

L'herència insolvent

Encarna Roca Trias

Catedràtica de dret civil
Universitat de Barcelona

019dc

Abstract

La insolvència de l'herència o del causant ha estat afrontada amb tècniques diverses en tots els ordenaments jurídics. La Llei concursal (Llei 22/2003, de 9 de juliol, a partir d'ara, LCon) es refereix en alguns articles al que s'ha anomenat concurs de l'herència, la qual cosa no vol dir que solucioni, ni de bon tros, els problemes que sorgeixen de la insolvència. En aquest treball només intento identificar alguns dels problemes que la Llei concursal deixa sense resoldre i el que succeeix quan es posen en relació les normes concursals amb el Codi de successions i molt especialment, amb la institució del benefici d'inventari, així com les regles de la LEC, ja complexes per elles mateixes. Aquest treball, per tant, s'ha de considerar un working paper en sentit estricte: sempre resulta molt difícil iniciar una matèria en la qual la bibliografia és pràcticament inexistent.

Sumari

- 1. Alguns antecedents**
- 2. La successió en el concurs: la mort del deutor concursat**
 - 2.1 Posició dels hereus cridats**
 - 2.2. La posició dels creditors per càrregues i deutes que s'originin amb l'herència**
 - 2.3. Representació de l'herència i administració dels béns fins a la finalització del concurs**
 - 2.4. La manca de representació de l'herència**
 - 2.5. La prohibició de la partició dels béns hereditaris**
 - 2.6. Finalització del concurs**
- 3. La declaració de concurs de l'herència**
 - 3.1. La declaració de concurs de l'herència jacent**
 - 3.2. El concurs de l'herència acceptada a benefici d'inventari**
- 4. Conclusió**
- 5. Bibliografia**

1. Alguns antecedents

La insolvència de l'herència ha estat quasi sempre tractada des del punt de vista de la protecció de l'hereu. És coneguda la decisió política que permeté en el seu moment la limitació de la responsabilitat de l'hereu *cum viribus* per fomentar l'acceptació i evitar les herències vacants (CICU, 1954, 248), evitant així que els deutes del causant afectessin el patrimoni personal de l'hereu. Aquesta és una història coneguda i no cal insistir-hi. En canvi, el benefici de separació de patrimonis estava pensat per protegir els creditors per deutes del causant i els legataris, quan fos el patrimoni de l'hereu el que es trobés en una situació d'insolvència, però el que ara m'interessa estudiar és l'herència insolvent i no l'hereu insolvent. Perquè, en realitat, la situació és diferent, ja que el que es tracta amb la declaració d'insolvència de l'herència no és protegir l'hereu, sinó protegir els creditors del causant, proporcionant-los l'oportunitat d'actuar conjuntament, cosa que no poden fer en el benefici d'inventari (LÓPEZ JACOISTE, 1958, 530).

Els diferents ordenaments jurídics europeus han formulat algunes solucions més enllà de les pròpiament successòries o en complement amb les successòries. Pot ser interessant fer una ràpida referència a algunes normes que s'ocupen de la insolvència de l'herència.

1r. El Codi civil italià preveu dues vies de liquidació de l'herència quan l'hereu hagi acceptat a benefici d'inventari: i) la liquidació individual, en la qual l'hereu paga a creditors i legataris a mesura que es presenten (art. 495 Codice civile), o ii) la liquidació, que s'anomena *concurso* (CICU, 1954, 283 i PALAZZO, 1996, I, 311), regulada en els articles 498 i següents del Codi italià. Aquest tipus de liquidació la pot iniciar l'hereu per iniciativa pròpia, o bé a partir de l'oposició de creditors o de legataris. Es tracta d'un procediment formal de liquidació la finalitat del qual és garantir la *par condicio creditorum* de l'herència i dels legataris (BIANCA, 2001, 550). Segons les disposicions del Codi italià, en aquest tipus d'acceptació es procedeix a la determinació del passiu de l'herència, que es realitza invitant a creditors i legataris a presentar la declaració dels seus crèdits, segueix la liquidació de l'actiu, per a la qual cosa es poden alienar béns per pagar aquests crèdits, es determina tot seguit la preferència dels crèdits, segons siguin garantits amb hipoteques, privilegiats, etc. i, finalment, es procedeix al pagament (PALAZZO, 1996, I, 324). PALAZZO afirma que aquest tipus de liquidació pren com a model la fallida i, per bé que els autors i la jurisprudència italiana no estan massa segurs sobre la possibilitat de demanar també la declaració de fallida d'una herència, perquè el Codi italià prohibeix que s'exerceixin accions executives contra els béns hereditaris durant el procediment de liquidació (art. 506 Codi italià), la majoria responen afirmativament que la declaració de fallida del difunt pot ser demanada en aquest procediment, perquè presenta una major garantia per als creditors i, fins i tot, pel mateix hereu, donats els controls públics d'aquest procediment, que són menors en el procediment d'acceptació beneficiària concursal (CICU, 1954, 282 i PALAZZO, 1996, I, 324).

2n. El sistema hereditari anglès fa que la qüestió de la liquidació de l'herència insolvent presenti menys problemes per a l'hereu i per als mateixos creditors. D'entrada, es considera que una herència està en situació d'insolvència si els béns són insuficients per cobrir les despeses

funeràries, de testamentària i d'administració, així com els deutes i les responsabilitats del causant. CLARK (1988, 285) afirma que si el patrimoni és insolvent, però no està administrat com a tal, s'apliquen algunes regles de la legislació relativa a la fallida, d'acord amb l'*Administration of Insolvent Estates of Deceased Persons Order 1986*. D'acord amb aquesta norma, s'estableixen unes preferències entre els creditors de l'herència, de manera que seran preferents els crèdits originats pels funerals, testamentària i administració i, a continuació, s'aplicaran les normes de la fallida en relació als drets dels creditors per altres conceptes. Solament quan s'han pagat aquests creditors, l'hereu adquirirà allò que resti, si resta alguna cosa.

3r. En el dret espanyol no hi ha una via clara per a solucionar els problemes de la insolvència de l'herència. Hem de partir d'una afirmació que no discutiré aquí donat l'espai de què dispo i perquè no sembla que susciti excessives controvèrsies: l'hereu és deutor en virtut de l'acceptació, perquè és el nou titular del patrimoni afectat pels deutes (PEÑA, 1967, 134). Altra cosa serà determinar els procediments per a fer efectius els crèdits. Abans de la reforma de la LEC i de l'entrada en vigor de la LCon, el problema es focalitzava en la concurrència de les normes relatives als efectes de l'acceptació, segons es tractés de la feta en forma pura o de la feta a benefici d'inventari i, al mateix temps, en l'aplicació de les antigues normes de la LEC sobre judici de testamentària. Efectivament, l'antic art. 1038.4 LEC establia que "*cualquier acreedor, siempre que presente un título escrito que justifique cumplidamente su crédito*" era part legítima per promoure el procediment liquidatori en què la testamentària consistia. Ara bé, el problema es plantejava de manera més aguda en el cas que hi hagués més d'un hereu, perquè els drets dels creditors es concretaven en la facultat d'oposició a la partició, segons establí en el seu moment l'art. 1082 CC. I el mateix es pot dir del Dret successori català. Però el tema objecte d'estudi en aquest treball no és el de les garanties de què gaudeixen els creditors en cas d'una pluralitat d'hereus, vull deixar-ho ben clar perquè, altrament, el treball es convertiria en inabastable en l'espai de què dispo. La qüestió està en determinar si els creditors podien o no instar la declaració de fallida de l'herència i, aquí, l'opinió afirmativa era unànime, perquè l'art. 1053 LEC, en l'antic judici de testamentària, preveia la declaració de concurs o fallida de l'herència quan deia que "*las testamentarias podrán ser declaradas en concurso de acreedores o en quiebra en los casos en que así proceda respecto a los particulares; y si así lo fueren se sujetarán a los procedimientos de estos juicios*". LACRUZ (1961, 379) advertia que això no era automàtic, perquè si l'hereu que havia acceptat de forma pura i simple era solvent, la seva solvència eliminava automàticament la de l'herència, de manera que en l'acceptació pura s'hauria d'instar la fallida conjunta de l'herència i dels hereus, si els béns d'aquests units als de l'herència no arribaven a cobrir els deutes del causant i els generats per la successió (LACRUZ, 1961, 379). LÓPEZ JACOISTE ja havia dit que, en el cas que s'hagués produït la confusió de patrimoni per l'acceptació de l'hereu, ja no es podia declarar la fallida de l'herència, perquè "*la masa habrá perdido su inidad patrimonial, y se habrá desintegrado al fundirse con los patrimonios de los herederos*", de manera que "*sólo podrán ser declaradas en concurso o quiebra la herencia beneficiaria y la aceptada puramente cuando aún no se haya partido*" (LÓPEZ JACOISTE, 1958, 532). PEÑA admeté clarament la possibilitat de la fallida o concurs de l'herència, de manera que el règim dels crèdits, les seves preferències i graduacions, hauria de ser el de la fallida i no el del benefici d'inventari (PEÑA, 1967, 219).

