

#### 1.4. Sucesiones

### Concurrencia de la sucesión testada e intestada: herencia de causante intestada por la premoriencia de heredero testamentario\*

#### *Compliance between of the testate succession and intested: cause of heritage intested by the premorience of the testamentary heir*

por

M.<sup>a</sup> FERNANDA MORETÓN SANZ

*Profesora Titular de Derecho civil UNED.*

*Coordinadora del Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias sociales EEES*

**RESUMEN:** En este artículo estudiaremos la determinación de la ley personal, condiciones y jurisdicción en que habrá de ventilarse el Derecho foral o el extranjero. Corresponde ahondar en las fuentes de la compatibilidad entre la sucesión testada e intestada, cuestión de profundo calado, toda vez que evidencia como ya lo hacen los Derecho forales, la escasa adhesión del Derecho sucesorio a la familia romana y una necesaria aproximación a la tradición germánica.

**ABSTRACT:** *In this article we study the determination of the personal law, conditions and jurisdiction of the foreign. The compliance between of the testate succession and intested: cause of heritage intested by the premorience of the testamentary heir, since it evidences as the Foral Law to the Roman family and a necessary approach to the Germanic tradition.*

**PALABRAS CLAVES:** Ley personal del causante. Concurrencia herencia testada e intestada.

**KEY WORD:** *Personal law. Compliance between of the testate succession and intested.*

**SUMARIO:** I. DETERMINACIÓN DE LA LEY PERSONAL DEL CAUSANTE EN EL MOMENTO DE SU FALLECIMIENTO.—II. COMPATIBILIDAD ENTRE TESTAMENTO Y REMANENTE AB INTESTATO.—III. LA OBLIGATIO ESENCIA

---

\* Proyecto de Excelencia I+D+i titulado «Postmodernidad y proceso europeo: La oportunidad como principio informador del proceso judicial», del Ministerio de Economía y Competitividad, con REF DER 2017-87114-P, desde el 1 de enero de 2018 hasta el 31 de diciembre de 2020.

DE LAS RELACIONES JURÍDICAS Y LAS TENSIONES Y EQUILIBRIO ENTRE LA FAMILIA FRANCESA Y GERMÁNICA EN MATERIA SUCESORIA: 1. *STIPULATIO* Y FUENTE DE OBLIGACIONES. 2. LA SUCESIÓN HEREDITARIA: LA PERVIVENCIA DE LAS DEUDAS DEL CAUSANTE. 3. ROCA SASTRE Y EL DERECHO INSTITUCIONAL O ESTRUCTURAL.—IV. RESOLUCIONES ACREDITATIVAS DE LA DOCTRINA ANTERIOR: 1. RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2013: LA DISTRIBUCIÓN DE LA HERENCIA A TRAVÉS DE LEGADOS Y LA INNECESARIEDAD DE APERTURA DE LA SUCESIÓN INTESTADA. 2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2011: SUCESIÓN HEREDITARIA. DERECHO A ACEPTAR O REPUDIAR LA HERENCIA. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1006 DEL CÓDIGO CIVIL Y EL FALLECIMIENTO DEL HEREDERO ANTES DEL CAUSANTE. 3. LA STS DE 13 DE OCTUBRE DE 2005: LA LEGÍTIMA, EN ESPAÑA, O LA RESERVA, EN ITALIA, NO ES MÁS QUE LA LIMITACIÓN A LA FACULTAD DE DISPONER EN BENEFICIO DE CIERTOS PARIENTES O CÓNYUGES, QUE SON LOS LEGITIMARIOS. 4. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SALA DE LO CIVIL Y PENAL), DE 13 DE MAYO DE 1999: CONTROVERSIAS ENTRE HEREDEROS: IMPROCEDENTE LA APLICACIÓN DE LA LEY SUCESORIA CATALANA AL PREVALECER LA VECINDAD CIVIL NAVARRA ADQUIRIDA POR DECLARACIÓN EXPRESA Y RESIDENCIA DE DOS AÑOS SIN NECESIDAD DE REITERACIÓN POSTERIOR.—V. SOBRE EL REGLAMENTO Y CERTIFICADO EUROPEOS EN MATERIA DE SUCESIONES.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. RESOLUCIONES CITADAS.

#### I. DETERMINACIÓN DE LA LEY PERSONAL DEL CAUSANTE EN EL MOMENTO DE SU FALLECIMIENTO

Sabido es que, con la reforma del título preliminar el primer párrafo del artículo noveno del Código civil recibe nueva redacción si bien, en sentido estricto y frente a otros cambios producidos por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sancionó con fuerza de Ley el texto articulado de aquel título, lo cierto es que no se produjeron grandes alteraciones<sup>1</sup>. Declara, a la sazón, el párrafo octavo «La sucesión por causa de muerte se regirá por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última. Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes».

Con todo, el mandato de dicho precepto se completa con lo establecido en el párrafo octavo que de conformidad a la redacción dada por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, de reforma del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, determina que «la sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última. Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes»<sup>2</sup>.

En este sentido, la mejor doctrina ha advertido el alcance de la profunda transformación introducida por esta reforma que por cuanto interesa al objeto de estas líneas, implica que «la conexión utilizada, en la materia, como en todas las relativas a cuestiones de familia y sucesiones es la ley personal determinada por la nacionalidad. Recoge así esta norma la tradición universalista y personalista de nuestro sistema y tiene presente, además, el hecho de que España ha sido tradicionalmente un país de emigración. Se mantiene así, con carácter general, en la línea clásica, sin dar entrada a las nuevas tendencias sobre utilización como conexión preferente de la residencia habitual, cuya aplicación solo cabe en caso de apatridia»<sup>3</sup>.

Pese a que la temática principal de este artículo no sea por ausencia de controversia entre las partes, conviene tener en cuenta que, si a las anteriores consideraciones se conjunta tanto la pluralidad de Derechos civiles y forales, como los propios Derechos autonómicos, si estuviéramos ante un nacional español, deberemos determinar cuál es su vecindad civil ya que será esta la que concrete la ley personal del interesado y, por extensión, el ordenamiento jurídico sucesorio de aplicación<sup>4</sup>. En buena lógica, la sujeción al Derecho común o al especial o foral implica, la de las normas sucesorias aplicables en función de la ley personal que ostenta el causante en el momento de su fallecimiento. Y, por extensión, la de la Ley aplicable al causante, habida cuenta de que una cuestión será la competencia de los tribunales españoles y otra, bien distinta, la de su ley personal<sup>5</sup>.

Por tanto y atendida la regulación estatal de la vecindad y el principio de personalidad y el derecho privado, PARDO NUÑEZ asevera que «la conexión nacional, en caso de grandes migraciones, permite al Estado propio discriminar, en mayor o menor medida, a los extraños y al Estado de origen mantener una competencia “retardada” sobre sus oriundos», y también que «se prefiere un punto de conexión, resistente al cambio de domicilio, que garantice una cierta estabilidad del régimen jurídico que debe disciplinar las relaciones patrimoniales familiares y sucesorias. No hay duda de que unas y otras están conexonadas y, en tanto juegan en el largo plazo, precisan la garantía de un régimen de regulación estable. La garantía de esa permanencia la consigue la conexión de la vecindad civil, cuya regulación, hasta cierto punto, es trasunto de la de la nacionalidad»<sup>6</sup>.

## II. COMPATIBILIDAD ENTRE TESTAMENTO Y REMANENTE *AB INTESTATO*

En este punto, nuestro precepto determinante, pero debidamente concordado con la interpretación sistemática que se deduce de los artículos 891 y 912, declara compatibilidad de la sucesión testada con la intestada, es el 764 del Código civil común, «El testamento será válido aunque no contenga institución de heredero, o esta no comprenda la totalidad de los bienes, y aunque el nombrado no acepte la herencia, o sea incapaz de heredar.— En estos casos se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo a las leyes, y el remanente de los bienes pasará a los herederos legítimos»<sup>7</sup>.

