

POSICIONES PERSONALES DEL PROCESO
SUCESORIO EN EL DERECHO ESPAÑOL Y EN EL
DERECHO INGLÉS

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO: ACERCAMIENTO HISTÓRICO AL ORIGEN DE LAS CONCEPCIONES DE HEREDERO Y EXECUTOR. *EL GERMEN FORZOSAMENTE ANÁLOGO DE DOS TRADICIONES JURÍDICAS IMPULSADAS HACIA LA DISPARIDAD*

I. INTRODUCCIÓN

II. DERECHO ROMANO

1. BREVE RECORRIDO SOBRE EL CONCEPTO DE HEREDERO

1.1 Sucesión testamentaria

1.2 Rigor formal del testamento

1.3 El heredero como sucesor *in locum et in ius*

1.3.1 Sucesor en una cualidad personal con consecuencias patrimoniales

1.3.2 Sucesor “en el todo”

2. BÚSQUEDA DE LOS ORÍGENES DE LA FIGURA DEL EJECUTOR TESTAMENTARIO EN EL DERECHO ROMANO A TRAVÉS DE LA FIGURA DEL FIDEICOMISO

2.1 Introducción

2.2 Orígenes del fideicomiso en la *mancipatio familiae* y su posterior desarrollo

2.3 La figura del fideicomiso como llamamiento sucesivo de herederos hecho por el testador

2.4 Posibilidad o imposibilidad de encontrar el origen del ejecutor en la figura del fideicomiso

III. DERECHO GERMÁNICO

1. RECORRIDO DESDE LA PRIMITIVA NOCIÓN DE HEREDERO CONFORME A LA LEY NATURAL A LA COSTUMBRE QUE ARTICULA VÍAS PARA DAR CAUCE A LOS DESEOS DEL CAUSANTE

1.1 La noción de heredero conforme a la ley natural en las costumbres germánicas

- 1.1.1 La ausencia de testamento como característica del Derecho germánico original
- 1.1.2 El primigenio heredero germánico

1.2 Periodo posterior: derecho germánico y vías para dar cauce a los deseos del causante

- 1.2.1 Los primeros resquicios o vislumbres de la designación de heredero en el derecho germánico
- 1.2.2 Evolución posterior con la aparición de las facultades de disposición del patrimonio para después de la muerte
 - (a) Cristianización y facultades de disposición
 - (b) Otras consideraciones

2. BÚSQUEDA DE LOS ORÍGENES DEL EJECUTOR TESTAMENTARIO

2.1 Orígenes: la noción de *Salmann*

2.2 Transformación del *Salmann* en ejecutor testamentario

IV. DE LA GENERALIDAD A LA CONCRECIÓN. EL INFLUJO DE LOS SIGLOS INTERMEDIOS EN ESPAÑA E INGLATERRA EN LAS FIGURAS DE HEREDERO Y EJECUTOR TESTAMENTARIO

1. LAS GENERALIDADES : “LA ROMANIZACIÓN DE LAS PROVINCIAS Y LA BARBARIZACIÓN DE ROMA”

1.1 Introducción

1.2 El Derecho Romano barbarizado o vulgar

1.3 El Derecho Canónico y su influencia

1.4 La Recepción del Derecho Romano

1.5 Referencia al Derecho de sucesiones en particular

2. LA CONCRECIÓN: EL HEREDERO Y EL EJECUTOR TESTAMENTARIO EN ESPAÑA E INGLATERRA. ANÁLISIS COMPARADO

2.1 La concreción encuadrada en el marco histórico: un proceso equivalente con antagónicos resultados

2.1.1 En España

- (a) La invasión visigoda y la Alta Edad Media
- (b) La baja Edad Media

2.1.2 En Inglaterra

- (a) Early Middle Ages (Siglos V a XI): Anglo-Saxon Period. Entrada de la Iglesia Cristiana en Inglaterra.
- (b) La Conquista Normanda de Inglaterra (a. 1066)
- (c) Evolución posterior. High Middle Ages (siglos XI-XIII) y Late Middle Ages (siglos XIII-XV). Influjo de Iglesia Cristiana y Recepción del Derecho Romano en Inglaterra.

(c') La Recepción del Derecho Romano

(c'') El influjo de la Iglesia Cristiana. Evolución e impacto en el Derecho Sucesorio inglés.

2.2 Las nociones de ejecutor testamentario y de heredero: en parte, una cuestión de conceptos

2.2.1 La noción de “ejecutor testamentario” en España e Inglaterra en los siglos intermedios

- (a) Preliminar
- (b) En España
- (c) En Inglaterra

2.2.2 La noción de “heredero” en España e Inglaterra en los siglos intermedios

2.2.3 ¿Una cuestión de conceptos? Conclusiones

CAPÍTULO SEGUNDO: LAS POSICIONES PERSONALES DEL PROCESO SUCESORIO ESPAÑOL E INGLÉS. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN.

I. INTRODUCCIÓN Y ENCUADRAMIENTO GENERAL

II. LAS POSICIONES PERSONALES DEL PROCESO SUCESORIO EN ESPAÑA

1. HEREDERO Y LEGATARIO COMO FIGURAS CENTRALES

1.1 Significado de suceder a título universal y particular

- 1.2 La adquisición del título de heredero y de legatario
- 1.3 La responsabilidad por las deudas de la herencia en particular
- 1.4 Supuestos especiales: el legatario *de parte alícuota* y el heredero *en cosa cierta*

2. OTRAS FIGURAS QUE PUEDEN ESTAR PRESENTES

- 2.1 contador-partidor
- 2.2 El El administrador de la herencia
- 2.3 El albacea

III. LAS POSICIONES PERSONALES DEL PROCESO SUCESORIO EN INGLATERRA

1. EL HEREDERO-BENEFICIARIO: SU EQUIVALENCIA CON LAS FIGURAS SUCESORIAS ESPAÑOLAS O LA AUSENCIA DE AQUÉLLA

- 1.1 Cuestiones terminológicas: el heredero beneficiario inglés
- 1.2 Equivalencia, o no, con las figuras sucesorias españolas

2. LA FIGURA DEL *PERSONAL REPRESENTATIVE* EN PARTICULAR COMO FIGURA INTERMEDIA Y CENTRAL DEL PROCESO SUCESORIO INGLÉS. FOCALIZACIÓN EN LA FIGURA DEL *EXECUTOR TESTAMENTARIO*

- 2.1 Introducción: ¿Qué es un *personal representative*?
- 2.2 *Probate: Grant of representation*
- 2.3 El período que media entre la muerte del causante y la obtención del *Grant of Representation*. Las diversas implicaciones del *Probate* para *executor* y *administrator*.
- 2.4 (Cont.) Otras fuentes de disparidad entre *executor* y *administrator*. Reflexión en torno a la naturaleza jurídica del *personal representative*.
- 2.5 Características del *personal representative*. Deberes y facultades.
- 2.6 Conclusiones. Reflexión en torno a la equivalencia, o no, con las figuras sucesorias españolas. Focalización en la figura del *executor testamentario*.

CAPÍTULO TERCERO: UN PUNTO DE ENCUENTRO ENTRE TRADICIONES

- I. EL CASO DE LA HERENCIA DEJADA A LA IGLESIA O A LOS POBRES DE LOS ARTÍCULOS 747 Y 749 CC**
- II. UNA REFERENCIA SIGNIFICATIVA AL DERECHO FORAL: EL ALBACEA UNIVERSAL EN EL DERECHO CATALÁN**

CAPÍTULO CUARTO. DESENCUENTRO ENTRE TRADICIONES. EL IMPACTO DE LA NOCIÓN DE “PROPIEDAD” EN EL ENTENDIMIENTO DE LAS POSICIONES PERSONALES DEL PROCESO SUCESORIO ANGLOSAJÓN.

- I. INTRODUCCIÓN**
- II. REFLEXIONES EN TORNO A LA “PROPIEDAD” ANGLOSAJONA**
- III. CUESTIONES RELEVANTES SOBRE PROPIEDAD EN LA FIGURA DEL *TRUST*. LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS DEL *BENEFICIARY***
 - 1. INTRODUCCIÓN. LA SEMILLA DEL *TRUST*: EL MECANISMO DEL “*USE*”**
 - 2. CUESTIONES RELEVANTES SOBRE LA PROPIEDAD EN EL *TRUST*. LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS DEL *BENEFICIARY***
- IV. CUESTIONES RELEVANTES SOBRE PROPIEDAD EN LA DINÁMICA DEL PROCESO SUCESORIO ANGLOSAJÓN. DIFERENCIAS CON LA MECÁNICA DEL *TRUST*. LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS DEL HEREDERO-BENEFICIARIO**
- V. CONCLUSIONES**

CONCLUSIONES GENERALES

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

ANEXOS

INTRODUCCIÓN

“(…) siempre he pensado que el pensamiento jurídico de un sujeto envuelve demasiada sangre propia, demasiados prejuicios o juicios (qué más da) propios, demasiados conceptos elaborados (inconscientemente, las más de las veces) como propios; y por ello, es siempre un pensamiento solitario. Lo que no significa ni incomunicado, ni incomunicable, ni autoelaborado”¹.

El estudio de las posiciones personales del proceso sucesorio en el Derecho español y en el Derecho inglés, nos abre una suerte de, casi, infinitas líneas de investigación, de las que hemos seleccionado, desde nuestro entendimiento, aquellas que consideramos tienen una más significativa importancia y que, por lo tanto, se nos presentan como merecedoras de análisis. En este sentido, lo primero que debemos exponer, y justificar, es el modo en que se estructura el presente estudio, y el porqué de dicha organización u ordenación.

En primer lugar, y movidos por la intuición, parecía relevante, a la par que lógico, a nuestro entender, efectuar un contundente capítulo histórico. Y, decimos, *movidos por la intuición*, dado que parecía que, al llevar a cabo una labor de comparación de figuras como las que estudiaremos a lo largo del texto de la tesis – tan distintas entre ellas en la actualidad – no debíamos descartar la posibilidad de que en algún momento las nociones hubiesen sido idénticas y, lo anterior, dado que las fuentes jurídicas disponibles, en origen, eran, al fin y al cabo, limitadas.

En este sentido, y en el mencionado capítulo histórico, sobrevolaremos dos grandes bloques jurídicos, el Derecho Romano y los Derechos o costumbres germánicas, con el anhelo de encontrar en ellos la semilla de las nociones de heredero y ejecutor testamentario, principales y destacadas figuras sucesorias objeto de nuestro análisis, con especial hincapié en la última de ellas. Este capítulo estará cargado, en muchas ocasiones, de referencias bibliográficas de autores italianos, o traducciones efectuadas por los mismos de otras lenguas, circunstancia, relacionada directamente con el hecho de haber elaborado el capítulo durante una estancia de investigación de seis meses en la *Alma Mater Studiorum- Università di Bologna*, lo que permitió el acceso a multitud de fuentes

¹ LÓPEZ y LÓPEZ, A.M., *Las ensoñaciones del jurista solitario*. Tirant lo blanch. Valencia, 2015, p. 15

jurídicas relacionadas con el estudio del Derecho Romano, así como traducciones de algunos textos jurídicos alemanes.

Efectuado el análisis histórico, veremos como los presentimientos van cobrando forma para terminar presentándosenos como una realidad, o verdad, revelada, en la que los sucesos históricos empujan las consecuencias jurídicas actuales como una suerte de relación de causalidad evidente. Veremos como los conceptos de heredero en Derecho romano y Derecho germánico, se confrontan, alejándose en su origen dada la sofisticación del primero, que dará valor a los deseos del causante en tiempo mucho anterior al Derecho germánico, muy constreñido en un principio por la “ley natural”, que hace heredero al que debe serlo, y lo es, desde su nacimiento. Al contactar ambas civilizaciones, ocurriría algo que, aunque pueda parecer extraño, era lo más lógico que podía acontecer, y esto es, como veremos, que las fuentes jurídicas del pueblo invadido (romano) nutrirán y completarán, transformándolo, el Derecho de los pueblos bárbaros invasores.

Comprobaremos que, en puridad, el nacimiento de la figura del ejecutor testamentario no encontrará su origen en ninguna de ambas tradiciones, en principio, aunque si podamos hallar una remota simiente del mismo en el Derecho germánico, en el cual, como un medio para dar vía a los deseos del causante frente al mecanismo de la mencionada “ley natural”, se permitirá que se lleve a cabo una suerte de adopción (*adoptio in hereditate*) que convirtiendo al sujeto adoptado en “familia” del causante, permitirá con el paso del tiempo que pueda ser destinatario de ciertos bienes del fallecido. En tal mecanismo, intervendría un tercero “a manos fieles”, encargado de entregar lo correspondiente al flamante heredero una vez fallezca el causante, tercero, que recibiría la denominación de “*salmann*” (entre otras), y que, tras un posterior desarrollo de la noción, llegaría a configurarse como un verdadero ejecutor testamentario; una vez que el Derecho germánico adoptara la noción de testamento.

Con el transcurrir del tiempo y, finalmente, con la caída del Imperio Romano de Occidente, una única institución sobreviviría y, de hecho, incrementaría su poder y vigor, que no es otra que la Iglesia, y con ella y su influencia, al fin, encontraremos el ansiado momento del estudio en el que el palpito que nos condujo a elaborar un decisivo bloque histórico cobraría sentido. Veremos como el nacimiento de una noción, en igualdad de condiciones para España e Inglaterra tendrá lugar en los denominados siglos intermedios,

de la mano de la Iglesia, que no es otra que la de ejecutor testamentario. Tal noción se impulsaría por la Iglesia como motor principal de las donaciones “en favor del alma”, en las que el causante dejaba una parte de sus bienes a la Iglesia para obtener la salvación de su alma. De este modo, el ejecutor testamentario en muchas ocasiones sería un religioso, o clérigo, que se encargaría de velar porque tales donaciones se efectuaran eficazmente a la muerte del causante.

Esta circunstancia será idéntica en los dos territorios en los que centramos nuestro análisis y se mantendrá durante un largo período. La desunión en sus Derechos, a este respecto, comenzará llegado el siglo XII con el movimiento de *Recepción del Derecho romano justiniano*. Y lo anterior porque, en España, desde entonces (y dado que la influencia jurídica de la Iglesia se hallaba en disminución) la antigua idea del heredero como ejecutor nato del causante, sucesor universal del mismo y figura principal del fenómeno sucesorio recuperará su vigor, en detrimento, inevitable, de una noción de ejecutor testamentario. En cambio, en Inglaterra, territorio en el que la Iglesia permanecería en una preeminente situación en términos políticos y jurídicos durante un mayor espacio de tiempo y, asimismo, con un reciente y ya asentado cuerpo jurídico nacional, el *Common Law*, la influencia del mencionado movimiento de *Recepción del Derecho Romano*, tan sólo se asomaría, tímidamente, aunque introduciendo nociones en Inglaterra, tan relevantes como la del testamento, tal cual hoy la conocemos. Por lo anterior, veremos como un mismo punto de partida, empujará ambas nociones a la disparidad desde el siglo XII, incrementándose la influencia de la figura del heredero en España y, por el contrario, adquiriendo progresivamente en Inglaterra más poder, funciones y facultades, el ejecutor, ahora sí, testamentario (aunque, originalmente, tan sólo en la parte mueble de la herencia), materias éstas, de las que los Tribunales eclesiásticos se ocuparon largo tiempo.

Sin detenernos en mayor medida en las anteriores cuestiones, tan sólo introductorias de lo que se estudiará a lo largo de la tesis, debemos continuar en nuestra superficial andadura por el texto de aquella. Así, finalizado el capítulo histórico, nos propusimos comprobar qué consecuencias y reflejos actuales nos dejó la Historia jurídica, en estos extremos, en ambos territorios y con ello, en los ordenamientos jurídicos español e inglés.

En la primera parte de éste segundo capítulo de la tesis, efectuamos un análisis de las figuras sucesorias españolas, análisis éste, que pueda quizá parecer algo denso, y en cierta medida pedagógico, pero que se nos impuso como un deber, o labor, inexorable, ya que

si debíamos afirmar que los sistemas jurídicos objeto de estudio se han distanciado en tal forma que las figuras sucesorias ya no son comparables, no podíamos más que exponer el contenido, funciones, naturaleza jurídica y potestades de cada una de nuestras figuras, tantas veces comparadas con las del Derecho anglosajón, en el anhelo de llevar a cabo un juego de equivalencias que, a nuestro parecer, no puede efectuarse a la ligera.

Por lo anterior, una vez que volcamos el contenido de nuestro sistema jurídico a este respecto, y exponemos cuáles son los requisitos de todas nuestras nociones que deberían cumplir unas “análogas” figuras anglosajonas, aprovechamos la segunda parte del capítulo – verdadero punto con contenido comparativo – en la que nos centramos en describir las figuras del proceso sucesorio en Inglaterra, para ir descartando una a una, con una mentalidad abierta (comparando al *executor* anglosajón con nuestro albacea, contador, administrador, legatario, e incluso heredero), todas las posibles equiparaciones entre las nociones de uno y otro ordenamiento. Así, se comprueba que todas las nociones se acercan en muchos puntos, al fin y al cabo, responden a idénticas necesidades prácticas, pero no podemos efectuar un exacto juego de equivalencias entre las mismas, si queremos ser exhaustivos en nuestro análisis. El que denominamos “heredero-beneficiario” inglés (destinatario último de los bienes de la herencia) no es ninguna de nuestras figuras, al igual que el *executor* (o *administrator*, de no haberse designado *executor* o no existir testamento) no es tampoco ninguna de nuestras nociones. Éste último, pieza fundamental de nuestro estudio, es más que un albacea, pero menos que nuestro universal heredero, aunque es lo más parecido a un sucesor universal que conoce el Derecho inglés. Podrá apreciarse como es una figura genuina del ordenamiento anglosajón.

Sin adelantar más conclusiones, por no ser éste el apartado idóneo para tales valoraciones, una vez que finalizamos el segundo y fundamental capítulo de la tesis, nos preguntamos si fruto de su histórico nexos, hallaríamos algún resquicio, asimismo, histórico, en nuestro Ordenamiento jurídico que nos permitiese encontrar algún punto de encuentro entre ambas tradiciones jurídicas, para lo que analizamos dos supuestos que nos parecieron destacables; de un lado, el caso de la herencia dejada a los pobres o a la Iglesia de los artículos 747 y 749 del Código civil, y de otro, en el marco del Derecho foral, el supuesto del albacea universal del Derecho catalán. En este sentido, vimos rápidamente como nuestras intenciones se veían frustradas de nuevo a la hora de encontrar aunque fuese una única figura sucesoria que fuera exacta traducción de las anglosajonas, y es que, por mucho que configuremos los procesos de forma semejante al ordenamiento anglosajón,

esto es, como un procedimiento de liquidación, o por mucha importancia que demos a un órgano liquidador o a un albacea que, funcionalmente, poco diste del heredero, en ambos casos, sin embargo, y de nuevo, no se olvidan las máximas de nuestra tradición jurídica a este respecto. En los casos del 747 y 749 CC, nos encontramos ante un artificio para suplir la falta de heredero, en el propio sentido del término, pero, de nuevo, el órgano liquidador no es más que un ejecutor, no propietario, de los bienes, que se consideraran “propiedad” de los que lo adquirieran con carácter retroactivo a la muerte del causante. En el supuesto del albacea universal de derecho catalán, por mucho que demos muy extensas facultades al mismo, si no se designa aquél por testamento, el ejecutor nato de la voluntad del causante sigue siendo el heredero; además, de nuevo, del hecho no configurarse tal albacea como propietario de los bienes. Es un ejecutor, con muchísimas facultades – o incluso todas, en este sentido – pero, al fin y al cabo detraídas a aquél al que le son naturales, el único propietario de los bienes, el heredero.

Por último, y al configurarse el posible “punto de encuentro” como justificación adicional de la disparidad entre los sistemas jurídicos que estudiamos, nos hallábamos ahora en situación de afrontar un nuevo capítulo en el que entrásemos en el núcleo duro de la cuestión, el que hemos denominado “punto de desencuentro”. Era este un momento esperado durante toda la elaboración de la tesis, en la que tras cada imposibilidad de poner en pie de igualdad las figuras de uno y otro ordenamiento siempre nos topábamos con un muro inexpugnable, que no era otro que el diverso concepto de “propiedad” que latía en ambos sistemas jurídicos, sombra que se extendía sobre todo el análisis.

La dificultad venía dada, no sólo desde un punto de vista material – en cuanto al contenido de las nociones – sino también desde el punto de vista del propio lenguaje jurídico, lo que supone un adicional obstáculo. En este último sentido, el propio término “propiedad” debe utilizarse con cautela cuando estudiamos el Ordenamiento jurídico anglosajón y es que, aparte de reconocerse en éste mecanismos como el conocido “desdoblamiento de la propiedad”, la automática traducción que en ocasiones se aprecia entre “*ownership*” y “propiedad” no es válida, si somos exhaustivos en el uso de tales términos.

Debemos tener en cuenta que nos hallamos ante un sistema jurídico en el que el influjo de los siglos intermedios y el propio feudalismo aún aflora (aunque quizá tan solo en apariencia) en el entendimiento teórico de cuestiones tan fundamentales como es la noción de propiedad. Podemos afirmar que, en Inglaterra, no hay más dueño absoluto, al

menos, en teoría; que la Corona, configurándose el resto de titularidades como una suerte de posesiones “más o menos intensas”; pero nunca una absoluta propiedad, en los términos que nos son propios por nuestra tradición.

En la medida en que vamos comprendiendo como se articula la “propiedad inglesa”, a través de antiguas doctrinas, como la de las “*tenures*”, reviviendo y modernizándose ésta a través de la actual “*doctrine of estates*”; y vamos introduciéndonos en la mentalidad anglosajona al respecto, empezamos a ser capaces de desentrañar algunos problemas que hasta entonces nos parecían irresolubles. Llegados a este punto ya sabremos qué es un *executor*, y advertimos que, para ser exactos, debemos definirlo como un dueño pleno, temporal, con función liquidatoria; lo que hace muy importante resolver la cuestión relativa a qué es lo que signifique ser heredero-beneficiario. En este contexto, necesitamos saber qué derechos tienen los herederos-beneficiarios en Derecho inglés; cuáles son aquéllos exactamente, dado que, como se comentó, y veremos, la noción no se equipara con ninguna de nuestras figuras sucesorias.

Para ello, será de todo punto necesario manejar la noción de *trust*, ya que veremos a lo largo del estudio como diversas normas relativas a los sujetos involucrados en el *trust*, se usan en forma analógica para describir potestades, funciones y deberes de los *personal representatives* ingleses. Así, se plantea como fundamental deslindar los conceptos de *trusteeship* y *personal representation*.

En el deslinde de tales nociones, nuestra sorpresa será significativa, pero a la vez, provechosa, configurándose como la última de las pruebas que necesitamos para destacar la importancia y significatividad del papel autónomo de la figura del *executor* (o en su caso, del *administrator*). Y será así, porque veremos que los *beneficiaries* de un *trust*, tienen un papel en mayor medida, relevante, y por ello mayores derechos, sobre los bienes objeto del *trust*; que los herederos-beneficiarios, sobre los bienes de la herencia (ya veremos de que tipo, cuestión que no es pacífica en la doctrina anglosajona); a cambio, el *personal representative* tiene mayores “poderes” que el *trustee* – sea cual sea la postura que se adopte sobre éste – incuestionablemente. Es indiscutiblemente el primer y principal protagonista del proceso sucesorio inglés, relevando a los herederos-beneficiarios a un papel secundario, no teniendo éstos verdaderos derechos de tipo propietario sobre los bienes de la herencia hasta que el *personal representative* culmine su labor; lo que abre una significativa brecha entre nuestro sistema sucesorio y el anglosajón.

Sin poder ahondar en mayor medida en las diversas cuestiones que se tratarán e irán pormenorizándose a lo largo de la tesis, y que darán lugar a nuestras conclusiones al respecto (de las que algo se ha avanzado ya en este momento inicial), debemos terminar con un par de importantes reflexiones. De un lado, debe recalcarse que esta tesis parte de un “gran todo”, que no es otro que el Derecho de sucesiones, con límites difusos y en ocasiones difícilmente encuadrables, por el hecho de nutrirse, además de ser en sí mismo nutriente, de otras tantas cuestiones, nociones y teorías del Derecho civil, en general. Por ello, nuestra intención a lo largo de todo el estudio ha sido centrarnos en las cuestiones más relevantes, en los puntos de conflicto, ya que cada una de las extremidades de la tesis, puede proporcionar una tesis en sí misma. Así, nuestra máxima siempre ha sido no alejarnos nunca de nuestro verdadero y fundamental propósito, el análisis comparativo de las posiciones personales del proceso sucesorio en los ordenamientos español e inglés.

De otro lado, y concluyendo este punto introductorio, debemos comentar que el análisis de ambos ordenamientos, nos hace entender la multiplicidad de opciones jurídicas disponibles para dar cauce a un mismo fenómeno, pero también nos hace cuestionarnos si realmente tales opciones son diversas, en esencia, dado que nunca debemos olvidar que satisfacen idénticas necesidades. En este sentido, consideramos siempre provechosa una labor de Derecho comparado, como la que se efectúa en la presente tesis ya que, en el profundo estudio de un distinto ordenamiento, muchas veces, nos sorprendemos comprendiendo las razones y motivos, así como las torpezas, y otras veces, inteligencias, del nuestro propio.

CAPÍTULO PRIMERO: ACERCAMIENTO HISTÓRICO AL ORIGEN DE LAS CONCEPCIONES DE HEREDERO Y EXECUTOR. *EL GERMEN FORZOSAMENTE ANÁLOGO DE DOS TRADICIONES JURÍDICAS IMPULSADAS HACIA LA DISPARIDAD*

I. INTRODUCCIÓN

El acercamiento histórico a LOS conceptos generales de las instituciones de heredero (a la manera de nuestro ordenamiento) y *executor* (figura de derecho anglosajón), pretende analizar la raíz de los conceptos mencionados. Sólo el entendimiento de tal origen es la herramienta que permitirá comprender lo que los términos señalados han llegado a significar hoy día, ya que no hay manera más justa, o precisa, de comprender el presente de las instituciones que, conociendo su procedencia, su pasado. Dicho lo anterior, debe anunciarse que tal aproximación ha de realizarse con mucha cautela en el uso de la terminología, ya que, si bien los contenidos intrínsecos han ido mutando en su esencia, los términos utilizados para describir tales realidades han permanecido intactos con el transcurrir de los años, y, más aún, de los siglos. Con esto, no quiere más que señalarse que no siempre (no en todo período), se verá, implicaría lo mismo ser designado heredero. Análoga reflexión debe hacerse para el concepto de *executor*.

Advertido lo precedente, que se entenderá en un momento posterior, y entrando en materia, lo primero que debe señalarse es que se pretende realizar un análisis comparativo. Comparativo, porque se contrastarán y diferenciarán las nociones de heredero y de executor testamentario. Asimismo, también comparativo, porque tales nociones se confrontarán en los distintos territorios de España e Inglaterra.

En el ya repetido análisis comparativo, lo primero que debe plantearse son unas sencillas cuestiones, pero de importancia capital para el entendimiento de las figuras. Cuestiones que son, en primer lugar, la relativa a si existió siempre la distinción entre las nociones de heredero y aquellas de executor testamentario entre Inglaterra y el Continente. En segundo lugar (y de no ser cierta la primera consideración), debe hallarse el momento en que se engendró y produjo tal diferenciación y, de reconocerse esto, por último, ha de investigarse en lo relativo a los factores que impulsaron un desenlace de dichas características.

La primera reacción lógica sería “acercarse al mundo antiguo” con la ambición de hallar una disparidad inicial y continua que se mantuviera hacia nuestros días en los ordenamientos que se comparan, reacción que, se verá, a la par que lógica, conduce a una situación totalmente opuesta a tal ambición.

Lo que se pretende es averiguar cuál fue el punto de inflexión, en qué momento las circunstancias de la Historia misma de los pueblos condujeron a aquella disparidad, teniéndose en cuenta lo limitado de las fuentes iniciales, y su presencia tanto en Inglaterra como en la Península Ibérica. Pero, para ello, es necesario conocer tales fuentes iniciales, al menos en forma genérica o en su esencia misma, y es éste el propósito primordial de este apartado.

Como veremos, y ya se ha avanzado, se puede decir que no existió una inmanente distinción originaria en el tratamiento de la materia objeto de estudio; pero esta afirmación debe leerse con prudencia. Necesario será retroceder hasta los siglos anteriores a lo que se conoce como siglos intermedios (o Edad Media), esto es, hasta un período precedente, o inicial, y, con origen en éste, trazar una línea más o menos continua (o discontinua) que conduzca la reflexión hacia nuestros días, y que nos permita observar como aquel potente Derecho Romano originario siempre supo estar a la altura para permanecer (aún sometido a cambios y adaptaciones) tanto en la base del derecho del Continente (para lo que nos interesa, en el territorio de la península Ibérica), como, aunque en principio pueda parecer *chocante*, en Inglaterra, por lo que aquella base común se reflejó, como sucede en otras muchas materias, en esta objeto de nuestro estudio: la comparación de las figuras de heredero y ejecutor testamentario en nuestro Derecho y el anglosajón.

Lógicas conclusiones extraeremos a lo largo del mismo análisis jurídico pegado a la historia antigua, que, y por ello, no tratándose de meras suposiciones, nos conducirá inexorablemente al contemporáneo lugar en el que nos encontramos.

Los ordenamientos jurídicos que hoy conocemos estuvieron, en origen, integrados (aunque, en cierta medida, pueda parecer simplista) por varias fuentes principales que, tanto en nuestro derecho como en el anglosajón, eran comunes a ambos. Germen, que sería ser moldeado por el paso de los pueblos que habitaron ambos territorios (desarrollando, cada uno de ellos, su particular forma de vida).

Si no se despeja la mente de, permítase, pequeños detalles jurídicos, de aquellas pequeñas piezas de los ordenamientos jurídicos que hoy día se conocen, es imposible, o al menos, tremendamente dificultoso, acercarse a la verdadera esencia de la materia que se estudia, del propósito del presente capítulo. Si, en cambio, “vaciamos la mente”, y nos acercamos a la materia tratando de conocerla desde su origen, si nos “asomamos” al mundo antiguo sobrevolando la Historia (no por ello con falta de rigor), y tratamos de averiguar el momento del nacimiento de las instituciones, veremos que, aunque el tiempo y la civilización se han encargado de nutrir de infinidad de detalles que distinguirán lo que anteriormente era similar, la raíz común emerge y se presenta como una masa madre, de la que se obtienen los distintos ordenamientos jurídicos.

Así, no se me ocurre mejor manera de realizar una labor de derecho comparado, que es el último objetivo del presente trabajo, que conociendo el germen común de lo que se estudia, para explicar, no como (independientemente) las instituciones nacieron y se desarrollaron aislada e individualmente, sino cómo el paso inexorable de los años y los siglos, fue moldeando aquella masa madre, adaptándola, manejándola, a la manera en la que cada pueblo consideraba, en mayor medida, adecuado, conforme a sus costumbres y estilos de vida.

Es seguro que se obviarán infinidad de detalles (no se piensa que irrelevantes), históricamente hablando, pero, no se pretende efectuar un detallado recorrido que exhaustivamente analice cada pequeña luz y cada remota sombra que pudo tener una leve influencia histórica en el tema tratado. “Sólo” se aspira a trazar una contundente línea cronológica que muestre el avance de las instituciones que se tratan, explicando con hechos claros la evolución de las mismas, mostrando, con ello, una relación causa-efecto.

Las fuentes comunes, en manera general, de las que se hablaba, básicamente son: de un lado, el Derecho Romano, digamos, clásico (ya que ambos territorios estuvieron bajo la ocupación del Imperio); de otro, el llamado elemento germánico, bien sea a través de la conquista germánica y posterior caída del Imperio Romano (caso que veremos tiene lugar en España), bien sea por la invasión de tribus germánicas desde tiempos en mayor medida anteriores (como en el caso de Inglaterra).

En un período posterior al inicial, esto es, en los siglos intermedios, se aplicaría un Derecho Romano *vulgarizado*, transformándose o moldeándose el derecho romano clásico con el objetivo de ser adaptado a diversas ideas, en su mayor parte, de un matiz

más actualizado para las siguientes épocas, y conforme a la última de las fuentes se piensa, influyentes, y comunes a ambos territorios, esta es, la idea de moral y el Derecho que introdujo la Iglesia Católica, en otras palabras, el Derecho Canónico. Pero aplácese un mayor desarrollo de estas cuestiones y sirva únicamente este primer esquema, para crear una más nítida visión de conjunto, para resaltar la idea de derecho comparado que late indudablemente en el presente trabajo.

Tras todo lo señalado, urge conocer cuáles son aquellas limitadas fuentes iniciales, primarias, que determinarán de manera ineludible el futuro de las instituciones y figuras que tratamos, y para ello, debe acudir al Derecho germánico originario y al Derecho Romano primitivo. Lo primero que debemos hacer es situarnos en el período inicial, claro está, en lo relativo al fenómeno hereditario.

Como idea común, debe partirse de la noción de “sucesor”. Y esto porque, tanto uno como el otro de los derechos mencionados, conoció aquella figura desde el origen de los mismos.

La idea de “sucesor” giraba en torno a la consideración de una persona que “sustituye” al difunto; que lo “representa”; que se “encarga” de lo que le atañe; representándolo, sustituyéndolo y encargándose en términos de los derechos y obligaciones del mismo.

Sólo a modo de breve apunte, debe comentarse la contraposición, aún con el común nexo de la noción que acaba de exponerse, entre el Derecho Romano y el Derecho Germánico primitivos, y esto porque, si bien es cierto que tal noción ha existido siempre y es común, ha variado la forma en la que se producía aquella continuidad, esto es, el medio y el fundamento de esa continuidad subjetiva.

En primer lugar, en lo relativo al Derecho Romano, debe en este momento preliminar señalarse que, amén de existir otras figuras jurídicas que permitían el traspaso del patrimonio para después de la muerte, despuntando, por ejemplo, la *donatio mortis causa* (donación con efectos para después de la muerte, esto es, donación que no se perfeccionaba hasta el momento de la muerte del donante)², veremos que sería el

²Resaltando MACKENZIE, T., que finalmente en el Derecho Justiniano adquiriría prácticamente la naturaleza, o condición, de un legado. Tal donación no produciría efectos si el donatario muere antes que el donante, y éste último podría revocarla en cualquier momento, habiéndose realizado o no la entrega. Tenían que respetarse algunas formalidades, como que se hiciera en presencia de 5 testigos (fuera declarada verbalmente o por escrito) pero, por el contrario, no necesitaba ningún tipo de inscripción en registro público. *Estudios de Derecho Romano: Comparado en algunos puntos con el francés, el inglés y el escocés*,

testamento el medio del que se serviría tal derecho, mayoritariamente, a la hora de efectuarse la, ya mencionada, continuidad subjetiva, y esto, asimismo se verá, tuvo mucho que ver con la sofisticación de tal Derecho, que tomaba en consideración situaciones que, por el contrario, el derecho germánico tardaría mucho más en valorar.

En relación a este último Derecho, y antes de comenzarse con el desglose de las referidas ideas en los siguientes apartados, debe destacarse que el sistema sucesorio de cuño germánico se hallaba inexorablemente unido a la idea de familia que latía en el interior de aquella sociedad y sus costumbres³, siendo conocido que los pueblos bárbaros desconocían el testamento (negocio, por el contrario, como se ha señalado precedentemente, de importancia capital en el derecho Romano), guiándose, en cambio, por la llamada “ley natural”, por la cual los sucesores (los herederos) lo eran, como se verá con mayor detalle en un momento posterior, por su condición de pertenecientes a una comunidad doméstica, esto es, por nacimiento, en virtud del principio de religiosidad que guiaba tal sucesión germánica.

II. DERECHO ROMANO

1. BREVE RECORRIDO SOBRE EL CONCEPTO DE HEREDERO

1.1. Sucesión testamentaria

En realidad, es muy posible que la sucesión legítima fuese anterior a la testamentaria⁴. Ciertamente es que ya desde la época de las XII Tablas existía lo que DALLA-RENZO⁵ denomina una “preeminencia lógico-sustancial” de la sucesión testamentaria, lo que no traía consigo que, en sus inicios, fuera necesariamente la forma más común de sucesión por causa de muerte en la sociedad romana.

Así como se ha comentado que en la Ley de las XII Tablas encuentra regulación el testamento, también se regula la sucesión *ab intestato*. Brevemente, sobre esta última debe decirse que tenía lugar teniendo en consideración los vínculos relacionados con la

traducido de la 3ª edición y ampliado con notas e indicaciones relativas al derecho español común y foral por Santiago Innerarity y Gumersindo de Azacarate. Ed. Francisco de Góngora, Madrid, 1876, p. 271.

³CALASSO, F., *Medio Evo Del Diritto. Vol. I, Le Fonti*, Giuffrè-Editore, Milano, 1954, p. 129.

⁴ *Il testamento*. CICU, A. Ed. La grafolito, Bologna, 1932, pp. 22-26. En el mismo sentido, de precedencia histórica de la sucesión legítima a la testamentaria, lo señala BENITO PÉREZ, J.B., en *Instituciones de Derecho Histórico Español, Vol II. Obligaciones y contratos, sucesiones, derecho profesional*. Bosch, Barcelona, 1930, pp. 89-90

⁵ *Op. loc. ult. cit.*

patria potestad del causante; patria potestad, que era la institución que regía las conexiones, o ligámenes, en la configuración, o entendimiento, que se tenía de la familia en la antigua Roma, lo que no estaba necesariamente relacionado (como si lo estaba, veremos, en el caso del antiguo derecho germánico) con los lazos de sangre⁶, circunstancia, o sistema, que no variaría hasta la época de Justiniano, que sí sometería tal sucesión a las reglas de los vínculos de sangre.

Tal comentada “preeminencia lógico-sustancial” de la sucesión testamentaria, se ve en forma clara cuando se observan los casos en los que se abre la sucesión *ab intestato*. En primer lugar, tal sucesión tiene lugar si no existía testamento en el momento de la muerte del causante. En segundo lugar, si existiendo tal testamento, los herederos no terminaban adquiriendo la herencia y, por último, si el testamento no era válido o había sido revocado. Por lo comentado puede advertirse (a parte de la incompatibilidad entre sucesión testamentaria y *ab intestato*) que esta última estaba pensada para tener lugar en defecto de la primera.

Para que pueda entenderse la importancia que adquirió el testamento, es necesario que se conozcan los distintos tipos de herederos que tal primer derecho romano reconocía⁷. En trazos generales, sin ahondarse en excesivas especificaciones, existían tres tipos de herederos⁸: los llamados necesarios, los suyos y necesarios y, por último, los extraños (o voluntarios). Las diferencias entre los tres tipos no son banales o insustanciales; como se comprobará a continuación; pudiendo encuadrarse, tales tipos, en dos grandes bloques:

- Herederos necesarios. Eran aquellos que adquirirían la herencia no siendo necesario que expresaran su voluntad de aceptación de la misma e incluso en contra de tal voluntad, por lo que no podían rehusar de aceptarla, o repudiarla, adquiriéndola de manera automática. Dentro de estos herederos

⁶ Aunque siendo así originariamente, ya el derecho pretorio intentaría suplir las situaciones, dígame, injustas que el sistema recogido en las XII Tablas creaba, con respecto, por ejemplo: a los cónyuges, a los hijos emancipados y a aquellos parientes que, siendo consanguíneos al proceder de la rama femenina se veían excluidos de la posibilidad de heredar. Sería ya en el Derecho Justiniano donde, en las novelas 118 y 127 se establecería el vínculo de sangre como pilar o base de tal sucesión *ab intestato*.

⁷ Aclarando que nos referimos a tipos de heredero desde el punto de vista de la sucesión testamentaria, o de aquellos que serían instituidos por testamento. Y esto, porque la clasificación si nos ceñimos a la sucesión *ab intestato*, en primer momento contempla a los *sui*, que son los hijos e hijas bajo la patria potestad del causante, así como las mujeres *in manu*, y, en un segundo plano, los *adgnati* (parientes en línea colateral) y, por último, los gentiles, que eran familias (*gens*) con un antepasado común.

⁸ Siguiéndose, para la exposición de tales extremos, a MACKENZIE, *Op.cit.* Pp. 292-293. En el mismo sentido, lo relata D'ORS, A., en *Derecho Privado Romano*. Novena Edición, revisada. Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1997, pp. 306 y ss.

necesarios (en general) se encuentran dos subtipos (ya mencionados anteriormente):

- Herederos suyos y necesarios (*heredes sui et necessarii*): serían los herederos forzosos por su condición de estar bajo la patria potestad del causante (esto es, normalmente, los hijos, sin importar si eran hombres o mujeres), o bajo la *manus* del mismo, al momento de la muerte de aquel⁹. Realmente, eran necesarios sin importar si eran nombrados por el testamento o tenía lugar la sucesión ab intestato, ya que tal condición de necesarios impedía que pudieran repudiar la herencia¹⁰.
- Herederos necesarios (*heredes necessarii*): eran aquellos herederos que eran instituidos como tales siendo esclavos, esto es, el testador les daba la libertad instituyéndolos herederos, conminándoseles a aceptar la herencia. Esto es (y muy ligado a problemas de solvencia económica del testador al momento de su muerte), consintieran o no, pasaban a ser libres y herederos¹¹.
- Herederos extraños. A los que también se llamaría voluntarios (*heredes voluntarii*), eran aquellos que no se encontraban bajo el “manto” de la patria potestad del fallecido, y que no están sujetos a recibir la herencia en forma obligada, pero sí (y esto conforme a la propia concepción de la sucesión que latía en el interior del sistema), a quedar sujetos a tal decisión si finalmente aceptaban la herencia. En otras palabras, fueran legítimos o testamentarios, son todos aquellos fuera de la patria potestad del causante, que, por ello, pueden aceptar o renunciar a la herencia.

Tras conocer la clasificación de los herederos en el antiguo Derecho romano, ya puede decirse que, desde este momento, como se verá, la distinción con el Derecho germánico es patente, ya que este último, dando (originariamente) la importancia capital, o

⁹ Teniéndose en cuenta que esto no incluye a los nietos, a menos que se hallen en “sustitución” del padre fallecido con anterioridad o que, en vida del causante, se hubieran emancipado.

¹⁰ Aunque, cierto es que poseía una ventaja, el llamado *ius abstinendi*, por el cual podía no mezclar su patrimonio con el del causante, evitando, de esta forma, que los acreedores del causante pudiesen ir en su contra por las deudas del primero.

¹¹ Añade MACKENZIE que esto se debe a que, y citando al mismo, “cuando los acreedores vendían la propiedad de una persona insolvente a su fallecimiento para pagar sus deudas, su memoria quedaba infamada. Para evitar este borrón, era frecuente que aquel que dudaba de su solvencia instituyera a su esclavo por heredero, y en el caso de no dejar lo suficiente para el pago de sus deudas, la herencia se vendía y el producto se repartía entre los acreedores, como si fuera propiedad del heredero” *Op.cit.*, p. 292

relevancia, fundamentalmente (a la hora de suceder por causa de muerte) a la familia, entendida como aquella unida únicamente por vínculos de sangre, no necesita, como si lo necesitaría el Derecho romano, el medio del testamento en sus inicios. Así, en el Derecho romano, dada esta más amplia gama de posibles herederos, si se necesitaba de un medio para que pudiera quedar reflejada la voluntad del causante en tales términos, lo que nos sitúa en la noción de testamento.

Por lo dicho, y a diferencia, como se ha anticipado y se verá de los sistemas de cuño germánico, que por su noción o idea de familia (claramente determinante de su sistema sucesorio), desconocían el testamento¹²; para el Derecho Romano, se sabe era un negocio de una importancia capital. Y lo anterior (dada la sofisticación del Derecho romano), amén de existir otras figuras jurídicas que permitirán el traspaso del patrimonio para después de la muerte, como, por ejemplo, la *donatio mortis causa*, siendo una donación que producía sus efectos tras la muerte del donante y que, finalmente, en el Derecho Justiniano adquiría la naturaleza, o condición, de un legado. Esta donación no producía efectos si el donatario moría antes que el donante, y éste último podría revocarla en cualquier momento, habiéndose realizado o no la entrega. Tenían, además, que respetarse algunas formalidades, como que se hiciera en presencia de cinco testigos (fuera declarada verbalmente o por escrito) pero, por el contrario, no necesitaba ningún tipo de inscripción en registro público¹³.