Els diferents projectes de Llei Concursal, a partir de l'Avantprojecte de 1983, van intentar resoldre la polèmica admetent que l'herència podia ser declarada en concurs, malgrat que alguns autors no veien la necessitat de regular de forma minuciosa un tema que es podia resoldre amb les normes civils (GARCIA VILLAVARDE, 2003, 38).

És evident que la problemàtica que he posat de relleu és comuna a les acceptacions d'herències en general i, per tant, aplicable també al dret successori català. Em limitaré a partir d'aquí a tractar el tema del concurs de l'herència en relació al dret català.

Per tal de centrar l'estudi, cal dir que el concurs pot influir de dues maneres diferents en la successió: la primera consisteix en què el deutor concursat mori durant la tramitació del concurs prèviament declarat; en aquest cas, els hereus es troben amb una herència clarament insolvent i s'ha de tractar de veure com interfereixen les normes reguladores del concurs amb les normes successòries. La segona situació és la de l'herència insolvent; en aquest cas també es poden produir dues possibilitats: que l'herència no pugui afrontar el pagament dels deutes del causant i els generats per la successió, o bé que el patrimoni hereditari no pugui fer-se càrrec dels llegats. Per no fer més llarg aquest treball, em limitaré de forma exclusiva a tractar els problemes relacionats amb els deutes.

2. La successió en el concurs: la mort del deutor concursat

L'article 182 LCon estableix la regla segons la qual la mort del deutor declarat en concurs no extingeix el procediment concursal, que s'acabarà solament per alguna de les causes previstes a l'art. 176 LCon. Així l'art. 182.1 LCon diu que "*la muerte o la declaración de fallecimiento del concursado no será causa de conclusión del concurso, que continuará su tramitación como concurso de herencia, correspondiendo a la administración concursal el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición del caudal relicto*". D'acord amb aquesta disposició, el concurs prèviament declarat no solament continua, sinó que es transforma en concurs d'herència, situació molt poc clara, donat que la Llei concursal conté molt poques normes que regulin aquesta situació i algunes de les normes generals del concurs generen certes dificultats quan s'han d'aplicar al supòsit que ara es comenta.

Cal recordar que la situació econòmica del deutor concursat no ha de ser necessàriament d'insolvència; pot ser també deguda a manca de liquidesa, perquè l'expressió que utilitza l'art. 2.3 LCon per definir la insolvència permet considerar aquestes dues possibilitats. El concurs podia ser o bé voluntari o bé necessari. En el concurs voluntari el concursat manté les seves facultats d'administració i disposició, per bé que controlades pels administradors concursals (art. 40.1 LCon), mentre que en el concurs necessari, el concursat té suspès l'exercici d'aquestes facultats i és substituït pels administrador concursals (art. 40.2 LCon). Un cop mort el deutor concursat, el seu patrimoni passa a ser herència, que estarà o no jacent segons hagi o no acceptat un hereu cridat; pot haver-se nomenat també un marmessor universal, amb els efectes de l'art. 315.2 CS. Però malgrat que aquest és l'efecte general, la declaració prèvia del concurs del causant produeix un efecte especial i propi, perquè es tractarà d'un patrimoni subjecte a una

administració especial, de manera que en transformar-se el patrimoni del concursat en herència jacent, desapareix l'anterior distinció, ja que d'acord amb l'art. 182.1 LCon, l'administració i l'exercici de les facultats de disposició correspondrà a *la administración concursal* i, per tant, serà indiferent quina era la situació del deutor concursat abans de la seva mort. La mort del deutor canvia radicalment els efectes del concurs declarat, de manera que els hereus no gaudeixen de la mateixa situació del seu causant en el procediment concursal.

2.1 Posició dels hereus cridats

Tenint en compte el que he assenyalat, s'ha d'estudiar quina serà la postura dels hereus d'una persona declarada en concurs abans de morir, concurs que encara no ha finalitzat a l'obertura de la successió. Els hereus es poden trobar en dues posicions diferents: que acceptin l'herència o bé que no hagin manifestat cap voluntat, ja que d'acord amb l'art. 28.1 CS, l'hereu té trenta anys per acceptar l'herència des que li ha estat deferida.

L'acceptació per part de l'hereu del deutor concursat produeix diferents conseqüències, segons hagi acceptat en forma pura o a benefici d'inventari; és de suposar, però, que cap hereu en aquestes circumstàncies no tindrà interès en acceptar en forma pura, perquè és evident que el seu patrimoni incrementaria la massa activa del concurs, ja que d'acord amb el que disposa l'art. 76 LCon, la massa activa no queda definitivament tancada en el moment en què es constitueix arran de la declaració del concurs, sinó que es va integrant amb els béns "*que se reintegren al mismo o adquiriera hasta la conclusión del procedimiento*". Donat que en el cas de l'acceptació pura es produeix la confusió entre els patrimonis de l'hereu i del causant (art. 34 CS), els creditors que integren la massa passiva del concurs podran dirigir-se contra els béns de l'hereu que hagués acceptat en forma pura, que responen "*indistintament*", segons l'art. 34.1 CS de les obligacions del causant. Però aquesta és una possibilitat més aviat teòrica quan el causant hagi estat declarat en concurs abans de morir, a no ser que es produeixi el concurs per manca de liquidesa i no per insolvència. Si és que s'arriba a produir l'acceptació, l'hereu segurament haurà acceptat a benefici d'inventari i, per tant, mantindrà el seu patrimoni separat als efectes de la responsabilitat per deutes del causant. En el cas que ell mateix fos creditor, l'acceptació no l'elimina de la massa passiva, pel principi de no confusió, d'acord amb l'art. 35.2n. CS. Penso, doncs, que la situació de concurs previ de l'herència no altera per res les conseqüències que per a l'hereu tindrà l'acceptació. Resta, però, una pregunta de difícil resposta: pot l'hereu interessat en acceptar a benefici d'inventari aprofitar-se dels informes i documents comptables i d'altre tipus que s'hagin realitzat en relació al concurs per poder gaudir del benefici d'inventari? La pregunta no és ociosa perquè en la sol·licitud de concurs feta pel deutor s'han d'acompanyar uns documents sobre l'estat econòmic del deutor, entre els quals hi ha l'inventari dels seus béns i drets, i la relació de creditors (arts. 6 i 7 LCon). La resposta no és gens clara perquè, a més, i tenint en compte la situació real del moment del procediment en què es trobi el concurs a la mort del deutor, pot ser que l'hereu no pugui tenir accés al patrimoni per poder fer un inventari, que al mateix temps resulta absurd per la mateixa dinàmica del concurs. Torno a repetir que aquesta qüestió és més teòrica que pràctica, però pot produir-se. I encara que no estigui resolt, m'inclino per considerar que l'hereu pot treure profit d'aquest inventari als efectes del benefici perquè serà una imatge perfecta de la situació patrimonial del difunt. I si pot utilitzar l'inventari fet per a la quarta trebel·liànica, no veig raó per

negar-li la mateixa possibilitat en el cas que s'estudia. És més eficient i protegeix l'hereu sense perjudicar els altres implicats en la successió.

Si l'hereu no ha acceptat, la jacència hereditària no impedeix que continuï el concurs, ja que l'art. 182.1 LCon, d'acord amb l'art. 40.5 LCon, habilita els administradors concursals per administrar i disposar del patrimoni del concursat amb la finalitat de l'acabament del mateix concurs.

2.2. La posició dels creditors per càrregues i deutes que s'originin amb l'herència

Aquí es comencen a presentar problemes més pràctics i de solució bastant complexa.

El primer que cal recordar és que la declaració de concurs no immobilitza el patrimoni del concursat. Això és especialment clar quan l'art. 44 LCon permet al deutor la continuació de l'exercici de la seva activitat professional o empresarial, perquè en la llei actual no es persegueix extingir l'activitat econòmica del deutor sinó, alguns cops, facilitar-li la continuïtat de la seva activitat econòmica, donat que, com he anat assenyalant, el concurs pot produir-se per manca de liquidesa. La continuació de l'activitat econòmica del causant pot generar més obligacions i per això s'ha de considerar que la massa passiva no és necessàriament estàtica com reconeix directament l'art. 84.2, 4rt. LCon, que descriu els crèdits concursals, i que proporciona arguments per incorporar altres crèdits sorgits amb posterioritat a la declaració del concurs.