Si repasamos la doctrina más consolidada en la materia, hemos de subrayar con lo que en el epígrafe posterior hemos suscrito, que «nuestra Codificación, consagrando la tradicional superación del sistema romano, va a ir en este punto más allá de donde llegó el Derecho clásico castellano: no solo es admisible un testamento sin institución de heredero, sino que cabe hasta una sucesión sin heredero (VALLET, *Estudios*, 1, pp. 60 y 104-105) (...) 3. Testamento con institución de heredero insuficiente («esta no comprenda la totalidad de los bienes») o

frustrada («aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar»). Superado el principio romano de la incompatibilidad entre la sucesión testada y la intestada, y evitado el acrecimiento derivado de él («Así cesó entre nosotros el derecho de acrecer cuando se fundaba exclusivamente en la sutileza o rigorismo de aquel principio, pero subsistió y subsiste en cuanto se deriva de la voluntad expresa o presunta del testador» [GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, p. 339]), se respeta la voluntad del testador en cuanto al título sucesorio y a los bienes en que instituye al llamado, y se abre, en cuanto al remanente, la sucesión *ab intestato*. La concreción de los distintos llamamientos hereditarios (testamentario y legal) en bienes diferentes no viene a desmentir —como subraya VALLET (*Estudios*, 1, 90 y 113-11)— la universalidad del título hereditario (arts. 660 y 888): se limita tan solo a compatibilizar y conjugar el llamamiento legal con el voluntario, del mismo modo que pueden conjugarse los distintos llamamientos voluntarios bajo el mismo título de la sucesión universal. El Código —explica VALLET— presupone que el testador, cuando solo ha dispuesto válidamente de una cosa o de una cuota, quiere que el remanente pase a los herederos *ab intestato*. Presuposición que no contradice el principio de universalidad de la institución, entendiendo que el testador llama a los herederos testamentarios para que concurren, en la parte que determina, conjuntamente con los *ab intestato*. Obviamente, y por cerrar el comentario al artículo 764, conviene hacer aquí, con la común doctrina, la observación de que la remisión hecha en el precepto a la sucesión *ab intestato*, debe entenderse como recurso común u ordinario; no aplicable, por tanto, cuando se ha previsto sustituto o cuando deba entrar en juego el derecho de acrecer».

En buena lógica, y con prístina claridad expresaba el Profesor ALBALA-DEJO: «Cumplido lo establecido en el testamento, los bienes no dispuestos o no heredados por el instituido, van a la sucesión intestada. La otra cosa que establece el artículo, en su párrafo 2.º, es que, siendo tanto válido el testamento sin institución de heredero, como compatibles la sucesión testada y la intestada (lo que proclama el artículo 658, 3.º), aquella se regule por lo que el testamento establece, y el resto de los bienes no dispuestos, e incluso los dispuestos que, por no querer o no poder, no herede el instituido, pasen a la sucesión intestada. Eso dicho, vale como afirmación de principio. Ahora bien, queriendo especificar el camino completo a seguir por la herencia o parte de ella, yo diría que es el de:

1. Por supuesto, ir al instituido que, siendo apto, la acepte.
2. Si muere el instituido sin haber aceptado ni repudiado, corresponde a sus herederos (art. 1006).
3. Si no sucedió el instituido ni transmitió su derecho a sus herederos, al sustituto vulgar que el testador hubiese designado (arts. 774 y 986).
4. Si ni la recibe el instituido ni sus herederos ni el sustituto vulgar, corresponde a quienes hayan sido llamados con derecho de acrecer la parte vacante del instituido, es decir, llamados juntamente con este al total del que la cuota vacante es una parte (arts. 982 y 986).
5. En defecto de todos los anteriores, la herencia o cuota vacante de la misma, corresponde a los herederos intestados (art. 912)»<sup>8</sup>.

Estas serán las resoluciones que tendremos ocasión de transcribir más adelante, como ejemplos prácticos y expresivos de lo dicho.

Apréciase que en el mismo sentido se pronuncia Encarna CORDERO LOBATO<sup>9</sup>: 1. El artículo 764 del Código civil se aparta de dos reglas del Derecho romano que venían a condicionar la validez del testamento. La primera se refiere

a la necesidad de la institución de heredero que se configuraba como «*caput et fundamentum totius testamenti*» (GAYO, I., 2229), una regla recogida por las Partidas (P. 6.3.pr.), pero derogada ya por el Ordenamiento de Alcalá (Tít. XX), y más tarde por la Novísima Recopilación (10.18.1). La segunda se refería a la necesidad de que el testador dispusiera de la totalidad de sus bienes en el testamento («*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*»). En el Código civil ya no se exige la institución de heredero, ni que el testador disponga de la totalidad de sus bienes en el testamento. La posibilidad de que pueda disponer solo de una parte de ellos está también prevista en el artículo 658.III del Código civil.

2. No obstante lo anterior, lo cierto es que, por regla general, no se concibe una herencia sin heredero, pues es este quien pasa a ocupar el lugar del causante en todas sus relaciones y posiciones jurídicas (salvo las personalísimas e intransmisibles). El heredero recibe todos los bienes, créditos y deudas del causante mediante su mera declaración de voluntad, aceptando la herencia. Además, sustituye a su causante en sus situaciones patrimoniales (derechos reales, relaciones obligatorias, etc.), hereda el derecho moral de autor y, como vimos, puede ejercitar las acciones de filiación (arts. 132.II y 136 CC). Pero, además, en lo que se refiere a las relaciones y situaciones jurídicas patrimoniales, el heredero no es un mero adquirente de bienes, sino también un administrador y un liquidador (LACRUZ: *Elementos...*, v. 5.<sup>a</sup> ed., 21). Por todo ello, casi siempre hay un heredero. Sin embargo, como su existencia no es presupuesto de validez de testamento, si el testador ha nombrado heredero, y la institución es nula, o el llamado no quiere o no puede aceptar, entrarán en juego las reglas de la sucesión intestada (arts. 912.2.º y 4.º CC) (salvo que haya sustitutos u opere el derecho de acrecer), de modo que o será heredero el primeramente instituido, o serán otros los que ocupen su lugar en la herencia. Si el testador dispone de toda su herencia en legados (art. 891), los legatarios se consideran, «de facto», como herederos.

### III. LA OBLIGATIO ESENCIA DE LAS RELACIONES JURÍDICAS Y LAS TENSIONES Y EQUILIBRIO ENTRE LA FAMILIA FRANCESA Y GERMÁNICA EN MATERIA SUCESORIA

#### 1. STIPULATIO Y FUENTE DE OBLIGACIONES

Atendamos ahora a otro de los aspectos esenciales, sentado como queda, cuál es la ley personal y en qué condiciones y jurisdicción se ventilará el Derecho foral o el extranjero. Corresponde ahora ahondar en las fuentes de la compatibilidad entre la sucesión testada e intestada, cuestión de profundo calado, toda vez que evidencian como ya lo hacen los Derechos forales, la escasa adhesión del Derecho sucesorio a la familia romana y una necesaria aproximación a la tradición germánica, para culminar un sistema de transmisión hereditaria, con una sabida y ponderada conmixtión de ambas.

En este punto ya hemos tenido ocasión de advertir que el fundamento esencial reside en la que resulte ser la incuestionable esencia del régimen de las relaciones jurídicas, estrato del Derecho privado, como es la obligación. Así la *stipulatio* era la principal fuente de las obligaciones en la época clásica del Derecho romano. En el caso del cambio de deudor y en particular, no era sino la promesa jurídica formal consistente en una pregunta solemne pronunciada por el estipulante o acreedor y, a su vez, aceptada por el promitente o deudor que queda obligado

por su respuesta<sup>10</sup>. La *obligatio* resultante de ese negocio jurídico es un vínculo de naturaleza estrictamente personal<sup>11</sup>.

En este punto, el contenido de las fórmulas capaces de alterar el lado pasivo de una *obligatio* evoluciona de forma paralela a la noción del vínculo. De este modo, si hasta finales de la época quiritaria la obligación se constituía como un nexo personal del que respondía el deudor con su propia vida, repugnaba al sentido de la institución la mera posibilidad de modificar su componente esencial. Posteriormente, la responsabilidad recaerá sobre los bienes y patrimonio del obligado y no sobre su persona.

Por tanto, el origen remoto de lo que después se convertiría en el dogma sobre la intransmisibilidad de las deudas se basaba en el entendimiento del vínculo como algo personal<sup>12</sup>. Por otra parte, y sobre este dogma, también es cierto que los mecanismos existentes para la sustitución de las partes resultaban suficientes al dar cumplida satisfacción de las necesidades negocialas. En definitiva, del sentido práctico del sistema romano y de su acusado pragmatismo, se puede inferir que no es tanto que se afirmara el dogma de la intransmisibilidad como que la transmisión pasiva singular no resultó necesaria dada la existencia de vías hábiles para obtener los resultados pretendidos<sup>13</sup>.