Así, y tras lo comentado, aunque existían otras formas de suceder “a título universal”, la que obtuvo mayor importancia, con diferencia, fue la llamada *haereditas* (herencia)

¹² CALASSO, F. *Op. cit.*, p. 129. En tal sentido, diversos autores como LACRUZ, J.L., en *Derecho de Sucesiones. Parte General*. Bosch. Barcelona, 1961, p. 23, FERNÁNDEZ BARREIRO A., y PARICIO J., explicando de manera clara que “tanto por su naturaleza negocial como por su funcionalidad y posición central en la ordenación de la sucesión hereditaria, el testamento constituye una invención del genio jurídico de la Jurisprudencia romana, y carece de todo precedente en el mundo antiguo; fue desconocido también por la cultura germánica, que tomó esa institución de la cultura jurídica latina”, en *Fundamentos de derecho privado romano*. El Faro-Ediciones, Madrid, 2002, p. 484. En el mismo sentido, PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J.M., en *Breviario de Derecho Germánico*, Servicio de Publicaciones facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid, 1993, p.70; así como PLANITZ, H., en *Principios de Derecho Germánico*, traducción directa de la tercera edición alemana por Carlos Melón Infante, Bosch, Barcelona, 1957, p. 343; LÓPEZ-LÓPEZ, A.M, en *Derecho Civil V. Derecho de sucesiones*. F. Capilla Roncero (Coord.), A.M., López, V.L. Montés, E. Roca (Dirs.), AAVV. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 35; SUMNER MAINE, H., *El Derecho Antiguo*. Considerado en sus relaciones con la Historia de la Sociedad Primitiva. Traducción por A. Guerra. Tipografía de Alfredo Alonso, Madrid, 1893, pp., 167-168; COING, H., en *Derecho Privado Europeo. Tomo I. Derecho Común más antiguo (1500-1800)*. Traducción y apostillas: Prof. Dr. Antonio Pérez Martín. Fundación cultural del notariado, Madrid, 1996, p. 704; CALASSO, F., *Op. cit.*, p. 129; y CICU, A., *Op. cit.*, p. 26; entre otros muchos.

¹³ En tal sentido, en la exposición de la noción de donatio mortis causa, MACKENZIE, *Op. cit.*, p. 271

siendo la clave del derecho de sucesiones romano el llamamiento (a tal herencia) mediante el instrumento del testamento.

El testamento (*testamentum*), en el Derecho Romano, era un acto formal, *mortis causa*, por el cual se instituía heredero (*heres*)¹⁴. El objetivo principal del mismo era la designación de heredero, lo que no impedía que el testamento contuviera otras disposiciones patrimoniales, como la asignación de legados, fideicomisos, etc.; o no patrimoniales, como el nombramiento de tutores, manumisión de esclavos, etc.

Debe tenerse en cuenta que lo que pretende en tal momento un testamento que sea válido y eficaz sería evitar que se llamara a los *heres legitimis* y a los *bonorum possessoris sine tabulis*, siendo los primeros aquellos llamados a suceder por la Ley de las XII Tablas, y los segundos una figura de derecho pretorio por la cual varias personas que no eran propiamente herederos según el rigor del antiguo derecho civil (y de hecho debiendo ceder ante los herederos de derecho civil), eran llamadas a suceder, situándose como los primeros herederos mencionados en todo en lo que la ley les atribuyera derechos y obligaciones como tales¹⁵. Un ejemplo de estos últimos, podría ser el de aquellos descendientes que habían salido de la patria potestad del causante y que eran llamados por el pretor junto a los herederos suyos (*heredes sui*)¹⁶.

Así, era una firme regla de derecho romano aquella relativa a que ningún testamento era eficaz si no se investían o designaban uno o más herederos en el mismo. Como ya se ha comentado, no existían, en este primer momento, conjuntamente las sucesiones legítima y testamentaria. Es interesante, aunque sea, mencionar, la excepción a tal regla que resalta

¹⁴ En tal sentido, DANILO DALLA-RENZO LAMBERTINI. *Istituzioni di diritto Romano*. G. Giappichelli editore, Torino, 2006., p. 450. Asimismo, en idéntico sentido, GUZMÁN BRITO, A., *Derecho privado romano*. Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1996, pp. 413 y ss. En similar dirección define D'ORS el *testamentum* como "acto solemne por el que una persona con capacidad para ello (*testamenti factio*) hace constar su voluntad dispositiva sobre su propio patrimonio, para después de su muerte. Por este acto una persona *sui iuris* y capaz da una ley al propio patrimonio, pero una ley que entra en vigor a su muerte y que puede ser libremente revocada hasta ese momento por un nuevo testamento" *Op.cit.*, p. 338. Originariamente Justiniano lo definiría con las palabras siguientes: "*testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia, de eo, quod quis post mortem suam fieri velit*". Ya las Doce Tablas permiten la disposición de la propiedad por tal medio (*Uti legassit super pecuni tutelave sue rei, ita jus esto*), (*Ulp.* 11, 14).

¹⁵ En tal sentido, DANILO DALLA-RENZO LAMBERTINI y GUZMÁN BRITO, A., *Op. loc. ult. cit.*. También en el mismo sentido, MACKENZIE, T., Lord., *Op.cit.* P.294. Asimismo, señala MACKENZIE, T., Lord., que "*La bonorum possessio se deba contra tabulas, secundum tabulas, y en muchos casos por edictos particulares dictados para la distribución de las herencias. Hasta el heredero legítimo encontraba a veces beneficio en adquirir la sucesión en calidad de bonorum possessor, a pesar de tener la facultad de hacerlo con el carácter de heredero.*" *Op.cit.* p. 292

¹⁶ Estos eran los llamados *bonorum possessoris under liberi*.

MACKENZIE¹⁷, cuando comenta que esto no regía para el testamento militar, pudiendo tal sujeto morir en parte testado y en parte intestado, por el carácter excepcional de su situación.

Ilustrativo de la mencionada incompatibilidad entre sucesiones legítima y testamentaria, es el hecho de que debía desheredarse a los que serían los herederos “forzosos”, para instituirse otros entre los cuales posteriormente tendría lugar la distribución del patrimonio del difunto. Esta necesidad, de instituir herederos distintos de los forzosos, podía venir tanto por motivos políticos de la sociedad romana, como incluso por la estructura misma de la familia romana primitiva, o de tal período inicial, unida más por el vínculo de la patria potestad que por el de sangre (como se ha comentado, hasta la época de Justiniano). De este modo, en la Ley de las XII Tablas, por ejemplo, un hijo salido de la patria potestad, no era considerado *sui*, y por llamamiento *ab intestato*, no estaría llamado a suceder. Lo anterior, como ya se anticipó, iría variando con las soluciones dadas por el Derecho pretorio, hasta la total fundamentación en los lazos de sangre (aboliéndose el antiguo sistema sucesorio) en el Derecho Justiniano, pero nos crea una idea bastante clara de la necesidad de recurrirse a la voluntad del causante, dada la sofisticación de tal Derecho y Sociedad y la más compleja configuración de la familia, si comparamos ésta con la germánica, completamente basada desde su origen en los nexos de sangre.

1.2.Rigor formal del testamento

Señalaba Ulpiano que el testamento “es la expresión legítima de nuestro pensamiento hecha solemnemente para que valga después de nuestra muerte” (“*testamentum est mentis nostrae iusta contestatio, in id solemniter factum, ut post mortem nostram valeat*”)¹⁸.

Del mismo modo, Modestino (discípulo de Ulpiano) expondría que “el testamento es la justa declaración de nuestra voluntad, hecha solemnemente respecto de lo que cada cual quiere que se haga tras su muerte” (“*testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit*”)¹⁹.

¹⁷ *Op.cit.*, p. 299

¹⁸ Ulpiano. *Epítome de Ulpiano* 20.1.

¹⁹ Modestino. *Digesto* 28.1.1

Una institución con tal importancia como se ha visto era la del testamento en Roma²⁰, llevaba a que tal medio, tal instrumento, como ya destacan los mencionados autores, contuviera una declaración de voluntad de carácter solemne, ajustada a precisas formalidades.

En este sentido, y continuándose la precedente reflexión, debe ya intuirse que la institución de heredero por testamento debía de manera necesaria e ineludible llevarse a cabo mediando estrictas formalidades, con unas determinadas fórmulas o palabras, y con un carácter imperativo. Y es por todo lo comentado que la institución de heredero (*heredis institutio*), y centrándonos en aquello que interesa al estudio, era una disposición alrededor de la que gravitaba, o más bien, sobre la que se sostenía, la completa eficacia y validez del testamento²¹. De este modo, el rigor formal es también ilustrativo de cómo se entendía la mencionada institución de heredero.

Así, la designación de heredero condicionaba la existencia misma del testamento, que o se consideraba existente sin aquella²².

En aquel sistema, un testamento en el que no se realizara tal tarea de designación o institución del heredero carecía de sentido y, aunque se respetasen las formas debidas y se realizaran lo que podríamos considerar “válidas” disposiciones de bienes, (por ejemplo, mediante legados), nada era válido si no se designaba heredero. Esta institución es, como ya señalaba GAYO (Instituciones 2.229) “*caput et fundamentum totius testamenti*”²³, razón por la que todo aquello establecido en el testamento que se encontrara

²⁰ Habiéndose incluso, en un momento dado, considerado un deshonor el morir sin testamento.

²¹ En tal sentido, DALLA-RENZO LAMBERTINI, D. *Op. cit.*, pp. 425 y ss.

²² Siguiéndose en este razonamiento las reflexiones de, DALLA-RENZO LAMBERTINI, D. *Op.cit.*, y GUZMÁN BRITO, A., *Op. loc. ult. cit.* En el mismo sentido, WINDSCHEID, B., en *Diritto delle Pandette, traduzione dei professori Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa, con note e riferimento al Diritto Civile italiano, Vol. III*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1930, p. 129

²³ Lo cual, y citando, por la claridad en su explicación a GUZMAN BRITO, A., “tiene un significado muy concreto, bien la *nuncupatio* del derecho civil, bien las *tabulae* deben contener la *heredis institutio* al principio (en su cabeza=*caput*), y sin ella, las demás disposiciones carecen de todo valor (*fundamentum*). Este último aspecto además tiene un alcance sustancial: no sólo no existe el testamento si no hay escrito un heredero, mas tampoco puede subsistir si es que el heredero que hay escrito (o todos, si hay varios), no llega a ser tal efectivamente (por ejemplo, por repudiación)”. *Op.cit.*, p. 439. En el mismo sentido lo expresa JOHNSTON, D., en *The Roman Law of Trusts*. Clarendon Press-Oxford, Oxford, 1988, pp., 2-3. Asimismo, FERNÁNDEZ BARREIRO A.; PARICIO, J., aclarando que el hecho de que se admitiera con el tiempo la inclusión en el testamento no sólo (como originariamente ocurría) de la *heredis institutio*, sino de otras disposiciones, vino de la mano “del criterio de considerar a la institución de heredero como el fundamento de todas las demás cláusulas testamentarias (*caput et fundamentum totius testamenti*); esto implica que la institución de heredero debe colocarse al principio del testamento, y que las restantes disposiciones y el propio testamento carecen de validez su decae la institución de heredero, o si aquellas se sitúan antes de la

expresado antes de la designación de heredero era considerado sin valor, ineficaz, *inutilis*²⁴. En efecto, la designación de heredero debía anteceder al resto de disposiciones, conllevando también esto una influencia directa de tal designación sobre el resto de aquellas, en el sentido de que, si aquella estaba aquejada de algún vicio o ineficacia, el resto de tales comentadas disposiciones carecerían de validez por ser la designación de heredero ineficaz.

Debe también señalarse, que la rigidez misma de tal sucesión testamentaria es, asimismo, esclarecedora, o explicativa de la incompatibilidad, ya mencionada, entre sucesión *ab intestato* y sucesión testamentaria, habiéndose, en las XII Tablas, configurado la primera en defecto de la última, no previéndose (como es el caso de nuestro derecho actual) una combinación de ambas, sino la incompatibilidad, por ello, de las mismas.

Tras lo comentado, se entiende fácilmente que, pudiendo albergar tal testamento motivaciones como desheredar a un heredero *sui*, o adoptar a un “extraño” como sucesor, amén de otros muchos deseos de carácter patrimonial, y no patrimonial, de gran importancia, se recubriera tal medio de estrictas formalidades, o requisitos.

Ligado a lo anterior, y continuando tal reflexión, debe, aunque sea brevemente, señalarse, que relacionada con tales inflexibles normas en torno a la sucesión testamentaria se halla la cuestión de la restringida atribución tanto de *testamenti factio* activa (esto es, el derecho a dejar una sucesión testamentaria, unida a la capacidad para ejercer tal derecho) como pasiva (esta sería, la capacidad para poder ser instituido heredero).

Brevemente, y a trazos generales, *testamenti factio* activa la tenía el ciudadano romano, libre y *pater familias* (con alguna excepción en este último requisito, que o interesa al presente estudio).

heredis institutio; ésta debería hacerse, además, en forma imperativa y con expresa referencia a la atribución de la condición de heredero (*heres*)”. *Op.cit.*, p., 494.

²⁴ En el mismo sentido, lo expresa WINDSCHEID, B, aclarando que, si bien si no queda expresado en la declaración de manera nítida que se está instituyendo heredero, tal declaración no podría tener efecto alguno, es cierto que no es necesaria una forma determinada de declaración, bastando que de las palabras que se utilicen se deduzca tal evento. Del mismo modo, señala que la institución de heredero puede ser deducida de la declaración, por lo que la simple oscuridad podría salvarse mediante interpretación del testamento. Por último, cabe señalarse lo que dicho autor comenta seguidamente a lo anterior, y en relación directa con tales reflexiones, que no es otra cosa que la aclaración relativa a que, una vez comentado lo anterior, lo que debe primar, y ya primaba en aquel momento, era la voluntad efectiva del testador, no valiendo aquello que fuera contra tal voluntad. *Op. cit.*, pp. 146-150

De otro lado, *testamenti factio* pasiva la tenían aquellos en posesión del *ius commercium*, por lo que no estaban en posesión de tal cualidad:

- Los peregrinos y aquellos que hubieran perdido el derecho de ciudadanía (por alguna condena).
- Las personas inciertas (aquellas de las que el testador no podía formarse una clara idea de quiénes eran).
- *Los dedicticios* (no son ciudadanos de ninguna ciudad).
- Los esclavos que no tuvieran dueño, o aquellos cuyo dueño no pudiera (por no tener capacidad) ser instituido heredero.
- Según la *Lex Voconia* (169 a.C.) anterior a Justiniano (que la aboliría), las mujeres eran incapaces de ser instituidas herederas por ciudadanos de las primeras clases, esto es, que tuvieran grandes fortunas (100.000 ases o más).

Antes de pasar a la siguiente cuestión, sólo añadir que sería tal rigidez en el instrumento del testamento la que crearía la necesidad, como se verá en un momento posterior, de que se articularan nuevos instrumentos que ayudaran a sortear tales inflexibles formalidades²⁵.

1.3.El heredero como sucesor *in locum et in ius*

Como se ha visto, el nombramiento de heredero era el eje central de todo el acto del testamento, “cabeza y fundamento” del mismo. Teniendo esto presente, debe señalarse que, para el Derecho Romano, a través de la sucesión por causa de muerte, la personalidad jurídica del fallecido no desaparecía, pasaba intacta a su heredero (o coherederos), prolongándose en ellos la identidad de aquel conforme a la ley. Con respecto a la

²⁵ Interesante es que se mencione, que tales formalidades son, asimismo, precisamente, las que distinguen al testamento de figuras como la del Codicilo, no pudiéndose en éste último disponer de la herencia (aunque si tenía lugar en numerosas ocasiones la inclusión en el testamento de una, denominada, “cláusula codicilar”, por la cual, en defecto de testamento válido, se asumiera el mismo como si de un codicilo se tratase, debido a los más reducidos requerimientos que el mismo entrañaba). En este sentido lo expresa MACKENZIE, aclarando adicionalmente el autor que “*en un principio, aunque se podían dejar los fideicommissa por codicilo, no se podría hacer lo mismo con los legados, a menos que se confirmara aquel por testamento. Pero según la modificación hecha por Justiniano, un testador podía dejar legados o fideicommissa por codicilo (con asistencia de cinco testigos), ya hubiera hecho un testamento o no*”. *Op.cit.*, p. 295

herencia, era ésta una sucesión a título universal (como ya se ha resaltado anteriormente) que tenía lugar con el fallecimiento, siendo el sucesor en la misma el considerado *haeres* (heredero). Éste, se ocupaba al suceder de todas las obligaciones y derechos del causante, tanto si era investido como tal por causa de un testamento como por sucesión *ab intestato*²⁶.

Expresado lo precedente, urge se conozca qué consecuencias (centrándonos en lo que interesa al estudio) traía para el designado heredero tal institución por testamento y, más nítidamente, urge cuestionarse qué significaba exactamente ser instituido heredero en tal sentido en Roma.

En tal sentido, a la hora de resolverse tales cuestiones, deben tenerse en cuenta dos extremos. De un lado, el relativo a que tal heredero se trataba de un sucesor en una cualidad personal, con las consecuencias patrimoniales que ello traía para sí; y, de otro lado, el referente a que era un sucesor en el todo.

1.3.1. Sucesor en una cualidad personal con consecuencias patrimoniales

Comenta CICU²⁷, haciendo alusión a las reflexiones llevadas a cabo por BONFANTE, que éste último habría investigado en la materia con el afán de demostrar que la sucesión hereditaria por testamento no se centró originariamente en una transmisión patrimonial, en sí misma considerada, sino, por el contrario, en la sucesión en una cualidad personal²⁸, por lo que, la transmisión patrimonial que tendría lugar no sería más que la irremediable consecuencia de la obtención de tal mencionada cualidad personal, y aunque hay quien se situó en otra posición doctrinal²⁹, lo que sí es nítido es el hecho relativo a que tan sólo

²⁶ Aunque ya se advierte que se centrará el presente estudio en la sucesión a través del testamento.

²⁷ *Op.cit.*, p. 14

²⁸ Nos dice, el citado autor, con particular nitidez que “*a la muerte del padre, el hijo se encontraba en origen, ipso iure, automáticamente, necesariamente heredero, y a consecuencia de esto titular del patrimonio relicto; y que, si eran más los hijos, estos como herederos tenían cada uno título al entero patrimonio, la división del cual tenía lugar únicamente por efecto del concurso. Si el heredero se vuelve deudor y poseedor, así como lo era el difunto, esto es, no porque la deuda o la posesión sean transmitidas, sino porque el heredero tomaba el puesto del difunto en la titularidad de las relaciones que así mismo hacía el cabeza de familia, el padre*”. *Op.cit.*, pp. 15-16.

²⁹ Señalando CICU, A., que también hay quien alega que la sucesión no era en tal sentido sino referida al patrimonio únicamente con base en diferentes alegaciones. Por ejemplo, la conducente a que no es conforme a esta consideración (relativa a la concepción de la sucesión ligada a la noción de soberanía familiar) el hecho de que cuanto más son los herederos la herencia viene a dividirse entre todos ellos, además de la

se es heredero cuando por la ley o por la voluntad del fallecido se obtiene el mencionado título de heredero, siendo la adquisición del patrimonio fruto, o efecto, directo de tal evento.

Así, debe quedar claro que el heredero, tanto si era designado por ley, como si lo era por testamento, no era considerado como un adquirente de bienes, sino como un sucesor en un título o cualidad personal, y es por ello por lo que el testamento era del todo inválido si no se instituía el mismo, siendo la adquisición de los bienes, “tan solo”, una consecuencia de tal hecho.

Aun lo anterior, es interesante, aunque sea, matizar, lo que señala PUGLIESE³⁰, cuando relata que el concepto de *successio* acabaría por desnaturalizarse en el derecho occidental en la época postclásica. Comenta el autor que tal concepto de *successio* llegaría a coincidir con el actual concepto de adquisición (tanto de una cosa concreta, como de un conjunto o complejo de relaciones jurídicas). En este sentido, destaca que tal desnaturalización influiría en el pensamiento de Justiniano, que utilizaría la noción de *successio* para hacer también referencia a la que acaece en las cosas singulares o concretas, aunque esto no quiere decir que no se conservara, o perdurara, la idea relativa a la identidad, hasta cierto punto, entre el heredero y el fallecido.

1.3.2. Sucesor “en el todo”

Continuándose en la reflexión acerca del verdadero significado de ser instituido heredero, debe ahora conocerse en qué forma adquiriría éste los bienes del caudal hereditario.

Que sucediera “en el todo”, implicaba, como señala CICU³¹, que en el caso en el que el testador no asignaba todos los bienes a aquellos que había designado como herederos, estos los adquirirían de todos modos, debido al título que ahora ostentaban como tales. Así, si el testador designaba a un heredero para una parte delimitada de su propiedad, pero

circunstancia de ser admitidas las mujeres, por lo que también hay quien defendía que la sucesión iba referida al patrimonio exclusivamente. *Op. loc. ult. cit.*

³⁰ PUGLIESE, G. *Op. cit.*, pp. 928 y ss.

³¹ *Op. loc. ult. cit.*

denominaba a cualquier otro para el resto, aquel que había sido designado tenía el derecho a la totalidad de la herencia³².

Sin poder centrarnos extensamente en este punto, dado que lo que se pretende es un acercamiento general a la materia, debe quedar claro que³³, originariamente, se instituía a los herederos en una cuota abstracta, dividiéndose entre los coherederos posteriormente. En tal sentido, cada heredero no adquiriría una parte determinada de los bienes, sino un título a la totalidad del patrimonio. Más concretamente, debe también añadirse que el testador podía nombrar a uno o varios herederos, dividiendo, por tanto, su propiedad en el modo en que considerara oportuno.

Por lo tanto, y tras lo dicho, el llamamiento “al todo” tiene dos consecuencias de interés, que son, básicamente, los dos tipos de acrecimiento que se producían:

- De un lado, el acrecimiento, digamos, a partes iguales. Éste sería el caso en el cual nos hallaríamos en el supuesto, por ejemplo, en el que el testador instituye como herederos a; A, B, C y D, y al renunciar, supóngase, B, a la herencia (o faltar B, por otra causa), los demás (A, C y D) acrecen a partes iguales.
- De otro lado, el acrecimiento “forzoso”. Por el mismo, si en el testamento se recogía lo relativo a porciones correspondientes a unos concretos herederos, pero nada se decía de otros, tendrían derecho los últimos a la totalidad de la parte del caudal hereditario del que no se había dispuesto. De este modo, acrecía el nombrado por testamento, de manera forzosa, en el resto de los bienes. Así, se evitaba la sucesión legal, “cerrándose”, de esta forma, “el círculo” de la incompatibilidad entre sucesión testada e intestada; de modo que siempre que aún quedase, aunque fuese sólo uno de los herederos instituidos en testamento, no podía abrirse la sucesión ab intestato³⁴.

Este tipo de acrecimiento no llega en forma alguna a nuestros días, ya que debido a la actual no prohibición de concurrencia de las sucesiones

³² En el mismo sentido, MACKENZIE. *Op.cit.*, p. 299

³³ Y siguiéndose en este momento a MENGONI, L., *La divisione testamentaria*. Giuffrè-Editore, Milano, 1950, p. 35, en el mismo sentido MACKENZIE. *Op.cit.*, p. 299

³⁴ Incompatibilidad, además, muy ligada al hecho de considerarse un deshonor morir intestado, por lo que mientras hubiera, o quedara, uno de los herederos testamentarios, no podía, de ningún modo, considerarse que había muerto, el causante, intestado.

testada e intestada, se abriría la sucesión mixta en un supuesto como el comentado precedentemente.

Continuando con las reflexiones en torno al “llamamiento al todo”, debe, aunque sea, hacerse mención de la circunstancia relativa a que, de tal llamamiento a la totalidad, se detraían los legados, por ello, que éstos últimos estuvieran condicionados a la aceptación por el heredero, de la herencia.

La herencia considerada en su totalidad, en su conjunto, recibía la denominación de *as*, y, normalmente, la ya aludida división lo era en doce partes, que eran llamadas *uncia* (por ello que el *heres ex asse* fuera el heredero en todo el caudal, el *heres ex semisse* el heredero en la mitad del mismo, y así sucesivamente)³⁵.

Una vez se conoce qué significaba ser heredero, debe señalarse que con el paso del tiempo el testador estaría sujeto a ciertas limitaciones a la hora de disponer en testamento³⁶. Si bien es cierto que, según la Ley de las Doce Tablas, tal facultad no conocía límites, teniendo el testamento, del *pater familias*, fuerza de ley, en un momento posterior se elaborarían leyes para, en un cierto modo, proteger a los herederos de disposiciones del testador que les resultaran especialmente gravosas (mediante, en la práctica, legados). Así, aquella más destacable sería la Ley *Falcidia*³⁷, acotándose a tres cuartas partes el caudal que podría destinarse a legados, avalando, con ello, que un cuarto de la herencia (del patrimonio) siempre iría a parar a manos del heredero (lo que se llamaría la “porción *Falcidia*”)³⁸. En un primer momento, fue pensada para el heredero designado en

³⁵ Así lo explica MACKENZIE, T., *Op. cit.*, p. 292. Explica COING que tal derecho es uno real (explicando el autor que tal doctrina se corresponde con la idea general de que una *actio realis*, como sería la *hereditatis petitio* debe estar asimismo fundamentada sobre un *ius reale*, lo que a su vez conduciría a que aquello que dispone el causante, pueda considerarse, en cierto modo, una transmisión del patrimonio, en concreto de aquel derecho a todo el patrimonio hereditario) referente a la referente a la “*universitas rerum*”, citando para ello a LAUTERBACH cuando define el *ius haereditarium* como “*ius in universitate rerum sive haereditate a defuncto relictum, quo illa universitas nostra est*”, por lo que el derecho hereditario, sería uno tal que involucra la totalidad de la herencia. *Op. loc. ult. cit.* De este modo, y como ya puede conocerse por lo señalado precedentemente, en la antigüedad de Roma, el testador, tras haber instituido más herederos, *ex aequis vel disparibus partibus* podía distribuir sus bienes en una forma algo más específica, ya fuera en un codicilo posterior o en el mismo testamento. En este sentido lo expresa MENGONI, L., *op. cit.*, p. 36. A la postre, como señala SUMNER MAINE, en el derecho testamentario romano, al igual que en el moderno posterior, lo más importante era la ejecución de la voluntad del testador. *Op. loc. ult. cit.*

³⁶ Se sigue en la exposición de tal cuestión a MACKENZIE, *Op.cit.*, pp. 307-308

³⁷ Año 714 de Roma, durante la época de Augusto.

³⁸ Así mismo, y para que se conozca en mayor medida la situación que se creaba, es conveniente citar a MACKENZIE cuando aclara que “Aunque este beneficio se concedió primitivamente a los herederos testamentarios, sin embargo, como se podía dejar en un codicilo legados que estaba obligado a pagar el

testamento, pero se extendió posteriormente también tal beneficio al heredero ab intestato, que podía verse en la situación de tener que hacer frente a legados dejados en Codicilo³⁹.

Posterior aplicación de la anterior ley (por ser también relativa, en este primer momento, a una cuarta parte de la herencia) sería el reconocimiento legal de la Porción Legítima⁴⁰, por la cual los padres debían destinar parte de su patrimonio a los hijos y viceversa.

Ahora bien, tras todo lo comentado, y como advertencia antes de comenzarse el siguiente apartado, debe señalarse que no todas las normas que se han indicado se mantendrían invariables, estáticas en el tiempo hasta la época Justiniana, sino que, por el contrario, quebrarían o mutarían diversas ideas contenidas en aquéllas. Ejemplo de ello es la progresiva consideración de la sucesión por causa de muerte en mayor medida como una transmisión de bienes más que como una sucesión en una cualidad personal, y, aunque si bien es cierto que no se llegó a quebrar tal principio totalmente, si se mitigó en gran medida, conociéndose situaciones en las que, entre otras, se permitió (como efecto de tal mitigación) la compatibilidad de sucesiones testamentaria y ab intestato en ciertos

heredero ab intestato, éste tenía igual derecho a la porción *Falcidia*” Asimismo, comenta el autor que “La cuarta parte se tasaba teniendo en cuenta el valor de los bienes a la muerte del testador, después de deducir las deudas y los gastos necesarios de la sucesión. Si los legados excedían de las tres cuartas partes de la herencia, se hacía a todos ellos una rebaja proporcional en favor del heredero.” *Op.cit.*, p. 307. En idéntico sentido lo comenta LACRUZ, J.L., haciendo referencia al pensamiento de BONFANTE, (1961), p. 21, nota 4., y señalando, además, que éste último autor afirmaba que la sucesión romana derivaba de la antigua sucesión en la soberanía sobre el grupo familiar, pero comentando posteriormente LACRUZ que “pese a esta argumentación, que no es posible discutir aquí, la doctrina moderna se inclina por poner el origen de la herencia romana en un hecho natural y espontáneo, como el de la sucesión intestada, y no en instituciones que, como el testamento y el nombramiento de heredero, presuponen un estadio de desarrollo, por elemental que sea”. *Op. loc. ult. cit.*

³⁹ En tal sentido MACKENZIE, comentado asimismo el autor que “La cuarta parte se tasaba teniendo en cuenta el valor de los bienes a la muerte del testador, después de deducir las deudas y los gastos necesarios de la sucesión. Si los legados excedían de las tres cuartas partes de la herencia, se hacía a todos ellos una rebaja proporcional en favor del heredero.” *Op.cit.*, p. 307., en idéntico sentido lo comenta LACRUZ, J.L., haciendo referencia al pensamiento de BONFANTE, (1961), p. 21, nota 4., y señalando, además, que éste último autor afirmaba que la sucesión romana derivaba de la antigua sucesión en la soberanía sobre el grupo familiar, pero comentando posteriormente LACRUZ que “pese a esta argumentación, que no es posible discutir aquí, la doctrina moderna se inclina por poner el origen de la herencia romana en un hecho natural y espontáneo, como el de la sucesión intestada, y no en instituciones que, como el testamento y el nombramiento de heredero, presuponen un estadio de desarrollo, por elemental que sea”. *Op. loc. ult. cit.*

⁴⁰ Explica brillantemente LACRUZ, (1961), p. 22, que ya anteriormente el pretor habría hecho una progresiva labor con la cual “simplifica las formas de testamento y, admite, por medios indirectos, el derecho de determinados descendientes y ascendientes a recibir una parte de los bienes del causante (legítima material). Los herederos sui pueden prácticamente renunciar a la herencia paterna y los acreedores del difunto son provistos de medios para salvaguardar su derecho. Cuando decae la actividad del pretor, es la del Senado, y luego la de los príncipes, las que transforman el estado de las cosas en su tiempo: los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano admiten la sucesión recíproca entre madre e hijos, y la legislación imperial regula la sucesión abintestato, hasta que Justiniano da a ésta y a la legítima un nuevo aspecto, y sienta las bases del moderno ordenamiento sucesorio” como se está comprobando en el momento presente del estudio.

supuestos; la posibilidad de designar herederos con desiguales cuotas, etc.⁴¹, cuestiones que no pueden ser (ni es conveniente que así sea) tratadas en mayor medida en el presente apartado, en tanto solo ambiciona servir a modo de vista panorámica que ayude al discernimiento del origen de las figuras estudiadas.

2. BÚSQUEDA DE LOS ORÍGENES DE LA FIGURA DEL EJECUTOR TESTAMENTARIO EN EL DERECHO ROMANO A TRAVÉS DE LA FIGURA DEL FIDEICOMISO

2.1.Introducción

Expuesto, a grandes rasgos, el papel que, en el Derecho romano, representaba el testamento y su función fundamental, la institución de heredero, debemos indagar a continuación acerca de si existía ya en aquel Derecho la figura de ejecutor testamentario. La respuesta, nos conduce irremediabilmente a la noción de la “*fides*” y, más concretamente, en su vertiente *mortis causa*, al fideicomiso.

No se aspira realizar un minucioso análisis de la figura del fideicomiso (de sus orígenes y todo lo que aquella figura supuso y supondría posteriormente), pero sí es imprescindible un breve acercamiento a la misma que permita considerarla, o no, como posible germen de la figura del ejecutor testamentario.

2.2.Orígenes del fideicomiso en la *mancipatio familiae* y su posterior desarrollo

El primer antecedente conocido del fideicomiso sería la *mancipatio familiae*⁴². El empleo, por tanto, de la figura de la *mancipatio* en el ámbito *mortis causa* tiene su antecedente claro en tal *mancipatio familiae*, que era un acto *inter vivos* con consecuencias o efectos *mortis causa*, de modo que mediante tal figura no se instituía heredero (al no tratarse de un testamento). Tal *mancipatio familiae*⁴³ se utilizaba como medio para ordenar la sucesión sin tener que esperar a las tan concretas fechas en las que se convocaban los comicios (para poder realizarse testamento), principalmente por temor, o peligro, de morir

⁴¹ En tal sentido, se expresa CICU, *Op.cit.*, pp. 25-26

⁴²Y siguiéndose en el desarrollo de tales ideas principalmente a TORRENT A., *Fideicommissum Familiae Relictum*. Universidad de Oviedo- Servicio de Publicaciones., Oviedo, 1975, pp. 6 y ss. En el mismo sentido, TERRAZAS PONCE J. D., *Op. cit.*, p. 941

⁴³ Y siguiendo para ello lo expresado por CASTRO SAENZ, A., *Op. cit.*, p. 88

intestado (aunque iría esto evolucionando hasta no ser necesaria la existencia de tal peligro). Mediante tal figura, que básicamente consistía en un encargo, aquel que quería ordenar su sucesión, podía mancipar su patrimonio a un tercero (en el que confiaba) para que éste lo remancipara conforme a la voluntad del propietario inicial, por lo que, prácticamente, suplía, sin poder considerársela tal, las funciones del testamento en la práctica.

No siendo una óptima solución, debido al complicado mecanismo de la *mancipatio*, unido a la necesidad de encontrar un fiable tercero que se ocupara de llevar a cabo tal procedimiento, si supuso un cierto avance en el ámbito de las disposiciones *mortis causa*⁴⁴, añadiendo flexibilidad a un campo de actuación muy restringido por la propia concepción de su principal figura, esto es, del testamento.

Con el paso del tiempo, y con la más frecuente utilización de tal *mancipatio* con finalidades *mortis causa* (que permitía superar estrictas formalidades del testamento), se iría ésta desarrollando progresivamente, hasta que se operó su total transformación como figura autónoma testamentaria, llegando a ser el *testamentum per aes et libran*⁴⁵.

El *testamentum per aes et libran* consistía en la figuración de una venta de herencia, del testador al sucesor, que debía realizarse ante el *libripens* y cinco testigos⁴⁶. En este testamento (considerado la más antigua figura fiduciaria), existía una inicial fase de ruego (*rogatio*), que se realizaba al heredero y que no tenía fuerza para vincular jurídicamente, sino tan solo un cierto valor de encomienda para que, conforme a su honradez, llevase a término la voluntad del difunto⁴⁷. En cuanto a su contenido, serviría para disponer de todo el patrimonio.

Es importante se conociera tal testamento, porque es el considerado posible origen, o punto de partida, del cual, tras un proceso de desarrollo y evolución, surgiría la figura del

⁴⁴ Así lo expresa nitidamente CASTRO SAENZ, A., cuando explica que “no es un adelanto perfecto en sí mismo por lo complejo de buscar un tercero, por la necesidad también de acudir a la *mancipatio*, dada la transcendencia del hecho y de los propios bienes a transmitir, según la vieja concepción social, pero abre una puerta de infinitas consecuencias para el negocio testamentario, que inicia una fase de indudable expansión, de emancipación hacia formas más autónomas y realmente privadas”. *Op. loc. ult. cit.*

⁴⁵ En tal sentido lo expone TORRENT, A., *Op.cit.*, p. 9

⁴⁶ En tal sentido lo expone GUZMÁN BRITO, A. *Op.cit.* En el mismo sentido, MACKENZIE, T., *Op. cit.*, p. 296. Asimismo, lo señala D`ORS., A., *Op. cit.*, pp. 338-340

⁴⁷ En tal sentido se expresan de esta circunstancia MACKENZIE, *Op.cit.*, p. 313 y TORRENT A., *Op.cit.*, p. 9

fideicomiso que, hasta el tiempo de Augusto, en el que éste último adquiere el carácter de vinculante, dependió totalmente de la buena fe del fideicomitente.

Tras conocer las figuras a las que debe su origen (esto es, de qué figuras se sirvieron para dar forma al mismo), debe decirse que el *fideicommissum* del Derecho romano se entendía como “una disposición *mortis causa*, mediante la cual el testador dejaba algo a otro con la obligación de transmitirlo a una tercera persona”⁴⁸, esto es, en otras palabras, “un encargo que una persona, llamada fideicomitente, deja a otra, llamada fiduciario, que de algún modo va a adquirir algo a consecuencia de la muerte de aquel, para que entonces lo cumpla, dentro de los límites de su adquisición y en provecho de un tercero, llamado fideicomisario”⁴⁹. Podía recaer sobre toda la herencia (*fideicommissaria hereditas*) o bien, sobre parte de la misma (*fideicommissum speciale*)⁵⁰.

Entre las teorías sustentadas para explicar la razón de su existencia, sostienen diversos autores, que había surgido para hacer llegar una liberalidad a una persona incapaz de recibirla, mediando un tercero interpuesto en el que depositaba tal disponente su confianza (*fides*)⁵¹.

Si se tiene presente que cualquiera no podía ser instituido heredero o legatario en el testamento de un ciudadano romano, sino sólo aquellos que estuvieran en posesión de la ya referida (y explicada en un momento precedente) *testamentifactio* pasiva⁵², el

⁴⁸ MACKENZIE, *Op.cit.*, p. 313

⁴⁹ D'ORS, A., *Op.cit.*, p. 388. En idéntico sentido define el fideicomiso, JOHNSTON, D., *Op.cit.*, p. 9., así como FERNÁNDEZ BARREIRO A. y PARICIO J., que de manera nítida exponen que “se denomina fideicomiso al encargo de forma libre (Gai. 2.249) que un testador hace, principalmente a un heredero o a un legatario, de dar o hacer algo en beneficio de un tercero; en esta relación recibe el disponente el nombre de fideicomitente, el de fiduciario la persona a la que se hace el encargo, y fideicomisario el beneficiario del mismo” siendo interesante, por ilustrativa, mencionar la aclaración terminológica y de condiciones (de la figura del fideicomiso), que hacen los autores cuando explican que “el término fideicomiso alude al carácter extrajurídico que originariamente tuvo este tipo de encargos, que se encomiendan por el testador a la *fides* del heredero o legatario, estos encargos de confianza pueden hacerse sin sujeción a forma alguna, tanto en el testamento como fuera de él, e incluso oralmente, y en la práctica permiten realizar atribuciones patrimoniales en favor de personas, tanto físicas como jurídicas, que carecían de capacidad para recibir, o antes del reconocimiento jurídico de la misma”. *Op. loc. ult. cit.*

⁵⁰ Siguiendo en la presentación de la cuestión a MACKENZIE T., *Op.cit.*, pp. 313 y ss.

⁵¹ Entre tales autores, TORRENT, A., que señala que “en Derecho romano, estas finalidades se podían obtener a través de los fideicomisos, no en un primer momento, sino en una etapa de madurez de la figura fideicomisaria” resaltando que “el fideicomiso nació para favorecer a una persona a través de un tercero interpuesto”. Asimismo, aclara este último autor que; “efectivamente, el propio Gayo nos informa que el fideicomiso servía para eludir la falta de *testamentifactio* pasiva del fideicomisario: 2, 285: *Ut ecce peregrini poterant fideicommissa capere; et fere haec fuit origo fideicommissorum.*” *Op.cit.*, pp. 6 y 8. Asimismo, DECLAREUIL, J., *Quelques notes sur certain types de fidèicommissis.* Melanges Gerardin, París, 1907, p. 8. Del mismo modo, más recientemente, TERRAZAS PONCE J.D., *Op. cit.*, pp. 939-952. Concretamente, en la exposición de este extremo, pp. 944 y ss., comentando el autor al hilo de tal teoría, que “según el Epítome Ulpiano sólo pueden ser instituidos como herederos aquellos “*qui testamenti factionem cum testatore habent*”.

⁵² Destacando en este punto el autor dos casos, el caso de los peregrinos, que no estarían en posesión de la misma por no ser *civis*, y aquellos incapacitados naturalmente, aclarando que “no supone, esta situación,

fideicomiso, figura del derecho pretorio, y, por ello, una figura apartada o fuera del alcance del *ius civile*, no se hallaba sometida a las estrictas limitaciones que éste imponía, siendo útil aquel, por tanto, a los anteriores fines. De este modo, asimismo, pudo ser el intento de sortear las estrictas formalidades que acompañaban a los negocios jurídicos que se encontraban bajo los, ya mencionados, límites del *ius civile*⁵³, por la rigidez y solemnidad que a ellos siempre acompañaba, como era el significativo caso, se ha visto, del testamento; mientras que el fideicomiso, como externo a las reglas del *ius civile*, se hallaba desvinculado de las mismas.

Para TORRENT⁵⁴, el fideicomiso, asimismo, fue un medio de eludir la *Lex Voconia* que, entre sus disposiciones, consideraba a las mujeres incapaces de ser instituidas herederas por ciudadanos (como ya se vio) de primera clase (con cien mil ases o más de fortuna)⁵⁵; y otras limitaciones que se impusieron a los legados⁵⁶ (circunstancia de la que, comente este autor, ya nos informaba Cicerón), pudiéndose, a través del fideicomiso, disponer de la totalidad del patrimonio hereditario.

Junto a las anteriores razones⁵⁷, debe tenerse en cuenta que pudo también deber su origen al intento de eludir los efectos que producían las leyes *caducarias*⁵⁸, tales leyes, guardan

incapacidad de recibir por testamento excepto cuando se concretaba a través de la *mancipatio familiae* a la cual se concurría en calidad de *emptor*, ya que en este caso se requiere su efectiva participación.” *Op.cit.*, p. 944. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ BARREIRO, A. y PARICIO J, *Op.cit.*, pp., 490 y ss.

⁵³ Teoría que TERRAZAS PONCE reconoce es enunciada por DECLAREUIL, J., *Op. loc. ult. cit.*

Asimismo, lo señala TORRENT, A., *Op.cit.*, p.8

⁵⁴ *Op.cit.*, p. 8

⁵⁵ Tal ley, del 169 a.C., conocida como *Lex Voconia de mulierum hereditate*, asimismo, estableció sobre los legados la limitación mediante la cual nadie podía adquirir por los mismos más de lo que adquiriría el heredero. Además, por su importancia, debe ser señalado que posteriormente, mediante la *Lex Falcidia de legatis* (40 a.C.), se estableció que siempre, al menos, debía quedar al heredero la cuarta parte de su porción hereditaria, por lo que los legados debían reducirse proporcionalmente, si la acumulación de los mismos sumaba más de las tres cuartas partes de tal porción. Esto es, no podía el testador disponer por legados de más de las tres cuartas partes de la herencia, reservándose siempre un cuarto al heredero. Tal ley, de manera genérica enuncia que, en herencias abundantes, o considerables, las cantidades de las que se dispone mediante legados no pueden ser, en suma, superiores a las cuotas de los herederos. Tuvo tanto impacto sobre la materia que trata la última ley señalada, que se abandonó la aplicación de las anteriores leyes que habían regulado tales extremos.

⁵⁶ Reflexiona TERRAZAS PONCE, J.D., en torno a la finalidad de tales leyes, señalando que; “esta legislación para el común de los romanistas tiene la finalidad de defender al heredero frente a los legatarios; sin embargo, nuestra posición es distinta: la finalidad de estas leyes es motivar al heredero a aceptar, de tal modo que aceptando la herencia tuvieran validez los legados y la *voluntas defuncti* no se viera así violada”. *Op.cit.*, p. 947. Tal reflexión, es valiosa para nuestro estudio, y esto porque el hecho de que el heredero no aceptara la herencia, influía decisivamente, en principio, sobre aquello que se había dispuesto por testamento, de igual modo ocurriría, en principio (ya que después se subsanaría tal problema por la vía de concesión de excepciones en el campo del derecho pretoriano), con el fideicomiso, debido al hecho relativo a que, al ser siempre según *ius civile* fiduciario el heredero, si este no aceptaba la herencia, destruía el fideicomiso que había sido establecido.