A continuació, la pregunta se centra en la condició dels creditors per deutes que es generin com a conseqüència de l'obertura de la successió, segons la llista que conté l'art. 34 CS. Augmenten la massa dels creditors aquells que ho siguin per càrregues i deutes que s'originen pel fet de la successió? Cal recordar que l'art. 34.2 CS estableix una llista d'allò que es consideren càrregues hereditàries: "les despeses de darrera malaltia, d'enterrament o incineració, funeral del causant i altres serveis funeraris; les de formació d'inventari, partició i defensa dels béns de l'herència; les dels judicis de testamentari o d'abintestat causades en interès comú; les de lliurament de llegat, pagament de llegítimes o retribució dels marmessors, i altres de naturalesa anàloga". Aquesta llista, però, inclou algunes despeses que no poden ser considerades quan el causant ha mort durant la tramitació del concurs, per aplicació del principi "abans pagar que heretar". Penso, per tant, que solament podrien augmentar el passiu del concurs les despeses relacionades amb la mateixa defunció i, possiblement, la retribució del marmessor, quan n'hi hagi; però quedarien excloses les altres, perquè no hi ha llegítimes en el cas d'una successió amb passiu, o en qualsevol cas s'hauria d'esperar a la finalització del concurs per saber si hi ha o no actiu computable. Els legataris solament tindran dret a reclamar els seus llegats quan quedi actiu a l'herència, un cop pagats els creditors que formen la massa passiva del concurs.

La qüestió s'ha de centrar, doncs, en els creditors per despeses d'enterrament, funeral, etc. i possiblement, la remuneració del marmessor. L'art. 84 LCon diu que "*constituyen la masa pasiva los créditos contra el deudor común*" que no tinguin la consideració de crèdits contra la massa. Els crèdits contra la massa són aquells que se satisfan abans de procedir al pagament dels crèdits concursals, deduït de la massa activa els béns necessaris per al pagament (art. 154.1 LCon). Els crèdits contra la massa són deutes del concursat contrets durant la tramitació del concurs, dels

quals poden ser creditors el mateix deutor (aliments), l'administració concursal (costes i despeses judicials) o bé determinats creditors (responsabilitat extracontractual). SASTRE PAPIOL (2004, 1159) afirma que aquests crèdits es caracteritzen perquè es meriten a partir de la declaració del concurs, el conflicte sobre reconeixement i classificació es fa per mitjà de l'incident concursal, no estan sotmesos a la llei del dividend i s'han de satisfer al moment de llur venciment, sempre que existeixin béns. Doncs bé, les despeses funeràries tenen la consideració de crèdits contra la massa perquè, segons l'art. 259 CF, estan considerades en el dret català dins del contingut dels aliments. Establint l'art. 84.2, 4rt. LCon que els aliments són crèdits contra la massa, penso que les despeses funeràries queden incloses en aquest apartat de l'art. 84 LCon .

No crec, però, que les altres despeses puguin tenir la condició de crèdits concursals, llevat de la remuneració del marmessor. Efectivament, com veurem, l'art. 182.2 LCon estableix que la representació de l'herència en el cas de continuació del procediment un cop mort el deutor concursat *"corresponderá a quien la ostente conforme a derecho, y en su caso, a quien designen los herederos"*. Aquesta despesa, però, no considero que es pugui incloure en la llista de crèdits contra la massa, perquè encara que es tracta d'una despesa generada per la representació del deutor concursat, en aquest cas, de la seva herència, no es tracta d'una despesa d'assistència i representació *judicial*, que és el requisit exigint per l'art. 84.2, 3r. LCon per a què pugui ser qualificada com a crèdit contra la massa; el que sí originaran crèdits contra la massa seran les despeses judicials de representació de l'herència jacent. Això sí, el marmessor integrarà la massa passiva, segons el que disposa l'art. 49 LCon.

2.3. Representació de l'herència i administració dels béns fins a la finalització del concurs

He repetit que l'herència del deutor-causant concursat està subjecta a l'administració concursal, segons diuen de forma molt clara els articles 40.5 i 182.1 LCon. Per tant, en el cas que es tracti d'un concurs voluntari, en què el deutor conserva les facultats de disposició i administració, per bé que amb la intervenció dels administradors concursals, segons l'art. 40.1 LCon, aquesta situació s'extingeix quan el deutor concursat mor. Serà l'administració concursal, constituïda d'acord amb el que disposen els arts. 26 i següents de la Llei, la que es farà càrrec de l'administració del concurs. L'art. 40.5 LCon diu que *"en el caso de concurso de la herencia corresponderá a la administración concursal el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición sobre el caudal relicto, sin que pueda cambiarse esta situación"*. Es tracta, per tant, d'una norma imperativa que exclou no solament els hereus, sinó també qualsevol altre administrador/representant nomenat pel causant o pels mateixos hereus, i aquesta característica és acceptada per tots els comentaristes de la Llei concursal (BARRERA, 2004, I, 431). El marmessor, cas que hagi estat nomenat i hagi acceptat el seu càrrec, no administrarà els béns hereditaris ni en podrà disposar, perquè solament l'administració concursal està legitimada per a l'exercici d'aquestes facultats. Quina és doncs la funció del marmessor?

La resposta va lligada a la dualitat de representacions que es preveuen en l'art. 182.2 LCon, que estableix que *"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"*. És a dir, en morir el deutor, es produeix una situació en la qual les normes generals de la successió obliguen a substituir la

persona del deutor, i aquest serà representat per qui en sigui el successor; això no té res a veure amb l'administració del concurs, que per raó de la norma imperativa establerta en l'art. 40.5 LCon, ja no estarà en les mans dels successors. La solució legal produeix un efecte semblant al concurs necessari i, això, al marge que s'hagi estat tramitant com a concurs voluntari fins el moment de la mort del deutor. El successor del deutor no tindrà, per tant, poder de disposició i d'administració dels béns hereditaris que formen la massa activa del concurs, encara que el deutor la tingués.

Però el deutor era el titular dels béns fins el moment de la seva mort, encara que tingués suspeses les facultats que, si no hagués estat declarat concursat, hauria tingut sobre aquests béns, i algú ha d'ocupar el seu lloc, és a dir, representar l'herència, segons l'art. 182.2 LCon. Alguns comentaristes interpreten aquesta norma de manera diferent, ja que consideren que un cop oberta la successió hauria de ser la mateixa administració concursal la que es fes càrrec de l'administració per evitar dualitats innecessàries, per bé que la regulació successòria permet al jutge *"para evitar la confusión de intereses parciales o totalmente contrapuestos"* nomenar un administrador de l'herència que la representi en el procediment concursal (CORTADA, 2004, 778), opinió que no comparteixo, com es pot deduir del que s'argumenta. L'expressió de l'art. 182.2 LCon no és massa afortunada, perquè no és l'herència pròpiament el que es representa, sinó que el que es vol dir és que el lloc del deutor en el procediment serà ocupat per aquell a qui correspongui. I només hi ha dues possibilitats: i) que els hereus hagin acceptat; com a successors, ocuparan el lloc del seu causant en la successió perquè, com hem vist, també els hereus succeeixen en els deutes del seu causant, tal com diu de forma molt clara l'art. 1.1 CS, que estableix que *"se subroga en les obligacions del causant que no s'extingeixen amb la mort"* (PUIG FERRIOL, 2004, I, 76), o ii) que s'hagi nomenat pel causant un marmessor que tingui la facultat de representar l'herència, ja sigui perquè es tracta d'un marmessor universal amb les facultats de l'art. 316 CS, o bé es tracti d'un marmessor particular habilitat amb aquestes competències. Perquè quan l'art. 182.2 LCon estableix que *"en su caso, [corresponderá] a quien designen los herederos"*, el que està dient és que els hereus han nomenat un representant amb capacitat i legitimació per representar-los a ells com a hereus, i no a l'herència. Ens trobem en aquest cas davant d'un contracte de mandat, amb totes les conseqüències que això comporta, perquè l'herència del deutor prèviament concursat és un patrimoni separat, amb regles pròpies pel que fa a l'administració i disposició segons els articles 40.5 i 182.1 LCon.