En este punto, el contenido de las fórmulas capaces de alterar el lado pasivo de una *obligatio* evoluciona de forma paralela a la noción del vínculo. De este modo, si hasta finales de la época quiritaria la obligación se constituía como un nexo personal del que respondía el deudor con su propia vida, contrariaba al sentido de la institución la mera posibilidad de modificar su componente esencial. Posteriormente, la responsabilidad recaerá sobre los bienes y patrimonio del obligado y no sobre su persona.

Por tanto, el origen remoto de lo que después se convertiría en el dogma sobre la intransmisibilidad de las deudas se basaba en el entendimiento del vínculo como algo personal<sup>14</sup>. Por otra parte, y sobre este dogma, también es cierto que los mecanismos existentes para la sustitución de las partes resultaban suficientes al dar cumplida satisfacción de las necesidades negocialas. En definitiva, del sentido práctico del sistema romano y de su acusado pragmatismo, se puede inferir que no es tanto que se afirmara el dogma de la intransmisibilidad como que la transmisión pasiva singular no resultó necesaria dada la existencia de vías hábiles para obtener los resultados pretendidos<sup>15</sup>.

## 2. LA SUCESIÓN HEREDITARIA: LA PERVIVENCIA DE LAS DEUDAS DEL CAUSANTE

El anterior dogma referido de la intransmisibilidad de las deudas quedaría derogado en el ámbito del Derecho hereditario al admitir la ficción de la transmisión *mortis causa* del conjunto del que era titular el *de cuius*, toda vez que el heredero ocupaba el lugar y posición de su causante<sup>16</sup>. Por ello y en cuanto al pasivo hereditario, la característica básica de este sistema no es otra que la asunción de las deudas sin la preceptiva concurrencia de *novatio* que produzca la extinción necesaria de la relación anterior con sustitución por otro nuevo vínculo<sup>17</sup>.

En todo caso, excede de la pretensión introductoria de estas líneas fijar el proceso definitivo que se concretó en el anunciado sistema de transmisión universal *mortis causa*, si bien conviene tener presente su origen y evolución ya que en un sistema tan firmemente apegado al concepto de *obligatio* como vínculo personal también las deudas resultaban intransmisibles.

Precisamente, llama la atención que este general reconocimiento de la transmisibilidad de las deudas a los herederos del causante conviviese —hasta bien entrado el siglo XVII—, con la privación del derecho de sepultura del deudor. Al fin y al cabo, estas prácticas conviven en una época en que aún no estaba claramente concretada la sucesión *in universum ius* del conjunto patrimonial del causante a sus herederos y pervivirían hasta fechas en que parece asentado sólidamente el principio hereditario. Por ello, los primeros testimonios son productos de una época en que la sucesión universal de bienes, derechos y deudas no había remediado la intransmisibilidad pasiva<sup>18</sup>.

Pues bien, aquella privación de sepultura implicaba que, a la muerte de un sujeto con deudas no satisfechas, dicha circunstancia amparaba y justificaba la atribución a sus restos de una singular naturaleza de cosa susceptible de prenda o —ajustando la terminología a la actual— de garantía del derecho de crédito del acreedor. Este último retenía el cadáver en tanto en cuanto los herederos o, en su caso, el fiador no le reintegrasen la deuda pendiente<sup>19</sup>.

En este punto y dado el contraste de esta figura con el posterior principio romano de sucesión *mortis causa* y responsabilidad del heredero por las deudas del causante, la pervivencia de esta práctica bien podría entroncarse en ciertos elementos del sistema germánico. En definitiva, en este último modelo las deudas eran personalísimas por lo que se extinguían con la muerte del deudor y mediante el recurso a la corporeización o a los símbolos materiales, el acreedor podía ejecutar ciertos actos sobre el cadáver para impedir su enterramiento y evitar así que, con la desaparición del vínculo personal por el fallecimiento del deudor, desapareciese también la deuda<sup>20</sup>.

Al margen de los derechos y obligaciones transmisibles *mortis causa*, las nacidas y que encontraban su origen *ex delicto*, así como algunas pretorias, se extinguían con la muerte de sus sujetos. Es especialmente destacable el caso de los fiadores de Italia o *adspromissores* que, frente a los procedentes de otros lugares, con su fallecimiento se extinguía también su obligación perviviendo vagamente, por tanto, el elemento personalísimo y su incapacidad para ser transmitidas<sup>21</sup>.

Apréciase, como declara con acierto GORDILLO CAÑAS, reiterando la compatibilidad de los principios contradictorios que sostienen a nuestro Código civil en materia de sucesiones. «Nuestra Codificación, consagrando la tradicional superación del sistema romano, va a ir en este punto más allá de donde llegó el Derecho clásico castellano: no solo es admisible un testamento sin institución de heredero, sino que cabe hasta una sucesión sin heredero (VALLET, *Estudios*, 1, 60 y 104-105). Para calibrar el alcance del sistema conviene destacar el contraste entre el dato histórico de partida y el resultado final de su evolución».

Sigue a renglón seguido «Con gran sentido realista y con escrupulosa fidelidad al sistema legal, pudo afirmar la RDGRN de 30 de diciembre de 2016 que el artículo 891 permite «una forma especial de sucesión hereditaria, en la que se prorratan las deudas y gravámenes entre los legatarios y estos ocupan el lugar de los herederos, transformándose en cierta manera las cuestiones de representación del causante en problemas de liquidación del patrimonio, y haciéndose innecesaria la intervención de los sucesores a título universal para el limitado fin de entregar las cosas relictas». Baste esta indicación en la interpretación del artículo 764 y en la manifestación de su coherencia con los artículos 891 y 912».



### 3. ROCA SASTRE Y EL DERECHO INSTITUCIONAL O ESTRUCTURAL

Esta pretensión del Derecho institucional o estructural —entendido como un Derecho que fija las líneas fundamentales o los perfiles constitutivos de las instituciones jurídicas que construye los tipos o fórmulas básicas con los cuales el Derecho positivo se llena de contenido, eligiendo de entre los modelos institucionales el que más se adapta a las necesidades y convicciones jurídicas de cada momento y de cada pueblo—, ha sido reiteradamente reclamada por la mejor doctrina.

Así y sobre esta cuestión ROCA SASTRE destacaba la deficiencia institucional de nuestro Código al haberse nutrido, en particular el derecho sucesorio, de principios tan antagónicos como contradictorios. En especial, la responsabilidad personal e ilimitada por las deudas hereditarias (de raíz romana), se dibuja únicamente como un principio positivo singular, contradicho por el común entendimiento jurisprudencial de la herencia como un remanente económico (de raíz germánica).

Es por ello, que al responder a dos sistemas institucionales tan diferentes como el romano y el germánico, «al llenar las lagunas fatalmente existentes en los Códigos, los principios inspiradores de la institución constituirán una abundante cantera»<sup>22</sup>. Esos principios institucionales, entendidos como principios generales, tampoco pueden ser inferidos de cuanto atañe a la transmisión de las deudas, toda vez que nuestro Código y la legislación complementaria no parece responder a un patrón institucional único.

### IV. RESOLUCIONES ACREDITATIVAS DE LA DOCTRINA ANTERIOR

#### 1. RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2013: LA DISTRIBUCIÓN DE LA HERENCIA A TRAVÉS DE LEGADOS Y LA INNECESARIEDAD DE APERTURA DE LA SUCESIÓN INTESTADA

Vistos los artículos 675, 764, 768, 891, 901, 902, 903 y 912 del Código civil; 81 del Reglamento Hipotecario; las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1987 y 26 de abril de 1997; y las resoluciones de esta Dirección General de 30 de diciembre de 1916, 19 de mayo de 1947, 24 de marzo y 20 de octubre de 2001, 17 de mayo, 19 de septiembre y 14 de octubre de 2002, 26 de febrero de 2003, 31 de marzo y 13 de octubre de 2005, 18 de enero de 2010, 20 de mayo de 2011 y 25 de febrero y 19 de abril de 2013.

1. Para resolver el presente recurso son relevantes los siguientes hechos:

a) Se presenta en el Registro de la Propiedad copia autorizada de una escritura de compraventa de una participación indivisa de un local destinado a garaje, otorgada como vendedora por la albacea contadora partidora de la titular registral fallecida.