⁵⁷ Señala TERRAZAS PONCE, *Op.cit.*, pp. 947-948

⁵⁸ En tal sentido TERRAZAS PONCE. *Op. loc. ult. cit.*

relación con la *capacitas*. Tal *capacitas*, supone⁵⁹ (siendo distinta de la comentada *testamenti factio* pasiva, que supone la idoneidad para recibir por testamento) la especial aptitud para recibir algo *mortis causa*.

De este modo deberían cumplirse dos condiciones para que se pudiera adquirir *mortis causa*:

- *Testamenti factio* pasiva, que haría posible que pudiera llamarse a un determinado sujeto por testamento y,
- *Capacitas*, que haría posible que tal sujeto pudiera efectivamente adquirir.

En cuanto al último de estos dos requisitos, la *capacitas*, señala TERRAZAS PONCE⁶⁰, cuatro relevantes casos en los que carecía de tal capacidad especial:

- *Caelibes*. Esto es, los solteros (a los que se impide por completo la adquisición de herencias y legados).
- *Orbi*. Serían los casados sin hijos (considerados incapaces de recibir más de la mitad de la disposición).
- *Cónyuges*. Entre otras consideraciones, sólo podían adquirir la décima parte de la herencia junto con el usufructo de la tercera parte.
- *Pater solitarius*. Aunque con matices, sería una mitigación de la incapacidad reconocida a los *caelibes*.

Con lo anterior, y habiéndose expuesto varias posibles razones que habrían dado lugar a la aparición del fideicomiso, debe señalarse a modo de aclaración, que la razón que se considera mayoritaria en la literatura romanística, es la primera que se expuesto de ellas, esto es, la carencia de *testamenti factio* pasiva de aquel a quien quería hacerse llegar una liberalidad⁶¹.

⁵⁹ Siguiéndose en estos extremos a TERRAZAS PONCE. *Op. loc. ult. cit.*

⁶⁰ *Op. loc. ult. cit.*.

⁶¹ En relación a tal prevalencia, de la primera de las enunciadas teorías, en la doctrina, también lo manifiesta TERRAZAS PONCE, J.D., señalando que “la mayoría de los romanistas se adhieren a la primera teoría, es decir, justifican el origen del fideicomiso ligándolo a la falta de *testamentifactio* pasiva del beneficiario” Añadiendo que tales defensores de la primera teoría se amparan en textos que difícilmente son discutibles (G.2, 285 e Inst. 2, 23), *Op.cit.*, p. 948

Conocidos sus orígenes, debe comentarse que, hasta la época de Augusto⁶², no cobraría el fideicomiso una forma definida y fuerza vinculante (como ya se adelantó), llegando a gozar de protección pretoriana específica para tal fin⁶³.

Así, se confiaría a los cónsules la ejecución de las disposiciones relativas al fideicomiso, y esto porque⁶⁴, anteriormente a los mencionados tiempos de Augusto, el encargo del fideicomiso se hacía depender de la honestidad, de la confianza o de la buena voluntad del fiduciario, por lo que debía intentarse asegurar que se cumplirían con medidas externas al propio mecanismo del fideicomiso, por ejemplo, haciendo al fiduciario realizar un juramento, o vinculándolo jurídicamente mediante una estipulación penal. De este modo, con Augusto, se atribuyó a los cónsules la jurisdicción para exigir el cumplimiento (en *cognitio extra ordinem*) cuando fuera notorio, o manifiesto, que el fiduciario había defraudado la voluntad de aquel que le había encomendado el mencionado encargo (este es, que no llevara a efecto el fideicomiso).

En este sentido⁶⁵, no sería hasta Claudio cuando se crearía la figura específica de un “pretor fideicomisario”, encargado, en concreto, de esta materia, dándose lugar, con ello, a una expansión en el uso de la figura del fideicomiso⁶⁶, que ahora estaba, ya, dotado de fuerza jurídica.

Los problemas que se planteaban eran grandes, obstáculos en gran medida ligados a la referida incompatibilidad de la figura con el *ius civile*⁶⁷. Ejemplos de tales problemas son los dos que siguen:

1.- El heredero era siempre el fiduciario; por esta razón, el fideicomisario, aunque reconocido plenamente en la práctica y jurisdicción pretoriana, en el *ius civile* sólo podía ser considerado un *emptoris loco*, esto es, un comprador de la herencia⁶⁸.

⁶² Gobernando entre el 27 a.C. y el 14 d.C.

⁶³ Seguimos para el desarrollo de la exposición en torno al reconocimiento del fideicomiso con consecuencias jurídicas a MACKENZIE, Op.cit, pp. 313 y ss., y a TORRENT. A., Op.cit., pp. 10 y ss.

⁶⁴ Como comenta D’ORS, A., Op.cit., p. 389

⁶⁵ Comenta, asimismo, D’ORS. A., Op. loc. ult. cit.

⁶⁶ Que dice D’ORS no llegó nunca a desplazar totalmente a los legados “a cuya forma *damnatoria* se aproximan”. Op. loc. ult. cit.

⁶⁷ Se sigue en este punto a TORRENT, A. Op.cit., pp. 12 y ss.

⁶⁸ Así lo reconocen, entre otros, BIONDI, B. y ALBERTARIO, E., en *Trattato di diritto romano. Vol. 10. Successione testamentaria: donazioni*. Giuffrè, Milano, 1943, pp. 489 y ss. Lo señalado encuentra su razón de ser en que la *hereditas* era una institución del *ius civile*, y como nítidamente explica D’ORS, exponiendo éste el caso de la *bonorum possessio* aquella (la *hereditas*) estaba “fundamentalmente regida por la Ley de las XII Tablas, pero, en materia de propiedad, el Pretor interviene con sus propios recursos jurisdiccionales (...)” Así, finalmente “el derecho pretorio se acaba por integrar en el *ius novum* impulsado por la legislación imperial, y consumado en las Novelas de Justiniano” aunque, señala; “con todo, siempre quedaron restos del derecho pretorio como diferenciados del civil.” Op.cit., p. 316. Asimismo, comenta este último autor, y citándose a mismo por la claridad en la explicación de tal procedimiento que “la comunicación de créditos

2.- Además, el fideicomiso estaba condicionado, o sometido, a la honradez del fiduciario, a la *fides*, de modo que con la simple no aceptación de la herencia por el heredero (que se acaba de ver era siempre el fiduciario), perdía su eficacia el fideicomiso, con la consecuencia de que la voluntad del testador no se cumplía pues, el testador, buscaba, como señala TORRENT⁶⁹; “designar un heredero para su heredero, no un heredero a falta de heredero”. Esto es, y en términos actualizados de nuestro sistema, buscaba el testador llevar a efecto una “sustitución ejemplar o pupilar”, y no, una “sustitución vulgar”.

Debe tenerse en cuenta que tal problemática de no aceptación de la herencia por el fiduciario, estaba muy ligada al hecho de que la mayor parte del patrimonio era objeto del fideicomiso “dejándose poco” a tal fiduciario, por lo que, en numerosas ocasiones, no les parecía “rentable” aceptar la herencia, con la consecuencia de “defraudarse”, por tales herederos, la confianza del testador.

Tras el análisis de tal problemática ligada a la figura del fideicomiso, a modo de clarificación puede decirse que estaríamos ante un “procedimiento oblicuo que mira a respetar la *voluntas testatoris* forzando a realizar estas *stipulationes* entre fiduciario y fideicomisario”⁷⁰ de acuerdo con el *ius civile*: así, “(...) para dar eficacia a la voluntad testamentaria hay que recurrir a la venta ficticia de la herencia estipulándose la cesión de deudas y créditos: el fiduciario estipulaba con el fideicomisario que éste no le reclamaría lo que él a título de tal heredero había sido condenado a pagar, ni lo que por otra causa había dado con buena fe, y que en caso de ser perseguido por un tercero por una deuda de la herencia, el fideicomisario le defendería. Por su parte, el fideicomisario estipulaba con el fiduciario que éste le habría de entregar todo lo procedente de la herencia y le facilitaría el ejercicio de las acciones de la herencia a título de procurador o representante formal”⁷¹.

y deudas entre el heredero fiduciario y el fideicomisario universal se arregla (como en la *partitio legata*) mediante las *stipulationes partis et pro parte*; esto cuando el fideicomiso es de parte de la herencia, pero si es de la herencia entera, entonces la herencia se traspa al fideicomisario por la *mancipatio nummo uno* y los créditos y deudas de la herencia se ceden por *procuratio in rem suam*, y, para asegurar esta cesión, se hacen las *stipulationes emptae et venditae hereditatis*, como en la venta de herencia” *Op.cit.* p. 392. En idéntico sentido, TORRENT, A., *Op.cit.*, pp. 7-8. Del mismo modo, relacionado con todo lo anterior, y en tal sentido, comenta TORRENT, A., que un escrito de Gayo (Gayo 2, 252) es revelador de tal circunstancia, por el hecho de que reconoce que al fideicomisario se le considera no un heredero o un legatario, sino el mencionado comprador de la herencia, utilizándose el mecanismo de las estipulaciones, y, en este concreto caso, la análoga estipulación que la utilizada para la venta de herencia. *Op.cit.*, pp. 12 y ss.

⁶⁹ *Op.cit.*, p. 6

⁷⁰ TORRENT, A., *Op.cit.*, p. 8

⁷¹ TORRENT, A., *Op. loc. ult. cit.*

De todo lo dicho se extrae la conclusión de que se trataba de una figura completamente extraña al Derecho romano que suponía una “mutilación”, en tal forma, de los derechos heredero⁷². En el mismo sentido, DE RUGGIERO⁷³ que sostenía que tal instituto había sido “seguro ignorado por el Derecho romano y quizás vislumbrado en su inicio o germen por el Derecho justiniano”.

La situación fue progresivamente mejorando para el fideicomiso por medio de varios senadoconsultos⁷⁴, hasta que se logró cierta equiparación del fideicomisario al heredero en los efectos que le eran útiles a aquél. No obstante, la mencionada equiparación tendría lugar en el ámbito del derecho pretorio, no del *Ius Civile*, en el que el heredero seguía siendo el fiduciario a todos los efectos.

Para lograr tales mejoras, y por ello tal referida equiparación, pueden señalarse las siguientes medidas:

⁷² En este sentido, BONILINI, “*Degli esecutori testamentari*”, en *Il Codice Civile. Commentario*. Artt. 700-712. Fondata da Piero Schelesinger, diretto da Francesco D. Busnelli. Giuffrè editore, Milano, 2005, p. 8

⁷³ *Instituzioni di diritto civile, Vol. III*, Giuseppe Principato, Milano- Messina, 1952, p. 695

⁷⁴ Concretando algo más, tales senadoconsultos serían, en un primer momento, el senadoconsulto *Trebeliano* (56/57 d.C.), que trajo consigo que se considerara por el Pretor al fideicomisario universal como si éste fuera heredero. Lo anterior se llevó a cabo mediante la concesión, por el Pretor, de acciones ficticias, en manera en que mediante la *restitutio hereditatis*, todas las acciones pasaran al fideicomisario (en *via utilis*, por tratarse de Derecho pretorio) y así, mediando una excepción o *denegatio actionis*, se desvinculara al fiduciario de tal situación. El siguiente problema a afrontar fue que, aún la mejoría de la situación del fideicomisario no era suficientemente protectora de tal instituto y esto porque, aunque se hubiera establecido lo precedente, la efectiva ejecución *voluntas testatoris* permanecía todavía en manos del heredero/fiduciario, que, con su no aceptación, o repudiación, de la herencia (ya que se daba la situación de que debiera entregar todos los bienes sin recibir nada a cambio), desintegraba el fideicomiso, lo privaba de valor (esto si era un fideicomiso de toda la herencia, ya que si era solo de parte de la misma, el heredero siempre tendría cierto interés en no repudiarla). Así, y dada esta circunstancia, tuvo lugar el senadoconsulto *Pegasiano*, que, en época de Vespasiano, daría análoga solución a este problema (sin derogar el anterior senadoconsulto, sino compaginado con aquel) que aquella que se dio para los legados en la *Lex Falcidia*. En este sentido, se autorizaría al fiduciario a retener una cuarta parte (*quarta Pegasiana*) de la herencia, si se trataba de un heredero universal, o una cuarta parte de la porción correspondiente, si lo era de una parte de la herencia, de modo que tuviera tal heredero un mayor interés en aceptar la herencia, alentándolo tal disposición, pero, de otro lado, se le conminaba a la aceptación de la herencia para que pudiera el fideicomiso producir sus efectos, de manera que, si no aceptaba de forma voluntaria la herencia, ésta se consideraba aceptada, pero el mencionado heredero perdía su derecho a la *quarta*. Conforme a lo anterior, el heredero, de acuerdo con el *Ius Civile*, continuaba siendo el fiduciario, pero la totalidad de las deudas de la herencia se repartían entre fideicomitente (que había retenido la *quarta Pegasiana*) y fideicomisario, en forma proporcional a lo que éste había recibido. Así, se concede una excepción al heredero/fiduciario, que pudiera oponer frente a los acreedores de la herencia, del mismo modo que se concedía a tales acreedores la facultad de accionar contra el fideicomisario en las acciones que a éste concernían a *via utilis*. De este modo, y como de hecho ocurriría, ya no era necesario el anterior sistema de estipulaciones, ya no era necesaria aquella ficción de venta de herencia. En este sentido se expresan TORRENT, *Op.cit.*, pp. 12 y ss.; D'ORS, A., *Op.cit.*, pp., 392-393; y MACKENZIE, T., *Op.cit.*, pp., 314-315. Sobre los senadoconsultos *Trebeliano* y *Pegasiano*, también, FERNÁNDEZ BARREIRO A., y PARICIO J, *Op.cit.*, pp. 534-535

- a) La creación por el pretor de acciones ficticias, por medio de las cuales se consideraría que todas las acciones pasaban *via utilis* al fideicomisario (y mediando una excepción que desvinculara al fiduciario de tal situación).
- b) Incentivos al heredero para que aceptara la herencia y, de este modo, no destruyera el fideicomiso. Por ejemplo, con análoga medida a la que se realizó para los legados con la *Lex Falcidia*. De este modo, se autorizaría al heredero a retener una cuarta parte de la herencia si era un fideicomiso de todo el as hereditario, o de la cuota, de ser un fideicomiso de parte de la herencia.
- c) Asimismo, por último, se configuró un régimen de excepciones para facilitar los procedimientos relativos a las deudas de la herencia y si reparto entre fiduciario y fideicomisario (de manera proporcional a lo recibido).

A modo de recapitulación, y con el objetivo de conducir esta reflexión hacia la valoración de la figura del fideicomiso como posible origen (o no) de la noción de ejecutor testamentario, podemos concluir⁷⁵ que existieron varias razones por las que se podría considerar oportuno constituir tal fideicomiso en Derecho romano. Principalmente servía para solucionar los problemas de transmisión de la propiedad a extranjeros, desterrados y a otras personas incapacitadas para recibir nada en términos de *testamentifacio*⁷⁶.

2.3. La figura del fideicomiso como llamamiento sucesivo de herederos hecho por el testador

Con la intención de evitarse, de un lado, la necesidad de la aceptación de la herencia por el fiduciario y, de otro, la necesidad del traspaso por éste de los bienes; surgirá, o se originará, lo que podemos denominar “nuestro fideicomiso” (o el fideicomiso que conocemos), en términos actuales, esto es, los llamamientos sucesivos de varios herederos (todos ellos del testador)⁷⁷. Asimismo, podría el fideicomiso tener como objetivo que se

⁷⁵ Y siguiendo para ello a D’ORS, A., *Op.cit.*, pp. 390-393

⁷⁶ Asimismo, secundariamente, para, por ejemplo: manumitir a un esclavo, y otras funciones accesorias que no interesan al presente estudio.

⁷⁷ Para una reflexión, en mayor medida, detallada de tal circunstancia, *vid.* MACKENZIE, *Op.cit.*, p. 314. Comenta algo importante D’ORS en relación a esta versión del fideicomiso cuando señala que “de este tipo de fideicomiso arranca el “fideicomiso de familia” generalizado en la edad media y Moderna, por el que se vincula un patrimonio, o un bien particular, a personas de una misma familia, en sucesivas generaciones (*fideicommissum familiae relictum*). Un límite parece haberse admitido en el sentido de que podía llamarse a la primera generación de los que no hubieran nacido a la muerte del fideicomitente. Justiniano suprimió este límite, aunque luego parece restringir el posible llamamiento a la cuarta generación”. *Op.cit.*, p. 391.

entregara lo que “persistiera” de tal herencia, debiendo actuar el fiduciario, en la gestión del patrimonio, conforme a la buena fe (por el hecho de que podía verse reducido tal as hereditario)⁷⁸.

En este último objetivo del fideicomiso, podemos identificar “nuestro fideicomiso de residuo” o, al menos, su origen. A parte de lo anterior, por último, es interesante se señale que tal figura (el fideicomiso), se utilizaría para encomendar al referido fiduciario (al heredero) la función de ejecutor de los legados⁷⁹.

2.4.Posibilidad o imposibilidad de encontrar el origen del ejecutor en la figura del fideicomiso

Es generalizada la opinión en la doctrina de que la figura del ejecutor testamentario, como institución autónoma, no fue conocida por el derecho romano clásico, e incluso tampoco por el justiniano. Por el contrario, se piensa que tal figura vería la luz por vez primera y encontraría desarrollo en los siglos intermedios, obteniendo en los últimos momentos de la Alta Edad Media una importancia capital, de mano del Derecho canónico⁸⁰.

En efecto, la presión que la Iglesia ejercería en tal época sería determinante en esta materia, con las llamadas “disposiciones en favor del alma” hechas en testamento, pues aquel que no realizara en testamento tales disposiciones pías, podía verse privado de la confesión y absolución⁸¹, de manera que el papel que ejercería el ejecutor testamentario, se verá, era la más efectiva forma de garantizar que tales disposiciones *piae causae* se ejecutaran ágil y fiablemente.

En el mismo sentido se expresa del fideicomiso JOHNSTON, D., *Op.cit.* p. 6; cuando señala que (refiriéndose al fideicomiso): “*By this means perpetuitis might arise*”.

⁷⁸ Además de ser posible, como se ha mencionado en más de una ocasión, que fuera de toda la herencia, o de parte de la misma.

⁷⁹ En este sentido comenta WINDSCHEID que “el derecho romano conoce ejecutores de disposiciones testamentarias nombrados por acto de última voluntad solamente en el sentido de legatarios, que deben restituir a otros o emplear en un determinado modo lo que a ellos se les ha dejado”. *Op.cit.*, pp. 212-213

⁸⁰ Extremo sobre el que existe unánime acuerdo en la doctrina. En este sentido, entre otros muchos, puede mencionarse a BONILINI, *Op.cit.*, pp. 9 y ss. Asimismo, asumiendo idéntica postura, comenta WINDSCHEID que “el instituto del ejecutor testamentario nombrado por acto de última voluntad se funda sobre un derecho consuetudinario, que data de muy antiguos institutos jurídicos germánicos” pero aclarando que “efectivos ejecutores testamentarios se presentan por el contrario en el derecho canónico”. *Op.cit.*, pp. 212-213.

⁸¹ Por lo tanto, siendo compelido a morir *intestatus e inconfessus*, cuestión que no era baladí, sino más bien una fatalidad, en aquel tiempo. Así lo entiende HUEBNER., R., *A history of Germanic Private Law*. Translated by Francis S. Philbrick. Augustus M. Kelley Publishers: Rothman reprints, New York, 1968, pp. 750 y ss.

De este período nos ocuparemos con toda su extensión en un apartado posterior. Por ahora, basta decir que en el Derecho romano la voluntad del testador era ley de la sucesión; y que, aunque si bien es cierto que se encomendaron tareas de ejecutor de los legados, o que se encargaron, como se ha visto, a ciertas personas (cónsules) la ejecución de disposiciones *mortis causa*; no puede sostenerse que existiera una figura, o el origen de una tal, como la de ejecutor testamentario, en sí misma considerada.

Y esto, porque no se halla en aquel derecho a un ejecutor testamentario como institución autónoma dotada de unas específicas funciones conducentes, en exclusiva, a ejecutar la voluntad del testador. Así lo reconocen diversos autores, como BONILINI⁸² o BIONDI. Ciertamente es que la simiente, o raíz de la institución del ejecutor testamentario puede guardar relación con ciertas figuras del Derecho romano, pero no podemos, aún, en este período, hablar de aquélla con propiedad.

Debe sin más demora “traspasarse la frontera”, para introducirse el presente análisis en el segundo sistema que, como anunciaba el encabezamiento, pretende someterse a comparación, esto es, el sistema germano.

III. DERECHO GERMÁNICO

1. RECORRIDO DESDE LA PRIMITIVA NOCIÓN DE HEREDERO CONFORME A LA LEY NATURAL A LA COSTUMBRE QUE ARTICULA VÍAS PARA DAR CAUCE A LOS DESEOS DEL CAUSANTE

1.1. La noción de heredero conforme a la ley natural en el derecho germánico

No ambiciona el estudio efectuar una detallada descripción técnica de la manera en que se llevaba a cabo la sucesión primitiva germánica, debido a que estaría fuera de lugar para

⁸² Comenta BONILINI que “los consejos, las recomendaciones del testador al heredero fiduciario para la ejecución del testamento, o los encargos a otras personas para la ejecución de los legados alimentarios y piadosos, derivados de algunos pasajes del Digesto, no contenían nada más que un lejano germen o semilla del instituto, que no permite afirmar que hubiese adquirido, hasta ese momento, fisionomía jurídica propia, bien definida” *Op.cit.*, pp. 7-8. Asimismo, esclarece tal autor que “Ha sido también observado que se remonta al derecho romano, la sensación jurídica de la necesidad de proveer a la ejecución de las disposiciones *mortis causa*, a las cuales se reconocía incluso un carácter de interés público, pero la formación, en un instituto autónomo, de la ejecución testamentaria, es debida al derecho consuetudinario francés, que descubrió los elementos del antiguo derecho germánico y del derecho canónico”. *Op.cit.*, p. 9. En relación a lo anterior y en el mismo sentido, señala BIONDI que “la figura del ejecutor testamentario como disposición autónoma que aspira a atribuir a alguien el oficio de dar ejecución al testamento, provisto de poderes propios para el solo hecho de la designación, se concibe en época posterior a Justiniano (...), no sin precedentes en las fuentes y sobretodo en la práctica romana” *Op.cit.*, p. 609

los objetivos que se procuran alcanzar. En vez de tal cometido, lo que sí se piensa puede ser una útil aportación para las finalidades que se persiguen, es destacar, a modo de “pinceladas”, o rasgos generales, qué tenía de particular, que tenía de diversa, tal manera de adquirir el patrimonio por los herederos en el sistema mencionado, pero sin detenerse el análisis en particularidades, o datos singulares, que aporten más que la pretendida visión de conjunto que le es necesaria al estudio.

Advertido lo anterior, considera PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO⁸³, que deben tomarse en consideración tres principios generales a la hora de estudiarse la sucesión en el mencionado Derecho germánico, que se interconectan entre sí, influyéndose, por ello, los unos a los otros.

Como veremos, aquellos serán, básicamente: la naturaleza mobiliaria o inmobiliaria de los bienes; la estructura o configuración del parentesco y, por último, el principio de religiosidad.

1.1.1. La ausencia de testamento como característica del Derecho germánico original

En el Derecho germánico primigenio no existía la figura del testamento para dar cauce a los particulares deseos que el fallecido tuviera respecto a su patrimonio para después de la muerte. Pese a la dificultad existente para recurrir a fuentes originarias de tal derecho⁸⁴, TÁCITO, al escribir al escribir *De moribus germanorum*, afirma que no existe para ellos el testamento⁸⁵ (*nullum testamentum*). La explicación, o razón, de tal circunstancia la encuentra CALASSO⁸⁶, en la idea de la copropiedad familiar, ligado esto a la noción de

⁸³ *Op.cit.*, pp. 71 y ss.

⁸⁴ Con esto quiere hacerse referencia a un hecho que nítidamente destaca VAN CAENEGEM, R.C., cuando explica que “before the invasions, the Germans were ruled by the primitive law of their tribes, which was based on inmemorial customs handed down by a purely oral tradition” en *An historical introduction to primitive law*. Translated by Johnston D.E.L. Cambridge University Press, Cambridge, 1992, p. 18. Debiendo tenerse en cuenta que las principales fuentes informativas de tal derecho vienen de la mano de *La Germania* de Tácito (siglo II d.C.), y ya, anteriormente, del *Comentario de la guerra de las Galias de César* (siglo I a.C.).

⁸⁵ La doctrina moderna lo reitera, así, entre ellos, LACRUZ, J.L., (1961), p. 23; PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J.M., *Op. cit.*, pp. 75-76; PLANITZ, H., *Op. cit.*, pp. 363 y 369; VISMARA, G., “La successione volontaria nelle leggi barbariche”, en *Studi di storia e diritto in onore di Arrigo Solmi, Vol. 2*, Giuffrè-editore, Milano, 1941, pp.185 y ss.; LÓPEZ-LÓPEZ, A.M, (1999), p. 35; CALASSO, F., *Op. cit.*, p. 129; CICU, A., (1932); SUMNER MAINE, H., *op. cit.*, pp. 167-168, entre otros.

⁸⁶ Comentando el autor que “todos los miembros del grupo con capacidad jurídica eran copropietarios del patrimonio familiar, por lo que el padre no puede disponer su voluntad, por el contrario, se impone la

ley natural, por la que no podía disponerse para después de la muerte porque existía un tal orden natural (predeterminado) para la sucesión; muy relacionado este orden natural con la idea de que sería una voluntad divina, y no humana, la que se imponía en estos extremos o cuestiones.

Aún lo dicho, se verá, tal figura del testamento acabaría siendo conocida por el sistema germánico y esto, debido a una serie de relevantes factores que se expondrán ulteriormente.

¿Cuál fue entonces el sistema utilizado para la sucesión por causa de muerte? Deben en el estudio de la planteada cuestión “tan solo” darse unas “pinceladas” que muestren, hasta cierta medida, cuál era el sistema que tales primitivos pueblos germánicos venían utilizando en defecto de la figura del testamento.

Para ello, debemos recurrir a aquellos grandes principios que se mencionaron preliminarmente (naturaleza de los bienes, religiosidad, parentela) para, con ellos, comprender la configuración del primigenio sistema sucesorio germánico.

En virtud del principio de religiosidad, la voluntad divina, y no la del causante, era la que regía la sucesión⁸⁷. Las personas que, por voluntad divina, eran los predeterminados para ser herederos⁸⁸, lo eran por nacimiento, por lo que sus expectativas a la sucesión en el patrimonio hereditario no podían malograrse. Así, sólo con el consentimiento de los hijos podía el padre disponer (aún en vida) de su propio patrimonio, ya que tales disposiciones iban a repercutir en forma directa en los derechos de expectativa de éstos.

La noción de “voluntad divina” que primaba en la sucesión por causa de muerte en estos primitivos pueblos germánicos, hacía que la única sucesión posible fuera la legítima⁸⁹, impidiendo tal relevante principio de religiosidad, con ello, la posibilidad de disponer del patrimonio libremente para después de la muerte (además de tener operatividad, o

voluntad de Dios (*Deus solus heredes facere potest*), que es como decir el orden natural de la parentela, como ya Tácito habría mencionado. Puede por lo tanto únicamente tener lugar una sucesión legítima” *Op.cit.* p., 129

⁸⁷Lo que ya veíamos señalaba CALASSO, *Op.cit.*, p. 129., y siguiendo en la exposición de este extremo a PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J.M., *Op.cit.*, p. 76

⁸⁸ Esto es, son considerados herederos natos (*geborene Erbe*). En el mismo sentido lo expresan BRUNNER H., y SCHEWERIN V., aclarando que “los herederos eran natos, no elegidos, en la medida que según algunos derechos no se podía sustituir el parentesco de sangre mediante adopción. Las disposiciones de última voluntad o se desconocían o estaban prohibidas” en *Historia del Derecho Germánico*. Trad. de la 8ª Ed. alemana por Álvarez López, J.L., Labor, Barcelona, 1936, p. 237

⁸⁹ Señala CALASSO que, para ello, los herederos “son distribuidos por líneas y cada línea tiene un grado, esto es, la proximidad incluso hasta el sexto grado”. *Op.cit.*, p. 129. En idéntico sentido, PLANITZ, H., *Op.cit.*, p. 355

aplicación, el referido principio, en algunos otros aspectos que no pueden ser tratados en esta sede⁹⁰).

De este modo, la sucesión venía determinada por el parentesco de sangre⁹¹, esto es, por la familia, por la comunidad doméstica. Conforme a ello, el patrimonio hereditario se hallaba ya ligado a una comunidad doméstica⁹²(*Hausgemeinschaft*), de manera que al morir uno de los integrantes de aquélla (siendo la denominación de tales integrantes la de *Hausgenosse*), no mutaban o se alteraban los vínculos en lo relativo al ámbito jurídico-patrimonial, sino que, como explica el autor citado, “su cuota acrece a los restantes comuneros en mano común”⁹³.

Por lo que, era respetada (en el momento originario del estado de las costumbres germánicas) una, ya referida, Ley natural – divina – conforme a la cual, herederos, lo eran quienes pertenecían a una comunidad doméstica, por nacimiento, y sangre.

Su llamamiento era solidario, de todos al todo, razón por la que se producía un acrecimiento en sus esferas patrimoniales al morir uno de los miembros de tal comunidad, por el hecho de haber quedado vacante una porción del patrimonio.

Puede entenderse sin dificultad la anterior suerte de acrecimiento en la cuota del resto de integrantes de la comunidad doméstica cuando uno de tales miembros moría ya que, al fallecer un específico integrante de la familia, de la comunidad, en nada se veía afectado, en términos jurídicos, el conjunto de tal colectividad⁹⁴. De este modo, el patrimonio siempre permanecía en el seno de la referida comunidad doméstica, y para el caso (que

⁹⁰ En este sentido, por ejemplo, describe PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J.M., una consecuencia directa de la presencia de tal principio de religiosidad, que se manifestaba en el hecho de que “tanto si muere un varón, como si se trata de una mujer, su equipo personal (ropas, armas caballo, conjunto llamado “*Heergewäte*”, o “*atondo*” en la Península) en el primer caso y el ajuar esponsalicio (“*Gerade*”) en el segundo, pasan con ellos a la tumba, en virtud del principio de religiosidad, constituyendo una parte (“*teil*”) del patrimonio que los muertos (“*Toten*”) tienen derecho a segregar del mismo (“*Tontenteil*”) para atender a su vida de ultratumba.” *Op.cit.*, pp. 71-72. En el mismo sentido PLANITZ, H., *Op.cit.*, p. 364

⁹¹ En tal sentido, LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., añadiendo, además, de manera esclarecedora, que al desconocer el derecho germánico por largo tiempo la figura del testamento “dejó su huella en una especial consideración del parentesco de sangre como esencial para la sucesión, lo que hizo que el orden legal de suceder fuera el fundamental para la determinación de los herederos”. (1999), p. 35. Asimismo, conforme a estos extremos, y en manera nítida, señala VISMARA que, en un primer momento “è noto che i Germani, prima di venire a contatto con la civiltà romana, essendo organizzati nel sistema della comunione familiare (*Hausgemeinschaft*), non riconoscevano al padre (*Hausvater*) alcuna facoltà di disporre dei beni costituenti il patrimonio familiare (*Hausgut*), e di conseguenza, come non conoscevano una successione ereditaria, così non conoscevano alcun atto di liberalità”. *Op.cit.*, pp. 185-186

⁹² En tal sentido, PLANITZ, H., *Op.cit.*, p. 343.

⁹³ PLANITZ, H., *mismo lugar antes citado*. En el mismo sentido, PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J.M., *Op.cit.*, p. 71. Asimismo, si el que fallecía era el señor de la casa, su hijo asumía la potestad doméstica.

⁹⁴ Entendido esto, es igualmente sencillo comprender que, de la misma forma, como explica PLANITZ, cuando moría el señor de la casa, el hijo de éste asumía, junto con la tradicional obligación de rendir culto a los muertos, “la potestad doméstica en virtud del derecho de nacimiento o derecho de sangre (*Geburtsrecht*)”. *Op.cit.*, p. 343

no era frecuente) de que tal comunidad se hubiera extinguido, el patrimonio revertía a la *Sippe*⁹⁵. Asimismo, por lo comentado en relación a la configuración de la parentela en la sucesión por causa de muerte, debe prestarse una atención primordial al parentesco de sangre, fundamental para que se produjera tal sucesión, siendo por ello (como se ha ya señalado) el orden legal de suceder el determinante para la fijación de los herederos. Y esto, porque la finalidad perseguida por tal Derecho germánico era la de que los bienes transitaran de forma que siguieran un recorrido determinado a través de las líneas de parentesco, para que la prole, o los sucesivos descendientes, conservaran el patrimonio de una concreta comunidad doméstica, patrimonio, del que se servían para subsistir⁹⁶.

Esto traía alguna consecuencia:

1.- De un lado, y a resulta del primigenio principio de no división del patrimonio, se conseguía que éste pudiera perpetuarse, o pervivir, en el seno de la futura prole; y de ahí la importancia de la consideración de cómo se estructuraran las líneas de parentesco. En cuanto a tal estructura, y de manera concisa, se conoce que el parentesco se fijaba a través de los llamados “círculos parentales”. Existían, principalmente, el llamado “círculo estricto” y el denominado “círculo amplio”⁹⁷. El círculo estricto (y con preferencia en la sucesión) se componía por los hijos (tanto hijos como hijas) del señor de la casa o cabeza de familia (*Hausvater*); el padre y la madre; y el hermano y la hermana, todos ellos parientes directos de sangre de primer nivel, por lo que en él no se encontraban, por ejemplo, la mujer o, inicialmente, nietos (que son parte del círculo amplio) u otros descendientes.

Con el paso del tiempo, la idea de patrimonio (hasta ahora, de la comunidad en mano común) comenzará un período de transformación hacia una diversificación del mismo en

⁹⁵En tal sentido, de reversión del patrimonio a la Sippe en el mencionado extraño caso de extinción de la comunidad doméstica, PLANITZ, H. *Op.cit.*, p. 343, así como PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J.M., *Op.cit.*, p. 72. De otro lado, y en cuanto a la definición de qué sea exactamente la Sippe, debe aclararse que básicamente se trataba de un grupo, de un linaje, amplio, con una raíz, o tronco, común, fundado en la parentela (digamos, con origen en un mismo padre, ya que la línea de descendencia que se seguía, en relación a esta noción, era siempre masculina) formando parte de tal asociación los hijos (e hijas) que nacían de las uniones matrimoniales legítimas, así como también de hijos que tal padre decidiera aceptar como suyos, no descartándose que pudieran entrar a formar parte de la mencionada *Sippe* personas ajenas a tal linaje (de sangre) por medio de ciertos actos de adopción. Alguno de tales actos de adopción se estudiará brevemente, en un momento posterior. Del conjunto, o unión, de las *Sippes* se obtenía la Tribu.

⁹⁶ En tal sentido, LÓPEZ Y LÓPEZ, A., (1999), p. 35

⁹⁷ Se considerarían hasta siete círculos de parentesco según se hiciera referencia a los círculos más estrictos (más próximos) o a aquellos círculos más amplios (más lejanos) en la sucesión, siendo estos los círculos de la *cabeza y el cuello*, los círculos *del hombro*, aquellos *del codo*, asimismo como de *la muñeca* o el *del dedo anular*, fraccionado incluso en las distintas falanges éste último.

conjuntos, o masas, patrimoniales singulares. Asimismo, y conforme a tales cambios en la noción misma de propiedad, la necesidad de obligatoriedad de preferencia en la sucesión del círculo estricto empezará a sortearse en varias formas⁹⁸. En este sentido, se comienza a vislumbrar la utilización (en la sucesión) del derecho de representación, en el caso en el que los nietos que, como se ha ya señalado, pertenecían al círculo amplio (en sus grados más próximos, la llamada parentela del “hombro”) van a ser llamados a la herencia de su abuelo por haber premuerto su padre, ocupando todos estos hijos, junto a sus tíos, la plaza vacante que había dejado su padre, formando ya, por tanto, en ese momento, parte también del círculo estricto.

De este modo, como se decía “se introduce el ‘derecho de representación’, heredando los convocados, entre todos, la misma cuota que hubiese correspondido a su padre de haber vivido (sucesión por estirpe) y que es igual a la participación que posee cada uno de los otros hermanos de ese padre premuerto (sucesión por cabezas)”⁹⁹.

Así, a medida que la propiedad de la comunidad fue cediendo ante una propiedad, digamos “más individualizada”, la anterior circunstancia relativa al llamamiento a la herencia de otros parientes (del círculo amplio) al círculo estricto, se fue produciendo más frecuentemente. Aun lo dicho, todo fue teniendo lugar de manera lenta y progresiva, dado que en un primer momento sólo se autorizaban tales llamamientos en defecto de sucesores del círculo estricto, además de autorizarse únicamente, en origen, para los bienes muebles, ya que los inmuebles, en estos casos (esto es, en ausencia de círculo estricto) revertían directamente a la *Sippe*.

2.- De otro lado, la segunda de las mencionadas consecuencias (de cómo se estructurara el parentesco), directamente relacionada con la anterior, fue que se dio la posibilidad de que adhiriera un mismo patrimonio sucesorio a distintos destinos, produciéndose con ello el efecto de la existencia de una diversidad de sucesiones universales. Al considerarse los

⁹⁸ Así lo explica PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO J.M., *Op.cit.*, p., 80.

⁹⁹ PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J.M., *Op. loc. ult. cit.* Es interesante a este respecto lo que comenta PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J.M., cuando señala que, en cuanto a la manera de recibir tales parientes la herencia, ello dependía “según fuesen parientes en idéntico grado, donde todos participaban de modo igual, individualmente (por cabezas) o según (en virtud del derecho de representación) se mezclasen parientes de desigual grado (cabezas y estirpes), resultando que, salvo en algún territorio en el que se les igualaba, había sujetos que intervenían por sí mismos, mientras que otros se agrupaban en una voz única formada por todos ellos.” Del mismo modo, y en relación a como pudiera hacerse la división del patrimonio, destaca que “se hacía por cabezas si los mancomunados eran parientes de igual grado (p.ej. hermanos) o por cabezas y estirpes si concurrían otros de grado desigual (p.ej. hermanos con sobrinos) y si bien existía la regla “el viejo divide y el joven elige”, las partes se formaban con los oportunos criterios flexibles de sortear y compensar, cuando fuese lo más adecuado a la naturaleza de la cosa. Asimismo, se estaba obligado a tener en cuenta los posibles beneficios recibidos por cada heredero en vida del causante, a fin de nivelar las cuotas.” *Op.cit.*, p. 80

bienes originariamente de una comunidad, aquéllos, tenían una propia entidad, independiente de qué sujetos de aquella colectividad murieran y, por ello, su cuota acrecía al resto, como se ha visto. De este modo, y por tal carácter de los bienes, aquella “posibilidad de adhesión del patrimonio a distintos destinos” de la que se habla, no quiere más que decir que no es una única sucesión la que existe, si no que existen tantas sucesiones universales como cuotas se diferencien o discernan en el patrimonio en orden a los grupos de bienes a repartir, por lo que cada masa de bienes, tendrá un régimen específico y distinto de las demás. Tales regímenes podían depender de varios criterios relativos a tales bienes, como su naturaleza mueble o inmuebles o su raíz paterna o materna (*paterna, paternis; materna maternis*). La aplicación de uno u otro régimen, no dependía de la voluntad del causante, sino de normas conducentes a las descritas finalidades de fijar el tránsito de un determinado patrimonio durante generaciones conforma a las, ya referidas, estructuras de parentesco establecidas¹⁰⁰.

Comentadas tales consecuencias en relación a la importancia de la estructura del parentesco en el Derecho germánico, es interesante se trate el tercero de aquellos grandes principios que se mencionaban (y falta por tratar), este es, el de la distinción de los bienes en muebles e inmuebles. La distinta significación jurídica de ambos tipos de bienes tiene su raíz en profundas consideraciones de los Derechos germánicos. Esta forma de suceder, origen de la “sucesión troncal”, como expresa brillantemente LACRUZ¹⁰¹ tiene su procedencia, o parte “de una sucesión hereditaria exclusivamente familiar, que va transformándose en un Derecho sucesorio *stricto sensu* paralelamente a la transformación de la propiedad colectiva, primero de la *Sippe* y luego de la familia, en propiedad privada. He aquí por qué la sucesión en los bienes muebles aparece antes que en los inmuebles”. Básicamente, esta circunstancia deriva del hecho que, para tales pueblos, en sus orígenes, se conoció la propiedad o dominio de tipo privado para los bienes muebles o especies transportables (tales como armas, ganado o efectos personales), pero no se conocieron tales nociones en lo tocante a los bienes inmuebles, a la tierra, bienes que, por su

¹⁰⁰ Reflexiones consideradas por diversos autores, entre ellos LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M, (1999), p. 35; PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J.M., *Op.cit.*, p. 73; y CICU, A., *Op. loc. ult. cit.* Asimismo, reflexiona en torno a tales extremos COSSÍO Y CORRAL, A., en *Instituciones de Derecho Civil*, Madrid, 1988, p. 516

¹⁰¹ (1961), p. 22.

naturaleza se consideraban encuadrados bajo un dominio de carácter colectivo del conjunto de la comunidad, o la *Sippe*.

Los muebles se asignarían particularmente entre la madre y el resto del círculo estricto, a través de lo que se llamaría sucesiva a favor de hijo, hija, padre, madre, hermano, hermana. Asimismo, en ausencia, ya, de círculo estricto, se adquirirían por razón de las líneas de parentesco (subsistentes) del denominado “círculo amplio”. Por el contrario, en cuanto a la transmisión de los bienes inmuebles, debe decirse que quedó reservada tan solo para los sucesores varones, siendo, tal limitación, del todo insalvable o insuperable¹⁰².

Dejando a un lado una mayor exposición de los anteriores aspectos¹⁰³, debe continuarse el presente análisis en lo relativo a la forma en la que se adquiriría el patrimonio hereditario en la sucesión de Derecho germánico.

En cuanto a las deudas del causante en el momento de su muerte, cuestión, que también era particular en el referido Derecho (en comparación con lo que se ha estudiado sobre el derecho Romano) debe decirse que, en un primer momento, no conoce el Derecho germánico la noción del paso de las deudas con el caudal hereditario¹⁰⁴(la noción de responsabilidad patrimonial era ajena al Derecho antiguo germánico). Las deudas se estimaban exclusivamente del fallecido, que era el único que se consideraba obligado personalmente para con los determinados acreedores. De este modo, no podían los acreedores, a la muerte del causante, dirigirse contra los herederos con la pretensión de reclamar las deudas incumplidas por el originario deudor (el fallecido). Así, y habiendo ya fallecido el que era “dueño” de tal patrimonio cuando la deuda se originó, no tenía

¹⁰² En tal sentido lo aclara PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J.M., cuando afirma que “la *Gewere* sobre los bienes inmuebles se traslada al nuevo titular del “*Munt*”, y como éste no es de suyo sino un varón, resultan así excluidas las mujeres del acceso a la titularidad de inmuebles, por vía hereditaria. La *Gewere* sobre las cosas muebles, corresponde a quien, hombre o mujer, resulte en razón del uso de la cosa, más apropiado transferirla para producir un mejor aprovechamiento económico” aclarando, además, el autor que “se observan variantes (y además hay lagunas en el conocimiento actual acerca de ello) en la extensión que llega cada pueblo al admitir parentelas de círculo amplio y en la forma que originariamente se fueron gestando éstas ampliaciones”. Del mismo modo, reflexiona, algo que nos muestra la importancia de tal principio de diferenciación de los bienes muebles e inmuebles en el sistema jurídico del Derecho germánico que, aún en posteriores momentos, cuando se produjese una progresiva disolución del círculo estricto sólo se mantendrían dos principios comunes e inmutables por todos los pueblos: “la preferencia de descendientes sobre ascendientes y la separación de muebles e inmuebles. Por lo demás la desintegración del círculo citado dio lugar en los diferentes pueblos a un caleidoscopio de situaciones muy diferenciadas entre sí, y con su propia evolución autónoma cada una (...)”, *Op.cit.*, pp. 72-73

¹⁰³ Para un mayor desarrollo de la cuestión, véase PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J.M., *Op.cit.*, pp. 72 y ss. Asimismo, para un más amplio desarrollo del proceso de la partición y la comunidad de herederos, véase PLANITZ, H., *Op.cit.*, p. 308

¹⁰⁴ En tales extremos, se sigue en este momento a CICU, A. *Op. loc. ult. cit.*; PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J.M., *Op.cit.*, p. 79 y PLANITZ, H., *Op.cit.*, p. 378

sentido el que el patrimonio hereditario respondiera de tales obligaciones, si bien para evitar el desequilibrio que esto producía para los acreedores, se permitió que los mismos actuaran en forma “violenta”, o, en términos algo más sutiles, coactiva, contra el muerto (a modo de “ficción”) y esto, por ejemplo, impidiendo la sepultura de su cadáver e, incluso, actuando “en forma violenta” contra su *Sippe*.