Per tant, l'obertura de la successió produeix els mateixos efectes que el concurs necessari, en el que es dissocia la gestió i disposició de la massa activa de les facultats que pugui tenir el deutor en altres àmbits, amb la conseqüència que quan el deutor mor, el concurs tindrà les mateixes característiques que el que la llei qualifica com a necessari, com a mesura de protecció dels creditors i, possiblement, dels mateixos hereus. Les regles de la successió, però, no es modifiquen i els hereus seran els que substitueixen el deutor en tots els tràmits del procediment concursal, per aplicació, repeteixo, de les regles successòries. En definitiva, el patrimoni del deutor concursat és un patrimoni en liquidació, que adquireix una autonomia quan el deutor mor, i l'aplicació de les regles successòries no impedirà mai l'aplicació del procediment concursal, que té una finalitat preferent.

2.4. La manca de representació de l'herència

Tot el que s'ha dit fins aquí parteix de la premissa que l'herència ha estat acceptada, o bé que s'han previst mecanismes per a la seva representació, a través del nomenament d'un marmessor. Però pot succeir que manquin absolutament els mecanismes successoris i anem per parts, perquè pot ser també que els hereus voluntaris no hagin acceptat, o bé perquè havent-se d'obrir la successió intestada per manca de testament o heretament, no s'hagi instat la declaració d'hereus intestats o bé instada, aquests no han acceptat. Què succeeix en aquest cas? Doncs cal dir que la situació no presenta una fàcil solució.

El primer supòsit serà que existeixi un testament amb nomenament d'hereu; en aquest cas, quines seran les facultats de l'administració concursal? Crec que no m'equivoco si considero que els administradors estan legitimats per exercir la *interrogatio in iure*, perquè l'art. 28.2 CS inclou entre els legitimats per demanar-la els creditors de l'herència, que són, entre altres, els del causant. Per tant, iniciat el concurs del deutor, els creditors, per mitjà de l'administració del concurs o bé directament, poden demanar al jutge que assenyali un termini al cridat per a què manifesti si accepta o repudia l'herència, als efectes de la determinació de l'anomenada "*representació*" de l'herència en l'art. 182.2 LCon, i a fi i efecte de fixar també la persona que resulti afectada per l'execució del concurs i el pagament dels crèdits. Però l'art. 28.3 CS assenyalava que els efectes del silenci de l'interrogat seran sempre la repudiació. I aquest pot ser un efecte probable en una situació concursal.

Estudiem ara el segon supòsit que es pot produir: suposem que els hereus voluntaris han estat interrogats i han repudiat. Pot llavors l'administració concursal promoure la declaració d'hereus intestats? Això és dubtós perquè, d'una banda, no hi ha cap norma processal que legitiemi els administradors judicials per promoure la declaració d'hereus intestats però, de l'altra banda, l'art. 792.2 LEC legitima a "*los acreedores reconocidos como tales en el testamento*" i a aquells "*que tengan su derecho documentado en un título ejecutivo*" per demanar la intervenció del cabal hereditari, ara bé, això sempre en el procediment en què es tramita la declaració d'hereus. Certament, el jutge pot, d'acord amb les regles processals sobre la intervenció del cabal establertes als articles 790 i 791 LEC i un cop comprovat que el causant ha mort sense testament, ordenar "*de oficio la apertura de pieza separada para hacer la declaración de herederos abintestato*" (art. 791.2 LEC), de manera que res no impediria que es posés en coneixement del tribunal el fet que el deutor ha mort sense hereus coneguts o que, coneguts, no han acceptat, per tal que el jutge pogués procedir a prendre les mesures d'assegurament del patrimoni hereditari, segons les disposicions de la LEC, i obrís la successió intestada. Manifesto, però, els meus dubtes sobre aquesta solució, que no veig gens operativa, perquè el cas que preveu la LEC té com a objectius preservar el patrimoni del causant als efectes de preservar els drets dels creditors i, en el cas que estic discutint, el patrimoni ja està intervingut pel procediment concursal. El que crec més important és remarcar que l'existència o no d'un hereu acceptant, sigui voluntari o intestat, no pot impedir el desenvolupament de les operacions del concurs i, per tant, la seva existència als efectes de la representació de l'herència en concurs no és tan necessària que impedeixi la seva continuació, i aquest sembla ser el principi que presideix la norma de l'art. 182.1 LEC.

Què pot fer, doncs, l'administració concursal, atès que no sembla possible que pugui tenir la iniciativa de la declaració d'hereus intestats? La meua opinió, que està sotmesa a discussió donada la novetat del tema, és que s'ha de distingir entre la representació de l'herència durant el procediment concursal i el procediment a seguir per l'administració del concurs per al resultat final del concurs.

- a) Pel que fa a la representació de l'herència durant la tramitació del concurs a manca d'hereu acceptant, sembla que el més lògic ha de ser el nomenament d'un administrador judicial. Serà el jutge qui haurà de nomenar aquest administrador, segons disposa l'art. 8.2 CS, que tindrà les facultats que li atorga la LEC, facultats que són fonamentalment conservadores, absolutament contrastades amb les operacions que s'han de dur a terme en virtut del concurs iniciat. Aquesta era també la proposta de l'Avantprojecte de llei concursal, l'art.5.3 del qual deia que *"De no existir administrador, el juez adoptará las medidas cautelares que estime convenientes para la conservación del patrimonio y dará cuenta al Ministerio Fiscal para que inste el nombramiento de un administrador ante el juez competente y por el procedimiento que corresponda"*. La solució a aquest problema, però, és purament civil i no concursal i, per tant, el recurs a l'art. 8.2 CS és l'únic possible per salvar la representació de l'herència jacent, que ha de ser representada en el concurs per evitar perjudicis als que finalment acabaran essent hereus, ja que és possible que l'herència encara tingui un romanent positiu, perquè com ja s'ha dit, el fet del concurs no exclou que existeixi actiu. L'opció de l'art. 8.2 CS solament la tindrà l'administració concursal en el cas que els hereus cridats no hagin demanat al jutge el nomenament d'un administrador amb aquesta finalitat; tampoc existirà quan actuï un marmessor amb facultats de representar l'herència, o bé quan el mateix causant hagi nomenat un administrador en el seu testament o codicil. Cal tenir en compte, a més, que d'acord amb l'art. 798 LEC, l'administrador nomenat pel jutge representarà l'herència *"en todos los pleitos que se promuevan o que estuvieren principados al fallecer el causante"* mentre no s'hagi produït l'acceptació, i l'administrador voluntari gaudeix també d'aquestes facultats (ROCA, 2004, 123-124), de manera que l'única forma de procedir serà el nomenament d'aquest administrador, d'acord amb els procediments de la LEC.
- b) Pel que fa al procediment que s'ha de seguir per arribar a aconseguir un sistema de representació de l'herència que permeti assolir els objectius del concurs, la solució és també dubtosa. Estic referint-me al cas que no hi hagi hereus acceptants o marmessor/administrador nomenat, donat que la llei actual no recull la proposta de l'Avantprojecte de 1983, que permetia al jutge prendre mesures cautelars i propiciava que s'anomenés un administrador especial de l'herència durant la tramitació del concurs. La qüestió no està tant en la determinació de l'administrador, que pot ser nomenat pel jutge ja sigui a través del procediment previst a l'art. 8.2 CS, ja sigui a través de les mesures a prendre d'acord amb els articles 790 i següents de la LEC. L'art. 8.2 CS requereix que la iniciativa del nomenament de l'administrador parteixi de l'hereu cridat, encara no acceptant, essent aquest un acte que no s'ha de considerar inclòs entre els que impliquen acceptació (PUIG SALELLAS, 1994, I, 31 i ROCA TRIAS, 2004, 613); ara bé, podria una altra persona prendre la mateixa iniciativa? L'art. 47 CS permet al jutge prendre les mesures conservatives del cabal hereditari

i fins i tot nomenar un administrador en els casos d'indivisió i a "instància de qualsevol interessat". Però com és evident, l'art. 47 CS es refereix al cas que existeixi una pluralitat d'hereus i aquesta mesura, que podrà ser presa a iniciativa dels creditors (MEZQUITA DEL CACHO, 1994, I, 181), solament es preveu en el cas que existeixi aquesta pluralitat d'hereus. De manera que quan hi hagi més d'un hereu i ningú no exerceixi l'administració o quan manqui el marmessor, el jutge del concurs podria aplicar aquesta mesura de l'art. 47 CS, però no en el cas de l'hereu únic. Que els creditors no puguin demanar al jutge el nomenament d'un administrador en el cas de la declaració prèvia del concurs del causant no sembla lògic, de manera que m'inclino per considerar que el jutge no pot deixar l'herència sense representació durant la tramitació del procediment concursal i, per tant, haurà de procedir al nomenament de l'administrador per a què representi l'herència fins a la finalització del procediment, seguint les regles de la LEC aplicades per analogia. I això, independentment de la capacitat processal de l'herència jacent, d'acord amb l'art. 6.1, 4rt. de la LEC.

