herencia, o una parte alícuota, con todo su activo y pasivo.

¹⁷²⁵ ROCA SASTRE (1944), p. 203, señala que la legítima «tiene la misma contextura o calidad intrínseca de todos los derechos de realización de valor, y, por consiguiente, del derecho real de hipoteca; si bien se diferencia de ésta en que en la hipoteca, el derecho de realización de valor se produce en *funciones de garantía* del cumplimiento de una obligación, o sea con una accesoriedad tan enérgica que le resta autonomía, mientras que en la legítima es la titularidad sobre el valor que surge de un modo independiente o autónomo (...) Así, pues, la legítima tiene la naturaleza propia de derecho real de realización de valor que afecta a modo de *carga* o *gravamen* a todo el patrimonio hereditario, y, por consiguiente, a todos los bienes relictos, en su consideración de elementos integrantes del mismo». Sin embargo, esta postura también fue criticada por VALLET DE GOYTISOLO (1978), p. 25, toda vez que al legitimario no se le concede una acción personal para reclamar el valor de su cuota, sino que, y entre otras cuestiones, se le ha facultado para pedir la división de la herencia.

¹⁷²⁶ VALLET DE GOYTISOLO (1978), p. 17; LACRUZ BERDEJO (1981), p. 488; REAL PÉREZ (1988), pp. 54-55; DOMÍNGUEZ LUELMO (1989), p. 26; TORRES GARCÍA (2009), p. 320.

¹⁷²⁷ VALLET DE GOYTISOLO (1978), pp. 17-24, quien critica la tesis de quienes consideran al legitimario como heredero con base en que «significaría una contradicción que un contenido totalmente cubier-

ral, la legítima deberá ser satisfecha con bienes *in natura*, salvo en los supuestos en los que el propio CC prevé que pueda pagarse con dinero (artículos 821, 841 a 847 y 1056.2 CC)¹⁷²⁸ y sin que el legitimario tenga por ello que responder por las deudas de la herencia¹⁷²⁹. Tampoco tiene contenido *pars hereditatis* ni *pars bonorum* la legítima en ciertos derechos autonómicos, en los que esta es más bien de naturaleza *pars valoris*¹⁷³⁰.

La cuestión relativa al momento y al cálculo de la legítima se resuelve en el artículo 818 CC, cuando ordena que «para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador¹⁷³¹, con deducción de las deudas

to con la imputación de donaciones, o que se cubriera exclusivamente con el ejercicio de la acción de reducción de donaciones, fuera *pars hereditatis*, y que el legitimario que así obtuviera su porción debida tuviese que responder solidariamente de las deudas del caudal inherentes a toda *pars hereditatis*».

¹⁷²⁸ En este sentido, TORRES GARCÍA (2009), p. 202, señala que «si bien se puede seguir afirmando que en el régimen del Código Civil la legítima se configura como *pars bonorum*, desde el punto de vista del pago se transforma en una *pars valoris bonorum* y ello no solo en los casos en los que por existir determinados presupuestos objetivos éste se contempla –dinero extrahereditario–, sino en los que es suficiente que por una simple manifestación de voluntad formal del testador los legitimarios no adjudicatarios de los bienes deban conformarse con el metálico extrahereditario. Si bien hasta que este no sea efectivo se puede actualizar la reserva de *pars bonorum* que permanece latente hasta que el legitimario reciba su valor».

¹⁷²⁹ DOMÍNGUEZ LUELMO (2010), p. 924, que además señala que, a pesar de que la STS de 26 de abril de 1997 (RJ 1997, 3542), considerase que la legítima era *pars hereditatis* y que el legitimario tenía derecho a una cuota no solo en el activo, sino también en el pasivo, la mayoría de las decisiones judiciales se inclinan por considerar que la legítima es *pars bonorum* [SSTS de 20 de junio de 1986 (RJ 1986, 4558); 8 de mayo de 1989 (RJ 1989, 3673); 7 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 9165); y RRDGRN de 1 de marzo de 2006 (RJ 2006, 3919); 25 de febrero de 2008 (RJ 2008, 2791); 17 de octubre de 2008 (RJ 2008, 637), entre otras].

¹⁷³⁰ Este es el caso de la LDCG, cuando señala que «los legitimarios tienen derecho a recibir del causante, por cualquier título, una atribución patrimonial en la forma y medida establecidas en la presente ley» (artículo 240) y que el legitimario «no tiene acción real para reclamar su legítima y será considerado, a todos los efectos, como un acreedor» (artículo 249). No en vano, GARCÍA RUBIO (2012), pp. 203 y ss., considera que la LDCG ha venido a establecer «un sistema legitimario gallego completo y autónomo, muy distinto del que mantiene todavía el CC», que supondría «un paso más en la evolución que ya había iniciado en la LDCG de 1995 donde, según algunos sustentábamos, se había consagrado como regla una legítima de naturaleza *pars valoris bonorum*». Dice la autora que «con su consideración como mero derecho de crédito pagadero en dinero, la legítima gallega se sitúa en la misma senda que marcan los Derechos sucesorios europeos que han reformado la institución y que consideran esta configuración más adaptada a las necesidades sociales contemporáneas que aquellas que parten de una legítima como *pars hereditatis* o *pars bonorum*. La nueva configuración evita cotitularidades indeseadas que suelen ser fuentes continuas de conflictos, es más favorable para la libre circulación de los bienes, particularmente los inmuebles, y permite el mantenimiento de los negocios realizados en vida por el causante». Según ESPINOSA DE SOTO (2007), pp. 749-752, la consecuencia lógica es que la acción del legitimario será de carácter personal, y no real, como ocurre en la legítima *pars bonorum*, y por ello, no le será de aplicación lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley Hipotecaria. Además, el legitimario gallego tampoco podrá ejercitar la facultad de oposición a la partición del artículo 1082 CC puesto que es un acreedor del heredero (con una posición más fuerte que la de los acreedores personales de éste) y no del causante (su derecho no existía sobre el patrimonio hereditario antes de convertirse este en herencia). Por todo ello, el artículo 249 LDCG confiere unas garantías propias y específicas de su derecho, al establecer que el legitimario puede, de una parte, exigir que el heredero, el comisario o contador-partidor o el testamento facultado para el pago de la legítima formalice inventario, con valoración de los bienes, y lo protocolice ante notario; y de otra, también puede solicitar anotación preventiva de su derecho en el registro de la propiedad sobre los bienes inmuebles de la herencia.

¹⁷³¹ LACRUZ BERDEJO (1981), pp. 482-483, pone de manifiesto que *testador* es una expresión impropia en este precepto, que se refiere a cualquier causante.

y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento. Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones colacionables»¹⁷³².

Respecto al primer asunto que interesa –momento del cálculo–, la doctrina mayoritaria ha considerado que se deben hacer dos valoraciones: una, a la apertura de la sucesión, para esclarecer si los bienes asignados por el causante cubren o no la cuota de los legitimarios¹⁷³³; otra, en el momento de la liquidación, pues podría transcurrir mucho tiempo hasta la partición¹⁷³⁴. No obstante, algunos autores han creído que el momento único de valoración debería ser el de la muerte misma del causante¹⁷³⁵ mientras que otros apelan al del pago de la legítima¹⁷³⁶.

En cuanto al cálculo de la legítima, del tenor literal del precepto parece desprenderse la nítida necesidad de llevar a cabo dos operaciones aritméticas: una resta (*deducción*) y una suma (*agregará*)¹⁷³⁷. La primera actuación que hay que hacer es valorar los bienes que quedasen del causante (*relictum*)¹⁷³⁸ y de traer de ese valor el pasivo que no se hubiera extinguido con la muerte del *de cuius*¹⁷³⁹, a excepción de las conocidas como *obligaciones testamentarias*¹⁷⁴⁰.

¹⁷³² Como bien dice CAPILLA RONCERO (2016), p. 844, este precepto «se trata de norma no dispensable por el causante. Es en consecuencia ineficaz la cláusula testamentaria que ordena no tomar en cuenta determinadas donaciones a la hora de calcular las legítimas».

¹⁷³³ DOMÍNGUEZ LUELMO (2010), p. 936; STS de 21 de abril de 1997 (RJ 1997, 3248).

¹⁷³⁴ DOMÍNGUEZ LUELMO (2010), p. 936; SSTS de 25 de mayo de 2005 (RJ 2005, 6068), y 7 de marzo de 2008 (RJ 2008, 4347).

¹⁷³⁵ Esta teoría ha sido desvirtuada por VALLET DE GOYTISOLO (1978), p. 219, toda vez que el precepto únicamente dice que *se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador*, y no, *se atenderá al valor que tuvieron a la muerte del testador los bienes que entonces quedaren*.

¹⁷³⁶ LACRUZ BERDEJO (1981), pp. 481-482, señala que «el tiempo más equitativo sería el del pago de la legítima, y no siendo posible valorar y pagar a la vez, la fecha más aproximada a aquel momento».

¹⁷³⁷ VALLET DE GOYTISOLO (1978), p. 208.

¹⁷³⁸ Para llevar a cabo dicha valoración habrá que atender a una serie de factores y reglas, como bien ha puesto de manifiesto la doctrina: en primer lugar, la valoración debe ser lo más objetiva posible, y no es necesario que se practique de forma pericial: puede hacerse de común acuerdo. En caso de litigio, el juez resolverá atendiendo a las tasaciones, datos oficiales o cotizaciones hechas por peritos. Asimismo, no se contarán dentro del activo los créditos incobrables, y los de cobro difícil se evaluarán por el precio que tendrían en venta. Véase MANRESA NAVARRO (1932), pp. 371-372; VALLET DE GOYTISOLO (1978), pp. 207-230; LACRUZ BERDEJO (1981), p. 481. Para una mejor comprensión de qué bienes se han de entender incluidos en el activo, consúltese CAPILLA RONCERO (2016), pp. 845-847.

¹⁷³⁹ No en vano, la mayor parte de comentaristas de este precepto se hicieron eco de que lo que hay que deducir son las «obligaciones de una persona que no se extingan por la muerte», tal y como indica el artículo 659 CC. Véase en este sentido, VALLET DE GOYTISOLO (1978), p. 226. Precisamente porque no son deudas del difunto, sino deudas que surgen tras la muerte del mismo, algunos autores han considerado que las deudas de entierro y las demás que puedan surgir a causa de la apertura de la sucesión no deben de traerse para el cálculo de la legítima (entre otros MANRESA NAVARRO 1932, p. 372, y LACRUZ BERDEJO 1981, p. 482; cuestión que no es en absoluto pacífica en la doctrina, opina de manera contraria CAPILLA RONCERO 2016, p. 847). En el CCCat, el artículo 451-5 estipula expresamente que se deducirán «las deudas y los gastos de última enfermedad y del entierro o la incineración».

¹⁷⁴⁰ CAPILLA RONCERO (2016), p. 846, señala que la exclusión de las cargas testamentarias es obvia, pues en caso contrario, sería «ilusoria la eficacia limitativa de las legítimas respecto de la libertad de disposición del causante».

No está de más remarcar que, como bien ha dicho la doctrina, dentro del montante que se debe detracer hay que incluir las obligaciones del causante que se liquiden a su fallecimiento y las deudas que este tuviera con alguno de sus herederos, aunque se extingan por confusión¹⁷⁴¹, así como las deudas aún no vencidas, pues realmente disminuyen el haber partible¹⁷⁴².

Pues bien, al producto que se haya obtenido de esta resta habrá que sumarle el valor de las donaciones colacionables (*donatum*)¹⁷⁴³, es decir, todas las donaciones realizadas en vida por el *de cuius*¹⁷⁴⁴. En este sentido, Manresa afirmó que todas las donaciones se entendían hechas con la limitación del artículo 636 CC, o lo que es lo mismo, «todas quedan en suspenso hasta la muerte del testador, porque siempre han de quedar en su día a salvo las legítimas»¹⁷⁴⁵. Y tal vez por ello esta sea la operación más complicada, por cuanto implica llevar a cabo una suma de un *valor ficticio* que ya no pertenece ni al causante ni al heredero que le sucede. Estas donaciones habrán de imputarse de acuerdo con lo fijado en el artículo 819 CC, que establece que «las donaciones hechas a los hijos, que no tengan el concepto de mejoras, se imputarán en su legítima. Las donaciones hechas a extraños se imputarán a la parte libre de que el testador hubiese podido disponer por su última voluntad. En cuanto fueren inoficiosas o excedieren de la cuota disponible, se reducirán según las reglas de los artículos siguientes»¹⁷⁴⁶.

Conviene que nos preguntemos qué ocurriría si se reclamase una deuda del causante con posterioridad a la muerte del obligado, a la aceptación por el

¹⁷⁴¹ VALLET DE GOYTISOLO (1978), p. 227.

¹⁷⁴² MANRESA NAVARRO (1932), pp. 371-372. Conviene recordar que, como señala LACRUZ BERDEJO (1981), p. 480, para que la legítima nazca con cargo a bienes de la herencia, esta ha de ser activa, pues «si un cálculo inicial demuestra que no hay tal remanente, por ser superiores las deudas del causante a los bienes que deja (y no haber hecho en vida donaciones de las que se cuentan en la *reunión ficticia*), no hay legítima, por falta de un caudal sobre el cual puedan los designados por la ley hacer efectivas sus eventuales pretensiones».

¹⁷⁴³ DOMÍNGUEZ LUELMO (2010), p. 936. La doctrina y jurisprudencia han entendido que cuando el artículo 818 CC habla de donaciones colacionables no se está refiriendo al tecnicismo legal de donación colacionable en el sentido del artículo 1035 CC. Véase en este sentido MANRESA NAVARRO (1932), pp. 373-374, cuando menciona las STS de 4 de mayo de 1889 y 16 de junio de 1902, fijándose así la doctrina de que «deben considerarse colacionables todas las donaciones hechas por el testador durante su vida, ya en favor de herederos forzosos, ya en favor de personas extrañas».

¹⁷⁴⁴ No se prevé lo mismo en Cataluña, pues el artículo 451.5 CCCat establece que solo se agregará el valor de los bienes dados o enajenados por otro título gratuito por el causante en los diez años precedentes a su muerte.

¹⁷⁴⁵ MANRESA NAVARRO (1932), p. 370. No obstante, desde una perspectiva comparada, TORRES GARCÍA y GARCÍA RUBIO (2014), pp. 148-149, nota 241, ponen de relieve que en algunos sistemas jurídicos se ha limitado temporalmente esta facultad de reducción, de manera que solo se pueden reducir las donaciones realizadas por el causante en los diez años precedentes a su muerte (artículo 451-5 CCCat y §2325.3 BGB).

¹⁷⁴⁶ VALLET DE GOYTISOLO (1978), p. 232, señala que «si las donaciones exceden de dicho tercio (de libre disposición) serán inoficiosas, cualquiera que fuese el caudal del donante al tiempo de hacerlas, y deben reducirse en cuanto al exceso».

heredero y a la liquidación de la legítima, suponiendo que la herencia era activa antes de la reclamación de la citada deuda, habiéndose producido ya el pago de legítimas. La consecuencia se antoja evidente: el legitimario habría recibido más de lo que le habría correspondido y no parece justo que en tal caso el heredero, si fuese persona distinta del legitimario –hipótesis que damos ahora por supuesta–¹⁷⁴⁷, tuviese que hacer frente a la deuda sobrevenida del causante sin poder recuperar lo que dio o pagó de más al legitimario.

Si la situación aquí planteada cobrase vida, las partes implicadas –heredero y legitimario– tendrían que proceder a realizar una nueva valoración de *relictum* y *donatum* para liquidar de nuevo la legítima. Tras la nueva valoración se podría llegar a dos resultados diferentes: el primero, el de una simple reducción del contenido cuantitativo de la legítima; el segundo, el de la total desaparición del derecho a legítima con cargo a los bienes hereditarios, situación que se produciría cuando la inclusión de la deuda sobrevenida en el cálculo es de tal entidad e importancia que convierte la herencia, retrospectivamente hablando, en dañosa.

5.2.2 REDUCCIÓN DE LA LEGÍTIMA: POSIBLE RECURSO A LA ACCIÓN DEL PAGO DE LO INDEBIDO

Tanto si el nuevo cálculo de la legítima hiciese disminuir su valor tras la deuda sobrevenida como si provocase su extinción, lo normal sería que el acreedor reclamase al heredero, pues es este quien se ha subrogado en la posición del deudor-causante, y que a su vez el heredero, si así lo quisiera, reclamase al legitimario la restitución de lo indebidamente pagado.

Como decimos, habría que llevar a cabo una nueva liquidación, pues si se preceptúa nueva liquidación para el caso de que aparezca un bien o derecho nuevo¹⁷⁴⁸, misma solución habrá de aplicarse para el caso de que aparezca un

¹⁷⁴⁷ Este supuesto que se plantea es únicamente posible en caso de adhesión a la tesis de que la legítima no es *pars hereditatis*, pues si lo fuera, el legitimario sería heredero en todo caso. De todas formas, aun adoptando la tesis que considera la legítima como *pars bonorum*, habría que distinguir tres supuestos. El primero, si el legitimario también fuese instituido como heredero único por el testador, no tendría sentido volver a calcular la legítima, pues al confluir en la misma persona la condición de acreedor del pago indebido (heredero) y deudor del cobro indebido (legitimario), tal obligación se extinguiría. El segundo supuesto que podría darse es que hubiese varios coherederos y solo uno de ellos fuese heredero y legitimario al mismo tiempo, en cuyo caso los otros coherederos tendrían la posibilidad de reclamarle al legitimario lo que éste hubiese obtenido de más en la partición. El tercer y último supuesto es que exista un único heredero-legitimario, y que existan otros legitimarios, situación en la que se repite la solución: el heredero-legitimario podrá perseguir los bienes que los otros legitimarios hubiesen recibido en virtud del cálculo erróneo del *relictum*.

¹⁷⁴⁸ LACRUZ BERDEJO (1981), p. 481.

elemento más en el pasivo del causante. La única diferencia será que en este segundo caso la liquidación resultará en un valor negativo u obligación de restituir parte de lo recibido a título de legítima.

Si la deuda sobrevenida fuese de tal entidad que convirtiese retrospectivamente la herencia en pasiva, entonces la legítima podría haber nacido o no, dependiendo del *donatum*, pero en cualquiera de los casos, también se trataría de un pago de lo indebido, pues el heredero no tendría obligación de pagar al legitimario con bienes hereditarios la legítima (*antes es pagar que heredar*); no obstante, el legitimario todavía tendría expedita la acción de reducción de donaciones y legados¹⁷⁴⁹, si residiese ahí el perjuicio sufrido (las donaciones no pueden perjudicar la legítima, *ex* artículo 654 CC).

Creemos pues que la acción civil que mejor parece encajar con esta obligación de restituir por parte del legitimario es la del pago de lo indebido, bien para reclamar lo que se pagó y nunca se debió (*indebitum ex causa*), o lo que se pagó por exceso (*indebitum ex re*). Esta acción se regula en el artículo 1895 CC, que ordena que «cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar, y que por error ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla». El fundamento de esta acción parece encontrarse en la «obligación de restituir lo recibido indebidamente, por tratarse de la necesidad de remediar una injusticia evidente, como sería que se permitiera la retención de lo recibido sin razón alguna»¹⁷⁵⁰.

Del tenor literal del precepto parecen extraerse tres claros requisitos: que el pago se haya hecho con *animus solvendi*¹⁷⁵¹, que el que lo hubiera recibido no tuviese derecho a ello¹⁷⁵², y que dicho pago se hubiera llevado a cabo por error del *solvens*¹⁷⁵³. Este último requisito relativo al error, y a la necesidad de

¹⁷⁴⁹ La reducción de disposiciones testamentarias se prevé en el artículo 817 CC, y, de acuerdo con RIVERA FERNÁNDEZ (2016), p. 843, carece de un plazo de prescripción establecido legalmente; por ello, la doctrina no termina de ponerse de acuerdo sobre si dicho plazo es de quince, cinco o cuatro años.

¹⁷⁵⁰ PUIG BRUTAU (1983), p. 31.

¹⁷⁵¹ PUIG BRUTAU (1983), pp. 31-32, señala que el pago ha de entenderse en sentido amplio, como entrega de cosa o realización de la prestación en que la obligación consistía, incluyéndose también la dación en pago. Además, y de acuerdo con el artículo 1900, la prueba del pago incumbirá al que pretende haberlo hecho.

¹⁷⁵² PUIG BRUTAU (1983), p. 32, solo contempla la posibilidad de pago indebido en el caso de que la obligación por la que se pagase no existiere en absoluto, esto es, en caso de falta de crédito por parte del receptor. Según lo expuesto, solo cabría alegar pago de lo indebido o bien cuando no había derecho a exigir la prestación ni obligación de cumplirla (sentido objetivo, *indebitum ex causa*), o bien cuando la deuda existe, pero no la paga el deudor o no la recibe el acreedor (sentido subjetivo, *indebitum ex persona*). No obstante, hay autores que entienden que puede existir pago de lo indebido cuando simplemente se ha pagado cosa distinta de la debida o cantidad superior a la debida (*indebitum ex re*). Véase en este sentido la STS de 21 de noviembre de 1957.

¹⁷⁵³ PUIG BRUTAU (1983), p. 35, señala que el error ha de existir por parte del que paga, sin perjuicio de que también pueda existir error por parte de quien recibe la prestación. En nuestro caso de estudio, es

su prueba¹⁷⁵⁴, parece poco problemático en este supuesto, pues es evidente que el error de ambas partes –heredero y legitimario– se basaría en un dato fáctico: la no inclusión de una deuda del causante, en su día desconocida, para el cálculo de la legítima global.

El efecto principal del pago de lo indebido es, como señala el artículo 1895 CC, la obligación de restituir; si bien, corresponderá al *solvens* hacerse cargo de los gastos del posible desplazamiento de la cosa (impuestos de transmisión que no pudiesen recuperarse, escrituras, registro, etc.)¹⁷⁵⁵ ¿Pero qué es lo que habría que restituir? La respuesta a esta pregunta dependerá de dos factores: en primer lugar, habrá que atender a lo que el legitimario hubiera recibido, que pueden ser bienes hereditarios o dinero; en segundo lugar, dependerá de si el legitimario ha simplemente recibido de más o si por el contrario recibió lo que nunca debió haber recibido.

En cuanto a la restitución, si la entrega tuviese por objeto una cosa cierta y determinada, la restitución habrá de hacerse *in natura* como principio general; por el contrario, si se tratase de dinero o cualquier otra cosa fungible, habrá de restituirse el *tantundem*¹⁷⁵⁶. Respecto a la liquidación del estado posesorio, el Código Civil distingue entre si ha habido buena fe o mala fe por el cobrador; distinción que en este caso no ofrecerá mayores problemas, pues el supuesto de partida aquí planteado es que se trata de un error objetivo (desconocimiento de una determinada deuda del causante) que ha afectado tanto al pagador (heredero) como al cobrador (legitimario)¹⁷⁵⁷.

En definitiva, y cuando aparezca una deuda sobrevenida del causante después de la partición y la liquidación de la legítima, se presumirá *iuris tantum*

claro que también habría error por parte del legitimario.

¹⁷⁵⁴ PUIG BRUTAU (1983), pp. 36-38, pone de manifiesto la posible dificultad de la prueba del error por parte del *solvens*, y por ello no debería extrañar, dice el autor, que se encauce la materia con algunas presunciones: de una parte, el artículo 1901 CC presume que hubo error en el pago «cuando se entregó cosa que nunca se debió o que ya estaba pagada», presunción esta *iuris tantum* que admite prueba en contrario. De otra parte, el artículo 1900 CC establece que si el demandado negare haber recibido la cosa que se le reclame, una vez justificada por el demandante la entrega, quedará relegado de toda otra prueba. En opinión de BASOZABAL ARRUE (2010), pp. 2039-2040, el error es, en nuestro Código Civil, uno de los elementos que diferencia el pago de lo indebido del enriquecimiento sin causa. Es importante señalar, por último, que la doctrina mayoritaria entiende que se admite el error de hecho y de derecho (SSTS de 7 de julio de 1950 y 21 de noviembre de 1957), y que no es necesario que se trate de un error excusable.

¹⁷⁵⁵ PUIG BRUTAU (1983), p. 40.

¹⁷⁵⁶ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS (2001), p. 532.

¹⁷⁵⁷ No obstante, podría ocurrir que el legitimario, conocedor de que el causante era responsable civilmente por algún acto, o fiador de un deudor potencialmente insolvente, lo ocultase al momento de determinar la masa ficticia sobre la que se calcula la legítima. En este caso, y si el heredero pudiese probar que el legitimario conocía tales circunstancias, sí se aplicaría el artículo 1896 CC, que trata sobre el cobro de lo indebido cuando media mala fe. En cualquier caso, podría ocurrir que el cobrador fuese inicialmente de buena fe pero que llegase a perderla (mala fe sobrevenida), en cuyo caso también se aplicaría el artículo 1896 CC.

la buena fe del legitimario cobrador y se aplicará el artículo 1897 CC, de forma que el legitimario «solo responderá de las desmejoras o pérdidas de ésta y de sus accesiones, en cuanto por ellas se hubiese enriquecido. Si la hubiese enajenado, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo».

5.2.3 VÍA DIRECTA DE RECLAMACIÓN DEL ACREEDOR AL LEGITIMARIO

El reconocimiento de esta vía directa del acreedor sobrevenido frente al legitimario será posible en los casos en los que el acreedor no tenga otra opción, si, por ejemplo, el heredero se encontrase en situación de insolvencia.

5.2.3.1 *El pago de legítima in natura: reconocimiento de acción directa*

Cabe traer de nuevo a colación la tesis de Peña, sobre la permanencia de la herencia como patrimonio individualizado y afecto al pago de las deudas hereditarias, para preguntarnos si, en aplicación de la misma, el acreedor tendría acción directa frente al legitimario por lo que hubiese recibido indebidamente con cargo a bienes hereditarios¹⁷⁵⁸.

A este interrogante da buena respuesta el artículo 1029 CC, cuando ordena que «si después de pagados los legados aparecieren otros acreedores, éstos solo podrán reclamar contra los legatarios en el caso de no quedar en la herencia bienes suficientes para pagarles». Parece fácil colegir que el legitimario habría de responder por la deuda hereditaria sobrevenida con todo lo que hubiese recibido a título de legítima, al igual que lo haría el legatario. En este

¹⁷⁵⁸ No vamos a obviar que PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (1985), pp. 850 y ss., es uno de los defensores de que la legítima del CC es *pars hereditatis*, o lo que es lo mismo, que los legitimarios son también herederos; no obstante, no vemos razones que desvirtúen o hagan incompatible su planteamiento del patrimonio hereditario separado, que compartimos, con la consideración, que contra su tesis también mantenemos, de que la legítima es, generalmente, *pars bonorum*, y por tanto, el legitimario no es heredero. Ciertamente, si se adoptase la tesis propugnada por PEÑA de que el legitimario es siempre heredero y, por tanto, se subroga en la posición del causante, incluso en la parte pasiva, no cabría duda de que este legitimario tendría que responder con los bienes hereditarios que hubiese recibido, pues él mismo sería deudor de dicha deuda. Este razonamiento no puede llevar sin embargo a la ilógica conclusión de que si la legítima es *pars hereditatis*, entonces el legitimario responde con los bienes porque es deudor, pero si la legítima es *pars bonorum*, no lo haría en ningún caso. Tal razonamiento deductivo carecería de sentido, toda vez que la naturaleza de la legítima o la condición de legitimario no influye en el principio de individualización del patrimonio hereditario que propugna PEÑA, y que parece estar basado más bien en la regla genérica de *antes es pagar que heredar*. Si se asume –como se hace– que el acreedor hereditario goza de preferencia frente al legatario y los acreedores del heredero sobre los bienes hereditarios, habrá que entender que también gozarán de preferencia frente al legitimario, y que en dicha preferencia nada influye la condición por la que este –legitimario– recibe esos bienes hereditarios.

caso no se trataría en puridad de que el legitimario o el legatario respondiesen por las deudas; sino más bien al contrario, son los bienes hereditarios los que están inevitablemente afectos al pago de las obligaciones del causante¹⁷⁵⁹.

Este artículo 1029 CC, que viene a configurar la regla genérica –y no únicamente aplicable a la liquidación de herencia beneficiaria–, de la prioridad del acreedor hereditario frente al legatario¹⁷⁶⁰, debería ser de aplicación analógica a este supuesto; por ello, si el heredero es insolvente y existen todavía bienes hereditarios en manos de terceros (en este caso, el legitimario), el acreedor sobrevenido debe tener acción directa frente a esos bienes, para disponer así de la misma garantía patrimonial de la que disfrutaba en vida del deudor-causante. El plazo de prescripción de este tipo de acción rescisoria es de cuatro años, por aplicación analógica del artículo 1299 CC¹⁷⁶¹.

5.2.3.2 *El pago de legítima ad valorem: ¿acción directa de enriquecimiento sin causa?*

Sabido es que la legítima puede ser de contenido *pars valoris* en ciertos casos, y especialmente, en las normativas autonómicas; cabe plantearse pues si el acreedor sobrevenido podría reclamar su crédito de forma directa al legitimario a través de la acción genérica del enriquecimiento injustificado o sin causa. Sobre la misma, se ha dicho que es «una acción personal dirigida a la recuperación de un valor que se ha desplazado de un patrimonio a otro sin una causa válida y definitiva de atribución. No se dirige a recuperar cosas concretas *erga omnes*, sino un valor o un provecho que se retiene sin causa»¹⁷⁶².

La acción de enriquecimiento sin causa es de construcción mayoritariamente doctrinal y jurisprudencial¹⁷⁶³, sectores que han establecido los presu-

¹⁷⁵⁹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (2009), p. 148, considera, comentando este precepto, que no es que las deudas se transmitan a los legatarios, toda vez que las deudas no pueden transmitirse sin más por donación, legado u otro título particular. En su opinión, las acciones que conceden los preceptos citados están en la línea de las revocatorias, pero se conciben como acciones directas para evitar circuitos inútiles.

¹⁷⁶⁰ GARCÍA RUBIO (1989), p. 204, entiende que la ubicación de esta disposición en el marco de la herencia aceptada a beneficio de inventario ha de considerarse ocasional, siendo de aplicación en cualquier procedimiento de liquidación hereditaria; LÓPEZ JACOISTE (1993), p. 2425, señala que este precepto no contiene una regulación excepcional, sino «una aplicación ocasional de un principio tácito tenido como general». En igual sentido, ESPEJO LERDO DE TEJADA (2010), p. 1121.

¹⁷⁶¹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (2009), p. 149; ESPEJO LERDO DE TEJADA (2010), p. 1121; RODRÍGUEZ ROSADO (2017), pp. 175-177.

¹⁷⁶² PUIG BRUTAU (1983), p. 52.

¹⁷⁶³ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS (2001), p. 525. GARCÍA RUBIO (2017-C), pp. 249 y ss., recoge la amalgama de teorías que se han adoptado sobre el enriquecimiento sin causa, considerándolo principio general del Derecho, cuasicontrato, y también, fuente autónoma de obligaciones;

puestos de la misma: que exista correlativo enriquecimiento del demandado y empobrecimiento del actor y que no exista justa causa para ello¹⁷⁶⁴. No se exige sin embargo la concurrencia de culpa por parte del enriquecido, sino que lo injustificado del enriquecimiento es el resultado mismo, con independencia de los medios que haya dado lugar a tal resultado¹⁷⁶⁵.

Sobre el primer presupuesto se ha manifestado que no es necesario que el enriquecimiento se produzca «como resultado de una prestación directa del empobrecido al enriquecido. Lo decisivo no es la relación directa entre ambos, sino la existencia de un vínculo de conexión suficiente entre el patrimonio que ha sufrido la pérdida y el que ha experimentado el beneficio»¹⁷⁶⁶. Sí se exige, por el contrario, que el enriquecimiento se haya obtenido a costa del empobrecimiento de otro; presupuesto que en esta hipótesis se cumple, pues el legítimo se ha beneficiado a costa del patrimonio hereditario, y el acreedor se ha correlativamente empobrecido, al ver frustradas sus expectativas de cobro frente al patrimonio-herencia del deudor.

El segundo presupuesto de la acción es que el enriquecimiento se haya producido sin causa que lo justifique¹⁷⁶⁷; requisito que también se cumple en este caso pues el legítimo habría recibido algo que no tenía derecho a recibir, en todo o en parte, y que por lo tanto, tampoco tendrá derecho a retener.

En definitiva, y como parece que todos los presupuestos de la acción se cumplen, habrá que concluir que el acreedor sobrevenido sí podría accionar de manera directa frente al legítimo en aras de resarcir su crédito con el valor monetario que este hubiera recibido en virtud del mal calculado derecho a legítima.

y critica la ausencia de regulación *ad hoc* de la figura, pues constituye «un importante déficit del Derecho patrimonial español». En este sentido, la autora pone de relieve que ni en la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos del Código Civil (PMCC), ni en el Anteproyecto de Código Mercantil de 2014 se hace una regulación expresa del enriquecimiento sin causa. Sí se regula en la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (Propuesta APDC); regulación que sigue exigiendo el nexo causal entre empobrecimiento del actor y enriquecimiento del demandado.

¹⁷⁶⁴ Estos requisitos han sido puestos en tela de juicio por un sector doctrinal que, con la debida argumentación comparativa, los consideran *restrictivos*. En efecto, GARCÍA RUBIO (2017-C), pp. 249 y ss., pone de manifiesto que no se exige correlativo empobrecimiento en el BGB alemán, y en el *common law*, debido a la influencia de BIRKS, se ha pasado a adoptar «una perspectiva basada en la ausencia de fundamento legal del desplazamiento, según la cual el demandado debe restituir el enriquecimiento obtenido a costa del reclamante si no concurre base jurídica que le permita retenerlo».

¹⁷⁶⁵ PUIG BRUTAU (1983), p. 54; Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS (2001), p. 527.

¹⁷⁶⁶ PUIG BRUTAU (1983), p. 57. VENDRELL CERVANTES (2017), pp. 290 y ss., señala que la jurisprudencia del TS ha ideado, en este sentido, soluciones *ad hoc* como la de considerar que el enriquecimiento injustificado no deriva solo de una relación directa entre ambos interesados, sino que también puede producirse a través de una atribución patrimonial indirecta desde la situación patrimonial de un tercero, siempre que los demás requisitos, incluido el de la subsidiariedad de la medida reparadora, concurren en el supuesto [FJ3 de la STS de 12 de julio de 2009; RJ 2009, 3039].

¹⁷⁶⁷ PUIG BRUTAU (1983), p. 63.

5.2.3.3 *En cualquier caso, posibilidad de recurso a la acción subrogatoria tanto si la legítima es pars bonorum como si es pars valoris*

Tanto si la legítima fue pagada con bienes hereditarios (*pars bonorum*), como si fue pagada con dinero u otra cosa fungible (*pars valoris*), el acreedor sobrevenido podrá reclamar directamente al legitimario lo que hubiese recibido de más por medio de la acción subrogatoria, si el heredero fuese insolvente y no reclamase dicha restitución por sí mismo. Esta acción está prevista en el artículo 1911 CC, de acuerdo con el cual, «los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona; pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho».

Esta acción subrogatoria, a medio camino entre las acciones conservativas y las acciones ejecutivas¹⁷⁶⁸, parte de la existencia de dos relaciones jurídicas obligaciones, esto es, de dos sujetos pasivos sobre los que recae un deber de cumplir. Coincidimos con Gómez Calero cuando defiende que la acción subrogatoria no es propiamente una acción ni conlleva subrogación en sentido exacto, sino que se trata más bien de un poder jurídico¹⁷⁶⁹: el poder de perseguir un crédito del deudor y resarcirse con él.

Sea como fuere, del tenor literal del artículo 1111 CC se extrae –y así lo ha entendido también la doctrina especializada– que la acción subrogatoria es un recurso excepcional cuyo ejercicio solo es posible cuando en primer lugar se haya hecho previa persecución de los bienes del deudor, en este caso, el heredero¹⁷⁷⁰, aunque no se exija en este caso la insolvencia total de este¹⁷⁷¹; y que este, el heredero, se encuentre en situación de inercia o no reclamación de

¹⁷⁶⁸ GÓMEZ CALERO (1958), pp. 9-12. Para Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (2008), p. 894, se le otorga a la acción subrogatoria una función ejecutiva.

¹⁷⁶⁹ GÓMEZ CALERO (1958), p. 25. En igual sentido, GARCÍA AMIGO (1993), p. 68. Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (2008), pp. 895-898, critica las teorías que defienden que el acreedor actúa como representante o gestor de su deudor, pues «la figura del acreedor que actúa por medio de acción subrogatoria no puede reconducirse a ninguna otra figura jurídica, sino que constituye un supuesto anómalo especialmente configurado por la ley en atención a los intereses que mediante esta figura se trata de proteger»; por ello, la acción no subroga a los acreedores en el derecho que ejercitan: «si el *debitor debitoris* paga o la finca reivindicada es restituida, los bienes pasarán a formar parte del patrimonio del deudor».

¹⁷⁷⁰ GÓMEZ CALERO (1958), pp. 74 y ss.; Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (2008), p. 895, considera que el artículo 1111 CC establece un orden de prelación: «primero se persiguen y se embargan los bienes y solo cuando no es posible encontrar bienes la ejecución se sigue contra los derechos del deudor. La acción subrogatoria aparece así como un complemento del embargo de derechos».

¹⁷⁷¹ GARCÍA AMIGO (1993), p. 68. Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (2008), p. 897, considera que el acreedor no necesita justificar la insolvencia del deudor, sino que le basta demostrar que ha seguido ejecución infructuosa.

su crédito frente al legitimario. El recurso a esta acción es ciertamente beneficiosa pues como ha señalado la doctrina, no está sometida a plazo alguno de prescripción ¹⁷⁷².