En el testamento ológrafo que sirve de base a la escritura, la causante, sin instituir heredero, ordenó diversos legados en favor de varias personas, sin mencionar la participación indivisa referida, y nombró a la indicada albacea, contadora-partidora, a quien atribuyó «todos los poderes para llevar todos mis deseos a cabo. Hacer y deshacer...». Además, en dicho testamento manifiesta la testadora su deseo de que sus dos hermanos cuyo nombre expresa no acudan a su entierro.



En la escritura de protocolización del cuaderno particional de la causante se expresa lo siguiente respecto de dicha participación indivisa de inmueble: «...Por lo que dicha propiedad..., al no existir herederos forzosos, se considera que la voluntad de la testadora, que se extrae de una interpretación global del contexto del testamento, y de acuerdo con el Código civil, es el que todos sus bienes fueran repartidos como legados, por lo que el inmueble será vendido por la contadora partidora, por el precio máximo obtenible en mercado, y una vez realizado, con su producto..., procederá a liquidar, por este orden, las cargas de los legados, el pasivo inventariado y los gastos derivados de las operaciones de protocolización y partición. De no ser suficiente, los legados habrán de ser aminorados en proporción a fin de saldar dichos conceptos».

b) El registrador suspende la inscripción de la escritura de compraventa porque considera que, al no haber instituido heredero la causante y haber distribuido el caudal relicto mediante atribuciones singulares sin adjudicar la totalidad de los bienes que lo integran, debe abrirse la sucesión intestada, conforme al artículo 912.2.º del Código civil, respecto del bien cuya inscripción se pretende.

c) El notario recurrente alega que del testamento de la causante y de las circunstancias concretas del caso resulta su voluntad de disponer de todos sus bienes mediante legados conforme al artículo 891 del Código civil, según ha interpretado válidamente la albacea contadora-partidora.

2. En los casos como el que ha motivado la calificación impugnada, relativo al testamento de una causante (sin legitimarios) que no contiene institución de heredero y sí tan solo disposiciones a título singular o de legado, este Centro Directivo ha puesto de relieve en resolución de 19 de abril de 2013 que, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos civiles hispánicos, en el Derecho común el testamento es válido aunque no contenga institución de heredero o esta no comprenda todos los bienes, admitiéndose en el Código civil la distribución de toda la herencia en legados. Tal situación ha sido contemplada por múltiples sentencias del Tribunal Supremo y resoluciones de esta Dirección General bajo el prisma de que el principal problema que plantea una sucesión sin herederos es la liquidación del patrimonio hereditario, y no tanto la determinación de un sucesor universal. Por esa razón, ha llegado a afirmarse que la distribución de toda la herencia en legados permite la existencia de una sucesión sin herederos; esto es, sin herederos presentados como tales ni disfrazados de legatarios, toda vez que en el sistema del Código civil el llamamiento «*ab intestato*» no se produce para asegurar en toda sucesión un heredero, sino para evitar la vacancia de bienes cuando el testador, con independencia del título en que lo haga, no dispone de todos los bienes relictos.

Diversas resoluciones de este Centro Directivo, muy especialmente la de 30 de diciembre de 1916 y otras posteriores que siguieron el mismo criterio, expresaron que en el caso del artículo 891 del Código civil los legatarios ocupan el lugar de los herederos, transformándose las cuestiones de representación del causante en problemas de liquidación del patrimonio, que hacen innecesaria la intervención de sucesores a título universal y absurda la exigencia de una declaración de herederos para el limitado fin de entregar los bienes relictos.

Respecto de la dinámica registral, la propia legislación hipotecaria se ajusta a los anteriores planteamientos, conclusión a la que se llega claramente a la vista de lo dispuesto en el artículo 81.d) del Reglamento Hipotecario (en la redacción del mismo resultante del Real Decreto 3215/1982, de 12 noviembre), y cuyo antecedente se encuentra en el artículo 83.2.2 modificado mediante la reforma

de 1959), el cual exige lo siguiente al regular la inscripción registral: «... 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».

Por ello, para analizar la actuación de la albacea debe indagarse la voluntad de la testadora, tal y como aparece plasmada en el testamento. Y debe tenerse en cuenta que, según la reiterada doctrina de esta Dirección General, entre las facultades del albacea contador-partidor se entiende incluida la de interpretar el testamento, como presupuesto del desempeño de las funciones que le corresponden, y tal interpretación tan solo podrá rechazarse en sede registral si resulta que claramente ha prescindido de las pautas que impone el artículo 675 del Código civil, al margen de la impugnación judicial de que en cualquier caso puede ser objeto (cfr. las resoluciones de 24 de marzo de 2001, 19 de septiembre de 2002, 26 de febrero de 2003, 31 de marzo de 2005 y 19 de abril de 2013, entre otras).

A la vista de las consideraciones anteriormente expuestas, no puede rechazarse en el presente caso la interpretación de la voluntad de la testadora realizada por la albacea.

De entender que en todo caso en el cual los legados no agoten el total caudal relicto no cabe aplicar la norma del artículo 891, o si se exige una voluntad expresa del testador sobre la distribución de todo su patrimonio en legados, nunca podrá tenerse la certeza absoluta de que los legados ordenados abarquen efectivamente todos los bienes de la herencia, por lo que ante la incertidumbre sobre la posibilidad de que exista algún elemento patrimonial que no ha sido objeto de disposición sería imprescindible siempre abrir la sucesión intestada para que una vez llamados los herederos abintestato pueda realizarse la liquidación del patrimonio hereditario. Por ello debe admitirse la interpretación del artículo 891 del Código civil según la cual en los casos en que el testador no hubiera dispuesto de algún bien de escaso valor en relación con el resto del caudal relicto debe también aplicarse dicha norma legal si —como ha apreciado la albacea en este caso— existe una voluntad del testador de que se distribuya su herencia de esa forma, sin necesidad de la apertura de la sucesión intestada.

Examinada las disposiciones de la testadora y especialmente aquella por la cual realiza el encargo a la albacea, no es difícil extraer la conclusión de que la causante ha deseado distribuir el caudal relicto mediante las concretas atribuciones singulares que detalla sin institución de heredero. FALLO Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada.

2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2011: SUCESIÓN HEREDITARIA. DERECHO A ACEPTAR O REPUDIAR LA HERENCIA. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1006 DEL CÓDIGO CIVIL Y EL FALLECIMIENTO DEL HEREDERO ANTES DEL CAUSANTE

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El presente caso plantea como cuestión de fondo, de índole doctrinal y sustantiva, la fundamentación correcta a la situación producida en un procedimiento de división de la herencia en el que uno de los herederos, llamado a suceder, fallece antes de aceptar o repudiar la herencia, pasando a sus propios herederos el derecho que él tenía (art. 1006 CC). Esta cuestión ha sido

ampliamente debatida por la Doctrina científica dando lugar a la existencia de dos corrientes doctrinales: la denominada «teoría clásica» o «de la doble transmisión», según la cual en la sucesión por derecho de transmisión existen dos movimientos o pasos de los bienes, un primero desde el primer causante a la masa hereditaria del heredero transmitente y otro segundo, desde la masa hereditaria del citado transmitente al heredero transmisario que acepta las dos herencias; y la «teoría moderna», de la adquisición directa o de la doble capacidad, según la cual los bienes pasan directamente del primer causante al heredero transmisario cuando este ejercita positivamente el denominado *ius delationis* (derecho a aceptar o repudiar la herencia).

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

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

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

Recurre en apelación la parte codemandada, don Benicio, oponiéndose al recurso la parte actora (resto de los coherederos). Mantiene, en esencia, que no es que los derechos hereditarios de don Luis «pasen a sus herederos» como afirma el cuaderno particional, sino que estos han de participar en la partición y ser incluidos en la misma; dicha afirmación la basa en el artículo 989 del Código civil, según el cual «Los efectos de la aceptación y de la repudiación se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona a quien se hereda»; por ello, la entrada en la partición de los sustitutos de D. Luis se efectúa al momento del fallecimiento de D.<sup>a</sup> Blanca, con abstracción del posterior fallecimiento de D. Luis y sin tomar en consideración sus disposiciones testamentarias que han de venir referidas al momento de su fallecimiento.