La consecuencia era que, en realidad, el heredero acababa pagando las deudas. Dada la profunda raigambre religiosa, era una obligación “moral” del heredero, al garantizar que el fallecido pudiera “pasar a la otra vida”, rindiéndole el culto necesario¹⁰⁵, que no se consideraba se hubiera efectuado si no se pagaban tales deudas que concernían al ya difunto¹⁰⁶.

1.1.2. El primigenio heredero germánico

En el entendimiento de qué significaría ser heredero en el primer Derecho germánico debe recurrirse de nuevo a su más relevante elemento: la familia.

De este modo, la razón de su relevancia, o importancia, para la definición del primigenio heredero germánico radica en que aquella familia germánica se consideraba como una corporación que no moría nunca¹⁰⁷.

Sobre el patrimonio de tal corporación, como se ha visto, tenían todos los integrantes de la comunidad doméstica un derecho innegable (esto es, eran titulares de una expectativa hereditaria que no podía ser defraudada), siempre en comunidad con el resto de miembros de aquélla.

Asimismo, y conforme a ello, vimos que los supuestos que básicamente podían darse a la muerte del causante (en manera general)¹⁰⁸ podían ser:

a) En un primer momento:

- Al morir el causante, su cuota acrece al resto de integrantes de tal comunidad pertenecientes al círculo estricto.
- En defecto de tal círculo estricto, el patrimonio revertía a la *Sippe*.

¹⁰⁵ Que implicaba acciones relativas a ceremonias de culto funerarias, separación y colocación de la *Tontenteil* o parte del muerto (que como ya se vio, eran aquellos bienes u objetos tales como armas, vestidos, alimentos, caballos, que se enterraban junto con el muerto por la creencia en que ayudarían a éste en su tránsito a la otra vida), etc.

¹⁰⁶ Era una suerte de obligación *natural*, no *civil*, diríamos en sentido “moderno”, actual.

¹⁰⁷ SUMNER MAINE, H., *Op.cit.*, pp. 176-177

¹⁰⁸ Esto es, sin entrar en matices, como la distinción entre bienes muebles e inmuebles.

b) En un momento posterior:

- Al morir el causante, su cuota acrece al resto de integrantes de la comunidad doméstica, pero ya no sólo pertenecientes al primigenio círculo estricto. Comienza a llamarse a parientes del mencionado círculo amplio, siendo lo más frecuente, y significativo, el caso del llamamiento de los nietos a la herencia de su abuelo, ocupando la vacante de su padre (premuerto); dándose así, entrada, al derecho de representación.
- Conforme a lo anterior, y del mismo modo que en los primeros tiempos de tal Derecho, a la muerte del causante y en defecto de círculo estricto y, ahora también, de descendientes del círculo amplio (nietos, y progresivamente, cada vez más parientes), que eran llamados como pertenecientes al primero de ambos círculos; el patrimonio se reintegraría a la *Sippe*.

Con las anteriores consideraciones (simplificadas en gran medida) y con la idea, siempre presente, de la familia germánica como aquella corporación que “nunca muere”; se entiende más fácilmente la noción de heredero en tal sistema.

El heredero germánico primigenio es sucesor como miembro de un grupo, como integrante de tal referida comunidad doméstica, por lo que no es una cualidad personal, sino tal pertenencia al grupo la que lo hace heredero.

De este modo es en el mismo momento en el que muere el causante aquel en el que la herencia pasa al heredero mediante una suerte de, dígase, conexión (o vinculación) automática¹⁰⁹, sin necesidad de aceptación, por tal heredero, de la herencia, ya que, como se vio, el heredero no se “hacía”, “nacía” como tal.

Así, la *Gewere*¹¹⁰, por medio de tal mecanismo de vinculación automática (o, automatismo en el paso de la herencia al sucesor) se reasignaba entre los miembros que sobrevivían, no siendo un requisito para tal circunstancia que el heredero realizara un acto formal de toma de posesión del patrimonio o, como se ha comentado, de aceptación de tal herencia¹¹¹.

¹⁰⁹ Y siguiendo en estos extremos las exposiciones en tal materia de PLANITZ, H. *Op.cit.*, p. 375; y PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J.M., *Op.cit.*, p. 79.

¹¹⁰ Y sólo tal *Gewere* (o tenencia), inicialmente, dado el propio sistema colectivo de la comunidad germánica y sus repercusiones en la noción de propiedad.

¹¹¹ En este sentido, comenta PLANITZ, que, de todos modos, era “bastante corriente una toma formal de posesión, ante todo para el heredero ausente al tener lugar la muerte del causante en el cual el heredero transformaba así, mediante la toma de posesión, su *Gewere* ideal en *Gewere* corporal e impedía el nacimiento de una *Gewere* jurídica a favor de otros titulares de expectativas hereditarias (*Erbanwärter*)”. *Op.cit.*, p. 375

En tal sentido se decía que “*Der Tote erbt den lebendigen*”, esto es, que “el muerto convierte en heredero al vivo”¹¹². Tan es así, que no debía (el heredero) ni siquiera conocer el hecho de la muerte del causante para que el mecanismo funcionara de manera automática.

Consecuencia del mencionado automatismo en el mecanismo sucesorio es también que tal sistema no conociera el concepto de herencia yacente (*hereditas iacens* de Derecho romano).

1.2.Periodo posterior: derecho germánico y vías para dar cauce a los deseos del causante

1.2.1. Los primeros resquicios o vislumbres de la designación de heredero en el derecho germánico

Conociéndose el, ya señalado y comentado principio de religiosidad y, de la mano de éste, la consideración de la sucesión legítima como la única posible, cabe cuestionarse si no existió en ningún momento, en tal sistema jurídico, una solución para que se pudiera (en cierto modo) disponer del patrimonio conforme a los deseos del causante o, en otras palabras, si no se halló ningún artificio para que pudieran solventarse tales obstáculos relativos a la sucesión legítima como única posible. La respuesta a tales cuestiones, como veremos, será afirmativa.

En el marco de aquel sistema regido por la voluntad divina para tales extremos, la única vía mediante la que se encontró un pequeño, digamos, hueco, o resquicio, para dar cauce a los deseos del causante (en cuanto a la designación de heredero), sin contravenir las normas existentes, fue la figura de la llamada “*affathomia*” o “*adoptio in hereditate*” (“*Erbengedinge*”, para los pueblos germánicos originariamente)¹¹³ que se trataba de una

¹¹² Es interesante lo que señala PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J.M., cuando esclarece que “aún bajo las formas de evolución posterior, ese criterio no abandonó nunca el Derecho germánico dando lugar a una fórmula que en España fue el refrán “los muertos abren los ojos a los vivos” pero que se testimonia en otros muchos lugares, p.ej. en las áreas francófonas se dirá, “*le mort saisit le vif*”. Por extensión el mismo criterio se aplicó al heredero ausente y al desconocido”. *Op.cit.*, p. 79

¹¹³ En la exposición de las características de tal noción, se seguirá a PLANITZ, H., *Op.cit.*, p. 363, así como a PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J.M., *Op.cit.*, p. 76 y a VISMARA, G., *Op.cit.*, pp. 217 y ss.

ficción de considerar a una persona como perteneciente al ya mencionado círculo estricto de parentela, mediante una suerte de adopción de heredero.

En cuanto a su procedencia, cabe decir que, si bien es cierto que no era demasiado frecuente el caso en que el causante moría sin que existieran herederos posibles, cuando esta circunstancia tenía lugar, puede alguno preguntarse ¿podía en este caso, entonces, designarse un heredero de la elección el causante?

En principio, en el momento en que tal evento tenía lugar, el patrimonio hereditario, como se vio, revertía (se reintegraba) a la *Sippe*, titular innegable de tales derechos de reversión. Ahora bien, esto no impedía que el causante pudiera designar un heredero (heredero que recibía entonces la denominación de *gekorene Erbe*), para que se encargara de que se llevara a cabo apropiadamente el necesario, para ellos, culto al difunto, ocupándose de temas, capitales para tal sistema, como la composición de la *Totentheil*; esta es, “una parte (“*teil*”) del patrimonio que los muertos (“*toten*”) tienen derecho a segregar del mismo (“*Totentheil*”) para atender a su vida de ultratumba”¹¹⁴, en virtud del principio de religiosidad, y que podía consistir en ropajes, equipo personal (como espada, yelmo) o incluso la mejor cabeza de ganado. De ser mujer, sería el ajuar esponsalicio¹¹⁵.

Sin embargo, se fue originando un conflicto, ya que al designarse tal “heredero”, este también tendría derecho sobre el patrimonio hereditario, esto es, le pertenecía como a un heredero “común”. Como el patrimonio pertenecía a la *Sippe* se necesitaba que los originarios titulares de los derechos de reversión con respecto a tal patrimonio consintieran la referida “adopción”.

Recapitulando, para mayor claridad en la explicación de tal circunstancia y, en otras palabras, el supuesto de hecho podría ser uno tal como el que sigue. Supongamos que existe un comunero que carece de prole, por lo que, a su muerte, su “cuota” debería revertir (o acrecer) a la *Sippe*. Aun no siendo problemática tal solución, sí se quería designar en defecto de tales descendientes a un sujeto de confianza que se encargara de, digamos, lo “personal”, esto es, el entierro del difunto, el culto al mismo, etc. Para ello, se autorizó la designación de “alguien” como heredero mediante un acto de adopción. El conflicto, como se señalaba, tras ello, venía a ser que en manera causa-efecto, aquel “heredero” aun siéndolo por adopción, recibiría los bienes en la misma manera en que lo haría un heredero común, “le pertenecen”, y es por esto, por lo que, finalmente, debe la

¹¹⁴ PLANITZ, H. *Op.cit.*, p. 364

¹¹⁵ Véase la *nota 90*

Sippe ineludiblemente autorizar tal actuación, por ser aquélla la única “perjudicada” en tal proceder.

El mecanismo para que oficialmente se permitiera, o aceptara, la *adoptio in hereditate*, se producía en sede de una asamblea general, con carácter público, en la cual sería admitido (por aquellos originarios titulares y en las formas antiguas de adopción) como heredero el designado por el fallecido, requisito que debía siempre ser respetado.

Aunque variaba según los diversos pueblos germánicos, de manera general el acto que representaba tal circunstancia se llevaba a cabo mediante la ofrenda de una *lanza*, por el fallecido, a un tercero que a su vez sería el que la entregaría al “heredero adoptado” a la muerte del causante (tal mencionado tercero, tendrá una importancia capital, ya que marcará los orígenes de la figura del ejecutor testamentario, pero postérguese una mayor explicación de la significación de tal figura a un momento ulterior del análisis).

1.2.2. Evolución posterior con la aparición de las facultades de disposición del patrimonio para después de la muerte

(a) Cristianización y facultades de disposición

Será la progresiva cristianización de los pueblos germánicos tras su contacto con la civilización romana, la que ocasionará que, en manera paulatina, se expandan las anteriores (muy restringidas), comentadas facultades de disposición del patrimonio para después de la muerte, en el marco de aquéllos pueblos¹¹⁶.

Las transformaciones que se produjeron afectaron a dos cuestiones principales: de un lado, a la cuestión de la separación de patrimonios y como éstos circularían a través de las líneas de parentela, y, de otro lado, la progresiva introducción de la sucesión voluntaria¹¹⁷.

¹¹⁶ En tal sentido, como afirma PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J.M., “la cristianización, la mutación de las condiciones materiales de vida y el principio de articulación entre colectividad-individualidad, serán las fuerzas que, incidiendo en las normas generales originarias citadas, irán imprimiendo una específica evolución histórica en ellas, de forma que se producirán una serie de cambios desde el punto de partida, ramificados en soluciones que adoptarán matices diversos según tiempos y lugares” *Op.cit.*, p. 73. Además, es relevante que se señale que tales influencias cristianas también tendrían fuerte arraigo en el Imperio Romano hasta su caída, pero, para las finalidades que se persiguen en el presente estudio, no interesa, ni ha lugar, analizar tales cuestiones.

¹¹⁷ En tal sentido lo señala PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J.M. *Op. loc. ult. cit.*

Lo primero a lo que, en su progresiva inmersión en tales pueblos, se opondría la Iglesia, sería a las ofrendas (consideradas paganas) a los muertos, que se realizaban en aquellos referidos pueblos con la finalidad de rendir culto al fallecido, siendo aquéllas contrarias a las ideas cristianas, por paganas, lo que llevaría a la Iglesia a desaprobadas y, con ello, a desaprobado el mecanismo de la *adoptio in hereditate*.

Ésta última empieza, con ello, a sufrir un proceso de transformación para terminar más bien encuadrándose en el ámbito propio del Derecho Cosas¹¹⁸, esto es, desarrollándose más en un sentido de asignación patrimonial y fijación de facultades sobre tal patrimonio o, en otras palabras, más como una figura conducente a que se transmitiera (y, por ello, otro sujeto, adquiriera) un patrimonio, y no tanto como había sido hasta el momento, una figura encaminada a la adopción de una persona, siendo la adquisición patrimonial una consecuencia secundaria, colateral. Así, y por lo anterior, comenzó un proceso de aproximación de tal figura (*adoptio in hereditate*) a la noción de “donación por causa de muerte”¹¹⁹.

La noción que haría posible esta transformación, compaginada con las ideas cristianas y, por ello, sin quebrar el sistema existente hasta aquel momento, sería la de *freiteil* (esto es, la *cuota, o parte, libre*)¹²⁰. Se trata de una parte que se originó, ya desde el inicio, con un destino predeterminado.

En este sentido¹²¹, la cuota de la que se habla debe sus orígenes a las creencias cristianas, o ideario cristiano, y en este concreto aspecto, especialmente, a las enseñanzas de San Agustín, que impartió un catecismo con base en la idea expiatoria de la entrega de limosnas (a aquellos menos desfavorecidos). La teorización de tales enseñanzas se basaba

¹¹⁸ En tal sentido lo expresan, PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J.M, *Op.cit.*, p. 77; PLANITZ, H., *Op.cit.*, p. 364 y HUEBNER, R., *Op.cit.*, p. 750, entre otros.

¹¹⁹ En este sentido aclara PLANITZ, H., que “*affathomía* aparece ya en el Derecho Popular Sáfico con un contenido transformado. El “fiador de lanza” se convierte en “*Salmann*”, a quien el causante transmite “a mano fiel” su patrimonio mediante la *festuca*; dicho *Salmann* ha de entregar a su vez el patrimonio al heredero ante la asamblea pública o abierta (*echtes Ding, ungebotener Ding, mallus publicus, mallus legitimus, placitum apertum*) en el plazo de un año; en el Derecho posterior la entrega no tiene lugar hasta después de la muerte del causante.” *Op.cit.*, pp. 363-364

¹²⁰ Cuya cuantía, como señala PÉREZ-PRENDES “varió en los diferentes pueblos germánicos, pero hubo dos grandes posibilidades; señalar una dimensión fija del patrimonio (francos, un tercio; visigodos, un quinto; otros pueblos nórdicos, un diezmo) o establecer cuantías diversas según el número de hijos (longobardos).” *Op.cit.*, p. 77. Para una descripción más extensa de tales circunstancias, PLANITZ, H., *Op.cit.*, pp. 363 y ss.

¹²¹ Y siguiendo en la exposición de estos extremos los razonamientos de PLANITZ, H., *Op.cit.*, pp. 363 y ss.; PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J.M, *Op.cit.*, pp. 77 y ss.; LACRUZ, J.L., (1961) , pp. 22 y ss.; y HUEBNER, R., *Op.cit.*, pp., 750 y ss.

en la idea de una “dádiva”, digamos “a Cristo”, dádivas, que se verían grandemente recompensadas en la *otra vida* de aquel dispuesto a seguir tales pautas¹²². De este modo, se aprecia aquí como se comienza a transformar el culto (pagano) al difunto, con el cristiano.

Para evitar el choque frontal que, con el antiguo derecho de tales pueblos, suponía la creación de una cuota como aquella, la Iglesia la teorizó afirmando que no se malograban los intereses de la comunidad doméstica con el establecimiento de la mencionada cuota, ya que debía, aquel que manifestaba su conversión al cristianismo, incluir a Cristo como uno más de sus hijos, por lo tanto, como perteneciente al círculo estricto, siendo considerado un heredero más. Así, mediante este mecanismo, conseguía la Iglesia dos cosas: de un lado, acabar con el paganismo y, de otro, ser beneficiaria directa de aquellas cuotas. De este modo, la Iglesia se posicionaba como (en representación misma de Cristo) titular completamente legítima de una cuota en cada comunidad o grupo familiar, cuota, contra la que nada podían hacer el resto de herederos para impedir su entrega, por ser tan legítima como las suyas propias.

Como último escollo se topó la Iglesia con la circunstancia relativa a la pre-detracción del patrimonio hereditario. Y esto porque, incluso con las anteriores consideraciones, aún existía un conflicto, y es que, aunque la Iglesia fuera titular de tales cuotas, esto no suponía que pudiera apartar (o separar) la misma del mancomún, del patrimonio en su conjunto, porque como ya se vio, pesaba sobre éste el ya mencionado principio de indivisión.

Se acabaría consintiendo a aquel padre, o cabeza de familia, que dispusiera de bienes u objetos del patrimonio de la comunidad doméstica, e incluso de una cuota de tal patrimonio considerado en su totalidad, y esto, sin el previo consenso de los herederos

¹²² Resume PLANITZ, H., tales reflexiones de manera clara cuando las sintetiza en: “Da a los pobres peregrinos de este mundo para ayudarles a su paso por el mismo, y lo que des te será entregado de nuevo con altos intereses en la otra vida.” *Op. loc. ult. cit.* Con raíz tales donaciones ya en el Derecho Romano, nos dice COING, H., en relación a tal fin que “el término “*piae causae*.” aparece por ello ya en las secciones del *Codex* justiniano, dedicadas al derecho eclesiástico.” *Op.cit.*, p. 746

legítimos¹²³, como vía para la redención de su alma y, con ello, obtener merecida recompensa “en la otra vida”¹²⁴.

Las transformaciones (tras la paulatina conversión al cristianismo de tales pueblos) se produjeron con rapidez. A ello contribuyó la negación de la absolución y sepultura cristianas a aquellos que no hubieran efectuado tales donaciones a su muerte¹²⁵, muriendo, por tanto, *inconfessus* e *intestatus*, un hecho nada baladí o despreciable en aquellos pueblos.

En conclusión, y con lo precedente, la mencionada *freiteil* obtuvo la consideración (y denominación) de *Seelteil*¹²⁶, esto es, una fracción, o parte, de la propia alma del fallecido, estructurándose, o conformándose, como una suerte de “legítima eclesiástica”, en palabras de PLANITZ¹²⁷.

¹²³ Que, como se dijo anteriormente, tenían un derecho de expectativa innegable. Aun así, como señala PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J.M., “En algún pueblo (p.ej. los francos) no obstante, se siguió sometiendo al derecho de aprobación (“*Beispruchrecht*”) de los parientes la decisión de entregar esa donación.” *Op.cit.*, p. 77

¹²⁴ En tal sentido lo señala LACRUZ, J.L, cuando comenta que “El paso decisivo hacia el Derecho sucesorio se da acaso cuando se atribuye al padre el derecho de disolver la comunidad, en vida, aun contra la voluntad de los hijos, transformación que SCHULTZE atribuye a influencia de las ideas cristianas”. (1961), p. 22

¹²⁵ En tal sentido, PLANITZ, H., *Op.cit.* p. 365; PÉREZ-PRENDES MUÑOS-ARRACO, J.M., *Op.cit.*, p. 77; VISMARA, G., *Op.cit.*, p. 188; HUEBNER, R., *Op.cit.*, p. 750 y COING, H., *Op.cit.*, p. 710; entre otros.

¹²⁶ En cuanto a ésta es interesante destacar la distinción entre tal cuota libre (*freiteil*) y la cuota del muerto (*Totenteil*), en cuanto a la última de ellas, señala PLANITZ, H., que “La Iglesia combatió esta costumbre pagana. Desde el momento que ella asumió lo relativo al culto de las almas, consiguió con penas eclesiásticas que la cuota del muerto (*Totenteil*) correspondiese a la Iglesia en concepto de utensilia pro anima (*Seelgeräte*). Este mortuarium se componía ante todo del atuendo de guerra (*Heergewäte*); en las esferas no cabellerescas consistía por regla general en el mejor vestido y en la mejor cabeza de ganado (*Besthaupt*). El utensilium pro anima (*Seelgerat*) existía junto a la cuota libre o parte libre (*Freiteil*), e incluso se mantenía separado de ésta cuando ambas figuras había sido refundidas en una misma disposición.” *Op.cit.*, p. 363. Asimismo, y con referencia a BRUNNER, explica LACRUZ, J.L., que la influencia de la Iglesia en el origen de aquella cuota libre ya había sido señalado por aquel autor, “pero éste la hacía derivar de la antigua *Totenteil* germánica: Objetos (alimentos, armas, caballo, vestidos) que se enterraban con el difunto para servirle en el viaje a la otra vida, y que, en su versión cristiana, en lugar de acompañar al cuerpo del muerto a la sepultura, acompañarían a su alma, en forma de sufragios, para facilitarle el ingreso en la vida eterna”. (1961), p. 23. Igualmente interesante, es la exposición que realiza de tales extremos PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J.M., señalando igualmente la diferencia entre las mencionadas nociones, sosteniendo que “en principio la “parte de los muertos” (“*Totenteil*”) que no se identifica con la “parte libre” (...), se acumula a ella, en concepto de “utensilia pro anima”. Como su fundamento estaba en la religión germana precristiana, la predicación del cristianismo se opuso a ella hábilmente. Más que prohibirla, se sustituyó su antigua base religiosa por otra nueva aceptando su práctica, pero reclamando su percepción por parte de las iglesias que ahora ofrecían sufragios por los difuntos”, añadiendo la interesante reflexión de que “la idea principal que aquí se desprende consiste en que dos sujetos del Derecho, la Iglesia y el causante, pactan acerca de la transmisión de un derecho sucesorio. De ahí nace enseguida la percepción de ser esos contratos sucesorios algo concertable también por el causante y otros sujetos, aplicándoles ahora, tanto a la constitución, como a la supresión de un derecho relativo a la sucesión”. *Op.cit.*, p. 77

¹²⁷ *Op.cit.*, pág 356. En este sentido aclara PLANITZ que “El padre, antes de disponer de la cuota libre o parte libre, necesitaba haber llevado a cabo el establecimiento de la independencia patrimonial de sus hijos (*Abschichtung*). Sin embargo, algunos Derechos Populares Primitivos, permitieron ya, siguiendo el ejemplo

La cobertura jurídica (o estructura jurídica) que se dio a tal hecho con finalidades, digamos, religiosas o piadosas, fue la donación, figura conocida por las costumbres germánicas.

La mencionada donación germánica tenía entre sus principios el de reciprocidad (cuestión de relevancia significativa), por el que tenía que existir una suerte de compensación por parte del donatario. Este problema pudo solventarse sin gran dificultad con la consideración de ser suficiente compensación de la que se denominaría *donatio pro anima* (como su propio nombre sugiere) la “redención del alma” del donante.

En tales momentos, las disposiciones *mortis causa*, siempre a título particular, se llevan a cabo en mayor medida mediante donación, y esto, porque, aunque los pueblos germánicos acabaran asumiendo el testamento en su gran mayoría, éste se asumió en primer lugar por los Visigodos y los Burgundios (ya desde el siglo V), y no por todos los pueblos germánicos, aunque, aun para aquellos que lo asumieron en primer lugar, señala LACRUZ que “tanto la donación como el testamento adquieren, al aceptarse entre los germanos, caracteres absolutamente distintos de las instituciones que, con tales nombres, conocieron los cuerpos romanos”¹²⁸.

Era la anterior, por tanto, una donación “peculiar”, pues como se ha adelantado, conforme al principio de reciprocidad, la contrapartida que recibía el donante tras efectuar aquella “dádiva” era su propia redención, esto es, la salvación de su alma, solucionándose

romano, que se realizase la disposición a costa del patrimonio común indiviso; este sistema es el que más adelante se impuso de forma general”. *Mismo lugar antes citado*.

¹²⁸ *Op.cit.*, p. 23. En este sentido, señala asimismo LACRUZ, en torno a tales diferencias que “El testamento, esto es, la declaración unilateral de última voluntad, no contiene institución de heredero. La institución de heredero llega en época muy tardía, y nunca, hasta la total recepción del Derecho romano – y en los países en que esto sucede – como requisito indispensable del testamento”, del mismo modo habla de las cláusulas de irrevocabilidad que imputa a una influencia de la donación germánica aclarando que “de la práctica de tales cláusulas de irrevocabilidad del testamento se debe derivar la sucesión contractual, rechazada por el Derecho romano. El contrato sucesorio más antiguo debió ser el de renuncia a la herencia. En todo caso los contratos sucesorios positivos no son, como muchos creen, un producto genuinamente germano, sino el resultado de una lenta evolución”. *Op.cit.*, p. 24. Es interesante, también a estos efectos, lo que comenta PLANITZ, H., cuando (lo que explica porque se seguía recurriendo a la donación para la integración de tales cambios en aquellos pueblos germánicos), señala que “de la misma manera que la cuota libre o parte libre tuvo origen eclesiástico, el testamento romano fue el ejemplo natural en cuanto a la forma de disposición. Sin embargo, dicho testamento sólo se abrió camino en el Derecho visigodo y en el Derecho burgundio. En otras partes comenzó a desarrollarse, emanada de principios jurídicos propios, una forma de donatio pro anima especialmente adecuada a su finalidad. Esta figura era la donación germánica con modo. No era una disposición jurídico-sucesoria de última voluntad, sino un contrato con eficacia actual propio del Derecho de Cosas”. *Op.cit.*, p. 366.

(mediante este artificio), como se comentó, los posibles problemas de colisión con tal mencionado principio, dándose lugar con ello, a la referida “*donatio pro anima*”¹²⁹.

Nos explica esta cuestión LACRUZ¹³⁰ cuando, esclareciendo los orígenes de las donaciones *mortis causa* en los pueblos germánicos, señala que “la *donatio mortis causa*, más apta para servir a las finalidades de la sucesión en un sistema de herencia destinada, en principio, a los herederos de sangre, sufre la influencia de la donación germánica inter vivos, sustituyéndose el *launegildo* (especie de contradonación que confirma la dática), por la finalidad pía de la disposición a título particular, o por los sufragios que deben celebrar los parientes” añadiendo un importante dato cuando señala que “las posibilidades de revocación, variables según los Derechos, son siempre menores que en Roma”.

Dicho lo anterior, no debe perderse de vista que las disposiciones patrimoniales para después de la muerte no se hallaban en las bases de los derechos germánicos (que se regían por una voluntad divina)¹³¹.

¹²⁹ Que, como comenta PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J.M., “sitúa ya estas cuestiones más bien en el Derecho de cosas, pues se trata de un contrato real, irrevocable”. *Op.cit.*, p. 77. Es interesante se señale que existían de esta donación por causa de muerte dos variedades o categorías de la misma. De un lado, existía la denominada “*donatio reservato usufructu*”, en la que el donatario (que, en el supuesto que interesa en este momento se trata de la Iglesia) obtiene, a la vez, *Gewere* y propiedad, reservándose, o conservando, el donante, una *Gewere* de aprovechamiento (usufructo) y un derecho de censo en relación a lo donado. De otro lado, se encontraba la figura de la “*donatio post obitum*”, en la cual, se postergaban, o diferían, los efectos de la donación, al momento de la muerte del donante), recibiendo tan sólo el donatario una *Gewere* expectante en el momento de la constitución de tal donación. En tal sentido lo expresan, PLANITZ, H., *Op.cit.*, p. 366 y PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J.M., *Op.cit.*, pp. 77-78. En el mismo sentido, VISMARA, G., comentando el autor que “*Conformemente all’ esempio romano, si introdusse infatti l’ uso che il donante, nell’ atto stesso, nel quale immediatamente trasferiva al donatario la proprietà della cosa donata, si riservasse tuttavia il godimento della medesima fino al momento della propria morte (donazione con riserva di usufrutto), oppure che il donante determinasse come condizione sospensiva o termine iniziale della liberalità il verificarsi della propria morte (donatio post obitum)*”. *Op.cit.*, pp. 209-210. Dicho lo anterior, no puede dejar de señalarse que, aunque con diverso *modus operandi*, ambas modalidades conducían a las mismas consecuencias, lo que hizo que, con el paso del tiempo, llegaran a equipararse, esto es; a unificarse paulatinamente.

¹³⁰ (1961), pp. 23-24

¹³¹ Así, es interesante lo que señala VISMARA cuando explica que “*la Lex Burgundionum Gundibada, elencando i diversi modi di alienazione sotto specie di donandi, ...vendendi, ...alienandi potestatem, contrapone alla alienazione a titolo oneroso (vendendi, alienandi) quella a titolo gratuito (donandi). Manca invece ogni contrapposizione tra atto a causa di morte e atto tra vivi, benchè nel contesto il termine donandi non possa altrimenti essere interpretato se non in funzione, almeno prevalente, della donazione a causa di morte*” *Op.cit.*, p. 205. En tal sentido señala VISMARA (hablando de uno de tales derechos germánicos, el Longobardo), en manera clara, que “*in quel momento non si poteva ancora neppure pensare ad una recezione del testamento romano; vi si opponeva il fatto che il testamento, per la sua stessa unilateralità, non toglere una controprestazione neppure simbolica, mentre il diritto longobardo non conosceva negozio che non fosse remunerario, e soprattutto vi si opponeva la circostanza che i Longobardi non possedevano ancora quella maturità di pensiero giuridico che è indispensabile ad un popolo per potere giungere alla concezione del negozio unilaterale*”. *Op.cit.*, p. 209

Del mismo modo, es interesante, antes de pasarse a otras cuestiones, aquello que expone LACRUZ¹³², cuando señala que “aún desarrollada luego cierta libertad de disponer, el heredero sigue determinado necesariamente por el parentesco de sangre: mediante testamento o los negocios que juegan el mismo papel, sólo puede favorecerse a título singular. La designación de un heredero por negocio jurídico únicamente es posible a través de aquellos que tienden a crear un vínculo de parentesco: no directamente a designar un sucesor universal. Así, las varias formas de adopción en calidad de hijo o incluso de hermano”, por ello, que deba siempre tenerse en consideración, que persistieron elementos de raíz germánica¹³³, elementos, algunos de los cuales, se mantendrían en la base de los derechos de la Edad Media, como se verá en un apartado ulterior.

(b) Otras consideraciones

Además de lo comentado hasta el momento, merece ser destacada la circunstancia relativa a que, también como resultado de la influencia del Derecho canónico en las costumbres germánicas, gradualmente, se empezaría a contemplar una responsabilidad del patrimonio mismo (de la herencia)¹³⁴, en contra de lo que había sido lo tradicional en las costumbres germánicas¹³⁵ (en las que, aunque el heredero pagara deudas para honrar la memoria del causante, tales deudas “morían con él”). En tiempo significativamente posterior, se acabaría aceptando, como comenta PÉREZ-PRENDES¹³⁶, la responsabilidad por todo tipo de deudas (sin las restricciones o limitaciones iniciales que se impusieron a tal responsabilidad patrimonial), recayendo estas sobre todo el patrimonio hereditario. No obstante, comenta algo relevante el autor cuando señala que “de esa responsabilidad podía ser liberado el heredero mediante la cesión de lo heredado, sin que las deudas de su causante que aun así resultasen insatisfechas le pudieran ser imputadas”¹³⁷.

¹³² *Op.cit.*, p. 23

¹³³ Asimismo, aclara LACRUZ, que no podía despojarse a una persona de sus derechos hereditarios a no ser que se recurriera a la *foris familiatio*, disolviendo el vínculo de parentesco (pudiendo hacer uso de este mecanismo, asimismo, el heredero que quisiera dejar de ser considerado tal). (1961), p. 23

¹³⁴ Se sigue en este punto a PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J.M., *Op.cit.*, p. 81

¹³⁵ Aun así, comenta PÉREZ-PRENDES, que “esta idea tardó en imponerse y sólo poco a poco fue ganando terreno, aceptándose primero una responsabilidad limitada a los bienes muebles sólo para unos tipos muy concretos de deudas (p.ej. las derivadas de compraventa, comodato o mutuo, no satisfechos)”. *Op. loc. ult. cit.*

¹³⁶ *Op.cit.*, p. 81

¹³⁷ *Op. loc. ult. cit.*

2. BÚSQUEDA DE LOS ORÍGENES DEL EJECUTOR TESTAMENTARIO

2.1. Orígenes: la noción de *Salmann*

Hasta el momento, se ha hablado de la *adoptio in hereditate*, sus características y su posterior transformación para encuadrarse en el ámbito de las donaciones *mortis causa*, pero no se ha explicado en qué forma se realizaban, esto es, el acto que tenía que efectuarse para llevarlas a cabo y, para lo que más interesa al estudio, qué figura era capital en tal acto.

Para ello, tiene que regresarse, o retrocederse, de manera breve, al momento en el que se habló de la originaria *adoptio in hereditate*, precisamente, al momento en el que se aplazaba una mayor explicación de la figura de aquel tercero que intervenía en el acto que tenía lugar al efectuarse tal adopción de heredero. Tercero, al que, se decía; se le entregaba (por el fallecido, en el señalado acto), una lanza (elemento simbólico) que debía ser entregada por éste al heredero adoptado tras la muerte del causante. Así lo expone claramente PÉREZ-PRENDES, cuando señala que “mediante la entrega de una “*Wadia*” (p. ej. una lanza) por el causante a un tercero que actuaba como mediador “a manos fieles” (“*Salmann*”), se consideraba recibido por éste el patrimonio que debía entregar públicamente al adoptado, bien después de la muerte del adoptante, bien pasado un año, según la costumbre de cada pueblo”¹³⁸, asimismo, PLANITZ, cuando, hablando del concreto pueblo de los Longobardos señala que, entre estos, “el causante entregaba en principio una lanza (“fiador de lanza”, *Speerbürge*), el cual la ofrecía a su vez al heredero elegido. Por esta razón el acto se denominaba “*thingatio*”, “*gairethinx*” (*ger*=lanza, *thinx*=asamblea pública). Es posible que fuera análogo el rito de la antigua *affathomia* sálica”¹³⁹.

El referido tercero era conocido como *Salmann* (también denominado “*treühander*”), o tercero a “manos fieles”. Pero, ¿quién era este “*Salmann*” y qué significa exactamente ser un “*salmann*”?

¹³⁸ *Op.cit.*, p. 76

¹³⁹ *Op.cit.*, p. 363. En el mismo sentido lo señala HUEBNER, R., *Op.cit.*, p. 754

El origen de tal figura, como ya se ha adelantado, se encuentra en vez primera en la *affathomia* de los Francos y la *gairerthinx* de los Lombardos.

Esta noción de *Salmann*, de tercero a “manos fieles” vio incrementada su significación en el momento en que (como fruto de las invasiones bárbaras en occidente del Imperio Romano) se produjo una notable influencia del Derecho romano (más avanzado) sobre las costumbres germánicas originarias, lo que, como se ha ya comentado, tendría mucho que ver con la introducción de nuevas figuras (o transformación, o evolución, de las ya existentes); como las mencionadas donaciones por causa de muerte.

Es precisamente en tales donaciones por causa de muerte donde comienza a ser en mayor medida útil, o, se inicia, un mayor uso de la, ya anterior, figura del “*Salmann*”¹⁴⁰. Concretamente y para lo que interesa al estudio, céntrese el mismo, en este momento, en el análisis de las “*donaciones pro anima*”¹⁴¹, o, de la entrega de la “*portio pro anima*” (*Seelteil*), y el papel del *Salmann* en las mismas¹⁴² (figura de la que se valieron para efectuarse tales donaciones).

Antes de conocerse, o asumirse, el testamento por los pueblos germánicos, en las mencionadas donaciones, el procedimiento que incluía al *Salmann* consistía en la entrega, o transferencia, de la mencionada *Seelteil* a este, que, nombrado, o designado como tal, obtenía *Gewere* y propiedad de los bienes que habían sido donados en concepto de *cuota pro anima*. *Gewere* y propiedad que obtenía, exclusivamente, “a manos fieles” (*zu treuen händen*), con el inexorable deber, constatada la muerte y sepultura del causante, de entregar tales bienes a la Iglesia, esto es, de efectuar, finalmente, tal donación *pro anima*.

En un momento posterior, se facilitó, o allanó, tal tarea, mediante la introducción de un escrito, que perfeccionaba, o completaba, la donación que se hacía mediante su entrega (“*traditio chartae*”). Servía para completar tales actos de donación, aunque, no sólo estos, dado que, como señala PÉREZ-PRENDES¹⁴³; “ese texto unas veces menciona solamente la donación y otras (p. ej. burgundios y visigodos) adopta una configuración derivada del testamento romano, pero en cualquiera de los dos supuestos se trata de declaraciones,

¹⁴⁰ En tal sentido, HUEBNER, R., *Op.cit.*, p. 754; así como PLANITZ, H., *Op.cit.*, p. 372 y PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J.M., *Op.cit.*, p. 78

¹⁴¹ Y como señala HUEBNER, R., antes de que el testamento fuera conocido por tales pueblos, esto es, sobre el 1100. *Op. loc. ult. cit.*

¹⁴² Para ello se sigue a PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, *Op.cit.*, pp. 78 y ss., asimismo, a PLANITZ, H., *Op.cit.*, pp. 372 y ss., y HUEBNER, R., *Op.cit.*, pp. 754 y ss.

¹⁴³ *Op.cit.*, p. 79

donaciones, disposiciones, etc., vertebralmente motivadas y orientadas en beneficio del alma”, algo que, destaca el autor, no tenía lugar en la regulación jurídica del testamento romano, pero que, “es la razón de ser de estos testamentos-donaciones de estilo antiguo”¹⁴⁴.

Tal *traditio chartae*, tiene una relevancia significativa en la búsqueda de los orígenes de la noción de ejecutor testamentario, y esto porque “para la realización de lo dispuesto en esos documentos, se transformó al *‘salmann’* en ejecutor testamentario”¹⁴⁵.

2.2. Transformación del *Salmann* en ejecutor testamentario

Explica HUEBNER¹⁴⁶ que, sobre los años 1100 y 1200, la importancia del *Treuhänder* se incrementó notablemente cuando las unilaterales disposiciones de última voluntad (“*letz willige*”), como los testamentos, aparecieron, en un primer momento, junto a los bilaterales contratos de donación *mortis causa* y, posteriormente, en vez de éstos.

Por ello, y como se ha avanzado, el *Salmann*, llegaría a ser un verdadero ejecutor de tal referida última voluntad. En el mismo sentido, en manera nítida afirma PLANITZ¹⁴⁷ que “después de la configuración del testamento, el *Salmann* designado en él por el causante se convirtió en ejecutor testamentario (*testamentsvollstrecker*)”.

Al transformarse tal *Salmann* en un verdadero ejecutor testamentario, seguía éste aun recibiendo la *Gewere* y propiedad de los bienes, por lo que, aunque mediara, ya, un testamento¹⁴⁸, estos principios no habían mutado.

¹⁴⁴ Explica también el mecanismo de la *traditio chartae*; HUEBNER, R., *Op.cit.*, p. 754; señalando que “la *traditio chartae*” era el elemento efectivo en estas transacciones teniendo lugar en la Iglesia como una *traditio super altare*”. Asimismo, señala este autor que el propio surgir de la figura del *Treuhänder/Salmann*, vino de los casos de incapacidad del causante, o donatario (relacionada con el hecho de que tales donaciones “*pro anima*” se hicieran en gran medida cuando el causante se hallaba a punto de morir), que necesitaba a un tercero en el que poder depositar su confianza en que se realizarían tales actos de disposición.

¹⁴⁵ *Op.cit.*, p. 79

¹⁴⁶ *Op.cit.*, p. 755

¹⁴⁷ *Op.cit.*, p. 372

¹⁴⁸ En tal sentido, PÉREZ-PRENDES, J.M., *Op.cit.*, p. 79, así como HUEBNER, R., *Op.cit.*, p. 755. Con idénticas consideraciones DE ARVIZU Y GALARRAGA, F., *La disposición “mortis causa” en el Derecho español de la Alta Edad Media*. Eunsa editorial Universidad de Navarra SA, 1977, pp. 309 y ss. Del mismo modo lo reconoce PLANITZ, H., añadiendo, este autor, que “era al efectuarse el testamento que

El ya convertido en ejecutor testamentario, seguía siendo un heredero¹⁴⁹ que, aunque “a manos fieles” (*erbe zu treuer hand*), era “heredero” al fin y al cabo, con los poderes de disposición del caudal hereditario que eso traía para sí, esto es, como si fueran suyos, de hecho, eran de su propiedad cuando los recibía.

En cuanto a diferencias con la figura del *Salmann*, puede decirse que, al ser el testamento introducido en tales pueblos por medio de la acción de la Iglesia, tal ejecutor testamentario será, en gran parte de los casos, un clérigo, o religioso.

Tal ejecutor, se ocupaba¹⁵⁰; de satisfacer las deudas y cumplir con la ejecución de los legados, liquidar el caudal o gestionar el patrimonio hereditario, y cumplir toda otra disposición de última voluntad que se encontrara en el testamento y, como claramente señala HUEBNER¹⁵¹, eventualmente, “poner de acuerdo a los herederos en sus distintos hostiles intereses”, ya que, “eran nombrados para proteger el testamento, frente a los legatarios y especialmente frente a los herederos, pero también frente a terceras personas”. Asimismo, también se les encomendaban labores, digamos, no patrimoniales, como el deber de ocuparse del enterramiento del testador y, habitualmente, también, se les confiaba la custodia de la viuda y los niños (esto es, ser el tutor de los mismos)¹⁵².

Del mismo modo, como se presenta ya obvio, era el encargado de transmitir a la Iglesia el patrimonio destinado a tal fin conforme a la voluntad del testador. Es intencionada la referencia a tal referida “obviedad”, ya que, las facultades del ejecutor se incrementarían proporcionalmente al aumento en la libertad de disposición que se daba al testador y, fue tan significativa la dilatación de tales facultades del ejecutor que se trató, llegado un momento, tanto por las autoridades eclesiásticas, así como por las laicas, de aminorar, y en mayor medida, controlar, tales competencias (rindiendo el ejecutor, para ello, cuentas, realizando inventarios, requiriéndose que el mismo prestara seguridad, etc.). y esto porque, como observa PLANITZ¹⁵³, llegó un momento en que la vinculación del ejecutor

se constituía para él mediante tradición la Gewere actual o una Gewere condicionada suspensivamente por la muerte del testador”. *Op.cit.*, pp. 372-373.

¹⁴⁹ En tal sentido lo expresan, entre otros, PLANTIZ, H., *Op.cit.*, p. 373 y PÉREZ-PRENDES, J.M., *Op.cit.*, p. 79

¹⁵⁰ Siguiendo en este punto a PLANTIZ, H., *Op.cit.*, p. 373, así como a HUEBNER, R., *Op.cit.*, p. 755 y a PÉREZ-PRENDES, J.M., *Op.cit.*, p. 79

¹⁵¹ *Op. loc. ult. cit.*

¹⁵² En tal sentido, HUEBNER, R., *Op.cit.*, p. 755. Asimismo, PLANITZ, H., *Op.cit.*, p. 363

¹⁵³ *Op.cit.*, p. 373

con el testador en términos de fidelidad, no parecía suficiente para controlar que aquel llevara a cabo lo dispuesto por el causante.