5.3 Relevancia de las deudas ocultas en relación con los intereses debidos

Por último, es importante señalar que no deben aplicarse, en principio, intereses moratorios a la reclamación de una deuda oculta que resultaba por completo desconocida para el heredero. Así lo pone de manifiesto la ya citada STS de 17 de noviembre de 2008 ¹⁷⁷³, en el que se decidió que debían incluirse en el pasivo de la herencia todas las deudas del causante contraídas en el ámbito de su ejercicio profesional; sin embargo, se matizaba que: «ciertamente que la jurisprudencia de esta Sala ha flexibilizado la aplicación del brocado jurídico *'in iliquidis non fit mora'*, para evitar los efectos que acabamos de consignar, precisamente en los casos en que se demanda el abono de cierta cantidad, y el deudor demandado se niega o estima que la cuantía debida es menor. Pero flexibilizarlo no significa prescindir por completo de él, porque iría contra la realidad de las cosas: un deudor no puede ser moroso si no sabe qué o cuánto debe, ni ningún acreedor puede reclamar nada en estas condiciones. Si la concreción de lo debido hace necesario de todo punto su fijación en una sentencia, hasta que la misma no se dicte la cantidad no es líquida, y si la necesidad proviene de la oposición arbitraria, poco o nada racional, o mala fe del demandado, la cantidad fijada en la sentencia devengará intereses moratorios desde la interposición de la demanda. En el caso de autos, la necesidad de la declaración judicial era objetiva, pues la actora, hoy recurrente, no pidió la condena de la demandada al pago de una determinada cantidad, sino que su pretensión, contenida en la súplica de su demanda, fue la de que fijase el valor del patrimonio relicto a D. Rodrigo en la fecha de su fallecimiento, se le abonase la doceava parte y los intereses legales desde la presentación de la demanda. Es claro lo imprescindible que era la concreción de aquel valor, y por ello no se podían conceder intereses moratorios debido a que no existía todavía ninguna cantidad de los que emanarían» ¹⁷⁷⁴.

¹⁷⁷² GARCÍA AMIGO (1993), p. 68.

¹⁷⁷³ RJ 2018, 6051.

¹⁷⁷⁴ Véase, sobre esta STS, SAN SEGUNDO MANUEL (2009), p. 2195.

Por lo tanto, el heredero que no conozca cuánto debe en relación con una deuda del causante, no deberá tampoco intereses moratorios hasta que se liquide la cuantía exacta.

6. SOLUCIONES LEGISLATIVAS PARA LAS DEUDAS «OCULTAS»: PERSPECTIVA HISTÓRICA Y COMPARADA

Llegados a este punto conviene señalar que, a pesar de la importancia que presentan los problemas perfilados en los apartados anteriores, nuestro Código Civil no prevé ninguna solución genérica para el caso en que aparezcan deudas desconocidas o sobrevenidas después de la aceptación pura y simple de una herencia. Con el fin de buscar las respuestas más convenientes para solventar los problemas que se han suscitado, conviene en primer lugar estudiar cómo se trata este asunto en los sistemas que sí se lo han planteado¹⁷⁷⁵.

6.1 Derecho romano

Comenzando con la solución histórica, cabe mencionar que la doctrina romanista ha afirmado que contra el riesgo de adición de una herencia insolvente, el heredero voluntario disponía de ciertos expedientes prácticos que no conmovían el principio de la responsabilidad: podían repudiar, pactar con los acreedores una reducción proporcional de sus créditos, o exigir de estos que le diesen mandato de adir la herencia, quedando así protegidos contra todo perjuicio como mandatario mediante la *actio mandati contraria*¹⁷⁷⁶; así, se ha dicho que este mandato constituía la garantía de que el heredero no resultaría obligado *ultra vires*¹⁷⁷⁷.

Además, los romanistas también mencionan dos recursos más a través de los cuales podía el heredero protegerse frente a una herencia insolvente: la

¹⁷⁷⁵ Convendría también conocer los efectos que las deudas ocultas tienen en otros sistemas extranjeros que no han planteado su existencia, como el suizo, cuyo *Code Civil* estipula en el artículo 566 que «*la succession est censée répudiée, lorsque l'insolvabilité du défunt était notoire ou officiellement constatée à l'époque du décès*»; es decir, convendría que la doctrina suiza se preguntase si este precepto resultaría aplicable también cuando la insolvencia se produce a raíz de la aparición de la deuda oculta.

¹⁷⁷⁶ BIONDI (1954), p. 348; DE DIEGO (1959), p. 377; VOCI (1967), p. 684; D'ORS (2004), p. 329.

¹⁷⁷⁷ VOCI (1967), p. 684, señala que con «*il mandato di adire, l'eredità del mandatario ha la garanzia che non sarà tenuto ultra vires hereditatis*».

rescisión de la aceptación, de una parte, y la *restitutio in integrum*, de otra¹⁷⁷⁸. Sobre la primera, Biondi¹⁷⁷⁹ cita, como antecedentes del beneficio de inventario, la medida de Adriano de rescindir la aceptación de la herencia cuando se hubiese descubierto un pasivo enorme tras la misma¹⁷⁸⁰ y la de Gordiano por la que se admitía que los militares no respondiesen con su patrimonio personal cuando hubiesen aceptado una herencia desconociendo que la misma estaba sobrecargada de deudas; en este caso, dice el autor, el error no determinaba la rescisión de la aceptación, sino la limitación de la responsabilidad. En cuanto al segundo recurso, Voci¹⁷⁸¹ explica que la *restitutio* se concedía de forma automática a los menores de veinticinco años que habían adquirido una herencia dañosa y que tras la solicitud eran devueltos, *iure honorario*, a la situación en que se encontrarían de no haber adquirido la herencia; por el contrario, para los mayores de veinticinco años, la *restitutio* era un procedimiento particular de gracia que correspondía al emperador, y que solo se concedía cuando la adquisición se hubiese producido por un error excusable sobre la consistencia del haber hereditario.

6.2 *Common law*

Como tuvimos ocasión de mencionar *ut supra*, el *personal representative* del derecho anglosajón debe liquidar todas las deudas del difunto, incluidas aquellas que no conoce y de las que sería igualmente responsable¹⁷⁸². En este caso tanto la ley como la doctrina animan a los *personal representatives* a que hagan pública la liquidación de la herencia, invitando a quienes tengan créditos contra el difunto los presenten dentro de un plazo razonable, no inferior a dos meses, en el *London Gazette* y en algún periódico local¹⁷⁸³. Una vez expi-

¹⁷⁷⁸ BIONDI (1954), p. 336; FUENTESECA (1978), p. 569, afirma que el heredero menor de edad podía pedir la *restitutio in integrum* por el daño sufrido al aceptar una herencia gravosa. Véase también, BOTÍA VALVERDE, en www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/aceptacion-a-beneficio-de-inventario-y-jurisdccion-voluntaria/ (consultado el 19 de julio de 2018).

¹⁷⁷⁹ BIONDI (1954), pp. 349-350.

¹⁷⁸⁰ Probablemente sea este instrumento al que según Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN (1967), p. 475, Justiniano se refería en sus Instituciones (2, 19, 6), al recordar una disposición de Adriano que permitía la rescisión de la aceptación de la herencia cuando después de aceptar se descubre un pasivo enorme.

¹⁷⁸¹ VOCI (1967), pp. 668 y 679, afirma que la *restitutio in integrum* para menores de 25 años era un remedio pretorio de carácter general; por el contrario, en cuanto a la *restitutio* en favor de herederos mayores de veinticinco años, pone de manifiesto su carácter excepcional.

¹⁷⁸² Como así lo matiza RUSSELL, COTTON y DEW (2005), p. 109.

¹⁷⁸³ *Section 27* de la *Trustee Act 1925*; MUSTOE (1952), p. 97; RENDELL (1994), p. 281; MARGRAVE-JONES (1993), p. 381. Si bien, como señala PHILLIPS (1965), p. 97, esta publicación puede resultar en la

rado el plazo, el *personal representative* podrá, ya libre de toda responsabilidad por deudas desconocidas¹⁷⁸⁴, distribuir libremente el residuo entre los beneficiarios; si bien, los acreedores que no hayan presentado reclamación de su crédito en tiempo y forma siempre podrán perseguir los bienes de la herencia, ya en manos de los beneficiarios¹⁷⁸⁵. Como es fácil observar, no existe en principio una responsabilidad personal por deudas, ni por parte del *personal representative*, ni por parte de los beneficiarios, sino que es el patrimonio de la herencia el que está siempre afecto al pago de las deudas hereditarias.

De otra parte, es posible que el difunto haya entrado en negociaciones que pueden convertirse en deudas en el futuro, como el caso paradigmático de la fianza. La doctrina ha señalado que la muerte del fiador no extingue por sí misma la fianza y que el *personal representative* del fiador puede ser, por lo tanto, responsable. Aquí cabe diferenciar, una vez más, entre si la herencia es solvente o insolvente, ya que si fuese solvente, el *personal representative* no puede ser obligado a retener una suma para hacer frente a la posible ejecutividad de la fianza¹⁷⁸⁶; a pesar de ello, el *personal representative* que distribuye bienes sin pedir instrucciones al Tribunal lo hará a su riesgo y puede ser responsable si la fianza termina siendo ejecutada.

Otro ejemplo paradigmático es el de las deudas derivadas del Derecho de daños (*tort*), pues de acuerdo con la s.1(1) de la *Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1934*, tras la muerte de una persona, cualquier acción que sub-

práctica totalmente innecesaria, pero sí lo recomienda para el caso en que el *personal representative* crea razonablemente que pueden existir deudas de las que no tiene conocimiento. Este autor también considera que, además de publicarlo en los dos periódicos referidos, también debería publicarse en un periódico extranjero, si el *personal representative* creyese que pueden existir acreedores del difunto que residan en el extranjero. Asimismo, DAVIES *et al.* (2017), p. E-30, consideran que el *personal representative* deberá publicar también la intención de liquidar la herencia en el periódico local del lugar en el que radiquen los bienes inmuebles del difunto.

¹⁷⁸⁴ Como señala PHILLIPS (1965), p. 97, el *personal representative* no tendrá obligación de pagar una deuda reclamada con posterioridad a que expire el plazo marcado (no inferior a dos meses), salvo que hubiese tenido conocimiento de la deuda antes de que finalice el mismo. De acuerdo con RENDELL (1994), p. 281, y para poder gozar de toda la protección que dispensa la *Section 27* de la *Trustee Act 1925*, el *personal representative* debe llevar a cabo todas las averiguaciones necesarias sobre los bienes y propiedades y consultar todos los registros posibles, al igual que lo haría un prudente comprador, con la intención de conocer la posible existencia de cualquier responsabilidad en relación con la propiedad real del difunto, como podría ser, una segunda hipoteca, así como distribuir, claro está, los bienes una vez que haya expirado el plazo.

¹⁷⁸⁵ *Section 27* de la *Trustee Act 1925*.

¹⁷⁸⁶ ANDREWS y MILLETT (2015), p. 358, citan el caso *Antrobus v Davidson* (1817), en el que tal petición fue desestimada, ya que como consideró el juez, «*a person who is as yet no creditor, and who may never become one, is claiming to force out of the hands of the executor the utmost extent of what can ever become due. I cannot make such a decree without laying it down as a rule that, whenever a person bound in an obligation of this sort dies, a court of equity will compel his executor to bring into court the whole amount of the penalty of the bond. I can find no trace of the exercise of any such jurisdiction*». Según los autores citados, los *personal representatives* sí deben retener una suma de dinero cuando de los términos de la fianza se desprenda que esta puede ser ejecutada directamente (*Atkinson v Grey*, 1853).

sista contra la misma, a excepción de la acción por difamación¹⁷⁸⁷, sobrevivirá contra su herencia. Por lo tanto, las reclamaciones contra el difunto por daños serán impuestas contra su *personal representative*; la doctrina cree que esto va contra la regla general *actio personallis moritum cum persona*, según la cual un *personal representative* no puede ser demandado por un ilícito cometido por el difunto, aunque únicamente serán reclamados los daños no liquidados¹⁷⁸⁸.

En cualquiera de los casos, el *personal representative* tiene dos opciones¹⁷⁸⁹: o bien retener una suma de dinero o bienes suficientes para hacer frente a esa posible futura responsabilidad, o bien pedir instrucciones al Tribunal en cuanto a qué debería hacer. Si el Tribunal ordena la distribución de todos los bienes de la herencia sin reserva, y surge tal responsabilidad en el futuro, el *personal representative* no puede ser demandado por ello, pero sí los beneficiarios¹⁷⁹⁰. No obstante, Kerridge¹⁷⁹¹ considera que, aunque el *personal representative* no hiciese pública su intención de liquidar la herencia de acuerdo conforme estipulado la *Section 27* de la *Administration of Estates Act 1925*, aquél todavía podrá pedir la devolución al beneficiario de lo que le hubiese dado, salvo que al momento de la distribución conociese la existencia de la deuda. Este derecho a pedir la devolución es el que permite a los *personal representative* distribuir los bienes cuando la *contingent liability* sea remota.

De lo dicho anteriormente se desprende la existencia de dos posibles grupos de deudas problemáticas: las desconocidas, esto es, las que existen ya a la muerte del difunto pero su existencia no consta al *personal representative*; y las sobrevenidas, esto es, las que pueden surgir en el futuro o no (*contingent liabilities*)¹⁷⁹². En ambos casos parece que la ley, la doctrina y la jurisprudencia han ideado un sistema equilibrado de protección: el del recurso a la publicación de la intención de liquidar la herencia, que no resultará siempre obligatorio, en atención a la probabilidad o no con que esa deuda sobrevenida o desconocida pudiese aparecer.

¹⁷⁸⁷ MARGRAVE-JONES (1993), p. 372.

¹⁷⁸⁸ WILLIAMS, MORTIMER y SUNNUCKS (2013), p. 740.

¹⁷⁸⁹ RENDELL (1994), pp. 282-283, menciona dos opciones más: la de obtener indemnidad por parte de los beneficiarios antes de distribuir todos los bienes, o el de asegurar el riesgo de que aparezca una *contingent liability*. En opinión de la autora, la opción de retener una suma para hacer frente a una posible responsabilidad sobrevenida sería impopular, y por ello considera que la opción de asegurar dicha posibilidad es la mejor.

¹⁷⁹⁰ MARSTON GARSIA (1927), pp. 18-29, quien señala que el acreedor podrá reclamar por el máximo que el beneficiario hubiese recibido. Este derecho del acreedor no está afectado, efectivamente, por la circunstancia de que el Tribunal hubiese ordenado la distribución de bienes.

¹⁷⁹¹ KERRIDGE (2016), p. 541.

¹⁷⁹² MARGRAVE-JOVES (1993), p. 379, señala que las *contingent liabilities* pueden ocasionar dificultades al *personal representative* y que no existe una regla general sobre cuándo aquél será o no responsable.

6.3 Solución *ad hoc* en sistemas de responsabilidad *ultra vires* del Código Civil francés y neerlandés

En los sistemas continentales también se pueden encontrar soluciones específicas, soluciones *ad hoc* a este problema de creciente importancia. En efecto, el ordenamiento francés y el neerlandés han previsto una regulación especial o particular para estos casos, en respuesta a una necesidad que como hemos puesto de manifiesto, se ha acrecentado en los últimos tiempos.

De una parte, la doctrina francesa ha venido preocupándose desde hace tiempo por este fenómeno que ellos conocen como *dettes occultes*¹⁷⁹³. Como consecuencia, el *Code Civil* francés ha incluido, tras la gran reforma del año 2006¹⁷⁹⁴, un nuevo artículo 786¹⁷⁹⁵, que establece lo siguiente: *L'héritier acceptant purement et simplement ne peut plus renoncer à la succession ni l'accepter à concurrence de l'actif net. Toutefois, il peut demander à être déchargé en tout ou partie de son obligation à une dette successorale qu'il avait des motifs légitimes d'ignorer au moment de l'acceptation, lorsque l'acquittement de cette dette aurait pour effet d'obérer gravement son patrimoine personnel. L'héritier doit introduire l'action dans les cinq mois du jour où il a eu connaissance de l'existence et de l'importance de la dette.*

Según la doctrina y los trabajos preparatorios de la reforma, el legislador francés incluyó este precepto pensando sobre todo en la obligación de la fianza, y más concretamente, en los avales otorgados por el difunto y descubiertos tardíamente por el heredero, debido a la ausencia de una centralización nacional de información sobre el conjunto de fianzas prestadas; también se mencio-

¹⁷⁹³ BAILLON-WIRTZ (2006), p. 404. CASEY (2006), pp. 6 y ss., habla de «pasivo submarino» (*passif sous-marin*).

¹⁷⁹⁴ No cabe duda de que nuestro legislador debería tomar buena nota de la «hiperactividad» del legislador vecino, pues frente a las escasas reformas que se han llevado a cabo en nuestras normas sucesorias, el legislador francés ha reformado varias veces sus disposiciones sucesorias, con la intención de agilizar el proceso sucesorio. Entre las últimas enmiendas, cabe destacar la *Loi* de 16 de febrero de 2015 que ha reformado e introducido diversas cuestiones, como la creación de un modo de prueba simplificado de la cualidad de heredero para las herencias más modestas. Esta reforma se ha llevado a cabo con la intención de evitar el recurso a un modo oneroso de prueba de la cualidad de heredero para las herencias de menor valor; si bien, se encuentra sujeta a diversos límites, siendo el principal, que solo podrán recurrir a ella los descendientes en línea recta. Asimismo, en cuanto a los efectos, este modo de prueba está limitado a las cuentas bancarias del difunto. Con esta reforma, el heredero ya no requerirá la intervención de un tercero (*officier public*), y se sustentará principalmente sobre la buena fe de los coherederos. Otras cuestiones que también se han reformado son: la posibilidad de que personas no francófonas, sordas o mudas puedan hacer testamento *authentique*; la limitación de *sucesibilidad* al sexto grado para los colaterales; el aumento de la lista de actos que no implican aceptación tácita; y la extensión del derecho de atribución preferente a ciertos objetos muebles.

¹⁷⁹⁵ Calificado por MALAURIE y AYNES (2018), p. 146, como una norma nueva bastante revolucionaria.

nan los casos de responsabilidad civil de un daño causado por el difunto en el que la víctima reclama indemnización ya muerto el causante ¹⁷⁹⁶.

Volviendo al *quid* del asunto, la reducida doctrina española que ha analizado esta norma no parece ponerse de acuerdo acerca de si este precepto, que se ha tomado del anteproyecto de reforma de sucesiones elaborada por Carbonnier, supone una novedad o no. Quien entiende que sí lo es afirma que se trata de una rigurosa novedad, introducida *ex novo* y que se constituye como una nueva excepción al principio de irrevocabilidad de la aceptación ¹⁷⁹⁷. Por el contrario, también hay autores que consideran que este artículo no supone novedad alguna, pues ya se preveía en el Derecho Romano ¹⁷⁹⁸.

Sea o no una novedad, parece que la finalidad del precepto es clara para los autores franceses: evitar que un heredero resulte obligado a pagar con su propio patrimonio un pasivo sucesorio que él desconocía en el momento de aceptar ¹⁷⁹⁹. El precepto, basándose en una estricta regla de equidad, le confiere al juez un importante rol moderador, ya que puede dispensar total o parcialmente al heredero de pagar con su patrimonio una deuda hereditaria desconocida.

Sin embargo, y a pesar de que como decimos este precepto se basa en el principio de equidad, la reforma no ha sido del todo bien recibida por un sector doctrinal ¹⁸⁰⁰. Así, se ha dicho en la literatura francesa que con la reforma, la responsabilidad *ultra vires* podría convertirse en una entidad hueca, pues las herencias dañosas serán raramente pagadas ¹⁸⁰¹, o que se han «sacrificado» parcialmente los derechos de los acreedores hereditarios, pues supone una manifestación de un nuevo derecho de no pagar deudas (*droit de ne pas payer ses dettes*) ¹⁸⁰².

La naturaleza jurídica de esta acción tampoco parece del todo clara, pues en opinión de Alkorta Idiákez, esta acción francesa supone «reconocer un error excusable sobre el valor de lo debido, siempre que el heredero ignore la existencia de la deuda en el momento en que acepta la herencia» ¹⁸⁰³; sin embargo,

¹⁷⁹⁶ GASNIER (2013), p. 35, que cita el *Rapport* AN n.º 2850.

¹⁷⁹⁷ ALKORTA IDIAKEZ (2018), p. 312.

¹⁷⁹⁸ BOTÍA VALVERDE, que opina que su falta de innovación no impide que se critique el hecho de que en España ni el gobierno actual ni los que le precedieron se molestaron en tomar medidas al respecto, como el legislador francés, en www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/aceptacion-a-beneficio-de-inventario-y-jurisdicion-voluntaria/ (consultado el 19 de julio de 2018).

¹⁷⁹⁹ PIEDELIÈVRE (2007), p. 61.

¹⁸⁰⁰ En España, ALKORTA IDIAKEZ (2018), pp. 308-313, considera que este precepto es una reforma bien intencionada por parte de un legislador populista que puede suponer un freno al mercado crediticio.

¹⁸⁰¹ CASEY (2006), pp. 6 y ss.

¹⁸⁰² PIEDELIÈVRE (2007), pp. 59-61.

¹⁸⁰³ ALKORTA IDIAKEZ (2018), p. 314, que arguye que «para que el error del heredero sea reputado como excusable y pueda fundamentar la acción de exención, el Tribunal exige que el heredero aporte

ciertos autores franceses consideran que esta acción difiere de aquella prevista en el artículo 777 CCfr sobre vicios del consentimiento¹⁸⁰⁴.

Sea como fuere, y antes de pasar a analizar los presupuestos de esta acción, conviene hacer una aclaración sobre qué se entiende en la citada norma por deuda¹⁸⁰⁵. De acuerdo con los trabajos preparatorios, la expresión no hace referencia a los legados de dinero, ya que el sucesor no responde por ellos más allá de las fuerzas de la herencia; tampoco se refiere a las cargas, ya que estas nacen con posterioridad a la apertura de la sucesión, por lo que no puede haberlas ignorado¹⁸⁰⁶: se tratará pues de una deuda sucesoria preexistente a la aceptación y de la que no se ha podido tener constancia.

Pues bien, los presupuestos de esta acción son básicamente tres: primero, que la deuda fuese legítimamente ignorada por el heredero; segundo, que se descubra su existencia con posterioridad a la aceptación¹⁸⁰⁷; y tercero, que dicha deuda perjudique gravemente el patrimonio del heredero deudor¹⁸⁰⁸.

En cuanto al primer requisito –ignorancia de la deuda–, se ha dicho que el heredero no solo debe probar que desconocía la deuda, sino que tal desconocimiento era legítimo –razón por la que algunos autores han afirmado que esto supone una *probatio diabolica*¹⁸⁰⁹–. Por ello, la literatura francesa ha matizado dos cuestiones; la primera, que del artículo 786.2 CCfr es imposible presumir la ignorancia legítima¹⁸¹⁰; la segunda, que se impone cierto deber a cargo del heredero de investigar el posible pasivo sucesorio¹⁸¹¹.

El segundo requisito parece obvio: la deuda ha de conocerse con posterioridad a la aceptación, sino en ningún caso habría posibilidad de ejercitar esta acción. En nuestra opinión, también corresponderá al heredero probar qué día obtuvo conocimiento de la deuda y de su responsabilidad por el pago.

Por último, el tercer presupuesto consiste en que la deuda sea de tal entidad que perjudique gravemente el patrimonio personal del heredero¹⁸¹²; por

motivos legítimos para ignorar que la aceptación comprometería gravemente su propio patrimonio a causa de la deuda del causante».

¹⁸⁰⁴ BRÉMOND (2006), p. 2562; PIEDELIÈVRE (2007), p. 61; MALAURIE y AYNES (2018), p. 146.

¹⁸⁰⁵ PIEDELIÈVRE (2007), p. 61, hace notar que es irrelevante la naturaleza de la deuda, que puede ser profesional o doméstica.

¹⁸⁰⁶ TERRÉ, LEQUETTE y GAUDEMET (2014), p. 819.

¹⁸⁰⁷ En opinión de PIEDELIÈVRE (2007), p. 62, este presupuesto tiene toda la razón de ser, y parte de la presunción que hace el legislador de que si el heredero hubiese conocido la existencia y el montante de la deuda al momento de decidir habría tomado parte o bien por la aceptación a concurrencia de activo neto o bien por la repudiación.

¹⁸⁰⁸ BRÉMOND (2006), p. 2562; PÉRÈS y VERNIÈRES (2018), pp. 539 y ss.

¹⁸⁰⁹ CASEY (2006), pp. 6 y ss.

¹⁸¹⁰ CASEY (2006), pp. 6 y ss.; PIEDELIÈVRE (2007), pp. 61-62.

¹⁸¹¹ GASNIER (2013), p. 36.

¹⁸¹² TERRÉ, LEQUETTE y GAUDEMET (2014), p. 819.

ello, cierta doctrina ha considerado que se debe tratar de una deuda superior al activo sucesorio que compromete la situación del heredero¹⁸¹³, es decir, que lo sitúe en riesgo de tener dificultades financieras. El objeto de la acción sería, así, evitar la ruina del heredero, no siendo posible recurrir a esta acción cuando se trate de deudas de poca importancia¹⁸¹⁴. En nuestra opinión, esta interpretación es desmesurada, pues el heredero debería poder ejercitar esta acción cuando la deuda de que se trate sea de suficiente entidad, aunque no comprometa la situación del heredero hasta el punto de arrastrarlo a padecer dificultades financieras. Piénsese por ejemplo el caso en que el patrimonio personal del heredero consta de cuatro inmuebles y para hacer frente al pago de una deuda sucesoria el heredero debe enajenar uno de sus cuatro inmuebles. La situación personal del heredero no se ve fuertemente comprometida por la deuda sucesoria porque todavía conserva propiedades inmobiliarias que le evitan caer en bancarrota; pero no por ello se puede negar la falta de equidad en que se caería si a ese heredero se le niega el ejercicio de esta acción, pues parece claro que si el heredero hubiese conocido la entidad de la deuda muy probablemente hubiese repudiado o hubiese aceptado a concurrencia de activo neto.

El plazo de ejercicio de esta acción es de cinco meses desde el descubrimiento de la deuda y de su importancia. Este plazo se ha considerado engañosamente breve, pues el *dies a quo* sería el momento en el que el deudor conoce la deuda o, sabiendo previamente de su existencia, se entera de la magnitud real de la misma¹⁸¹⁵. En lo que respecta al procedimiento, se ha dicho que el artículo 786 CCfr no da detalle sobre el mismo y que, mientras se espera la implementación futura en el *Code de procedure civile*, parece que el tribunal competente será el *Tribunal de Grande Instance*¹⁸¹⁶.

En cuanto a los efectos de esta acción, resulta del tenor literal del precepto que, si se dan las condiciones, el heredero puede obtener un pronunciamiento judicial de descarga total o parcial –pero definitiva¹⁸¹⁷– de la deuda descubierta. No se anula, pues, la aceptación pura y simple, sino que solamente queda afectado uno de sus efectos, el de la responsabilidad *ultra vires*, en relación a una deuda concreta. Lo que no parece tan claro es hasta dónde puede llegar el poder de descarga del juez, es decir, si el heredero pide una

¹⁸¹³ Como hace notar PIEDELÈVRE (2007), p. 62, la simple existencia de una deuda que supere el activo sucesorio no es suficiente sino compromete la situación financiera del heredero.

¹⁸¹⁴ GASNIER (2013), p. 38.

¹⁸¹⁵ ALKORTA IDIAKEZ (2018), p. 315.

¹⁸¹⁶ ALKORTA IDIAKEZ (2018), p. 314.

¹⁸¹⁷ PÉRÈS y VERNIÈRES (2018), p. 540, así lo señalan, diciendo que el acreedor no podría perseguir posteriormente al heredero si su situación hubiese mejorado; si bien, la descarga no tendrá repercusión alguna respecto de otras deudas hereditarias.

descarga total, cabe preguntarse si el juez podrá acordar una descarga parcial; cuestión esta que la doctrina rechaza *a priori*, pues el juez debe limitarse a apreciar si se cumplen o no los presupuestos de la norma, no pudiendo alterar por tanto el *petitum*. Asimismo, y en el caso de que exista una pluralidad de herederos, la doctrina se ha preguntado si bastaría con que uno de ellos haga uso de la prerrogativa de la acción para que esta se extienda también a los demás, o si por el contrario cada uno de ellos debería hacer uso de la misma; supuesto en el que se ha afirmado que, de forma correlativa con la división *ipso iure* de deudas tras la sucesión *mortis causa* que existe en Francia, es necesario que cada heredero haga uso de la acción, acreditando cumplir individualmente las condiciones¹⁸¹⁸.

De otra parte, el legislador neerlandés ha incorporado recientemente, en virtud de ley de 8 de junio de 2016, una norma similar a la francesa en su nuevo artículo 4:194a de su Código Civil¹⁸¹⁹ (en adelante BW). Este precepto establece lo siguiente: el heredero que, después de haber aceptado pura y simplemente, conoce de la existencia de una deuda que no conocía ni debía conocer puede todavía utilizar el beneficio de inventario si así lo solicita al juez en el plazo de tres meses desde que conoce la existencia de la deuda. Si, después de la liquidación o distribución de la herencia, el heredero conoce una deuda que no conocía ni debía conocer, también puede solicitar, en el mismo plazo, ser liberado de la responsabilidad por esa deuda, de manera que solo deba responder de la misma con lo que recibió de la herencia en calidad de heredero. El juez releva al heredero salvo que este se comportase de tal manera que el acreedor confiase en que el heredero pagaría la deuda con su propio patrimonio¹⁸²⁰.

Al parecer, los antecedentes de esta reforma se encuentran en el Informe *Erven* de 2014¹⁸²¹, que precisamente menciona la crisis económica como uno de los ingredientes que fomenta el fenómeno de las deudas ocultas. El objetivo de esta nueva regulación residiría, pues, en evitar las injusticias a las que se

¹⁸¹⁸ PIEDELIÈVRE (2007), pp. 62-63; ALKORTA IDIAKEZ (2018), p. 317.

¹⁸¹⁹ zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2016-226.html

¹⁸²⁰ El texto original señala que: «*Een erfgenaam die na zuivere aanvaarding bekend wordt met een schuld van de nalatenschap, die hij niet kende en ook niet behoorde te kennen, wordt, indien hij binnen drie maanden na die ontdekking het verzoek daartoe doet, door de kantonrechter gemachtigd om alsnog beneficiair te aanvaarden. 2. Wanneer een erfgenaam na vereffening of verdeling van de nalatenschap bekend wordt met een schuld, die hij niet kende en ook niet behoorde te kennen, kan hij de kantonrechter, binnen de in het eerste lid genoemde termijn, verzoeken om te worden ontheven van zijn verplichting de schuld uit zijn vermogen te voldoen voor zover deze niet uit hetgeen hij krachtens erfrecht uit de nalatenschap heeft verkregen, kan worden voldaan. De kantonrechter verleent deze ontheffing, tenzij de erfgenaam zich zodanig heeft gedragen dat de schuldeiser erop mocht vertrouwen dat de erfgenaam deze schuld uit zijn overige vermogen voldoet.*»

¹⁸²¹ BLOKLAND, BURGERHART y KOLKMAN (2014), p. 455; BIEMANS (2015), p. 957.

llegaría si efectivamente se hace responsable al heredero por unas deudas que no conocía al momento de la aceptación ¹⁸²². No obstante, la doctrina no es del todo complaciente en cuanto al resultado de esta reforma; así, ciertos autores como Biemans ¹⁸²³ consideran que conduce a un resultado injusto para el acreedor afectado; por ello, propone que el acreedor informe sobre su reclamación al heredero en tiempo y forma y que busque, de ser posible, garantizar el cumplimiento de su crédito con garantías reales sobre los bienes del deudor. Su escepticismo también comprende la ausencia de regulación en caso de que exista más de un heredero, pues entiende que en ese caso sería inconcebible que solo uno, el que ejercitase la acción, fuese liberado.

Los requisitos para que proceda esta acción son fundamentalmente dos: el primero, que aparezca una deuda oculta que el heredero no hubiese conocido ni hubiese podido conocer. Por ello, lo que la doctrina holandesa denomina deudas inesperadas (*onverwachte schulden*) ¹⁸²⁴ serán todas aquellas que el heredero no conoce ni debería haber conocido al momento de la aceptación; palabras estas –conocer y deber conocer– que están conectadas con el concepto de buena fe contenido en el artículo 3:11 BW ¹⁸²⁵. En este sentido, sobre qué debe entenderse por deuda desconocida, el propio proyecto de ley señaló que no es posible alegar error o desconocimiento respecto del valor de los elementos hereditarios, tanto activos como pasivos ¹⁸²⁶.

El segundo requisito es que se ejercite la acción en plazo; si bien, la doctrina ha puesto de manifiesto que el inicio del plazo puede ser algo «intrigante», pues no queda claro si comenzará a correr desde que el heredero conoce la deuda o desde que debió conocerla ¹⁸²⁷. En cualquier caso, corresponderá al juez determinar si la deuda era inesperada y si se cumplen los presupuestos, para liberar al heredero de responder por dicha deuda con su patrimonio propio ¹⁸²⁸.

Como se puede observar, las diferencias con la regulación francesa son de calado; así, el precepto neerlandés distingue dos momentos de aplicación de este precepto, siempre después de la aceptación, pero dependiendo de si la

¹⁸²² BLOKLAND, BURGERHART y KOLKMAN (2014), p. 456.

¹⁸²³ BIEMANS (2014), pp. 450-454.

¹⁸²⁴ BIEMANS (2014), p. 446; VAN DER GELD (2016), p. 99;

¹⁸²⁵ BLOKLAND, BURGERHART y KOLKMAN (2014), p. 465; VAN DER GELD (2016), p. 103.

¹⁸²⁶ VAN DER GELD (2016), p. 103; si bien, él considera que si un heredero pregunta al acreedor sobre el valor de las deudas y éste hubiese sido mal informado sí podría considerarse como deuda inesperada *ex* artículo 4:194 BW.

¹⁸²⁷ BLOKLAND, BURGERHART y KOLKMAN (2014), p. 465, que afirman que entre la falta de claridad sobre el inicio del plazo, sobre si la exención será total y parcial, y sobre si la deuda se desconocía de buena fe, este precepto es el paraíso de los abogados (*lawyer's paradise*).

¹⁸²⁸ VAN DER GELD (2016), pp. 102-104.

deuda oculta se conoce antes o después de la partición y distribución¹⁸²⁹. Además, este precepto concede también la posibilidad de utilizar el beneficio de inventario en los tres meses siguientes al conocimiento de la deuda ignorada, posibilidad no contemplada en el ordenamiento francés¹⁸³⁰. En cuanto a la descarga de la deuda, parece que en el artículo neerlandés no se distingue si será total o parcial, ni se exige que perjudique gravemente el patrimonio personal del heredero; esto nos inclina a pensar que podrá ejercitarse la acción aunque se trate de una deuda de escasa cuantía, pero que supera el activo sucesorio. No obstante, tal interpretación podría no ser correcta, pues al igual que en el ordenamiento francés, se considera que la disposición comentada únicamente se aplicará en casos excepcionales (*uitzonderingsclausule genoemd*)¹⁸³¹.

En nuestra opinión, aunque ambas normativas sean bastante parcas a la hora de establecer los presupuestos de sendas acciones, creemos que es muy positivo que se prevea expresamente la posibilidad de que el heredero haga uso de un recurso así en caso de toparse con deudas del causante que desconocía. La utilidad de este remedio no vendrá dada solo por el reconocimiento de la prerrogativa en sí misma, sino también porque servirá de acicate a los acreedores para que, sabiendo que pueden ver sus pretensiones de cobro reducidas, o bien tomen precauciones *ex ante*, a través del concierto de seguros u otros mecanismos de garantía, o bien se apresuren a hacer cognoscible al heredero la deuda en cuestión. Sin embargo, esto no será siempre posible, como en el caso de responsabilidad extracontractual cuyo daño nace después de la muerte del agente causante y de la aceptación por parte del heredero. Pero a grandes rasgos, tanto la norma francesa como la neerlandesa nos parece un avance indiscutible en la solución a los problemas planteados por las deudas sucesorias ocultas.

6.4 Solución genérica del legislador catalán: el beneficio de inventario flexibilizado

En el caso de Cataluña, no se ha previsto una solución expresa para el caso de deudas desconocidas o sobrevenidas, pero es probable que el sistema de liquidación sucesoria que se ha instaurado en 2008 pudiera, tal vez, respon-

¹⁸²⁹ VAN DER GELD (2016), p. 102.

¹⁸³⁰ En opinión de BIEMANS (2014), p. 455, sería siempre preferible optar por la aceptación a beneficio de inventario, por ser la opción más acorde con el principio de la *conditio par creditorum*.

¹⁸³¹ VAN DER GELD (2016), p. 102.

der de modo adecuado a este tipo de supuestos. Con el fin de comprobarlo, analizaremos someramente el mencionado sistema.

El artículo 461-18 CCCat establece que «por la aceptación de la herencia pura y simple, el heredero responde de las obligaciones del causante y de las cargas hereditarias, no solo con los bienes relictos, sino también con los bienes propios, indistintamente». Parece pues que el legislador catalán ha querido, con este precepto, conservar, en qué medida ya se verá, el principio de responsabilidad *ultra vires*¹⁸³².