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

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

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

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

3. LA STS DE 13 DE OCTUBRE DE 2005: LA LEGÍTIMA, EN ESPAÑA, O LA RESERVA, EN ITALIA, NO ES MÁS QUE LA LIMITACIÓN A LA FACULTAD DE DISPONER EN BENEFICIO DE CIERTOS PARIENTES O CÓNYUGES, QUE SON LOS LEGITIMARIOS

PRIMERO.- En este proceso, ahora en trámite de casación formulada por el demandante en la instancia D. Benjamín, se ejercitó por este acción —más bien acciones planteadas en forma subsidiaria— declarativa de su derecho hereditario respecto a la herencia de su esposa, D.<sup>a</sup> Antonieta, como cónyuge supérstite (casados en régimen de separación de bienes) la cual había fallecido sin descendencia y habiendo premuerto sus ascendientes, a la que sobrevivió también su hermana de doble vínculo D.<sup>a</sup> Raquel, demandada en la instancia y, por su posterior fallecimiento, sustituida procesalmente por sus hijos, recurridos en casación, D. Donato, D. José Enrique y D. Félix. Aquella, D.<sup>a</sup> Antonieta había fallecido bajo testamento abierto otorgado el 18 de diciembre de 1978, por el que legó a su esposo —demandante en la instancia y recurrente en casación— D. Benjamín, una finca urbana y la mitad indivisa de otra «en pago de los derechos legitimarios que pudieran corresponderle» e instituyó heredera universal a su tía carnal D.<sup>a</sup> María Purificación la cual le premurió (y a la que, dicho sea de paso, la heredó). Siendo la causante de nacionalidad italiana, se aplica el Código civil

italiano de 1942, de cuya aplicación no hay duda conforme al artículo 9.1 del Código civil y media aquiescencia por ambas partes, aunque en un principio se había discutido, y cuya normativa se halla acreditada en la instancia. La cuestión que ha llegado a casación es la sucesión que le corresponde al demandante y recurrente D. Benjamín, teniendo en cuenta que la causante, su esposa, falleció quedando ineficaz su institución de heredero, ya que la heredera había premuerto y permaneciendo válido el legado en pago de legítima. La sucesión, pues, que se plantea es la intestada, que tanto el Código civil español como el Codice civile italiano llaman legítima; y no la forzosa, formada por la llamada legítima que corresponde a los herederos forzosos (*rectius* legitimarios) como denomina el Código civil español y reserva la llama el Codice civile italiano. La legítima, en España, o la reserva, en Italia, no es más que la limitación a la facultad de disponer en beneficio de ciertos parientes o cónyuges, que son los legitimarios, que gozan de un llamamiento legal a la herencia del causante. Por lo cual, cuando uno de ellos es heredero intestato, la legítima o reserva que le pudiera corresponder queda embebida en la herencia. Lo cual no significa que pueda obviarse tal legítima, porque siempre podrá exigir lo que le corresponde por ella si no alcanza su cuantía la herencia intestada que recibe (por ejemplo, por cuantiosas donaciones, que no es el caso), ni se puede prescindir de la misma si hay una atribución (por ejemplo, por un legado que sí es el caso) en pago de ella. Por tanto, no se le aplican los artículos 536 y siguientes (del capítulo, *dei legitimari*) ni, desde luego, el 540 (*riserva a favore del coniuge*), sino los artículos 565 y siguientes (del título, *Delle successioni legittime*, que quiere decir intestada) y esencialmente, el 582 que dispone que la herencia intestada del cónyuge viudo es concurrencia con hermanos del causante es de dos tercios de la herencia.

SEGUNDO.- Así, el caso que se enjuicia es de una sucesión intestada, *legittime* dice el Codice civile italiano, que la atribuye en todo caso al cónyuge supérstite (art. 565) en cuota variable según concurra con ciertos parientes (arts. 581 y sigs.) y si concurre con hermanos de su cónyuge premuerto, le corresponden dos tercios, siendo el tercio resultante para tales hermanos (art. 582). Este es el caso presente. La herencia de la causante D.<sup>a</sup> Antonieta ha quedado intestada por razón de la premoriencia de la heredera testamentaria, su tía D.<sup>a</sup> María Purificación. El heredero *ab intestato*, en dos tercios de la herencia, es el demandante y recurrente en casación D. Benjamín, correspondiendo la parte residual (como dice literalmente dicho artículo 582) a la hermana demandada D.<sup>a</sup> Raquel y por su fallecimiento, a sus tres hijos, herederos, sucesores procesales. Sobre la reserva, como la llama el Codice civile, legítima en Derecho español, que en ambos Derechos no se debe confundir con la sucesión intestada (a la que llaman sucesión «legítima») propiamente sucesión forzosa, nada procede declarar porque queda embebida dentro de la herencia intestada del cónyuge. Por tanto, debe acogerse el motivo primero del recurso de casación. Este se había formulado al amparo del núm. 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 582 del Codice civile italiano. La sentencia de instancia, de la Audiencia Provincial, Sección 4.ª, de Barcelona, lo ha infringido porque, en vez de aplicarlo al recurrente como heredero abintestato, le ha aplicado el artículo 540 que se refiere a la reserva, es decir, a la sucesión forzosa y le ha atribuido erróneamente la mitad de la herencia. Se debe aplicar el artículo 582 relativo a la sucesión intestada y le corresponde, al concurrir con la hermana de su cónyuge causante de la herencia, dos tercios de esta. Al estimarse este motivo, esta Sala asume la instancia y debe dictar la resolución que proceda dentro de los términos en que aparece planteado el debate, conforme dispone

el artículo 1715.1.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin necesidad de entrar en el motivo segundo que, al amparo también del artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la infracción del artículo 551 del mismo Codice civile italiano que establece la imputación del legado en sustitución o pago de la legítima (o reserva del Derecho italiano); esta norma prevé su renuncia y la reclamación de legítima de valor superior o su aceptación perdiendo el derecho a reclamar un posible suplemento de legítima. No se aplica al presente caso, ya que la legítima ha quedado embebida en su herencia que alcanza los dos tercios del caudal hereditario. Sin embargo, el legado atribuido por la causante al esposo «en pago de los derechos legitimarios que pudieran corresponderle» debe imputarse, como ordenó la causante, a la legítima (o reserva) embebida en la herencia. Es decir, que al cónyuge demandante y recurrente en casación se le debe atribuir dos tercios de la herencia de su esposa, causante de la misma, como heredero *ab intestato*, a cuya porción debe imputarse el legado que se atribuyó en pago de la legítima.

TERCERO.- Por ello, el demandante en la instancia y recurrente casacional, D. Benjamín debe ser declarado heredero *ab intestato* de su cónyuge D.<sup>a</sup> Antonieta atribuyéndosele dos tercios de la herencia en virtud de lo dispuesto en el artículo 582 del Codice civile; a cuya porción se le imputa el contenido del legado, sin aplicársele el artículo 551 y sin el derecho de morada familiar y de uso de los muebles, ya que tampoco es aplicable el artículo 540, norma relativa a la legítima, no a la sucesión intestada. Asimismo, a la demandante reconvenzional, D.<sup>a</sup> Raquel —hoy sus hijos y herederos en sucesión procesal— le corresponde la parte residual, es decir, un tercio de la herencia de su hermana, la causante de la herencia. Al haberse estimado el recurso, no procede hacer condena en costas en el mismo, ni tampoco en ninguna de las instancias. Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### FALLAMOS

Primero.- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la Procuradora D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Dolores Reyes Olea, en nombre y representación de D. Benjamín, respecto a la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza en fecha 22 de noviembre de 1999 que CASAMOS y ANULAMOS.

Segundo.- En su lugar, declaramos que el demandante, el mencionado recurrente, es heredero abintestato de la causante, su cónyuge, D.<sup>a</sup> Antonieta y se le atribuyen dos tercios de su herencia a la que se le imputa el contenido del legado.

Tercero.- A la demandante reconvenzional D.<sup>a</sup> Raquel, hoy sustituida por sus hijos y herederos, le corresponde como parte residual, un tercio de la misma herencia.

4. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SALA DE LO CIVIL Y PENAL), DE 13 DE MAYO DE 1999: CONTROVERSIA ENTRE HEREDEROS: IMPROCEDENTE LA APLICACIÓN DE LA LEY SUCESORIA CATALANA AL PREVALECER LA VECINDAD CIVIL NAVARRA ADQUIRIDA POR DECLARACIÓN EXPRESA Y RESIDENCIA DE DOS AÑOS SIN NECESIDAD DE REITERACIÓN POSTERIOR

La citada resolución se remite a la doctrina que acabamos de ventilar dispuesta por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra y por la contenida en la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notario de 13 de mayo

de 1996 y desestima el recurso de casación interpuesto. Dice así: «no existe una igualdad de rango entre voluntad explícita y tácita (por mera residencia y paso del tiempo), sino que la prevalencia de la voluntad explícita sobre la tácita no solo resulta ser criterio hermenéutico razonable, sino precepto legal vigente desde mucho antes de abrirse la sucesión, pues el artículo 65.3 de la Ley del Registro Civil dispone que una vez prestada declaración de adquirir la vecindad, no se necesita prestar declaración de conservarla».