De este modo¹⁵⁴, consecuencia de lo anterior, y con el paso del tiempo, la naturaleza de tal figura mutaría de ser la de un *heredero-propietario* (aunque a “manos fieles”, o con el límite de unos propósitos concretos) a ser un mero administrador, o, dicho de otro modo, en palabras de PLANITZ¹⁵⁵ “su *posición* se fue considerando cada vez más como una *función*”¹⁵⁶.

Tras todo lo comentado, tan solo se debe afirmar, aun siendo ya incuestionable (o, al menos palpable), que es aquel *Salmann* (germánico) la semilla que dio lugar a la figura del ejecutor testamentario que (como se ha ya avanzado) alcanzaría su importancia más significativa en la Edad Media, cuestión que se tratará más ampliamente en el siguiente apartado del estudio.

IV. DE LA GENERALIDAD A LA CONCRECIÓN. EL INFLUJO DE LOS SIGLOS INTERMEDIOS EN ESPAÑA E INGLATERRA EN LAS FIGURAS DE HEREDERO Y EJECUTOR TESTAMENTARIO

1. LAS GENERALIDADES : “LA ROMANIZACIÓN DE LAS PROVINCIAS Y LA BARBARIZACIÓN DE ROMA”¹⁵⁷

1.1 Introducción

Comprender el común nexo histórico de los ordenamientos que se estudian (y por esta razón, inevitablemente, en forma precedente al análisis focalizado en cada uno de ellos) requiere realizar con carácter propio una contextualización histórica de aquello que acontecía en los siglos intermedios, específicamente, con referencia a la evolución del concepto de heredero y del ejecutor testamentario.

¹⁵⁴ Y como reconocen tanto PLANTIZ, H., *Op.cit.*, p. 373., como PÉREZ-PRENDES, J.M., *Op.cit.*, p. 79., y HUEBNER, R., *Op.cit.*, p. 755

¹⁵⁵ *Op. loc. ult. cit.*

¹⁵⁶ *Cursivas mías*. En idéntico sentido, DE ARVIZU Y GALARRAGA, F., *Op.cit.*, pp. 309 y ss.

¹⁵⁷ Expresión extraída de VINOGRADOFF, P., *Roman Law in medieval Europe*, Oxford University Press., Oxford, 1961, p. 13

El hecho de la invasión bárbara de las provincias romanas produjo, tras un largo proceso, una suerte de mixtura o combinación cultural, con influencias recíprocas, en el ámbito del Derecho.

En un primer momento, y como consecuencia de tales invasiones, el Derecho del Imperio no tendría más remedio que amoldarse a ciertas costumbres legales de aquellas nuevas tribus bárbaras que empezaban a asentarse en el territorio del mencionado Imperio¹⁵⁸, dado lugar a una colisión de ambos sistemas, que con el paso del tiempo, se transformaría en un aglutinamiento de normas y costumbres que pervivieron tras los mencionados acontecimientos, dando lugar a lo que se ha conocido como “Derecho Romano vulgar o vulgarizado”¹⁵⁹.

En tal sentido, destaca VINOGRADOFF¹⁶⁰, que si bien las mencionadas tribus irían paulatinamente asumiendo como propias las normas del sistema jurídico Romano (por el hecho de ser éste un ordenamiento claramente superior en términos de civilización y desarrollo jurídico) estas normas empezarían a tomar una viciada forma a ser, por tanto, ya, normas degradadas, que no podían en modo alguno situarse al nivel de sofisticación de las instituciones del Derecho romano anterior a las invasiones, o equipararse a las mismas. Y esto, por el sencillo hecho – señala el autor – de que las tribus bárbaras y, con ellas, su sistema de costumbres legales, no se encontraban, dígase, preparadas, para albergar el nivel de erudición de las normas que había regido en el Imperio, por lo que la combinación de estas últimas con las mencionadas costumbres germánicas, no pudo más que suponer un proceso de desarrollo de las últimas, en detrimento de las primeras, siendo éstas simplificadas enormemente para su posible adaptación a un sistema de derecho menos desarrollado¹⁶¹, unida tal circunstancia, a la combinación de tales sistemas junto

¹⁵⁸ En tal sentido lo expresa, entre otros, VINOGRADOFF, P., *Op.cit.*, p. 15. De manera más reciente, relata tales circunstancias BERNAL GÓMEZ, B., *Historia del Derecho*. Nostra ediciones, México, 2010, pp. 85 y ss.

¹⁵⁹ En tal sentido lo expone de manera clara BERNAL GÓMEZ, B., cuando señala que “en un inicio, los bárbaros, en su mayoría pueblos de origen germánico, se rigieron por su rudimentario derecho de tipo consuetudinario, pero elaboraron codificaciones para los vencidos fundamentadas en el derecho romano que prevalecía en la época posclásica: un derecho sencillo, vulgarizado y basado en ciertos fragmentos y obras ya contaminadas de los clásicos que quedaron contenidas en lo que ha pasado a la historia con el nombre de *leges romanae barbarorum* o códigos romano-bárbaros o romano-germánicos”. *Op.cit.*, pp. 85 y 86

¹⁶⁰ *Op.cit.*, pp. 15 y 16. Asimismo lo señala HOLDSWORTH, W. Sir, aclarando que entre los siglos IX y X, las poblaciones ahora asentadas no podían asumir un tan complejo derecho, como era el Derecho romano clásico, por la sofisticación del mismo, lo que llevaría aun necesario proceso de simplificación del mismo. *Op.cit.*, pp. 21 y ss.

¹⁶¹ En el mismo sentido se expresa BERNAL GÓMEZ, B., resaltando además el relevante hecho relativo a que, dependiendo de a qué territorio europeo nos refiramos, el Derecho Romano no se asumiría de igual manera por los pueblos Bárbaros. Así, aclara que “en la Germania y la Britania, los bárbaros no aceptaron

con las normas de Derecho Canónico, de una relevancia capital en los Siglos Intermedios, por el propio poder de la Iglesia en tales siglos.

1.2 El Derecho Romano barbarizado o vulgar

Entre los siglos V y VI¹⁶², existieron varias recopilaciones o compendios de derecho romano barbarizado, siendo las más importantes; el Edicto de Teodorico (o Edictos, en general, de los reyes Ostrogodos), la *Lex Romana Burgundiorum* (o también conocida como *Liber Papiensis*), siendo esta última¹⁶³ la más relevante de las mencionadas compilaciones romano-germánicas¹⁶⁴. Este compendio se elaboró para que pudiera servir como referente al pueblo romano sometido al mando visigodo tanto en los territorios de Francia, como de España, como texto destinado a acabar con la extensa pluralidad de normas existentes y las innumerables discordancias entre las mismas, que tornaban considerablemente ardua la labor del jurista en la época, sirviendo, a modo de texto unificador¹⁶⁵.

gran parte de la cultura romana y por consiguiente de su derecho. Sin embargo, en la Hispania, la Italia y las Galias (provincias más romanizadas) los invasores convivieron con la población romana y romanizada logrando, aunque al principio sin incorporarse del todo a ella, que conquistadores y conquistados siguieran rigiéndose por sus antiguos sistemas jurídicos, hasta que paulatinamente los primeros, fueron aceptando las bondades del derecho de los segundos hasta someterse a él”. *Op.cit.*, p. 85

¹⁶² Y siguiendo para ello lo expuesto por VINOGRADOFF, P., *Op.cit.*, pp. 16 y ss.; BERNAL GÓMEZ, B., *Op.cit.*, pp. 86 y ss., y CALASSO, F., *Op.cit.*, p. 615 y ss.

¹⁶³ Promulgada en el 506 por el rey Alarico II.

¹⁶⁴ Y esto porque, como claramente señala VINOGRADOFF, P., “Mientras los Edictos de los reyes Ostrogodos perdieron su significación tras la destrucción de sus reinos por los Bizantinos, mientras que el Derecho de los Romanos en Borgoña permaneció de manera local, la Compilación visigoda se convirtió en la fuente estándar de Derecho Romano en toda la Europa occidental durante la primera mitad de la Edad Media”. *Op.cit.*, p. 16. En idéntico sentido, HOLDSWORTH W., Sir., señalando que “el breviario de Alarico fue con diferencia la más importante porque llegaría a ser el estándar de fuente romana para el occidente europeo durante la primera mitad de la Edad Media. Estaba compuesto por extractos del Código Teodosiano y por la legislación de los emperadores Teodosio II, Valentiniano III, Marciano, Mayoriano y Severo, un compendio de casi la totalidad de los primeros tres libros de Gayo, las Sentencias de Paulo, algunos extractos de los códigos Gregoriano y Hermogeniano y, finalmente, una sola citación a Papiniano”. *A History of English Law, Vol. II.*, Sweet & Maxwell, London, Reprinted 1966 (First Published 1903), pp. 133-134. Aun así, es interesante se señale lo que comenta BERNAL GÓMEZ, B., cuando destaca el hecho de que “el Breviario tuvo gran difusión en Occidente, aunque en España perdió su fuerza en el siglo VII al ser derogado por el rey Chindasvinto alrededor del año 653”. *Op.cit.*, p. 86

¹⁶⁵ Como señala BERNAL GÓMEZ, B., Se componía básicamente de dos partes: las leyes y los iura. *Op.cit.* p. 86, asimismo, en el mismo sentido, comenta VINOGRADOFF, P., que tal texto es similar a lo que haría Justiniano para el Imperio de Oriente treinta años más tarde, de este modo, señala que “la comparación con el Código de Justiniano es también instructiva en otros aspectos. Ambos códigos llevan a cabo las mismas tres subdivisiones; aquella de las Instituciones, el Derecho Común (*jus*), y los Estatutos (*leges*). La primera consistía en un estudio introductorio para principiantes, la segunda en doctrinas jurisprudenciales como eran establecidas por las autoridades legales y la tercera por las normas de los emperadores recientes”. *Op.cit.*, p. 18

Nos podemos preguntar hasta qué punto fueron de aplicación las normas romanas vulgarizadas al comienzo de la Edad Media. Siguiendo a VINOGRADOFF¹⁶⁶, debe comentarse que no existía en aquel momento Estado alguno con la suficiente fuerza como para aplicar un compacto ordenamiento jurídico en sí mismo, excluyendo el resto de derechos, o dándoles un trato de confinados para los extranjeros, lo que conllevó que el Derecho se configurara como eminentemente personal y local en su aplicación¹⁶⁷. Asimismo, incluso en Inglaterra, la influencia de ciertas instituciones romanas se manifestó en diversas formas, ya que inclusive en los territorios donde no había demasiada presencia romana, en términos de población, el clero, al fin y al cabo, seguía el derecho romano, y muchas de las últimas reglas fueron adoptadas por su utilidad práctica¹⁶⁸. No pudiéndose realizar un minucioso análisis de todas las disposiciones romano-germánicas que se realizarían posteriormente¹⁶⁹, baste tan solo destacar que no puede hablarse, tras lo visto, de una continuidad del Derecho Romano clásico desde la Antigüedad hasta nuestros días, aunque tales compendios basados en leyes romanas vulgarizadas hicieran posible que, en cierta medida, el Derecho Romano siguiera teniendo aplicación tras la caída del Imperio de Occidente.

Las normas que eran fruto de la “barbarización” del derecho romano no podían soportar tal cantidad, dígase, de conocimiento, de sofisticación del Derecho romano, por lo que el Breviario de Alarico sería mucho más simple y resumido que lo sería el código de Justiniano (elaborado unos treinta años más tarde).

¹⁶⁶ *Op.cit.*, p. 24

¹⁶⁷ Explicando tales extremos, comenta el autor que la forzosa entrada de los Godos, Lombardos y Francos en las provincias no dio lugar en ningún sentido a la desaparición o desnacionalización de los habitantes romanos, permitiéndose que el estatus legal de los últimos continuara del mismo modo. Así, comenta, por tanto, que la individualidad de un Romano era valorada en una forma peculiar, distinta a la de los bárbaros que le rodeaban, destacando el hecho relativo a que todos los tratos entre romanos estaban regulados por el derecho de su raza. *Op.cit.*, pp. 24 y 25

¹⁶⁸ En tal sentido, asimismo, se expresa VINOGRADOFF, *Op.cit.*, p. 28. Aunque no debe ignorarse lo que menciona tal autor, evocando para ello a FICKER, cuando expresa que, hubo un continuo flujo o una continua corriente de costumbres legales Germánicas contrarias (*running counter*) a las tendencias romanizadoras de las disposiciones reales. Asimismo, señala como tales elementos germánicos emergerían de nuevo en las posteriores disposiciones de las costumbres provinciales, los denominados Fueros, aunque reconoce que, incluso teniendo en cuenta estas subyacentes costumbres germánicas, la inferencia general no destruye la tradición jurídica romana, que tenía una más poderosa influencia en los Visigodos de España y Francia. *Op.cit.*, p. 31

¹⁶⁹ Siendo importante, como señala CALASSO, entre otras, aquella que se publicó en la mitad del siglo VII, esta es, el Liber (Forum) iudiciorum, de Recesvinto, que pondría fin al dualismo existente entre la población romana (como a su ley personal; la lex Romana Wisigothorum) y la gótica (que observaba la propia ley nacional, del siglo V). *Op.cit.*, p. 615

1.3 El Derecho Canónico y su influencia

La otra gran fuente de influencia que permitiría que el Derecho Romano siguiera aplicándose, hasta cierto punto, fue la Iglesia (única institución que sobrevivió a la caída del Imperio de Occidente), a través del Derecho Canónico. En este sentido, y siguiendo, por la nitidez de la exposición, lo que relata HOLDSWORTH¹⁷⁰, entre los siglos V y XI, fueron las dos anteriores mencionadas fuentes de influencia las que harían que tuviera lugar un proceso de unificación, en términos legales, en toda la Europa de occidente. De este modo, señala el autor, en el sentido ya expuesto, que, incluso en aquellos lugares donde Roma, en sí, nunca había estado presente, algunas de las ideas políticas y legales de aquella fueron introducidas por la única institución del Imperio Romano tardío que había conservado su vigor, esto es, la Iglesia Cristiana.

De este modo, las influencias del Derecho romano, ahora vulgarizado, junto a la de la Iglesia, a través del Derecho canónico; se combinaron produciendo una forma de gobierno y un cuerpo, o sistema, de leyes de una forma bastante nítida; de un lado con las tempranas leyes tribales bárbaras y, de otro, con aquellos tardíos o posteriores sistemas de leyes de los juristas estudiosos de los derechos civil y canónico, así como por aquellos cuerpos de costumbres locales de derecho feudal, los cuales gobernaron Europa en los últimos momentos del período Medieval.

La Iglesia desempeñó un papel fundamental durante los siglos intermedios hasta el punto de que no pueda trazarse una línea continua entre el Derecho Romano de la Antigüedad hasta aquello que de él queda en nuestros días. En cambio, tal Derecho es fruto de, como refleja CALASSO, claramente, una “*rezezione del diritto comune evangelizzato dalla scuola di Bologna*”¹⁷¹. Se ve en forma clara en Inglaterra, con la introducción de la Iglesia y su rápida conexión con la gobernanza del país; también en España, donde ya el pueblo visigodo importaría un Derecho romano digamos, como hasta el momento, “barbarizado”, esto es, amoldado a sus costumbres, que también se vio afectado por las ideas de Derecho canónico; tuvo sólidos cimientos en el Derecho romano clásico, pero la introducción de nuevas ideas morales lo transformaron en diversos aspectos y lo adaptaron a una forma de vida, en mayor medida, más conforme a aquellos nuevos tiempos.

¹⁷⁰ HOLDSWORTH, W., Sir, (1966) , pp. 21 y ss.

¹⁷¹ *Op.cit.*, p. 610

1.4 La Recepción del Derecho Romano

Por otra parte, como es de sobra conocido, en el siglo XII se producirá una alteración fundamental en la que mucho tuvo que ver la Iglesia. A partir de este siglo se producirá la *Recepción del Derecho Romano* (o Romano-Canónico). Europa empezó a verse influenciada por el Derecho Justiniano, que supuso una “segunda vida” del derecho Romano, que había sido altamente degradado y desaplicado¹⁷².

Tal recepción, como señala COING¹⁷³, vino como parte integrante de un movimiento más general, llamado “*renaissance of the 12th century*”, en el que tuvo lugar un proceso de redescubrimiento de las obras antiguas. Llevado al ámbito del derecho, los juristas de Bolonia redescubrieron el Derecho justiniano llegando finalmente a conocerse como *Corpus Iuris*. A partir de ese momento y durante siglos, existirá un *Ius Commune*, un Derecho Común a la Europa de Occidente (así como central)¹⁷⁴, que no era otro que el Derecho romano-canónico, en cuya aplicación la Iglesia asumirá, como institución, un poder extraordinario, muy claro en Inglaterra, tal y como después se verá, y, con ello, la facultad de aplicar Derecho. Así, “el Derecho Canónico alcanzó vigencia sin más en la zona de toda la Iglesia latina debido a la potestad judicial y legislativa de los papas”¹⁷⁵, circunstancia que, como acaba de reflejarse, fue manifiesta en el caso de Inglaterra.

1.5 Referencia al Derecho de sucesiones en particular

Sin adentrarnos en cuestiones específicas, dado que se tratará en el siguiente apartado de concreción en los territorios de España e Inglaterra, sí debe hacerse una general referencia al Derecho de Sucesiones en la época referenciada. La Iglesia, concretamente en estos asuntos, ejerció una influencia capital. Como se dijo al tratarse la época primitiva, la Iglesia proporcionó a los pueblos germánicos el concepto de disposición “en favor del alma”. Además, ejerció su influjo en otros aspectos, concretamente, y en mayor medida

¹⁷² Merece ser citada una clara y expresiva expresión de VINOGRADOFF en la materia, que, en referencia a la recepción de tal Derecho empieza comentando: “*The story I am about to tell is, in a sense, a ghost story. It treats of a second life of Roman Law after the demise of the body in which it first saw the light*”. *Op. loc. ult. cit.*

¹⁷³ *Op.cit.*, pp. 33 y 34

¹⁷⁴ Que, como explica COING, estuvo vigente desde a Edad Media hasta la Revolución Francesa. *Op.cit.*, p. 31

¹⁷⁵ *Op.cit.*, p. 35

a partir del siglo XII, fue la causante de que se revitalizara la figura del testamento, así como de que se impusiera la competencia de los Tribunales eclesiásticos en materia de testamento, siendo los obispos los responsables de la vigilancia de la ejecución de los testamentos, aunque debe resaltarse que, a diferencia de la clásica idea de testamento romano, al revitalizarse tal figura con el fin de que se llevaran a efecto eficazmente las disposiciones para obras pías (o “en favor del alma”), era diverso en cuanto a su forma y contenido¹⁷⁶.

El testamento, ya no se utilizará para el nombramiento de heredero, sino para asegurar que se ejecutarán los “legados en favor del alma”. En ese contexto, para cumplir estos fines, se necesitaría, de ahí que sea éste el momento en el que se origina, la figura del albacea, extendiéndose su uso en esta etapa¹⁷⁷. Este influjo y transformación coincidiría en los territorios de España e Inglaterra, y así, por ello, que, en ambos territorios, “el Derecho Canónico desplazó al Derecho Romano sobre todo en el derecho testamentario en cuanto a forma y contenido”, señala COING¹⁷⁸. Esto explica la similitud de lo que aconteció en ambos territorios ya que, en ambos, existía una notable influencia de la Iglesia en aquel período.

Señalado lo anterior, debe decirse que, de manera general, en el derecho sucesorio, se produciría un paulatino proceso de cambio (así como de asentamiento de conceptos) en sus más básicas instituciones, durante la Edad Media, jugando la Iglesia, como ha podido observarse, un papel capital en el desenvolvimiento de tales transformaciones.

En forma genérica, y tan solo por mencionar, a modo de esquema, algunas de tales transformaciones¹⁷⁹ (ya que un análisis más minucioso de aquellas que nos interesan será llevado a cabo en el siguiente epígrafe) deben destacarse las siguientes.

- En primer lugar, el desarrollo generalizado del concepto de sucesión universal¹⁸⁰, en sus dos versiones, ya fuera en el sentido de una sucesión jurídica *per universitatem* o en aquel otro de “continuación de la persona del causante”.

¹⁷⁶ En tal sentido se expresa COING, H., *Op.cit.*, p. 705

¹⁷⁷ Señala COING que “estas evoluciones se realizaron en parte a la vez y en parte antes que la Recepción del Derecho Romano y a la vista de la jurisdicción de los jueces eclesiásticos (al menos concurrente) se crearon realidades jurídicas, con las que tenían que contar los juristas”. *Op.cit.*, p. 705

¹⁷⁸ *Op.cit.*, p. 706

¹⁷⁹ Y siguiendo para ello a COING, *Op.cit.*, pp.704-710 y pp. 745 y ss.

¹⁸⁰ Señala COING que tal noción de sucesión universal sería “El punto de partida de la doctrina iuscomunitaria, para la propiedad vinculada, como feudo y fideicomiso”, esto, a pesar de las regulaciones especiales existentes en la época. *Op.cit.*, p. 707

- En segundo lugar, la regresión que se produjo en la institución de heredero por testamento, como se verá ulteriormente.
- En tercer lugar, la revitalización del testamento al inicio de los siglos intermedios (aunque, en cierta forma, modificado en sus caracteres, como ha podido observarse precedentemente), lo que, como se ha visto, tuvo su razón de ser en un acrecentamiento de los poderes de la Iglesia, influyendo, de modo directo, asimismo, en el Derecho vigente de la época.
- En cuarto y último lugar, del siglo XI al XIII se desarrolla la jurisdicción eclesiástica sobre materias relacionadas con el testamento, aunque “ciertamente la Iglesia no consiguió nunca imponer por completo sus pretensiones y mantenerlas a la larga”¹⁸¹.

Del mismo modo, esto no se produjo en manera idéntica en todos los países sobre los que la Iglesia influyó, siendo Inglaterra el mejor ejemplo de territorio en el que ejerció un muy notable poder e influjo, como se verá en el próximo apartado. En Inglaterra (por el contrario), siempre que no se cuestione el patrimonio inmobiliario, la Iglesia consiguió competencia exclusiva, mientras que, en Francia, desde la secularización en el siglo XVI, el influjo eclesiástico ha sido desplazado en beneficio del estado (*la laïcisation du testament est accomplie*)¹⁸².

Con el transcurrir de los años, finalmente, la Iglesia iría perdiendo facultades a medida que éstas fueron trasladadas al Estado, no puede negarse su papel fundamental, o crucial, en el Derecho de la época, sobre todo, en el derecho testamentario, derecho, en el que dejaría su huella irreparablemente.

¹⁸¹ COING, H., *Op.cit.*, p. 710

¹⁸² En tal sentido, COING, H. *Op. loc. ult. cit.*

2. LA CONCRECIÓN: EL HEREDERO Y EL EJECUTOR TESTAMENTARIO EN ESPAÑA E INGLATERRA. ANÁLISIS COMPARADO

2.1 La concreción encuadrada en el marco histórico: un proceso equivalente con antagónicos resultados

En primer lugar, y antes de nada, es necesario que se conozca que el propósito del presente punto introductorio, no es más que efectuar un conciso acercamiento al contexto histórico, tal como se ha efectuado en forma genérica (en términos de territorios) en el anterior apartado, pero, esta vez, en forma específica, para los territorios de España e Inglaterra, claro está, en los siglos intermedios y que, sin poder ser un minucioso análisis histórico (ni aspirarse a ello), tan solo pretende ser un brevísimo esquema, que, centrado en el derecho sucesorio en trazos generales, oriente el estudio posterior, aplazando al siguiente apartado un concreto acercamiento a los conceptos de heredero y executor, que se obvian en este primer punto de contextualización.

2.1.1 En España

(a) La invasión visigoda y la Alta Edad Media

Expone GARCÍA-GALLO¹⁸³ que “casi siempre se ha estudiado el Derecho de la Alta Edad Media como un sistema petrificado; como algo que no evoluciona en los cinco siglos largos que median entre la invasión musulmana y los comienzos de la recepción romano canónica. Y, sin embargo, es evidente que en tan largo espacio de tiempo el Derecho fue cambiando y que cuando menos el siglo XI marca un momento de transición”, inicial consideración, o cautela, del todo valiosa, ya que se verá, como expone el autor, que no es despreciable, en modo alguno, el proceso de desarrollo y transición, en el Derecho, en tales siglos.

Remontándonos primeramente algo más atrás en la Historia, y en cuanto al Derecho Sucesorio, debe señalarse que los primeros datos en mayor medida conocidos, son los

¹⁸³ *Op.cit.*, pp. 252-253

relativos al Derecho Romano y tras éste, inmediatamente la información que nos brindan las leyes visigodas¹⁸⁴.

Debe tenerse presente aquello que anteriormente, en más de una ocasión, se señaló, esto es, lo relativo a que los pueblos germánicos no conocieron el testamento originariamente y que, cuando llegaron a conocerlo, el fin principal del mismo, no siendo la designación de heredero, sería, por influencia de la Iglesia, originariamente, aquellas donaciones en favor del alma de las que se hablaba¹⁸⁵.

Cabe ya referirse, concretamente, dentro de tales pueblos germánicos, a los pueblos Visigodos que, como es de sobra conocido, se asentarían en la entonces llamada Hispania desde el 507, aprovechando la irremediable caída del Imperio Romano de Occidente, lo que dio lugar a una mezcla de poblaciones bárbaras y aquellas hispanorromanas residentes en tal territorio, siendo el mencionado pueblo visigodo el responsable, en su mayor parte, de la influencia germánica en nuestro Derecho.

Dicho lo anterior, y entrando en materia sucesoria, debe señalarse que el testamento fue reconocido y utilizado por los pueblos visigodos en mayor medida que por otros pueblos germánicos, y esto debido a que la romanización de los mismos, su contacto con la civilización romana, había sido mayor, como ya se vio anteriormente en el presente estudio¹⁸⁶.

Sin poder realizarse un análisis de los distintos cuerpos de leyes germánicos que existieron y que ejercerían influencia en el territorio de Hispania (cuerpos de leyes, que, hasta cierto punto, han sido señalados precedentemente), debemos directamente hacer referencia a aquel más significativo, al que marcaría indudablemente la Historia del Derecho en España, que no es otro que el llamado (entre otras varias denominaciones) *Liber Iudiciorum* o *Lex Visigothorum*. Tal producción jurídica era el fruto de un

¹⁸⁴ En tal sentido lo reconoce LACRUZ, J.L., (1961), p. 27

¹⁸⁵ En tal sentido se expresa, entre otros, MINGUIJÓN S., cuando aclara que “al principio los germanos no conocían el testamento el cual no se avenía con el carácter familiar que tenía la propiedad. Cuando empezaron a usarlo no fue para instituir heredero, sino para consignar piadosas liberalidades”. *Historia del Derecho Español*. Biblioteca de iniciación cultural. Ed. Labor, S.A., Barcelona – Madrid - B. Aires - Río de Janeiro – México – Montevideo, 1953, p. 169

¹⁸⁶ Así lo reconoce, entre otros, MINGUIJÓN S., *Op.cit.*, p. 68. Esclarece asimismo tal autor que “La ley admite tanto el testamento escrito como el oral” y que debía respetar ciertas formas, esta sería, la *publicatio*, por la cual debía ser declarado y registrado (6 meses después de la muerte del testador) ante autoridad religiosa o judicial.

significativo trabajo de reunificación, o recopilación¹⁸⁷, de las leyes visigodas precedentes, que vería la luz en el 654¹⁸⁸. Tal recopilación, se dividía en doce libros conteniendo tanto *leges* y *iura* (del derecho romano vulgar tardío), como partes del *Corpus Iuris Civilis*, lo que es clara señal de la influencia, en la confección del mismo, de la cristianizada compilación de Justiniano¹⁸⁹.

Con el transcurrir del tiempo, y siguiendo a BERNAL¹⁹⁰, se iría actualizando el *Liber Iudiciorum*¹⁹¹, hasta que tales modificaciones dieran lugar a una renovada versión del mismo, que sería denominada *Vulgata*. Explica en manera clara el mencionado autor, y citándose al mismo por la claridad en la exposición de tal extremo, que serían tres las razones por las que el *Liber Iudiciorum* tendría una importancia sustancial: “La primera fue que consolidó el principio de la territorialidad en el ámbito de la aplicación del derecho. La segunda fue que constituyó el momento epigonal de la legislación visigoda, esto es, fue el final de un proceso de recopilación de la misma comenzada probablemente desde épocas de Alarico. La tercera fue que permitió la supervivencia del derecho romano en España, durante los ocho siglos en que ésta fue invadida por los musulmanes”¹⁹², y esto último porque, como es sabido, en el 711 los musulmanes invadirían España, estableciéndose en Andalucía, extendiéndose o propagándose, posteriormente, en mayor medida, hacía el centro y norte de aquélla, suceso que inmediatamente daría lugar al conocido proceso de reconquista de los territorios anteriormente cristianos, que finalizaría en 1492 con la reconquista de Granada.

Que el *Liber Iudiciorum* albergue tan significativa importancia viene de la anterior circunstancia y es que, traducido al castellano en 1241 por orden del rey Fernando III y denominado desde tal momento Fuero Juzgo, fue impuesto (en el intento de que existiera un derecho unificado) en los territorios que iban progresivamente siendo reconquistados, concretamente, para que funcionara como fuero en determinados territorios de la zona

¹⁸⁷ Concretamente, de códigos visigodos precedentes como serían los de Eurico, Alarico y Leovigildo.

¹⁸⁸ Siguiéndose en la explicación de estos extremos a BERNAL GÓMEZ, B., *op. cit.*, p. 90. Así, aclara el autor que “sería promulgada por el rey Recesvinto, aunque empezó a gestarse en épocas de su padre, el rey Chindasvinto”.

¹⁸⁹ En tal sentido se expresa BERNAL GÓMEZ, B., *Op. loc. ult. cit.*

¹⁹⁰ Mismo lugar antes citado

¹⁹¹ Señala el autor que por los reyes visigodos Wamba, Ervigio, quien le dio una nueva redacción y Égica, quien le añadió 15 leyes

¹⁹² *Op. loc. ult. cit.*

meridional de la península Ibérica¹⁹³, siendo de una importancia capital para nuestro Derecho actual, ya que “sobrevivió como derecho vigente en España hasta la promulgación del Código Civil de finales del siglo XIX (...)”¹⁹⁴.

Situados en tal contexto, y conociendo la importancia, en términos generales, del *Liber Iudiciorum* para nuestro Derecho, debemos ahora especificar la influencia del mismo en la materia que nos ocupa, esto es, en el tema sucesorio y, mayormente, en el ámbito de la sucesión testada.

En tal sentido, ya en forma anterior a tal *Liber Iudiciorum*, empieza a cobrar relevancia la intención del difunto (expresándose con el término de *voluntas*) sobre las estrictas formalidades que habían acompañado a la figura del testamento, viéndose en medidas como aquella que establecería que un testamento que tuviera una vida superior a diez años se anularía, por considerarse tiempo suficiente para que los deseos del causante hubieran variado¹⁹⁵. De este modo, el testamento cobra gran importancia, pero como se advertía, en diverso modo y diferente forma con respecto a la noción clásica de testamento en Roma, esto es, vulgarizado, adaptado a las nuevas circunstancias históricas y, tanto es así, que, en este nuevo entendimiento de la noción de testamento, la institución de heredero pierde en mayor parte su valor¹⁹⁶, llegando finalmente a aceptarse que se efectúe tal institución en codicilo¹⁹⁷, figura, como se vio, que originariamente tenía tan sólo un valor secundario, dependiente en gran medida de la capital figura del testamento¹⁹⁸. De esta

¹⁹³ En el mismo sentido, señala BERNAL, B., que “en 1348 ocupó un lugar, junto a los fueros municipales en el orden de prelación de las leyes del Ordenamiento de Alcalá, promulgado en esa fecha por el rey Alfonso XI”. *Mismo lugar antes citado*. Asimismo, destaca la importancia del mismo DE CASTRO Y BRAVO, F., cuando señala que sería en tal texto jurídico en el que “las corrientes jurídicas germánica y romana aparecen así, por primera vez, fundidas en un nuevo Derecho en la tentativa de realizar la unidad nacional (...)”. *Derecho civil de España, Parte general*, Tomo I, Valladolid, Editorial Casa Martín, Valladolid, 1943, pp. 105-106.

¹⁹⁴ BERNAL GÓMEZ, B., *Op.cit.*, p.89

¹⁹⁵ En tal sentido, PÉREZ DE BENAVIDES, M. M., *El testamento visigótico. Una contribución al estudio del derecho romano vulgar*. Instituto de Historia del Derecho Universidad de Granada, Granada, 1975, pp. 149 y ss. Así, señala claramente el autor que “El derecho postclásico del Breviario, ha sustituido el viejo *favor testamenti*, destinado a salvar la validez de la institución de heredero, por el nuevo *favor voluntatis* que garantiza el cumplimiento de la voluntad del testador”

¹⁹⁶ A este respecto señala PÉREZ DE BENAVIDES, M. M., que “A pesar de su decadencia, la institución de heredero aparece todavía en el testamento del obispo de Huesca y las fórmulas visigóticas siguen hablando de herencia universal”. *Op. loc. ult. cit.*

¹⁹⁷ Así lo señala PÉREZ DE BENAVIDES, M. M. *Op. loc. ult. cit.*

¹⁹⁸ Asimismo, destaca PÉREZ DE BENAVIDES, M. M., otros cambios relevantes como el hecho de que “la intervención de los testigos pierde poco a poco su carácter formal constitutivo, acentuando en cambio su valor probatorio” Así como la circunstancia relativa a que “Se reducen las clases de legado y se inicia su confusión con el fideicomiso que se identifica a su vez con el Codicilo que lo contiene”. *Op. loc. ult. cit.*

forma, lo que se entienda por “*testamentum*”, será completamente diverso a lo que se entendía por tal en el Derecho romano, así como en nuestra concepción moderna. De hecho, el propio término “*testamentum*”, vulgarizado, expresaba más de lo que hasta el momento había venido significando. Testimonio de ello es la *Vulgata* de la Biblia, en la que tal noción era considerada en diversos sentidos, como un testimonio dado por Dios, así como un pacto de Dios con Labán y Jacob, o como en sí mismos, los propios libros santos¹⁹⁹. De este modo, el testamento pasaría de ser, en el Derecho romano, una declaración de voluntad, siendo un acto unilateral, y revocable; a ser, aun conservando la consideración de declaración de voluntad, un pacto entre las partes que tenía la característica de ser una declaración firme y definitiva de Dios²⁰⁰. A este respecto, en relación a la noción de testamento en la Edad Media, señala GARCÍA-GALLO que “lo mismo se da este nombre a una disposición de bienes *mortis causa* que a una donación entre vivos, que, a una compraventa, que a una concesión de privilegios o que a cualquier otro tipo de documento”²⁰¹.

De este modo, por lo dicho, nos encontramos con una nueva versión del testamento, como se ha comentado, vulgarizado y, asimismo, con una fuerte influencia del Derecho germánico²⁰². Así, en este momento, se asiste a una clara mixtura, o mezcla, entre los sistemas de Derecho romano y las costumbres germánicas, a través de la referida vulgarización del Derecho romano, con la fuerte influencia, asimismo, de la Iglesia, a través del Derecho Canónico. Tal circunstancia se advierte fácilmente, en primer lugar, en relación a la sucesión *ab intestato* que, aunque con gran influjo de las costumbres germánicas, sigue teniendo una sólida base en la sucesión romana. De este modo, explica LACRUZ²⁰³ que, de no existir descendientes posibles, los bienes de los que no hubiera dispuesto el causante pasarían a los ascendientes (en el modo, recuérdese, ya señalado en un momento anterior del estudio, esto es conforme al fundamento “*paterna paternis, materna maternis*”). Asimismo, señala el autor, la viuda tenía, en tal momento, un derecho hereditario en usufructo, aun confluyendo o coincidiendo con los derechos hereditarios de los hijos.

¹⁹⁹ Así lo expresa GARCÍA-GALLO, A., *Estudios de Historia del Derecho Privado*. Publicaciones de la universidad de Sevilla, Sevilla, 1982, p. 263

²⁰⁰ En tal sentido lo señala GARCÍA-GALLO, A., *Op. loc. ult. cit.*

²⁰¹ *Op.cit.*, p. 264

²⁰² En tal sentido, LACRUZ, J.L., (1961), p. 27

²⁰³ (1961), p. 27

En segundo lugar, en cuanto a la sucesión testada, ya en momento anterior al *Liber Iudiciorum* (concretamente, en el *codex euricianus*) se permite disponer tanto por testamento como por donación *mortis causa*, indiferentemente. Tales formas serán las únicas posibles, o reconocidas, en el *Liber Iudiciorum*²⁰⁴. De este modo²⁰⁵, aquella libertad de disponer por causa de muerte que se expresaba con la mencionada noción de *voluntas*, se observa también en el *Liber Iudiciorum*, pero no únicamente en referencia a la figura del testamento, sino englobando cualquier disposición de aquella categoría (*mortis causa*)²⁰⁶. Aunque no llegan a confundirse, es cierto que se produce, (también efecto del cambio en la consideración de la noción de testamento) un proceso de asimilación entre el testamento y la ya comentada donación con efectos *mortis causa*, asimilación que puede ya observarse en tiempo anterior, en el más antiguo Código visigodo (del siglo V), estableciéndose en éste que tal donación puede ser revocada sin causa, y no sería hasta un momento posterior en el que tales donaciones llegaran a ser irrevocables, como puede intuirse, por influencia directa de la Iglesia, que en tal momento era la gran favorecida por tales disposiciones²⁰⁷.

En la Alta Edad Media, por tanto, puede observarse una gran influencia del Derecho germánico en el ámbito sucesorio, algo que puede extraerse, entre otras cosas, del hecho de que, en realidad, se realizaban pocas disposiciones por causa de muerte, siendo en mayor medida común que los padres realizaran la división de su patrimonio, o bienes,

²⁰⁴ En tal sentido, LACRUZ, J.L., *Op. loc. ult. cit.* Asimismo, PÉREZ DE BENAVIDES, M. M., comentando que, ya en la *Lex Visigothorum*, “la reducción a donación y testamento como únicas categorías de últimas voluntades, explica la ausencia en la ley visigótica de legados, fideicomisos y codicilos”. *Op.cit.*, pp. 149 y ss. Asimismo, señala GARCÍA-GALLO, A., que “Considerando el testamentum como disposición sucesoria básica de la herencia, y que las disposiciones fideicomisarias se refieren por lo general a cosas singulares, los juristas se fijan más en el alcance del acto dispositivo que en el carácter estrictamente jurídico o confidencial del mismo y asimilan en cierta medida, sin perjuicio de destacar su mayor libertad, el fideicommissum y el legatum directo. Pero aún esta distinción se supera, pues si bien el heredero fiduciario conserva por lo general su condición de heredero, cuando el fideicomisario lo es sobre la herencia entera llega a ser considerado como “heredis loco”, es decir, como heredero directo del fideicomitente”. Asimismo, aclara que la “doble forma de disposición para después de la muerte (la testamentaria-fideicomisaria, ahora confundidas, y la de la donación mortis causa), en lo que afecta a los bienes, de hecho, no presenta radicales diferencias”. *Op.cit.*, pp. 286 y 290, respectivamente.

²⁰⁵ Y siguiendo en estos extremos a PÉREZ DE BENAVIDES, M.M. *Op. loc. ult. cit.*

²⁰⁶ De manera anterior al *Liber Iudiciorum*, señala LACRUZ, J.L., que “El *codex euricianus* demuestra la difusión, en la práctica, de la *donatio post obitum*, que no es una institución germánica sino una modificación de la institución romana. Era el acto con el cual más regularmente se disponía de los propios bienes a causa de muerte, mientras que el testamento sería considerado como un acto excepcional, al cual se recurriría cuando las condiciones físicas del disponente no le permitieran cumplir las formalidades requeridas por la *donatio*. Las formas testamentarias se simplifican mucho con relación a las romanas”. (1961), p. 27

²⁰⁷ En tales términos se expresa GARCÍA-GALLO, A., añadiendo el autor que, de tal modo, “si el donante no desea efectuarlas de este modo ha de reservarse expresamente su facultad de revocarlas”. *Op.cit.*, p. 291

aún en vida²⁰⁸. Asimismo, se observa aquella influencia en el establecimiento de un límite a la libertad de disponer por testamento, concretamente de un quinto, cuando existían descendientes²⁰⁹. De tal quinto podía disponerse mediante donación.

A modo de aclaración de lo que acaba de explicarse, es importante se entienda que el procedimiento sería el siguiente: de existir descendientes, normalmente los bienes se distribuían en vida del causante, por lo que sólo se disponía por testamento del quinto libre (bastando incluso se hiciera por donación); por el contrario, en el caso de no existir tales descendientes, se recurría a la figura, o entraba en juego, la verdadera noción de testamento²¹⁰

Interesante es que se señale, que será tal quinto libre el que se configurará como legítima eclesiástica y, de hecho, la Iglesia asumirá (como ya se vio) un papel de una importancia capital en el terreno sucesorio, tanto así que una vez se disponía en favor de la Iglesia, tal decisión era inmutable, y esto porque, como se ha introducido anteriormente, “la confusión de la versión *Vulgata* de la Biblia, al traducir el término único *testamentum*, lo que en el texto primitivo son de una parte, disposiciones de última voluntad, y de otra, alianzas o pactos irrevocables, determinará la no revocación de las liberalidades cuando la Iglesia es la destinataria”²¹¹.

Otra muy significativa influencia de las costumbres germánicas en nuestro Derecho de la Alta Edad Media, que no puede dejar de mencionarse, es la relativa a que los herederos que eran llamados por ley, esto es, por el mecanismo de la sucesión legal, eran tales herederos, como de igual manera era, hasta cierto punto, en las primeras costumbres

²⁰⁸ Así lo expresa LACRUZ, J.L. *Op. loc. ult. cit.* En idéntico sentido, PÉREZ DE BENAVIDES M.M., *Op. loc. ult. cit.* En el mismo sentido, esclarece GARCÍA-GALLO, A., que la “sucesión testamentaria que en el Derecho romano escrito aparece en primer término, en la vida vulgar de Occidente debió perder considerable importancia, acaso ya en los tiempos postclásicos, en los visigodos y sobre todo en los primeros siglos de la Reconquista, ante la presión ejercida por la comunidad familiar, como comprueba el hecho de que sean escasas y confusas las disposiciones post-mortem en casi todo el territorio de la Península. El propio carácter de estas disposiciones, muy distinto del que había sido propio del testamento romano, y el cambio operado en el concepto de *hereditas* (...) debieron contribuir a que las transmisiones testamentarias o voluntarias de bienes (casi nunca de todos los bienes) no se considerasen como verdadera sucesión”. *Op.cit.*, p. 259.

²⁰⁹ Así lo señalan, entre otros, LACRUZ, J.L. y PÉREZ DE BENAVIDES M. M. *Op. loc. ult. cit.* Otra muestra de la protección de los nexos de sangre en la sucesión por causa de muerte la destaca el último autor mencionado cuando explica que “se impide el testamento a los culpables, pero se garantiza la reserva en favor de sus hijos”. *Op. loc. ult. cit.*

²¹⁰ Señala PÉREZ DE BENAVIDES M. M., que “las continuas alusiones a *si intestati*, acreditan el uso del testamento en cuyo defecto se abre la sucesión legal”. *Op. loc. ult. cit.*

²¹¹ PÉREZ DE BENAVIDES, M. M. Así, en este mismo sentido, señala también el autor que “la influencia cristiana, concede capacidad de disposición testamentaria a los siervos fiscales cuando disponen en favor de la Iglesia o de los pobres”. *Op. loc. ult. cit.*

germánicas (y podrá recordarse del tratamiento en un momento anterior de aquellas costumbres), aun cuando vivía el causante y, por ello, la noción de “*successio*”, se utilizará únicamente en relación a la sucesión *ab intestato*, teniendo tales herederos, como ya ocurría en las primigenias comunidades domésticas germánicas, que aprobar los actos de disposición de los bienes que el causante quisiera efectuar en vida²¹², como expresa claramente GARCÍA-GALLO²¹³ “*successio*” venía a significar “ la subrogación en el lugar del padre. Es decir, algo que no se da cuando por testamento, los bienes se transmiten a un extraño”. De esta forma, las disposiciones por causa de muerte que realizaba el causante, lo eran a título singular, debido a que, al ser la única considerada sucesión aquella familiar, las disposiciones *mortis causa* lo eran en relación tan solo a parte de los bienes²¹⁴.