Pero este principio de responsabilidad ilimitada halla su contrapartida en el beneficio de inventario, que se regula en el artículo 461-15 CCCat en los siguientes términos: «1. El inventario debe tomarse en el plazo de seis meses a contar del momento en que el heredero conoce o puede razonablemente conocer la delación. 2. El inventario de la herencia debe formalizarse ante notario. Puede aprovecharse el inventario tomado para detraer las cuartas del fideicomiso o de la herencia gravada con legados. Sin embargo, el inventario formalizado por el heredero en documento privado que se presente a la Administración pública competente para la liquidación de los impuestos relativos a la sucesión también produce los efectos legales del beneficio de inventario. 3. En el inventario deben reseñarse los bienes relictos, sin necesidad de valorarlos, y las deudas y cargas hereditarias, con indicación de su importe. 4. El inventario no se considera tomado en forma si, a sabiendas del heredero, no figuran en el mismo todos los bienes y deudas, ni si ha sido confeccionado en fraude de los acreedores. 5. Para tomar el inventario, no es preciso citar a ninguna persona, pero pueden intervenir los acreedores del causante y demás interesados en la herencia. 6. Si el heredero manifiesta la voluntad de aceptar la herencia a beneficio de inventario antes de tomarlo, los legatarios y fideicomisarios no pueden iniciar ninguna acción contra la herencia hasta que se haya formalizado el inventario o haya transcurrido el plazo legal para hacerlo».

Este precepto establece pues los requisitos de tiempo y forma que deben concurrir para que el llamado o el ya heredero pueda acogerse al beneficio de inventario. Sobre el requisito temporal de seis meses, dos cosas conviene resaltar: la primera, que se trata de un plazo de caducidad¹⁸³³; la segunda, que el momento en el que comienza a correr el plazo –desde que el llamado conoce o pueda conocer razonablemente la delación–, es poco exacto y bastante difícil de precisar.

¹⁸³² GARCÍA GOLDAR (2017), p. 102.

¹⁸³³ FRANCINO BATLLE (2010), p. 460; sin embargo, ARROYO AMAYUELAS (2009), p. 1502, considera que la cuestión es dudosa en la actualidad, porque la posibilidad de tomar un inventario no es ni una acción ni un poder de configuración jurídica, ni se dirige contra un sujeto pasivo.

En cuanto a los requisitos de forma, parece que son dos las modalidades por las que se puede disfrutar del beneficio de inventario: una de carácter expreso a través de su formalización ante notario, y otra, de carácter tácito-legal, a través de la extensión de efectos cuando el heredero presenta inventario para la liquidación de impuestos¹⁸³⁴. Esta segunda vía es la que facilita enormemente que el heredero pueda aprovecharse del beneficio, pues el plazo es amplio y coincide con el establecido para la liquidación del impuesto. Además, se ha dicho que la realización del inventario no es un acto personalísimo, lo que permite que un heredero pueda aprovecharse del beneficio realizado por otros (coherederos o no)¹⁸³⁵. Por tanto, resulta ya difícil considerar que la aceptación pura y simple siga siendo la regla o modelo general en el Código Civil de Cataluña; más bien al contrario, fácilmente se llega a la conclusión contraria: que la legislación catalana tiende por defecto al beneficio de inventario siempre que sea posible, mientras no haya transcurrido el plazo y no concurren circunstancias que lo imposibilitan; es decir, parece que se ha producido la inversión de la dicotomía clásica limitación-ilimitación de la responsabilidad hereditaria por deudas¹⁸³⁶, aunque el legislador catalán tampoco haya roto por completo con la tradición de la responsabilidad ilimitada¹⁸³⁷.

En efecto, el beneficio de inventario se ha flexibilizado considerablemente¹⁸³⁸, ya no solo por la ampliación del plazo y la no exigencia de una declara-

¹⁸³⁴ LARRONDO LIZARRAGA (2008), pp. 230-231; ARROYO AMAYUELAS (2009), p. 1504; FRANCINO BATLLE (2010), p. 460.

¹⁸³⁵ ARROYO AMAYUELAS (2009), p. 1512-1513.

¹⁸³⁶ LARRONDO LIZARRAGA (2008), p. 473; FRANCINO BATLLE (2010), p. 459; GETE-ALONSO CALERA (2016), pp. 364 y ss.; GARCÍA GOLDAR (2017), pp. 102-103. ARROYO AMAYUELAS (2009), p. 1514, matiza la opinión mayoritaria de que la aceptación pura y simple ha dejado de ser la regla general diciendo que es un efecto que se entiende producido cuando el heredero no realiza inventario en tiempo y forma o cuando la ley lo sanciona sin posibilidad de repudiar.

¹⁸³⁷ GETE-ALONSO CALERA (2016), p. 375, afirma que el Código Civil de Cataluña «introduce una tímida decantación hacia el modelo de responsabilidad limitada *intra vires*. Se califica como tímida la variación porque, en contra de lo que hubiera sido deseable, no se abandona del todo el modelo, aunque sí se invierten los términos de calificación. El modelo o tipo de responsabilidad ilimitada es el general pero se facilita la responsabilidad limitada porque se disminuyen o dulcifican los requisitos formales».

¹⁸³⁸ GINESTÀ GARGALLO (2014), p. 84, pone de manifiesto que también existe un número mayor de personas que no necesitan solicitar el beneficio de inventario para disfrutar de él. De acuerdo con la propia exposición de motivos de la Ley 10/2008, de 10 de julio, esta flexibilización o facilidad de acceso era el objetivo de esta nueva regulación del beneficio de inventario: «en materia de aceptación y repudiación, la novedad más destacada es la facilitación de los efectos de limitación de la responsabilidad del heredero vinculados al beneficio de inventario. El libro cuarto avanza hacia la generalización de la limitación de responsabilidad del heredero a los bienes recibidos por herencia y lo hace extendiendo las consecuencias del beneficio de inventario, como efecto legal, a los herederos que efectivamente han practicado inventario, aunque no hayan manifestado la voluntad de acogerse a este beneficio o incluso aunque hayan manifestado que lo aceptan de forma pura y simple. Lo que cuenta, en definitiva, es haber practicado, dentro del plazo marcado por la ley, un inventario fiel, en el que figuren todos los bienes y todas las deudas del causante que el heredero conozca o debería conocer razonablemente, y pagar las

ción expresa¹⁸³⁹, sino también porque de acuerdo con el artículo 461-15.5 CC-Cat, no es preciso citar a ninguna persona, aunque pueden intervenir los acreedores del causante y otros interesados en la herencia¹⁸⁴⁰.

En cuanto al inventario, su contenido debe ser fiel y exacto, si bien, la fidelidad del pasivo no se exige con el mismo rigor que la del activo¹⁸⁴¹; además no es necesaria la valoración¹⁸⁴². De otra parte, las consecuencias del be-

deudas hereditarias observando las prelaciones y las reglas de administración que la ley impone al heredero beneficiario. Con la misma voluntad de hacer más accesible el disfrute del beneficio, el libro cuarto equipara el inventario formalizado en documento privado al notarial o judicial, puesto que en las herencias modestas en que no existen bienes inmuebles, se acostumbra a hacer en documento privado. Esta equiparación se condiciona al hecho de que este inventario se haya presentado a la administración pública competente para pagar los tributos relativos a la sucesión. Aparte de esta novedad, también debe hacerse notar la nueva redacción de la regla sobre la aceptación de la herencia por los acreedores, que pasa a configurarse, tal y como la interpreta mayoritariamente la doctrina, como un supuesto de inoponibilidad, a semejanza de la inoponibilidad de las donaciones, pero sujeta a un plazo de caducidad relativamente breve».

¹⁸³⁹ ARROYO AMAYUELAS (2009), p. 1511; DEL POZO CARRASCOSA, VAQUER ALOY y BOSCH CAPDEVILA (2009), p. 517, consideran que más que de *aceptación* a beneficio de inventario habría que hablar de *adquisición* de la herencia a beneficio de inventario, pues dicho beneficio no deriva de una declaración al aceptar, sino de la realización de ciertos actos o concesión por la ley. GALICIA AIZPURÚA (2018), p. 54, señala que el legislador catalán ha permitido que el heredero disfrute del beneficio aunque haya aceptado la herencia sin hacer una manifestación expresa de acogerse al mismo, en contraposición a lo que ocurre en Derecho común.

¹⁸⁴⁰ ROCA TRÍAS (2009), pp. 608-609; GINESTÀ GARGALLO (2014), p. 84.

¹⁸⁴¹ Un caso en el que esto es manifiesto es la STSJC (Catalunya), Sala Social, de 4 de mayo de 2005 (AS 2005, 1874). En esta sentencia se pretendía que el heredero perdiese el beneficio de inventario por no incluir una deuda procedente de un proceso ejecutivo ya iniciado en el pasivo. El TSJC argumentó que «en la sentencia de instancia se justifica dicha condena por el hecho de que los herederos conocían la reclamación formulada por los demandantes y no la incluyeron en el pasivo de la herencia que aceptaron, considerando que ello suponía un incumplimiento del Código de Sucesiones equivalente a no practicar el inventario en tiempo y forma, por no hacer constar la totalidad de las cargas de la herencia. No puede aceptarse dicha afirmación porque, aunque es cierto que en el momento en el que los herederos aceptaron la herencia tenían conocimiento de que los demandantes habían ejercitado la acción de reclamación de cantidad, mediante la interposición de la papeleta de conciliación, no puede afirmarse que dicha reclamación formara parte del pasivo de la herencia. Es más, en ese momento consignaron como posible crédito el de los demandantes. Esta actuación de los herederos no puede llevar aparejada la consecuencia de que deban responder con sus propios bienes, por confusión patrimonial, cuando los mismos han aceptado la herencia a beneficio de inventario, lo que significa, desde el punto de vista de la responsabilidad del heredero, que ésta afronta las deudas del *de cuius*, pero dentro de los límites de los bienes del caudal relicto, sin que el heredero responda de las obligaciones del causante ni de las cargas hereditarias con sus bienes propios, sino únicamente con los bienes de la herencia». GINESTÀ GARGALLO (2014), p. 86, considera que hay varias razones para esto: en primer lugar, la tradición jurídica catalana, pues según el artículo 826 del *Avantprojecte d'Àpendix de Dret català*, «las omisiones involuntarias en que hubiere incurrido el heredero al describir los bienes hereditarios podrán suplirse mediante adiciones (...), se presumen involuntarias todas las omisiones, salvo prueba en contrario»; en segundo lugar, el legislador catalán reconoce implícitamente en el artículo 461.21-3 CCCat, cuando habla de acreedores desconocidos, que en el pasivo pueden no aparecer todas las obligaciones hereditarias; y, por último, un argumento teleológico, toda vez que lo que de verdad perjudica a los acreedores es que se oculten o sustraigan bienes hereditarios.

¹⁸⁴² FRANCINO BATLLE (2010), p. 461, dice sobre esta cuestión que el hecho de que no se exija valoración es indicativo del tipo de responsabilidad del heredero: así, la responsabilidad *cum viribus* exige un inventario completo, mientras que la responsabilidad *pro viribus* tendría que incorporar además una valoración; FARRERO RÚA (2011), p. 470; DEL POZO CARRASCOSA, VAQUER ALOY y BOSCH CAPDEVILA (2009), p. 520,

beneficio de inventario catalán son prácticamente las mismas que en derecho común: suspensión de la confusión de patrimonios, limitación de la responsabilidad *ultra vires* del heredero por deudas y establecimiento de unas reglas y un orden para la administración liquidatoria de la herencia¹⁸⁴³. El orden de pagos que se debe seguir es el siguiente: en primer lugar, deudas y cargas de la herencia¹⁸⁴⁴; en segundo lugar, atribuciones sucesorias legales, esto es, legítima y cuarta viudal, por ese orden¹⁸⁴⁵; en tercer lugar, los legados; y en cuarto lugar, acreedores del heredero, que podrían perseguir los bienes remanentes una vez adquiridos por este.

De otra parte, los casos en que la aceptación pura y simple tiene lugar, de manera subsidiaria o como sanción, son los siguientes¹⁸⁴⁶: primero, cuando el heredero no haya realizado inventario en la forma y el plazo establecidos; segundo, cuando el heredero haya sustraído bienes de la herencia; tercero, cuando no cumpla los requisitos de forma y tiempo exigidos para la confección del inventario; cuarto, cuando proceda fraudulentamente en el pago y realización de los bienes cuando goce del beneficio; quinto, cuando actúe fraudulentamente en la administración de la herencia beneficiaria; y sexto, cuando no figuren en el inventario los bienes y deudas o confecciona el mismo en fraude de acreedores. En cualquier caso, algunos autores niegan la confusión de patrimonios en el Código Civil de Cataluña incluso cuando hay aceptación pura y simple, pues, entre otras cosas, entienden que el patrimonio hereditario mantiene su función de patrimonio de responsabilidad frente a los acreedores hereditarios y que no existe, en propiedad, una confusión plena entre el patrimonio hereditario y el particular del heredero: aquél conserva cierta individualidad al menos mientras no se hayan pagado las deudas y cargas hereditarias¹⁸⁴⁷.

entienden que ello es así, a diferencia de lo que establece el artículo 426-20.1 CCCat, porque la función del inventario no es fijar un valor que deba restituirse ni determinar el importe de una cuarta.

¹⁸⁴³ FRANCINO BATLLE (2010), pp. 466 y ss.; DEL POZO CARRASCOSA, VAQUER ALOY y BOSCH CAPDEVILA (2009), p. 520.

¹⁸⁴⁴ Sobre esta cuestión, conviene distinguir entre si la herencia es activa o por el contrario deficitaria o insolvente, en el sentido de no poder hacer frente a deudas vencidas, tal y como hacen DEL POZO CARRASCOSA, VAQUER ALOY y BOSCH CAPDEVILA (2009), p. 522-523, pues, en ese caso y de acuerdo con el artículo 461-22 CCCat, el heredero que disfruta del beneficio de inventario tiene el deber de solicitar la declaración del concurso de la herencia si se cumpliesen los requisitos legales. En caso contrario, si la herencia fuese solvente, ya no se haría necesario arbitrar una prelación entre los acreedores del causante, sino únicamente entre ellos y legitimarios y legatarios.

¹⁸⁴⁵ Según el artículo 427-41 CCCat, el derecho del heredero a la cuarta falcidia es preferente al de los legatarios.

¹⁸⁴⁶ LARRONDO LIZARRAGA (2008), p. 231; GETE-ALONSO CALERA (2016), pp. 364-368.

¹⁸⁴⁷ DEL POZO CARRASCOSA, VAQUER ALOY y BOSCH CAPDEVILA (2009), p. 515, parecen ser de esta opinión cuando afirman que el CCCat sigue el principio tradicional de «antes pagar que heredar» y que el heredero no debe adquirir los bienes hereditarios, ni el legatario sus legados, mientras no se hayan pagado deudas y cargas hereditarias; si bien, este aforismo se diluye en ciertos casos si, por ejemplo, el heredero acepta una he-

En nuestra opinión, este sistema es bastante ventajoso, especialmente si se le compara con el del Código Civil español, pues al facilitar el recurso al beneficio de inventario se está solucionando también la hipotética responsabilidad por deudas ocultas. Recordemos que, en este caso, de acuerdo con la doctrina civilista estatal, si aparecen deudas desconocidas el heredero sigue respondiendo de forma limitada, pero su responsabilidad deja de ser *cum viribus* y pasa a ser *pro viribus*; en cualquier caso, el patrimonio personal del heredero estaría a salvo.

7. SOLUCIONES POSIBLES DENTRO DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL PARA LAS DEUDAS OCULTAS

Ya hemos anticipado que el fenómeno de las deudas ocultas no es en absoluto novedoso y que, a pesar de ello, no existe una regulación específica dentro del CC para el caso de que el heredero hubiese aceptado pura y simplemente la herencia del causante desconociendo la existencia de las mismas. Cabe preguntarse de qué remedios dispondrá el heredero para protegerse frente a esto, o de qué forma podría el legislador estatal, en el futuro, regular esta cuestión.

7.1 *De lege lata*: la impugnación por error de la aceptación

Una de las soluciones que creemos que con la legislación vigente sería aplicable en el caso de que aparezcan deudas sobrevenidas o desconocidas tiempo después de la aceptación pura y simple de la herencia es la posibilidad de que el heredero acuda a la impugnación de la aceptación por vicio del consentimiento. El artículo que prevé esta posibilidad es el artículo 997 CC, que establece que «la aceptación y la repudiación de la herencia, una vez hechas, son irrevocables, y no podrán ser impugnadas sino cuando adoleciesen de algunos de los vicios que anulan el consentimiento, o apareciese un testamento desconocido»¹⁸⁴⁸.

rencia sin liquidar; véase también GETE-ALONSO CALERA (2016), pp. 366 y ss. En contra, ARROYO AMAYUELAS (2009), p. 1515, considera que la aceptación pura y simple sí provoca confusión de patrimonios.

¹⁸⁴⁸ GARCÍA GOYENA (1852-A), p. 215, no incluía el error entre los vicios por los que impugnar el acto de aceptación o repudiación, pues el artículo 827 de su Proyecto establecía que contra la aceptación y repudiación una vez hechas no hay diferencia entre los herederos por razón de su edad o calidad, y ninguno de ellos podrá impugnar por motivo alguno, ni el de restitución, salvo si intervino dolo o violencia. Sobre la impugnación de la aceptación, conviene traer a colación la Sentencia de 24 de junio de 1963, que establece que al solicitar la nulidad del testamento se debe instar también la de la aceptación por el error en el consentimiento que se alega, pues de lo contrario, y al subsistir la aceptación, queda vigente su acto propio, que veda impugnar el testamento.

Como ya hemos tenido ocasión de señalar, este precepto viene a configurar la aceptación y la repudiación como actos irrevocables¹⁸⁴⁹, si bien admite que, excepcionalmente y cuando cualquiera de estos actos se hubiese llevado a cabo con la voluntad viciada, el acto unilateral se pueda impugnar. Estos vicios del consentimiento son, en principio, los previstos en el artículo 1265 CC, es decir, el error, la violencia, la intimidación y el dolo. Cabe mencionar que, según la doctrina, esta posibilidad de impugnación debe aplicarse racionalmente, no pudiendo suponerse irrevocable una renuncia o aceptación que, o no existen realmente, o no han sido hechas en forma legal, o adolecen de algún defecto o vicio de consentimiento; es decir, el artículo 997 CC exige que la aceptación y la repudiación hayan sido efectuadas en plazo legal y por persona capaz que tenía derecho a aceptar o renunciar¹⁸⁵⁰.

Nosotros nos centraremos únicamente en la impugnación por error, que parece la más adecuada para los casos de deudas desconocidas o sobrevenidas¹⁸⁵¹; para ello, cabe comenzar señalando que no todos los sistemas admiten el error como causa para invalidar la aceptación o la repudiación; así, los Códigos Civiles de Italia¹⁸⁵² y Portugal¹⁸⁵³ prevén expresamente la imposibilidad de impugnar la aceptación por error¹⁸⁵⁴.

¹⁸⁴⁹ GITRAMA GONZÁLEZ (1989), p. 170, sobre la irrevocabilidad dice que «el que ejercita su derecho de opción contrae la obligación de no retractarse, de no dar marcha atrás».

¹⁸⁵⁰ MANRESA NAVARRO (1943), pp. 383-384, dice además que la aceptación o la renuncia ha de reflejar fielmente la voluntad del heredero, ha de ser exacta expresión del consentimiento; si éste se halla viciado, en realidad no existe, y la aceptación o la renuncia pueden ser impugnadas con arreglo al artículo 997 CC.

¹⁸⁵¹ Aunque sería posible recurrir al dolo, si el acreedor hubiese ocultado deliberadamente la existencia de la deuda.

¹⁸⁵² El artículo 483 CCit establece que: «*L'accettazione dell'eredità non si può impugnare se viziata da errore. Tuttavia, se si scopre un testamento del quale non si aveva notizia al tempo dell'accettazione, l'erede non è tenuto a soddisfare i legati scritti in esso oltre il valore dell'eredità, o con pregiudizio della porzione legittima che gli è dovuta. Se i beni ereditari non bastano a soddisfare tali legati, si riducono proporzionalmente anche i legati scritti in altri testamenti. Se alcuni legatari sono stati già soddisfatti per intero, contro di loro è data azione di regresso. L'onere di provare il valore dell'eredità incombe all'erede*». Como se puede ver, ni siquiera cuando aparece un testamento nuevo se puede impugnar la aceptación, sino que únicamente se prevé que en ese caso, el heredero responda por esos desconocidos legados de manera limitada al valor de la herencia. En opinión de FERRI (1980), pp. 294 y ss., este artículo se refiere únicamente a la aceptación expresa, ya sea pura o con beneficio de inventario; además, considera el autor que la aceptación hereditaria realizada por error obstativo (error en la declaración) sí será anulable, pues hay error obstativo cuando falta la voluntad o aquella es distinta de la declarada.

¹⁸⁵³ El Código Civil portugués establece que la aceptación (artículo 2060) o la repudiación de herencia (artículo 2065) «*é anulável por dolo ou coacção, mas não com fundamento em simples erro*». Para DE OLIVEIRA ASCENSÃO (2000), p. 430, el Código Civil portugués ha reducido, todavía más que el anterior, la posibilidad de anular estos negocios.

¹⁸⁵⁴ En la redacción antigua del *Code Civil* francés no estaba del todo claro; por ello, como dice BOURREL (1961), pp. 233 y ss., la doctrina clásica consideraba que el error no era causa de nulidad de las repudiaciones; la justificación se basaba en que el Derecho de sucesiones es más sensible a los imperativos de seguridad y estabilidad. Sin embargo, el autor hacía notar que antiguamente se admitía en su tradición jurídica la nulidad de las repudiaciones y que nada hacía suponer en los trabajos preparatorios que los redacto-

Con este punto de partida, la primera cuestión que conviene resolver es si en el Código civil español se admite o no esta posibilidad de impugnación, lo que ha de responderse en sentido positivo, puesto que ni el antecitado artículo 997 CC excluye el error, ni en este cuerpo legal se incluye un precepto similar al italiano o al portugués.

El segundo interrogante que nos hacemos es si debe considerarse aplicable la teoría general del error, que dentro de nuestra legislación y doctrina se enmarca en el ámbito del Derecho de obligaciones, y más concretamente, el de los contratos ¹⁸⁵⁵; o si por el contrario, al tratarse la aceptación y la repudiación de un acto unilateral, habría que crear o diseñar una teoría propia acerca del error. En este sentido, Díez-Picazo y Gullón consideran que la teoría del error debería reformularse en sede sucesoria a la vista de que la aceptación y repudiación son negocios jurídicos unilaterales y no contratos ¹⁸⁵⁶. En nuestra opinión, sin embargo, y a falta de previsión expresa de normas específicas para el error en la declaración unilateral, lo oportuno será trasladar la teoría clásica, dejando de lado, por supuesto, aquello que no concuerde con las características propias del negocio unilateral ¹⁸⁵⁷.

El error, según Cariota Ferrara ¹⁸⁵⁸, debe entenderse como «aquel estado de la mente en el que resulta impedida la verdadera representación de un obje-

res del *Code Civil* quisieran romper con esa tradición. En la actualidad, el artículo 777 CCfr establece expresamente que «*l'erreur, le dol ou la violence est une cause de nullité de l'option exercée par l'héritier*».

¹⁸⁵⁵ Nos referiremos aquí en todo caso a la teoría clásica que se ha gestado en torno a los preceptos del Código Civil, y no al articulado ni a la doctrina acerca del error en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos que es, según MORALES MORENO (2015), p. 723, una regulación más completa y desarrollada.

¹⁸⁵⁶ Díez-Picazo y Gullón (2017), p. 234, señalan que «cabe observar en relación con el error que así como en el contrato para que sea relevante ha de ser excusable, es discutible que este requisito debe exigirse en los actos que tratamos. No hay, como en el contrato, ninguna confianza de la contraparte que haya que proteger». En su opinión, la aceptación y la repudiación son negocios que no inciden directamente en la esfera jurídica ajena y no van dirigidos a solicitar la cooperación de terceros para conseguir los fines propios del que emite la declaración. No se pretende decir con ello que no incidan en los intereses de otras personas, pero esta repercusión es solo indirecta, de hecho. Aquellas personas que no asumen la posición en el contrato ocupa la contraparte, y cuya confianza razonable y honesta en las declaraciones debe ser protegida». Este criterio es compartido por De Ángel Yagüez (2001), p. 35, quien considera que «no es desorbitado decir que en la aceptación de la herencia debe regir una especie de presunción *iuris tantum* de excusabilidad en los 'ingredientes' de la formación de la voluntad del heredero».

¹⁸⁵⁷ Así lo creemos, pues como dijo Gitrama González (1989), p. 173, «la aceptación y la repudiación de herencia son actos o negocios jurídicos *inter vivos* que, no obstante su carácter no recepticio, deben asimilarse más a los contratos que a los testamentos en lo atinente a su impugnación por vicios de voluntad», por lo que «habrá que atender a cuáles sean los vicios que anulan el consentimiento contractual». Asimismo, Gete-Alonso Calera (2011), p. 1498, también entiende que el error ha de ser esencial y excusable, al igual que en la teoría clásica. Véase también Bourel (1961), pp. 236 y ss., cuando señala que la jurisprudencia francesa no desechó la teoría general del error para aplicarla en actos unilaterales como la repudiación.

¹⁸⁵⁸ Cariota Ferrara (1956), p. 412. En sentido muy parecido, Gete-Alonso Calera (2011), p. 1497, afirma que «el error es la equivocada o inexacta creencia o representación mental que sirve de presupuesto a la realización de un acto jurídico y lo determina. Es una situación mental que precede a la

to, o es sustituida por otra no verdadera. Puede ocurrir que no se tenga otra representación en el lugar de la verdadera, sino solo que falta ésta: esto sucede en la ignorancia que, por tanto, se distingue del error, al cual hay, sin embargo, que equipararla especialmente ante el Derecho, ya que es esencial en todo caso especialmente la falta de la verdadera representación». Como se puede observar, el error como vicio del consentimiento es un concepto jurídico un tanto abstracto; no en vano ha sido calificado por De Castro como «un punto negro en la ciencia jurídica»¹⁸⁵⁹, expresión que da cuenta de lo difícil y compleja que es esta cuestión.

No cabe duda de que la teoría general del error como vicio del consentimiento en los contratos plantea ciertas cuestiones que no pueden ser trasladadas a nuestro ámbito de estudio, como pueden ser la ruptura del equilibrio entre las partes, o la distinción entre el error unilateral y el error común; cuestiones estas que solo tienen cabida en un negocio jurídico bilateral. Sin embargo, sí pueden aplicarse ciertas distinciones¹⁸⁶⁰, como la que diferencia entre error obstativo y error vicio¹⁸⁶¹, error de derecho y de hecho¹⁸⁶², o error intrínseco y extrínseco¹⁸⁶³.

formación de la voluntad y desemboca en la emisión de un querer que no se corresponde al interno y que se hubiere declarado si se hubiera conocido la equivocación».

¹⁸⁵⁹ DE CASTRO BRAVO (1997), pp. 1371 y ss., que añade: «uno de los más oscuros, que ha resistido y sigue oponiendo resistencia a los denodados esfuerzos de la doctrina para encajarlo razonadamente en la sistemática jurídica y lograr resultados justos en la práctica. Fenómeno que genera una insatisfacción generalizada y que se ofrece como constante en las sucesivas épocas y en sistemas jurídicos de diferente orden»; situación que viene de antiguo, ya que aparece en el Derecho romano, que no acertó a enfocar bien este asunto y que se tradujo en la confusión de los autores de la época que trataron de ordenar, compaginar y justificar todas las reglas romanas. Dice el autor que la situación no mejoró con el movimiento codificador, y que incluso el Derecho alemán y el Derecho inglés, sistemas apartados de la corriente romanista, se encuentran incómodos respecto al error.

¹⁸⁶⁰ Véase, en la doctrina francesa, BOUREL (1961), pp. 246 y ss.

¹⁸⁶¹ CARIOTA FERRARA (1956), pp. 407-422, considera importante distinguir entre voluntad de la manifestación y voluntad del contenido: el error obstativo o impropio sería el error en la declaración (o transmisión); mientras que el error-viceo o error propio es aquel que afecta a la voluntad negocial. Según sus propias palabras, «el error obstativo tiene por objeto la identidad, y el vicio tiene por objeto las cualidades: en efecto, un *lapsus linguae* o *calamni* se produce normalmente al indicar o designar una cosa o persona diversa de la querida (digo «Ticio» en vez de «Cayo», digo «estatua» en vez de «cuadro»); y, por el contrario, el error que altera la voluntad, en su formación, tiene lugar frecuentemente en las cualidades (se entiende sustanciales) de la cosa (me decido a adquirir «aquel objeto» en cuanto que lo *creo* de oro)». No obstante, para MORALES MORENO (1988), pp. 77-78, esta distinción entre error obstativo y error vicio no aparece recogida en nuestro Código; distinción que plantea problemas de tan difícil solución que las califica de categorías «poco seguras». GETE-ALONSO CALERA (2011), p. 1498, utiliza esta distinción para comentar el artículo 997 CC.

¹⁸⁶² OLIVA BLÁZQUEZ (2010), pp. 34 y ss., distingue entre el *error facti*, que es el que recae sobre las circunstancias fácticas de la realidad que circundan a los sujetos (una cosa, una persona, un hecho) o sobre una conducta regida por el derecho, y el *error iuris*, que consiste en la ignorancia, desconocimiento o equívoca interpretación de una norma jurídica que impulsa al *errans* a llevar a cabo un determinado acto jurídico.

¹⁸⁶³ MORALES MORENO (1988), pp. 156-157, hace notar que el intrínseco es el error que mira al fondo mismo de la cosa objeto del negocio; el extrínseco se refiere a elementos extraños a la organización

Los requisitos que han de darse, en principio, para que pueda impugnarse por error un negocio jurídico son fundamentalmente tres: el primero, que el error recaiga sobre el objeto principal; el segundo, que el error no sea imputable a quien lo padece; y el tercero, que sea excusable¹⁸⁶⁴, es decir, que no se haya podido evitar empleando una diligencia media o regular. Esto, conectado con el principio de buena fe, significa que la diligencia exigible será aquella que resulte de la valoración de las circunstancias de toda índole, incluso las personales¹⁸⁶⁵. La función básica –se ha dicho– del requisito de excusabilidad en el error ha sido la de impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando no merece, por su conducta, dicha protección¹⁸⁶⁶.

Llegados a este punto, cabe preguntarse qué tipo de error podría ser excusable en el caso de una aceptación de herencia. Conviene antes mencionar que el error puede referirse a la persona del causante o a la importancia de la herencia: en el primer caso no hay aceptación válida, pues el error recae sobre la sucesión de una persona que no ha fallecido o de la sucesión de una persona distinta; es el segundo tipo de error el que nos interesa, es decir, aquel que se refiere a la importancia del caudal hereditario.

Sobre esta cuestión, la doctrina mayoritaria ha afirmado que este tipo de error no puede ser, en general, causa de invalidación: así lo sostienen, entre

de intereses propia del contrato. Según la doctrina especializada, la figura del error hay que limitarla a lo que se conocen como errores intrínsecos.

¹⁸⁶⁴ GITRAMA GONZÁLEZ (1989), p. 174, afirma que «no debe admitirse como causa de impugnación de una aceptación o de una repudiación ningún error que sea imputable al heredero. Sí, en cambio, el que le afecta sin culpa alguna por su parte; o, dicho de otro modo, el que sea excusable. El Tribunal Supremo señaló que, aunque el Código civil patrio no establece expresamente el requisito de que el error sea excusable, hay que entender, con nutrida doctrina jurídica, que un error que se hubiera podido evitar con una regular diligencia no puede ser invocado por quien haya incurrido en él para anular la declaración». Cierta doctrina más moderna, como GETE-ALONSO CALERA (2011), p. 1497, ya prescinde de uno de los requisitos: que el error no sea imputable a quien lo padece, recogiendo así solo dos: que sea esencial, esto es, que haya dado motivo principalmente o haya sido la causa principal; y que sea excusable (este requisito no está en el 1266 CC pero es de creación jurisprudencial y se fundamenta en los principios de buena fe, veracidad y diligencia).

¹⁸⁶⁵ Tal y como exige la STS de 4 de enero de 1982 (RJ 1982, 179).

¹⁸⁶⁶ MORALES MORENO (1988), p. 217. Según DE CASTRO BRAVO (1997), pp. 1359 y ss., la distinción entre error excusable e inexcusable hunde sus raíces en el Derecho romano, donde a su vez se distinguía entre ignorancia de Derecho e ignorancia de hecho, considerando que la ignorancia de Derecho no tiene excusa, mientras que en el error de hecho puede incurrir hasta el hombre más cuidadoso. En España –dice– la consideración de lo inexcusable del error para considerarlo inatendible como vicio de la voluntad, aparece y se impone en la jurisprudencia como algo indudable, aunque el Código Civil no lo establezca. En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es clara a la hora de reiterar que «los principios de responsabilidad y de protección de la *bona fides* y de la seguridad del comercio jurídico no consienten que sea invocado para anular la declaración un error evitable con normal diligencia».

otros, O'Callaghan¹⁸⁶⁷, Albácar y Lete del Río¹⁸⁶⁸, Albaladejo García¹⁸⁶⁹, Gete-Alonso¹⁸⁷⁰ o Espejo Lerdo de Tejada¹⁸⁷¹. Este último autor se pregunta qué ocurre con el error dolosamente provocado y entiende que en ese caso sí debería admitirse la impugnabilidad por el error. Por su parte, Gitrama¹⁸⁷² expresa un parecer confuso, pues considera que si el error se refiere a la importancia y utilidad de la herencia y la repudia quien la creía *damnosa* comprobándose luego que es lucrativa, o la acepta estimándola apetitosa y después se descubren ignoradas deudas del causante, aquel no podrá revocar lo hecho dando marcha atrás por vía de la impugnación. El heredero es libre, dice el autor, para aceptar o no y antes de decidirse a optar debe percatarse bien de la naturaleza y cuantía del patrimonio relicto, para lo que incluso puede ejercitar su derecho de deliberar, lo mismo que, para cubrirse del riesgo de perjuicios, puede también usar de la aceptación a beneficio de inventario. Si, no haciendo nada de esto, ha incurrido en error, este no sería excusable y, por ende, no fundamentaría una impugnación. Sin embargo, en nuestra opinión, la referencia que hace este autor a las deudas ignoradas es engañosa, pues posteriormente él mismo afirma que el error base de impugnación ha de ser extraño al heredero y a sus opiniones, creencias o equivocaciones particulares; ha de fundarse en hechos

¹⁸⁶⁷ O'CALLAGHAN MUÑOZ (1993), p. 2369, afirma que «en el error, no parece que pueda apreciarse si el aceptante o repudiante erró en el contenido de la herencia (creyó que había más activo o que había menos activo) pues pudo acogerse al beneficio de inventario».

¹⁸⁶⁸ ALBÁCAR Y LETE DEL RÍO (1995), p. 1477, consideran que la remisión a los vicios del consentimiento hace aplicable el régimen de anulabilidad por error, dolo, violencia o intimidación del consentimiento contractual con las oportunas matizaciones que derivan de las diferencias entre un contrato y un acto o negocio jurídico unilateral; concretamente, «no parece posible alegar el error consistente en haber creído que la herencia tenía más bienes de los realmente existentes, o que éstos eran de un valor superior al real, o, en fin, que las deudas y cargas hereditarias son superiores a lo que se pensaba en un primer momento, ya que, precisamente, para prever estas contingencias la persona llamada como heredero puede acogerse al beneficio de inventario y aceptar la herencia con dicho beneficio».

¹⁸⁶⁹ ALBALADEJO GARCÍA (1997), p. 92, afirma que la aceptación y repudiación pueden ser impugnados por vicios de la voluntad «salvo –creo– por el error consistente en haber creído otro el contenido de la herencia, como si es que se pensó que comprendía más bienes, realmente inexistentes, o que tenía menos deudas de las que verdaderamente tiene».

¹⁸⁷⁰ GETE-ALONSO CALERA (2011), p. 1497, considera que «el error es inexcusable cuando la persona que lo padeció pudo haber evitado incurrir en él utilizando la diligencia adecuada al caso y no lo hizo. Es excusable cuando, de las circunstancias, se sigue de acuerdo con criterios de razonabilidad, que cualquiera pudo incidir en él, sin culpa. En ningún caso, por lo tanto, tiene relevancia el error acerca del contenido o situación del activo y el pasivo de la herencia (se creyó que comprendía determinados bienes, o que no tenía deudas, etc.)».

¹⁸⁷¹ ESPEJO LERDO DE TEJADA (2010), pp. 1086-1087, afirma que procede la solución contraria. Imaginemos, dice, por ejemplo, al que repudia creyendo que la herencia es negativa, engañado por el llamado de ulterior grado que se aprovecha para adquirir así un sustancioso patrimonio. O el que acepta pura o simplemente, confiando que determinadas deudas se han extinguido, cuando es engañado sobre ese dato por el acreedor que así va a poder reclamar sus deudas; estos hechos pueden dar lugar, sin duda, a la impugnación de la aceptación o repudiación.

¹⁸⁷² GITRAMA GONZÁLEZ (1989), pp. 174-175.

o circunstancias exteriores desconocidos por el heredero, no obstante su reflexión y previsión y, sin embargo, existentes antes de la aceptación o repudiación. Señala además que arquetipo y paradigma de dicho error sería la aparición de un ignorado testamento que todo lo viene a alterar, supuesto al que alude *expressis verbis* el artículo 997. Por lo tanto, parece que cuando el autor citado hace alusión a las deudas ignoradas, se refería a las deudas existentes, y que el heredero pudo conocer utilizando una diligencia media, y no a aquellas que es imposible o muy difícil que pudieran haber sido conocidas.