## V. SOBRE EL REGLAMENTO Y CERTIFICADO EUROPEOS EN MATERIA DE SUCESIONES

Como bien sostiene IRIARTE ÁNGEL, F. B. (2016) «La entrada en vigor del Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 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, ha conllevado una profunda alteración en el ámbito competencial de los tribunales españoles y, en su caso, a las normas de conflicto aplicables a las sucesiones con elemento internacional que hayan tenido lugar a partir del 17 de agosto de 2015»<sup>23</sup>. Si bien en el caso de autos no ha lugar a conflicto de naturaleza alguna, toda vez que las partes, en el recurso de casación, se aquietan a que sea el Derecho italiano el competente para ventilar la sucesión controvertida<sup>24</sup>.

## VI. CONCLUSIONES

I. El mencionado Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 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 y sus trabajos preliminares pretendían, que en un futuro los veintisiete países se doten de reglas comunes y que con ello se pueda concretar tanto el órgano judicial competente como el ordenamiento jurídico aplicable a la totalidad de los bienes que integren la sucesión al margen de la ubicación material de alguno de sus componentes.

Apréciase que lo que se persigue es que el domicilio habitual concrete el órgano judicial competente y en defecto de otra disposición, también sea esta residencia la que determine la ley aplicable<sup>25</sup>. De este modo se sigue respetando, como se ha hecho en el reciente Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, la autonomía de la voluntad privada, máxima perseguida por la Comisión de Justicia, Libertad y Seguridad, competente y responsable actualmente de los mencionados trabajos sobre el certificado europeo. Empero, el mencionado certificado, no pretende imponerse sobre los criterios internos, ya que, en definitiva, no parece que se ajuste al imperante en nuestra normativa sobre la voluntad sumado al requisito de la residencia de dos años y declaración expresa, que no ha de ser reiterada para la adquisición de la vecindad civil.

II. El dogma romano de la intransmisibilidad de las deudas quedaría derogado en el ámbito del Derecho hereditario al admitir la ficción de la transmisión *mortis causa* del conjunto del que era titular el *de cuius*, toda vez que el heredero ocupaba el lugar y posición de su causante.



III. Con ROCA SASTRE hemos de seguir afirmando que en nuestro Código se nutrió, en particular el derecho sucesorio, de principios tan antagónicos como contradictorios, con las consecuencias expuestas. En especial, la responsabilidad personal e ilimitada por las deudas hereditarias (de raíz romana), se dibuja únicamente como un principio positivo singular; contradicho por el común entendimiento jurisprudencial de la herencia como un remanente económico (de raíz germánica).

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALGUER (1931). Ensayos varios sobre temas fundamentales del Derecho Civil, *RJC*, XXXVII, 36-152.
- ALBALADEJO (2004). Artículos 744 a 773 del Código civil, *Comentarios al Código civil*, Tomo X, Vol. 1, Madrid.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ (2005). *Régimen jurídico del domicilio de las personas físicas*, Valladolid.
- ARIAS RAMOS-ARIAS BONET (1986). *Derecho Romano. II. Obligaciones, Familia, Sucesiones*, Madrid, 18.<sup>a</sup> ed.
- ASÚA GONZÁLEZ. Algunas cuestiones en relación al régimen civil aplicable a los efectos del matrimonio entre personas de distinta vecindad civil. El párrafo tercero del artículo 16 del Código civil, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* 11-12, 1991 (Ejemplar dedicado a: Reformas del Código civil 1990-1991), 73-88.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. La regulación de la vecindad civil derivada de la Ley 11/1990, de 15 de octubre (*RCL* 1990, 2139), sobre reforma del Código civil (*LEG* 1889, 27) en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, y de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre (*RCL* 1990, 2598), sobre reforma del Código civil en materia de nacionalidad, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 11-12, 1991 (Ejemplar dedicado a: Reformas del Código civil 1990-1991), 169-202.
- (2004). Comentarios al Capítulo V. Ámbito de aplicación de los regímenes jurídicos coexistentes en el territorio nacional, artículos 8 a 16 del Código civil, *Comentarios al Código civil*, I, 2, Madrid.
- (1991). Comentario al artículo 14 del Código civil, en Paz-Ares Rodríguez, Díez-Picazo Ponce de León, Bercovitz, Salvador Coderch, (Dirs.), *Comentario del Código civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 154-161.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y PÉREZ DE CASTRO (1996). *La vecindad civil*.
- COCA PAYERAS (1981). Vecindad administrativa y vecindad civil: génesis de un concepto legal», *Revista jurídica de Catalunya*, 80, 1, 133-178.
- CORDERO LOBATO, E. (2009). Comentario al artículo 764 del Código civil. *Grandes Tratados. Comentarios al Código civil*. BIB 2009\1705.
- CORNIL (1912). *Debitum et obligatio*. Recherches sur la formation de la notion de l'obligation romaine, en *Mélanges P. F. Girard*, I, París, 199-263.
- DE DIEGO, CLEMENTE (1940). Crítica institucional del Código civil, *RDCI*, XVI, 148, 497-515.
- DURÁN RIVACOBIA (1990). *La vecindad civil en la reforma del código por ley de 15 de octubre de 1990*, Universidad Nacional de Educación a Distancia.
- FONT SEGURA (2000). La sucesión hereditaria en Derecho interregional, *ADC*, LIII-1.
- FUENTESECA DÍAZ (1976). Origen del concepto romano de obligación (*Obligatio*), *Libro-homenaje a ROCA SASTRE*, I, Madrid, 111-152.

- GÓMEZ DEL CASTILLO (1893). Consideraciones sobre el Derecho egipcio, *RGLJ*, 19-319.
- GORDILLO CAÑAS, A. (1991). Comentario al artículo 764 del Código civil, en Paz-Ares Rodríguez, Díez-Picazo Ponce de León, Bercovitz, Salvador Coderch, (Dirs.), *Comentario del Código civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1875-1876.
- HINOJOSA Y NAVEROS (1948). La privación de sepultura de los deudores, *Obras I*, Madrid, 155-179.
- IRIARTE ÁNGEL, F. B. (2016). Competencia de los Tribunales españoles y forma de los testamentos después de la entrada en vigor del Reglamento 650/2012. Aspectos internacionales e interregionales (1), *AC*, 12, LA LEY 9459/2016.
- LACRUZ BERDEJO (1962). La responsabilidad por deudas hereditarias en la sucesión *ab intestato* aragonesa, *Problemática de la ciencia del Derecho*, Barcelona, 490 y sigs.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Principios de Derecho Civil I, Parte General y Derecho de la Persona*, Madrid, 25.<sup>a</sup> ed. *Principios de Derecho Civil VII, Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2019, 10.<sup>a</sup> ed.
- LONGO, L'origine della successione particolare nelle fonti di Diritto romano, *Bullettino dell'istituto di diritto romano*, 14, 1901, 127 a 202 y 224 a 275; 15, I, II, 1903, 283-309.
- LUCES GIL (1991). El nuevo régimen español de la nacionalidad y la vecindad civil, *Revista General de Derecho*, 1, 119-136.
- LLODRÀ GRIMALT, F. (2015). La sucesión intestada en las Illes Balears, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo*, Editorial LA LEY, LA LEY 2877/2015.
- MORÁN MARTÍN (2002). *Historia del Derecho privado, penal y procesal*, Madrid.
- MORETÓN SANZ, M.<sup>a</sup> F. (2017). Reembolso y responsabilidad del pago de la estancia en una residencia privada: decisión unilateral de ingresar a su madre en el geriátrico privado, *RCDI*, Año núm. 93, Núm. 761, 2017, 1545-1563.
- (2017). El prelegado o el heredero instituido testamentariamente legatario: el doble llamamiento a título universal y a título singular, *RCDI* Año núm. 93, Núm. 760, 2017, 990-1010.
- (2016). Patrimonio hereditario y el cadáver: controversias doctrinales, jurisdiccionales y familiares sobre las exequias del causante y la dudosa aplicabilidad del elástico derecho a la intimidad personal y familiar, *RCDI*, 757, 2016, 2884-2919.
- (2008). *La asunción espontánea de deuda*, LEX NOVA, Madrid.
- NÚÑEZ MUÑIZ, M.<sup>a</sup> C. (2016). La influencia de los sistemas romano y germánico en la regulación de nuestro derecho sucesorio, *AC*, 11, noviembre de 2016, LA LEY 8892/2016.
- D'ORS (2012). *Derecho privado romano*, Pamplona.
- (1992). Una explicación genética del sistema romano de las obligaciones, *ZSS*, 319-349.
- PACCHIONI (1942). *Manual de Derecho Romano, II*, Valladolid.
- PARDO NÚÑEZ (2001). El derecho interregional y la foralidad, *RCDI*, 663, 2001.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Comentarios a la Sección: Capítulo IV. De la nacionalidad y vecindad civil de la Ley del Registro Civil, artículo 65, *Comentarios al Código civil, Tomo IV, 3, artículos 40 al final de la Ley del Registro Civil*, Madrid, Edersa, 2005.
- PÉREZ-PRENDES (1997). *Curso de Historia del Derecho*, Madrid, 1997.