2.5. La prohibició de la partició dels béns hereditaris

L'art. 182.3 LCon recull una norma tradicional i exigeix que l'herència deixada a més d'un hereu es mantingui indivisa durant la tramitació del concurs. Una norma semblant apareix també en l'art. 48 CS, que resol una situació similar, no lligada amb el concurs, des d'un altre punt de vista. Efectivament, quan per efectes de la successió es produeix una comunitat hereditària, els creditors han de tenir la garantia que abans que els hereus parteixin l'herència, ells veuran satisfets els seus crèdits. Aquesta regla estava ja en l'anterior LEC (art. 1093), d'acord amb la legitimació que l'art. 1038 reconeixia als creditors del causant en el judici voluntari de testamentaria per paraitzar el lliurament dels béns als hereus abans d'estar els creditors completament pagats o fiançats (PEÑA, 1967, 224). Per tant, quan no està declarat el concurs de l'herència, i d'acord amb el que disposa l'art. 48 CS, els creditors del causant estan legitimats per oposar-se a la partició. I aquí sorgeix una discrepància entre el Codi de successions i la nova LEC, ja que d'acord amb l'art. 782.4 LEC solament estaran legitimats per a oposar-se a què es produeixi la partició aquells creditors del causant, "*reconocidos como tales en el testamento o por los coherederos y los que tengan su derecho documentado en un título ejecutivo*", exigència que es repeteix en els arts. 788.3 i 792.2 LEC. Per tant, en dret català són tots els creditors els que poden oposar-se a la partició (MEZQUITA DEL CACHO, 1996, I, 186).

La segona possibilitat és la que preveu l'art. 182.3 LCon, que si bé deriva del dret a oposar-se a la partició previst a l'art. 48 CS i l'art. 1082 CC, està formulat de forma inversa, ja que durant la tramitació del procediment concursal no pot realitzar-se la partició, com a garantia dels creditors que formen la massa passiva, de manera que mentrestant no s'hagi arribat a la solució definitiva del concurs, els hereus no poden procedir a la partició, per evitar els problemes de responsabilitat que es deriven de l'aplicació de l'art. 61 CS. Fins i tot penso que no pot procedir-se a fer efectiva la partició que hagués realitzat el mateix testador en el seu testament quan abans de la seva mort s'hagués iniciat el procediment concursal.

2.6. Finalització del concurs

Els problemes a què abans m'he referit poden agreujar-se quan el concurs finalitza. La Llei concursal preveu dues formes de finalització: el conveni i la liquidació. Diu Beltran que aquestes dues solucions són alternatives, però també excloents, donades les prohibicions de cessió contingudes en l'art. 100.3 LCon (BELTRAN, 2004, 1200). Per bé que la llei concursal és molt flexible i permet convertir la fase de conveni en fase de liquidació quan es produeixen determinats supòsits, cap dels contemplats en l'art. 143 LCon permet al jutge decretar la conversió d'una inicial fase de conveni en una altra de liquidació per causa de la mort del deutor concursat. Se'm pot dir que els hereus estaran legitimats per intervenir en les operacions de finalització, però aquesta és una mera hipòtesi. Hem vist que pot succeir que no hi hagi cap hereu acceptant i sí un administrador que representi l'herència jacent en la fase del concurs; l'administració concursal no pot substituir el deutor, i per a què el conveni sigui efectiu caldrà un deutor per complir-lo. Per tant, la mort del deutor pot produir dos tipus de conseqüències, segons quina sigui l'actitud dels seus hereus: i) si els hereus han acceptat l'herència, el concurs pot finalitzar bé per conveni, bé pel sistema de liquidació; el mateix cal dir en el cas que s'hagi nomenat un marmessor, universal o particular, que hagi actuat durant tot el procediment concursal com a representant de l'herència; ii) si no hi ha hereus acceptants, serà difícil que algú es faci càrrec del compliment dels acords del conveni, i aquest supòsit no està previst ni en l'art. 142 ni en l'art 143 LCon, com els que permeten la transformació de la fase de conveni en fase de liquidació. Veritablement, segons determinades circumstàncies com les que s'han descrit com a supòsit de discussió, no hi haurà cap garantia de compliment quan el deutor hagi mort i ningú hagi acceptat la seva herència. Segurament, l'argument que permetria al jutge efectuar la conversió seria l'extensió dels supòsits previstos en els números 1 i 2 de l'art. 143 LCon, perquè el deutor ha estat impossibilitat de fet, per la seva mort en realitat, per proposar i complir cap tipus de conveni. Si no es permetés la conversió o procedir directament a la liquidació, es perjudicarien els drets dels creditors que ja han iniciat el concurs abans de la mort del deutor, però aquesta proposta es fa com a interpretació extensiva de l'esmentat art. 143 LCon.

3. La declaració de concurs de l'herència

L'art. 1.3 LCon admet el concurs de l'herència en establir els pressupòsits subjectius del concurs i diu que *"el concurso de la herencia podrá declararse en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente"*. El que ara hem d'estudiar és l'herència que es troba en situació d'insolvència, d'acord amb la definició de l'art. 2 LCon, és a dir, quan el deutor, en aquest cas, l'herència com a tal, no pot complir regularment les seves obligacions exigibles, ja sigui per manca de liquidesa, ja sigui perquè el passiu és superior a l'actiu. La situació havia estat poc estudiada en el dret anterior, perquè si bé l'art. 1053 LEC establia que *"las testamentarias podrán ser declaradas en concurso de acreedores o en quiebra, en los casos en que así proceda respecto a los particulares"*, certament la interferència entre les regles successòries i les regles concursals produïa alguns problemes molt difícils de superar que, cal dir, no han estat resolts de forma clara en l'actual regulació concursal.

En el dret anterior s'havia discutit si solament podia ser declarada en fallida o concurs l'herència acceptada a benefici d'inventari, o bé podia també trobar-se en aquesta situació l'herència

acceptada en forma pura; LACRUZ, qui considerava aquesta possibilitat com una anomalia, sempre havia defensat que l'acceptació pura eliminava la insolvència del cabal hereditari, perquè s'unien els béns de l'hereu, i els deutes havien de ser satisfets *ultra vires*, a no ser, és clar, que això no fos suficient, cas en què caldria declarar la fallida de l'hereu, no de l'herència (LACRUZ, 1961, 380). El mateix autor entenia que aquesta situació suposava la impossibilitat de pagar els creditors. En canvi, PEÑA entenia que els procediments concursals previstos en l'art. 1053 LEC es podien aplicar "*haya o no beneficio de inventario*" (PEÑA, 1967, p. 221). Suposat que la LEC permetia la declaració de fallida o concurs, els requisits per a què es produís eren que existís un estat d'insolvència i que existís una petició per part dels legitimats, ja fossin els hereus del causant o els creditors (ROBLES GARZÓN, 1979, 129).

En la legislació vigent, les situacions d'insolvència de l'herència podrien tenir tres vies de solució:

1a. Les solucions successòries, que seran pels hereus el benefici d'inventari (art. 35 CS), i pels creditors del causant, el benefici de separació de patrimonis (art. 37 CS). Certament, no són situacions pensades directament per a la insolvència, sinó per a la protecció d'uns determinats interessos que la llei considera dignes de protecció però, indirectament, també serveixen en situacions d'insolvència.

2a. Les solucions processals que permeten els creditors del causant que tinguin les condicions previstes legalment, demanar la intervenció del cabal hereditari amb la finalitat que se'ls garanteixi l'efectivitat dels seus crèdits en els procediments de divisió de l'herència (art. 782.4 i 788.3 LEC), o bé en els casos de la tramitació de la declaració d'hereus (art. 792.2 LEC).

Ara bé, ni aquest cas ni l'anterior no han d'estar relacionats necessàriament amb la insolvència de l'herència, perquè solament tenen en compte l'assegurament dels crèdits, no de tots, sinó solament d'aquells previstos a les disposicions citades, i no requereixen que l'herència es trobi en situació d'insolvència.

3a. Finalment, el procediment concursal, d'acord amb l'art 3.4 LCon, que pot afectar tant a l'herència jacent com a l'herència acceptada a benefici d'inventari (VILA FLORENSA, 2004, 70).