De forma algo más clara se expresó Manresa¹⁸⁷³, que considera que siendo libre el heredero para aceptar o no, debe apreciar bien y enterarse perfectamente de la importancia de la sucesión antes de decidirse, porque para evitarle todo perjuicio se le concede el beneficio de inventario, y porque, admitida esa causa, serviría de pretexto muchas veces para impugnar el acto convirtiéndolo en revocable. Por ello, entiende que el error, para que pueda invalidar la aceptación o repudiación, ha de ser, en cierto modo, extraño al heredero y a sus opiniones, creencias o equivocaciones particulares: ha de fundarse en hechos o circunstancias exteriores, desconocidas por el heredero, no obstante su reflexión y previsión, y, sin embargo, existentes con anterioridad a la aceptación o renuncia, como un nuevo testamento que todo lo altera.

Por último, Roca Sastre¹⁸⁷⁴ también concibe que la admisión del error en la aceptación de la herencia se debe hacer con ciertos temperamentos, pues lo procedente es negar efecto al error sobre la valoración de los elementos integrantes de la herencia, considerando tales no solo los del activo hereditario, sino también del pasivo. Cuando el error recae sobre la composición de la herencia, tanto en su activo como en su pasivo o deudas, solo debe tener relevancia cuando el aceptante o repudiante se figuró equivocadamente, pero con base seria para creerlo, que la herencia estaba formada por tantos elementos activos y tantos pasivos, cuando en realidad unos y otros eran más o eran menos. Pone de ejemplo este autor la aceptación hecha bajo la creencia de que existe una cuantiosa deuda real, y viceversa, la repudiación otorgada bajo la idea de que existía una gran deuda que se había extinguido y concluye diciendo que, como

¹⁸⁷³ MANRESA NAVARRO (1943), pp. 384-385, criterio que adopta como válido ROGEL VIDE (2011), pp. 125-126.

¹⁸⁷⁴ ROCA SASTRE (1976, Notas a KIPP), pp. 61 y ss.; si bien, posteriormente reafirma que se deba negar la relevancia del error sobre la composición o valoración de la herencia debido al carácter abstracto que ésta reviste respecto de ambos extremos: «doble abstracción que manifiestan artículos como el 1010.2 y el 1531 por lo que hace a la composición y como los artículos 1019, 1026 y 1031 por lo que se refiere a la valoración. Por tanto, si ni composición ni valoración califican jurídicamente a la herencia, el error sobre ellos no puede ser relevante».

es fácil comprender, siempre se tratará de cuestiones de hecho, en las que las circunstancias de cada caso podrán influir en la apreciación del juzgador.

No obstante la indecisión que reina en la doctrina sobre la admisión del error en cuanto a la importancia del caudal hereditaria, creemos con De Ángel Yagüez¹⁸⁷⁵ que quienes son partidarios de esta tesis restrictiva no están pensando en el caso que aquí se plantea; por ello, será trascendental la distinción entre *composición* y *valoración* de la herencia toda vez que el error del heredero sí debe admitirse cuando recae sobre el primer concepto. Es este autor quien además se planteó en concreto la posibilidad de anular la aceptación por error cuando el heredero resulta responsable de una deuda por responsabilidad civil atribuible al causante tiempo después de la aceptación, aunque reconoce el autor que la cuestión planteada alcanza a otro tipo de deudas del causante sobre las que concurra error relevante¹⁸⁷⁶.

En este sentido, entendemos que la respuesta a la pregunta sobre la admisibilidad de la impugnación de la aceptación por error cuando aparecen deudas ocultas en el momento de la aceptación debe ser afirmativa, por una esencial razón: el artículo 997 CC simplemente remite a los vicios de con-

¹⁸⁷⁵ DE ÁNGEL YAGÜEZ (2001), pp. 32 y ss.

¹⁸⁷⁶ DE ÁNGEL YAGÜEZ (2001), pp. 17 y ss., que considera que su trabajo es aplicable, por ejemplo, a la deuda derivada de un préstamo cuya existencia no conoció el heredero; si bien, reconoce que las demandas de responsabilidad civil «son el terreno más abonado para un *error del causahabiente*». Este autor gradúa las posibles situaciones que se pueden dar en este sentido, y que son las siguientes: la primera hipótesis ocurriría si el heredero, conociendo la existencia de una sentencia condenatoria no firme hubiese aceptado la herencia pura y simplemente a la par que entabla recurso contra dicha resolución judicial. En este caso parece claro que no habría argumentos para sostener la existencia de error invalidante en la aceptación. La segunda hipótesis es que la acción se hubiese dirigido contra el responsable en vida de éste, y que el heredero manifestase que desconocía la existencia de la condena. En este supuesto, DE ÁNGEL YAGÜEZ no rechaza por completo la viabilidad de la impugnación, pero entiende que al corresponder al heredero la carga del desconocimiento de la deuda, se trataría, para él, de un problema procesal prácticamente insuperable. Añade además que «si la demanda se basa en un criterio de responsabilidad por culpa, el heredero carece de legitimación pasiva, porque, por definición, en el pleito ha de ventilarse una cuestión en la que él no tiene posibilidad real de defenderse; no puede aportar –precisamente por la muerte del causante– los elementos de convicción adecuados para probar que la culpa no existió», y especifica en nota que: «¿cómo puede desenvolverse un verdadero debate procesal sobre la negligencia que se imputa al cirujano fallecido, pongamos por caso, si su muerte hace imposible, por definición, la prueba (o al menos una prueba plena) sobre las circunstancias que podrían conducir a una resolución absolutoria?». Por ello, considera que la sola demanda no puede desvanecer el error del heredero, pues admitir tal cosa conduciría al absurdo resultado de que éste, ante la mera posibilidad de una condena, se viese obligado a impugnar la aceptación sin saber siquiera si la responsabilidad tiene o no fundamento; por ello, entiende que el heredero únicamente conoce el error que vició su aceptación cuando recae sentencia firme estimatoria, y no antes. Sin embargo no descarta que en un caso concreto se llegue por el juzgado a la convicción de que el error aducido por el heredero no es excusable porque tenía razones y medios para disipar cualquier duda y disponía de la facultad de usar el beneficio de inventario si, por ejemplo, el heredero del cirujano sabía, al aceptar la herencia, que su causante había tenido en vida un problema en alguna intervención quirúrgica, e incluso tenía noticia de alguna reclamación extrajudicial. Por último, la tercera hipótesis es aquella en la que fallece el causante, y tiempo después de que el heredero hubiese aceptado su herencia de manera pura y simple, este es demandado por responsabilidad civil.

sentimiento, entre los que cabe incluir, cómo no, al error; cuestión distinta será, claro está, si el desconocimiento de una determinada deuda oculta es un error excusable o no.

Sirva de ejemplo para la consideración de esta tesis el artículo 461-10 CCCat cuando establece que: «1. Son nulas la aceptación y la repudiación hechas sin cumplir los requisitos legales de capacidad o con la voluntad viciada por error, violencia, intimidación o dolo. El error solo determina la nulidad de la aceptación o repudiación si era excusable y fue determinante de la prestación del consentimiento. Se entiende que existe error si, con posterioridad, aparecen otras disposiciones de última voluntad que eran desconocidas y que alteran sustancialmente el contenido del título sucesorio aceptado o repudiado. 2. La acción de nulidad por falta de capacidad caduca a los cuatro años desde que se alcanza la mayoría de edad o desde que se recupera la capacidad. En caso de vicio de la voluntad, la acción caduca también a los cuatro años, que se cuentan, en caso de error, desde la realización del acto; en caso de violencia o intimidación, desde que cesó el vicio, y en caso de dolo, desde el conocimiento del engaño».

En relación con este precepto, la doctrina ha hecho dos interpretaciones: la primera, que se puede recurrir a este precepto en cualquier caso en que exista error excusable¹⁸⁷⁷; la segunda, que solo será posible invocar error cuando aparece una disposición testamentaria desconocida¹⁸⁷⁸. En nuestro caso consideramos acertada la primera interpretación: será posible alegar error en cualquier caso, pues la mención que se hace a la aparición de «otras disposiciones de última voluntad que eran desconocidas y que alteran sustancialmente el contenido del título sucesorio aceptado o repudiado» es un supuesto expreso que se prevé de error, pero no el único. Además, concordamos con la opinión

¹⁸⁷⁷ ROCA TRÍAS (2009), pp. 598-599, dice que el testamento desconocido es únicamente supuesto especial de error, y que en ese caso, se debe considerar que la aceptación está afectada por un vicio de la voluntad que el precepto hace equivalente al error. De hecho, afirma que no hay plazo fijado para el caso de que se descubra un documento sucesorio posterior, razón por la que considera se debe aplicar el término general de caducidad de cuatro años, pero el *dies a quo* comenzará a contar desde el descubrimiento del documento. Asimismo, FARRERO RÚA (2011), p. 461, dice que el precepto lo que hace es precisar que la equiparación al error solo se produce si aparecen disposiciones de última voluntad que eran desconocidas y que alteran sustancialmente el contenido del título sucesorio; por ello, y ante la precisión, no toda aparición de disposición testamentaria podrá provocar el inicio de la vía impugnatoria.

¹⁸⁷⁸ CASANOVAS MUSSONS (2009), p. 1488, interpreta este artículo en el sentido de que el error solo se puede alegar en caso de que aparezcan disposiciones testamentarias desconocidas. «*L'error té una rellevància restringida: consisteix en la ignorància (desconegudes) de l'existència d'altres disposicions d'última voluntat "que alteren substancialment el contingut del títol successori acceptat o repudiat" (per ex., codicil que parar amb llegats l'instituit)*». En igual sentido, creemos se manifiesta FRANCINO BATLLE (2010), p. 418.

de quienes entienden que la impugnación de la aceptación por error se podría hacer en el caso de que aparezcan deudas sobrevenidas ¹⁸⁷⁹.

Pues bien, admitida la tesis aquí presentada, cabe preguntarse cuáles serían los requisitos para la viabilidad de la acción de impugnación de la aceptación por error. En este sentido, parece claro que sería el heredero quien debería probar el error, de acuerdo con la teoría general ¹⁸⁸⁰; y si de la prueba resulta que ese error, aun existiendo, es imputable al heredero, quien pudo conocer o prever los hechos que produjeron la variación de su voluntad, y apreciar, por tanto, las condiciones de la herencia, la impugnación debe ser desechada, y confirmarse la renuncia o la aceptación, porque el perjuicio, en tal caso, se estima que debe recaer sobre el que dio ocasión al mismo por su ligereza o imprevisión. En suma: no debe admitirse el error imputable al heredero, pero sí aquel en que incide sin culpa alguna por su parte ¹⁸⁸¹. De otra parte, y en relación con el plazo, se ha dicho que es de cuatro años, por remisión del artículo 997 CC ¹⁸⁸². No obstante, debe descartarse que en el caso de aparición de deudas ocultas que venimos tratando, el plazo comience el día en que se produjo la aceptación, tal y como ocurre en el Derecho catalán ¹⁸⁸³, sino que habrá de entenderse que comienza desde el momento en que el heredero conoce la existencia de la deuda (por ejemplo: desde que conoce la sentencia estimatoria de la demanda del perjudicado) ¹⁸⁸⁴.

¹⁸⁷⁹ DEL POZO CARRASCOSA, VAQUER ALOY y BOSCH CAPDEVILA (2009), p. 455, afirman que «el error podrá referirse a muy variadas circunstancias, entre ellas a las cargas impuestas al heredero o a la composición de la herencia, en tanto que pueden ser determinantes para la aceptación; ahora bien, el requisito de la excusabilidad del error restringirá su posibilidad de alegación», y a la disposición sucesoria posterior la consideran solo un ejemplo de error determinante y excusable. Sin embargo, continúan: «más dudoso sería el caso en que, con posterioridad a la aceptación, apareciesen deudas desconocidas. La mayoría de la doctrina excluye en este caso la anulación de la aceptación por error, en tanto que el interesado dispone de la aceptación a beneficio de inventario para cubrirse contra tal riesgo; en nuestra opinión tal posibilidad no debe excluir la posibilidad de impugnación si el error reúne los requisitos del artículo 461-10.1, es decir, que sea determinante y excusable».

¹⁸⁸⁰ MANRESA NAVARRO (1943), p. 385; GITRAMA GONZÁLEZ (1989), pp. 175-176.

¹⁸⁸¹ MANRESA NAVARRO (1943), p. 385. Tal vez es precisamente esta carga de la prueba lo que llevó a GITRAMA GONZÁLEZ (1989), pp. 175-176, a afirmar «¡Con lo fácil que le hubiera sido aceptar a beneficio de inventario respondiendo así solamente de aquellas obligaciones y con aquellos bienes que hubieran sido oportuna y previamente inventariados! Ello aparte de que, como ha afirmado el Tribunal Supremo el reconocimiento del error sustancia con eficacia anulatoria del negocio jurídico tiene un sentido excepcional muy acusado».

¹⁸⁸² GETE-ALONSO CALERA (2011), p. 1498.

¹⁸⁸³ En este sentido, CASANOVAS MUSSONS (2009), p. 1489, considera discutible que el día inicial del error se deba situar en la realización del acto y no en el conocimiento del error; opinión con la que concordamos plenamente.

¹⁸⁸⁴ DE ÁNGEL YAGÜEZ (2001), pp. 38-39. Este es el criterio también que sigue el legislador francés, pues el artículo 777 *Code Civil* establece, en relación a la aceptación y repudiación, que «*L'erreur, le dol ou la violence est une cause de nullité de l'option exercée par l'héritier. L'action en nullité se prescrit par cinq ans à compter du jour où l'erreur ou le dol a été découvert ou du jour où la violence a cessé*». En

En cuanto a las consecuencias de su admisibilidad, dos cuestiones conviene decir. La primera es que el ejercicio efectivo de esta acción podría dar lugar a dos situaciones posibles: en primer lugar, considerar que el que impugna válidamente la aceptación ha repudiado; en segundo lugar, entender que el impugnante vuelve a la situación previa, pudiendo aceptar de nuevo o repudiar. Nosotros creemos, con la doctrina nacional¹⁸⁸⁵ y comparada¹⁸⁸⁶, que la solución adecuada es la segunda, es decir, que la efectiva impugnación de la aceptación la anula y retrotrae la situación al momento anterior al acto de declaración.

La segunda cuestión que nos gustaría resaltar es que, tal y como cierta doctrina ha puesto de manifiesto, la admisibilidad del error de la aceptación plantea menos problemas que la impugnación de la repudiación en la que hay una posterior aceptación, pues en la hipótesis de que se perjudicase a otro por la impugnación, es más justo no admitirla cuando con una diligencia normal y adecuada, sobre todo, a las circunstancias del caso, se hubieran evitado las causas que la fundamentan. Si una persona acepta una sucesión a la que ha sido llamada para la hipótesis de que otra renuncie, no hay duda de que se le irrogan perjuicios si tal renuncia se impugna por error cuando la primera ha contraído deudas, por ejemplo, por el incremento de su solvencia, o realizado gastos, etc.¹⁸⁸⁷.

Desde una perspectiva más práctica y menos teórica, cabe resaltar que en la jurisprudencia menor sí se han dado casos, aunque pocos, en los que se ha pretendido la impugnación de una aceptación o repudiación de herencia por error¹⁸⁸⁸, y que son de resultado negativo y afirmativo. Así, en el 2006, la AP de Valencia¹⁸⁸⁹ desestimó la solicitud de impugnación de la aceptación porque «se alega por los demandantes apelantes que la sentencia se basa en meras suposiciones; sin embargo olvidan los recurrentes que invocado por ellos el error en el consentimiento, nada se ha probado por la actora, a quien le incumbe por alegarlo y esa falta de prueba a ella le perjudica conforme a lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (...). En definitiva, no

contra, GETE-ALONSO CALERA (2011), p. 1498, entiende que el plazo de caducidad se computará desde la emisión de la declaración en los casos de dolo o error.

¹⁸⁸⁵ ALBALADEJO GARCÍA (1997), p. 92, afirma que «cuando los negocios de aceptación o repudiación sean impugnados, una vez anulados, se restablece la situación anterior, de forma que de nuevo el interesado puede aceptar o repudiar la herencia». En igual sentido, DE ÁNGEL YAGÜEZ (2001), p. 36; GETE-ALONSO CALERA (2011), p. 1498.

¹⁸⁸⁶ Véase en Francia, BOUREL (1961), pp. 255-256; en Alemania, ROCA SASTRE (notas a KIPP, 1976), p. 64.

¹⁸⁸⁷ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (2017), p. 234.

¹⁸⁸⁸ Sí existe jurisprudencia del Alto Tribunal sobre dolo: la Sentencia de 14 de marzo de 1957 (RJ 1957, 1162).

¹⁸⁸⁹ JUR 2007, 128601.

siendo este error invalidante del consentimiento al no ser inexcusable único supuesto en el que el artículo 997 del Código Civil admite, se ha de concluir con la desestimación del recurso».

En sentido afirmativo, se puede citar la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Jaén, núm. 179/2013, de 4 de julio¹⁸⁹⁰. En este caso, la madre de la causante había aceptado pura y simplemente la herencia de su hija, fallecida en circunstancias trágicas. Al parecer, la heredera había aceptado «de forma apresurada para evitar ser sancionada por la Agencia Tributaria, en un momento en el que se hallaba gravemente afectada desde el punto de vista psicológico ante el fallecimiento de su hija en trágicas circunstancias, encontrándose incluso en tratamiento antidepresivo, contando con 73 años de edad y afectada por una grave afección de hipoacusia que le impedía oír con normalidad, otorgando el referido acto sin entender lo que significaba la aceptación de la herencia de forma pura y simple, y sin conocer de la posible existencia de otros bienes o deudas de su hija fallecida». El JPI, después de citar el artículo 1265 CC, y recordar los tres requisitos para que el error sea invalidante, a saber, que recaiga sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialmente; que no sea imputable a quién lo padece; y, en último lugar, que sea excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular y las exigencias de la buena fe; consideró que la cuestión estribaba en «determinar si la actora conocía el verdadero alcance de sus actos». De la sentencia se infiere la relevancia de que la codemandada admitiese que no informó a la heredera de la «posibilidad de aceptar la herencia a beneficio de inventario porque no lo consideró según sus palabras necesario, ausencia de información que atendiendo a la labor de asesoramiento del notario, recogida en los preceptos antes indicados, no debió omitir, sino asimismo que las graves consecuencias de la aceptación pura y simple no consta ni siquiera en la escritura que se le hicieran saber a la demandante»¹⁸⁹¹. Por lo tanto, teniendo en cuenta el estado personal de la heredera (su edad, su afección psicológica y su estado de analfabetismo), así como la falta de información de la posibilidad de aceptar la herencia a beneficio de inventario, el JPI estima la demanda y termina declarando nula la escritura pública de aceptación.

¹⁸⁹⁰ JUR 2013, 262937.

¹⁸⁹¹ Esta afirmación hace que nos preguntemos si acaso existe un deber del notario de informar a los herederos de la posibilidad de aceptar a beneficio de inventario; cuestión a la que se podría contestar afirmativamente tras la nueva redacción del artículo 1005 CC, a la hora de regular la *interrogatio in iure*.

Por nuestra parte, creemos que sí será posible impugnar una aceptación pura y simple de herencia en la que, a pesar de haber hecho todas las averiguaciones posibles de acuerdo con la diligencia media, no se pudo conocer a tiempo la existencia de ciertas deudas¹⁸⁹². Pero, si el heredero decidiese hacer uso de esta opción, deberá conseguir probar que el error fue esencial, por tratar del contenido mismo del negocio de aceptación –la importancia del caudal hereditario–, y que es excusable, esto es, que no pudo ser evitado, lo que significa que no conocía ni hubiera podido conocer actuando con la diligencia debida la existencia de la deuda en cuestión. Habría que añadir un tercer requisito: que se trate de una aceptación expresa, pues se ha dicho que en materia de impugnación de la aceptación por vicio de nulidad es necesario que la misma haya sido expresa, esto es, realizada mediante negocio jurídico (lo que siempre ocurre en tema de repudiación, en que no cabe la forma tácita); por el contrario, cuando la aceptación es tácita no siempre se aplica los principios generales, pues a la ley le importa más la intención de realizar el acto y su realización que la validez del acto mismo; piénsese *ad exemplum* en el ámbito del artículo 1000 CC¹⁸⁹³, si la venta o la renuncia resultan ser anulables¹⁸⁹⁴.

7.2 *De lege ferenda* (I): la flexibilización del beneficio de inventario

Entrando ya a considerar las posibles modificaciones legislativas que pudieran servir para dar respuesta sensata al tema de las deudas desconocidas o sobrevenidas, la primera, y probablemente menos traumática solución vendría dada por la flexibilización y agilización del beneficio de inventario¹⁸⁹⁵. Gitrama¹⁸⁹⁶ ya consideraba «angustiosos» los plazos de la regulación del beneficio

¹⁸⁹² Pues como ha dicho la doctrina francesa, BAILLON-WIRTZ (2006), p. 406, es necesario que la decisión que tome el heredero la tome con pleno conocimiento de causa.

¹⁸⁹³ Este artículo establece que se entiende aceptada la herencia: 1. Cuando el heredero vende, dona o cede su derecho a un extraño, a todos sus coherederos o a alguno de ellos. 2. Cuando el heredero la renuncia, aunque sea gratuitamente, a beneficio de uno o más de sus coherederos. 3. Cuando la renuncia por precio a favor de todos sus coherederos indistintamente; pero, si esta renuncia fuere gratuita y los coherederos a cuyo favor se haga son aquellos a quienes debe acrecer la porción renunciada, no se entenderá aceptada la herencia.

¹⁸⁹⁴ GITRAMA GONZÁLEZ (1989), p. 172. En la doctrina italiana, FERRI (1980), pp. 294 y ss., también considera que no se puede concebir una impugnación de la aceptación tácita: el vicio o elimina el acto que ha supuesto aceptación tácita o no tiene relevancia alguna.

¹⁸⁹⁵ PARAMIO JUNQUERA (2013), pp. 292-293, afirma que el alivio del beneficio de inventario «dura bien poco en cuanto se entra a estudiar los requisitos para acogerte al mismo. Estos son muy exigentes y parecen partir de una desconfianza total hacia el heredero». FEÁS COSTILLA (2014), p. 183, considera que el caso de la herencia tóxica se resolvería más satisfactoriamente, casi siempre sin necesidad de renuncia, con una correcta regulación del beneficio de inventario.

¹⁸⁹⁶ GITRAMA GONZÁLEZ (1989), p. 262.

inventario, diciendo además que el llamado a la herencia se ve obligado a «recorrer un sendero sembrado de trampas que, al primer traspiés, le convierten en aceptante puro y simple. Ciertamente el tránsito fácil y fluido que permite la responsabilidad *ultra vires* se ve entorpecido por las exigencias de la reglamentación limitativa de la responsabilidad; pero la solución está en purificar y agilizar el sistema».

Al respecto, cabe decir que si la finalidad del beneficio de inventario es –o debiera ser¹⁸⁹⁷– ofrecer garantía acerca del contenido real de la herencia, no empece que dicha finalidad se cumpla el que los plazos sean más amplios, o las formalidades menos estrictas; para muestra, la referida regulación del beneficio de inventario catalán.

Además, la cuestión podría simplificarse si se tiene en cuenta que en caso de que existan varios herederos, habrá que hacer partición, y que para hacer partición, se requiere la formación de un inventario de los bienes¹⁸⁹⁸. En nuestra opinión, este inventario de la comunidad de bienes debería ser suficiente para que proceda la limitación legal de la responsabilidad de todos los coherederos¹⁸⁹⁹. Sobre esta cuestión, ya Peña¹⁹⁰⁰ se planteó si el inventario del beneficio podría ser suplido por otro que acredite la composición del caudal relicto; en su opinión, entiende que la respuesta positiva sería razonable, siempre que se haga con las garantías formales prescritas, incluyendo pues la citación de acreedores y legatarios.

En realidad, la flexibilización del beneficio de inventario es algo harto requerido por el sector notarial. Así, Botía Valverde¹⁹⁰¹ considera «pobre» la reforma de la LJV, por haber perdido el legislador español una oportunidad para regular más acertadamente el beneficio de inventario, que en su opinión debería ser de uso generalizado como protección ante deudas o responsabili-

¹⁸⁹⁷ BIONDI (1954), p. 351, afirma que «*la funzione della compilazione dell'inventario è quella di accertare la consistenza del patrimonio ereditario*»; VOCI (1967), p. 685, afirma que entre inventario y responsabilidad *intra vires* existe una natural y lógica correspondencia: se satisfacen los acreedores con el patrimonio sucesorio a la vez que se les asegura cuál es la *consistenza dell'eredità*.

¹⁸⁹⁸ SAN SEGUNDO MANUEL (2009), p. 2193.

¹⁸⁹⁹ Según VALLET DE GOYTISOLO (1989), p. 72, la partición de la herencia comprende, normalmente, su liquidación y posterior división y adjudicación, aunque admite que cabe partición sin previa liquidación de las deudas.

¹⁹⁰⁰ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (2009), pp. 236 y ss., afirma que «no parece que el Código siga un criterio cerrado. La flexibilidad de criterio se manifiesta en que, a efectos de conservar el beneficio, baste el inventario que se haga con las solemnidades y citaciones exigidas»; por ello, considera suficientes diversos tipos de inventarios, como el que se haga en juicio de testamento (hoy división judicial de la herencia), el que hagan los acreedores en virtud del artículo 1001 CC, o en procedimiento concursal de herencia, entre otros.

¹⁹⁰¹ BOTÍA VALVERDE, en www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/aceptacion-a-beneficio-de-inventario-y-jurisdicion-voluntaria/ (consultado el 19 de julio de 2018).

dades imprevistas o desconocidas. Dice este autor que es necesaria una reforma que altere el punto de vista que el CC tiene sobre el beneficio de inventario, como instrumento que el legislador del 1889 introdujo a regañadientes, con carácter restrictivo y con un tufo de clara desconfianza hacia el heredero¹⁹⁰². Por ello, propone modificar la regulación del beneficio de inventario en cuatro aspectos: primero, ampliar los plazos para su ejercicio a los seis meses, tal y como ya hace el derecho catalán; segundo, suprimir todo tipo de citación a acreedores, conocidos o desconocidos; tercero, permitir al heredero la venta de bienes para pago de deudas, sin perjuicio de su responsabilidad en caso de fraude; y cuarto, establecer claramente que ciertas personas, como los menores de edad, gozan *ex lege* del beneficio de inventario aunque no confeccionen dicho inventario.

De forma muy similar, Marín Calero¹⁹⁰³ también propone flexibilizar el beneficio de inventario de la siguiente forma: se trataría de distinguir dos situaciones posibles, de una parte, la situación ordinaria, en la que el causante no deja deudas o las que deja son perfectamente conocidas y pueden ser asumidas por los herederos con el caudal hereditario; de otra parte, la situación confusa, en la que no hay certeza sobre todas las deudas existentes ni el valor de estas, situación ésta, dice, muy común, pero que al legislador le resulta difícil de imaginar, pues obliga al heredero a decidirse con toda urgencia, castigándole por cualquier error que cometa al respecto. La propuesta se concreta en que «la aceptación de cualquier herencia –en ambos supuestos– se haga a beneficio de inventario, y que así lo incluyamos, por rutina o cláusula generalizada, en los modelos que usamos de todas las escrituras de manifestación o de partición de herencia. Y que, solo en el segundo caso, cuando haya dudas o certezas sobre deudas peligrosas, se active el expediente notarial de jurisdicción voluntaria de aceptación a beneficio de inventario y la formación notarial del mismo; inicia-

¹⁹⁰² En igual sentido, KARRERA EGIALDE (2018), p. 180, señala que la nueva reforma «no llega a articular un sistema coherente y completo que facilite la generalización de su uso como mecanismo protector de los intereses del heredero ante deudas y responsabilidades desconocidas, ni desarticula la afectación de desconfianza hacia el heredero que insufló la codificación al beneficio de inventario».

¹⁹⁰³ MARÍN CALERO (2016), pp. 242 y ss., que entiende que «nadie debería negar –y menos que otro el legislador– que, si el beneficio de inventario es irrenunciable cuando se trata del Estado y de las entidades de interés público, y si es casi obligatorio en el caso de menores y personas con discapacidad (permítaseme evitar, al menos en estas consideraciones sociológicas, el equivocado y arcaico apelativo de ‘capacidad modificada’), lo justo sería facilitarle mucho, a cualquier heredero que lo pida, la posibilidad de acogerse a tal beneficio, sin más condicionantes que los de cumplir unos cuantos requisitos básicos, nada más que los mínimos que la ley considere imprescindibles para evitar un uso abusivo del expediente. Y que se dé preferencia al remedio –mucho más común– de impugnar *a posteriori* los actos fraudulentos del heredero, antes que rodear preventivamente el beneficio de tal número de dificultades que desanimen a cualquiera de pedirlo».

do de manera rutinaria y por aconsejable precaución, por la reserva del derecho a deliberar; precisamente porque el supuesto se basa en la incertidumbre».

Como hemos tenido ocasión de señalar, la flexibilización del beneficio de inventario o su uso generalizado por precaución, tal y como se ha propuesto, daría la cobertura legal que se necesita para esta laguna de las deudas ocultas. Aunque probablemente esta no sea la solución preferible, como sí lo sería la limitación de la responsabilidad *ex lege*. Pasamos a analizar pues esta segunda propuesta *de lege ferenda*.

7.3 *De lege ferenda* (II): la limitación de la responsabilidad *ex lege*

El establecimiento de la regla de la limitación de la responsabilidad de los herederos, además de solucionar los problemas o injusticias que puedan derivarse de las deudas ocultas¹⁹⁰⁴, también equipararía el estatuto del heredero de derecho estatal con el heredero de ciertas Comunidades Autónomas donde ya se limita por ley su responsabilidad por deudas hereditarias. Estas Comunidades Autónomas son Navarra, Aragón y País Vasco, cuyo régimen pasamos a exponer sumariamente, antes de valorar su conveniencia para el caso de una eventual modificación del Código español.

El derecho sucesorio navarro es ciertamente peculiar pues recoge un sistema de adquisición hereditario automático «desde el fallecimiento del causante», aunque con posibilidad de renunciar a la herencia (ley 315). En cuanto a la responsabilidad por deudas, la ley 318 establece que «el heredero responderá frente a los acreedores hereditarios y legatarios con el valor de los bienes de la herencia exclusivamente; pero si se excediere en el pago a los acreedores, éstos no estarán obligados a restituir. Se considerarán también acreedores de la herencia los que lo sean por gastos de última enfermedad y sepelio»¹⁹⁰⁵.

¹⁹⁰⁴ DE ÁNGEL YAGÜEZ (2001), pp. 19 y ss., ya afirmaba que evidentemente, el problema que planteaba de deudas sobrevenidas por responsabilidad civil del difunto que se reclaman tras su muerte no tendría repercusión en ordenamientos en que la aceptación de la herencia es siempre o se presume hecha a beneficio de inventario; *ergo*, esta cuestión no presentaría problemas si por ejemplo, «se acogiese la brillante y argumentada tesis de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en el sentido de que del fenómeno sucesorio solo se deriva naturalmente la responsabilidad *intra vires*».

¹⁹⁰⁵ Según LÓPEZ JACOISTE (2001), p. 1401, el criterio *ipso iure* limitativo de la responsabilidad del heredero guarda consonancia con la adquisición automática de la herencia: ambos principios se requieren mutuamente, la limitación añade sentido al automatismo y el automatismo no se concibe con riesgos desmedidos para el heredero. EGUSQUIZA BALSAMEDA (2002), p. 994, entiende que la aceptación de la herencia en Navarra no genera una situación semejante a la aceptación con beneficio de inventario, pues transcurrido ese lapso de seis meses, se produce la irremisible confusión de patrimonios.

La doctrina ha dicho acerca de esta responsabilidad limitada que presenta caracteres propios, a saber: que actúa automáticamente, sin necesidad de que el llamado lleve a cabo ningún acto expreso de voluntad en dicho sentido y sin que deba elaborar un inventario para gozar de la limitación de responsabilidad¹⁹⁰⁶. También se ha hecho notar que estas disposiciones son de *ius cogens*, por lo que el causante no puede sustraerse a ellas: toda disposición testamentaria que directa o indirectamente se dirija a burlar o impedir que se produzcan los efectos legales se tendrá por no puesta¹⁹⁰⁷.

Del tenor literal del precepto, y también de la interpretación que del mismo ha hecho la doctrina, puede concluirse que la responsabilidad *intra vires*, es, además, *pro viribus*; es decir, que la responsabilidad del heredero por deudas se limita al valor de los bienes de la herencia, razón por la que el heredero podrá pagar dichas deudas con el patrimonio hereditario, pero también con su patrimonio personal, si le conviene o interesa. No obstante, cuando se trate del cumplimiento de obligaciones que recaigan sobre objetos concretos y determinados que pertenezcan al caudal relicto, deberá pagar con ellos; en este caso, como se sabe, entra en juego el principio de identidad del pago en el cumplimiento de las obligaciones¹⁹⁰⁸.

La legislación navarra no ha fijado, sin embargo, el momento que ha de tomarse en consideración para determinar el valor de los bienes hereditarios; por ello, cierto sector doctrinal ha propuesto colmar esta laguna con la aplicación por extensión analógica de la ley 335 que fija, como momento para la valoración de los bienes, el del momento de la muerte del causante¹⁹⁰⁹.

Por su parte, en Aragón, el artículo 355 CFDA establece que «1. El heredero, incluido el troncal, responde de las obligaciones del causante y de los legados y demás cargas hereditarias exclusivamente con los bienes que reciba del caudal relicto, aunque no se haga inventario. 2. Sin embargo, cuando los bienes heredados existentes no sean suficientes, el heredero responderá con su propio patrimonio del valor de lo heredado que enajene, consuma o emplee en el pago de créditos hereditarios no vencidos; así como del valor de la pérdida o deterioro que, por su culpa o negligencia, se produzca en los bienes heredados».

¹⁹⁰⁶ LÓPEZ JACOISTE (2001), p. 1400; GETE-ALONSO CALERA (2016), p. 350; GRAMUNT FOMBUENA y RUBIO GIMENO (2016), p. 1003; GARCÍA GOLDAR (2017), p. 103.

¹⁹⁰⁷ EGUSQUIZA BALSAMEDA (2002), p. 994; GETE-ALONSO CALERA (2016), p. 350.

¹⁹⁰⁸ LÓPEZ JACOISTE (2001), pp. 1404-1405; GETE-ALONSO CALERA (2016), p. 351.

¹⁹⁰⁹ GALICIA AIZPURÚA (2018), p. 55. La ley 335 establece literalmente que «la colación se realizará, a elección del obligado, bien mediante aportación efectiva de los bienes objeto de la liberalidad, bien computando el valor que en el momento de la muerte del causante tengan aquellos bienes o hubieran tenido los anteriormente enajenados».

El ordenamiento aragonés establece así una responsabilidad limitada que es, en principio, *cum viribus*¹⁹¹⁰, aunque puede pasar a ser *pro viribus*¹⁹¹¹. No en vano, el propio artículo 361.1 CFDA dispone que «el heredero puede pagar las deudas y cargas de la herencia con los bienes recibidos del caudal relicto o con su propio patrimonio»¹⁹¹² pero que, sin embargo, «si el heredero se excediere del valor de lo heredado en el pago a los acreedores, éstos no estarán obligados a restituir».

No obstante, la doctrina ha matizado que el heredero solo deberá responder cuando pague anticipadamente, pues si espera al momento en que corresponda el cumplimiento parece que podrá imponer a los acreedores el pago en bienes de la herencia, a menos que quiera pagar con su patrimonio; también que, aunque el segundo apartado del artículo 355 pueda parecer una excepción al principio de limitación de responsabilidad, no lo es tal, sino que es consecuencia de la separación y autonomía de los patrimonios¹⁹¹³.

Asimismo, la legislación aragonesa establece el orden de pagos que deberá aplicarse en los artículos 359 y 360 CDFA. El artículo 359 CDFA determina que «1. Con relación a los bienes del caudal relicto, los acreedores de la herencia gozan de preferencia sobre los legatarios y ambos sobre los acreedores personales del heredero. 2. Cuando el heredero deba responder con su patrimonio personal del valor de lo heredado, los acreedores hereditarios y legatarios concurrirán sin preferencia con los acreedores particulares del heredero». Y el artículo 360 CDFA ordena que «1. El heredero pagará a los acreedores del causante a medida que se presenten, cobrará sus créditos y, finalmente, cumplirá los legados. 2. No obstante, si consta que alguno de los créditos conocidos es preferente, no se hará el pago sin previa caución a favor del acreedor de mejor derecho».

¹⁹¹⁰ RAMS ALBESA (2009), pp. 51 y ss., dice que esta limitación de responsabilidad *intra vires* y *cum viribus* tiene raigambre antigua, según se desprende de la letra de la «Observancia 2.^a *Quando pater pro filio teneatur* (Tít. II del Lib. II de las Observancias de Jimeno Pérez de Salanova) que reza: “Según fuero y observancia consolidada del reino el inventario no tiene ningún efecto, es más, el hijo puede, antes del embargo a él hecho, enajenar los bienes del padre que hubieran pasado a él. Y con su precio comprar otras heredades. Y en este caso no le obligan las deudas del padre”».

¹⁹¹¹ Misma posibilidad que ya existía en la extinta Ley de Sucesiones aragonesa, como pone de manifiesto MERINO HERNÁNDEZ (2006), pp. 122-123.