- REQUEJO ISIDRO, El certificado sucesorio (o de heredero) europeo: propuestas de regulación, *La Ley*, 7.185, 2009.
- ROCA SASTRE (1940). Crítica institucional del Código civil, *RDCI*, XVI, 148, 497-515.
- RUBIO TORRANO, Inconstitucionalidad sobrevenida, adquisición de vecindad civil y ley aplicable a la sucesión, *Aranzadi civil*, 15, 2009, 11-13.
- SANCHO REBULLIDA (1985). *Elementos de Derecho civil, II, I*, Madrid.
- VIOLA DEMESTRE, Minoría de edad y cómputo del plazo de diez años para la adquisición de la vecindad civil por residencia: Comentario a la STSJC 1/2009, de 12 de enero de 2009, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 4, 2009.

## VIII. RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 11 de septiembre de 2011
- STS de 13 de octubre de 2005
- STSUP cataluña (sala de lo civil y penal), de 13 de mayo de 1999
- RDGRN de 11 de septiembre de 2013

## NOTAS

<sup>1</sup> *Vid.*, AMORES CONRADI, Comentarios al artículo 9.1 del Código civil, Paz-Ares Rodríguez, Díez-Picazo Ponce de León, Bercovitz, Salvador Coderch, (Dirs.), *Comentario del Código civil, Tomo I*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, 76-79.

<sup>2</sup> Sería el artículo primero de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, la que modificaría los apartados 2, 3, 5 y 8; en su Preámbulo se advertía lo siguiente: «Pese a la modernización que han representado las citadas leyes, (Leyes 11/1981, de 13 de mayo, y 30/1981, de 7 de julio) así como la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, en materia de adopción, el Código civil sigue acogiendo mandatos cuyo contenido es contrario a la plena efectividad del principio de igualdad subsistiendo preceptos en los que, para determinar la eficacia de ciertas relaciones y situaciones jurídicas, se atiende a criterios que encierran o una preferencia o trato inadecuado por razón de sexo.- La presente Ley pretende eliminar las discriminaciones que por razón de sexo aún perduran en la legislación civil y perfeccionar el desarrollo normativo del principio constitucional de igualdad».

<sup>3</sup> BORRAS RODRÍGUEZ, Comentarios al artículo 9.8 del Código civil, Paz-Ares Rodríguez, Díez-Picazo Ponce de León, Bercovitz, Salvador Coderch, (Dirs.), *Comentario del Código civil, Tomo I*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, 95-98.

<sup>4</sup> «La sujeción al Derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil», *vid.*, sobre su alcance y contenido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Comentario al artículo 14 del Código civil, en Paz-Ares Rodríguez, Díez-Picazo Ponce de León, Bercovitz, Salvador Coderch, (Dirs.), *Comentario del Código civil, Tomo I*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, 154 a 161. Para un tratamiento integral de la vecindad civil, *vid.*, LASARTE ÁLVAREZ *Principios de Derecho Civil I, Parte General y Derecho de la Persona*, Madrid, 2009, 15.<sup>a</sup> ed., 258 y la bibliografía allí citada.

<sup>5</sup> Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, artículo 9.1. Los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por esta u otra Ley. 2. Los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional.- En este orden civil, corresponderá a la jurisdicción militar la prevención de los juicios de testamentaría y de abintestato de los miembros de las Fuerzas Armadas que, en tiempo de guerra, fallecieron en campaña o navegación, limitándose a la práctica de la asistencia imprescindible

para disponer el sepelio del difunto y la formación del inventario y aseguramiento provisorio de sus bienes, dando siempre cuenta a la Autoridad judicial civil competente.

<sup>6</sup> El derecho interregional y la foralidad, *RCDI*, 663, enero-febrero de 2001.

<sup>7</sup> En la materia, *vid.*, NÚÑEZ MUÑOZ, M.<sup>a</sup> Carmen (2016), La influencia de los sistemas romano y germánico en la regulación de nuestro derecho sucesorio, *AC*, 11, noviembre 2016, LA LEY 8892/2016 y bibliografía allí citada, también LLODRÀ GRIMALT, Francesca (2015), La sucesión intestada en las Illes Balears, «*Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo*, Editorial LA LEY, LA LEY 2877/2015.

<sup>8</sup> ALBALADEJO, (2004), «Artículos 744 a 773 del Código civil», *Comentarios al Código civil*, Tomo X, Vol. 1, Madrid.

<sup>9</sup> CORDERO LOBATO (2009), «Comentario al artículo 764 del Código civil». *Grandes Tratados. Comentarios al Código civil*. BIB 2009\1705.

<sup>10</sup> Así se desarrolla en G.3.174 (sobre las estipulaciones y en particular acerca de la que se superpone a una anterior, *vid.*, D'ORS, *Derecho privado romano*, Pamplona, 2002, §§ 405 y sigs., 485 y sigs.).

<sup>11</sup> En el entendido que el término *obligatio* no surge sino hasta la época clásica [*vid.*, D'ORS, *op. cit.*, § 348, 411; *vid.*, también CORNIL, *Debitum et obligatio*. Recherches sur la formation de la notion de l'obligation romaine, en *Mélanges P. F. Girard*, I, Paris, 1912, 199-263; D'ORS, Una explicación genética del sistema romano de las obligaciones, *ZSS*, 1992, 319 a 349; FUENTESECA DÍAZ, Origen del concepto romano de obligación (*Obligatio*), *Libro-homenaje a ROCA SASTRE*, I, Madrid, 1976, 111-152].

<sup>12</sup> Por lo que a la *obligatio* se refiere, SANCHO REBULLIDA señala con la doctrina romanista, que la imposibilidad de su transmisión apuntaba al origen delictual del propio concepto del vínculo (*vid.*, *Elementos de Derecho civil*, II, I, Madrid, 1985, 21, nt. 4; D'ORS, «Una explicación genética del sistema romano de las obligaciones», *cit.*, 318 a 349; *vid.*, también ALGUER, Ensayos varios sobre temas fundamentales del Derecho Civil, *RJC*, XXXVII, 1931, 36-152).

<sup>13</sup> En este sentido, PACCHIONI sostiene que «en las fuentes solo se dice que al principio no existía ningún modo de transferir las obligaciones. Por lo tanto, no radicaba en la naturaleza de la obligación el principio de su intransferibilidad, sino más bien su primitiva función. Cuando, multiplicándose las relaciones comerciales, se desarrolló el crédito y se hizo frecuente la oportunidad de negociar los títulos, entonces en Roma se pensó inmediatamente en el modo de hacer transferible la obligación» (*Manual de Derecho Romano*, II, Valladolid, 1942, 71).

<sup>14</sup> Por lo que a la *obligatio* se refiere, SANCHO REBULLIDA señala con la doctrina romanista, que la imposibilidad de su transmisión apuntaba al origen delictual del propio concepto del vínculo (*vid.*, *Elementos de Derecho civil*, II, I, Madrid, 1985, 21, nt. 4; D'ORS, Una explicación genética del sistema romano de las obligaciones, *cit.*, 318-349; *vid.*, también ALGUER, Ensayos varios sobre temas fundamentales del Derecho Civil, *RJC*, XXXVII, 1931, 36-152).