Es cierto que no puede afirmarse una total equiparación con las costumbres germánicas, muy entrelazadas con el Derecho Romano y las propias costumbres de los diversos territorios y esto porque, entre otras cosas, no puede ya hablarse de que exista una propiedad familiar sobre el patrimonio de una comunidad doméstica, o familia, siendo el causante legítimo y efectivo propietario de los bienes de los que dispone, pero, como nítidamente explica LACRUZ²¹⁵ “si puede afirmarse que cuando los bienes pasan a los *heredes* no se opera una transmisión en su sentido más propio y exacto, sino una sucesión, mientras los herederos voluntarios, cuando llega a haberlos, reciben los bienes mediante una *traditio*”.

²¹² En tal sentido, LACRUZ, J.L., (1961), p. 27

²¹³ Así mismo, y en el sentido expresado, explica el autor que “Hoy en día se habla de sucesión en términos amplios. Aun refiriéndonos a que opera *mortis causa*, se distingue entre legítima, y testamentaria o voluntaria y forzosa. Sin embargo, el concepto de *successio* es en el Derecho Romano español y en el de la Alta Edad Media más restringido, pues sólo abarca la que nosotros calificamos de “sucesión legítima”. La testamentaria no supone en rigor una sucesión. La muerte del padre no supone una transmisión de los bienes (por referirnos sólo al aspecto patrimonial) si no que los restantes miembros de la familia entran en el ejercicio activo de los derechos que en potencia tenían sobre los mismos.” Asimismo, aclara que ya Cicerón definía la herencia distinguiendo el caso en que la misma es transferida por testamento, de aquel otro (el de la sucesión legítima) en que se retiene la posesión y no sería hasta el siglo II hasta el que el concepto de *successio*, como aquella se refiere a todos los bienes del difunto, se identifica con la *hereditas* puesto que la delación de la herencia es por sucesión legítima o testamento, llegando un momento en que son sinónimos herencia y sucesión, ampliándose el mencionado concepto, llegando a abarcar la testamentaria. *Op.cit.*, pp. 257- 258

²¹⁴ En tal sentido, GARCIA-GALLO, A., *Op.cit.*, p. 265

²¹⁵ *Op.cit.*, p. 28

Otra característica propia de la tradición germánica²¹⁶ que se introduce y desarrolla en nuestro Derecho de la Alta Edad Media sería la relativa a la distinta consideración de los bienes dependiendo de su naturaleza mueble o inmueble, así como de su proveniencia en relación a las líneas de parentesco²¹⁷, configurándose, por ello, el patrimonio sucesorio, como un conjunto de masas hereditarias diferenciadas, circunstancia especialmente relevante, y definitiva, para el destino de tales bienes en la sucesión legal²¹⁸.

(b) La baja Edad Media

Con el transcurrir del tiempo, si nos situamos ya a partir del siglo XI y, con ello, en el comienzo de la Baja Edad Media, momento en que las invasiones bárbaras habrían acabado y se asistía a un proceso de desarrollo de una población ya asentada, debe señalarse que con la, anterior a este período, llegada al poder del emperador Carlomagno, se había ya producido un importante cambio jurídico, de manera general, en Europa, y esto porque, aquél, se basaría en fuentes, formas de proceder y principios con base en el antiguo Derecho romano. Es en este período, esto es, en la Baja Edad Media (que abarca desde los siglos XI-XV), asimismo, en el que la Iglesia obtiene su máximo poder con una influencia mayúscula en todo el territorio europeo (época también, como es sabido, en el que comenzará sus propósitos de expansión a través de las conocidas Cruzadas). Tales circunstancias dieron lugar a que se produjera una fase, o época, de tensión entre la Iglesia

²¹⁶ Aunque, como señala GARCÍA-GALLO, A., “posiblemente, esta distinción ya se había iniciado en el Derecho romano vulgar (...)”. *Op.cit.*, p. 267

²¹⁷ En tal sentido, aclara GARCÍA-GALLO, A., que “fue, en la Alta Edad Media cuando la unidad de la *hereditas* se rompió y los distintos bienes que integraban el patrimonio de una persona comenzaron a considerarse como independientes y, en consecuencia, a seguir probablemente un destino distinto a la muerte de aquella”. *Op.cit.*, p. 267

²¹⁸ En tal sentido lo expone LACRUZ, J.L., señalando nitidamente que “La sucesión se divide en una pluralidad de masas hereditarias, sobre las cuales el derecho de disposición del causante es limitado y variable, y que en caso de sucesión abintestato siguen diferente trayectoria. Se distingue entre bienes muebles e inmuebles, y entre los inmuebles que una persona recibe mediante sucesión de sus padres, abuelos o familiares – bienes de abolengo – y los que la misma persona adquiere por su propia industria, por roturación, compra o donación: bienes de ganancia o adquisiciones. Dentro de aquéllos, los de abolengo propiamente dicho, recibidos de ascendientes, y los de parentela, recibidos de colaterales. Otros bienes, como los feudos, obedecen a reglas propias en la sucesión. En todo caso, los textos excluyen o limitan mucho el derecho de los ascendientes en la sucesión abintestato.” (1961), p. 28. Del mismo modo, GARCÍA-GALLO, A., en lo relativo a la distinta significación de los bienes muebles e inmuebles en la sucesión, explica que pudiéndose disponer de los bienes muebles tan solo con la restricción de reservar una cierta parte a los herederos legítimos, en cuanto a los bienes inmuebles se podría distinguir entre los de abolengo y los de ganancia, estando en cierto modo, los primeros, vinculados a la familia (poseyendo ésta sobre ellos un derecho de troncalidad), ejerciéndose sobre estos bienes la reserva hereditaria y el retracto familiar, que limitarían la libertad del titular para disponer de ellos. *Op.cit.*, p. 270

y el Estado, tensión debida a una contienda por la supremacía o dominio político en Europa. Mismas circunstancias acaecerían en el territorio, concreto, de España²¹⁹.

Tras las invasiones bárbaras, y teniéndose en cuenta todo lo que acaba de comentarse, se ve como la tradición romana siguió, de un modo u otro, presente en lo relativo al ámbito jurídico en España, y esto, a través de varios medios²²⁰:

- De un lado, a través del Derecho romano clásico, que con el tiempo perdería su vigencia, pero que volvería a aplicarse, al menos en sus principios, por las leyes visigodas²²¹.
- De otro lado, por el Derecho romano vulgarizado, sin interrupción, desde las invasiones visigodas hasta la Alta Edad media.
- Por último, y como ya se explicó en un momento posterior del estudio, a partir del siglo XII, tal Derecho volvería a estar muy presente en nuestro sistema jurídico por medio de la recepción del Derecho Romano justiniano, que, aunque con base en el Derecho romano clásico, también se modifica para una mejor adaptación a las nuevas circunstancias históricas.

En cuanto a la legislación vigente en el período concreto que tratamos, la misma es fruto del anteriormente señalado intento de producir un derecho unificado para el territorio reconquistado de España. Específicamente, en esta etapa, comienza, por obra del rey Alfonso X, la que se reconocería como “legislación Alfonsina”. Se produjeron bajo su reinado muy relevantes obras para nuestro derecho, concretamente: el Fuero Real, el Espéculo, el Setenario y la más relevante de ellas, las Siete Partidas; además de las Leyes de Estilo y las Leyes Nuevas, que se añadían a las anteriores²²².

²¹⁹ Así lo explica claramente BRUNDAGE J.A., señalando que “*some regions, notably Ostrogothic Italy and Visigothic Spain, experienced episodes of sharp hostility between the Germanic monarchs and the catholic hierarchy. Even when Germanic kings finally converted to catholic Christianity – as all of them eventually did- the new rulers proved less willing than Constantine and his successors had been to allocate generous political and judicial powers to the clergy. A warrior elite dominated the germanic kingdoms and its members were inclined to retain political power in their own hands, rather than to share it with priests and bishops*”. *Medieval Canon Law*. Longman, London, 1997, p. 19

²²⁰ Siguiendo en estos extremos a GARCÍA-GALLO, A., *Op.cit.*, p. 329

²²¹ Así, comenta GARCÍA-GALLO, A., que continuaría en Cataluña hasta el s. XII y sería recogido de modo erudito, aunque cada vez con menor pureza, en los Epítomes del Breviario de Alarico. *Op. loc. ult. cit.*

²²² En tal sentido lo señala BENITO PÉREZ, J., *Instituciones de Derecho Histórico Español. Vol. II, obligaciones y contratos, sucesiones, Derecho profesional*. Bosch, Barcelona, 1930, p. 96

No pudiendo detenernos en el comentario de tales leyes, si cabe resaltar la importancia del *Libro de las Leyes*, esto es, de la que se ha conocido con la denominación de Siete Partidas²²³ (efectuado entre 1256 y 1265), que, dividido (y de ahí su denominación) en siete partes, era fruto de la recepción del *ius commune* en Europa, esto es, de la unión, o mixtura, de derecho romano y canónico, lo que determinaría el carácter significativamente romanizado del Derecho de Castilla²²⁴, aunque, “a pesar de esta intensa romanización, si hay un punto donde la legislación real gana desde el inicio muchas batallas a la regulación romana es precisamente en el terreno sucesorio, por obra de las leyes de Toro”²²⁵. Cerrando tal proceso de unificación del derecho en Castilla, y anterior a las señaladas leyes de Toro (1505)²²⁶, concretamente, en 1348, merece se destaque el Ordenamiento de Alcalá, promulgada por Alfonso XI, que, como explica BENITO PÉREZ²²⁷ contiene derechos procesal, penal, sucesorio, de obligaciones y contratos y una importante ley (la ley 1, título 28) que determina se promulguen “leyes ciertas” para poner fin a un período en el que existían demasiados cuerpos legales que podían encontrar aplicación para una misma situación, lo que conllevaba una gran inseguridad y desorden en la aplicación del derecho²²⁸.

Dejando a un lado el romanizado Derecho de Castilla, en el resto de territorios de España, actualmente, de derecho foral, como nítidamente expone LÓPEZ Y LÓPEZ²²⁹, el derecho evolucionaría en diversas direcciones²³⁰; mientras en algunos se conservarían en mayor

²²³ Siguiéndose para la explicación de tales extremos, lo expuesto por BENITO PÉREZ, J., *Op.cit.*, pp. 97 y ss., y, en manera más actual, lo comentado por LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., *Fundamentos de Derecho civil*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 294

²²⁴ Señala BENITO PÉREZ, J., que “En cuanto a su contenido y estructura, las Siete Partidas recogen fuentes jurídicas y extrajurídicas. Dentro de las primeras, iura y leges del derecho romano contenidas en el Corpus Iuris Civilis y en las obras doctrinales de los glosadores. También recoge gran parte del derecho canónico clásico a través del Corpus Iuris Canonici, en especial, el Decreto de Graciano y las Decretales del papa Gregorio IX, así como derecho feudal proveniente del Libri Feudorum. En relación con las fuentes extrajurídicas, las Partidas recogen partes de la Biblia, obras de filósofos greco-latinos como Aristóteles, Séneca y Cicerón y de teólogos del medioevo como Boeccio, así como tratados militares y obras de origen oriental como Paridad de paridades, muy en boga en la época. En resumen: “la cultura de los sabios y santos antiguos””. *Op.cit.*, p. 97.

²²⁵ LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., (2012) *Op. loc. ult. cit.*.

²²⁶ De las que no se puede en el presente estudio, mencionar todos los interesantes aportes que albergaba, aunque merece se destaque que fue en tales leyes donde se regulo la conocida institución del “el mayorazgo”, aunque no puede entrarse en el tratamiento de tal noción.

²²⁷ *Op.cit.*, p. 28

²²⁸ Explica el autor que “Esto lo logra mediante el establecimiento de un orden de prelación de las leyes, que manda que los pleitos se diriman, en primer lugar, conforme al propio Ordenamiento, en su defecto, en segundo lugar, conforme a los fueros municipales (incluyéndose posteriormente el Fuero Juzgo y el Fuero Real como tales) y relegando al tercero y último lugar a las Partidas”. *Op. loc. ult. cit.*

²²⁹ *Op.cit.*, p. 294

²³⁰ En tal sentido y en referencia a la evolución que seguiría del derecho en la Edad Media en el ámbito sucesorio, explica nítidamente LACRUZ, J.L., que, posteriormente, “La Nueva Recopilación y la Novísima

medida caracteres germánicos, como en el derecho de Aragón²³¹, en otros, como en los territorios de Cataluña, Navarra e Islas Baleares, existiría un derecho con una impronta, en mayor medida, romanística, aunque, aclara el autor, esto, “no obsta para que en general, admitan la sucesión contractual, lo que les aleja de la tradición romana; y al tiempo, mantienen específicas ordenaciones de la sucesión *ab intestato*”²³².

Así, específicamente en el ámbito sucesorio, aun lo que acaba de señalarse en relación a la transcendencia que cobra el Derecho Romano en este período, la idea de la sucesión familiar sigue contando con una significativa importancia y por ello, de este modo, la sucesión legal (o herencia forzosa); aunque es cierto que se sigue dando espacio, o cabida, a los deseos o voluntad del causante, precisamente por las anteriores influencias comentadas, esto es, la del derecho romano y, asimismo, la del derecho canónico²³³.

De este modo, y centrándonos en lo que interesa se destaque principalmente, en este período histórico las formas de disponer *mortis causa* serían las siguientes²³⁴:

- De un lado, la *donatio post obitum*, consistente en una donación, que, siendo efectiva desde el momento en que se realiza, atrasa o produce sus efectos a la muerte del donante, y en la que, por regla general, las disposiciones son a título singular.
- De otro lado, la *perfilatio* o adopción *in hereditatem*, que “tenía como finalidad inmediata crear un vínculo artificial de filiación o de fraternidad entre dos personas y, por último, llevar a cabo un acto de naturaleza patrimonial que, por

contienen algunos preceptos concretos sobre testamentos, albaceas, incapacidades para recibir, mayorazgos, que no modifican en lo esencial el sistema anterior. Los Derechos forales en la baja edad media evolucionan de modo distinto que el de Castilla. Todos tienden, en contraposición con el régimen originario, a la libertad de disposición, salvo excepciones muy locales; en otros respectos, mientras Navarra, y sobre todo Cataluña y Baleares, se inclinan a la regulación romana, Aragón conserva y completa su Derecho de la alta edad media. Desde los últimos siglos medios se desarrolla en ellos, a partir de la *donatio mortis causa* y las donaciones *inter vivos post obitum*, el contrato sucesorio”. (1961), p. 29

²³¹ En relación al derecho sucesorio en Aragón en este momento, señala GARCÍA-GALLO, que “El testamento puede hacerse en varios intervalos (Obs. 10 De testamentis). No es necesaria la institución de heredero. Se hereda a beneficio de inventario, la responsabilidad del heredero por las deudas de la herencia sólo llega hasta donde alcanzan los bienes hereditarios (Obs. 12 De testamentis. Fuero Deiis qui in fraudem creditorum). No hay colación de bienes (Obs. 1ª de donationibus y 17 De iure dotium). Se puede morir en parte testado y en parte intestado y, en este caso, en las cosas de que no se testó suceden los parientes más próximos (Obs. 5ª De testamentis). Pueden testar ambos cónyuges en un solo testamento, pero si uno de ellos no hace más que consentir lo que el otro dispone, no podrá cambiar después lo dispuesto (Obs. 1ª De testamentis)” circunstancias todas, que muestran la clara influencia germánica en tal momento. Op.cit., p. 289

²³² Op. loc. ult. cit.

²³³ Conforme a tales ideas se expresa LACRUZ, J.L., (1961), p. 28

²³⁴ Y siguiendo para ello lo explicado por LACRUZ, J.L., (1961) Op. loc. ult. cit.

regla general, se resuelve en una transferencia de bienes del porfijador al porfijado”²³⁵.

- Por último, tendríamos el *testamentum*, como ya se advirtió, con caracteres diversos de aquellos que lo caracterizaban en el Derecho Romano clásico. Y es tal cambio en la figura aún más patente si se tiene en cuenta que al ser la sucesión familiar la única realmente considerada “sucesión”, fuera de esta no existía sucesión universal.

No pudiéndose realizar un análisis, en mayor medida, minucioso, del derecho que afectaría (en los períodos históricos señalados y en forma general) a la materia que se trata en el presente estudio, y antes de pasarse al siguiente apartado, es clarificadora, a modo de recapitulación, la reflexión de FLACH²³⁶, que expone que “se estaba a cien leguas de los textos, se vivía sobre la tradición. Manuales o leyes bárbaras, el derecho feudal, el derecho canónico, se mezclaban a las leyes romanas deformadas y mal comprendidas y constituían la base de la enseñanza de la escuela y de la práctica judicial. En el siglo XII sale a la luz un renacimiento literario y artístico. En él tiene su parte el Derecho romano. Los jurisconsultos vuelven a las fuentes, las separan, las estudian, las comentan. Ahí está el gran mérito de la escuela de Bolonia (...)”.

2.1.2 En Inglaterra

Es interesante resaltar que lo que podríamos llamar el comienzo de la “Historia de Inglaterra”, por lo tanto, en cierto modo, si no del todo, también de su Derecho, comienza con la invasión romana de aquella isla que sería denominada *Britannia*²³⁷ por tales invasores (en el año 43 d.C.). Anteriormente, solo existirían evidencias de la llegada a la isla del conocido pueblo Celta²³⁸, indoeuropeo. Por lo comentado hasta el momento, es de resaltar, por no dejar de ser llamativo, que el comienzo en mayor medida conocido de

²³⁵ VALLÉS AMORES, M.L., *La adopción: exigencias subjetivas y su problemática actual* Vallés Amores, Dykinson, Madrid, 2004. Citando asimismo la autora a BRAGA DA CRUZ, G., en "Algunas considerações sobre a perfilatio", *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, XIV, Coimbra, 1937-1938, p. 440, para aclarar que es una figura con claros objetivos patrimoniales, señalando que tal autor “advierde que el afirmar que el vínculo de parentesco resultante de la perfilatio sólo produce efectos patrimoniales, no quiere decir que surjan todos los efectos patrimoniales derivados del vínculo de filiación”.

²³⁶ Citado por MINGUIJÓN S., *Op. cit.*, p. 41

²³⁷ Existente entre los siglos I y V, comprendiendo dos tercios de la isla de Gran Bretaña.

²³⁸ Es conocido el hecho histórico de la exploración por el navegante griego, Piteas, del litoral de la Isla de Gran Bretaña aproximadamente en el año 325 a.C. relatando, entre otras cosas, la situación en cuanto a los habitantes que en ella se encontraban. De tal relato se extrae que dicha isla había estado habitada por distintos pueblos hasta la llegada de los Celtas en el siglo IV. a.C, quienes fueron responsables de la expulsión de tales poblaciones.

la Historia de Gran Bretaña comience de la mano del pueblo romano, que permaneció en la isla, aproximadamente, durante cinco siglos.

Dicho lo anterior, y aunque pueda en un primer momento parecer contradictorio, veremos como si alguna influencia de Derecho Romano se mantuvo en la isla de Gran Bretaña, no sería por la mencionada y originaria invasión romana, ya que aquella perdería peso con el pasar de los años, los nuevos invasores, las nuevas costumbres y su Historia misma, hasta parecer olvidada en, por poco, su entera totalidad.

Y esto sería porque, en primer lugar, se produciría en el siglo V el abandono romano de la isla, dando paso a un período que ha sido conocido, por la falta de evidencias del mismo como la “Edad Oscura” de Gran Bretaña (que abarcaría el tiempo comprendido entre los siglos V y VI), oscuridad, que está claramente justificada por la oleada de acontecimientos que tendrían lugar en dicho territorio. Fundamentalmente, tras el mencionado abandono romano de Gran Bretaña, el pueblo Celta ya romanizado (el pueblo Britano), sufriría finalmente la masiva invasión de pueblos, en mayor medida, esta vez, germánicos, como los Jutos (invasión con la que da comienzo el conocido como período Anglosajón), los Anglos, y los Sajones²³⁹, lo que acabaría produciendo un notable predominio de la cultura Anglosajona, en detrimento de la Celta y de un olvido gradual de aquella invasión romana y sus posibles influencias en la vida jurídica de la población.

Entre los siglos V y VIII, el Derecho, no sólo de Inglaterra, sino de Europa, tomó forma como la suma de las antiguas costumbres bárbaras y las ideas políticas, religiosas y legales anteriores que permanecieron aún las invasiones. Aun lo anterior, debe tenerse en cuenta que la influencia de Derecho Romano, directa, que pueda existir en Inglaterra, es mucho menor a la que podemos observar en nuestro país si hacemos la comparación, y esto debido a que, aun habiendo sido una Provincia Romana por más de tres siglos, como se ha comentado, fue abandonada en el 407²⁴⁰.

²³⁹ Sin olvidar que también sería invadida por pueblos daneses como los frisones, y, probablemente, por los Francos, mas, la importancia que tendrían los pueblos germánicos eclipsaría en su casi totalidad, y sobre todo, en la materia que es objeto del presente estudio, las influencias de los pueblos que se acaban de señalar en la isla de Gran Bretaña.

²⁴⁰ En tal sentido, HOLDSWORTH, W., (1966), p. 3

Seguidamente, en el caso de Inglaterra, debe comentarse que, en forma similar a como ocurría en general en Europa²⁴¹, del siglo V al XI, existieron dos circunstancias que determinarían la formación de su sistema jurídico.

- En primer lugar, la influencia del Derecho romano, que si bien no se produjo directamente con la invasión Romana (como se ha señalado) llegaría a través de aquella mencionada institución que sobrevivió a la caída del Imperio, esta es, la Iglesia Cristiana, que, como veremos, tuvo un influjo aún más acentuado en este territorio.
- En segundo lugar, la propia vulgarización del derecho, debida a la dificultad de aplicar unos principios, unas normas, tan sofisticados como los romanos, a una sociedad que aún no se encontraba preparada para los mismos, o no alcanzaba todavía a asimilar tales conceptos.

De este modo, fue de la unión del Derecho romano (traído de mano de la Iglesia Cristiana); la vulgarización o adaptación del mismo a la vida de aquella sociedad; las primitivas leyes bárbaras y; en un momento posterior; de lo dispuesto por los estudiosos del derecho civil y canónico; así como de las normas que nacerían en época feudal; de la que nació, y se desarrolló, el sistema jurídico del territorio de Inglaterra.

Comentado lo anterior, y debiendo realizarse un análisis algo más concreto de los períodos señalados anteriormente, debemos plantearnos dos cuestiones, de un lado, qué ocurrió hasta el siglo XI en lo que afecta al ámbito del Derecho Sucesorio y, de otro lado, que sucedería, como así se ha estudiado también en el caso de España, a partir del siglo XII, concretamente, para conocer si aquel movimiento de *Recepción del Derecho romano* que Europa vería en el último de los siglos mencionados, afectaría, asimismo, de igual modo, a Inglaterra.

Así, de los numerosos acontecimientos que merecen ser destacados a lo largo de este período, trataremos, por considerarlos, en mayor medida, relevantes para las conclusiones que pretenden alcanzarse, tres de ellos:

- De un lado trataremos el cambio jurídico que produjo la entrada de la Iglesia Cristiana en Inglaterra, acontecimiento, situado cronológicamente en los *Early Middle Ages* (siglos 600-1066).

²⁴¹ Y siguiendo en estos extremos a HOLDSWORTH, W., (1966), p. 4

- De otro, la alteración que se produciría con la Conquista Normanda, que traería oficialmente el feudalismo a Inglaterra, circunstancia, esta vez, acaecida en el período, ya mencionado, conocido como *High Middle Ages* (1066-1272).
- Por último, se tratará la posterior evolución del influjo de la Iglesia en el Derecho Inglés (concretamente en la materia que se trata) en los subsiguientes siglos, esto es, en los *High Middle Ages* (siglos 1066-1272), tratándose asimismo en tal punto (por coincidir cronológicamente y estar estrechamente relacionado con la evolución del influjo de la Iglesia en el Derecho Anglosajón), el general movimiento de *Recepción del Derecho Romano* en el siglo XII, para conocer hasta qué punto afectaría (si es que afectó) al Derecho anglosajón; así como unas pinceladas finales relativas a los *Late Middle Ages* (siglos 1272-1485).

Antes de comenzarse el tratamiento de la primera de las mencionadas influencias, debe volver a resaltarse, por ser necesario que se tenga en cuenta, la circunstancia anteriormente señalada relativa a que, aun habiendo sido tal territorio receptor del derecho vulgarizado como el resto de provincias romanas, la diferencia con éstas, sería que, tras el abandono romano de la Isla y posterior invasión de la misma por tribus germánicas (concretamente anglos, sajones y daneses), se produjo un progresivo olvido del influjo romano, a favor de las costumbres germánicas de aquellos pueblos²⁴².

(a) *Early Middle Ages* (Siglos V a XI): *Anglo-Saxon Period*. Entrada de la Iglesia Cristiana en Inglaterra.

El comienzo, o punto de partida, del análisis que propiamente interesa al presente estudio, se halla en el llamado por los ingleses, *Anglo-Saxon period*, al que acaba de hacerse alusión anteriormente, comenzando éste aproximadamente desde el desembarco de los *Jutos* (tribu germánica) en la Isla de *Thanet* en el 449, y concluyendo con la Batalla de *Hastings* en 1066, y con esto, con la Conquista normanda de Inglaterra. De tal extenso período pueden ya extraerse las primeras conclusiones en torno a la figura del testamento en estos originarios momentos.

²⁴² En tal sentido lo reconoce BERNAL GÓMEZ, B. *Op.cit.*, p. 99. Señala, asimismo CALASSO, F., “*la romanizzazione di questa terra era stata superficiale ed effimera*”, pero señala que “*fu il primo di queste paese a sentiré l’influsso del movimento scientifico che si propagava dall’Italia*” *Op.cit.*, p. 618

Aclarado lo anterior, debe pasarse, sin demora, al tratamiento de aquella influencia que destacaremos ejerció un influjo considerable para lo que interesa al estudio, en el período que se estudia, esta es, la entrada de la Iglesia Cristiana en Inglaterra.

Ya en el 597 el Papa Gregorio I enviaría al que sería conocido como Agustín de *Canterbury* con el objeto de evangelizar y convertir a los anglosajones. En el 664, tras una progresiva cristianización de tal territorio, tuvo lugar una conferencia en la abadía de *Whitby* (de ahí la denominación que recibió, como *Sínodo de Whitby*), en el que se formalizó (o se estableció oficialmente) que se aplicarían en los territorios de Inglaterra los ritos romanos de la Iglesia²⁴³, lo que conllevó la victoria de tales principios y, con ello, el nuevo poder de los Obispos, veremos, asimismo, y en gran medida, político, sobre la Isla²⁴⁴.

Desde tales momentos, el vínculo entre Roma e Inglaterra se reforzaría, hasta el punto en el que las decisiones importantes que debían tomarse en el seno de la Iglesia inglesa, se debatían primero en Roma²⁴⁵.

La Iglesia, en mayor medida que en otros territorios, asumió un gran poder político en Inglaterra, tanto, que la significativa proximidad entre la Iglesia y el Estado, impediría un sistema diferenciado de cortes eclesiásticas²⁴⁶. Por ello, la Iglesia ejerció un fuerte influjo sobre la formación del derecho anglosajón y, para lo que nos interesa, sobre el Derecho sucesorio, concretamente²⁴⁷. De hecho, en palabras de SUMNER MAINE²⁴⁸ “en Inglaterra no hay duda de que la influencia de la Iglesia es una de las causas principales que, según conocimiento general, impidieron la solución de continuidad del derecho de sucesión que a veces se piensa se ha producido en otras ramas del derecho”.

²⁴³ Y esto porque, en un momento originario existieron tensiones entre los religiosos irlandeses y romanos por la evangelización de tales pueblos.

²⁴⁴ Señala HOLDSWORTH, W., que la entrada de la Iglesia sería en el 664 con Teodoro de Tarso. Tarso. (1966), pp. 21 y ss. Teodoro de Tarso sería el octavo arzobispo de Canterbury (siendo Agustín de Canterbury el primero de ellos), por lo que entendemos, con tal afirmación de HOLDSWORTH, que sería con Teodoro de Tarso con el que comenzaría, tras el mencionado sínodo del mismo año cuando se reforzaría el poder de la Iglesia Cristiana romana y, de ahí, tal consideración.

²⁴⁵ En tal sentido, HOLDSWORTH, W., (1966) *Op. loc. ult. cit.*

²⁴⁶ Así lo señala HOLDSWORTH, W., (1966) *Op. loc. ult. cit.*

²⁴⁷ Es interesante la reflexión de BRUNDAGE, J.A., cuando señala el autor que “*among the laity, religious authorities likewise asserted the right to regulate most common varieties of human conduct from the cradle to the grave. Church courts exercised jurisdiction, for example, over marriage and the termination of marriage, the legitimacy of children, all types of sexual conduct, commercial and financial behaviour, the legitimate times and conditions of labour, por relief, wills and testaments, and burial of the dead*”. *Op.cit.*, p. 71.

²⁴⁸ *Op. cit.*, pp. 167-168

Como puede suponerse, y ya se ha adelantado en momentos precedentes del estudio, tal influjo de la Iglesia sería en mayor parte la introducción en Inglaterra de derecho de cuño romano. Un derecho romano, en cierto modo, transformado, o adaptado a las nuevas circunstancias históricas, así como a la teología cristiana, pero con los antiguos principios siempre presentes. Así, al ser tal derecho mucho más sofisticado y avanzado que las costumbres germánicas existentes hasta ese momento en aquel territorio, “no debe sorprender que una iglesia que ha crecido bajo la sombra del Imperio Romano desarrollaría y definiría las vagas costumbres de las tribus bárbaras y adheriría otras ideas legales”²⁴⁹, ya que, es claro, que el derecho, digamos “superior” era el romano, por lo que podía colmar, o cubrir, los huecos o lagunas que las costumbres germánicas no estaban capacitadas para nutrir²⁵⁰.

Comentado lo anterior, y centrados en el ámbito sucesorio, debe tenerse en cuenta, que al no conocer los pueblos germánicos la figura del testamento, fue la Iglesia la introdujo la noción de última voluntad en el sistema jurídico de tales pueblos²⁵¹, con gran interés en que se reforzaran tales conceptos y se incluyeran en el sistema anglosajón, dado que sería el medio a través del cual podían realizarse las anteriormente explicadas, donaciones en favor del alma.

En el estudio de estos extremos, es imprescindible que se conozcan cuáles serían, por tanto, las formas permitidas de disponer para después de la muerte que el presente período estudiado, esto es, en el *Anglo Saxon Period*²⁵² llegó a conocer.

Tales formas, principalmente serían tres:

²⁴⁹ HOLDSWORTH, W., (1966) *Op. loc. ult. cit.*

²⁵⁰ En palabras de HOLDSWORTH, W., “fue la influencia de un derecho más civilizado sobre uno menos civilizado”. (1966) *Op. loc. ult. cit.* Relativo a tal circunstancia de la aplicación del derecho romano por la Iglesia en Inglaterra, aclara BRUNDAGE, J.A.; “*The Church was the first of the great powers of the medieval world to lend resolute support to Roman law. The education of Church lawyers was based on the corpus iuris civilis, from which the methods and sometimes even the principles of canon law were derived, and the procedure of the Church courts was impregnated to such a degree with Roman law that is called “Roman-canonical”. Centralization, hierarchy, bureaucracy, rationalization from above, the importance of law and administration: these were all elements contained in Roman law which the Church authorities could use*”. *Op.cit.*, p. 72

²⁵¹ Así lo reconocen, entre otros, HOLDSWORTH, W., (1966) *Op. loc. ult. cit.*; BRUNDAGE, J.A., *Op.cit.*, p. 89; LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., (1999), pp. 34-35; HUEBNER, R., *Op.cit.*, p. 750

²⁵² Siguiendo, para ello, el ilustrativo esquema que expone HOLDSWORTH, W., (1966), pp. 90 y ss.

- *Post obit gift*: En primer lugar, la ya explicada, en momentos anteriores, *donación con efectos mortis causa*²⁵³.
- *Deathbed gift*: En segundo lugar, encontramos una forma de disponer para después de la muerte en las últimas palabras que el fallecido comunicaba al sacerdote, las conocidas como “*novissima verba*” de tal causante²⁵⁴.
- *Cwide*: Por último, y en el concreto período que va desde el siglo IX al XI, se utilizó una forma escrita, conocida como “*cwide*”, que servía para realizar disposiciones a título singular del patrimonio hereditario, aunque tal instrumento, en principio, era un medio que tan sólo se utilizaba por personas pertenecientes a las más altas clases sociales²⁵⁵.

De este modo, los dos primeros instrumentos eran donaciones contractuales irrevocables que se realizaban en forma oral²⁵⁶ mediante ciertas formalidades como, por ejemplo, la entrega de algún objeto simbólico. En cambio, el último de ellos se asemejaría más al testamento que, como veremos inmediatamente, se introdujo por medio del Derecho Canónico a partir del siglo XII²⁵⁷.

Antes de pasar al siguiente apartado, y aplazándose a un momento posterior la explicación de la evolución que siguió la influencia eclesiástica en el Derecho anglosajón a partir del siglo XI, siendo el período más significativo para el estudio, debe, al menos apuntarse, que las competencias que irían asumiendo los Tribunales eclesiásticos irían aumentando progresivamente en materia de disposiciones de última voluntad, al tiempo que el Derecho canónico, nutrido del Derecho Romano, iba calando en el propio Derecho anglosajón, tanto es así, que, para los siglos X-XI, sería visto como un crimen el morir intestado (dada la circunstancia de que no se legaba ninguna parte del patrimonio en favor

²⁵³ Señalando HOLDSWORTH, W., que, probablemente, no sería revocable ni ambulatoria. (1966) *Op. loc. ult. cit.*

²⁵⁴ Explica HOLDSWORTH, W., que, en este supuesto, podían encomendar a una “casa” religiosa parte de la propiedad del fallecido o realizar directamente una distribución entre sus parientes. (1966) *Op. loc. ult. cit.*

²⁵⁵ En relación a este medio, señala HOLDSWORTH, W., que a veces aparece como revocable e incluso quizás como ambulatorio, añadiendo que no eran algo muy común y las únicas evidencias que se tienen de testamentos de este tipo son en las cuales el testador es un rey o un hombre que se encontraba en una elevada posición social. Así, dice el autor que contenía peticiones al rey para que diera efecto a las disposiciones que allí se encontraban y, en otros casos, esto parecía dejarse al propio beneficiario. Del mismo modo explica que, en ocasiones, los testadores parecían querer imponer sobre aquellos que les sucederían en la tierra la obligación de llevar a cabo sus legados. (1966) *Op. loc. ult. cit.*

²⁵⁶ Es cierto que, algunas veces, se ponían por escrito, pero no era una formalidad requerida para que adquirieran completa eficacia.

²⁵⁷ En tal sentido se expresa SHEEHAN M.M., en *Marriage, Family and Law in Medieval Europe. Collected studies*. University of Toronto Press. Toronto-Buffalo, 1997, p. 4

del alma, o para causas pías), cuya pena sería no poder ser enterrado conforme a los ritos cristianos²⁵⁸.

(b) La Conquista Normanda de Inglaterra (a. 1066)

En el año 1066, tras la Batalla de *Hastings*, se produjo la Conquista Normanda de Inglaterra, en la que el primer rey normando de Inglaterra, Guillermo I, *el Conquistador*, sería coronado. Debe tenerse en cuenta, que la mencionada conquista no puede asimilarse a las que se habían producido anteriormente en tal territorio y esto, porque si la comparamos, por ejemplo, con la invasión danesa, pueblo con el que los anglosajones compartían en gran medida costumbres y similitudes lingüísticas, no era tal el caso de la invasión normanda, en el que unos invasores con diferente organización y estructuras sociales, así como con un idioma completamente diverso, se imponían en tal territorio. Por ello es que no se impondrían sin una previa, muy fuerte, resistencia de los anglosajones (así como de los daneses) ante tal invasión.

Tras la Conquista, los señores daneses serían expulsados de la Isla, y comenzaría un período de pactos y acuerdos con los señores anglosajones más poderosos, perdiendo, otros muchos de éstos, en favor de los nuevos dirigentes normandos, su posición y títulos.

Los Normandos, siendo asimismo un pueblo de origen germánico, eran muy superiores en cuanto a la sofisticación de sus estructuras políticas y sociales, eran, digamos, un pueblo mucho más cosmopolita que aquellos que se encontraban en el territorio de Inglaterra en aquel momento, lo que, como es lógico, supuso un importante giro en la evolución del Derecho anglosajón que había permanecido, en cierto modo, aislado, hasta ese momento, de las corrientes de pensamiento y estructuras políticas, sociales y jurídicas que existían en el continente. De este modo, “ser conquistado por los Normandos era ser influenciado por la más progresista y la mejor gobernada raza de Europa (...)”²⁵⁹,

²⁵⁸ A este respecto comenta SHEEHAN M.M., que se esperaba que los hombres libres hicieran testamento, del mismo modo, obispos, sacerdotes, viudas, y mujeres no casadas también eran también libres para legar su propiedad. *Op. loc. ult. cit.*.

²⁵⁹ HOLDSWORTH, W., asimismo, señala el autor que es por ello por lo que durante tal período la conexión de Inglaterra con el Continente es más estrecha que en ningún otro período subsiguiente en su Historia. (1966), pp. 145 y ss.

circunstancia que, como puede comprenderse, haría que evolucionara su sistema jurídico hacia uno en mayor medida avanzado, o refinado.

Asimismo, los Normandos, serían los responsables de la introducción en Inglaterra de aquel sistema político que se extendía por toda Europa tras la caída del Imperio Carolingio, este es, el conocido como *sistema feudal*²⁶⁰. En lo relativo al derecho, el sistema feudal, produjo, en palabras de BERNAL GÓMEZ²⁶¹ “una verdadera dispersión normativa”, y esto porque aun compartiendo, en gran parte, principios generales, no dejaba de ser competencia de los respectivos feudos el regular su particular sistema de derecho.

Sin poder detenernos en exceso en aquello que supondría la instauración del régimen feudal para lo que interesa a nuestro estudio, consideramos oportuno se destaque la circunstancia relativa a la preferencia del primogénito en la sucesión, debido a que su instauración sería un característico producto de tal régimen.

En este sentido, y en cuanto a su origen, es cierto que no tiene antecedente directo en ninguno de los sistemas jurídicos (existentes en ese momento) de los que podían nutrirse tales nuevos regímenes jurídicos, aquellos son, el sistema Romano y las costumbres germánicas²⁶², sino que debe su origen a razones históricas propias de aquel mismo momento, concretamente, y por el convulso momento que se vivía (de manera generalizada en toda Europa), al hecho derivado de la necesidad de ciertos señores feudales de marchar para combatir en las diversas contiendas que tuvieron lugar en aquellos momentos. Por tal circunstancia²⁶³, parecía ser la transmisión del feudo a una única persona (en vez de a un grupo de ellas) una opción más segura para el señor feudal

²⁶⁰ En tal sentido, entre otros muchos, BERNAL GÓMEZ, B., explicando que sería este régimen el que caracterizaría la Alta Edad Media Europea tras la caída del Imperio Carolingio, añadiendo que tomaron distinta forma allí donde se instalaron, suponiendo la desaparición de los sistemas centralistas (el romano occidental y el carolingio) que habían estado presentes anteriormente, sustituyendo los mismos por uno tal “en el cual el pequeño propietario prefería entregar el “dominio directo” de su propiedad a algún señor poderoso, debido a la falta de un gobierno central que le garantizase el mínimo de seguridad indispensable para una vida soportable.” *Op.cit.*, p. 92; y HOLDSWORTH, W., que explica nítidamente que tras la caída de Carlomagno “triunfaron las fuerzas del desorden”, lo que dio lugar al período feudal, y esto porque, en ausencia de un gobierno central, el orden parecía sólo poder ser guardado de este modo. (1966), pp. 10-11

²⁶¹ *Op. cit.*, p. 92

²⁶² En tal sentido señala SUMNER MAINE, H., que “cuanto más claramente entendemos que, al estar en proceso de formación las instituciones feudales, no había otras fuentes en el mundo de las que pudieran derivar sus elementos salvo el derecho romano de las provincias por un lado y las costumbre arcaicas de los pueblos bárbaros por el otro, mayor es nuestra perplejidad a primera vista, al comprobar que los romanos ni los bárbaros estaban acostumbrados a dar preferencia alguna al primogénito o a su descendencia en la sucesión a la propiedad”. *Op.cit.*, p. 20

²⁶³ Y siguiendo en este punto lo expuesto por SUMNER MAINE, H., *Op.cit.*, p. 208

en lo relativo a la exigencia del servicio militar. Asimismo, la transmisión en este modo impedía que se dividiera el dominio de tal feudo, conservando, por ello, una mayor fortaleza, en términos de poder²⁶⁴.

Así, en el terreno sucesorio, y en palabras de SUMNER MAINE²⁶⁵, “el derecho feudal de la tierra desheredaba prácticamente a todos los hijos a favor de uno” por lo que “dejó de verse como un deber la igual distribución incluso de aquellos tipos de propiedad que hubieran podido dividirse con igualdad”. Esto, señala asimismo el autor, fue lo que produjo que los testamentos (cuando se introdujeron en Inglaterra, como se verá en el próximo apartado) fueran utilizados para producir básicamente desigualdad y no la consecuencia opuesta, lo que supone “la diferencia entre la concepción antigua y la moderna del testamento”²⁶⁶. Sin poder detenernos, en mayor medida, en esta cuestión²⁶⁷, apuntar que, aunque en diferentes momentos, el declive del feudalismo se iniciaría generalizadamente en todo el territorio de Europa a partir del siglo XIII²⁶⁸.

A parte de la importación del feudalismo, y siendo lo que más interesa al presente apartado, la Conquista Normanda trajo otros cambios enormemente relevantes al sistema de Derecho existente hasta ese momento en Inglaterra. En primer lugar, sería Guillermo

²⁶⁴ Muy interesante a este respecto, es lo que comenta SUMNER MAINE cuando se cuestiona por qué se impondría la primogenitura, tras estos originarios momentos, sobre el resto de tipos de sucesión, aclarando que, a su parecer “la sociedad europea retrocedió pronunciadamente a raíz de la disolución del Imperio carolingio, se hundió uno o dos puntos más con respecto al grado bajo y miserable que había alcanzado durante las primeras monarquías bárbaras” Por ello, señala “El carácter principal del período era la debilidad e, incluso, la suspensión de la autoridad real y, por lo tanto, de la civil. Así parece como si, al no estar cohesionada la sociedad civil, los hombres decidieran en todas partes retornar a una organización social más antigua que las comunidades civiles”. Del mismo modo, apunta que “no hay duda de que las ideas y formas sociales que contribuyeron a la formación del sistema eran bárbaras y arcaicas, pero, tan pronto se recurrió a los tribunales y los juristas para interpretarlas y definir las, los principios de interpretación que se aplicaron fueron los de la última jurisprudencia romana y, por lo tanto, excesivamente refinados y maduros”. *Op.cit.*, pp. 210-211

²⁶⁵ *Op.cit.*, p. 203

²⁶⁶ A este respecto señala, asimismo, ilustrativamente el autor que “aunque la libertad de legar, ejercitada mediante los testamentos, fue un fruto accidental del feudalismo, no existe distinción más profunda que la que se da entre un sistema de libre disposición testamentaria y otro como el del derecho feudal de la tierra por el que la propiedad sigue obligatoriamente las líneas prescritas de transmisión”. *Op. loc. ult. cit.*

²⁶⁷ Ni poder tratar otros importantes temas tocantes al ámbito sucesorio en el sistema feudal, como sería, en tal período, el inicio de la utilización de la figura del “*use*”, que sería la semilla de la actual noción del “*Trust*”.

²⁶⁸ A este respecto señala BERNAL GÓMEZ, que las posibles causas podrían ser “a) la política centralizadora de los reyes quienes, después de una larga lucha, lograron imponerse a los señores feudales, sustituyéndolos por funcionarios reales asalariados; b) el paso de la economía feudal a la economía monetaria c) el desarrollo y empuje de una nueva clase social: la burguesía; c) la fundación de nuevas ciudades, lo que hizo que los vasallos, al residir en ellas, adquiriesen una especie de “carta de ciudadanía” que los liberaban de sus antiguos lazos feudales y; d) la creación de ejércitos de mercenarios, lo que hizo cada vez menos necesaria la actividad militar de los vasallos”. *Op.cit.*, p. 92.