¹⁹¹² GINOT LLOBATERAS (1950), p. 1079, se preguntaba si sería admisible en el Derecho moderno la consagración de un sistema de responsabilidad limitada sin garantía alguna para los acreedores y legatarios, pues en una sociedad absolutamente agrícola en la que la fuente principal de riqueza estaba constituida por inmuebles, sin que los muebles alcanzasen un valor económico importante, cual era la sociedad de la época de las Sufrancias aragonesas, el establecimiento de garantías no era esencial; sin embargo, la transformación sufrida desde aquella época a la actual hace absolutamente indispensable la existencia de tales garantías.

¹⁹¹³ GETE-ALONSO CALERA (2016), pp. 355 y ss.

En lo que respecta al ordenamiento vasco, se ha hecho notar que hasta la nueva LDCV de 2015 no existía ninguna regulación específica sobre responsabilidad por deudas y cargas hereditarias, por lo que resultaba de aplicación el Código Civil ¹⁹¹⁴. Sin embargo, y con motivo de la nueva ley, se ha regulado de manera expresa esta cuestión en el artículo 21.2 ¹⁹¹⁵, cuando establece que «el heredero responde de las obligaciones del causante, de los legados y de las cargas hereditarias hasta el valor de los bienes heredados en el momento de la delación». Se trata pues de una responsabilidad limitada *ex lege y pro viribus* ¹⁹¹⁶ en la que no se especifica cuál es el momento en el que habrían de valorarse los bienes hereditarios; esta laguna, se ha dicho, comporta «una elevada dosis de inseguridad jurídica» ¹⁹¹⁷.

Se considera además que la nota típica de este sistema es que la limitación de responsabilidad y la separación de patrimonios no se dan siempre en el mismo momento, sino que pueden coincidir o no, y que el orden de pagos es claro: primero se pagan las deudas y las cargas hereditarias, después los legados y en último lugar, se paga a los acreedores y legatarios no separacionistas ¹⁹¹⁸.

Esta tendencia legislativa hacia la patrimonialización de la sucesión *mortis causa* y la limitación *ex lege* de la responsabilidad por deudas hereditarias es algo que no solo se observa dentro de nuestras fronteras, sino que se trata de un fenómeno en auge. En efecto, parece que este abandono del principio de responsabilidad *ultra vires* se está consolidando como preferencia legislativa en los últimos años ¹⁹¹⁹. No en vano, en Francia, por ejemplo, se cree que las últimas reformas legislativas en materia sucesoria han roto de alguna manera con las concepciones originarias del 1804 y que la *succession aux biens* del modelo anglosajón es el porvenir más probable de cara al futuro ¹⁹²⁰.

¹⁹¹⁴ GRAMUNT FOMBUENA y RUBIO GIMENO (2016), p. 1004.

¹⁹¹⁵ IRIARTE ÁNGEL (2016), p. 49.

¹⁹¹⁶ LLEDÓ YAGÜE (2016), p. 244; GALICIA AIZPURÚA (2018), p. 56

¹⁹¹⁷ GALICIA AIZPURÚA (2018), p. 56, que añade que la laguna deja dos opciones: atender al valor que tengan los bienes al momento de la apertura de la sucesión, o a los seis meses de producirse el óbito.

¹⁹¹⁸ GETE-ALONSO CALERA (2016), pp. 360-361.

¹⁹¹⁹ MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES (1998), p. 88, apunta a la progresiva preponderancia a la patrimonialización como fruto de una evolución común.

¹⁹²⁰ LIBCHABER (2016), pp. 729-750, afirma que el modelo francés se basaba en un intenso *subjectivismo*, ya que las deudas eran pagadas por los herederos para lavar el nombre del difunto, y para evitar la *damnatio memoriae* proveniente de unos acreedores insatisfechos; razón por la que considera que en 1804 estaban lejos de una transferencia económicamente eficaz, sino que se trataba de un paso de testigo donde la presencia del difunto era todavía perceptible. La autora considera que *le passage entre morts et vivants se révèle impératif*, y que, al contrario que en derecho anglosajón, en derecho francés se escogió la sucesión en los bienes solo para los legatarios, mientras que la herencia se constituyó como un asunto de familia. No obstante, tras la reforma de 2006 se puede observar la influencia de las normas de derecho anglosajón, a excepción de la liquidación, y por eso la autora afirma: «*il est un per-*

Asimismo, en los países iberoamericanos, también se puede constatar que existe una tendencia clara a limitar la responsabilidad de los herederos¹⁹²¹, pues cada día son más los ordenamientos jurídicos que establecen una responsabilidad *intra vires* genérica. Así, se ha limitado la responsabilidad del heredero en Nicaragua, Perú, México, Guatemala, Cuba, Honduras, Costa Rica, Panamá, Argentina y Brasil.

Dentro del ámbito europeo, no solo Portugal ha limitado su responsabilidad¹⁹²²; existen varios países en los que también se limita la responsabilidad del heredero al patrimonio sucesorio, como Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Hungría o Rumanía¹⁹²³, país este último en el que anteriormente se establecía una responsabilidad *ultra vires* al igual que en el Code Civil francés, pero que ha cambiado el régimen tras la aprobación del nuevo Código Civil en 2009¹⁹²⁴.

sistant mystère: pourquoi le Code a-t-il laissé l'administration des successions dans un état évident d'inorganisations? (...) La saisine est alors apparue comme une technique de gestion successorale particulièrement inefficace, demeurant à la façon d'un inutile témoignage historique. Comment faire évoluer le système? La faire disparaître (...). Il est certain que l'on est aujourd'hui confronté à une procédure désacralisée, qui s'apparente davantage à la liquidation d'un patrimoine qu'à un rituel destiné à surmonter l'émotion d'un décès. (...) La personne du de cujus n'est plus au coeur du processus: il n'est plus question que de liquidation du passif et de transmission de l'actif, ce qui incarne un tout autre modèle».

¹⁹²¹ CASTÁN TOBEÑAS (1960-A), pp. 160 y ss., ya puso de manifiesto que, en Argentina, el primer y segundo congresos de Derecho Civil celebrados en Córdoba, en los años 1927 y 1937 se abogó de manera clara por la responsabilidad *intra vires*. Cita además a tres autores argentinos que vamos a reproducir por considerar argumentos que entran de lleno en nuestro tema de estudio. Estos autores citados son RÉBORA, quien dijo que la época era «poco propicia a que los hombres cuya personalidad debe realizarse sin trabas sean agobiados por las deudas de otro»; a FORNIELLES, para quien «la buena lógica quiere que, fallecida una persona, no se produzca cambio alguno en las relaciones jurídicas existentes entre ella y sus acreedores, que las cosas pasen, en lo posible y dentro de la esfera patrimonial, como si la muerte no se hubiera producido»; y a MARTÍNEZ PAZ, quien considera que «hoy es muy difícil explicar satisfactoriamente el carácter asignado al heredero. Que la aceptación de una herencia, después de haber tomado todas las precauciones posibles para evitarlo, pueda convertirse en un negocio ruinoso para el heredero; que la aceptación tácita o expresa convierta a los acreedores del difunto en acreedores personales del heredero, de una calidad superior a la de los acreedores mismos, son conclusiones que no pueden justificarse ni ante la lógica ni frente al interés social».

¹⁹²² Véase el artículo 2068 CC portugués, que establece «*a herança responde pelas despesas com o funeral e sufrágio do seu autor; pelos encargos com a testamentaria, administração e liquidação do património hereditário, pelo pagamento das dívidas do falecido, e pelo cumprimento dos legados*». Según DE OLIVEIRA ASCENSÃO (2000), pp. 515 y ss., la responsabilidad del heredero está siempre limitada al valor de la herencia; sin embargo, se conserva la aceptación pura o con beneficio de inventario, que interesa a efectos de prueba, pues si la aceptación es beneficiaria, corresponderá a los acreedores probar que existen otros bienes; por el contrario, si la aceptación es pura y simple, corresponderá al heredero la prueba de que no existen en la herencia valores suficientes para el pago de todas las deudas.

¹⁹²³ Datos obtenidos de la página: www.successions-europe.eu/ (consultado el 30 de marzo de 2015).

¹⁹²⁴ En el antiguo Código Civil se establecía en el artículo 723 que: «*universal successors and successors by universal title are liable for an indefinite obligation to the debts of a succession*». Sin embargo, el nuevo artículo 1114.2.º establece que «*legal heirs and universal legatees or legatees with universal title are liable for the debts and burdens of the heritage only to the limit of the heritage estate, each heir only in proportion to their respective heritage share*» (el texto original lee así: *Moštenitorii legali și legatarii*

Otro ordenamiento, esta vez más lejano, que cabe mencionar es el filipino, en el que estuvo vigente nuestro Código Civil español hasta 1949. En ese año se aprobó un Código nuevo, en el que algunas reglas se conservaron, pero otras se modificaron o suprimieron. Así, uno de los principios sucesorios que se ha suprimido es el de la responsabilidad *ultra vires*, pues el artículo 774 estipula que la sucesión es un modo de adquisición en el cual la propiedad, derechos y obligaciones hasta el límite del valor de la herencia se transmiten tras la muerte de su titular a otra persona en virtud de testamento o disposición legal¹⁹²⁵.

Más recientemente, el Código Civil de Quebec, promulgado en 1991 y en vigor desde el 1 de enero de 1994, vino a reemplazar el antiguo Código Civil del Bajo Canadá de 1865¹⁹²⁶. Según el antiguo texto, el heredero era responsable *ultra vires* por las deudas de la sucesión con la posibilidad de hacer uso del beneficio de inventario; por el contrario, en el nuevo texto se introduce una importante novedad: la existencia de un liquidador que deberá formar inventario, tanto si la sucesión es testada como intestada. Se suprime así la aceptación bajo beneficio de inventario, pues el principio general pasa a ser que los herederos no son responsables de las deudas del causante más allá del valor de la propiedad heredada (artículo 625.2)¹⁹²⁷. Como se puede ver, la tendencia a la patrimonialización del fenómeno sucesorio es imparable.

8. AL HILO DEL DEBATE: CUESTIONAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD *ULTRA VIRES*

Conviene detenerse ahora a analizar si este principio de la responsabilidad *ultra vires*, que ha pervivido en nuestra tradición jurídica hasta la actualidad y se conserva, como se ha visto, en muchas legislaciones vecinas, además de en nuestro Código Civil, tiene una fundamentación que lo hace necesario en

universali sau cu titlu universal răspund pentru datoriile și sarcinile moștenirii numai cu bunurile din patrimoniul succesoral, proporțional cu cota fiecăruia).

¹⁹²⁵ El texto original establece que «*Succession is a mode of acquisition by virtue of which the property, rights and obligations to the extent of the value of the inheritance of a person are transmitted through his death to another or others either by his will or by operation of law*».

¹⁹²⁶ SMITH (2015), p. 61.

¹⁹²⁷ SMITH (2015), p. 63. El propio artículo establece que ese será el principio general, salvo las excepciones contempladas en el propio Código Civil, como las contempladas en el artículo 779 (los herederos podrán, si la herencia es manifiestamente solvente, liquidarla sin seguir las reglas establecidas, en cuyo caso serán responsables *ultra vires* por deudas de la herencia si esta no fuere suficiente), o el artículo 799 (los herederos podrán excusar al liquidador de hacer inventario, en cuyo caso también serán responsables *ultra vires* por deudas hereditarias), entre otros.

nuestro sistema, o si, por el contrario, es contingente y tal vez, un anacronismo histórico, como algunos autores han dicho.

8.1 La colisión del principio de responsabilidad *ultra vires* con el de intransmisibilidad *inter vivos* de deudas sin previo consentimiento del acreedor

En efecto, en la actualidad parece que el sistema de la sucesión *mortis causa* y el de la transmisión *ultra vires* de las deudas no personalísimas se da por bueno porque así lo manda la tradición. El artículo 1257 CC se hace eco de las normas sucesorias al ordenar que «los contratos solo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley»¹⁹²⁸. De otra parte, la doctrina ha considerado que este principio sucesorio de la sucesión en las deudas añade tácitamente un elemento nuevo en el artículo 1911 CC, pues es como si dijese: «Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor [o sus herederos] con todos sus bienes, presentes y futuros»¹⁹²⁹.

Sin embargo, parece que este principio general del Derecho sucesorio —el de la sucesión *ultra vires* de las deudas—, entra en colisión con otros dogmas del Derecho de obligaciones. En efecto, algunos autores han hecho notar que la sucesión *mortis causa* produce la transmisión de las deudas sin el consentimiento del acreedor¹⁹³⁰. García Valdecasas¹⁹³¹ es uno de los autores que pone de manifiesto esta realidad, pues entiende que la persona del deudor no es indiferente para el acreedor y no sería justo que por el solo acuerdo entre el deudor y un tercero, quizás insolvente, se transmitiese a éste la deuda, disminuyendo, o tal vez anulando, las probabilidades del acreedor de satisfacer su

¹⁹²⁸ Para GITRAMA GONZÁLEZ (1989), p. 263, este artículo constriñe a los herederos como si ellos mismos hubiesen sido parte contratante y contra cuyos actos no pueden ir; han de estar a lo pactado: *pacta sunt servanda*, a no ser que se trate de una obligación personalísima. Según RODRÍGUEZ ROSADO (2017), pp. 40-41, este precepto es probablemente el que mejor manifiesta la continuidad personal del heredero, pues el heredero no es a ningún efecto tercero respecto al vínculo contractual hecho surgir por su causante.

¹⁹²⁹ PUIG BRUTAU (1961), pp. 266 y ss.; ALBALADEJO GARCÍA (1967), p. 481. Sin embargo, para RODRÍGUEZ ROSADO (2017), pp. 67 y ss., esto no es así, pues el hecho fortuito del fallecimiento del deudor no debe alterar la responsabilidad patrimonial del artículo 1911 CC: «los bienes mantienen la posición de garantía frente a los acreedores». Es decir, únicamente después de que el patrimonio del causante quede liberado de todas las cargas pasa a fusionarse con el patrimonio de su nuevo titular.

¹⁹³⁰ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO (1991), p. 22.

¹⁹³¹ GARCÍA VALDECASAS (1969), pp. 217-218.

crédito. De ahí que, a diferencia del crédito, que puede ser cedido por el acreedor sin el consentimiento del deudor, la deuda no pueda ser traspasada por el deudor sin contar con la aprobación del acreedor. Sin embargo, cuando la sucesión en la deuda se produce no por la voluntad de las partes, sino por determinación de la ley, no es necesario el concurso de la voluntad del acreedor, como ocurre en la sucesión *mortis causa*.

López Jacoiste¹⁹³² también da buena cuenta de esta aparente (o no tan aparente) contradicción, al señalar que en la transmisión *inter vivos* de una deuda, bien por novación, bien por subrogación de un tercero, se exige el consentimiento del acreedor; circunstancia que tiene toda la razón de ser, ya que no es indiferente para el acreedor las circunstancias personales del nuevo deudor. No obstante, este autor concluye que tal principio, plenamente consolidado en el ámbito de las transmisiones *inter vivos* del crédito, no tiene vigencia en la sucesión *mortis causa*.

Siendo así, cabría preguntarse por qué tal principio se desvanece cuando se trata de una sucesión *mortis causa*, sin cuestionarse si tal disipación tiene sentido o no. Al respecto, Rosales de Salamanca Rodríguez¹⁹³³ afirma que cuando se contraen obligaciones, ningún acreedor tiene en cuenta la solvencia patrimonial de los causantes de sus deudores, ni tampoco la de los causahabientes de dichos deudores; no obstante, el fenómeno sucesorio altera la solvencia patrimonial de una persona, y ello incide claramente en sus acreedores. Por ello cree que la normativa del Código Civil merece «repulsa», y no por no aplicar correctamente los conceptos clásicos del derecho sucesorio, sino por no atender correctamente las necesidades del tráfico económico.

Como hemos dicho a lo largo de este trabajo, la confusión de patrimonios hace muy probable que exista un grupo de acreedores –del causante o del heredero– o de legatarios que se vean perjudicados aunque, en la mayoría de casos, el perjuicio de unos se traducirá en el perjuicio de otros¹⁹³⁴. Pero además, si la herencia es *damnosa*, se estará mejorando, en principio y salvo insolvencia del heredero, la situación de los acreedores, que pasarán a contar no ya solo con el patrimonio que tenía el causante en vida, sino con todos los bienes, presentes y futuros, del heredero¹⁹³⁵. Esta garantía adicional que impli-

¹⁹³² LÓPEZ JACOISTE (1958), pp. 471-473.

¹⁹³³ ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, en www.notariofranciscorosales.com/la-aceptacion-de-la-herencia-a-beneficio-de-inventario/ (consultado el 27 de mayo de 2018).

¹⁹³⁴ VILLO TRAVÉ (2016), pp. 216-217.

¹⁹³⁵ GINOT LLOBATERAS (1950), p. 1062, hablando del derecho germánico afirma que en una primera etapa la responsabilidad era ilimitada pero que no tardó en limitarse al valor de los bienes de la herencia pues se consideró abusivo que el acreedor, por la muerte del deudor, pudiese mejorar su situación en per-

ca la muerte del deudor no tiene lógica alguna pues no vemos razón suficientemente sólida para justificar que la misma lleve aparejada por efecto de la ley la adición de un nuevo patrimonio como masa responsable; como señala la doctrina, no hay por qué favorecer a los acreedores con un plus de solvencia por el hecho de que haya fallecido su deudor¹⁹³⁶.

8.2 La (des)actualizada fundamentación del principio de responsabilidad *ultra vires*

Parece que el debate sobre la conveniencia de la responsabilidad *ultra vires* es un tema en auge, que cada día gana mayor importancia. Ya hace bastante años, la doctrina francesa comenzó a cuestionar la necesidad y conveniencia del principio de responsabilidad *ultra vires*, señalándose a tal efecto que la sucesión en las deudas era un «*régne de l'injustice*»¹⁹³⁷.

En este sentido, De la Grasserie¹⁹³⁸ mostraba su escepticismo acerca de la psicología del fenómeno de la responsabilidad *ultra vires*: «yo no debo –decía el autor– pagar las deudas contraídas por otro más que en cuanto me aproveche; cada uno no responde más que de sí. Mis mismos acreedores sufrirán con esto si proceden contra mis propios bienes en concurrencia con los de la sucesión». En su opinión, los beneficios de inventario y separación de patrimonios presentan mil inconvenientes: «el punto *terminus* es la simple sucesión a los bienes. Pero a este punto no hemos llegado todavía, puesto que se halla colocado en el porvenir (...). Aún sería mejor establecer también que, abriéndose una sucesión, debieran ser convocados todos los acreedores, como

juicio del heredero: esta es la causa por la que este no podía ser responsable más que hasta la concurrencia de los bienes dejados por el difunto; reflexión que cabe hacer en nuestro propio sistema sucesorio.

¹⁹³⁶ LÓPEZ JACOISTE (1993), p. 2388; ESPEJO LERDO DE TEJADA (2010), p. 1104. Otro autor que se manifiesta en términos parecidos es ALBALADEJO GARCÍA (1995), pp. 266-268, que defiende la limitación de la responsabilidad del heredero «puesto que es injusto que por no realizar el heredero aceptación beneficiaria, vean los acreedores del causante (y los legatarios) aumentada con el patrimonio del heredero la masa de bienes con la que resultan garantizados sus derechos». Asimismo, DURÁN RIVACOBIA y GONZÁLEZ GONZÁLEZ (2006), pp. 231 y ss., también hacen notar que se produce una severa paradoja en nuestro sistema sucesorio respecto de los acreedores del difunto: «no es que la muerte del deudor funcione al margen de la mecánica de las obligaciones asumidas (...), muy al contrario les beneficia de manera extraordinaria. La responsabilidad *ultra vires* implica un privilegio sin fundamento material alguno, nacido al amparo de posiciones abstractas y anacrónicas»; en definitiva, la responsabilidad *ultra vires* constituye, dicen, «una suerte de *favor creditoris* excesivo». MARÍN CALERO (2016), p. 240, afirma que el auténtico «beneficio» es el que obtiene por regla general el acreedor, que se ve convertido, por mandato legal, sin mérito alguno de su parte y sin quererlo o provocarlo el causante o el heredero, en una especie de legatario o beneficiario sorpresa de la herencia. Y además en la modalidad que aún debería ser más excepcional de legatario de cosa ajena.

¹⁹³⁷ DURNERIN (1992), p. 247.

¹⁹³⁸ DE LA GRASSERIE (1908), pp. 208-210.

los acreedores de una quiebra, y que después de cierto tiempo de silencio, se supusiera la exclusión de los mismos, los cuales serían pagados de oficio, y solamente el activo se distribuiría entre los herederos. Esta es una idea que parecerá muy atrevida, cuando es simple y práctica y, que, por consiguiente, no será aplicable tan pronto. Sin embargo, ¡qué de ruinas, de fraudes y de procesos no evitaría!»

Para Percerou¹⁹³⁹, el Derecho de sucesión ya no se relaciona, como se relacionaba en Roma, con el dominio de la religión, y por ello, la idea de la continuación por el heredero de la personalidad del difunto no es más que un anacronismo religioso. El vínculo que unía a los miembros de la familia era, en aquel tipo primitivo de sociedad, bastante fuerte; sin embargo, la organización familiar de nuestros días ya reposa sobre una base bien distinta. Se entiende que cada miembro de la familia tiene una personalidad libre e independiente y por ello no debe soportar las consecuencias de los actos realizados por otros miembros del grupo en su esfera de actividad propia. Probablemente exista todavía, dice el autor, una solidaridad fuerte entre ellos, consagrada a través de la costumbre, pero esto solo puede ser considerado como una deuda moral o una deuda de honor, y en ningún caso debería representar una deuda jurídica obligatoria. El respeto por la libertad individual y este axioma de equidad suprema de que nadie debe responder sino por sus propios actos, se oponen a este principio o regla general según el cual el heredero es indefinidamente responsable por el pasivo sucesorio. Es decir, debería ser el solo patrimonio sucesorio el que responda del pasivo. Considera además el autor que la obligación *ultra vires* no es una consecuencia necesaria del derecho de sucesión abintestada, y que, por lo tanto, el sistema de la sucesión en los bienes, con su consecuencia natural de la responsabilidad *intra vires*, es muy superior.

Puede que esta intensa oposición francesa se deba a una cuestión histórica: el *Ancien Droit Coutumier* únicamente obligaba *ultra vires* a los herederos *saisis*¹⁹⁴⁰. En este sentido, se ha dicho que la intención del Derecho romano fue

¹⁹³⁹ PERCEROU (1905), pp. 818-821, está en contra del criterio según el cual, si el padre está obligado a dejar una parte de activo a su hijo, también debe poder imponerle, incluso con su fortuna personal, el pago de una parte de pasivo correspondiente. Según PERCEROU, esto no sería sino otra cosa que la reaparición de la teoría de los herederos necesarios, conclusión que estima totalmente inadmisibles.

¹⁹⁴⁰ GRIMALDI (2001), p. 550, hace notar la existencia de una controversia doctrinal, en relación a la responsabilidad por deudas: quienes defendían, como DEMOLOMBE, la tesis extensiva, según la que la obligación *ultra vires* correspondía a cualquier sucesor de vocación universal; y quienes defendían, como AUBRY y RAU, la tesis restrictiva, según la que únicamente los herederos *saisis* estaban obligados indefinidamente. TERRÉ, LEQUETTE y GAUDAMET (2014), pp. 814-815 también remarcan que si bien el *droit écrit* había conservado el sistema romano, es decir, tanto el heredero testamentario

introducir la ilimitación de la responsabilidad para honrar la memoria de los ancestros, concepción que fue enormemente criticada a principios del siglo XX por tratarse de un sistema que sacrificaba el futuro por el pasado; objeción a la que se respondió que «à la vocation illimitée aux biens correspond la vocation illimitée aux dettes»¹⁹⁴¹.

Tal y como sintetiza Grimaldi¹⁹⁴², los argumentos que la doctrina francesa ofrece para justificar la pervivencia del principio de la responsabilidad *ultra vires* se sostienen sobre tres órdenes diferentes: el familiar, el económico y el jurídico. En cuanto al primero, la doctrina arguye que la solidaridad familiar exige que sus miembros defiendan el honor de la familia; es esta idea de solidaridad familiar la que justifica un enriquecimiento y también un empobrecimiento, dependiendo de si el difunto muere solvente o insolvente. Es decir, la unión de generaciones se cimenta tanto por la ganancia como por la pérdida. En cuanto a la justificación de orden económico, se ha hecho notar que la responsabilidad *ultra vires* es necesaria para la seguridad y buen desarrollo de la sociedad crediticia, toda vez que asegura la *perennidad* del derecho de crédito. Y, por último, en cuanto a la justificación de orden jurídico, se considera que normalmente existe un riesgo considerable de que los sucesores dilapiden el activo, y la obligación *ultra vires* viene a neutralizar ese riesgo: a poderes de disposición ilimitados debe corresponder una responsabilidad ilimitada también.

como el heredero *abintestato* continuaban la persona del difunto; el *droit coutumier*, en su último período, únicamente atribuía a los herederos *abintestato* la cualidad de continuadores de la persona del difunto, y por tanto, únicamente a ellos, parientes de sangre, correspondía la obligación *ultra vires*. Conviene resaltar que una de las sentencias más conocidas en cuanto a responsabilidad por deudas sucesorias es la de *Touissant*, de 13 de agosto de 1851, en el que la *Cour de cassation* consideró que la responsabilidad *ultra vires* afecta a todos los sucesores universales: «Attendu que le droit à une quotité de succession implique l'obligation de supporter une quotité proportionnelle des dettes et charges; que ce droit et cette obligation sont des conséquences corrélatives de tout titre successif universel; qu'il n'y a point à distinguer, sous ce rapport, entre les successeurs à titre universel qui sont institués par la loi et ceux qui sont institués par la volonté de l'homme; qu'il n'y a pas à distinguer davantage soit entre le légataire universel, qui, se trouvant en concours avec un héritier à réserve, est tenu de demander la délivrance, et le légataire universel, qui, ne concourant point avec un héritier légitime, est saisi de plein droit de la succession, soit même entre le légataire universel et le légataire à titre universel; que ces divers légataires sont, comme les héritiers eux-mêmes, de véritables successeurs à titre universel, ayant les mêmes droits, sujets aux mêmes charges». Por lo tanto, y según la jurisprudencia francesa, la responsabilidad *ultra vires* está desvinculada de la *saisine* y compromete a todos los sucesores universales, bien sean herederos, legatarios o sucesores por pacto. Vid. TERRÉ, LEQUETTE y GAUDEMET (2014), pp. 814-815,

¹⁹⁴¹ TERRÉ, LEQUETTE y GAUDEMET (2014), p. 811, citan de una parte la crítica de R. SALEILLES, en su «Lettre adressée au Secrétaire général», *Bull. Soc. Ét. Lég.*, 1911, y de otra parte a la respuesta de B. ANCEL, *note, rev. Crit. DIP* 1978.

¹⁹⁴² GRIMALDI (2001), pp. 548-550.

Estas argumentaciones han sido contestadas por cierto sector doctrinal francés que entiende extraño el establecimiento de dicha responsabilidad *ultra vires* debido a la solidaridad familiar; es decir, puede ser difícil comprender cuál sería el incentivo que podría llevar a una persona a soportar tal sacrificio, si no fuese por la relación de parentesco, razón por la que se debería limitar la imposición de la obligación *ultra vires* a los herederos abintestato, de acuerdo con el antiguo derecho *coutumier*. Además, sorprende, como se ha dicho, que esta solidaridad familiar solo surja al momento de la muerte, pues en caso de insolvencia, los familiares solo están obligados al pago de alimentos, pero no a pagar sus deudas¹⁹⁴³. Por último, también se ha dicho que la regla de la responsabilidad *ultra vires* solo debería ser aceptable si la decisión de pagar más allá de las fuerzas de la sucesión se hace con pleno conocimiento de los hechos; lo que puede no ocurrir pues de una parte, la aceptación que implica responsabilidad *ultra vires* puede ser tácita, y de otra, el heredero puede aceptar pura y simplemente una herencia desconociendo la existencia de un pasivo importante¹⁹⁴⁴. Como se puede observar, la discusión acerca del principio de responsabilidad *ultra vires* ha sido bastante intensa en Francia, donde, como ya hace años puso de manifiesto Castán Tobeñas, ha sido objeto de amplia discusión en tesis doctorales y en la *Société d'Études législatives*¹⁹⁴⁵.

En nuestra literatura jurídica también se ha denunciado la inoportunidad del principio de responsabilidad *ultra vires*, entre los que cabe destacar a Gitrama¹⁹⁴⁶, quien consideró que no responde a las exigencias modernas, pues la posible obligación moral de hijos o próximos parientes, de pagar con cargo a su propio peculio deudas del causante, no debe pasar de eso, de obligación moral sin repercusión jurídica; que, por otra parte, no se daría en parientes lejanos o en extraños instituidos en testamento. Considera el autor que nadie está obligado a pagar las deudas de otro y que los acreedores de la herencia no pueden exigir al heredero nada más que la cuenta exacta de to-

¹⁹⁴³ BAILLON-WIRTZ (2006), p. 401.

¹⁹⁴⁴ TERRÉ, LEQUETTE y GAUDEMET (2014), pp. 811 y ss.

¹⁹⁴⁵ CASTÁN TOBEÑAS (1960-A), p. 158, cita las tesis de JALLU (*Essai critique sur l'idée de la continuation de la personne come principe des transmissions à titre universel*, París, 1902), CAZELLES (*De l'idée de la continuation de la personne*, París, 1905), y ROURE (*De la notion de continuation de la personne et de la transmission à cause de mort*, Montpellier, 1938); así como los trabajos de SALEILLES (*De la responsabilité de l'héritier quant aux dettes de la succession dans l'histoire du Droit français*, en el *Bulletin de la Société d'Études législatives*, años 1910 y 1911), y JOSSEMAND (*Cours de Droit civil positif français*, t. III, París, 1930).

¹⁹⁴⁶ GITRAMA GONZÁLEZ (1989), p. 262.

dos los bienes de la sucesión, puesto que el mismo difunto al que el heredero representa no podría, si viviera, darles más de lo que poseía. La responsabilidad *intra vires* es, pues, un principio fundado sobre la razón y la equidad que supone que el heredero no está naturalmente obligado más allá de las fuerzas de la sucesión.

Para Albaladejo García ¹⁹⁴⁷, el temor de que los bienes hereditarios puedan ser sustraídos u ocultados sin los requisitos de la aceptación beneficiaria tal vez no sea infundado, pero no justifica la exigencia de la aceptación beneficiaria porque incluso con esta no se evita el riesgo. De manera que si estamos, dice él, más o menos en las mismas, más valdría dejar siempre los bienes propios del heredero libres de responsabilidad: en definitiva, el principio de responsabilidad *intra vires* es más justo con el heredero, y también más aconsejable de cara a la existencia de posibles deudas desconocidas para este.

Por último, Rams Albesa ¹⁹⁴⁸ rechaza el principio de la responsabilidad *ultra vires* porque no le encuentra ninguna base racional para nuestro tiempo aunque lo fueran para la sociedad de la Roma republicana que las acuñó. A su modo de ver, la actual configuración de la responsabilidad por las deudas hereditarias no cuenta con más base, por lo que a la fundamentación social se refiere, que una tradición claramente reñida con la presente realidad de la herencia. Una tradición que fomenta una suerte de falso estoicismo basado en lo esencial, en el «qué dirán» si alguien se atreve a hacer otra cosa distinta a la aceptación resignada para con la fatalidad de tener unos ancestros poco previsores, dispendiosos o simplemente carentes de suerte y que conduce a los tales herederos a aparentar ser lo que no son. Dice este autor que el Código Civil regula la transmisión *mortis causa* de las deudas como si de un automatismo se tratase, emanado a partir de la propia naturaleza del fenómeno, *more teológico*; por eso cree que el principio de responsabilidad *ultra vires*, que se acuñó en Roma, ya no es correcto para el mundo actual bajo ningún punto de vista.

Estas argumentaciones no han evitado que cierta doctrina, tanto internacional ¹⁹⁴⁹ como doméstica, haya defendido el principio de responsabilidad *ul-*

¹⁹⁴⁷ ALBALADEJO GARCÍA (1995), pp. 266-268, quien cita entre las posibles deudas desconocidas, el de la responsabilidad civil del difunto o las deudas fiscales.

¹⁹⁴⁸ RAMS ALBESA (2003), pp. 5470 y ss.

¹⁹⁴⁹ Uno de los autores extranjeros que ha hecho notar las inconveniencias de un sistema limitado *ex lege* es BINDER (1953), p. 212, al afirmar que «la administración de la herencia es una institución que puede ser útil en herencias de gran importancia material: para la mayoría de los casos es molesta y costosa».

tra vires por deudas hereditarias. Entre los civilistas españoles, cabe mencionar a Royo Martínez¹⁹⁵⁰, Roca Sastre¹⁹⁵¹ o, más recientemente, Galicia Aizpurúa¹⁹⁵², quienes, a grandes rasgos, defienden la *facilidad* del sistema de responsabilidad *ultra vires* así como la ausencia de riesgos que entrañaría, por ejemplo, una mala gestión de los bienes relictos a la hora de liquidar el patrimonio sucesorio.

¹⁹⁵⁰ ROYO MARTÍNEZ (1951), p. 292, afirma que la ventaja de poner a salvo al heredero de los resultados de una herencia cuyo contenido arroje saldo desfavorable o dudoso hace recomendable el acogimiento a este beneficio siempre que el llamado no tenga referencias completas y dignas de crédito sobre la situación del causante al morir. Pero añade que, aunque esta ventaja compense con creces los inconvenientes, éstos no faltan. Un costoso procedimiento judicial, inconvenientes de carácter tributario, liquidación inmediata de las deudas, aun de las aplazadas, prohibición de disponer, etc., son engorrosos de no pequeña monta anejos al beneficio. Por ello, cuando con gran frecuencia se lee en las obras doctrinales la afirmación incondicionada de que la ley debería no reconocer otra sucesión sino la de beneficio de inventario, o que debería imponer este beneficio en todas las herencias, es prudente distinguir, antes de adherirse a tales proposiciones; el principio de la responsabilidad *ultra vires* puede parecer monstruoso, pero ninguna monstruosidad perdura siglos y siglos si no entraña algo estimable que la neutraliza, y ese principio, si bien puede acarrear dolorosísimas sorpresas a una minoría de imprecavidos, asegura, en cambio, el tránsito fácil, fluido, libre de intromisiones judiciales y particulares en las herencias cuyo contenido no es sospechoso, que son la mayor parte; por ello, considera preferible mantener el sistema actual, y que al beneficio se acojan quienes tengan razones para afrontar sus inconvenientes.

¹⁹⁵¹ ROCA SASTRE (1960), pp. 1168-1169, considera que las proposiciones de quienes defienden que el sistema de responsabilidad sea siempre limitado «responden a un entusiasmo ocasional y poco meditado. La pretendida superioridad de los referidos sistemas de separación automática no es más que un producto de un criterio de rigidez, en contraste, pues, con los sistemas de separación facultativa, que se inspiran en un criterio de flexibilidad, ductilidad y elasticidad que excluye el carácter inexorable de las configuraciones jurídicas simplistas».

¹⁹⁵² GALICIA AIZPURÚA (2018), pp. 49 y ss., afirma que la defensa de un sistema de responsabilidad limitada *ope legis* no puede hacerse en abstracto y sin precisar su carácter, pues en los sistemas de responsabilidad limitada *pro viribus* el argumento esgrimido de que ha de ser el *mismo* patrimonio, esto es, el del originario deudor, el que debe servir de garantía de los créditos hereditarios, pierde gran parte de su vigor. Pero también entiende que si se aboga por un sistema *cum viribus* «termina por someterse a los acreedores hereditarios a un doble riesgo en absoluto desdeñable: el primero consiste en que quien es ahora su deudor carecerá de incentivo alguno en orden a una diligente y provechosa gestión de los bienes relictos, ya que, sea cual sea su forma de conducirse con ellos, tendrá la tranquilidad de saber que su patrimonio personal se encuentra a salvo; el segundo problema se cifra en que se obliga a los acreedores, a la hora de proceder contra su deudor, a discernir entre sus bienes privativos y los relictos, dado que estos serán los únicos que podrán embargar y ejecutar. Por todo ello, considera que no es de recibo el argumento por el que se denuncia la futilidad y la molestia inherentes a la formación de inventario, pues si bien en un sistema de responsabilidad *intra vires* automática el heredero no tendrá que confeccionarlo para disfrutar *ab initio* de aquella, sí tendrá que hacerlo después para hacerla efectiva, ya que, frente a la reclamación que pretenda el pago de una deuda hereditaria o de un legado por encima del valor de lo heredado, solo a él incumbe probar que la reclamación supera dicho límite legal. Insiste el autor citado en que es el riesgo de distracción o disipación de los bienes relictos y la posibilidad de disposición irrestricta de los mismos lo que induce al legislador del Código a adoptar como regla general la solución reflejada en el artículo 1003. El carácter supuestamente injusto del resultado se diluye entonces, ya que se presenta como un factor que en alguna medida compensa o corrige la posibilidad de disposición y gestión de los bienes hereditarios sin límite ni cortapisa de ningún tipo y, por tanto, como una suerte de trasunto del axioma *cuius commoda, eius incommoda*.

8.3 Movimiento revisionista

Sin embargo, tampoco se debe desconocer que estas críticas han dado pie a lo que se denominó como *movimiento revisionista*¹⁹⁵³, que se inició ya a finales del siglo XIX de la mano de juristas como Falcón¹⁹⁵⁴. A lo largo del siglo XX han sido muchos los civilistas españoles que defendieron la necesidad de una reforma¹⁹⁵⁵, en el sentido de limitar la responsabilidad del heredero por deudas del causante, como Moutón y Ocampo¹⁹⁵⁶, De Diego¹⁹⁵⁷, Pérez Sauquillo¹⁹⁵⁸ o Del Moral de Luna¹⁹⁵⁹.