<sup>15</sup> En este sentido, PACCHIONI sostiene que «en las fuentes solo se dice que al principio no existía ningún modo de transferir las obligaciones. Por lo tanto, no radicaba en la naturaleza de la obligación el principio de su intransferibilidad, sino más bien su primitiva función. Cuando, multiplicándose las relaciones comerciales, se desarrolló el crédito y se hizo frecuente la oportunidad de negociar los títulos, entonces en Roma se pensó inmediatamente en el modo de hacer transferible la obligación» (*Manual de Derecho Romano*, II, Valladolid, 1942, 71).

<sup>16</sup> El origen de esta necesaria ocupación por el heredero del lugar del causante trae causa de las viejas creencias romanas y de la devoción a los dioses lares, los protectores de la casa, cuyos deberes de culto no podían quedar vacantes por la muerte del soberano familiar (*vid.*, ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *Derecho Romano. II. Obligaciones, Familia, Sucesiones*, Madrid, 1986, 18.<sup>a</sup> ed., 805 y sigs.). Esta concepción es tributaria de la visión espiritualista que profesa BONFANTE (*vid.*, también, LONGO, L'origine della successione particolare nelle fonti di Diritto romano, *Bullettino dell'istituto di diritto romano*, 14, 1901, 127 a 202 y 224 a 275; 15, I, II, 1903, 283 a 309).

<sup>17</sup> Acerca del punto de vista dogmático del artículo 660 del vigente Código sobre cuál sea el concepto de sucesión a título universal, *vid.*, LACRUZ BERDEJO, La responsabilidad

por deudas hereditarias en la sucesión *ab intestato* aragonesa, *Problemática de la ciencia del Derecho*, Barcelona, 1962, 490 y sigs.

<sup>18</sup> *Vid.*, Crítica institucional del Código civil, *RDCI*, XVI, 148, 1940, 497-515, 144 y sigs.

<sup>19</sup> HINOJOSA Y NAVEROS da cuenta de esta práctica descrita en fuentes desde el Siglo VI a.C., en el mundo indio (colección de cuentos de Panchatantra), entre los otrogodos y en el Derecho romano (Justiniano renovó la prohibición de Justino, *Cod. Just.* 9.19.1.6, en el año 526). En particular, entre las fuentes del Derecho español menciona el Fuero general de Aragón; el Fuero de Valencia de 1250; el de Tortosa de 1279; en los Fueros del Reyno de Navarra; el Fuero Real y las Partidas (*vid.*, La privación de sepultura de los deudores, *Obras I*, Madrid, 1948, 155 a 179). Por su parte, HERODOTO en su Libro II de *Historia* señala que en Egipto coincidiendo con un momento de gran escasez de dinero en circulación, fue promulgada una norma «en virtud de la cual uno solo podía recibir un préstamo dando como garantía el cadáver; y a esta ley se agregó, además esta otra: quien facilitaba el préstamo se convertía, de paso, en dueño de toda la cámara mortuoria del contrayente: y si el que ofrecía la susodicha garantía no quería devolver el préstamo, sufría la siguiente sanción: el deudor en cuestión no podía, a su muerte recibir sepultura en la tumba paterna hipotecada ni en ninguna otra (...)» (*Historia. Libros I-II*, Madrid, 1998, 427; *vid.*, el comentario de esta Ley de Asychis, monarca de la IV dinastía, por GÓMEZ DEL CASTILLO, Consideraciones sobre el Derecho egipcio, *RGLJ*, 1893, 19-319).

<sup>20</sup> *Vid.*, PÉREZ-PRENDES, *Curso de Historia del Derecho*, Madrid, 1997, 1120 y 1131; MORÁN MARTÍN, *Historia del Derecho privado, penal y procesal*, Madrid, 2002, 77. En todo caso, lo cierto es que, si la calificación de la naturaleza del cadáver como cosa *res extra commercium* está resuelta, no así la titularidad de quién ostenta los correspondientes derechos sobre él, que dista de ser pacífica. En este sentido, *vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 17 de enero de 2000, que atribuye a los hijos y no al marido, el derecho a disponer de los restos mortales; o la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 2 de febrero de 2001 y la de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 23 de marzo de 2004, que desestiman la aplicación de las normas sucesorias sobre la titularidad del cadáver, al no ser posible su calificación como bien o derecho patrimonial susceptible de transmisión a los herederos.

<sup>21</sup> «Además, el heredero del *sponsor* y del *fideipromissor* no se obligan a no ser que tratemos del caso de un *fideipromissor* extranjero y su Estado se rija por otro derecho. Sin embargo, el heredero del *fideiussor* queda obligado» (G. 3.120); (*vid.*, GIMÉNEZ CANDELA, Una clasificación de los modos de extinguirse las obligaciones, *cit.*, 1318 y 1319).

<sup>22</sup> Crítica institucional del Código civil, *RDCI*, XVI, 148, 1940, 497-515.

<sup>23</sup> IRIARTE ÁNGEL, Francisco de Borja, (2016), Competencia de los Tribunales españoles y forma de los testamentos después de la entrada en vigor del Reglamento 650/2012. Aspectos internacionales e interregionales (1), *AC*, 12, LA LEY 9459/2016. Puede consultarse entre otros trabajos preliminares, REQUEJO ISIDRO, El certificado sucesorio (o de heredero) europeo: propuestas de regulación, *La Ley*, 7.185, 2009.

<sup>24</sup> «Siendo la causante de nacionalidad italiana, se aplica el Código civil italiano de 1942, de cuya aplicación no hay duda conforme al artículo 9.1 del Código civil y media aquiescencia por ambas partes, aunque en un principio se había discutido, y cuya normativa se halla acreditada en la instancia».

<sup>25</sup> «El factor de vinculación: la ley del Estado de última residencia habitual del causante El Reglamento opta por esta solución, en lugar de la de la nacionalidad, porque se trata del lugar que es el centro de interés del causante y porque suele ser allí donde se encuentra la mayoría de sus bienes. Este criterio favorece la integración en el Estado miembro de residencia habitual y evita cualquier discriminación contra aquellas personas que tienen su residencia en un Estado del que no son nacionales. Por todas estas razones, este fue el criterio que se siguió en las normas relativas a los conflictos de varios Estados miembros y en todos los instrumentos recientes, en particular, en el Convenio» [Propuesta de REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo, Bruselas, 14 de octubre de 2009 COM(2009) 154 final 2009/0157 (COD), 6].

## 1.5. Obligaciones y contratos

### Nulidad de las comisiones por reclamación de posiciones deudoras

#### *Nullity of commissions for claim of debit positions*

por

BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO  
*Profesora Doctora de Derecho civil*  
*Universidad de La Rioja*

**RESUMEN:** La lucha de los consumidores contra determinadas prácticas bancarias ha tenido una nueva batalla ganada: la nulidad de la comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas. Así lo ha declarado la STS núm. 566/2019, de 25 de octubre, en un nuevo caso de ejercicio de acción colectiva en defensa de los consumidores.

En este trabajo se analizarán las condiciones para la admisibilidad de estas comisiones y los argumentos jurisprudenciales dados para la declaración de su nulidad, teniendo en cuenta también su diferente naturaleza con respecto a las cláusulas penales y a la indemnización por daños y perjuicios ante el incumplimiento contractual.

**ABSTRACT:** *The struggle of consumers against certain banking practices has had a new battle won: the nullity of the commission for claiming overdue debtor positions. This was stated by STS n.º 566/2019, of October 25<sup>th</sup>, in a new case of collective action in defense of consumers.*

*In this paper, the conditions for the admissibility of these commissions and the jurisprudential arguments given for the declaration of their nullity will be analyzed, also taking into account their different nature with respect to the penal clauses and compensation for damages in the event of contractual breach.*

**PALABRAS CLAVE:** Cláusulas abusivas. Cláusula penal. Cliente bancario. Comisión por reclamación de posiciones deudoras. Indemnización. Nulidad.

**KEY WORDS:** *Abusive clauses. Penalty clause. Bank customer. Commission for claim of debit positions. Compensation. Nullity.*

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO.—II. COMISIONES POR RECLAMACIÓN DE POSICIONES DEUDORAS: ADMISIBILIDAD Y REGULACIÓN: 1. COMISIÓN POR RECLAMACIÓN DE POSICIONES DEUDORAS VS COMISIÓN POR DESCUBIERTO. 2. ADMISIBILIDAD DE LAS COMISIONES POR RECLAMACIÓN DE POSICIONES DEUDORAS. 3. COMISIÓN, CLÁUSULA PENAL