I (el primer rey Normando), el que mandaría se efectuara la separación de las jurisdicciones eclesiástica y civil (unidas hasta aquel momento), con el objeto de delimitar y diferenciar las pretensiones que eran, de un lado civiles y aquellas otras que se considerarían religiosas, división, como veremos posteriormente, que sería la responsable de la competencia de los tribunales de la Iglesia en materia testamentaria²⁶⁹.

En segundo lugar, los normandos impulsaron la unión de los diversos reinos anteriormente fragmentados, dando lugar con ello “a la familia o sistema del derecho anglosajón”²⁷⁰, particularmente diverso por la distinción entre el *Common Law* y la *Equity*. De este modo²⁷¹, los tribunales que se generarían quedarían estructurados conforme al siguiente esquema:

1) Tribunales de *Common Law*. Con base en la Abadía de *Westminster*, eran tres:

- *Court of Common Pleas*: conociendo de las materias relativas a bienes inmuebles y otros asuntos civiles.
- *King’s Bench*: con jurisdicción civil y penal y teniendo competencia para revisar las decisiones de tribunales inferiores, así como los actos de funcionarios de la administración.
- *Court of Exchequer Pleas*: que conocía de los asuntos fiscales y de la hacienda pública.

2) Tribunales de *Equity* (*Court of Chancery*). Nacieron en el siglo XIV fruto de las “injusticias” que se producían por el lento funcionamiento y la puesta en marcha de los anteriores mencionados tribunales de *common law*, lo que hizo que los litigantes comenzaran a exigir que el rey resolviera equitativamente aquellas mencionadas “injusticias” a las que los tribunales de *common law* no daban respuesta. Estaban dirigidos por el Canciller, que normalmente se trataba de un religioso, y que resolvía mediante los llamados “*equity remedies*”, en la manera que consideraba más justa²⁷².

²⁶⁹ En tal sentido, SHEEHAN, M.M., *Op.cit.*, p. 32

²⁷⁰ BERNAL GÓMEZ, B., *Op.cit.*, p. 99

²⁷¹ Y siguiendo en la explicación de los diversos tribunales que se generaron, lo expuesto por BERNAL GÓMEZ, B., *Op.cit.*, pp. 99-100

²⁷² Comenta BERNAL GÓMEZ, B., que “Ambos tipos de tribunales convivieron hasta fines del siglo xix, cuando el Parlamento inglés los fusionó mediante la promulgación de dos *Judicature Acts*, en 1873 y 1875.” *Op.cit.*, p. 100

Por último, y antes de pasar al siguiente apartado, debe comentarse que aparte de los señalados cambios políticos y estructurales, la Conquista normanda no trajo significativos cambios sustantivos en la práctica y la teoría de las disposiciones de última voluntad.

Modificaciones que merezcan ser señaladas²⁷³, serían, la desaparición del instrumento escrito anteriormente mencionado (*Cwide*) y de las típicas disposiciones de última voluntad características del período anglosajón. Asimismo, se permitió legar a un mayor número de personas y hasta la segunda mitad del siglo XII, los otros dos instrumentos utilizados en el *Anglosaxon period*, estos son, el *postobit gift* y el *Deathbed gift*, siguieron siendo utilizados. Se dice hasta la segunda mitad del siglo XII, porque, como se verá, sería en tal momento en el que aparecería una nueva forma de disponer por causa de muerte, coincidiendo con el generalizado movimiento de *Recepción del Derecho Romano*.

Teniendo en cuenta que los legados que se realizaban estaban fundamentalmente ligados a la propiedad mueble, otro cambio a destacar es que, después de la Conquista Normanda, aún se acentuaría en mayor medida la distinción entre propiedad mueble e inmueble (propiedades que ya distinguían claramente los anglosajones), haciéndose en mayor medida evidente, que un legado de tierra no era una costumbre, o práctica, corriente. Y lo anterior porque, aunque se permitía que se dispusiera de la tierra en vida, la disposición de la misma por causa de muerte chocaba con los principios propios de tal Derecho. Concretamente, era contraria a un principio procedimental en tal enajenación de la tierra y es que, los requerimientos para legar la *seisin*²⁷⁴ (conforme a los principios de *common law*) hacían que técnicamente fuera imposible disponer de la tierra mediante disposiciones de última voluntad, y es por ello por lo que en los territorios donde no regía el *Common law*, el legado de tierras empezaría a tomar forma y a efectuarse, llegando a ser algo usual en el siglo XIII²⁷⁵.

Debe, por último, tan sólo apuntarse, que las normas anglosajonas serían tratadas y desarrolladas, también, por juristas normandos, y si nos preguntamos conforme a qué

²⁷³ Y siguiendo en la exposición de los cambios producidos en materia sucesoria durante la Conquista Normanda a SHEEHAN, M.M., *Op.cit.*, pp. 5-6

²⁷⁴ Y esto porque, para el paso de la *seisin* de una tierra, se debía realizar, según los principios del *common law*, una ceremonia que suponía una transferencia, digamos, física, de aquel que traspasaba la tierra, al nuevo poseedor de la misma. Y esto mediante la entrega efectiva de un símbolo que podía ser, un poco de la propia tierra del feudo, una rama del mismo, etc. Por lo que un paso de tal *seisin* por disposición de última voluntad, era imposible técnicamente según el mencionado derecho.

²⁷⁵ En tal sentido, SHEEHAN, M.M., *Op.cit.*, p. 6

Derecho las desarrollaban, no podemos más que hacer referencia al Derecho Romano, así como al Derecho canónico²⁷⁶. Por ello, a través de la Conquista Normanda, el incipiente Derecho anglosajón, lejos de apartarse de las influencias de Derecho romano introducidas por la Iglesia, vio reforzada tal influencia con la Conquista Normanda.

(c) Evolución posterior. *High Middle Ages* (siglos XI-XIII) y *Late Middle Ages* (siglos XIII-XV). Influjo de Iglesia Cristiana y Recepción del Derecho Romano en Inglaterra.

De los períodos señalados, y como indica la cabecera del presente apartado, se centrará este punto en dos cuestiones fundamentales. De un lado, como afectaría el general movimiento de *Recepción del Derecho Romano* en Inglaterra y, de otro lado, como se desarrollaría el influjo de la Iglesia Cristiana en Inglaterra, cuando ya se encontraba asentada en tal territorio.

(c') La Recepción del Derecho Romano

Como se ha señalado en varias ocasiones, y es de sobra conocido, sería en el siglo XII en el que se produciría el general movimiento de renacimiento del Derecho romano que afectaría a toda Europa, lo que nos lleva a cuestionarnos si afectaría asimismo al territorio de Inglaterra. Sin detenernos (por haberse ya efectuado anteriormente) a explicar en qué consistió tal movimiento, debe directamente señalarse que, aun siendo el Derecho Romano uno tal, perteneciente a un período mucho anterior a tales momentos medievales, las circunstancias históricas, principalmente, las invasiones bárbaras y con ellas la caída del Imperio de Occidente, habían hecho retroceder al continente en términos de cultura y desarrollo de sus estructuras tanto políticas, como de Derecho. Esta circunstancia hacía que, aun siendo el Derecho romano, como se dice, mucho anterior, dado el refinamiento del mismo, y en palabras de CAENEGEM “*romanization therefore meant modernization*”²⁷⁷.

²⁷⁶ Así lo expresa HOLDSWORTH, W., (1966), pp. 12 y ss.

²⁷⁷ *Op.cit.*, p. 71. Explicando tales circunstancias aclara el autor: “*Rome had been a Cosmopolitan and sophisticated empire, with a developed urbanized economy. Europe in the 11th century, on the other hand, was a feudal and agrarian society of provincial scale and style; and in the 12th century its degree of cultural and intellectual development was still primitive*”. Mismo lugar antes citado.

Mientras, en diversos territorios de Europa, entre ellos, España, se recibía el Derecho Romano Justiniano como Derecho integrante de un nuevo y evolucionado sistema jurídico, debe aclararse desde el inicio que el Derecho civil nunca llegó a constituir un elemento oficialmente reconocido y aplicado por los Tribunales del *common law* inglés. Tal sistema de *common law*, se había estado forjando en tiempo anterior a tales influencias y en el siglo XII, al momento de la *Recepción del Derecho Romano* en Europa, ya se encontraba en un momento de desarrollo²⁷⁸. A pesar de tal circunstancia, la no aplicación, en manera oficial, del Derecho civil, no debe llevar a equívoco: la influencia de éste sobre el Derecho Inglés, sería más que evidente. En este sentido, influiría enormemente en la ciencia del derecho inglés en los siglos XII y XIII, siglos en los que se desarrollaba el sistema de *common law*, y por ello, del todo un período en el que las fuentes que se introdujeran en el mismo, marcarían el destino de aquel²⁷⁹.

De este modo, el Derecho Civil (junto con el canónico), empezaría a ser materia impartida en las Universidades inglesas, siendo Vacarius el primer profesor conocido que impartiría Derecho Romano y Canónico en Inglaterra²⁸⁰. A finales del siglo XII, la escuela de los juristas sería la más afamada de *Oxford*, y desde este momento y, en mayor medida, a partir del siglo XIII, se impartieron grados en derecho canónico y eclesiástico en la mencionada Universidad de *Oxford*, así como en la de *Cambridge*²⁸¹. De este modo, el Derecho inglés en su más pleno momento de formación, obtendría su forma de mano de juristas significativamente influenciados por el aprendido Derecho Civil, así como por el

²⁷⁸ Así lo reconoce VAN CAENEGEM, R.C., *Op.cit.*, p. 3

²⁷⁹ Es interesante mencionar lo que explica HOLDSWORTH, W., cuando expone que en tales siglos (XII y XIII), y en forma general, se asistiría a un período de renacimiento en todas las ramas del conocimiento, y más especialmente un período de renacimiento legal, destacando como en mayor medida relevantes, los siguientes autores y obras: a) Imerio, los cuatro doctores y Acursio, el más grande de la escuela de los glosadores, que revivirían el estudio del derecho civil b) Graciano, que sistematizaría el derecho canónico c) El Lombardo *Libri Feudorum* y el Francés *Beaumanoir*, que resumirían una suerte de orden de costumbres feudales del derecho de Europa d) por último destaca la obra de Glanvill y Bracton, los más relevantes estudiosos de la Historia Derecho inglés. (1966), pp. 145 y ss. Esta última obra, esto es, aquella de Glanvill y Bracton, será tratada a continuación, de ahí que no se exponga su contenido.

²⁸⁰ En tal sentido, VINOGRADOFF, P., *Op.cit.*, p. 97. Asimismo, lo explica nítidamente BERNAL GÓMEZ, B., aclarando el autor que “si bien es cierto que, en Inglaterra, a diferencia de lo que sucedió en el continente, se rompió la continuidad de los estudios del derecho romano y del canónico, también lo es que por otros caminos se infiltró el derecho romano. Esto sucedió gracias al glosador Vacario, quien impartió cátedra en la universidad de Oxford, alrededor 1150, y escribió un libro para estudiantes basado en el Digesto y el Código de Justiniano.” *Op. loc. ult. cit.*

²⁸¹ Así lo señala HOLDSWORTH, W., (1966), pp. 21 y ss. En el mismo sentido VAN CAENEGEM, R.C., explica que “*The learned law in England, was not confined to the legal practice of some jurisdictions, but was also taught at Oxford and Cambridge, and the principal Common law autor of the Middle (71) Ages, Bracton (d.1268) in his celebrated treatise on the laws and customs of England betrays a profound knowledge of learned law. Since Vacarius, the Corpus iuris civilis had never been completely absent from English legal theory and practice*”. *Op.cit.*, p. 70

Derecho Canónico. Esto se evidencia en las obras de los más importantes juristas de la ciencia inglesa, Glanvill y Bracton (siglos XII-XIII)²⁸², en los dos primeros tratados que recogían una sistematización del derecho nacional inglés o *common law*, en el que ambos juristas se enfrentaron a la labor de estructurar u organizar el conjunto de fuentes que integraban el derecho inglés, que básicamente estaba formado por una gran masa de costumbres tribales de origen germánico, así como por el posterior derecho feudal, labor, que no pudieron haber realizado “si no hubiese estado nutrida de doctrina romanística”²⁸³. No sería hasta finales del siglo XIII hasta que los Derechos Civil y Canónico dejarían de ejercer su influjo sobre la formación del Derecho nacional inglés, pero, hasta ese momento, como se ha señalado, tuvo una importancia capital para el desarrollo del mismo, por lo que, y en palabras de HOLDSWORTH “en este período, por lo tanto, la influencia del Derecho Civil y el Derecho canónico es quizás la más importante de todas las influencias externas que han moldeado (o dado forma) al desarrollo del derecho inglés”²⁸⁴.

Comentado lo anterior, debe apuntarse que tal influencia del Derecho Civil intentó ser frenada, llegado un determinado momento, por la propia Iglesia, y esto, porque a medida que se extendía una enseñanza secular del derecho, el derecho de la Iglesia se iba alejando en mayor medida de la jurisprudencia civil. De este modo, la Iglesia promovió, como institución, todo un movimiento contrario a tales enseñanzas²⁸⁵, llegando a manifestarse en contra de las mismas elevadas autoridades, como podrían ser el Papa Inocencio IV, así como Enrique III, llegando este último a prohibir en Londres la enseñanza de tal Derecho. A pesar de lo anterior, y en palabras de VINOGRADOFF “la enseñanza del derecho romano nunca terminó del todo en Inglaterra, incluso los canonistas citaban fuentes

²⁸² De un lado, tendríamos la Obra de Glanvill: “*The Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Anglie (Treatise on the Laws and Customs of the Kingdom of England)*”, que se ha denominado comúnmente “*Glanvill*” y sería el primer Tratado de Derecho Inglés conocido, realizado aproximadamente en los años 1187-1189. De otro lado tendríamos la obra de Bracton: “*De legibus et consuetudinibus Angliae (On the Laws and Customs of England)*”, que, muy basada en la anterior de Glanvill, la completaría y pasaría a ser, en sustitución de la anterior, la más recurrida fuente de Derecho nacional inglés, efectuada entre los años 1210-1268.

²⁸³ CALASSO, F., *Op.cit.*, p. 619. En idéntico sentido lo reconoce HOLDSWORTH, W., (1966), pp. 145 y ss.

²⁸⁴ (1966) *Op. loc. ult. cit.*

²⁸⁵ Y siguiendo en este punto lo expuesto por VINOGRADOFF, P. *Op.cit.*, p. 98

romanas, como se muestra por ejemplo en el *Golden Text-Book (Summa aurea)* del profesor de *Oxford, William of Drogheda* (siglo XIII)²⁸⁶.

Asimismo, las mencionadas influencias (ajenas al propio *common law*) en tal período, no vendrían únicamente por el cauce de la ciencia jurídica, sino también derivadas del hecho de que, en numerosas ocasiones²⁸⁷, los jueces que presidían los tribunales del rey eran clérigos, por lo que, era inevitable se aplicara, en cierta medida, por los mismos, el Derecho que les era familiar por su formación como religiosos, esto es, el Derecho canónico²⁸⁸.

A modo de recapitulación, comentarse que, tras lo explicado, cabe se concluya que aun siendo el *Common law* un derecho fundamentalmente formado por un gran conjunto de costumbres germánicas, unidas al derecho que se produciría en época feudal; el derecho recibido y aprendido en los siglos XII y XIII, de cuño Romano (y canónico), afectaría enormemente al desarrollo del Derecho nacional inglés, que, moldearía las fuentes de las que estaba formado, con la ayuda de doctrinas romanísticas. A pesar de lo anterior, es cierto que, llegado el momento de la generalizada *Recepción del derecho Romano* en Europa, Inglaterra ya contaba con el sistema de *Common law* originado y puesto en práctica por los Tribunales Reales en la época feudal, por lo que la influencia de tal Recepción fue necesariamente menor. Consecuencia directa de tal circunstancia, es la particularidad actual del Derecho inglés en comparación con el derecho del continente, desarrollando Inglaterra un derecho nacional antes que ningún otro territorio del mismo²⁸⁹, unido esto a la final, como se señalará en un momento posterior, victoria en términos de poder, en época medieval, de los Tribunales del Rey frente a los de la Iglesia, lo que situó al *Common law* como derecho único vigente en Inglaterra, acabando con la

²⁸⁶ *Op. loc. ult. cit.* De igual manera lo reconoce VAN CAENEGEM, R.C., cuando explica en relación a la *Recepción del Derecho Romano* en el continente; "(...) developments in England were entirely different. There is no doubt that England too was affected by the learned law, which then constituted the common law of Europe, both through canon law in the Church courts of the Roman Catholic Church and then the Anglican Church, and also through Roman law in university teaching and in the practice of certain specialist courts" Aunque apuntando que "None the less the most important element of English law, the Common law, was developed from Germanic customary law and feudal law, quite independently of Roman law."

²⁸⁷ Y como explica nítidamente HOLDSWORTH, (1966), pp. 21 y ss.

²⁸⁸ Así lo reconoce VAN CAENEGEM, R.C., explicando; "*the Church courts also, in England and throughout the medieval west, already applied canonical law and procedure, and that tradition was maintained even after the break with Rome.*" *Op.cit.*, p. 70.

²⁸⁹ Así lo reconoce VAN CAENEGEM, R.C., *Op.cit.*, p. 3

influencia del Derecho canónico y, con ello, con un mayor influjo del derecho de tipo romano.

(c´) El influjo de la Iglesia Cristiana. Evolución e impacto en el Derecho Sucesorio inglés.

Conociéndose ya las circunstancias históricas que se han comentado anteriormente, estas son, la entrada de la Iglesia Cristiana en Inglaterra, la posterior Conquista Normanda y la *Recepción del Derecho Romano* en el siglo XII, este apartado pretende aunar tales eventualidades con el objetivo de ofrecer una visión de conjunto del impacto que la suma de tales eventos produjo en el Derecho de Sucesiones. Aunque ya se ha adelantado, en cierta medida, en el anterior apartado, podría cuestionarse el por qué se trata tal asunto (el cambio en el Derecho Sucesorio) junto a la evolución que sufrió el influjo de la Iglesia en Inglaterra. La respuesta es sencilla; y es que la Iglesia, en tal período, tuvo una influencia directa y total sobre el ámbito sucesorio y, en mayor medida, en el ámbito de la sucesión voluntaria.

Un importante cambio en el ámbito de las disposiciones de última voluntad se producía en la Inglaterra del siglo XII, cuando, de la mano del Derecho Canónico, con gran influencia de aquel general movimiento de *Recepción del Derecho Romano*, se introdujo la figura del testamento (como tal) en Inglaterra. Tal testamento, por la particular circunstancia de ser introducido por la Iglesia, difería del testamento romano en puntos significativos, debida la propia utilidad que los canonistas querían dar a tal instrumento. Mientras en el testamento romano el objetivo primordial era la institución de heredero (lo que no impedía se realizasen otras disposiciones, como legados), para el Derecho canónico, lo principal era que tal instrumento proporcionara un medio útil para que se efectuaran más eficientemente las donaciones en favor del alma²⁹⁰, por lo que, no la institución de heredero, sino la figura del legado, era lo fundamental para tal Derecho canónico²⁹¹.

²⁹⁰ Como conocemos, la Iglesia daba una importancia capital a aquellas donaciones que se realizaban en favor del alma, tanto es así que, como se vio, la presión de la Iglesia para que se efectuaran aquéllas era mayúscula, pudiéndose, incluso, en el supuesto en el que una persona no dispusiera para su muerte a favor de las mencionadas “causas pías”, negar la confesión y la absolución a la misma, algo que, en aquel momento histórico, era una condena funesta.

²⁹¹ En tales términos se expresa SHEEHAN, M.M., *Op.cit.*, p.5

Así, inicialmente²⁹², tal instrumento fue conocido como “*ultima voluntas*”, asemejándose en mayor medida al codicilo del Derecho Romano (que no incluía, ni permitía se realizase, institución de heredero), siendo un acto unilateral, revocable y ambulatorio, como igualmente lo era el testamento romano, pudiendo efectuarse en manera escrita u oral²⁹³.

Con el paso del tiempo, las donaciones en favor del alma empezaron a asociarse a la figura del testamento. Tal conexión, unida a la circunstancia relativa a que los obispos habían adquirido la competencia para vigilar sobre el cumplimiento de los legados que se realizaban para causas pías, dio lugar a que, para finales del siglo XII, los canonistas hubieran desarrollado una completa teoría del testamento, que mucho tenía que ver con aquel del derecho civil romano²⁹⁴. Como podrá comprenderse, la Iglesia albergaba un gran interés en la incorporación y protección de aquella figura del testamento, ya que sería el medio a través del cual se realizarían, en manera más efectiva, aquellas disposiciones en favor del alma. Para finales del siglo XII, tal testamento, con base en el derecho romano, pero ampliamente simplificado, empezó a ser utilizado en Inglaterra, ocupando en poco tiempo el lugar de las donaciones con efectos tras la muerte²⁹⁵.

Comentado lo anterior, recuérdese que la Conquista Normanda traería la separación de los Tribunales eclesiásticos y civiles (habiendo sido anteriormente una única jurisdicción para los sajones). Tras la mencionada separación, como ya se apuntó, se realizó un reparto de competencias, en el cual la Iglesia recibiría aquella en materia de disposiciones de última voluntad. No debe sorprender que se delegara la competencia sobre las disposiciones de última voluntad en los Tribunales eclesiásticos²⁹⁶, y esto porque “el poder eclesiástico había accedido muy tempranamente a los privilegios de guarda y registro de los testamentos de que había disfrutado algunos de los templos paganos y

²⁹² Y siguiéndose en la exposición de estos extremos a SHEEHAN, M.M. *Op. loc. ult. cit.*

²⁹³ Con la formalidad de necesitar de dos o tres testigos para que se reconociera su validez.

²⁹⁴ En tal sentido, SHEEHAN, M.M., *Op.cit.*, p. 19

²⁹⁵ En tal sentido lo señala BRUNDAGE, J.M., aclarando que; “*even in areas such as England and Germany, were continuity between the Roman past and the medieval present was either tenuous or entirely lacking, the last will and testament slowly made inroads against traditional distribution practices*” *Op.cit.*, pp. 88-89

²⁹⁶ En tal sentido explica BRUNDAGE J.A., “*In England, more than in most regions of medieval Europe, canonical courts became the regular forum for the probate of wills and testaments and the disposition of claims arising under them. The dominance of canon law over probate jurisdiction was already well-established by the end of the twelfth century and glauvill refers to it as if it were a routine matter that secular courts did not contest. During the late medieval period, however, the common law courts succeeded in wresting debt claims against a decedent’s estate away from the canonical courts and into their own jurisdiction*”. *Op.cit.*, p. 89

también tempranamente, las posesiones temporales de fundaciones religiosas comenzaron a nutrirse casi exclusivamente de legados privados. A esto se debe que los decretos de los más antiguos concilios provinciales contengan siempre anatemas contra quienes niegan la santidad de los testamentos²⁹⁷. Es interesante que se comente, que la circunstancia relativa a que se delegara en los Tribunales de la Iglesia tales materias testamentarias es particularmente singular del caso de Inglaterra, ya que, en general, en el Continente, los Tribunales seculares tratarían el derecho testamentario, en gran medida, considerándolo como una materia de jurisdicción mixta (y, por tanto, delegando ciertos aspectos a la jurisdicción de los Tribunales eclesiásticos), pero reservándose la mayor parte del conocimiento de tales asuntos, caso, que no es el que se produjo en Inglaterra²⁹⁸, en el que tales Tribunales de la Iglesia pretendieron asumir la total competencia para juzgar, para lo que nos interesa, en materia de sucesión voluntaria²⁹⁹.

Así, tras la separación³⁰⁰, y la referida concesión de competencias, los Tribunales eclesiásticos comenzaron a aplicar el derecho como aquellos lo entendían y, por ello, conforme a una teoría del legado, muy relacionada con el Derecho civil Romano y, a diferencia del testamento en Roma, muy liberado de las excesivas formalidades de aquél, con una progresiva pérdida de la importancia de la institución de heredero, algo que se verá más detenidamente en un momento posterior del estudio.

Puede decirse que la asunción de competencias por los Tribunales eclesiásticos en materia testamentaria pasó por dos fases. En un primer momento (aun en el siglo XII), los Tribunales eclesiásticos asumieron la competencia para conocer en lo relativo a la validez y al contenido del testamento³⁰¹. En un momento posterior (ya en el siglo XIII, durante

²⁹⁷ SUMNER MAINE, H., *Op. loc. ult. cit.*

²⁹⁸ En tal sentido lo reconoce BRUNDAGE, J.A., explicando que “*civil law and secular courts on the Continent were less ready than their English counterparts to yield control over testamentary matters to the Church. Instead, testamentary questions were usually treated as matters of mixed jurisdiction. Church courts secured control in cases where the formalities of making a testament were at issue and also over legacies and bequests for pious causes, as well as the testaments of clerics; while the civil courts dealt with most other disputes that arose from testamentary disposition of property*”. *Op.cit.*, p. 89

²⁹⁹ Es interesante, aunque referido, no sólo a Inglaterra, lo que explica LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., en torno a las contribuciones del Derecho canónico, para lo que aclara que “Por cuanto se refiere al Derecho de la Iglesia su aportación fue decisiva para la moderna configuración de la libertad de testar, que incentivó a través del favorecimiento espiritual de las disposiciones de bienes mortis causa para obras pías, al tiempo que despojaba al testamento de una buena parte de la rigidez romana, y olvidaba la repugnancia también de cuño romano frente al contrato sucesorio; asimismo dulcificó las diferencias entre hijos paternos y maternos, y legítimos e ilegítimos a la hora de su consideración como sucesores; en cambio, parece que vio a la sucesión intestada como un mecanismo residual”. (1999) *Op. loc. ult. cit.*

³⁰⁰ Y siguiendo lo expuesto en tal extremo por SHEEHAN M.M, *Op.cit.*, p. 32

³⁰¹ En cuanto a tal circunstancia, comenta SHEEHAN, M.M., que Glanvill (1187) comenta que, si era una cuestión de validez del testamento o de su contenido, la decisión debía obtenerse de estos tribunales de la

los últimos años del reinado de Juan I), tales competencias se incrementaron para comprender, asimismo, la facultad para hacer cumplir tales testamentos y la vigilancia sobre su ejecución³⁰². Asimismo, a mediados del siglo XIII, los obispos asumieron competencia para la supervisión de la distribución de la propiedad mueble de aquel que moría intestado³⁰³.

Es interesante, para entender lo que se explicará a continuación, que se comente una circunstancia que inteligentemente destaca SHEEHAN³⁰⁴ y es que, al ser todas las pretensiones relativas a bienes inmuebles, o a la tierra, competencia de los tribunales, digamos, seculares, o civiles; que los Tribunales eclesiásticos fueran los competentes para conocer de la sucesión testamentaria (así como de la sucesión en la propiedad mueble para las situaciones en las que incluso no existía tal testamento) traía para sí la consecuencia de que la sucesión en la propiedad mueble e inmueble³⁰⁵ estaba bajo la supervisión de autoridades diversas.

De este modo, y por circunstancias como la anterior, aún la estrecha unión Iglesia- Estado y aún los crecientes poderes que iban adquiriendo los Tribunales eclesiásticos, las tensiones entre ambas mencionadas autoridades no se hicieron esperar. Y esto porque, ni los Tribunales llamados de “*common law*”, ni la conocida como “*court of chancery*” (esto es, los tribunales de *equity*) tenían ningún tipo de vinculación con las decisiones de los Tribunales eclesiásticos, por lo que, en palabras de SUMNER MAINE³⁰⁶, los Tribunales de la Iglesia “no podían escapar de la poderosa influencia de un sistema de normas positivas que estaban aplicándose paralelamente a sus decisiones”. Tal circunstancia produjo un proceso de tensiones entre los Tribunales del rey y los Tribunales eclesiásticos, en el que muchas disputas se solventarían mediante un acuerdo de reparto de competencias entre los mismos. Un ilustrativo ejemplo del intercambio de competencias, y tensiones, que se produjo entre ambos Tribunales, es el relativo a cuál de

Iglesia y que, eran, por tanto, estos tribunales los que podían establecer las reglas en cuanto a su contenido y establecer su revocabilidad. *Op.cit.*, p. 5

³⁰² En tal sentido comenta SHEEHAN, M.M., que “Sobre la mitad del siglo XIII, la legalización del testamento, la exigencia de realización de un inventario y el rendimiento de cuentas por el executor, llegó a ser el procedimiento normal”. *Op.cit.*, p. 25

³⁰³ Por lo que se adquirió poder, por parte de la Iglesia, ya no sólo en materia de sucesión voluntaria, sino también en casos en los que no existía testamento. En tal sentido lo explica SHEEHAN, M.M., *Op. loc. ult. cit.*

³⁰⁴ *Op. loc. ult. cit.*

³⁰⁵ Siendo interesante lo que destaca asimismo el autor en lo relativo a que, en los distritos, la legalización de los testamentos que legaban tierras se aceptó casi al mismo tiempo. *Op. loc. ult. cit.*

³⁰⁶ *Op.cit.*, pp. 167-168

aquéllos debía conocer de las deudas debidas y adeudadas al fallecido. En un primer momento, al ser los tribunales eclesiásticos los que se ocupaban de la ejecución de los legados, comenzaron a asumir la competencia en torno a tales asuntos, pero a finales del siglo XIII, el *executor* (del que se hablará en un momento posterior), sería reconocido por los Tribunales del *Common law* como representante del causante, lo que trasladó la competencia en lo relativo al pago o recaudación de deudas, a tal Tribunal³⁰⁷.

Del mismo modo, mientras la Iglesia ejercía presión para retener la mayor autoridad posible en tales materias, y defendía una total libertad de testar (considerando secundaria la sucesión legal o forzosa)³⁰⁸, los Tribunales reales trataban de limitar, en la medida de lo posible, tales disposiciones “pías”, en favor, en muchas ocasiones, de los derechos de la familia del causante sobre la propiedad del caudal hereditario³⁰⁹. Aun lo anterior³¹⁰, no debe perderse de vista que sería gracias a la labor de la Iglesia que se reconociera, en un momento posterior, el principio de viudedad. En un primer momento, a través de promesas que el marido debía realizar relativas a la disposición de parte de sus bienes en favor de su mujer para después de su muerte, y, posteriormente, con la inclusión (en toda Europa) de tal principio de viudedad como uno de derecho consuetudinario.

Sin poder realizarse un análisis más detallado de los extremos expuestos, tan sólo comentarse, que, posteriormente, llegaría a estar vigente en Inglaterra, como nítidamente explica PLANITZ³¹¹, para las fincas, el derecho de expectativa, y para los muebles, un derecho de legítima a favor de las viudas y los hijos; circunstancia que cambiaría a partir del siglo XVI, dando lugar al reconocimiento progresivo de una mayor libertad de testar,

³⁰⁷ En tal sentido, SHEEHAN, M.M. *Op. loc. ult. cit.*

³⁰⁸ En tal sentido, expone SHEEHAN, M.M., que, en decretos sinodales del siglo XIII, los obispos ingleses piden un derecho de legar para todos los adultos. Ellos seguían en la jurisdicción eclesiástica, en lo relativo al testamento no una teoría de la propiedad familiar sino una teoría de las almas. De este modo, señala el autor que Glanvill da testimonio de esto cuando hace una distinción entre el *testamentum* y la *ultima voluntas*, señalando que incluso la última, especialmente asociada con la donación final en favor del alma, no era permitida a la mujer casada sin el consentimiento de su esposo. *Op.cit.*, p. 26

³⁰⁹ En tal sentido, HUEBNER, R., *Op. loc. ult. cit.* A este respecto explica SHEEHAN, M.M., que las leyes provinciales de 1342 condenaban a aquellos que disponían de toda su propiedad *inter vivos* a través de las donaciones en el lecho de muerte, con olvido de la esposa, los hijos y otros. Veinticinco años después, una ley del Arzobispo *Thoresby* de *York* mencionó que los hombres estaban usando sus testamentos con el mismo propósito y condenó la práctica. *Op.cit.*, p. 30

³¹⁰ Y siguiéndose en este extremo a SUMNER MAINE, H., *Op.cit.*, p. 202

³¹¹ *Op.cit.*, p. 362

movimiento, del que es consecuencia directa el hecho de que Inglaterra no conozca derechos hereditarios forzosos³¹².

Tras todo lo comentado, puede observarse como, a diferencia de lo que pueda pensarse a primera vista, en el derecho inglés, concretamente en la materia que nos ocupa, esto es, la sucesoria y, dentro de ella, la relativa al testamento, la influencia del Derecho Romano y, sobre todo, de éste derecho pasado por el tamiz del Derecho canónico, repercutió enormemente en cómo se desarrollaría y moldearía el *common law* a estos respectos, siendo ilustrativa una reflexión planteada por SHEEHAN³¹³, en la que señala que “*much later, the will was to pass from the control of the courts Christian, but it would remain basically the same, a permanent contribution of canon law to the legal structure of the English-speaking world.*”

2.2 Las nociones de ejecutor testamentario y de heredero: en parte, una cuestión de conceptos

2.2.1. La noción de “ejecutor testamentario” en España e Inglaterra en los siglos intermedios

(a) Preliminar

La noción de ejecutor testamentario remonta sus orígenes a la Edad Media y, es por ello, que se piensa sea este epígrafe (que pone fin al Capítulo Histórico del presente estudio) el adecuado para que se advierta si el “enredo” que producen las diversas circunstancias históricas sería “desentrañado” del mismo modo en Inglaterra y España en lo que respecta a aquella noción.

Entrando en materia, lo primero que debe señalarse es lo que se comentaba en el párrafo anterior, concretamente, el hecho relativo a que los orígenes de la noción de ejecutor testamentario se encuentran en la Edad Media³¹⁴ y si bien es cierto que, como ya se ha

³¹² Aunque, aclara el autor, la mujer y los hijos quedarían protegidos contra la desheredación por medio de contratos matrimoniales. *Op. loc. ult. cit.*

³¹³ *Op.cit.*, p. 32

³¹⁴ Así lo reconocen, CAILLEMER, R., en *The executor in England and on the Continent*, 1921, [Recurso electrónico], Universidad de Sevilla, p.746; COING, H., *Op.cit.*, p. 750; WENDELL HOLMES, O., “*The common law*”, Traducción de Fernando N. Barrancos y Vedía, Ed. Tea, Buenos Aires, 1964, pp. 300 y ss.; DE ARVIZU Y GALARRAGA, F., *Op.cit.*, pp. 309 y s.; GARCÍA-GALLO, A., *Op.cit.*, p. 322; MINGUIJÓN S., *Op.cit.*, p. 173; BENITO PÉREZ, J., *Op.cit.*, pp. 137 y ss.; GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, C., en “Albacea y executor testamentario: perfiles para una comparación”, en *Homenaje al*

tratado en anteriores momentos, pueden conectarse conceptos que nos lleven a que la semilla de la institución pueda hallarse en momentos más antiguos, lo cierto es que tal noción, propiamente dicha, no se halla en forma clara hasta el mencionado período.

Como podrá suponerse, tras todo lo expuesto anteriormente, la noción de ejecutor de una última voluntad nacería indudablemente, en manera común a España e Inglaterra, unido a la circunstancia de las donaciones en favor del alma. A este respecto, y antes de introducirnos propiamente en la figura del ejecutor testamentario, urge que se matice que tal figura del ejecutor no se originó con base en el testamento, dado que aquél ya existía en tiempo anterior a la utilización de tal instrumento, siendo designado, como explica nítidamente CAILLEMER³¹⁵, por un acto de entrega *inter vivos*, en el que, normalmente, el transmitente entregaba al ejecutor una porción de su propiedad (normalmente tierras), encargándole que posteriormente, al momento de su muerte, transfiriera tal propiedad a otra persona o a la Iglesia.

En un principio, en el momento en el que se originó tal noción, no existía diferencia significativa entre la misma en España e Inglaterra. Es claro que deba ser así, y esto porque surgiría impulsada por el Derecho canónico³¹⁶, el cual ejercería durante la Edad Media su influencia en ambos territorios, ya sabemos que, en mayor medida, en Inglaterra³¹⁷.

profesor Lluís Puig i Ferriol. Vol. 2. Abril Campoy y Amat Llari (Coords.), AAVV. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 1560; entre otros.

³¹⁵ Explica el autor que “*In the 8th century, the executorship is found everywhere on the continent, and from that time we can trace its history easily. In the first centuries of the Middle Ages, this history is independent of that of the testament (...) The testament proper, as an unilateral and revocable act, is found hardly anywhere except in Languedoc and Italy.*” *Op.cit.*, p. 749. En el mismo sentido, de no haber nacido tal noción ligada al testamento, sino con el objetivo de que llevara a cabo ciertas donaciones tras la muerte del causante, BENITO PÉREZ, J., *Op.cit.*, p. 137

³¹⁶ En tal sentido, entre otros, GOMÉZ-SALVAGO SÁNCHEZ, C., (2006) *Op. loc. ult. cit.* ; En el mismo sentido señala CAILLEMER, R.; “*Born of the same creeds, it assumed everywhere the same forms.*” *Op.cit.*, p. 746; asimismo, en tal línea, COING, H., *Op.cit.*, p. 750. Interesante es también lo que apunta este último autor cuando explica que “El Derecho común no conoce ninguna regulación de la posición jurídica del albacea. El Derecho canónico solamente tiene preceptos particulares. Los detalles debieron ser elaborados por la doctrina. Esta utilizó, por una parte, disposiciones del derecho de los legados; por otra – sobre todo con respecto a las obligaciones del albacea – del derecho de la tutela”. *Op.cit.*, pp. 752-753

³¹⁷ Es interesante se comente algo que explica CAILLEMER, R., cuando señala que “*By a remarkable coincidence, the institution developed at the same time and assumed a great importance in two other legal systems, the Byzantine and the Mahometan*”, circunstancia, que vincula con una expansión generalizada de la idea de “caridad” en los siglos intermedios, traducida en la consideración de que se tenía un deber de ayudar a los pobres, lo que hará que se encuentre la figura tanto en el mundo cristiano como, por ejemplo, en el musulmán. *Op.cit.*, pp. 747-748

Señalado lo anterior, y con la idea presente de que la figura del ejecutor nació vinculada directamente con la aparición de las donaciones en favor del alma, debe comentarse que, indudablemente, a partir del siglo XII, con la aparición de la figura del testamento, la utilidad, así como la importancia de la figura del ejecutor, ya testamentario (y, por lo tanto, designado en tal testamento), se incrementó exponencialmente.

De este modo, en el Derecho común de la época, en gran parte nutrido del Derecho canónico, el encargado de que se llevara a cabo la voluntad del causante (expresada en el testamento), sería el ejecutor testamentario³¹⁸. Conforme a tal Derecho común, podía diferenciarse entre “*executor universalis*” y “*executor specialis*”³¹⁹. El primero debía ejecutar el testamento *ad pias causas*, con el deber de llevar a efecto todo el testamento³²⁰. El segundo, como puede presumirse, solo lleva a cabo concretas disposiciones, como podrían ser los legados.³²¹ De este modo, el *executor universalis* cuenta con todos los derechos de un heredero (ya que puede decidir y disponer, de toda la herencia), mientras que el *executor specialis* tiene una condición mucho más restringida³²². En Inglaterra, como se verá posteriormente, llegado el siglo XIII, se considerará que el *executor* es el representante del heredero, respondiendo del pago y recolecta de las deudas de la herencia, lo que identifica tal noción, con la de *executor universalis*.

Una vez se ha comprendido la situación general en la Europa de aquel momento en torno a la figura de tal ejecutor, urge que se conozca cómo se recibirían tales tendencias, concretamente, en los territorios de España e Inglaterra.

³¹⁸ Comenta COING, H., que “El albacea normalmente se denomina “*executor ultimarum voluntatum*”. Asimismo, señala el autor que “Ciertamente se encuentran también una serie de otras denominaciones, en concreto, “*commisarius*”, pero también “*distributor*”, “*minister*”, “*gardiator*”, “*dispensator*”. Él es la “*persona principaliter ad id constituta ut legitimam testatoris voluntatem impleat*””. *Op.cit.*, p. 752

³¹⁹ Siguiendo en estos extremos lo expuesto por COING, H., *Op. loc. ult. cit.*

³²⁰ Estaría “*heredis loco*”.

³²¹ Del mismo modo, señala COING, H., que, además, se distinguen “*executor testamentarii*” y “*convencionales*”, según el nombramiento se base sólo en el testamento o también en un contrato (mandato), señalando el autor un particular caso del Derecho castellano, en el cual el “*comissario*” tendría la facultad de otorgar testamento en lugar del testador (*executor cum facultate testandi*), exponiendo que tales facultades se recogían tanto en las Leyes de Toro (32-37) como en la Nueva Recopilación (5,4,5-11). *Op.cit.*, p. 752.

³²² En este sentido señala COING, H., que “En primer lugar, tiene que procurar que los herederos acepten la herencia. Luego debe preocuparse de que el heredero ejecute los legados. No obstante, él sólo no puede disponer de los objetos de la herencia, si el testador no le ha facultado para ello”. *Op.cit.*, p.753

(b) En España

En España, la figura que conocemos con el nombre de “albacea”, como aquella común a toda Europa del “ejecutor testamentario”, tiene sus orígenes, asimismo, en la Alta Edad Media.

En primer lugar, en cuanto a su denominación³²³, debe decirse que recibiría bastantes nombres diversos, unos explicativos de las funciones que realizaban: distributores (por repartir los bienes de la herencia), *elemosinarii* (ejecutando disposiciones “en favor del alma”), *manumisores* (suscribían documentos y transmitían inmuebles), tutores (encargados de proteger a determinadas personas), *executores* (realizando lo dispuesto estrictamente en testamento) o *cabazaleros* (típico de Aragón, relativo a la condición material de los mismos con respecto del testador en el momento en el que éste expresa su última voluntad), entre otros, como los de *vicarius* o *personarius*³²⁴. La denominación de “albacea”, que es la que sabemos perdura hasta nuestros días, tiene su origen en el influjo mozárabe, y a diferencia de las anteriores denominaciones, no tiene que ver con su función, sino más bien con su relación con el testamento (*al- wasiyya*).

En segundo lugar, en lo relativo a quiénes eran estos ejecutores, teniendo en cuenta que eran nombrados normalmente por el causante, y aunque pudieran ser terceras personas, o familiares, del disponente, era una circunstancia común que fueran clérigos³²⁵, tanto es así que en Las Partidas, cuando se trata la capacidad para ejercer tal cargo de albacea, además de aquellas personas a las que se les reconoce capacidad, la de los religiosos se

³²³ Y siguiendo lo expuesto por GARCÍA-GALLO, A., *Op.cit.*, p. 321.

³²⁴ En el mismo sentido, en cuanto a las distintas denominaciones que recibiría el ejecutor, DE ARVIZU Y GALARRAGA, F., *Op.cit.*, pp. 309 y ss.; MINGUIJÓN, S., *Op.cit.*, p. 173; así como BENITO PÉREZ, J., siendo interesante la descripción que este autor realiza sobre las leyes que recogían tal cargo, explicando que “El Fuero Real se ocupa de ellos en tres leyes (Fuero Real, lib. III, tít. V, leyes 7, II y III) (...)” así señala que “también en los Fueros de Valencia se señalaban las formas de nombrar albaceas(...)”, del mismo modo “Las partidas se ocupan asimismo de este instituto, llamando a sus titulares “cabazaleros, testamentarios e mansesores”, además de utilizar el vocablo arábigo albaceas”. *Op.cit.*, pp. 139-140

³²⁵ En tal sentido, DE ARVIZU Y GALARRAGA, F., *Op. loc. ult. cit*; GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, C., (2006), p. 1560; BENITO PÉREZ, J., *Op.cit.*, p. 140. Señala el último de los autores, además algo que aún otorga más sentido a tal circunstancia, y es que, en relación a la noción de ejecutor testamentario, “fueron canonistas quienes, antes que nadie, hicieron una sistemática exposición del instituto, pueden encontrarse vestigios ya en la Baja Latinidad, pues entonces eran muy frecuentes las disposiciones “*ad causas pías*”, que hicieron pensar en encargar a una persona de que las llevase a efecto bajo la vigilancia del obispo. El mismo nombre de ejecutores testamentarios fue introducido por las fuentes canónicas”. *Op.cit.*, p. 138

presume (habiendo sido negada anteriormente en el Fuero Real), no debiendo éstos, a diferencia del resto, dar fianza³²⁶.