¹⁹⁵³ CASTÁN TOBEÑAS (1960-A), pp. 162-170.

¹⁹⁵⁴ FALCÓN (1888), p. 416, considera que si se sancionase el principio contrario al de la confusión de patrimonios y la responsabilidad *ultra vires*, «la ley, además de un acto de justicia, habría hecho posible la desaparición de los beneficios conocidos por los nombres de inventario y de deliberación, que son un anacronismo y una complicación excusada en el Derecho».

¹⁹⁵⁵ Algunos otros, como IGLESIAS SANTOS (1952), p. 68, no mencionaron una posible reforma pero expresaron que la subsistencia del principio de responsabilidad *ultra vires hereditatis*, «no causa sino daños y complicaciones».

¹⁹⁵⁶ MOUTÓN Y OCAMPO (1908), pp. 447-448, considera que «confunde el Código de modo lastimoso, siguiendo a la jurisprudencia romana, las dos personalidades del testador y del heredero, estableciendo en el artículo 1003 el injusto principio de que el heredero quedará responsable de todas las cargas de la herencia, no solo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios (...). No se explica que los redactores del Código Civil, teniendo como tenían dos precedentes inmediatos, los de los Códigos de Méjico y Portugal (...), y uno antiquísimo y nacional, y que no por proceder de un territorio aforado era menos progresivo, el principio contenido en la legislación aragonesa de que la herencia nunca debe ser dañosa para el heredero, por lo que se admite la sucesión con beneficio de inventario en todo caso: no se explica, repetimos, que los autores de la ley civil *común* hayan sostenido en el Código la ficción romana, inconcebible en el terreno científico, de que el heredero asocie forzosamente su fortuna propia al cumplimiento de obligaciones que él no contrajo, ni aun siendo continuador de la personalidad del causante».

¹⁹⁵⁷ DE DIEGO (1959), p. 377, señala que «propende a hacer del heredero, más que un continuador de su personalidad jurídica, un liquidador de su herencia, que parece ser la orientación moderna limitada a la sucesión en los bienes más que en las personas, y es claro que si evita la responsabilidad universal del heredero *ultra vires hereditatis* inherente a la confusión de personalidad y patrimonios del causante y del heredero, no hay duda que es una institución beneficiosa para éste».

¹⁹⁵⁸ PÉREZ SAUQUILLO (1952), pp. 222-228, quien hablando de las posibles soluciones ante una *damnosa hereditas*, califica de «solución pesimista» aquella que convierte al heredero responsable no solo con el caudal sino también con su propio patrimonio, *in infinitum*; y en contraposición a la «solución optimista» en la que se hace responsable al heredero por el pasivo únicamente hasta donde alcancen los bienes heredados. También habla de una tercera posibilidad: la solución ecléctica, por la que se distinguiría entre deudas (de las que el heredero respondería ilimitadamente) y cargas *ex testamento* (de las que el heredero respondería limitadamente). Este autor señala que quienes defienden el sistema optimista entienden que «la responsabilidad *ultra vires* no es sino una consecuencia de la teoría de la continuación de la personalidad, y ésta, una supervivencia romanística inaceptable, una ficción que no debía haber sobrevivido a la de la intransmisibilidad de las obligaciones, en oposición a la cual nació. Hay que llegar, nos dicen los admiradores de este sistema, a la limitación legislativa de la responsabilidad para evitarle al heredero el atraco sentimental de ofrecerle un remedio, el beneficio de inventario, sobre el que una tradición ñoña, pero viva, ha volcado su reprobación de impiedad»; sistema optimista por el que dice se inclinan la mayoría de los modernos tratadistas y que «parece, desde luego, el más conforme con la naturaleza y finalidad modernas de la institución».

¹⁹⁵⁹ DEL MORAL DE LUNA (1953), pp. 703-716, defendió que nuestro heredero es «el clásico continuador de la personalidad jurídica de su causante; aunque no lo quieran quienes, impresionados por el

Ya más recientemente, las voces de censura no han dejado de repetirse ¹⁹⁶⁰, como la de Durán Rivacoba y González González ¹⁹⁶¹, que afirmaron que la herencia no compensa el dolor por la pérdida de familiares y personas allegadas, no sirve de *premio de consolación*; pero, con mayor motivo, tampoco debe aumentar más la carga, siquiera sea en la faceta económica, recaída sobre los herederos. Por ello consideran más justa una solución parecida al *common law*, por el que se establezca una responsabilidad *intra vires*, que debería superar su carácter extraordinario y establecerse como pauta firme del Derecho de sucesiones.

Con todo, dentro de los civilistas reformistas se puede distinguir dos grupos: el formado por quienes entienden que el sistema debe limitar la responsabilidad, pero conservando ciertas garantías, y el de quienes defienden que la responsabilidad debe ser limitada *tout court* y sin mayores formalismos.

Dentro del primer grupo, podemos destacar a Espinar Lafuente ¹⁹⁶² que cree que la regulación por las deudas hereditarias debe ser objeto de reforma

mors omnia solvit y por el artículo 32, tuercen el gesto frente al punto de ficción que supone hablar de continuación», la «herencia, heredero o adquisición hereditaria, tienen, entre nosotros, una directa y caliente casta romana. Y entre los cuarteles de su heráldica no es el más gris el que ocupa el principio de responsabilidad *ultra vires*, cruz y penitencia de las posibles ingenuidades de nuestro heredero»; razón por la cual argumentó que nuestro sistema sucesorio debe encaminarse hacia la limitación de la responsabilidad del heredero.

¹⁹⁶⁰ Reclamos que se leen desde el sector académico, como MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES (1998), pp. 167-170, quien se pregunta cómo es posible que un sistema de características predominantemente patrimonialistas como el nuestro aún conserve la responsabilidad *ultra vires*, que se trata de un vestigio propio del sistema personalista que dificulta y enturbia el sistema liquidatorio; SÁNCHEZ JORDÁN y GARCÍA GARCÍA (2014), p. 1421, quienes consideran que la aceptación pura y simple debería quedar como excepción en nuestro sistema sucesorio; KARRERA EGIALDE (2018), pp. 179-180, quien considera que «la exigencia social actual de evitar que los sucesores de una persona fallecida, habitualmente sus descendientes, se sumerjan en deudas y responsabilidades del causante que ignoraban constriñe a la aplicación de instrumentos protectores que soslayan responsabilidades patrimoniales por deudas inesperadas» y por ello, propone «planear el tránsito hacia un sistema que decrete la responsabilidad limitada del heredero a los bienes de la herencia; cuando menos, la modulación de los casos de aceptación tácita que impiden hacer uso del beneficio de inventario pasado el breve plazo legal; o la posibilidad de disposición de los bienes hereditarios tras citas a los acreedores y proceder al pago o, en caso de pasividad del acreedor, afianzamiento de las deudas para esquivar el riesgo de la responsabilidad ilimitada con el propio patrimonio», o LÓPEZ AZCONA (2018), pp. 229-230; pero también del sector notarial, como SÁNCHEZ-ROS GÓMEZ, en www.notariadesevillanervion.com/2016/02/aspecto-practicos-de-la-renuncia-de-la.html (consultado el 6 de junio de 2018), que propone que «*de lege ferenda* lo deseable sería un cambio normativo y que nuestro Código Civil limitase la responsabilidad del heredero como sucede en Aragón».

¹⁹⁶¹ DURÁN RIVACOBA y GONZÁLEZ GONZÁLEZ (2006), pp. 231 y ss.

¹⁹⁶² ESPINAR LAFUENTE (1956), pp. 289 y ss., propone de *lege ferenda* los principios que según él deberían regir en materia de responsabilidad por deudas sucesorias, de los que destacamos: que «en ejecución de sentencia, pueden ser perseguidos siempre sin ninguna limitación los bienes que formen parte del caudal hereditario»; que «la responsabilidad normal de los herederos ha de ser *intra vires*, en el sentido de que cualquiera de ellos ha de responder ante los acreedores (no inventariados) hasta cubrir el importe máximo de la parte del activo que en total corresponda a las adjudicaciones *iure hereditati* de todos los coherederos»; y que «la limitación de responsabilidad será una objeción (modificativa del *petitum*) que podrá oponer el heredero demandado. Si lo hace así, el Tribunal, al condenar, ha de limitar la responsabi-

en una futura revisión, por no ser adecuada para mantener el necesario equilibrio de los intereses que se contraponen; si bien, considera que ha de rechazarse también el principio general del beneficio de inventario *sin inventario* (otorgado *ex lege* a todo heredero).

Puig Brutau ¹⁹⁶³ entiende que es una cuestión de justicia la que aconseja que se imponga por sistema el criterio de la limitación de responsabilidad; si bien, ello exigiría una regulación más minuciosa.

También parece defender la exigencia de un inventario Gitrama ¹⁹⁶⁴, cuando afirma que la aceptación de herencia debería revestir siempre los caracteres y efectos de la beneficiaria y no de la pura y simple; si hoy –dice– esta última es la regla general y aquélla la excepción no más que por un atavismo histórico, cabalmente debería operar la ley a la inversa. Quienes contrataron con el causante de la sucesión cuando él vivía, sabían de su solvencia, del alcance de su patrimonio, el cual se constituía en la garantía del cobro de los créditos de aquéllos, patrimonio que, precisamente por eso, a la muerte de su titular y al convertirse en herencia, debería mantenerse aislado previo un inventario rigurosamente fiel y exacto.

Para Castán Tobeñas ¹⁹⁶⁵, sería un poco paradójico establecer un beneficio de inventario sin inventario y considera que, de optarse por seguir las corrientes modernas, habría que hacerlo con muchas precauciones, toda vez que el principio de sucesión en los bienes, cualquiera que pueda ser su valor, exige una organización y reglamentación legal, sin las que sería difícil y peligrosa su admisión. En definitiva, considera el autor que no sería oportuna la consagra-

lidad en el *quantum* que proceda», si bien, para que así sea, dice ESPINAR LAFUENTE, el heredero deberá acreditar que se practicó inventario en el plazo que fijará la ley de un año con citación de todos los cointeresados en la herencia, o justificar que el deudor tenía, en el momento de su muerte, la condición de pobre.

¹⁹⁶³ PUIG BRUTAU (1961), p. 268, que es además uno de los autores que se cuestiona si la razón de ser de esta responsabilidad ilimitada sigue teniendo vigencia en la actualidad, y para ello cita al autor alemán COING quien consideró que la sucesión universal no tiene por qué llevar aparejada la responsabilidad ilimitada del heredero, y pondera las razones que pesan a favor y en contra de esta institución: la razón a favor es que se encuadra dentro de la sucesión universal y resulta menos complicado que adoptar medidas destinadas a separar los dos patrimonios; la razón en contra es que se trata de una cuestión de justicia, ya no solo hacia el heredero, sino hacia los acreedores hereditarios y los acreedores personales del heredero.

¹⁹⁶⁴ GITRAMA GONZÁLEZ (1989), pp. 259-230, que añade que «el o los herederos de aquel causante, con los que ni contaron ni tenían por qué contar aquellos contratantes con éste, deberían ser dejados al margen por entero en orden al pago de aquellos créditos como lo estuvieron al tiempo de contratar. No es otro el sentido en que debería poder entenderse el artículo 1257.1, y, en relación con él, los 659, 1112 y otros del Código Civil. Al fin y a la postre, a los tales acreedores del causante podía decirseles con el Derecho germánico, 'busca tu confianza allí donde la pusiste'. La responsabilidad patrimonial universal del heredero que acepta pura y simplemente, cristalizada en este artículo 1003, no es al fin y al cabo sino un trasnochado residuo del Derecho romano».

¹⁹⁶⁵ CASTÁN TOBEÑAS (2010), p. 173.

ción de un sistema de responsabilidad limitada sin garantía alguna para acreedores y legatarios.

Por último, y en fechas más recientes, Solís Villa¹⁹⁶⁶ ha hecho notar que la moralidad y el respeto al derecho ajeno no son *de facto* los principios que por antonomasia rigen las relaciones económicas y ante este panorama no parece conveniente establecer la responsabilidad *intra vires* sin que ello se acompañe de determinadas cautelas y medidas complementarias que habrán de ser objeto de cuidadosa ponderación.

De otra parte, y dentro del grupo de autores que consideran que la responsabilidad debería ser limitada *tout court* sin mayores formalismos, cabe citar entre los más clásicos a Valverde¹⁹⁶⁷, que se manifestaba ya a principios del siglo XX en los siguientes términos: «soy opuesto al beneficio de inventario y censo por tanto el sistema de nuestro legislador, porque es innecesario dado un buen sistema legislativo. Soy amigo de la sencillez, y con solo decir, cómo lo hace el código alemán y otros, que la herencia en ningún caso puede perjudicar al heredero, bastaría para ahorrarse la existencia del beneficio de inventario. Admitir la aceptación y repudiación, y en la aceptación, partir del supuesto de que el heredero no responde de más cargas y deudas que aquellas que pueden ser satisfechas con el importe del caudal hereditario, sin que jamás se obligue con sus bienes propios, pues solamente por una ficción puede sostenerse que el heredero continúa absolutamente la personalidad jurídica del difunto hasta el punto de confundirse y fusionarse los patrimonios del causante y de su heredero, es lo que requiere un buen régimen legislativo».

Albaladejo García¹⁹⁶⁸ también consideró que debería imponerse en el sistema la regla de responder por deudas hereditarias solo con lo recibido, sin necesidad de tener que pedir el beneficio de inventario ni el engorro y gasto de hacerlo.

En nuestra opinión, son acertadas las voces que proclaman la necesidad de limitar *ex lege* la responsabilidad del heredero, y en contraposición a la regulación actual, en la que este solo puede limitar su responsabilidad a través de su voluntad¹⁹⁶⁹, y del cumplimiento de severos requisitos. Cabe traer además a colación el estudio que analiza Delgado Echeverría en 2012 acerca de una encuesta realizada en las XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil, celebrada en Santander en febrero de 2006; en dicho estudio se

¹⁹⁶⁶ SOLÍS VILLA (2012), p. 172.

¹⁹⁶⁷ VALVERDE VALVERDE (1916), p. 536.

¹⁹⁶⁸ ALBALADEJO GARCÍA (1995), pp. 266-268.

¹⁹⁶⁹ PÉREZ ÁLVAREZ (2016), p. 18, señala que «es la voluntad del llamado la que, según se sirva o no del beneficio de inventario en tiempo y forma, determinará la aplicación del sistema *intra o ultra vires hereditatis*».

preguntaba, entre otras cuestiones, si debía limitarse la responsabilidad del heredero por deudas del causante y por legados y cargas hereditarias a los bienes que reciba del caudal hereditario. La reacción a esta pregunta por parte de los Profesores de Derecho Civil fue, según señala el Profesor, de «muy amplia aceptación»¹⁹⁷⁰.

9. RECAPITULACIÓN FINAL

Parece conveniente, antes de finalizar este trabajo, establecer una suerte de prelación en las soluciones anteriormente propuestas. En este sentido, creemos que la mejor solución que se puede prever por el legislador de Derecho común para el problema de las deudas desconocidas o sobrevenidas es la limitación *tout court* de la responsabilidad del heredero por deudas hasta el máximo de lo que reciba por título sucesorio. Tres son los argumentos que nos llevan a esa conclusión.

El primero, que el principio de responsabilidad *ultra vires* y el artículo 1257 CC entran en colisión, como dijimos, con uno de los dogmas del Derecho de obligaciones: la imposibilidad de la transmisión de las deudas sin el consentimiento del acreedor, sobre todo para el caso de que el heredero fuese insolvente, en claro perjuicio de aquél. El fenómeno sucesorio no debería tener por principio general la confusión de patrimonios toda vez que puede perjudicar a los acreedores hereditarios¹⁹⁷¹.

El segundo, que no hay razón alguna que justifique el plus de solvencia en favor de los acreedores hereditarios que se produce por la simple muerte del deudor, que no solo contarán con el patrimonio que tenía el causante en vida, sino con todos los bienes, presentes y futuros, del heredero. Si en vida del deudor, los acreedores hereditarios no tenían más garantía que su patrimonio –teniendo que recurrir, en caso de que no fuese suficiente, al concurso de acreedores–, nada explica por qué las cosas deberían cambiar a raíz del fallecimiento de aquél. El artículo 1911 CC no debe justificar la responsabilidad *ultra vires* en perjuicio del heredero, pero sí la completa afección del patrimonio relicto hasta la total extinción de deudas y cargas sucesorias, incluyéndose,

¹⁹⁷⁰ DELGADO ECHEVERRÍA (2012), pp. 615-633.

¹⁹⁷¹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (2009), p. 243, consideraba que incluso una vez sobrevenida la pérdida del beneficio de inventario, la herencia permanecía individualizada, pues la confusión de patrimonios era únicamente *relativa*: «el Derecho establece que *en daño de los herederos* haya confusión de patrimonios, aunque nunca *en daño de los acreedores* que continúan con sus mismas posibilidades en relación con el patrimonio hereditario». También MARÍN GARCÍA DE LEONARDO (1991), p. 124, considera que la aceptación pura y simple no debe producirse nunca en daño de los acreedores.

por ejemplo, los frutos de un inmueble hereditario arrendado o los beneficios de la empresa o sociedad de la que era titular el causante.

El tercero, que esta limitación equipararía la situación del heredero al que se le aplica el derecho común (u otros autonómicos sin norma expresa) con el heredero al que se le aplica las beneficiosas normas navarras, aragonesas o vascas.

En caso de que el legislador se decidiese a llevar a cabo la reforma aquí propuesta –confiando así en que no se cumplan las predicciones de Ocaña Rodríguez¹⁹⁷², una de las cuestiones que tendría que configurar es la limitación de la responsabilidad, que podría ser *cum viribus* o *pro viribus*. En nuestra opinión, parece que la mejor solución sería un principio general de responsabilidad *cum viribus*, con la posibilidad, si el sucesor así lo desea, de pagar las deudas con dinero o bienes propios, pasando en ese caso a tratarse de una responsabilidad *pro viribus*. En cualquier caso, debería establecerse la posibilidad de que el heredero, por las razones que sean, pueda declarar que asume la responsabilidad *ultra vires* de las deudas de la herencia, así como precisar la validez del pago en caso de que el heredero hubiese pagado más al acreedor de lo que le hubiese correspondido atendiendo únicamente al valor de los bienes de la herencia, tal y como ya se establece en la ley 318 CDCFN y el artículo 361.1 CFDA.

Debería requerirse la formación de un inventario para evitar cualquier tipo de fraude en perjuicio de acreedores hereditarios, pero sin mayores formalismos, siendo válido el que se presente a efectos de liquidar el impuesto de sucesiones, como ocurre en la normativa catalana, o el que se forme judicialmente para partir la herencia –incluso cabría plantearse si podría *valer* a estos efectos el inventario formado por el letrado de la Administración *ex* artículo 794 LEC en sede de intervención judicial de la herencia–. Se trataría, pues, de un sistema en el que se combinaran los aspectos positivos del sistema de sucesión en los bienes y sucesión en la persona¹⁹⁷³: el heredero sería el liquidador de la herencia.

También tendría el legislador español que plantearse cuántas garantías cabría regular para que esta limitación fuese efectiva; así, por ejemplo, se puede establecer la obligatoriedad de publicar la liquidación de la sucesión en al-

¹⁹⁷² OCAÑA RODRÍGUEZ (2009), p. 740, escribía que: «no interesa en este trabajo profundizar en el Derecho germánico o anglosajón pues no creemos que el CC vaya a ser tan profundamente reformado como para adoptar un sistema tan distinto al nuestro, inspirado en el Derecho romano».

¹⁹⁷³ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (2009), pp. 104-105, considera que la liquidación de la herencia a través del beneficio de inventario ofrece las ventajas del sistema romano, toda vez que los herederos entran inmediatamente en los bienes, y, a la vez, las ventajas del sistema anglosajón: los herederos no sufren perjuicio alguno si cumplen las garantías liquidatorias legales.

gún periódico o boletín específico, tal y como ya se exige en *common law* o en la nueva regulación de la aceptación a concurrencia de activo neto francesa; también podría regular una especie de Registro de Sucesiones como existe en la legislación italiana.

Esta reforma no solo solucionaría el tema de las deudas hereditarias ocultas o sobrevenidas, sino también probablemente erradicaría los problemas relativos a la herencia yacente. No se debe obviar que, como dijo García Goyena¹⁹⁷⁴, la aceptación de la herencia es peligrosa, y hasta un juego de azar: puede el heredero arruinarse, como enriquecerse, y el miedo de lo primero retrae a muchos de la aceptación. Superado este miedo del que hablaba el autor, es probable que los llamados a suceder se mostrasen más receptivos sobre la aceptación, adquisición y liquidación de la herencia.

En nuestra opinión, el legislador español no debe considerar que esta reforma rompe con nuestra tradición civil en la materia; nada más lejos de la realidad, pues como dijo Núñez Lagos, el libro tercero de nuestro Código Civil es el más endeble porque fallaba el modelo, el Código de Napoleón: el sistema sucesorio de este Código obedecía a principios y tradiciones divergentes de las españolas. El trasplante –dice el autor– de artículos y frases ha sido desafortunado¹⁹⁷⁵. Tal vez lo más conveniente sería así recuperar la idea de herencia residual que subyacía en Las Partidas: «*la heredad e los bienes e los derechos de algun finado, sacando ende las debdas que deuía e las cosas ajenas que y fallasen*» (7, 63, 8).

De no llevarse a cabo esta reforma, convendría que se regulase la situación concreta del heredero que se encuentra con deudas hereditarias desconocidas o sobrevenidas, estableciendo una acción *ad hoc*. Pero por razones de equidad no debería exigirse –como se hace por el legislador francés–, que la deuda desconocida comprometa gravemente el patrimonio personal del heredero: bastaría el simple desconocimiento de la deuda para que el heredero no deba responder por ella más allá de las fuerzas del caudal. Esta propuesta no es, en nuestra opinión, la preferible, pues con ella se discrimina, por razones de justicia, al acreedor sobrevenido frente al resto de acreedores hereditarios –salvo si se prevé la posibilidad de solicitar el beneficio de nuevo, como en la acción neerlandesa–; sin embargo, es una solución menos gravosa que la simple impugnación de la aceptación por error, con todos los inconvenientes que traería aparejada la retroacción de todas las actuaciones al momento anterior a la aceptación.

¹⁹⁷⁴ GARCÍA GOYENA (1852 A), p. 226.

¹⁹⁷⁵ NÚÑEZ LAGOS (1951), pp. 385-387.

BIBLIOGRAFÍA

- ABATANGELO, C. (2004), «Le inerzie del rappresentante legale dell'erede incapace accettante con beneficio d'inventario e la tutela dei creditori ereditari», *Rivista di diritto civile*, pp. 1-25.
- ALBÁCAR, J. L., y LETE DEL RÍO, J. M. (1995), *Código Civil: doctrina y jurisprudencia* (artículo 997), 4.^a ed., tomo III, Trivium, Madrid, pp. 1477-1478.
- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1952), «La sucesión *iure transmissionis*», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 3, pp. 912-971.
- (1955), «La adquisición de la herencia en el Derecho español», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 8, núm. 1, pp. 3-30.
- (1964), *Anotaciones al Derecho de sucesiones de Cicu*, Servicio de Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia.
- (1967), «La responsabilidad de los herederos por deudas del causante antes de la partición», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 20, núm. 3, pp. 479-513.
- (1969), *El albaceazgo en el derecho español: común y catalán*, Tecnos, Madrid.
- (1972), *Instituciones de Derecho Civil I, Parte General y Derecho de Obligaciones*, 2.^a ed., Bosch, Barcelona.
- (1978) «La enajenación de la herencia en el derecho español», *Revista de Derecho Privado*, vol. 62, núm. 2, pp. 1-11.
- (1983), *Discursos leídos ante la Real Academia de Jurisprudencia y legislación*, Madrid.
- (1993), *Comentario del Código Civil* (dir. C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz, P. Salvador Coderch), tomo 1, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 1580-1583.
- (1995), «La llamada aceptación entendida a beneficio de inventario», *Actualidad civil*, núm. 2, pp. 265-282.
- (1997), *Curso de Derecho Civil, V. Derecho de Sucesiones*, 7.^a ed., Bosch, Barcelona.

- ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S. (1989), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dir. M. Albaladejo), tomo XIV, vol. 2, Edersa, Madrid, pp. 170-301, 330-345.
- ALBANESE, A. (2009), *Della collazione. Del pagamento dei debiti (arts. 737-756)*, Giuffré, Milano.
- ALKORTA IDIAKEZ, I. (2018), «La reforma francesa del derecho de sucesiones en relación a la responsabilidad del heredero por deudas del causante», *Deudas y herencia*, Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, pp. 303-342.
- ALONSO PÉREZ, M. (2004), «La protección civil de la personalidad pretérita: regulación positiva», *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García* (coords. J. M. González Porras, F. P. Méndez González), vol. 1, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, pp. 117-137.
- ALONSO, J. L. (2001), «El cobro de los créditos de la herencia yacente», *Rassegna di diritto romano*, vol. 47, núm. 2, pp. 209-244.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2009), *La hipoteca inversa: una alternativa económica en tiempos de crisis*, Lex Nova, Valladolid.
- (2010), *Comentarios al Código Civil* (dir. A. Domínguez Luelmo), Lex Nova, Valladolid, pp. 982-995.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A. (1990), *Curso de derecho hereditario*, Civitas, Madrid.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2012), «Legítimas y Derecho interregional», *Tratado de Legítimas* (coord. T. F. Torres García), Atelier, Barcelona, pp. 153-202.
- ÁLVAREZ VIGARAY, R. (1965), «La distribución de toda la herencia en legados», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, pp. 677-722.
- ALVENTOSA DEL RÍO, J. (1988), *La fianza: ámbito de responsabilidad*, Comares, Granada.
- AMENGUAL VILLALONGA, M. (2014), «La aceptación y adjudicación de la herencia: aspectos prácticos de interés. Especial atención a la *aceptación* por los acreedores del heredero», *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista* (dirs. F. Lledó Yagüe, M. P. Ferrer Vanrell, J. A. Torres Lana; coord. O. Monje Balsameda), vol. 2, Dykinson, Madrid, pp. 1143-1166.
- AMMERMAN YEBRA, J., y GARCÍA GOLDAR, M. (2017), «Reconocimiento de filiación en testamento y reclamación de alimentos», *Revista de Derecho Civil*, vol. 4, núm. 1, pp. 77-124.
- AMORÓS GUARDIOLA, M. (1984), «Legado de cosa gravada», *Estudio de Derecho civil en homenaje al Profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*, Universidad de Salamanca, Salamanca, pp. 37-67.
- ANDREWS, G. M., y MILLETT, R. (2015), *Law of guarantees*, 7.^a ed., Thomson Reuters, London.
- APARICIO AUÑÓN, E. (2007), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (dir. J. J. Díez Núñez), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 711-721.
- ARIJA SOUTULLO, C. (2016), «Transmisión hereditaria de la fianza», *Revista de Derecho Civil*, vol. III, núm. 1 (enero-marzo), pp. 25-65.

- ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J. L. (2012), «Derecho de representación sucesoria y repudiación: estudio sobre la operatividad del derecho de representación en el Código civil español, en caso de repudiación del sujeto llamado a una herencia», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 65, núm. 1, pp. 103-271.
- ARMERO DELGADO, M. (1951), *Testamentos y particiones (doctrina, legislación, jurisprudencia y formularios)*, Ed. Reus, Madrid.
- ARROYO AMAYUELAS, E. (2009), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions* (dirs. J. Egea Fernández, J. Ferrer Riba; coord. L. Alascio Carrasco), vol. II, Atelier, Barcelona, pp. 1495-1529.
- (2016), *Código Civil Comentado* (dirs. A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández), vol. II, 2.^a ed., Thomson Reuters Civitas, Navarra, pp. 1430-1449.
- ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2002), «Responsabilidad civil médica», *Tratado de Responsabilidad Civil* (coord. L. F. Reglero Campos), Thomson Reuters Cizur Menor, Navarra, pp. 959-1032.
- (2018), «Concurso de herencia y sistemas de responsabilidad hereditaria», *Deudas y herencia*, Thomson Reuters Cizur Menor, Navarra, pp. 99-133.
- ATARD, R. (1934), «Notas críticas a la teoría clásica del patrimonio», *Revista de Derecho Privado*, 15 octubre, pp. 305-318.
- AZZARITI, G. (1982), *Le successioni e le donazioni*, CEDAM, Padova.
- BAILLON-WIRTZ, N. (2006), *La famille et la mort*, Defrénois, Paris.
- BAKER, F. D. (1967), *Widdifield on executors' accounts*, 5.^a ed., The Carswell Company, Toronto.
- BALZARETTI, S. (1996), «L'impugnazione della rinuncia all'eredità da parte dei creditori del rinunziante», *La nuova giurisprudenza civile commentata: rivista bimestrale de la nuove leggi civile commentate*, vol. 12, pp. 92-102.
- BARASSI, L. (1947), *Le successioni per causa di morte*, 3.^o ed., Giuffrè, Milano.
- BARBA, V. (2008), *La rinuncia all'eredità*, Giuffrè, Milano.
- (2017-A), «Acti de disposició e planificació hereditaria», *Rassegna di Diritto Civile*, núm. 2, pp. 399-433.
- (2017-B), «Interessi post mortem tra testamento e altri atti di ultima volontà», *Rivista di diritto civile*, vol. 63, núm. 2, pp. 31-349.
- BARCELÓ DOMÉNECH, J. (2004), «El derecho de predetracción del cónyuge superviviente», *Libro homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García* (coords. J. M. González Porras, F. P. Méndez González), tomo I, Universidad Murcia, Murcia, pp. 513-529.
- BARRAL VIÑALS, I. (2002), *La gestión del pasivo en el usufructo universal*, Dykinson, Madrid.
- (2003), «El patrimonio», *Codificación, persona y negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, pp. 267-282.

- BARRIO GALLARDO, A. (2007), *La aceptación hereditaria derivada de actos dispositivos concluyentes sobre el caudal*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid.
- BARROS BOURIE, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
- BASINI, G. F. (2009), «Le obbligazioni naturali», *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* (dir. G. Bonilini), I, Giuffrè, Milano, pp. 513-523.
- BASOZABAL ARRUE, X. (2010), *Comentarios al Código Civil* (dir. A. Domínguez Luelmo), Lex Nova, Valladolid, pp. 2038-2041.
- BELHADJ BEN GÓMEZ, C. (2017), «Herencia yacente y precario», *Revista Aranzadi doctrinal*, núm. 4, pp. 123-130.
- BENEDETTI, G. (1969), *Dal contratto al negozio unilaterale*, Giuffrè, Milano.
- BERROCAL LANZAROT, A. I. (2010), «El concurso de la herencia», *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 53, pp. 13-126.
- BIEMANS, J. W. A. (2014), «Reactie op het concept-Wetsvoorstel bescherming erfgenamen tegen onverwachte schulden», *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, pp. 446-455.
- (2015), «Wetsvoorstel BETS is beter dan BETOS, maar helaas (nog) geen standaard beneficiaire aanvaarding», *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, pp. 956-962.
- BILOTTI, E. (2012), *Separazione dei beni del defunto e tutela dei creditori*, Giappichelli, Torino.
- BIN, M. (1966), *La diseredazione: contributo allo studio del contenuto del testamento*, Edizione Scientifiche Italiane, Torino.
- BINDER, J. (1953), *Derecho de sucesiones* (trad. J. L. Lacruz Berdejo), Labor, Barcelona.
- BIONDI, B. (1954), *Diritto ereditario romano: parte generale*, Giuffrè, Milano.
- BLOKLAND, P.; BURGERHART, W., y KOLKMAN, W. D. (2014), «Wet bescherming erfgenamen tegen onverwachte schulden: schuldeisers de klos met de “Wet betos”», *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, pp. 455-465.
- BOLÁS ALFONSO, J. (2005), «El concurso del causante, de la herencia y del heredero», *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, vol. 2, pp. 1789-1804.
- BONFANTE, P. (1930), *Corso di diritto romano, v. 6, Le successioni, parte generale*, Società Editrice del Foro Italiano, Roma.
- BONILINI, G. (2009-A), «Concetto e fondamento, della successione mortis causa»; «Introduzione: L’oggetto della successione», *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* (dir. G. Bonilini), I, Giuffrè, Milano, pp. 3-42, 295-303.
- (2009-B), «Sulla adozione per testamento», *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* (dir. G. Bonilini), II, Giuffrè, Milano, pp. 381-388.
- (2013), *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Wolters Kluwer, Milano.
- BONILINI, G., y BASINI, G. F. (2003), *I legati*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli.

- BONOMI, A. y WAUTELET, P. (2015), *El Derecho Europeo de Sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) n.º 650/2012, de 4 de julio de 2012* (trads. S. Álvarez González, M. Álvarez Torné, A. Font Segura, J. M. Gómez Riesco Tabernero de Paz, J. Gómez Riesco Tabernero de Paz y M. Requejo Isidro), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra.
- BORRELL MACIÁ, A. (1942), *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil*, Bosch, Barcelona.
- BORRELL SOLER, A. M. (1951), «Algunos problemas sobre el beneficio de inventario», *Revista jurídica de Cataluña*, noviembre-diciembre, vol. 68, pp. 499-529.
- (1954), *Derecho civil español*, t. V. *Sucesiones por causa de muerte*, Bosch, Barcelona.
- BOUREL, P. (1961), «L'erreur dans la renonciation a une succession», *Revue trimestrielle de droit civil*, pp. 233-257.
- BRADY, J. C. (1995), *Succession Law in Ireland*, Butterworths, Dublin.
- BRÉMOND, V. (2006), «Le nouveau regime du passif successoral», *Recueil Dalloz*, pp. 2561-2564.
- BROWN, L. N. (1958), «Winding up decedents' estates in French and English law», *Tulane Law Review*, vol. 33, pp. 631-646.
- BUSTO LAGO, J. M. (2007), «Los pactos sucesorios en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia», *Foro galego: Revista Xurídica*, núms. 196-197, pp. 191-266.
- (2013), «Los derechos de los acreedores frente a los bienes objeto de los pactos sucesorios: (pactos sucesorios y protección de los acreedores)», *Foro galego: Revista Xurídica*, núm. 202, pp. 7-53.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1993), *Comentario del Código Civil* (dir. C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz, P. Salvador Coderch), tomo 1, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 617-624.
- CALVO MEIJIDE, A. (1990), *La posesión en el derecho hereditario*, Editorial Universidad Complutense, Madrid.
- CANCIO FERNÁNDEZ, R. C. (2007), «Deuda tributaria, herederos y cuantía litigiosa en el recurso de casación», *Justicia administrativa: Revista de derecho administrativo*, núm. 34, pp. 5-12.
- CANDAU PÉREZ, A. (2014), «Sucesión por causa de muerte y registro de la propiedad», *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista* (dirs. F. Lledó Yagüe, M. P. Ferrer Vanrell, J. A. Torres Lana; coord. O. Monje Balsa-meda), vol. 1, Dykinson, Madrid, pp. 169-203.
- CAÑIZARES LASO, A. (1990), *El reconocimiento testamentario de la filiación*, Montecorvo, Madrid.
- (2014), «Sucesión y testamento», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel*, Cizur Menor, Navarra, pp. 807-829.
- (2018), «Algunas claves para la reforma de la prescripción. En especial el *dies a quo*», *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 4, pp. 89-138.

- CAPILLA RONCERO, F. (2016), *Código Civil Comentado* (dirs. A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández), vol. II, 2.^a ed., Thomson Reuters Cizur Menor, Navarra, pp. 843-853.
- CAPOZZI, G. (2002), *Successioni e donazioni*, Giuffré, Milano.
- CARBALLO FIDALGO, M. (1999), *Las facultades del contador-partidor testamentario*, Civitas, Madrid.
- CÁRDENAS, L. (1950), «Responsabilidad *ultra vires* por los legados», *Revista de Derecho Privado*, tomo 34, pp. 151-155.
- CARIOTA FERRARA, L. (1945), «Il diritto al diritto», *Diritto e Giurisprudenza*, pp. 145-158.
- (1956), *El negocio jurídico* (trad. M. Albaladejo), Aguilar, Madrid.
- CARRASCO PERERA, A. (1992), «29 de abril de 1992; fianza general por deudas futuras, no inclusión de las contraídas por el deudor después de la muerte del fiador», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 28, pp. 331-345.
- (1992), *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, La Ley, Madrid.
- (1995), «Garantías a primer requerimiento», *Derechos personales de garantía: aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal* (dir. A. F. Carrasco Perera), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 105-175.
- (2009), «Una nueva luz en la noche de la responsabilidad de los administradores sociales», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 770, versión *online*.
- (2013), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), 6.^a ed., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, pp. 535-560, 1001-1010.
- (2015), *Tratado de los Derechos de Garantía*, tomo I, 3.^a ed., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra.
- CASANOVA SANGUINO, F. (1975), «La extinción por muerte del contrato de fianza, accesorio de una póliza de crédito de descuento bancario», *Revista jurídica de Cataluña*, vol. 74, núm. 3, pp. 645-658.
- CASANOVAS MUSSONS, A. (1984), *La relación obligatoria de fianza*, Bosch, Barcelona.
- (2009), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions* (dirs. J. Egea Fernández, J. Ferrer Ribá; coord. L. Alascio Carrasco), vol II, Atelier, Barcelona, pp. 1475-1494.
- CASEY, J., (2006), «Commentaire de la réforme du droit des successions (1^{ère} partie)», *Revue juridique Personnes et famille*, pp. 6-11.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1960-A), *La dogmática de la herencia y su crisis actual*, Ed. Reus, Madrid.
- (1960-B), «La responsabilité de l'héritier pour les dettes du "de cujus" en droit espagnol et en droit comparé», *Droit comparé. Théorie générale du Droit et Droit privé*, Dalloz, Paris, pp. 57-79.
- (1978), *Derecho civil español común y foral, t. VI, Derecho de sucesiones, v. 1, La sucesión en general*, Ed. Reus, Madrid.