Quin serà el sistema més adequat per solucionar els problemes d'insolvència de l'herència és una qüestió sobre la qual intentaré reflexionar al final d'aquest *working paper*; ara, em limitaré a estudiar els problemes que planteja la declaració de concurs de l'herència.

El concurs de l'herència insolvent pot produir-se en diferents situacions que la LCon no acaba de determinar: i) declaració de concurs de l'herència jacent, per tant, un cop oberta la successió i abans que s'hagi produït l'acceptació; ii) concurs de l'herència acceptada a benefici d'inventari. Per tant, no cap el concurs de l'herència acceptada en forma pura, ja que en aquest cas el que realment procedeix és declarar concursats els hereus, si subsisteix la situació d'insolvència malgrat l'addició del patrimoni de l'hereu acceptant. Aquesta situació es dedueix del que disposa l'art. 1.2 LCon, encara que no està directament establerta a l'art. 3.4 LCon. En canvi, l'art. 6.4 de

l'Avantprojecte de 1983 establia que en el cas que s'hagués acceptat de forma pura una herència ja declarada en concurs, el jutge declararia "*en concurso a los herederos*" o bé "*acordará la conclusión del procedimiento si resultase que la situación de crisis económica ha desaparecido a consecuencia de la sucesión*".

3.1. La declaració de concurs de l'herència jacent

La major part dels problemes que s'han estudiat en el cas de la declaració de concurs del deutor produïda abans de la seva mort es poden donar per reproduïts aquí. Estudiaré solament les qüestions relatives a la legitimació per demanar la declaració de concurs i els efectes que aquesta produeix.

a) *La legitimació per demanar la declaració de concurs de l'herència jacent.* L'art. 3.4 LCon determina que poden demanar la declaració de concurs de l'herència "*los acreedores del deudor fallecido, los herederos de éste y el administrador de la herencia no aceptada pura y simplemente*". No hi ha majors dificultats en el cas que la declaració la demanin els creditors; simplement, s'haurà de tenir en compte que, per estar legitimat, el creditor s'haurà de trobar en alguna de les circumstàncies de l'art. 2.4 LCon.

També està legitimat l'administrador de l'herència, sigui el marmessor, o bé un administrador nomenat d'acord amb els procediments que ja s'han estudiat en l'anterior apartat.

També cal tenir en compte que s'aplicaran a l'herència les regles generals del concurs en relació a la distinció entre concurs necessari, és a dir, l'iniciat pels creditors, i concurs voluntari, és a dir, aquell que inicia l'hereu (amb els dubtes i problemes a què em referiré tot seguit) o l'administrador de l'herència, de manera que s'aplicarà el que disposa l'art. 22 LCon, per bé que alguns entenen que no hi ha concurs voluntari en sentit estricte quan es tracta de declarar el de l'herència, ja que el deutor ha mort sense haver-lo sollicitat (MERCADAL, 2004, I, 52).

La limitada regulació de la Llei concursal fa que sorgeixin algunes preguntes de solució complicada, sobretot aquelles que fan referència a la declaració demanada per un hereu.

Pel que fa a la declaració de concurs demanada pels hereus, i deixant de banda la necessitat que hagin acceptat a benefici d'inventari, cal considerar que se segueix un paral·lelisme perfecte amb l'inici del concurs d'un deutor viu. Efectivament, se segueix el mateix sistema establert a l'art. 2 LCon respecte a la legitimació per demanar la declaració del concurs: el deutor és aquí substituït pels seus hereus, per la raó que l'art. 1 CS estableix que l'hereu succeeix "*en tot el dret del seu causant*" i "*se subroga en les obligacions del causant que no s'extingeixen per la mort*". Per tant, si el deutor persona física pot demanar la declaració del seu propi concurs, d'acord amb el que disposa l'art. 2.3 LCon, també podrà fer-ho el seu hereu. Ara bé, la relació amb el dret de successions planteja alguns dubtes.

La primera dificultat interpretativa que sorgeix de la lectura de l'art. 3.4 LCon es refereix a la declaració de concurs demanada per un hereu cridat que encara no hagi acceptat l'herència. És

que s'ha de considerar que s'ha produït una acceptació tàcita? L'art. 19.1 CS estableix que es considera "tàcitament acceptada l'herència quan el cridat realitza qualsevol acte que no pot realitzar si no és a títol d'hereu". D'acord amb la STSJC de 24 d'abril de 2003, "en l'acceptació tàcita no s'investiga si el cridat ha tingut o no una voluntat d'acceptar sinó, i com diu el precepte, si ha realitzat o no actes que sols pot realitzar a títol d'hereu, que porta a la conseqüència de no reconèixer eficàcia a una manifestació de voluntat contrària de no haver adquirit l'herència si aquesta voluntat contradia actes realitzats a títol d'hereu". Però aquesta sentència, en realitat, no ens serveix per respondre la pregunta formulada, que segueix essent si implica acceptació tàcita la petició de declaració de concurs feta per l'hereu no acceptant. Si apliquem el criteri objectiu que he mantingut (ROCA, 2004, 612), hi haurà acceptació tàcita quan l'hereu realitza actes que abans de l'obertura de la successió solament podia dur a terme el causant i que, en conseqüència, després de l'obertura de la successió, solament podrà fer l'hereu com a continuador del mateix causant. Per això, penso que l'hereu que demana la declaració de concurs està acceptant tàcitament, i això sembla confirma-ho la parca redacció de l'art. 3.4 LCon, que sembla referir-se a una acceptació tàcita a la que la LCon atribueix l'efecte del benefici d'inventari, per bé que no estigui molt clara l'expressió emprada en la redacció. Un problema addicional s'afegeix en el cas que l'hereu no acceptant administri perquè, segons l'art. 8 CS, l'administració de l'hereu abans de l'acceptació és merament conservativa, i la facultat d'iniciar el concurs de l'herència no entra dintre de les facultats d'administració que l'hereu pot exercir sense que suposi acceptació tàcita. Es pot dir que d'acord amb l'art. 3.4 LCon, l'administrador de l'herència pot demanar la declaració de concurs com a tal administrador, i com que res no impedeix que pugui l'hereu administrar abans de l'acceptació si, en aquesta qualitat insta la declaració del concurs, això no implicarà l'acceptació tàcita de l'herència, objecció que sembla prou plausible, però per a què aquesta situació es produeixi, caldrà que l'hereu hagi estat nomenat com a tal administrador, segons l'art. 47 CS, o bé que el mateix hereu abans d'acceptar hagi estat nomenat administrador pel jutge i que en aquesta qualitat, promogui la declaració de concurs de l'herència; altrament, considero que s'haurà produït una acceptació tàcita.

L'altra qüestió es refereix a la possibilitat de determinar la forma de responsabilitat en un moment posterior a l'acceptació, de manera que l'hereu pot acollir-se al benefici d'inventari, dins dels terminis establerts a l'art. 30 CS. Una part important de la doctrina separa l'acte de l'acceptació de la determinació del sistema de responsabilitat, i en el dret successori català aquesta possibilitat sembla deduir-se de l'art. 30.1 CS (PEÑA, 1967, 172; MEZQUITA GARCÍA GRANERO, 1996, I, 30-33; LACRUZ, 1961, 297). La qüestió sorgeix perquè l'art. 3.4 LCon estableix que "*la solicitud formulada por un heredero producirá los efectos de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario*", regla que obliga a distingir diferents supòsits. Efectivament, pot ser que l'hereu hagi acceptat sense haver determinat la forma de responsabilitat i, per tant, s'ha d'entendre que se li aplica la regla general de la responsabilitat en forma pura, perquè per a la limitació de la responsabilitat *cum viribus* cal una declaració expressa; si després, però dins dels terminis de l'inventari, demana la declaració de concurs, sembla que l'art. 3.4 LCon li limita la responsabilitat sense necessitat d'una posterior declaració, però aquesta no em sembla una regla correcta perquè l'art. 1.2 LCon estableix que el concurs de l'herència es pot declarar "*en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente*", de manera que en aquest cas ja no es podria demanar el concurs de