- CASTÁN TOBEÑAS, J. (2010), *Derecho civil español, común y foral, tomo VI, Derecho de sucesiones, vol. I, La sucesión en general*, 10.º edición (revisada por J. M. González Porras), Ed. Reus, Madrid.
- CASTÁN VÁZQUEZ, J. M. (1993-A), «El derecho de sucesiones y las normas constitucionales», *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis La-cruz Berdejo*, vol. II, Bosch, pp. 1141-1160.
- (1993-B), *Comentario del Código Civil* (dirs. C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz, P. Salvador Coderch), tomo 1, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 566-569.
- CASTRO SÁENZ, A. (1998), *La herencia yacente en relación con la personalidad jurídica*, Universidad de Sevilla, Sevilla.
- (2000), «Un acercamiento civilístico a la herencia yacente»; «Nueva aproximación a la herencia yacente desde perspectiva civil», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 4, pp. 617-630.
- CAZORLA GONZÁLEZ, M. J. (2007), *El concurso de la herencia*, Ed. Reus, Madrid.
- CEOLIN, M. (2007), «Chiamato in possesso di beni ereditari, inventario e rinuncia all'eredità», *Rivista di diritto privato*, n. 4, pp. 863-873.
- CHATTERTON, D. A. (1989), *Executorship*, Longman, London.
- CHRISTANDL, G. (2017), «La recente riforma del Diritto delle successioni in Austria: principi normativi e problema», *Rivista di diritto civile*, vol. 63, núm. 2, pp. 423-442.
- CIATTI, A. (2013), «Il beneficio d'inventario e la separazione dei beni del defunto», *Diritto delle successioni e delle donazioni*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, pp. 387-428.
- CICCARELLO, S. (1994), *Persona e successione ereditaria*, Edizione Scientifiche Italiana, Napoli.
- CICU, A. (1948), *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Giuffrè, Milano.
- (1954), *Successioni per causa di morte. Parte generale*, Giuffrè, Milano.
- (1959), *El testamento* (trad. M. Fairén Martínez), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
- (1961), *Successioni per causa di morte. Parte speciale*, Giuffrè, Milano.
- CIMBALI, E. (1884), «Il testamento é contratto?», *Filangieri*, pp. 265-274.
- COBAS COBIELLA, M. E. (2007), *El albaceazgo*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra.
- COLIN, A., y CAPITANT, H. (1955), *Curso Elemental de Derecho Civil* (trad. de la 2.ª ed. francesa por D. De Buen), tomo VII, 3.ª ed., Ed. Reus, Madrid.
- COLINA GAREA, R. (2001), «La venta de herencia en el Código Civil español», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 5, pp. 243-268.
- COMYN, J., y JOHNSON, R. (1970), *Wills and intestacies*, Pergamon Press, Oxford.
- CORAPI, G. (2009), «I diritti reali»; «Il possesso», *Trattato di diritto delle ssuccessioni e donazioni* (dir. G. Bonilini), I, Giuffrè, Milano, pp. 305-354.
- COSACK, K. (1923), «El derecho hereditario según los principios del Código Civil alemán comparados con los del Derecho español», *Revista de Derecho privado*, pp. 289-304.

- COSSIO CORRAL, A. (1988), *Instituciones de Derecho Civil*, tomo II, Civitas, Madrid.
- COSTAL RODAL, L. (2013), *Comentarios al Código Civil* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), tomo V, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 7132-7444.
- COSWAY, A. H. (1932), *The administration of Estates*, Sir Isaac Pitman & Sons, London.
- CRESPO ALLUÉ, F. (1975), «El legado de alimentos», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 570, 1985, pp. 1245-1291.
- (2000), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (dir. A. M. Lorca Navarrete, coord. V. Guilarte Gutiérrez), Lex Nova, Valladolid, pp. 4274-4363.
- CRISCUOLI, G. (1980), *Le obbligazioni testamentarie*, Giuffrè, Milano.
- CRISTÓBAL MONTES, A. (1969), «Naturaleza jurídica de la aceptación por los acreedores de la herencia renunciada en su perjuicio por el deudor», *Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, tomo IV, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, pp. 225-290.
- (1988), «La responsabilidad de los legatarios de toda la herencia», *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. 4, Consejo General del Notariado, Madrid, pp. 223-276.
- (2003), «Presupuestos y condiciones de la acción pauliana», *Revista de Derecho privado*, núm. 87, pp. 295-334.
- CUADRADO IGLESIAS, M. (2002), «Responsabilidad por razón de legados», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo* (coord. A. Cabanillas Sánchez), vol. 4, Thomson Civitas, Madrid, pp. 5177-5198.
- CUADRADO PÉREZ, C. (2002), «Distribución de toda la herencia en legados», *Actualidad Civil*, núm. 3, pp. 827-850.
- CUFFARO, V. (2015), *Successioni per causa di morte. Esperienza e argomenti*, Giappichelli Editore, Torino.
- CUTILLAS TORNOS, J. M. (2000), *El retracto legal de coherederos*, Comares, Granada.
- DAL PONT, G. E., y MACKIE, K. F. (2013), *Law of succession*, Butterworths, Sydney.
- D'ALOIA, A. (2009), «La successione mortis causa nella costituzione», *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* (dir. G. Bonilini), I, Giuffrè, Milano, pp. 43-59.
- DAVIES, D. T., et al. (2017), *Wills, probate and administration service*, Butterworths, London.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (1978), *Lecciones sobre responsabilidad civil*, Universidad de Deusto, Bilbao.
- (2001), «La transmisión *mortis causa* de la obligación de indemnizar por responsabilidad civil», *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al Profesor Roberto López Cabana* (coords. R. de Ángel Yagüez y M. Izquierdo Tolsada), Dykinson, Madrid, pp. 15-45.
- DE BARRÓN ARNICHES, P. (2001), *El pacto de renuncia a la legítima futura*, Cedecs, Barcelona.
- DE BUEN, D. (1931), *Derecho civil español común*, 2.^a ed., vol. II, Ed. Reus, Madrid.

- DE CASTRO BRAVO, F. (1972), *Temas de Derecho civil*, Marisal, Madrid.
- (1997), «De nuevo sobre el error en el consentimiento», *Estudios jurídicos del Profesor Federico de Castro*, vol. II, 1997, Centro de Estudios Registrales, Madrid, pp. 1339-1370.
- (2003), «La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los artículos 1.911 y 1.111 del Código Civil», en *Estudios jurídicos del Profesor Federico de Castro*, vol. 1, pp. 141-184.
- DE DIEGO, F. C. (1959), «Instituciones de Derecho Civil español» (ed. revisada por A. de Cossío Corral y A. Gullón Ballesteros), tomo III, *Derecho de Sucesiones*, Artes Gráficas Julio San Martín, Madrid.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (1990), *Compendio de Derecho sucesorio*, La Ley, Madrid.
- (1993), *Comentario del Código Civil* (dirs. C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz, P. Salvador Coderch), tomo 1, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 2470-2567.
- DE LA CÁMARA, F. (1926), «El Derecho hereditario *in abstracto*», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 19, pp. 490-507.
- DE LA GRASSERIE, R. (1908), *Principios sociológicos del Derecho Civil*, (trad. L. Peireira y Eleta), Ed. Reus, Madrid.
- DE LA HAZA, P. (1988), «La transmisión *mortis causa* de la pensión de separación y de divorcio», *Actualidad civil*, vol. 2, pp. 1949-1966.
- DE LA IGLESIA PRADOS, E. (2012), «La pérdida del beneficio de inventario por ocultación de bienes de la herencia: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2011 (RJ 2012, 426)», *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 29, pp. 737-751.
- DE LAMA AYMÁ, A. (2016), *Libertad de testar y memorias testamentarias*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, J. L. (1965), «La sucesión abintestato en favor del Estado», *Anuario de Derecho civil*, pp. 393-433.
- (1991), «Aproximación a una teoría general del patrimonio», *Revista de Derecho privado*, julio-agosto, pp. 585-609.
- DE OLIVEIRA ASCENSÃO, J. (2000), *Direito civil: sucessões*, 5.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra.
- DE PAULA PUIG BLANES, F. (2011), *Comentarios al Código Civil de Cataluña*, tomo II (coords. F. de Paula Puig Blanes y F. J. Sospedra Navas), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, pp. 47-314.
- DE WAAL, M. J. (2007), «A comparative overview», *Exploring the law of succession: Studies national, historical and comparative* (ed. K. G. C. Reid, M. J. De Waal, R. Zimmermann), Edinburgh University Press, Edinburgh, pp. 1-26.
- DEL MORAL DE LUNA, A. (1953), «Hacia el heredero limitadamente responsable», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 7, pp. 699-723.

- DEL POZO CARRASCOSA, P.; VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E. (2009), *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de Sucesiones*, Marcial Pons, Madrid.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J. (2012), «Autonomía privada y derecho de sucesiones», *Autonomía de la voluntad en el derecho privado: estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado, tomo I, Derecho de la persona, familia y sucesiones* (coord. L. Prats Albentosa), La Ley, Madrid, pp. 513-640.
- DELLE MONACHE, S. (2004), «Distribuzione testamentaria dei beni tra i congiunti e istituzione d'erede *ex re certa*», *Rivista di diritto privato*, vol. 9, núm. 4, pp. 907-915.
- DI BIASE, A. (2014), «Le disposizioni generali», *Le fideiussione e le altre garanzie personali* (dir. V. Cuffaro), Zanichelli, Bologna, pp. 3-40.
- DI LORENZO, L. (2014), *I legati a contenuto atipico e tipico nella prassi notarile*, Wolters Kluwer, Milano.
- DI MARZIO, M. (2013), *L'accettazione dell'eredità con beneficio di inventario*, Giuffrè, Milano.
- DÍAZ ALABART, S. (1993), *Comentario del Código Civil* (dirs. C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz, P. Salvador Coderch), tomo 1, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 1864-1882.
- DÍAZ CRUZ, M. (1951), *Los legados*, Ed. Reus, Madrid.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2010), *De la herencia yacente a la aceptación tácita: reclamaciones patrimoniales de terceros*, Thomson Aranzadi Cizur Menor, Navarra.
- DÍEZ ESTELLA, F. (2018), «La responsabilidad de los administradores», *Responsabilidad profesional* (dir. E. Monterroso Casado), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 419-482.
- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. (1959), «La aceptación de la herencia por los acreedores del heredero», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 12, núm. 1, pp. 127-198.
- (1967), *Lecciones de Derecho Civil*, Universidad de Valencia.
- (1993), *Comentario del Código Civil* (dirs. C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz, P. Salvador Coderch), tomo 2, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 2083-2095.
- (1999), *Derecho de daños*, Civitas, Madrid.
- (2008), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II: las relaciones obligatorias*, 6.^a ed., Civitas Cizur Menor, Navarra.
- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2001), *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 9.^a ed., Tecnos, Madrid.
- (2017), *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV (tomo 2), 12.^a ed., Tecnos, Madrid.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (1989), *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*, Tecnos, Madrid.
- (2007), *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, 2.^a ed., Lex Nova, Valladolid.
- (2010), *Comentarios al Código Civil* (dir. A. Domínguez Luelmo), Lex Nova, Valladolid, pp. 923-925.

- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2011), «El ejercicio ante los tribunales de las acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual: análisis de sus fronteras», *Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad Civil. XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, A Coruña, 8 y 9 de abril de 2011*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, pp. 113-312.
- (2014), «Transmisión *mortis causa* de finca hipotecada», *Estudios de Derecho de Sucesiones: liber amicorum T. F. Torres García* (dirs. A. Domínguez Luelmo, M. P. García Rubio, coord. M. Herrero Oviedo), La Ley Wolters Kluwer, Madrid, pp. 383-403.
- (2016), *Comentarios a la Ley Hipotecaria* (dir. A. Domínguez Luelmo), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, pp. 680-707.
- DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A. (1973), «Titularidad y patrimonio hereditario». *Anuario de Derecho Civil*, vol. 26, núm. 1, pp. 393-482.
- D'ORS, J. A. (2004), *Derecho privado romano*, 10.^a ed., Eunsa, Pamplona.
- D'ORS PÉREZ-PEIX, A. (2002), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dirs. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), Editorial Revista de Derecho Privado, pp. 118-119.
- DURÁN RIVACOBA, R., y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A. (2006), «La responsabilidad de los herederos por deudas del causante», *Derecho de sucesiones: presente y futuro: XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Santander, 9 a 11 de febrero de 2006*, pp. 231-240.
- DURNERIN, P. (1992), *La notion de passif successoral*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris.
- EGUSQUIZA BALSAMEDA, M. A. (2002), *Comentarios al Fuero Nuevo, Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra* (dir. E. Tubio Torrano, coord. M. L. Arcos Vieira), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, pp. 981-1022.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (1996), *La legítima en la sucesión intestada en el Código Civil*, Marcial Pons, Madrid.
- (2005), «Presupuestos dogmático-sucesorios del concurso de la herencia. Una aproximación civilística a la Ley concursal», *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, vol. 2, pp. 1909-1929.
- (2010), *Comentarios al Código Civil* (dir. A. Domínguez Luelmo), Lex Nova, Valladolid, pp. 1074-1126.
- ESPÍN CÁNOVAS, D. (1978), *Manual de Derecho civil español, vol. V. Sucesiones*, 5.^a ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
- ESPINAR LAFUENTE, F. (1956), *La herencia legal y el testamento*, Bosch, Barcelona.
- ESPINOSA DE SOTO, J. L. (2007), «De la legítima de los descendientes», *Derecho de Sucesiones y Régimen Económico familiar de Galicia: comentarios a los Títulos IX y X y a la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio y a la Ley 10/2007, de 28 de junio*, vol. II, Consejo General del Notariado, Madrid, pp. 671-780.

- ESTEBAN VELASCO, G. (2011), «La acción individual de responsabilidad», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles* (dir. A. Rojo, E. Beltrán), 4.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 169-254.
- FALCÓN, M. (1888), *Exposición doctrinal del derecho civil español, común y foral*, 3.^a ed., Tipografía Industrial-Económica, Barcelona.
- FARRERO RÚA, A. B. (2011), *Comentarios al Código Civil de Cataluña* (coords. F. de Paula Puig Blanes y F. J. Sospedra Navas), tomo II, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, pp. 447-550.
- FEÁS COSTILLA, J. (2014), «La renuncia de herencia: Problemas y riesgos», *Conferencia pronunciada el 19 de mayo de 2014*, Academia Sevillana del Notariado, Sevilla, pp. 149-203.
- FEOLA, D. (2009), «La separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede», *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* (dir. G. Bonilini), I, Giuffrè, Milano, pp. 1395-1431.
- FERNÁNDEZ COSTALES, J. (1991), *El usufructo voluntario de herencia*, Tecnos, Madrid.
- FERNÁNDEZ EGEA, M. A. (2016), *La jurisdicción voluntaria notarial en el ámbito sucesorio*, Marcial Pons, Madrid.
- FERNÁNDEZ HIERRO, J. M. (2009), *La partición*, Comares, Granada.
- FERNÁNDEZ-BRAVO FRANCÉS, L. (2016), «Testamento, legado herencia... ¿digital?», *Testamento ¿digital?* (coords. R. Oliva León, S. Valero Barceló, C. Belda Casanova), *Juristas con Futuro*, eBook, pp. 53-55.
- FERRANDIS VILELLA, J. (1954), *La comunidad hereditaria*, Bosch, Barcelona.
- FERRER RIBA, J., (2016), «La ejecución del testamento y el albaceazgo», *Tratado de Derecho de sucesiones: Código civil y normativa civil autonómica* (dir. M. Carmen Gete-Alonso Calera, coord. J. Solé Resina), 2.^a ed., tomo I, Civitas, Pamplona, pp. 725-787.
- FERRI, L. (1960), *Rinunzia e rifiuto nel diritto privato nel diritto privato*, Giuffrè, Milano.
- (1966), *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano.
- (1968), *Commentario del Codice Civile: Successioni in generale* (arts. 512-535), Zanichelli, Bologna.
- (1980), *Commentario del Codice Civile: Successioni in generale* (arts. 456-511), Zanichelli, Bologna.
- (1997), *Disposizione generali sulle successioni*, Zanichelli, Bologna.
- FESTI, F. (2002), «Testamento e devoluzione ad arbitri delle liti tra i successori», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 56, pp. 809-834.
- FLEETWOOD, W. (1718), *A sermon: The justice of paying debts*, W. D., London.
- FLORENSA TOMÁS, C. E. (2000), «La naturaleza del procedimiento previsto en los artículos 1001 del Código Civil y 23 del Codi de Successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya: la legitimación subrogatoria concedida al acreedor del repudiante», *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 7, pp. 1424-1443.

- FLOUR, J. (1956), *Le passif succesoral*, Les cours de droit, Paris.
- FLOUR, J.; AUBERT, J. L. y SAVAUX, E. (2011), *Les obligations. 2. Le fait juridique*, 14.^a ed., Sirey, Paris.
- FONT SEGURA, A. (2000), «La sucesión hereditaria en Derecho interregional», *Anuario de Derecho civil*, 53 (I), pp. 23-81.
- FRANCINO BATLLE, F. X. (2010), «L'adquisició de l'herència», *Dret Civil Català, vol. III. Dret de Successions*, (dir. A. Lucas Esteve), Bosch, Barcelona, pp. 415-472.
- FRANZONI, M. (2009), «Il diritto al risarcimento del danno», *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* (dir. G. Bonilini), I, Giuffrè, Milano, pp. 549-588.
- FUENMAYOR CHAMPIN, A. (1951), «Notas críticas: sobre una revisión de las donaciones *mortis causa* en nuestro Código Civil», *Anuario de Derecho Civil*, pp. 1082-1095.
- FUENTESECA, P. (1978), *Derecho privado romano*, E. Sánchez A. Gráficas, Madrid.
- FUNAIOLI, C. A. (1976), «Sulla responsabilità per debiti nella vendita di eredità», *Studi in memoria di Roberto Bracco*, CEDAM, Padova, pp. 151-162.
- GALGANO, F. (1969), «Delle persone giuridiche», *Comentario del Codice Civile*, Zanichelli, Bologna.
- GALICIA AIZPURÚA, G. (2014), «Naturaleza y alcance del derecho de transmisión (*ius transmissionis*) regulado en el artículo 1006 CC. Sentencia 11 septiembre 2013», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 95, mayo-agosto, pp. 257-274.
- (2018), «El sistema de responsabilidad hereditaria en el Código Civil y en los derechos civiles autonómicos», *Deudas y herencia*, Thomson Reuters Cizur Menor, Navarra, pp. 27-97.
- GALLEGRO DOMÍNGUEZ, I. (2005), *La transmisión inter vivos y mortis causa de las oficinas de farmacia*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba.
- GALVÁN GALLEGOS, A. (1997), «La indivisibilidad de la aceptación y repudiación de la herencia», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 50, núm. 4, pp. 1817-1848.
- (2000), *La herencia: contenido y adquisición: la aceptación y repudiación de la herencia*, Wolters Kluwer, Madrid.
- GARCÍA AMIGO, M. (1993), *Comentario del Código Civil* (dir. por C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz, P. Salvador Coderch), tomo 2, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 66-71.
- GARCÍA BAÑÓN, A. (1962), *El beneficio de separación*, Rialp, Madrid.
- GARCÍA CAZORLA, J. A. (1996), «La *actio interrogatio in iure* (Acción de interrogación en Derecho) como medio para dar fin a la vacancia hereditaria y conseguir que el delado acepte o repudie la herencia, tanto en el derecho civil como en el Derecho de Cataluña», *Estudios sobre derecho procesal* (coords. I. Díez-Picazo Giménez, J. Martínez-Simancas Sánchez), Sopec, Madrid, pp. 5479-5550.
- GARCÍA GARCÍA, J. M. (1996), *La sucesión por derecho de transmisión*, Civitas, Madrid.
- GARCÍA GOLDAR, M. (2017), «Vicios e virtudes da regulación galega en materia de liquidación sucesoria e algunha proposta *de lege ferenda*», *Propostas de modernización do Dereito* (dir. M. García Goldar, J. Ammerman Yebra), Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, pp. 95-110.

- GARCÍA GOLDAR, M. (2018), «El pago de la pensión compensatoria por el heredero del deudor: carencias e incoherencias del artículo 101 del Código Civil español», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, pp. 313-329.
- GARCÍA GOYENA, F. (1852-A), *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, tomo II, Imprenta de la Sociedad Tipográfica, Madrid.
- (1852-B), *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, tomo IV, Imprenta de la Sociedad Tipográfica, Madrid.
- GARCÍA RUBIO, M. P. (1989), *La distribución de toda la herencia en legados. Un supuesto de herencia sin heredero*, Civitas, Madrid.
- (2000), «El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 53, núm. 4, pp. 1397-1482.
- (2010), *Comentarios al Código Civil* (dir. A. Domínguez Luelmo), Lex Nova, Valladolid, pp. 45-70.
- (2013), «La persona en derecho civil. Cuestiones permanentes y algunas otras nuevas», *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 14, pp. 82-109.
- (2015), «La ignorancia de la ley y las normas dispositivas», *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 18, pp. 34-51.
- (2016), *Código Civil Comentado* (dirs. A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández), vol. II, 2.^a ed., Thomson Reuters Cizur Menor, Navarra, pp. 605-636.
- (2017-A), «El concepto de *faute* en el *Avant projet de Loi reforme de la responsabilité civile*. Novedad y continuidad en el Código Civil francés», *Culpa y responsabilidad* (coords. L. Prats Albentosa, G. Tomás Martínez), Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, pp. 373-394.
- (2017-B), «La esperada nueva regulación de la capacidad jurídica en el Código Civil español a la luz del art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006», *Propuestas de modernización do dereito* (dirs. M. García Goldar, J. Ammerman Yebra), Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, pp. 7-18.
- (2017-C), «Propuestas o modelos de regulación del enriquecimiento sin causa en España», *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización* (dirs. X. Basozabal Arrue y P. del Olmo García), Aranzadi Cizur Menor, Navarra, pp. 237-280.
- GARCÍA RUBIO, M. P., y HERRERO OVIEDO, M. (2011), «Pactos sucesorios en el Código Civil y en la Ley de Derecho Civil de Galicia», *Tratado de derecho de sucesiones: código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco* (coord. J. Solé Resina, dir. M. C. Gete-Alonso Calera), vol. 1, Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, pp. 1259-1316.
- GARCÍA RUBIO, M. P., NIETO ALONSO, A., y HERRERO OVIEDO, M. (2012), «Las legítimas en la Ley 2/2006 de Derecho Civil de Galicia», *Tratado de legítimas* (coord. T. F. Torres García), Atelier, Barcelona, pp. 203-290.

- GARCÍA VALDECASAS, J. G. (1944), «La adquisición de la herencia en Derecho español», *Revista de Derecho privado*, núm. 323, pp. 89-123.
- (1953), «La comunidad hereditaria en el derecho español», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 7, pp. 237-270.
- (1969), «La sucesión en las deudas a título singular», *Estudios de Derecho Civil en honor al profesor Castán Tobeñas*, vol. 2, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, pp. 207-226.
- GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A. (2002), «Sustitución vulgar de un colegitimario por sus hijos, que repudia la herencia: comentario a la resolución de 11 de octubre de 2002», *Revista jurídica del notariado*, núm. 44, pp. 269-280.
- GASNIER, F. (2013), *L'organisation de la liquidation du passif successoral*, Defrénois, París.
- GEORGE, E. F. (1967), *Wills and executors*, Methuen, London.
- GETE-ALONSO CALERA, M. C. (1983), «El beneficio de separación de patrimonios en el Derecho civil catalán (Análisis del Art. 264 de la Compilación de Cataluña)», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 36, núm. 4, pp. 1377-1402.
- (2011), *Código Civil Comentado* (dirs. A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreiras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández), vol II, Thomson Reuters Civitas, Navarra, pp. 1473-1502.
- (2016), «Responsabilidad hereditaria», *Tratado de Derecho de Sucesiones*, 2.^a ed., (dir. M. Carmen Gete-Alonso Calera; coord. J. Solé Resina), tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, pp. 339-390.
- GIAMPICCOLO, G. (1954), *Il contenuto atipico del testamento: contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Giuffrè, Milano.
- GIBB, A. (2017), *Succession and Trusts*, Thomson Reuters, Edimburgo.
- GIMÉNEZ CANDELA, T. (1988), «Una clasificación de los modos de extinguirse las obligaciones», *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias* (coord. J. Roset Esteve), vol. 3, pp. 1315-1340.
- GINER GANDÍA, J. (2016), «El testamento digital sí existe y ya ha llegado», *Testamento ¿digital?* (coords. R. Oliva León, S. Valero Barceló, C. Belda Casanova), *Juristas con Futuro*, eBook, pp. 56-60.
- GINESTÀ GARGALLO, M. (2014), «La fidelitat de l'inventari en l'acceptació beneficiària de l'herència», *La notaria*, pp. 83-88.
- GINOT LLOBATERAS, F. (1950), «La responsabilidad del heredero simple por deudas y legados en Derecho común y foral», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 3, núm. 4, pp. 1057-1099.
- GITRAMA GONZÁLEZ, M. (1950), «La administración de herencia en el derecho español», *Revista de Derecho Privado*, Madrid.
- GITRAMA GONZÁLEZ, M. (1989), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. Albaladejo), tomo XIV, vol. 1, Edersa, Madrid.
- GÓMEZ CALERO, J. (1958), *La acción subrogatoria*, Tesis doctoral, Universidad de Sevilla, Sevilla.

- GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, C. (2016), *Código Civil Comentado* (dirs. A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández), vol. II, 2.ª ed., Thomson Reuters, Navarra, pp. 1472-1577.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. (1989), *Responsabilidad del heredero y derechos de los acreedores sobre el patrimonio hereditario*, Montecorvo, Madrid.
- GONZÁLEZ GRANADO, J. (2016), «Sólo se muere una vez. ¿Herencia digital?», *Testamento ¿digital?* (coords. R. Oliva León, S. Valero Barceló, C. Belda Casanova), *Juristas con Futuro*, eBook, pp. 39-44.
- GONZÁLEZ PALOMINO, J. (1945), «La adjudicación para pago de deudas», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. I, pp. 207-329.
- GONZÁLEZ VICENTE, J. L. (2016), «Consideraciones sobre la pensión compensatoria y su continuidad tras el fallecimiento del deudor: la pervivencia de la deuda y los herederos como deudores», *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, noviembre-diciembre, núm. 758, pp. 3418-3438.
- GRAMUNT FOMBUENA, M. D., y RUBIO GIMENO, G. (2016), «Protección de los acreedores», *Tratado de Derecho de Sucesiones*, tomo II, Cizur Menor, Navarra, pp. 999-1032.
- GRATTHAN, S. (1996), *Succession law in Northern Ireland*, SLS, Belfast.
- GRIMALDI, M. (2001), *Droit civil. Successions*, 6.ª ed., Litec, París.
- GRIMALDOS GARCÍA, M. I. (2015), «Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad. Solidaridad: artículos 236 y 237. Otras acciones por infracción del deber de lealtad: artículos 227.2 y 232», *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital* (coord. L. Hernando Cebriá), Bosch, Barcelona, pp. 307-364.
- GRIMALT SERVERA, P. (2000), *Los legados pecuniarios*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GROSSO, G. (1962), *I legati nel diritto romano, parte generale*, 2.ª ed., Giappichelli, Turín.
- GUILARTE ZAPATERO, V. (1993), *Comentario del Código Civil* (dir. por C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz, P. Salvador Coderch), tomo 2, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 1781-1858.
- (1995), «Fianza general, fianza solidaria y contratos de confort», *Derechos personales de garantía: aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal* (dir. A. F. Carrasco Perera), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 33-103.
- GULLÓN BALLESTEROS, A. (1959), «La acción subrogatoria», *Revista de Derecho Privado*, tomo XLIII, pp. 103-120.
- GUTIÉRREZ BARRENGO, A., y MONJE BALSAMEDA, O. (2014), «La administración y representación de la herencia yacente en el derecho español», *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista* (dirs. F. Lledó Yagüe, M. P. Ferrer Vanrell, J. A. Torres Lana; coord. O. Monje Balsameda), vol. 1, Dykinson, Madrid, pp. 11-54.
- GUTIÉRREZ JEREZ, L. J. (1999), *El legado de usufructo en el Derecho civil común*, Tirant lo Blanch, Valencia.

- HERCOLANI, M. F. (2009), «L'accezzazione dell'eredità con il beneficio d'inventario», *Trattato di diritto delle ssuccessioni e donazioni* (dir. G. Bonilini), I, Giuffrè, Milano, pp. 1259-1364.
- HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M. D. (1995), *La herencia yacente*, Bosch, Barcelona.
- (2002), «Algunos aspectos sobre la herencia yacente», *Revista de derecho privado*, núm. 86, pp. 460-476.
- HERNÁNDEZ GIL, A. (1971), *Lecciones de Derecho Sucesorio*, S.N., Madrid.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C. (2006), «Algunas consideraciones en torno al legado de deuda», en *Homenaje al Profesor Lluís Puig Ferriol* (coords. J. M. Abril Campoy, M. E. Amat Llari), vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1663-1672.
- HERRERO OVIEDO, M. (2016), *Código Civil Comentado* (dirs. A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández), vol. II, 2.ª ed., Thomson Reuters Cizur Menor, Navarra, pp. 636-655.
- HIDALGO GARCÍA, S. (1995), *La sucesión por el Estado*, Bosch, Barcelona.
- IGLESIAS SANTOS, J. (1952), «La herencia en el derecho romano y en el derecho moderno», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 6, pp. 35-68.
- INFANTE RUIZ, F. J. (2004), *Las garantías personales y su causa*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2010), «La fianza general», *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 24, pp. 29-50.
- INGPEN, A. R. (1909), *Executors and administrators*, Canada Law Book Company, Toronto.
- IRIARTE ÁNGEL, F. de B. (2016), «Comentario del capítulo I del título II», *La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial* (dir. A. M. Urrutia Badiola), Dykinson, Madrid, pp. 49-58.
- IRTI, N. (1967), *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui: problemi generali*, Milano.
- JIMÉNEZ PARÍS, T. A. (2015), «El concurso de la herencia», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 747, pp. 483-509.
- JORDANO BAREA, J. B. (1999), *El testamento y su interpretación*, Comares, Granada.
- JORDANO FRAGA, F. (1990), *La sucesión en el ius delationis. Una contribución al estudio de la adquisición sucesoria mortis causa*, Civitas, Madrid.
- (1996), *Los acreedores del llamado a una sucesión mortis causa, ante el ejercicio por éste del ius delationis*, Centro de Estudios Registrales, Madrid.
- (2001), *La acción revocatoria o pauliana. Algunos aspectos esenciales de su régimen en el derecho vigente*, Comares, Granada.
- KARRERA EGIALDE, M. M. (2018), «El modo de solicitar el beneficio de inventario en el Código Civil tras la Ley de jurisdicción voluntaria», *Deudas y herencia*, Thomson Reuters Cizur Menor, Navarra, pp. 135-183.
- KASER, M. (1968), *Derecho romano privado* (trad. de la 5.ª ed. alemana por J. S. Cruz Teijeiro), Instituto Reus, Madrid.

- KEATING, A. (2015), *Succession law in Ireland*, Clarus, Dublin.
- (2017), *The law and practice of personal representatives*, 2.^a ed., Thomson Reuters, Dublin.
- KER, B. S. (1959), *Wills, probate and administration*, Sweet & Maxwell, London.
- KERRIDGE, R. (2016), *Parry & Kerridge: The law of succession*, 13.^a ed., Thomson Reuters, London.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (1950), «Algunas consideraciones sobre el objeto de la acción subrogatoria», *Anuario de Derecho Civil*, pp. 1100-1132.
- (1960), «Derecho subjetivo, derechos sin sujeto y herencia yacente», *Estudios jurídico-sociales: homenaje al profesor Luis Legaz y Lacambra*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, pp. 537-542.
- (1961), «La responsabilidad del heredero en el Código Civil», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, pp. 191-228.
- (1977), *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, vol. 1, Bosch, Barcelona.
- (1991), *Nociones de Derecho civil patrimonial e introducción al derecho*, 5.^a ed., Bosch, Barcelona.
- (2005), *Derecho de Obligaciones, vol. II, Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito* (puesto al día por Rivero Hernández), Dykinson, Madrid.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., con ALBALADEJO GARCÍA, M. (1961), *Derecho de sucesiones, parte general*, Bosch, Barcelona.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., con SANCHO REBULLIDA, F. A. (1981), *Elementos de derecho civil V, Derecho de sucesiones*, Bosch, Barcelona.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. (1974), «La venta de herencia en el Código civil», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 504, pp. 1041-1062.
- LAMOCA ARENILLAS, A. (2013), *Manual de responsabilidad tributaria*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra.
- LARA GONZÁLEZ, R. (2011), «La acción social de responsabilidad: ejercicio por la sociedad», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles* (dir. A. Rojo, E. Beltrán), 4.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 95-127.
- LARRONDO LIZARRAGA, J. (2008), *El nuevo derecho sucesorio catalán*, Bosch, Barcelona.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2000), *Principios de Derecho Civil, T. 2, Derecho de obligaciones*, 6.^a ed., Trivium, Madrid.
- (2015), *Principios de Derecho Civil, T. 7, Derecho de sucesiones*, 10.^a ed., Marcial Pons, Madrid.
- LEE, W. A. (1975), *Manual of Queensland Succession law*, The Law Book Company, Sydney.
- LETE DEL RÍO, J. M., y LETE ACHIRICA, J. (2006), *Derecho de obligaciones*, vol. II, Cizur Menor, Navarra.
- LIBCHABER, R. (2016), «Des successions en quète d’avenir», *Revue Trimestrielle de droit civil*, noviembre, pp. 729-750.

- LIPARI, N. (1970), *Autonomia privata e testamento*, Giuffrè, Milano.
- LLEDÓ YAGÜE, F. (2016), «Epílogo. Algunas referencias notables en el nuevo Derecho civil vasco», *La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial* (dir. A. M. Urrutia Badiola), Dykinson, Madrid, pp. 239-245.
- LLOPIS BENLLOCH, J. C. (2016), «Con la muerte digital no se juega: el testamento online no existe», *Testamento ¿digital?* (coord.. R. Oliva León, S. Valero Barceló, C. Belda Casanova), Juristas con Futuro, eBook, pp. 45-52.
- LÓPEZ AZCONA, M. A. (2018), «Retos del Derecho civil español: a propósito de la necesaria reformulación del Código Civil», *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 2, pp. 185-235.
- LÓPEZ JACOISTE, J. J. (1958), «El beneficio de separación de patrimonios en nuestro sistema sucesorio», *Revista de legislación y jurisprudencia*, pp. 471-536.
- (1993), *Comentario del Código Civil* (dirs. C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz, P. Salvador Coderch), tomo 1, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 2388-2435.
- (2001), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirs. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), tomo XXXVII, vol. 2, Editorial Revista Derecho Privado, pp. 1376-1425.
- LÓPEZ ORTIZ, J. (1932), *Derecho musulmán*, Labor, Barcelona.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M. (1988), *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Tecnos, Madrid.
- (1999), *Derecho civil. Derecho de sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., y HORNERO MÉNDEZ, C. (2017), «La sucesión *mortis causa*: conceptos generales», *Derecho de sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 17-49.
- LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. (2016), «(LJV) Aspectos notariales del beneficio de inventario», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 56, pp. 119-244.
- (2017), «El beneficio de inventario: problemas prácticos», *El notario del siglo XXI*, núm. 74, julio-agosto, pp. 150-157.
- LUQUIN BERGARECHE, R. (2016), «Pactos sucesorios en Navarra», *Tratado de derecho de sucesiones: código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco* (coord. J. Solé Resina, dir. M. C. Gete-Alonso Calera), vol. 1, 2.ª ed., Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, pp. 1475-1513.
- MACDONALD, D. R. (2001), *Succession*, 3.ª ed., Green & Son, Edinburgh.
- MADRIÑÁN VÁZQUEZ, M. (2009), *El derecho de representación en la sucesión testada*, Thomson Reuters, Navarra.
- (2015), *La sucesión post mortem auctoris de los derechos morales*, Fundación Aseda, Ed. Reus, Madrid.
- MADRIÑÁN VÁZQUEZ, M. (2016), «La herencia yacente» y «Fases de adquisición», *Tratado de Derecho de Sucesiones*, tomo I, 2.ª ed., (dir. M. C. Gete-Alonso Calera, coord. J. Solé Resina), Thomson Reuters, Navarra, pp. 159-234.

- MALAUURI, P., y AYNÈS, L. (2018), *Droit des successions et des libéralités*, 8.^a ed., LGDJ, Issy-les-Moulineaux.
- MANIÀCI, A. (2006), «Autonomia privata e successioni mortis causa», *Rivista di diritto privato*, n. 4, pp. 731-766.
- MANRESA NAVARRO, J. M. (1932), *Comentarios al Código Civil español*, tomo VI, Ed. Reus, Madrid.
- (1943), *Comentarios al Código Civil Español*, tomo VII, Ed. Reus, Madrid.
- MARGRAVE-JONES, C. (1993), *Mellows: the law of succession*, Butterworths, London.
- MARÍN CALERO, C. (2016), «En favor del beneficio de inventario (primera parte)», *Revista jurídica del notariado*, núm. 99, pp. 239-332.
- (2017), «En favor del beneficio de inventario (segunda parte)», *Revista jurídica del notariado*, núm. 100-101, pp. 225-372.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T. (1991), *La responsabilidad de los herederos por las deudas del causante anterior a la partición de la herencia*, Civitas, Madrid.
- MARSTON GARCIA, B. A. (1927), *The administration of assets in a nutshell as modified by recent legislation*, Sweet & Maxwell, London.
- MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (1995), *La liquidación de la sociedad de gananciales: restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, McGraw-Hill, Madrid.
- MARTÍN-CASALS, M. (2011), «La modernización del Derecho de la responsabilidad extracontractual», *Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad Civil: XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, A Coruña, 8 y 9 de abril de 2011*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, pp. 11-111.
- (2012), «Nuevas perspectivas de la responsabilidad extracontractual», *Nuevas perspectivas del Derecho contractual* (dir. E. Bosch Capdevila), Bosch, Barcelona, pp. 225-259.
- MARTÍN-CASALS, M., y SOLÉ FELIU, J. (2010), *Comentarios al Código Civil* (dir. A. Domínguez Luelmo), Lex Nova, Valladolid, pp. 2046-2078.
- MARTÍNEZ CAÑELLAS, A. (2014), «Aproximación al concurso de herencia», *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista* (dirs. F. Lledó Yagüe, M. P. Ferrer Vanrell, J. A. Torres Lana; coord. O. Monje Balsameda), vol. 2, Dykinson, Madrid, pp. 1353-1392.
- MARTINO, M. (2009), «Le nuove proprietà», *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* (dir. G. Bonilini), I, Giuffrè, Milano, pp. 355-404.
- MARTOS CALABRÚS, M. A. (2014), «La aproximación a la sucesión en el patrimonio virtual», *Estudios de Derecho de Sucesiones: liber amicorum T. F. Torres García* (dirs. A. Domínguez Luelmo, M. P. García Rubio, coord. M. Herrero Oviedo), La Ley Wolters Kluwer, Madrid, pp. 931-944.
- MARTY, G. y RAYNAUD, P. (1983), *Les successions et les libéralités*, Sirey, París.
- MASIDE MIRANDA, J. E. (1989), *Legítima del cónyuge supérstite*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid.

- MAURANDI ABADIA, N. (1950), «Distribución de toda la herencia en legados: examen especial de los legados de cosa específica y determinada, inmueble, propia del testador», *Revista general de Derecho*, pp. 431-438.
- MAZZARESE, S. (2001), «Invito beneficium non datur: gratuità del titolo e volontà di ricevere l'attribuzione», *Rivista critica del diritto privato*, vol. 19, fascículo 1, pp. 3-47.
- MELUCCI, P. (1906), *La sucesione a causa di morte*, Tommaso Pironti Editore, Napoli.
- MERCADER UGUINA, J., y SUÁREZ CORUJO, B. (2011), «La responsabilidad laboral y de seguridad social de los administradores sociales», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles* (dir. A. Rojo, E. Beltrán), 4.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 455-494.
- MERINO HERNÁNDEZ, J. L. «Responsabilidad del heredero», *Manual de Derecho sucesorio aragonés* (coord. J. L. Merino Hernández), Sonlibros, Zaragoza, pp. 117-134.
- MESA MARRERO, C. (2017), *La capacidad para testar: Aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales*, Wolters Kluwer, Barcelona.
- MESSINEO, F. (1962), *Manuale di diritto civile e commerciale*, v. 6, *diritto delle successioni per causa di morte*, Giuffrè, Milano.
- MEZQUITA DEL CACHO, J. L. (1958), «Recobro (*mortis causa*) de donaciones a descendientes (estudio del artículo 812 del Código Civil)», *Anuario de Derecho Civil*, pp. 21-114.
- MIGLIACCIO, E. (2015), *Funzione e vicende dei legati: Il legato di debito*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.
- MILLÁN SALAS, F. (2007), «La protección sucesoria de las personas con discapacidad: el legados de alimentos», *La protección de las personas mayores* (coords. C. Lasarte Álvarez, M. F. Moretón Sanz, P. López Pélaez), Tecnos, pp. 412-426.
- MILNE, B. A. (1950), *Executors and administrators*, Stevens & Sons Limited, London.
- MINGORANCE GOSÁLVEZ, C. (2004), *El pago de las deudas hereditarias*, Dykinson, Madrid.
- (2015), «Los principios de confusión y de separación de patrimonios en el derecho hereditario español», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 752, pp. 3221-3256.
- MÍQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, J. M. (2014), «Reflexiones sobre la legítima», *Estudios de Derecho de Sucesiones: Liber amicorum T. F. Torres García* (dir. A. Domínguez Luelmo, M. P. García Rubio), La Ley Wolters Kluwer, Madrid, pp. 983-1001.
- MONJE BALSAMEDA, O. (2001), *La herencia yacente*, Dykinson, Madrid.
- MONTANARI, M. (2009), «Successioni mortis causa e fallimento», *Trattato di diritto delle ssuccessioni e donazioni* (dir. G. Bonilini), V, Giuffrè, Milano, pp. 103-161.
- MONTERROSO CASADO, E. (2018), «Responsabilidad civil médica: análisis de los criterios de imputación», *Responsabilidad profesional* (dir. E. Monterroso Casado), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 37-109.

- MORALES MORENO, A. M. (1988), *El error en los contratos*, Ceura, Madrid.
- (2015), «De nuevo sobre el error», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 55, pp. 713-744.
- MORATALLA ESCUDERO, J. R. (2016), «La herencia y la transmisión *mortis causa* del patrimonio digital», *Revista de derecho actual*, núm. 1, pp. 227-233.
- MOULY, C. (1979), *Les causes d'extinction du cationnement*, Librairies Techniques, París.
- MOUTÓN Y OCAMPO, D. L. (1908), «Necesidad de la revisión del Código Civil: instituciones que deben reformarse y agregarse», *Revista general de legislación y jurisprudencia*, tomo 113, pp. 433-463.
- MOYA JIMÉNEZ, A. (2015), *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, 10.^a ed., Bosch, Barcelona.
- MUÑIZ ESPADA, E. (1995), «Tratamiento en la herencia del seguro de vida para caso de fallecimiento», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 48, núm. 4, pp. 1633-1708.
- MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES, E. (1996), *El art. 891 del CC: la distribución de toda la herencia en legados*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- (1997), *¿Hereder o legatario? (En torno a su distinción)*, Tecnos, Madrid.
- (1998), «El sistema de liquidación del pasivo hereditario en el Derecho común español: ¿sistema de corte personalista o sistema patrimonialista? (Una perspectiva comparada)», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 51, pp. 81-175.
- MURGA FERNÁNDEZ, J. P. (2018), «Payment of decedents' debts in succession law: effects and defects of the German and Spanish legal systems», *ZEuP: Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, núm. 2, pp. 359-381.
- MUSTOE, N. E. (1952), *Executors and Administrators*, 5.^a ed., Butterworth & Co, London.
- NATOLI, U. (1947), *L'amministrazione dei beni ereditari*, Tomo I, Giuffrè, Milano.
- (1969), *L'amministrazione dei beni ereditari, II, L'amministrazione nel periodo successivo all'accettazione dell'eredità*, Giuffrè, Milano.
- NAVARRO AMANDI, M. (1890), *Cuestionario del Código Civil reformado*, t. III, Imprenta de Infantería de Marina, Madrid.
- NAVARRO CASTRO, M. (2009), *La responsabilidad por las deudas hereditarias*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid.
- NICOLÒ, R. (1934), *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, Officine grafiche Principato, Messina.
- NIETO ALONSO, A. (2014-A), «La disposición testamentaria ordenada a favor de quien cuide al testador o a otras personas por él designadas», *Estudios de Derecho de Sucesiones: liber amicorum T. F. Torres García* (dirs. A. Domínguez Luelmo, M. P. García Rubio, coord. M. Herrero Oviedo), La Ley Wolters Kluwer, Madrid, pp. 1043-1066.
- (2014-B), *Sustitución fideicomisaria de residuo, usufructo testamentario de disposición y donación: la atribución de facultades dispositivas y la repercusión de la situación de necesidad*, La ley, Madrid.

- NOVOA SEOANE, R. (1919), «La repudiación y la renuncia de la herencia. La aprobación judicial de las operaciones de testamentaría», *Revista de Derecho privado*, pp. 146-151.
- NÚÑEZ IGLESIAS, A. (2014), «Los recuerdos de familia. Una creación de la jurisprudencia francesa», *Estudios de Derecho de Sucesiones: liber amicorum T. F. Torres García* (dirs. A. Domínguez Luelmo, M. P. García Rubio, coord. M. Herroero Oviedo), La Ley Wolters Kluwer, Madrid, pp. 1067-1084.
- (2016), *Código Civil Comentado* (dirs. A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández), vol. II, 2.^a ed., Thomson Reuters Cizur Menor, Navarra, pp. 584-605 y 1760-1776.
- NÚÑEZ LAGOS, R. (1951), «El derecho sucesorio ante la tradición española y el Código Civil», *Revista general de legislación y jurisprudencia*, tomo 189, pp. 385-421.
- NÚÑEZ MUÑIZ, M. C. (2001), *El legado de parte alícuota*, Edijus, Zaragoza.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (1993), *Comentario del Código Civil* (dirs. C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz, P. Salvador Coderch), tomo 1, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 2354-2388.
- OCAÑA RODRÍGUEZ, A. (2009), «Derecho sucesorio y derecho de crédito. Una difícil confluencia», *Reflexiones sobre materias de Derecho sucesorio* (dirs. M. D. Álvarez García y F. Zubiri de Salinas), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 695-858.
- OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2010), *El error iuris en el Derecho Civil*, Consejo General del Notariado, Madrid.
- OLIVA LEÓN, R. (2016), «Derecho e identidad digital *post-mortem*», *Testamento ¿digital?* (coords. R. Oliva León, S. Valero Barceló, C. Belda Casanova), Juristas con Futuro, eBook, pp. 67-82.
- OOSTERHOFF, A. H., FREEDMAN, C. D., MCINNES, M., y PARACHIN, A. (2016), *Oosterhoff on Wills*, 8.^a ed., Thomson Reuters, Ontario.
- ORDÓÑEZ SERRANO, D. (2016), «Herederos frente a la deuda hipotecaria del fallecido», *Inmueble: revista del sector inmobiliario*, núm. 160, pp. 18-21
- ORIO LLEBOT, J. (2011), «Los deberes y la responsabilidad de los administradores», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, (dirs. A. Rojo, E. Beltrán), 4.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 27-58.
- ORTIZ RODRÍGUEZ, J. (2001), «La responsabilidad del heredero por deudas y legados», *Homenaje a don Antonio Hernández Gil* (coord. L. Martínez-Calcerrada Gómez), vol. 3, pp. 2561-2584.
- OSSORIO MORALES, J. (1941), «Comentarios a la sentencia de 16 de octubre de 1940», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, I, p. 148.
- (1942), *Estudios de derecho privado*, Bosch, Barcelona.
- OSSORIO SERRANO, J. M. (1985), «El legado de deuda», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 38, n. 4, pp. 941-978.

- OSSORIO SERRANO, J. M. (1993), *Comentario del Código Civil* (dirs. C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz, P. Salvador Coderch), tomo 1, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 2126-2155.
- OTERO CRESPO, M. (2014), «Problemas sucesorios de los derechos de la personalidad: regulación y lagunas en el régimen de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen», *Estudios de Derecho de Sucesiones: liber amicorum T. F. Torres García* (dirs. A. Domínguez Luelmo, M. P. García Rubio, coord. M. Herrero Oviedo), La Ley Wolters Kluwer, Madrid, pp. 1107-1130.
- PACCHIONI, G. (1927), *Tratatto delle obbligazioni secondo il diritto civile italiano*, Fratelli Bocca, Turín.
- PALAZZO, A. (2003), *Istituti alternativi al testamento*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli.
- PANTALEÓN PRIETO, F. (1993), *Comentario del Código Civil* (dirs. Por C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz, P. Salvador Coderch), tomo 2, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 1971-2003.
- PARAMIO JUNQUERA, N. (2013), «Deudas y herencias: soluciones y alternativas desde el derecho», *Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria*, núm. 25, pp. 263-295.
- PÁRAMO DE SANTIAGO, C. (2015), «Pago de deudas de una herencia: supuesto de la institución de usufructuario de la herencia (comentario a la STS de 16 de diciembre de 2014)», *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 173, pp. 109-112.
- PARDO MUÑOZ, F. J. (2011), *Eficacia registral de las resoluciones judiciales dictadas en procesos civiles seguidos contra la herencia yacente, comunidad hereditaria o herederos desconocidos, ignorados o inciertos de una persona fallecida. RRDGRN de 19 de agosto de 2010 y 10 de enero de 2011. Referencia a la hipoteca inversa*, Fundación Registral, Madrid.
- PARISIO, S. (1967), «Il notaio nella procedura di liquidazione concorsuale dell' eredità», *XVI Congresso Nazionale del Notariato: Consiglio Nazionale del Notariato*, Giuffrè, Perugia.
- PARRA LUCÁN, M. A. (2002), «Responsabilidad civil de administradores de sociedades», *Tratado de Responsabilidad Civil* (coord. Por L. F. Reglero Campos), Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, pp. 1261-1339.
- PASCUAL DE LA PARTE, C. C. (2015), «Notas de urgencia sobre el “derecho de transmisión”: una crítica negativa a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013 y a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de marzo de 2014», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 749, pp. 1584-1608.
- PASQUAU LIAÑO, M. (2007), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (dir. J. J. Díez Núñez), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 379-392.

- PATTI, S. (2009), «I debiti», *Trattato di diritto delle ssuccessioni e donazioni* (dir. G. Bonilini), I, Giuffrè, Milano, pp. 453-464.
- PAZ RUBIO, J. M., et al. (2000), *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid.
- PAZOS CASTRO, R. (2017), *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, Cizur Menor, Navarra.
- PENNAZIO, R. (2004), «Legato e datio in solutum tra autonomía testamentaria e rapporto contrattuale», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, pp. 1561-1576.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1985), «La naturaleza de la legítima», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 38, núm. 4, pp. 849-908.
- (1986), «La naturaleza de la legítima», *Anuario de derecho civil*, vol. 39, núm. 2, pp. 571-580.
- (2007), «El artículo 1082 del Código Civil y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LX, pp. 445-512.
- (2009), *La herencia y las deudas del causante*, 3.ª ed., Comares, Granada.
- PERCEROU, J. (1905), «La liquidation du passif héréditaire en droit comparé spécialement en droit allemand», *RTD Civ.*, pp. 811-874.
- PÉRÈS, C., y VERNIÈRES, C. (2018), *Droit des successions*, Presses universitaires de France, Paris.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. (2008), «La fianza», *Curso de Derecho Civil. Vol. II, Derecho de obligaciones*, 2.ª ed., COLEX, Madrid, pp. 803-836.
- (2016), *El beneficio de inventario*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra.
- PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (2004), «El concurso de la herencia», *Revista de derecho concursal y paraconcursal: anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm. 1, pp. 53-72.
- PÉREZ SAUQUILLO, G. (1952), «Responsabilidad del heredero respecto a los legados», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo VI, pp. 215-291.
- PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P. (2007), *Los planes de pensiones y los planes de previsión asegurados: su inclusión en el caudal hereditario*, Fundación Mapfre, Madrid.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J. (2004), «La intervención del caudal hereditario», *La división judicial de patrimonios: aspectos sustantivos y procesales* (dir. J. L. Seoane Spiegelberg), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 439-495.
- PERLINGIERI, G. (2011), «Heredis institutio ex certa re, acquisto di beni non contemplati nel testamento e l'art. 686 c.c.», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 65, núm. 2, pp. 459-481.
- PHILLIPS, W. B. (1965), *The accounts of Executors Administrators and Trustees*, 11.ª ed., Sir Isaac Pitman and Sons, London.
- PIEDELÈVRE, S. (2007), «Crédit et successions: la sécurité de l'héritier passe avant les droits des créanciers successoraux», *Droit et patrimoine*, 157, pp. 59-65.
- PILLADO MONTERO, A. (1996), «Los pactos sucesorios en la Ley de Derecho Civil de Galicia», *Revista xurídica galega*, núm. 13, pp. 15-68.

- PINTO OLIVEIRA, N.M. (2016), «O caso das fianças revisitado-Em torno do acórdão do STJ de 9 de Julho de 2015», *Julgar online*.
- PITA BRONCANO, C. (2004), *Ejecución por deudas hereditarias antes y después de la aceptación de la herencia y de la partición* (tesis doctoral), Extremadura.
- PLANIOL, M., y RIPERT, G. (1956), *Traité pratique de Droit Civil Français, T. IV, Successions*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris.
- PLANITZ, H. (1957), *Principios de derecho privado germánico*, (trad. C. Melón Infante), 3.ª ed., Bosch, Barcelona.
- POUS DE LA FLOR, M. P. (2014), «La acción de división de la herencia y el procedimiento previo de la liquidación del régimen económico de gananciales: nulidad, rescisión y modificación de la partición», *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista* (dirs. F. Lledó Yagüe, M. P. Ferrer Vanrell, J. A. Torres Lana; coord. O. Monje Balsameda), vol. 2, Dykinson, Madrid, pp. 1253-1282.
- PUIG BRUTAU, J. (1961), *Fundamentos de Derecho Civil T. V.*, vol. 1, *Herencia, heredero y legatario, aceptación y repudiación, responsabilidad del heredero, otras consecuencias de la aceptación, herencia en administración, el albaceazgo*, Bosch, Barcelona.
- (1983), *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo II, vol. III, Bosch, Barcelona.
- PUIG FERRIOL, L. (1967), *El albaceazgo*, Bosch, Barcelona.
- RAMS ALBESA, J. (2003), «El beneficio de inventario: ¿una incoherencia del sistema?», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo, tomo IV. Derecho Civil. Derecho Sucesiones*, Thomson Civitas, Madrid, pp. 5469-5480.
- (2009), «El concurso de la persona física y el Derecho aragonés de sucesiones», *Anuario de derecho concursal*, núm. 17, pp. 41-79.
- REAL PÉREZ, A. (1988), *Intangibilidad cualitativa de la legítima*, Civitas, Madrid.
- REBOLLEDO VARELA, A. L. (2014), «La repudiación de la herencia en perjuicio de los acreedores», *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista* (dirs. F. Lledó Yagüe, M. P. Ferrer Vanrell, J. A. Torres Lana; coord. O. Monje Balsameda), vol. 1, Dykinson, Madrid, pp. 719-754.
- REGLERO CAMPOS, L. F. (1998), *Institución de herederos: designaciones erróneas, genéricas e inciertas*, Aranzadi, Navarra.
- REGLERO CAMPOS, L. F. (2002), «Conceptos generales y elementos de delimitación», *Tratado de Responsabilidad Civil* (coord. por L. F. Reglero Campos), Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, pp. 46-162.
- RENDELL, C. (1994), *Wills, probate and administration*, Guildhall University, London.
- REQUEIXO SOUTO, X. M. (2011), *Código Civil Comentado* (dirs. A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández), vol. II, 2.ª ed., Thomson Reuters Cizur Menor, Navarra, pp. 1061-1101.
- (2012), «Pactos de atribución particular *post mortem*. Ámbito del artículo 1271, ap. 2.º, del Código Civil», *Anuario de Derecho Civil*, tomo 65, núm. 4, octubre-diciembre, pp. 1745-1781.

- REQUEIXO SOUTO, X. M. (2016), «Legados», *Tratado de Derecho de sucesiones: Código civil y normativa civil autonómica* (dir. M. Carmen Gete-Alonso Calera), coord. J. Solé Resina), 2.^a ed., tomo I, Civitas, Pamplona, pp. 1193-1246.
- RESTA, G. (2009), «I diritti della personalità», *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* (dir. G. Bonilini), I, Giuffrè, Milano, pp. 729-763.
- RHEINSTEIN, M. (1935), «European methods for the liquidation of the debts of deceased persons», *Iowa Law Review*, pp. 431-475.
- RIVAS MARTÍNEZ, J. J. (2009), *Derecho de sucesiones: común y foral*, 4.^a ed. (tomos I-III), Dykinson.
- RIVERA FERNÁNDEZ, M. (2016), *Código Civil Comentado* (dir. A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández), vol. II, 2.^a ed., Thomson Reuters Cizur Menor, Navarra, pp. 841-843.
- ROBBE, U. (1975), *La hereditas iacet e il significato della hereditas in diritto romano*, Giuffrè, Milano.
- ROBLES GARZÓN, J. A. (1979), *La quiebra de la herencia*, Bosch, Barcelona.
- ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1995), *Derecho de sucesiones*, 2.^a ed, Bosch, Barcelona.
- ROCA SASTRE, R. M. (1944), «Naturaleza jurídica de la legítima (teoría de la *debitas pars valoris bonorum*)», *Revista de Derecho privado*, pp. 185-209.
- (1948), *Derecho hipotecario*, t. III, Bosch, Barcelona.
- (1953), «Problemas de la venta de herencia», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo VII, pp. 665-697.
- (1960), «El *beneficium separationis* y los actuales sistemas de separación sucesoria», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 13, núm. 4, pp. 1117-1170.
- (1976), *Derecho de Sucesiones* (Theodor Kipp), Traducción de la decimoprimera revisión de H. Coing, vol. II, 2.^a ed. (al cuidado de L. Puig Ferriol y F. Bado-sa Coll), Bosch, Barcelona.
- (1979), *Derecho hipotecario*, t. II, Bosch, Barcelona.
- (2009), «La adquisición y la repudiación de herencia en el derecho común y en el derecho foral», *Estudios de Derecho Privado, tomo II: Sucesiones*, Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, pp. 37-64.
- ROCA TRÍAS, E. (2003), *Derecho de daños*, 4.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2005), «L'herència insolvent», *InDret*, mayo, pp. 1-22.
- (2009), «L'acceptació i la repudiació», *Institucions del Dret civil de Catalunya*, vol. III. Dret de successions, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 595-614.
- RODRÍGUEZ MORATA, F. A. (1993), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales* (dir. A. Albaladejo y S. Díaz Alabart), tomo XXV, vol. 1, Edersa, Madrid, pp. 123-132.
- RODRÍGUEZ ROSADO, B. (2017), *Heredero y legitimario*, Aranzadi Cizur Menor, Navarra.
- RODRÍGUEZ-URÍA SÁNCHEZ, I. (2014), *La ley aplicable a los pactos sucesorios*, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela.
- ROGEL VIDE, C. (2011), *Renuncia y repudiación de la herencia en el Código Civil*, Ed. Reus, Madrid.
- (2017), *El derecho a la herencia en la Constitución*, Ed. Reus, Madrid.

- ROMÁN GARCÍA, A. (1984), *El derecho de reversión legal (análisis del art. 812 del Código Civil español)*, Montecorvo.
- (1999), *Derecho de sucesiones: Instituciones de Derecho Civil Español VII*, McGraw-Hill, Madrid.
- ROMEO, C. (2009), «L'acquisto dell'eredità»; «Gli acquisti dell'eredità senza accettazione», *Tratatto di diritto delle successioni e donazioni*, Giuffrè Editore, Milano, pp. 1199-1258.
- ROMERO COLOMA, A. M. (1997), «En torno a la problemática de la herencia yacente», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 643, pp. 2217-2226.
- ROMERO PAREJA, A. (2007), *El testamento en España. Nuevas tecnologías y formas testamentarias*, Cinca, Madrid.
- ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, F. (2016), «Testamento digital», *Testamento ¿digital?* (coords. R. Oliva León, S. Valero Barceló, C. Belda Casanova), Juristas con Futuro, eBook, pp. 26-38.
- ROVIRA JAÉN, F. J. (1969), «En torno a las deudas de la herencia», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, pp. 1573-1601.
- ROYO MARTÍNEZ, M. (1951), *Derecho sucesorio mortis causa*, Editorial Edelce, Sevilla.
- RUBIO GARRIDO, T. (2002), *Fianza solidaria, solidaridad de deudores y cofianza*, Comares, Granada.
- RUEDA GARCÍA, L. (2013), «La transmisión de la responsabilidad contable a los causahabientes. Los efectos de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario», *Revista española de control externo*, vol. 15, núm. 45, pp. 201-209.
- RUGGERI, L. (2005), «*Garanzie personali*», *Trattato di diritto civile*, Consiglio Nazionale del Notariato, Napoli.
- RUSSELL, C., COTTON, W., y DEW, R. (2005), *Ranking, Spicer & Pegler's Executors-hip Law, trusts and accounts*, Butterworths, London.
- SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M. B. (2003), «El legado de cosa hipotecada como relación obligatoria ex testamento. Las posiciones jurídicas del acreedor hipotecario, el legatario tercer poseedor de finca hipotecada y el heredero gravado con el legado», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (coord. A. Cabanillas Sánchez), vol. 4 (Derecho Civil. Derecho Sucesiones), Thomson Civitas, Madrid, pp. 5513-5535.
- SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M. B., y MARTOS CALABRÚS, M. A. (2017), *La sucesión en el pasivo hereditario y la liquidación de la herencia tras la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria*, Comares, Granada.
- SAMUELS, R. (1974), *Equity and Succession*, Sweet & Maxwell, London.
- SÁNCHEZ ARISTI, R. (2003), *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post-mortem*, Comares, Granada.
- SÁNCHEZ CALERO, F. J. (1993), *Comentario del Código Civil* (dirs. C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz, P. Salvador Coderch), tomo 1, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 2103-2111.

- SÁNCHEZ CID, I. (2016), *La repudiación de la herencia: comentarios y reflexiones*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P. (2005), *La extinción del derecho a la pensión compensatoria*, Comares, Granada.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C. (1997), *La herencia yacente (vertientes personal y patrimonial)*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2012), *La partición judicial de la herencia: un análisis del régimen legal y su aplicación judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- SÁNCHEZ JORDÁN, M. E., y GARCÍA GARCÍA, J. A. (2014), «La responsabilidad de los herederos antes y después de la partición», *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista* (dirs. F. Lledó Yagüe, M. P. Ferrer Vanrell, J. A. Torres Lana; coord. O. Monje Balsameda), vol. 2, Dykinson, Madrid, pp. 1393-1426.
- SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1910), *Estudios de Derecho Civil*, 2.^a ed., Sucesores de Rivadeneira, Madrid.
- SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I. (2015), «Limitación de la responsabilidad a los bienes de la herencia por una de las deudas que conforma el haber hereditario», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 752, pp. 3257-3296.
- SANCHO REBULLIDA, F. A. (1993), *Comentario del Código Civil* (dirs. C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz, P. Salvador Coderch), tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 1657-1668.
- SANGER, C. P. (1925), *Wills and intestacies*, Sweet & Maxwell, London.
- SAN SEGUNDO MANUEL, T. (2009), «Las deudas contraídas por el causante en su ejercicio profesional han de incluirse en el pasivo de la herencia. Exigibilidad de los intereses moratorios en relación con el valor de la legítima», *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 714, pp. 2193-2195.
- SANZ SÁENZ, C. (2018), «Deudas con la seguridad social y responsabilidad de los administradores ¿Responden sus herederos?», *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial: XXVIII Congreso d Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 2 (CD), Cinca, Madrid.
- SAVIGNY, M. F. C. (1878), *Sistema del Derecho Romano Actual*, (trad. M. Ch. Guenoux, y vertido al castellano por J. Mesía y M. Poley), tomo II, Góngora editores, Madrid.
- SCALISI, V. (1974), *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, Giuffrè, Milano.
- SCHWIND, M. A. (2002), «Liability for obligations of the inheritance», *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. 5, Ch. 8, Tübingen, Mohr.
- SERRANO DE NICOLÁS, A. (2014), «Artículo 1006 Código Civil español: el mismo derecho no es el meramente instrumental *ius delationis*», *Revista de Derecho Civil*, vol. 1, núm. 4, pp. 189-203.
- SERRANO GARCÍA, J. A. (1994), *Los legados de educación y de alimentos en el Código Civil*, Tecnos, Madrid.

- SILLERO CROVETTO, B., y SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C. (1995), «La herencia yacente ante los tradicionales y actuales sistemas germánico y romano de adquisición de la herencia», *Revista de derecho privado*, núm. 79, pp. 798-815.
- SIMONETTO, E. (1985), *La fideiussione prestata da privati*, CEDAM, Padova.
- SMITH, L. (2015), «Intestate succession in Quebec», *Comparative Succession Law: Intestate Succession* (ed. K. G. C. Reid, M. J. de Waal, R. Zimmerman), Oxford University Press, Oxford, pp. 52-66.
- SOLÍS VILLA, I. (2012), «El beneficio de inventario y la función notarial», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 53, pp. 163-271.
- TERRÉ, F.; LEQUETTE, Y., y GAUDEMET, S. (2014), *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, 4.^a ed., Dalloz, París.
- TOMÁS MARTÍNEZ, G. (2000), *La adjudicación para pago de deudas hereditarias*, Dykinson, Madrid.
- TORRALBA SORIANO, V. (1993), *Comentario del Código Civil* (dirs. C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz, P. Salvador Coderch), tomo 1, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 11945-1974.
- TORRES GARCÍA, T. F. (1977), *El testamento ológrafo*, Montecorvo, Madrid.
- (1980), «La explotación agrícola familiar: su conservación en la sucesión *mortis causa* del titular: artículo 35 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 33, núm. 2, pp. 335-388.
- (2006), «Legítima, legitimarios y libertad de testar (síntesis de un sistema)», *Derecho de Sucesiones: presente y futuro, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Universidad de Murcia, Murcia, pp. 173-227.
- (2009), «La legítima en el Código Civil», *Estudios de derecho de familia y de sucesiones: (dimensiones interna e internacional)* (coords. S. Álvarez González, M. P. García Rubio, M. Requejo Isidro), Imprenta universitaria, Santiago de Compostela, pp. 297-332.
- (2017), «Una relectura de las condiciones testamentarias», *Estudios jurídicos Liber Amicorum en horno a Jorge Caffarena* (dirs. J. M. Embid Erujo, J. M. Míquel González y A. M. Morales Moreno; coords. A. Arija Soutullo y M. J. Santos Morón), Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, pp. 691-720.
- TORRES GARCÍA, T. F., y DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2012), «La legítima en el Código Civil (I y II)», *Tratado de legítimas* (coord. T. F. Torres García), Atelier, Barcelona, pp. 21-152.
- TORRES GARCÍA, T. F., y GARCÍA RUBIO, M. P. (2014), *La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.
- TORRES LANA, J. A. (1982), «Comentario al artículo 101 del Código Civil», *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro Primero del Código Civil* (coord. J. L. Lacruz Berdejo), Civitas, Madrid.

- TULLIO, A. (2009), «I diritti di crédito», *Trattato di diritto delle ssuccessioni e donazioni* (dir. G. Bonilini), I, Giuffrè, Milano, pp. 405-451.
- UREÑA CARAZO, B. (2016), «La aceptación de la herencia y el régimen de responsabilidad (a propósito de la STS de 7 de mayo de 2014)», *Actualidad civil*, núm. 5, pp. 4-13.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B. (1968), *Apuntes de derecho sucesorio*, reimp. de la ed. separada de 1955 del ADC, Madrid.
- (1978), *Comentarios al Código Civil español*, tomo XI, Edersa, Jaén, pp. 4-261.
- (1989), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, (dir. M. Albaladejo), tomo XIV, vol. 2, Edersa, Madrid, 1989, pp. 71-170, 345-706.
- (1993), *Comentario del Código Civil* (dirs. C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz, P. Salvador Coderch), tomo 1, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 2004-2009.
- VALVERDE VALVERDE, C. (1916), *Tratado de Derecho Civil Español*, t. V, *Parte especial: Derecho de sucesión mortis causa*, Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid.
- (1939), *Tratado de Derecho Civil Español, T. V, Parte especial, Derecho de sucesión mortis causa*, Talleres Cuesta, Valladolid.
- VAN DER GELD, L. A. G. M. (2016), «Wat brengt de Wet bescherming erfgenamen tegen schulden?», *Tijdschrift Erfrecht*, pp. 99-104.
- VENDRELL CERVANTES, C. (2017), «El enriquecimiento injustificado en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo», *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización* (dirs. X. Basózabal Arrue, P. del Olmo García), Aranzadi Cizur Menor, Navarra, pp. 281-334.
- VERDERA SERVER, R. (2017), *Partición de la herencia y arbitraje*, Bosch, Barcelona.
- VICANDI MARTÍNEZ, A. (2014), «La repudiación de la herencia: una visión de conjunto», *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista* (dirs. F. Lledó Yagüe, M. P. Ferrer Vanrell, J. A. Torres Lana; coord. O. Monje Balsameda), vol. 2, Dykinson, Madrid, pp. 1201-1221.
- VILLAR, M. (2011), «La responsabilidad tributaria», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles* (dir. A. Rojo, E. Beltrán), 4.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 495-549.
- VILLÓ TRAVÉ, C. (2016), «Una propuesta de regulación del beneficio de separación de patrimonios en el Código Civil español a la luz de la experiencia del Derecho civil de Cataluña», *Derecho y fiscalidad de las sucesiones mortis causa en España: una perspectiva multidisciplinar*, Thomson Reuters Aranzadi Cizur Menor, Navarra, pp. 211-229.
- VIVAS TESÓN, I. (2016), «Aceptación y repudiación de la herencia tras la ley de jurisdicción voluntaria», *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 758, pp. 3143-3174.
- VOCI, P. (1967), *Diritto ereditario romano, v. I: Introduzione, parte generale*, 2.ª ed., Giuffrè, Milano.
- VOCINO, C. (1942), *Contributo alla dottrina del beneficio di inventario*, Giuffrè, Milano.

- VON THUR, A. (1998), «Teoría general del Derecho civil alemán», vol. I, *Los derechos subjetivos y el patrimonio* (trad. T. Ravá), Marcial Pons, Madrid.
- WATGEN, M. (2015), *Successions et donations*, 5.^a ed., Larcier.
- WHITEHOUSE, C., et al. (2017), *Tolley's administration of Estates*, issue 48, Tolley, London.
- WILLIAMS, J. (1861), *The payment of the debts of a deceased person out of his real estate and the means by which that payment ought to be accomplished*, Hodges Smith & Co., London.
- WILLIAMS, MORTIMER y SUNNUCKS (2013), *Executors, administrators and probate*, Sweet & Maxwell, London.
- WILSON, H. A. R. J., y CARMICHAEL, K. S. (1959), *The principles of Executorship accounts*, 4.^a ed., HFL Publishers, London.
- WOOD, OLIVE y CERTOMA (1990), *Succession. Comentary and materials*, The Law Book Company, Sydney.
- WORRALL, V. (1957), *Succession*, Sweet & Maxwell, London.
- WRIGHT, C. E. (1986), *Succession*, Butterworths, London.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. (2002), «La responsabilidad civil en el proceso penal», *Tratado de Responsabilidad Civil* (coord. L. F. Reglero Campos), Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, pp. 445-517.
- ZIMMERMANN, R. (2007), «Compulsory heirship in Roman Law», *Exploring the law of succession: Studies national, historical and comparative* (ed. K. G. C. Reid, M. J. de Waal, R. Zimmermann), Edinburgh University Press, Edinburgh, pp. 27-48.
- ZOPPINI, A. (1998), «Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie in forma indiretta», *Studi in onore di P. Rescigno, vol. II, Diritto Privato*, Milano, pp. 919-1126.

Este libro trata de las implicaciones que la fuerte crisis económica ha tenido en el procedimiento de liquidación de la herencia, materia ya de por sí compleja y poco sistematizada, con normas que se hallan dispersas en el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil o la Ley Concursal. Para abordar la cuestión con la profundidad merecida, la autora analiza tanto el fenómeno de la sucesión *mortis causa* como los recursos que existen para preparar y facilitar la futura liquidación prestando especial consideración a la compleja figura de la herencia yacente, prácticamente huérfana de regulación positiva y origen de incontables problemas. Tras abordar la situación de los llamados a la herencia en lo que se refiere a los efectos y consecuencias del ejercicio positivo (aceptación) o negativo (repudiación) del *ius delationis*, se estudia la situación de los diferentes tipos de acreedores interesados en la liquidación de la herencia, del causante, del llamado, del ya heredero o del repudiante. Además, a fin de dar la mejor respuesta a los interrogantes planteados por la liquidación hereditaria en los tiempos de crisis, la autora nos acerca a los diferentes sistemas de responsabilidad por deudas así como sus características y efectos. Particular atención se otorga al beneficio de inventario, incidiendo en las cuestiones que, a pesar de su reciente reforma en nuestro Derecho, siguen siendo problemáticas. La parte final del libro aborda la muy interesante y poco tratada cuestión de las llamadas deudas ocultas o sobrevenidas, que son aquellas que aparecen tiempo después de que el heredero haya aceptado la herencia con total desconocimiento de las mismas, profundizando en las consecuencias que tal situación produce tanto a efectos fiscales como civiles. Los relevantes problemas suscitados por el sistema vigente conducen a la autora no solo a justificar la reforma del sistema hereditario del Código Civil español, sino también a proponer soluciones destinadas a encontrar un mejor equilibrio de los intereses en juego.