l'herència, sinó el de l'hereu acceptant i, per tant, deixaria d'aplicar-se l'art. 3.4 LCon. La contradicció sembla bastant evident, perquè si no es pot demanar la declaració de concurs de l'herència en el cas que l'hereu hagi acceptat de forma pura i si l'hereu acceptant demana la declaració de concurs, s'entendrà que ha acceptat a benefici d'inventari, la pregunta és en quin cas s'aplicarà la regla de l'art. 3.4 LCon. La resposta està lluny de ser clara, però podríem entendre que la limitació de la responsabilitat de l'hereu, d'acord amb les regles del benefici d'inventari es produirà quan accepti i demani el concurs, o bé quan el demani directament, sense una acceptació prèvia, és a dir, en el cas de l'acceptació tàcita. La meua opinió és que quan l'hereu pretengui acollir-se al benefici d'inventari un cop realitzada l'acceptació, per bé que el que procediria seria la declaració de concurs de l'hereu, si no han transcorregut els terminis per a l'acceptació a benefici d'inventari, l'hereu encara podrà demanar la declaració de concurs de l'herència i, si no ho ha declarat, la LCon limitarà la seva responsabilitat *cum viribus*, com sembla deduir-se de l'art. 3.4 LCon. Aquesta solució em sembla la més acceptable tenint en compte les finalitats del benefici, que són la incentivació de l'acceptació de l'hereu, i les del concurs, que són la protecció dels creditors, de manera que amb una solució d'aquest tipus es podrien protegir els interessos d'ambdues parts. En conclusió, per tant, l'art. 3.4 LCon s'aplicarà amb tota seguretat quan l'hereu demana la declaració de concurs sense haver acceptat abans, i també quan havent simplement acceptat, demani la declaració de concurs i encara es trobi dins dels terminis per acollir-se al benefici d'inventari, segons l'art. 30 CS.

Quan es produeix una acceptació tàcita desapareix la situació d'herència jacent i, per tant, serà l'hereu el que representarà l'herència en el procediment concursal, per bé que d'acord amb l'art. 40.5 LCon l'administració i l'exercici de les facultats patrimonials de disposició no li pertanyen, sinó que seran exercides per l'administració concursal sense que, d'acord amb la disposició esmentada, "*pueda cambiarse esta situación*". Donat això, és possible que l'hereu tingui un cert interès en la declaració de concurs, que a més de col·locar-lo en la situació de responsabilitat *cum viribus* per disposició de la llei, li estalvia els problemes de gestió i liquidació que comporta el benefici d'inventari. Veurem després els arguments a favor i en contra d'aquesta situació.

Quan la declaració de concurs ha estat instada pels creditors o pel marmessor o l'administrador de l'herència, aquesta continua en situació de jacència, i el mateix passa quan és l'hereu cridat, però no acceptant, que com a administrador demana el concurs. En aquest moment es reproduïen els problemes de representació que s'han plantejat en el cas de continuació del concurs iniciat abans de la mort del deutor i que no tornaré a repetir. Si l'hereu cridat acceptés l'herència durant la tramitació del concurs, caldrà considerar que l'ha acceptat a benefici d'inventari, i continuarà el concurs, però ell serà el representant de l'herència en les operacions liquidatòries.

3.2. El concurs de l'herència acceptada a benefici d'inventari

Com ja s'ha vist, és possible declarar en concurs una herència ja acceptada sempre que l'hereu ho hagi fet a benefici d'inventari. Aquesta és una possibilitat que sempre ha estat admesa per la legislació, per bé que en la pràctica no ha resultat massa habitual. En definitiva, el sistema del concurs de l'herència se sobreposa a altres sistemes liquidadors, com abans he posat de relleu.

a) *Avantatges i desavantatges del benefici d'inventari i de la declaració de concurs.* Efectivament, els dos sistemes que estan pensats legislativament per protegir els hereus i els creditors en casos d'herències insolvents, tot i tenir objectius diferents, arriben o poden arribar a solucions semblants. Així, mentre el concurs exclou les facultats de disposició i d'administració dels hereus, segons estableix l'art. 40. 5 LCon, el benefici d'inventari manté les facultats liquidadores, de manera que serà l'hereu qui tindrà a les seves mans el pagament dels crèdits pendents, amb els efectes que veurem tot seguit. Amb aquest plantejament, la pregunta que sorgeix està relacionada amb la prioritat en els dos procediments: quan s'haurà d'usar el benefici d'inventari i quan el concurs. Doncs la resposta és ben incerta: depèn de la situació dels béns i de les relacions entre l'hereu i els creditors. Des del punt de vista teòric, semblaria preferent el concurs de creditors en el cas constatat que l'herència es trobi en situació d'insolvència, perquè encara que la Llei concursal no digui res al respecte, sembla lògic considerar que essent el concurs un procediment protector dels creditors, i havent de pagar l'hereu les càrregues i deutes del causant d'acord amb el principi "abans pagar que heretar", el concurs hauria de ser instat prèviament a qualsevol adquisició. Però si tenim en compte les característiques d'ambdós procediments, potser la conclusió lògica serà considerar que l'hereu no té cap interès a demanar la declaració de concurs. Efectivament, el benefici d'inventari és el sistema més habitual per protegir l'hereu, ja que manté la seva postura anterior a l'adquisició de la qualitat d'hereu, donada la separació de patrimonis que provoca, segons es dedueix de l'art. 35 CS i, al mateix temps, només respon dels deutes de l'herència amb els béns que formin l'actiu; l'hereu, per tant, està protegit i segueix mantenint l'administració i al mateix temps, té facultats de disposició amb la finalitat de fer els corresponents pagaments. D'altra banda, els creditors tenen a les seves mans un altre sistema purament successori, com és el benefici de separació de patrimonis, que els permet protegir els seus crèdits mantenint el mateix patrimoni responsable, per defensar els seus interessos front els creditors de l'hereu. Ni l'un ni els altres estaran molt interessats en emprar el procediment concursal, llarg i car, per assolir uns objectius que poden ser aconseguits per mitjà dels sistemes successoris.

De la lectura de les disposicions legals i a partir de la comprensió de les finalitats dels dos procediments, es constata que hi ha molts arguments a favor i en contra de la utilitat de la declaració del concurs de l'herència. En contra de la declaració es poden oferir els següents arguments:

1r. Pel que fa a la preferència entre creditors, l'art. 36 CS s'estableix la preferència dels "creditors coneguts", és a dir, aquells que són titulars d'un crèdit contra el causant o bé titulars de drets generats per causa de la mateixa successió. Aquests són preferits als legataris i poden dirigir-se contra els legataris que hagin cobrat en el cas que el crèdit aparegui amb posterioritat a la liquidació efectuada amb el benefici d'inventari. No hi ha necessitat d'establir la llista de creditors segons la tipologia dels crèdits o els privilegis inherents al crèdit en qüestió.

2n. L'agilitat del benefici d'inventari que permet a l'hereu català pagar els creditors a mesura que es vagin presentant, sense necessitat de fer-ho segons les preferències dels crèdits, al contrari del

que succeeix en l'art. 1028 CC. Aquest, però, pot ser un argument perjudicial pels creditors, perquè no té en compte les característiques dels crèdits.

3r. Els creditors no queden en mans de l'hereu, perquè si aquest procedeix "fraudulentament" en els pagaments i en les disposicions dels béns hereditaris, perd el benefici i passa a respondre en forma pura, per tant, amb el seu patrimoni, de manera que es produeix allò que havia volgut evitar, és a dir, l'afectació dels seus propis béns.

4rt. L'hereu administra l'herència, per bé que segons, l'art. 36.1 CS, es tracta d'una "administració especial", destinada al pagament dels creditors. Segueix tenint el control del patrimoni, però amb la finalitat de pagar els crèdits i les càrregues.

A favor del concurs de l'herència es troba fonamentalment la protecció dels creditors i molt especialment, algunes normes més favorables als creditors en el concurs, per tal com ells tenen la iniciativa, a diferència del benefici d'inventari, on es troben limitats per l'hereu. Els arguments a favor del concurs poden ser els que segueixen:

1r. Els creditors queden afavorits pel sistema de les accions de reintegració, establert a l'art. 71 LCon, de manera que els actes que el deutor difunt hagi realitzat en perjudici de la massa activa es podran rescindir. D'aquesta manera es reintegren a la massa béns que el causant/deutor ha venut en perjudici dels seus creditors. Aquesta possibilitat no existeix en el benefici d'inventari, en el qual s'han de conformar amb els béns relictes per cobrar els seus crèdits.

2n. La seguretat en la formació de la massa de creditors i en les preferències dels respectius crèdits, cosa que no succeeix en el benefici d'inventari que com s'ha vist, obliga l'hereu a pagar els crèdits "a mesura que es presentin", d'acord amb l'art. 36.1 CS, perquè a diferència de l'art. 1028 CC, l'hereu català no ha de seguir la prelació de crèdits ni pagar abans els privilegiats: compleix pagant de forma cronològica, si bé, quan s'hagi pronunciat una sentència en un litigi sobre preferències entre crèdits, sembla lògic que l'hereu hagi de seguir l'ordre marcat pel jutge. Però la norma que regeix el benefici d'inventari a Catalunya no obliga a buscar les preferències entre els crèdits per poder procedir al pagament, amb la qual cosa, si bé es facilita la tasca liquidadora de l'hereu, es pot perjudicar els creditors.

3r. En el cas que el concurs de l'herència sigui degut a la insolvència provocada per les activitats econòmiques del deutor causant, resulta potser més útil per a aquestes activitats aplicar les normes concursals que poden permetre la continuació de l'activitat empresarial.

4rt. L'actuació conjunta dels creditors, pròpia del concurs els pot facilitar el cobrament dels crèdits.

Quina és la solució més convenient? Per suposat que el dilema es presentaria sempre que l'herència es trobés en situació d'insolvència i donat això, depèn del punt de vista amb què s'enfoqui la liquidació de l'herència: pel deutor, que és l'hereu, segurament li convé més liquidar

aplicant el benefici d'inventari, excepte quan el seu causant sigui un empresari i, aplicant les normes del concurs, sigui possible recuperar la seva empresa. Al creditor, li convé més aplicar el sistema de concurs solament en els casos en què sigui convenient l'exercici de les accions de reintegració; en els altres casos, possiblement li convingui també estalviar-se un complicat, llarg i car procediment concursal, perquè sap que acabarà cobrant i que no necessàriament haurà de formar part d'una massa de creditors. Els mecanismes del benefici d'inventari poden, però, afavorir els creditors "espavilats", perquè l'hereu té l'obligació de pagar a mesura que els creditors es presentin i això l'inclou a ell mateix quan sigui creditor de l'herència. En definitiva, l'efecte del benefici d'inventari és evitar la confusió dels patrimonis, tot preservant el de l'hereu, però la conseqüència és també que manté el patrimoni hereditari fixat i aïllat, protegint d'alguna manera els creditors.

b) *Alguns problemes addicionals.* Ens resten per estudiar alguns problemes que presenta aquesta superposició de remeis.

1r. L'hereu que accepta a benefici d'inventari impedeix la confusió i, per tant, manté els seus crèdits contra l'herència i les seves obligacions a favor d'aquesta. La declaració de concurs pot produir una situació complicada, perquè la mateixa persona, l'hereu, pot trobar-se formant part de la massa passiva com a creditor i de la massa activa si l'herència té un crèdit en contra seva i, per tant, en el cas que sigui creditor, concorre amb els altres per a la satisfacció del seu crèdit (CICU, 1954, 256).

2n. En el benefici d'inventari es produeix un efecte general que ha estat poc estudiat en el dret espanyol, encara que sí que ho està en el dret italià: el creditor no pot pretendre el compliment de la prestació compromesa, sinó solament la liquidació del patrimoni per a afrontar la responsabilitat derivada del mateix crèdit. Segons Cicu, aquest és el mateix efecte que es produeix en la declaració de concurs (CICU, 1954, 261), perquè encara que l'art. 61.2.2 LCon digui que "*las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa*", algunes prestacions no podran ser executades més que en la seva valoració econòmica.

3r. Els creditors sempre formaran la massa passiva del concurs. Em sembla que els legataris en tant que reben drets *ex novo*, no hauran de ser considerats en aquesta situació. Penso que s'ha d'aplicar clarament la regla de l'art. 36.1 CS, que estableix que l'hereu ha de pagar els creditors "abans de lliurar o de complir els llegats". Resta el problema dels llegats d'alliberament de deute (art. 291 CS) que, per la seva naturalesa gratuïta, no penso que siguin eficaços en una situació d'insolvència de l'herència.

4rt. Els legitimaris són creditors als efectes de l'art. 366 CS (vegeu, però, STSJC de 12 setembre de 2002). Ara bé, la llegítima no existeix si no hi ha actiu hereditari, calculat segons les regles de la computació de l'art. 355 CS; per tant, s'haurà d'esperar a que l'herència hagi estat liquidada per saber si existeix llegítima.

4. Conclusió

Per bé que sempre s'ha considerat possible la declaració de concurs de l'herència, les normes successòries presenten problemes quan es tracten de combinar amb les concursals. La Llei concursal no aporta pràcticament res de nou al problema de la insolvència de l'herència i, és més, presenta algunes carències, si es vol lògiques, perquè la finalitat de la llei no és resoldre problemes successoris, sinó concursals. Queden obertes moltes qüestions, que aquí solament s'ha apuntat i que hauran de ser objecte d'estudi en posteriors reflexions. El que resta clar és que el principi que s'aplica en qualsevol cas és el que està present en les lleis civils: abans d'heretar cal pagar. Quin sigui el procediment, i si l'escollit per les lleis per solucionar el problema de la insolvència de l'herència és el més adequat, és una qüestió de tècnica jurídica, que no pot fer oblidar aquell principi fonamental de política jurídica.

5. Bibliografia

BIANCA, Massimo (2001). *Diritto Civile. 2. La famiglia. Le successioni..* 3ª edizione. Giuffrè editore. Milano.

BELTRAN, Emilio (2004). "La conversión de la fase de convenio en fase de liquidación en el concurso de acreedores". *Revista Jurídica de Catalunya*. Barcelona, pp. 1197-1214.

CORTADA PASOLA (2004). "Comentari a l'art. 182 LCon". A: Sala, Mercadal, Alonso-Cuevillas. *Nueva Ley Concursal*. 2ª edición. Bosch. Barcelona.

CICU, Antonio (1954). "Successioni per causa di morte. Parte generale. Delazione e acquisto dell'eredità". *Trattato di Diritto Civile e Commerciale diretto dai professori Antonio Cicu e Francesco Messineo*. Vol. XLII, t. I. Dott. A. Giuffrè, editore, Milano

CLARK (1988). *Parry and Clark. The Law of Succession*. 9th edition. London, Sweet& Maxwell.

GARCIA VILLAVERDE, Rafael (2003). "Comentari a l'article 1 LCon". A: Garcia Villaverde, Alonso Ureba, Pulgar Ezquerro. *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*. Editorial Dilex, Madrid.

LACRUZ BERDEJO, José Luís (1961). *Derecho de sucesiones. Parte general*. Librería Bosch. Barcelona.

LÓPEZ JACOISTE, José Javier (1958). "El beneficio de separación de patrimonios en el derecho sucesorio". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Vol. I, pp. 471-536.

MERCADAL VIDAL (2004). "Comentari al articles.1 i 3 LCon". A: Sagrera Tizón, Sala Reixachs, Ferrer Barriendos. *Comentarios a la Ley Concursal con concordancias, jurisprudencia y comentarios*. Bosch. Barcelona, t. I

MEZQUITA DEL CACHO, José Luís (1994). "Comentari a l'art. 47 CS". A: *Comentarios al Código de Sucesiones de Catalunya. Ley 40/1991, de 30 de diciembre*. Bosch, casa editorial. Barcelona, t. I, pp. 180-185.

MEZQUITA GARCIA GRANERO, Emilio (1994). "Comentari a l'art. 36 CS". A: *Comentarios al Código de Sucesiones de Catalunya. Ley 40/1991, de 30 de diciembre*. Bosch, casa editorial. Barcelona, t. I, pp. 123-131.

PALAZZO, Antonio (1996). *Le successioni*. Giuffrè. Milano.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel (1967). *La herencia y las deudas del causante*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid

PUIG FERRIOL, Lluís - ROCA TRIAS, Encarna (2004). *Institucions del Dret civil de Catalunya. T. III. Dret de successions*. 6a. edició. Tirant lo Blanch, València.

PUIG SALELLAS, Josep M. (1994). Comentari a l'art. 8 CS a *Comentarios al Código de Sucesiones de Catalunya. Ley 40/1991, de 30 de diciembre*. Bosch, casa editorial. Barcelona, T. I, pp 11-16.

ROBLES GARZÓN, Juan Antonio (1979). *La quiebra de la herencia*. Librería Bosch. Barcelona.

SASTRE PAPIOL, Sebastián (2004). "La masa pasiva: prelación de créditos y privilegios". *Revista Jurídica de Catalunya*. Barcelona, pp. 1153-1171.

VILA FLORENSA, Pablo (2004). "Comentari a l'art. 1 LCon". A: Sagrera Tizón, Sala Reixachs, Ferrer Barriendos. *Comentarios a la Ley Concursal con concordancias, jurisprudencia y comentarios*. Bosch. Barcelona, t. I