En tercer lugar, en lo que atañe a sus funciones y facultades, debe decirse que tales funciones y facultades estarían muy ligadas a aquello que se hubiera dispuesto por testamento. En tal sentido, de un lado, si el causante no había dispuesto un fin concreto para sus bienes, las potestades del albacea eran dilatadas, configurándose como un “intermediario de transmisión”. De otro lado, si el causante había dispuesto específicamente de los bienes asignándoles un concreto fin, tal albacea se situaba en la posición de “mandatario”³²⁷. Así, y en palabras de MINGUIJÓN³²⁸, a los albaceas “les corresponde: entregar los legados, demandar en juicio y fuera de él los bienes del difunto y vender lo que fuera menester de ellos”, además, señala el autor que tales ejecutores debían cumplir su encargo en el tiempo fijado por el testador, si éste no hubiera fijado un plazo, lo antes posible, y como muy tarde en un año contado desde la muerte del causante. Debían además realizar otras gestiones, como presentar en el plazo de un mes el testamento al alcalde, para que se procediera a su lectura; llevar a cabo diligentemente toda otra disposición realizada en testamento o codicilo (en la forma en que el testador lo hubiese dispuesto), etc.³²⁹.

De este modo, el albacea obtuvo una significativa importancia, tanto, que “la ejecución testamentaria haría superflua la institución de heredero”³³⁰, y esto porque³³¹, nombrando tales ejecutores, el causante se libraba de tener que realizar los procedimientos por los cuales tenía que transmitir su propiedad conforme a la *traditio*, siendo más sencilla la opción de la mencionada designación de albacea, que se convertiría en poco tiempo en

³²⁶ Así lo expone BENITO PÉREZ, J., *Op. loc. ult. cit.*

³²⁷ En tales términos se expresa DE ARVIZU Y GALARRAGA, F., *Op. loc. ult. cit.* En tal sentido, señala GARCÍA-GALLO, A., que “los ejecutores *habent* los bienes del difunto. Pero qué se significa con ello no está claro. En ocasiones se consideran como propios (no siempre como igual a dominio), a veces es mera tenencia. Lo mismo que cuando dicen “*in nostro iure.*”” Del mismo modo, explica el autor que “en algunos casos se dice expresamente que el testador ha hecho “*traditio*” de ellos a los ejecutores; pero otras veces ésta no se hace como prueba a la autorización que en ese caso el testador concede a los ejecutores (...) no tanto como representantes sino por el poder dado por el “*per manus*” del testador, pero actuando en nombre propio, y en concepto de administración”. Asimismo, es también aclarativa la reflexión que hace el autor cuando explica que “el que los ejecutores transmitan en documentos otorgados en su propio nombre los bienes del difunto tampoco presupone que los hayan recibido previamente en propiedad o en fideicomiso; concretamente aluden como causa de ello a que lo hacen así porque así lo “*mandavit*”, “*disposuit*”, “*ordinavit*”, etc., el testador” *Op.cit.*, pp. 326 y 328

³²⁸ *Op.cit.*, p. 173

³²⁹ En tal sentido lo relata BENITO PÉREZ, J., *Op.cit.*, pp. 139-140

³³⁰ BENITO PÉREZ, J., citando a SALVIOLI, *Op.cit.*, p. 138

³³¹ Y siguiendo lo expuesto por BENITO PÉREZ, J., *Op.cit.*, pp. 138-139

algo más que un “mandato”, llegando a ser algo similar a una donación a tal ejecutor, pero que quedaba gravada con un fideicomiso “en favor del alma”, o para causas pías³³².

Así, y a modo de recapitulación de lo expuesto hasta el momento, debe comentarse que, en España, la noción de ejecutor testamentario (muy ligada a la influencia de la Iglesia³³³), tuvo su origen en la Edad Media, pero, hasta lo que se ha explicado, con unas facultades mucho mayores que las que conservaría hasta nuestros días, y esto porque “cuando el testador instituía herederos a los pobres, a su alma o bien cuando quería dar a su herencia un destino piadoso o benéfico, el albacea universal aparecía como un *quasi heres*, o se encontraba *heredis loco*, y por tanto con unas facultades análogas a las de un heredero”³³⁴.

La anterior circunstancia de significativo poder del albacea no se mantendría, en España, por mucho tiempo, y esto porque, como se expuso en los anteriores apartados, y a partir del siglo XII, tuvo lugar el movimiento conocido como *Recepción del Derecho romano*, que ejerció una muy fuerte influencia en nuestro país y que, a la manera romana, devolvió, a partir del siglo XIII, la importancia a la figura del heredero, de la que se hablará en un momento ulterior, volviendo a ser tal institución “*caput et fundamentum*” del testamento, fundamental para el mismo, despojando a los ejecutores de su anterior peso, o autoridad.

Ilustrativo de la anterior evolución, es el hecho de que, en palabras de COING³³⁵; “la vigilancia sobre los albaceas, que en la Edad Media había correspondido a los obispos, en el *Antiguo Régimen* corresponde a las autoridades seculares”, destacando el autor que “sólo en Inglaterra la posición de los obispos permaneció inmutable”; veamos el porqué.

³³² Señala asimismo BENITO PÉREZ, J., que esto ocurrió en un período en que las influencias germánicas eran fuertes, y esto, por el hecho de que, en las costumbres bárbaras, al no admitirse la representación, se tuvo que construir una teoría en virtud de una cierta investidura provisional.

³³³ Que retenía para sí un tercio de los bienes muebles “en favor del alma” del fallecido.

³³⁴ PUIG FERRIOL, “Comentario al artículo 892 del CC”, *Comentario del Código Civil*, Tomo I. Paz- Ares Rodríguez, C., Díez-Picazo Ponce de León, L., Salvador Coderch, P., Bercovitz, R., (Dir.), AAVV. Ministerio de Justicia, Secretaría General técnica, Centro de publicaciones, Madrid, 1993, p. 2186

³³⁵ *Op.cit.*, p. 755

(c) *En Inglaterra*

Se había comentado, al inicio del presente apartado, que, al momento de su origen, la figura del ejecutor testamentario había sido análoga en los territorios de España e Inglaterra, pero que, aun con tal germen común, la evolución que seguiría la figura sería diversa. Y es tal evolución, fruto de las circunstancias históricas que se detallaran a continuación, la que separará irreparablemente lo que se entienda por albacea, en España, y *executor*, en Inglaterra, en nuestros días.

Proveniente del Derecho canónico (al igual que en el caso de España), adquirió asimismo la figura del ejecutor en Inglaterra, a partir del siglo XII, una mayor significatividad cuando, de la mano de la Iglesia, se introdujo la noción de testamento propiciada por el ya repetido movimiento de *Recepción del Derecho romano*. Pero, antes de continuarse con qué ocurriría a partir de tal siglo XII, debe apuntarse, que, al igual que se comentó inicialmente, también en el concreto caso de Inglaterra, la figura o, al menos, la idea que la misma proyecta, había existido en forma anterior a la introducción de la noción de testamento. En tal momento anterior, el ejecutor se encargaba de que se llevaran a cabo las donaciones *pro anima* (*gifts pro anima*) con efectos tras la muerte y se ocupaba, asimismo, de que el difunto fuera enterrado en tierra consagrada, entre otras gestiones, todo, con el objeto de la redención de su alma³³⁶.

También en tiempo anterior al siglo XII, y con ello con anterioridad al reconocimiento en Inglaterra de la figura del testamento, se había visto que, durante el *Anglo-Saxon period*, existió un instrumento escrito llamado “*cwide*” (recordemos, una especie de testamento reservado a clases sociales altas y que, normalmente, necesitaba aprobación real). Sin detenernos en exceso en tal cuestión, tan solo comentar que ya existía la figura de una persona que vigilaba se cumpliera lo dispuesto mediante aquel instrumento, recibiendo esta persona la denominación de *mund*³³⁷. Se vio que, tras la Conquista Normanda, desaparecería tal instrumento, y, con ello, también la figura del *mund*, pero es interesante se conozca que, en sí, aunque no pueda compararse (por ser una figura del todo diversa) con la de ejecutor testamentario, existió una cierta noción relativa a una persona

³³⁶ En tal sentido comenta CAILLEMER, R., “*Happy he who has left behind him an almoner to watch over his soul, and make gifts pro anima*” *Op.cit.*, p. 747

³³⁷ Así lo reconoce CAILLEMER, R., dejando claro que “*the mund is very different from the testamentary executor as we shall find him later on in the English law, and if we want to find some analogous institution on the Continent, we must think, not of executors, but of the adjutores and the defensores, who in the charters of the Middle Ages, guarantee and protect legal acts.*”. *Op.cit.*, p. 752

encargada de ejecutar una última voluntad (que había sido reflejada por escrito), incluso ya en el *Anglo-Saxon period*.

Apuntado lo anterior, es el momento de situarse en el siglo XII, para comentar aquello que se había aplazado hasta este momento, esto es, como evolucionó la figura del ejecutor, ya testamentario, y si la *Recepción del Derecho Romano* afectaría de la misma forma a tal figura que en el caso español.

Introducida la figura del testamento (en el sentido en que lo conocemos) en Inglaterra (s. XII), el *executor* adquiriría rápidamente una significativa importancia. Su función era, básicamente, liquidar el patrimonio del causante, recibiendo los activos, aunque, posteriormente, recibiría también los pasivos (esto es, pasarían a él también las deudas). Además de lo anterior, tenía otras funciones³³⁸: interpretaba el testamento, resolvía las posibles controversias en torno al mismo, entregaba los legados a los legatarios y si, tras liquidar el patrimonio, quedaba algún remanente, disponía de aquél discrecionalmente como pensara era más favorable para el alma del difunto. Tal sería su importancia que “frente a los terceros continuaba a la persona del causante, como el heredero del Derecho Romano”³³⁹.

El *executor*³⁴⁰, desde entonces, fue nombrado en el testamento como un sucesor universal, pero hay que tener en cuenta desde este momento que no era un sucesor en todos los bienes del causante, sino sólo en los bienes muebles, ya que la tierra seguía otro cauce, pasando al heredero³⁴¹. Debe destacarse que³⁴², asimismo, a partir del siglo XIV, cuando en el testamento no se nombraba ningún *executor*, normalmente el pariente más próximo era designado *administrator* en defecto de aquél.

Llegado tal momento, de generalizada recepción del Derecho Romano en Europa, como se vio, en España (al igual que gran parte del continente), la institución del ejecutor testamentario se debilitaría, en favor de la noción romana de “heredero”, por lo que,

³³⁸ Se sigue para la enumeración de tales funciones lo expuesto por CAILLEMER, R., *Op.cit.*, p. 747

³³⁹ CAILLEMER, R., *Op.cit.*, p. 747. En el mismo sentido, PLANITZ, H., *Op.cit.*, p. 374; WENDELL HOLMES, O., *Op.cit.*, p. 301.

³⁴⁰ Que en muchas ocasiones era un clérigo, o, incluso, un obispo.

³⁴¹ Teniéndose, además, en cuenta, algo que ya se comentó en un momento posterior del estudio, y es que disponer de la tierra por testamento, no estuvo permitido más que excepcionalmente hasta aproximadamente el siglo XV.

³⁴² Y en tal sentido lo comenta PLANITZ, H., *Op.cit.*, p. 374

mientras mayores eran las facultades reconocidas al heredero, en mayor medida se mermaban aquellas que había retenido el ejecutor. En Inglaterra el efecto sería el opuesto.

Consecuencia de tal movimiento, que produjo una fractura en los conceptos que se habían tenido en cuenta hasta el momento en toda Europa, el *executor* inglés vio incrementadas sus facultades. Aún en los siglos XIII y XIV contaba con limitados poderes, y se hallaba sometido a constante supervisión, pero para el siglo XVI había ya asumido un poder casi incontrolable sobre toda la parte mueble del patrimonio hereditario³⁴³.

Para que se entienda claramente el progresivo avance de la figura, señala CAILLEMER³⁴⁴ tres elementos o, más bien, principios, a tener en cuenta que, explicados, albergan toda la información necesaria para que se conozca cómo evolucionó tal figura del *executor*. Tales principios, serían los siguientes: en primer lugar, el referente a que el *executor* recibe los bienes muebles del testador; en segundo lugar, el relativo a que llega a ser el representante de aquél (también en cuanto a demandas y responsabilidad) y; por último, en tercer lugar, el atinente a que obtendría un derecho sobre el residuo o remanente. Estos mencionados principios se sucederían temporalmente en el mismo orden expresado.

En cuanto al primero de los principios, esto es, el relativo a que el *executor* recibe los bienes muebles del testador, debe comentarse algo que ya se ha adelantado, y es precisamente que los ejecutores testamentarios tenían limitadas sus facultades a tales bienes muebles (denominada la propiedad sobre los mismos “*personal property*”), nunca pudiendo detentar la denominada, posteriormente, “*real property*” (esto es, la atinente a los bienes inmuebles) y esto, en gran parte, por las restricciones técnicas que existían para transmitir *mortis causa* la propiedad inmueble (que ya se vieron en un apartado anterior)³⁴⁵, lo que dejaba estos bienes fuera del ámbito de acción del ejecutor testamentario. Esto llevaría a que la propiedad mueble y la inmueble, como también se ha visto en el anterior apartado, siguieran cursos diversos, e incluso, se vio, jurisdicciones

³⁴³ En tal sentido, CAILLEMER, R., *Op.cit.*, p. 751

³⁴⁴ *Op.cit.*, p. 752

³⁴⁵ En este mismo sentido comenta CAILLEMER, R., “*the English customs became strongly attached to the principle that no one can alien an immovable without entirely divesting himself of it during his lifetime, and they even required for the validity of gifts of immovables that the donor should be in sound bodily condition. This virtually amounted to a prohibition of testamentary disposition of immovables. Consequently the sphere of action of testamentary executors became restricted to movables*”. *Op.cit.*, p. 752.

distintas³⁴⁶. Es cierto³⁴⁷, y debe aunque sea apuntarse, que el hecho de que la propiedad mueble pasara directamente al executor no fue una circunstancia que se diera desde el principio y esto, porque durante el siglo XII, aún parte de la propiedad mueble pasaba al heredero para que éste pudiera pagar las deudas y llevar a cabo las disposiciones de última voluntad, y aunque aplazaremos el tratamiento del heredero inglés al siguiente apartado (específico a tal respecto) es necesario que, al menos, se conozca tal evento. De este modo, y a partir del siglo XIII, el heredero iría perdiendo facultades en favor del *executor*, que acabaría siendo el único sucesor en la propiedad mueble. Durante el mencionado siglo, así como en el siglo XIV, encontraría tal executor otra limitación y es que en tal momento se reconoció que, si el causante tenía mujer e hijos, podía disponer de sólo de un tercio de tales bienes. Si tenía solo mujer, o solo hijos, podría disponer, en cambio, de la mitad de aquellos. En cuanto a la relación de poder entre tales ejecutores y los legatarios designados en el testamento, tenían los primeros una posición predominante, dado que tales legados podían llevarse a cabo tan sólo si eran autorizados por aquél³⁴⁸.

En lo relativo al segundo de los mencionados principios, este es, el referente a que el executor llegaría a ser el representante del testador, debe señalarse que tal concepto era difícil de asimilar para el sistema anglosajón, lo que haría que la asunción o aceptación de tal noción fuera más lenta que en el Continente, por la propia estructura del sistema de *Common law* inglés, que hacía casi prácticamente imposible el traspaso de los créditos y las deudas del testador al *executor*³⁴⁹, e incluso cuando se permitió que el testador encargara al *executor* el pago de sus deudas, esto no excluía la responsabilidad que aún el heredero tenía sobre las mismas³⁵⁰. La anterior circunstancia experimentaría un cambio

³⁴⁶ Apunta CAILLEMER, R., que, incluso con la llegada del feudalismo tras la Conquista Normanda y por ello, con el auge del sistema de la primogenitura y preferencia masculina en la sucesión, este hecho no cambió, dado que tal sistema era inaplicable para los bienes muebles, por lo que la figura del executor testamentario seguiría evolucionando a pesar de tal circunstancia. *Op.cit.*, p. 753

³⁴⁷ Siguiéndose en la exposición de tales extremos lo expuesto por CAILLEMER, R., *Op.cit.*, pp. 753-756, así como lo explicado por WENDELL HOLMES, O., *Op.cit.*, p. 322

³⁴⁸ Asimismo, señala CAILLEMER, R., a este respecto que “*while many customs of the Continent limit the executor’s seisin to one year, the English common law provides, on the contrary, that during the first year the legatees cannot sue the executor to compel him to deliver the chattels*”. *Op.cit.*, p. 755

³⁴⁹ A este respecto, argumenta CAILLEMER, R., que “*Obligations to the bearer, the use of which had in Italy rendered the transfer of claims from the testator to the executor possible, were almost unknown in England at the beginning of the 13th century*.” Señalando asimismo el autor que, si era posible la representación en juicio por un “*attorney*”, pero sólo en casos excepcionales, y tal representación tan solo podía estar en vigor en vida del representado, pero no tras su muerte. *Op.cit.*, pp. 756-757

³⁵⁰ Circunstancia que se estudiaría posteriormente, cuando se trate la noción de “heredero”, en ambos ordenamientos, en los siglos intermedios. Aun lo anterior, es interesante se señale que, como explica WENDELL HOMES, O., en tiempos del rey Eduardo III “las deudas dejaron de concernir al heredero, excepto de una forma secundaria; el albacea tomó su lugar, tanto para el cobro como para el pago. Se dijo

poco tiempo después, y esto, debido a que las deudas empezaron a considerarse como un gravamen exclusivo sobre los bienes muebles, lo que trajo para sí que, si los ejecutores eran los únicos que disponían de tales bienes, parecía lógico que debieran ser también aquellos que se encargaran de pagar las deudas que los gravaban, principio que se aplicó en primer lugar en los Tribunales eclesiásticos y, asimismo, acabaría también aplicándose en los Tribunales reales³⁵¹.

Dicho lo anterior, debe apuntarse que, la evolución que se produjo por la cual el cobro y pago de las deudas pasó de concernir al heredero para ser el *executor* el nuevo representante del testador en tales derechos y obligaciones, no fue sencilla ni asumida directamente, o en forma automática, sin plantear conflictos y es que, no olvidemos, aún existían dos jurisdicciones (la eclesiástica y la civil) y, como ya se adelantó, la cuestión de quién debía conocer de las deudas de la herencia no fue pacífica³⁵². Lo que daría origen al conflicto sería el hecho relativo a que, cuando empezaron a plantearse ante las Cortes eclesiásticas “*actions of debt*” (acciones por deudas), relativas al patrimonio hereditario, por los *executors* o contra ellos, como eran materias ligadas al testamento, aquellos tribunales empezaron a conocer de las mismas (ya que retenían las competencias relativas a la sucesión testamentaria, como se vio anteriormente). Comenzarían las tensiones cuando los Tribunales eclesiásticos empezaron a reconocer obligaciones que las Cortes civiles pensaban no eran vinculantes o que no debían obligar, siendo los primeros de los tribunales nombrados, mucho menos estrictos en la prueba de las señaladas obligaciones³⁵³. Finalmente, cuestión que también se adelantó en el apartado precedente, tal conflicto se solucionó mediante un, digamos, “ajuste” (o acuerdo) en el reparto de competencias entre ambos Tribunales, mediante el cual, los Tribunales civiles serían los competentes para conocer de las acciones por deudas entabladas por *executors* o contra ellos, aceptando a cambio, para ello, que los *executors* fueran considerados

que aun cuando el heredero estaba obligado no podía ser demandado a excepción del caso en el que el albacea no tuviera ningún activo”. *Op.cit.*, p. 323

³⁵¹ Aunque matiza tal circunstancia CAILLEMER, R., exponiendo que Bracton explicaba que parecía que las reclamaciones debían ser satisfechas por los ejecutores en el caso en el que hubieran sido conocidas durante la vida del testador, ya que, al conocerse, eran una parte integrante del patrimonio de aquél, y por ello, no existía ningún problema para que se transmitieran con tal patrimonio al executor. *Op.cit.*, p. 758

³⁵² Se seguirá para el desarrollo de esta cuestión lo expuesto por WENDELL HOLMES, O., *Op.cit.*, pp. 321 y ss.; CAILLEMER, R., *Op.cit.*, pp. 759-763.

³⁵³ Esto, como señala CAILLEMER, R., estaba muy ligado a la intención de las Cortes eclesiásticas de restringir todo incumplimiento de promesas (*fidei laesio*). *Op.cit.*, p. 760

(también por tales tribunales) los representantes activos y pasivos del causante³⁵⁴. Es por todo lo anterior, que el heredero había sido el responsable de las deudas del causante y cobraba los créditos de éste “hasta que el albacea ocupó su sitio tanto en los Tribunales del rey como en los de la Iglesia”³⁵⁵. Dicho lo anterior, tan sólo mencionar, dado que el tratamiento de tal extremo no corresponde al presente aparatado, que, aun siendo el *executor*, en tal momento, considerado el representante activo y pasivo del causante, el heredero siguió siendo representante del causante en lo relativo a los derechos y obligaciones ligados a una obligación que existía en aquel tiempo en el *Common law* inglés, una obligación de garantía, que surgió de la transmisión de bienes, normalmente, en aquel momento, inmuebles. Tal garantía, en palabras de WENDELL HOLMES³⁵⁶, “consistía en defender el título, y si la defensa fallaba, dar al propietario excluido otra tierra de igual valor”, de este modo, señala el autor que “si un antecesor había transmitido tierras con garantías, esta obligación no podía ser cumplida por su albacea, sino solamente por su heredero, al que habían pasado sus tierras”³⁵⁷, lo que nos muestra la gran diferencia de éste sistema con el nuestro, y que deba tratarse con mucha cautela la presente materia.

Por último, debe tratarse el último de aquellos principios que debían tenerse en cuenta, este es, el relacionado con la circunstancia relativa a que finalmente adquiriría, el *executor*, un derecho sobre el remanente, o residuo, del patrimonio hereditario³⁵⁸. A este respecto, cabe se diga que mientras en el Continente se iría extendiendo el uso de designar como legatario en el residuo a terceras personas, mediante una específica cláusula; en Inglaterra, recibir tal residuo, en cambio, se iría configurando como un derecho del *executor*³⁵⁹. En un primer momento, durante los siglos XIII y XIV, si nada se había

³⁵⁴ Aunque debe apuntarse que no se produjo, tal acuerdo, de una manera rápida y pacífica, ya que como relata CAILLEMER, R., “*No doubt, in 1287, the synod of Exeter (c.50) excommunicates debtors of the estate who prevent testamentary executors from prosecuting their claims before the courts of the Church*”. *Op.cit.*, p. 761. Asimismo, es interesante se resalte en torno a tales extremos, que, tal executor, si era asimismo acreedor del patrimonio hereditario, llegaría a tener preferencia para satisfacer su crédito con cargo al caudal hereditario sobre los acreedores del mismo rango.

³⁵⁵ WENDELL HOLMES, O., *Op.cit.*, p. 304. Debe tenerse en cuenta, que tal obra ha sido traducida al español, y de ahí que se diga “albacea” en vez de “*executor*”, aunque debe tenerse precaución en el uso de la terminología, dado que nuestro albacea, en ningún modo es el *executor* inglés.

³⁵⁶ *Op.cit.*, p. 322

³⁵⁷ Añadiendo, además, que, al pasar la tierra a sus manos, el heredero el único interesado en ejecutar tales garantías.

³⁵⁸ Siguiendo el esquema expuesto por CAILLEMER, R., *Op.cit.*, pp. 764-769

³⁵⁹ Señala CAILLEMER, R., que el origen de tal principio es oscuro, aclarando: “*The English wills of the 13th century rarely contain a residuary disposition; as a rule they are made up of a number of particular bequests*”. Asimismo, en relación a como empezarían a adquirir tal derecho sobre el residuo, aclara el autor que “*It is also possible that the rules relating to the assignment of the “dead’s part” to the executors have been influenced by rules relating to its assignment to the administrators (who also, at that time, were also*

dispuesto en el testamento, y teniendo en cuenta que en ese momento existían derechos de la mujer y los hijos sobre parte de los bienes muebles de los que el *executor* disponía, éste podía tan solo distribuir el residuo de la parte de la que podía disponer (que era llamada “*dead’s part*”). Como se ha visto, estos derechos irían progresivamente desapareciendo³⁶⁰. Tras la pérdida de estos derechos por la mujer y los hijos, el *executor*, por tanto, podía disponer del residuo del conjunto de todos los bienes muebles, pero esto no quiere decir que pudiera hacerlo libremente, sino siempre “en beneficio del alma” del causante, siendo posible, a lo sumo, que el Obispo autorizara, al ser una herencia muy cuantiosa, que el *executor* recibiera una pequeña remuneración a cuenta de la labor realizada por el mismo. En un momento posterior, y como se decía, mientras en el Continente se realizaban legados del residuo en favor de terceras personas, en Inglaterra, comenzaron a efectuarse disposiciones en testamento en las que el residuo, en casi la mayoría de los casos, se legaba a los *executors*³⁶¹, por lo que, de este modo, los *executors* empezarían a quedarse el residuo para sí mismos, y no para distribuirlo en favor del alma del causante. Con el paso del tiempo, se llegaría a que; si el causante no había designado un legatario del residuo, los *executors* recibirían el residuo (de todo el conjunto de la *personalty*) para sí mismos y no con el fin de distribuirlo.

Tal circunstancia llegó a tener una mayor repercusión, que situaría al *executor* en una posición completamente predominante en la sucesión, y es que se acabaría considerando por el *Common law* que el solo nombramiento del *executor* en testamento hacía tal testamento válido. En tal sentido, y en palabras de WENDELL HOLMES³⁶², el *executor*, “tenía derecho al residuo no distribuido, no en carácter de legatario de esos bienes muebles específicos, como puede correctamente conjeturarse, sino porque representaba la persona del testador, teniendo en consecuencia todos los derechos que tendría el testador después de la distribución, si estuviera vivo”. Del mismo modo, explica claramente CAILLEMER³⁶³, que su posición es a este respecto exactamente la misma

called executors). *The administrator may dispose of the dead’s part of the deceased: why should the executor, chosen by the deceased and enjoying his confidence, not have the same right?*”. *Op.cit.*, p. 764

³⁶⁰ Aunque se mantendrían hasta el siglo XVIII (en el que se unificaría el derecho en tal punto) en los territorios de Londres, Yorkshire y Gales. En tal sentido, CAILLEMER, R., *Op.cit.*, p. 765

³⁶¹ Aunque, apunta CAILLEMER, R., en muchas ocasiones, se supeditaba tal disposición al cumplimiento efectivo de la labor de llevar a cabo las disposiciones testamentarias, esto es, si no llevaba a cabo lo dispuesto en el testamento, no podría pedir que se le entregara tal legado. *Op.cit.*, p. 766

³⁶² *Op.cit.*, p. 300

³⁶³ *Op.cit.*, p. 767

que aquella del heredero romano, cuyos derechos podían estar limitados por los particulares legados existentes, pero que tiene derecho sobre la totalidad de la sucesión³⁶⁴.

Así, y a modo de conclusión, debe tenerse en cuenta la distinta naturaleza del “*executor*” inglés en relación al “albacea” español en los siglos intermedios, noción que, aunque tenga una raíz común, no evolucionaría, como ha podido observarse, en modo alguno de forma similar, evolucionando el albacea en sentido opuesto al *executor* tras la Recepción del Derecho Romano, viendo el primero como decrecían sus facultades en favor de la figura del heredero, mientras el segundo asumía cada vez más autoridad, hasta que acabara considerándose equiparable al heredero romano por la propia doctrina inglesa. En tal sentido, en palabras de CAILLEMER³⁶⁵; “*the executor becomes like an appointed heir, or rather, in numerous points, he has more rights than an heir*”, del mismo modo, en tiempo anterior, ST. GERMAIN³⁶⁶, equiparaba ambas instituciones, señalando en su famosa obra “*Doctor and Student*”; que ambas eran una misma cosa, afirmando: “*the heir, that in the English law is called executor (...)*”.

Antes de comenzarse el siguiente apartado, tan sólo apuntarse que en siglos posteriores llegaría el *executor* a ser el representante del causante no solo en la “*personal property*”, sino también en la “*real property*”, y no sería hasta momentos, en gran medida, actuales, hasta los que se produciría un retroceso hacia una consideración más restringida de los poderes del *executor*, pero tal cuestión no puede, ni debe, ser tratada en este momento ya que se verá en un momento posterior del estudio.

³⁶⁴ Cita CAILLEMER, a BLACKSTONE, a este respecto, señalando que lo que éste último exponía en torno a este punto, cuando explica: “*If there be none (residuary legatee) (...) it was a long settled motion that it developed to the executor’s own use, by the virtue of his executorship*”. *Op.cit.*, p. 767

³⁶⁵ *Op.cit.*, p. 751

³⁶⁶ ST. GERMAIN, C., “*Doctor and Student or, dialogues between a doctor of divinity and a student in the Laws of England containing the grounds of those laws together with the questions and cases concerning the equity thereof*” (1518). Based on the 1874 Edition. Electronic edition of Lonang Institute, 2006, p. 30

2.2.2. La noción de “heredero” en España e Inglaterra en los siglos intermedios

Una vez que se conoce la distinción existente, en los siglos intermedios, entre el *albacea* en España, y el *executor* en Inglaterra, y contando con tal información, debe hacerse un breve recorrido comparado que muestre un boceto, o esquema, sobre qué se entendiera por “heredero” en cada uno de los sistemas jurídicos de ambos países en aquel tiempo, cuestión, que con la, ya mencionada, información del anterior apartado, se muestra como una labor mucho menos ardua, o farragosa.

Se había visto como, en ambos sistemas, tras la caída del Imperio Romano de Occidente, y debido en gran parte a la influencia del derecho canónico, la designación de heredero por testamento había dejado de ser fundamental, por lo que la noción misma de heredero perdió su tradicional significatividad³⁶⁷.

El punto en mayor medida clave que marcaría, podemos decir, “un antes y un después” (en términos del análisis comparado que se realiza), sería el momento coincidente con el movimiento de *Recepción del Derecho Romano* (s. XII) y, sobre todo, con la manera en la que se recibiría tal Derecho (en la materia que se estudia) por uno y otro sistema, así como la posterior evolución que se produciría. Vimos que así fue en el caso de la figura del executor testamentario y, asimismo lo es (como no puede ser de otra forma por la pareja evolución que siguen ambas figuras) en la del heredero.

Comenzando por España, y retrocediéndose en el tiempo hacia la caída del Imperio Romano de Occidente (año 476), debe decirse que, a partir de aquel momento, como se vio, el sistema jurídico de tal territorio se configuraría como una mezcla entre la costumbre del lugar, las influencias germánicas y, de la mano de las invasiones bárbaras, el derecho romano vulgar, sin olvidar la creciente evolución de la influencia de la Iglesia cristiana y con ella, de su Derecho. En tal momento inicial, se impone en nuestro país un sistema sucesorio familiar, lo que, como se estudió, trajo para sí que el concepto de sucesión en la Alta Edad Media tuviera “un uso más restringido que en la actualidad, pues sólo se refería a la “sucesión legítima” y no comprendía los actos de disposición voluntaria”³⁶⁸. Por lo tanto, y en lo que a la noción de heredero se refiere, en la Alta Edad

³⁶⁷ En tal sentido, COING, H., *Op.cit.*, p. 708

³⁶⁸ TAU ANZOATEGUI, V., en *Esquema histórico del derecho sucesorio. Del medioevo al siglo XIX*, Ediciones Machi, Buenos Aires, 1982, p. 14. Aún lo anterior, señala el autor que “Tampoco la sucesión

Media, el heredero lo era aun cuando el causante vivía, era aquél que a la muerte del mismo podía adquirir sus bienes, concepto, que era diverso en el mundo romano, en el cual para poder ser considerado heredero se necesitaba la previa muerte del causante³⁶⁹.

De este modo, en palabras de GARCÍA-GALLO³⁷⁰, “la sucesión familiar presenta un carácter propio: que no supone una transmisión de bienes, sino tan sólo un cambio de titularidad, y que, por ello, como *heredes* se consideran ya antes de operarse aquel cambio, antes también de que se origine una *hereditas*, a los que en su día habían de convertirse en titulares de los bienes”. Asimismo, explica nítidamente el mencionado autor que, estos herederos familiares no podían compararse a los que recibían los bienes por un acto de disposición por causa de muerte, ya que los últimos no estaban unidos al causante por un vínculo de parentesco, sino por un acto que podía ser revocado generalmente. Por ello, aquellos que recibían los bienes por medio de un acto de disposición *mortis causa*, recibían aquellos bienes mediando *traditio*, esto es, mediante una transmisión, inexistente para los herederos legítimos, únicos que se considera “sucedan” realmente al causante³⁷¹.

Así, durante la Alta Edad Media, el testamento había perdido su antigua importancia como instrumento que mediara en la sucesión universal, siendo entonces las únicas disposiciones que solían realizarse a título singular, muy relacionadas, como se vio, con las donaciones en favor del alma (con efectos tras la muerte del causante). De este modo, asimismo, vimos, la institución del ejecutor testamentario cobró una extraordinaria importancia en tiempo anterior a la influencia del generalizado movimiento de *Recepción del Derecho Romano*, llegando a considerarse, aquel “albacea universal”, como un *quasi heredes*, y de ahí que la existencia del heredero designado por un acto de disposición *mortis causa*, como se dijo, pareciera no tener sentido o, al menos, no en la práctica.

A partir del siglo XII, se producirá un giro radical en los acontecimientos, y es que, con el comienzo del movimiento de *Recepción del Derecho Romano*, el testamento volvió a

familiar era absoluta, pues permitía al titular disponer libremente de una cuota de su patrimonio (...). *Op.cit.*, pp. 14 y ss.

³⁶⁹ En tal sentido, GARCÍA GALLO, A., aclarando el autor que el heredero de la Alta Edad Media, lo era, aunque, acaso, no llegara a recibir los bienes si el propietario disponía de ellos previamente. *Op.cit.*, p. 261

³⁷⁰ *Op.cit.*, p. 262

³⁷¹ En tal sentido comenta, igualmente, GARCÍA-GALLO, A., que “los bienes recibidos de un extraño mediante una disposición *mortis causa* tienen el carácter de “adquiridos” o “ganados”, a diferencia de los recibidos mediante sucesión, que son de “abolengo”; es decir, que unos y otros son de distinta condición”. *Op. loc. ult. cit.*

cobrar fuerza, y, más importante, se produjo un renacimiento de la consideración de la importancia de la institución de heredero. La fuente que mejor sintetizaría tales cambios en España y por ello, a la que acudimos, serían Las Partidas³⁷², que confirman el antiguo principio romano de la necesidad de instituir heredero para que el testamento sea considerado válido, algo que no había sido conocido por las leyes visigodas, ni se recogió en el Fuero Real³⁷³. Así, se devolvió, por tanto, vigor a la noción del heredero instituido por tales disposiciones *mortis causa*.

Aún lo anterior, posteriormente, en el siglo XIV, el Ordenamiento de Alcalá declararía que el testamento sería válido para el resto de disposiciones recogidas en el mismo aun no habiéndose instituido heredero alguno³⁷⁴, no rigiendo, aun actualmente, la regla “*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*”³⁷⁵.

De este modo, y a modo de recapitulación de lo comentado hasta el momento, lo que debe quedar claro es que, en España, tras las invasiones bárbaras, el antiguo testamento romano perdió su significación y, con ello, la noción de heredero que el mismo albergaba, tomando así su lugar, un concepto de “heredero familiar”, más vinculado con el parentesco de sangre, y que era el único se consideraba “sucedía”, en el más estricto sentido de la palabra, al causante. Con la *Recepción del Derecho Romano* (o romano-canónico), se volvió a revitalizar el testamento³⁷⁶ y, paralelamente, la figura del heredero designado por el mismo. Así, aunque, como se ha comentado, tal noción no determinara

³⁷² Explica TAU ANZOÁTEGUI que, en el supuesto en el que un hombre muriese sin testamento, las Partidas designaban a sus parientes como herederos, conforme a los tres grados o líneas que distinguían: la de los descendientes legítimos, la de los ascendientes y la transversal o colateral, siendo la primera de ellas excluyente de las restantes. En el caso en el que faltaran tales descendientes, la herencia era dividida por cabezas, entre padres o abuelos y hermanos. De no existir ascendientes, correspondía a los hermanos y en defecto de los mismos era llamado a la herencia el pariente que fuere hallado que es más cercano del difunto hasta en el décimo grado. Posteriormente se redujo al cuarto grado este orden sucesorio. En el extremo caso en el que, aún todo lo anterior, no existiera ningún pariente, heredaba el cónyuge, y a falta del mismo, los bienes pasaban a la Cámara del rey. *Op.cit.*, pp. 45 y ss.

³⁷³ En tal sentido se expresa MINGUIJÓN, S., citando el autor el fragmento de las partidas en que se recoge, que expondría que “*Fundamento e rayz de todos los testamentos, de cual natura quier que sean, es establecer herederos en ellos...*” *Op.cit.*, p. 171

³⁷⁴ Asimismo, señala MINGUIJÓN, S., que, en Aragón, “el testamento puede hacerse en varios intervalos (*Obs. 10 De testamentis*). No es necesaria la institución de heredero. Se hereda a beneficio de inventario, la responsabilidad del heredero por las deudas de la herencia sólo llega hasta donde alcanzan los bienes hereditarios (*Obs. 1ª de donationibus. Fuero Deiisqui in fraudem creditorum*). No hay colación de bienes (*Obs. 1ª de donationibus y 17 De iure dotium*). Se puede morir en parte testado y en parte intestado y, en este caso, en las cosas de que no se testó suceden los parientes más próximos (*Obs. 5ª De testamentis*) (...)” Lo que muestra, la confusión propia del proceso de evolución en los conceptos que se vivía en aquel momento. *Op.cit.*, p. 289.

³⁷⁵ En tal sentido, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho español, común y foral*, Tomo I, Vol III, Reus, Madrid, 1978, p. 98

³⁷⁶ En su más pura significación, aunque, claro ésta modificado, entre otras cosas, por el Derecho canónico.

finalmente la validez o no del testamento, sí queda claro que el que será considerado “sucesor” del causante, en aquel momento, tras el comentado proceso histórico, será el heredero, ya sea designado por testamento, ya sea *ab intestato*, pero será éste heredero el “protagonista” en la sucesión, en total detrimento de la figura del albacea, que quedaría como una mera figura administrativa. Veamos qué ocurriría en Inglaterra.

En cuanto a la noción de heredero en Inglaterra, mucho se ha adelantado en el tratamiento de la figura del *executor*, aunque es imprescindible se haga un breve recorrido por aquélla, para que queden patentes las convergencias, y divergencias, con lo que se entendió por heredero en nuestro territorio en aquel tiempo. Indudablemente, como puede desprenderse de lo que se explicó en el anterior apartado, tal mencionado recorrido tiene que ir pegado al de la figura del *executor* y esto, porque nos cuestionaremos si, en aquel tiempo, heredero y *executor*, no eran en realidad, y en sustancia, una misma cosa.

Sin poder introducirnos en mayor medida en tal circunstancia, con anterioridad a la entrada de la Iglesia en Inglaterra, no se plantea un mayor problema en el entendimiento de la noción de heredero, dado que, las costumbres germánicas, vigentes hasta aquel momento, no conocían del testamento, ni de una noción de disposición de bienes con efectos tras la muerte, por lo que la sucesión se regía por los principios relativos al parentesco de sangre que ya se han explicado en un momento anterior.

Con la entrada de la Iglesia, en principio, la situación no variaría en gran medida en torno a lo que se entendiera por heredero, dado que, aun introduciéndose aquellas disposiciones para después de la muerte, en favor del alma, el heredero, seguía siéndolo por su condición de pariente de sangre, y conforme a tales creencias.

El punto de inflexión, como se sabe, lo marcaría el siglo XII, con la introducción (por influencia del movimiento de *Recepción del Derecho romano*) de mano de la Iglesia (o, mejor dicho, del Derecho canónico), de la figura del testamento, en el sentido en el que lo conocemos, por lo que, aquella persona que, anteriormente, tan sólo vigilaba se llevasen a efecto las donaciones mortis causa en favor del alma, pasó a ser designada por testamento, lo que marcaría “un antes y un después” en la significatividad de tal figura.

Como ya se apuntó, en un momento precedente del estudio, el interés de la Iglesia y, con ello, de su Derecho, iba dirigido a que el testamento no tuviera como figura fundamental

la institución de heredero, sino que, en cambio, girara más bien en torno a una teoría del legado, que permitía, como es claro, engrandecer los poderes del *executor*, por lo que fue más en este sentido en el que se introdujo la noción de testamento en Inglaterra.

Comentado lo anterior, y a partir de tal momento, debe tenerse en cuenta que para que se entienda cómo evolucionaría la figura del heredero (aquel primigenio heredero familiar), junto a la, cada vez más poderosa, noción de *executor* testamentario, deben tenerse presentes dos eventos o circunstancias fundamentales: de un lado, la distinción entre la propiedad mueble y la inmueble y, de otro, muy relacionado con la anterior distinción, quién se ocuparía del pago de las deudas del patrimonio hereditario. Todo lo anterior, considerado en un eje cronológico en el que, a partir del siglo XII y, sobre todo, XIII, se producirá un giro en los acontecimientos.

En cuanto a la distinción entre el patrimonio mueble e inmueble para lo que interesa al análisis, y muy ligada tal cuestión al segundo de los factores, este es, a quién debiera pagar las deudas del caudal hereditario, debe decirse que, fruto del influjo del Derecho feudal (introducido, como se vio, por la invasión Normanda), así como de la más pura practicidad ligada a la utilidad del patrimonio mueble para realizarse las anteriores, ya mencionadas, donaciones *mortis causa* “en favor del alma”, llegado el momento de designarse en testamento el *executor* testamentario, éste, progresivamente, iría sucediendo en la propiedad mueble, mientras, durante siglos, la propiedad inmueble seguiría pasando al heredero. Y se dice “progresivamente”, porque todavía a finales del siglo XII, aún, lo que se denominaba “*catalla*”³⁷⁷, que acabaría englobando en su significado todos los bienes muebles, pasaba al heredero, con el objetivo de que el mismo, con tal “*catalla*”, pagara las deudas y llevara a cabo la última voluntad del testador³⁷⁸. Sería a partir del siglo XIII cuando tendría lugar un cambio en tales extremos, y aquél “progresivo cambio” en cuanto a quien sucedería en la propiedad mueble, tomó finalmente forma, siendo desde ese momento el *executor* el que sucedía en aquélla.

El hecho de que, desde entonces, el *executor* sucediera al testador en la parte mueble de sus bienes, no significó automáticamente que cesara la responsabilidad del heredero en relación al pago de las deudas de la herencia, lo que paulatinamente empezaría a

³⁷⁷ Que, en un principio, eran, básicamente los animales de granja.

³⁷⁸ En tal sentido, CAILLEMER, R., indicando el autor que “*this fact is clearly indicated in 1176 in the assize of Northampton*”. *Op.cit.*, p. 753

cuestionarse, como se vio en el apartado anterior, cuestión, que se resolvió en el momento en el que las deudas se asociaron únicamente con los bienes muebles, que estaban gravados con aquéllas. Desde ese momento, empezaría a ponerse en duda la lógica de que el heredero respondiera de las deudas, si éstas estaban ligadas a la propiedad mueble, y aquella estaba completamente en manos del *executor*, lo que, finalmente, en un primer momento, aceptado por los Tribunales eclesiásticos y, posteriormente, por los Tribunales del rey, se resolvería en el sentido de que fuera el *executor* el que cargara con el deber de pagar tales deudas³⁷⁹. Así, gradualmente, y como se vio anteriormente, el *executor* se fue convirtiendo en el representante activo y pasivo del testador, los créditos y deudas de éste acabarían recayendo sobre el mismo “como lo hacían sobre el heredero en Roma”³⁸⁰, lo que marcó el comienzo del engrandecimiento de los poderes del *executor*, en detrimento de aquellos del primigenio heredero.

Habíamos visto que aún en el siglo XIII y XIV, los poderes del executor seguían siendo limitados y sometidos a supervisión. Asimismo, se vio que la disposición de la propiedad mueble en tales siglos contaba con una importante restricción, la referente a la parte del residuo, en la que, una vez efectuadas las disposiciones expresadas en el testamento, debía reservarse en favor de la mujer e hijos del testador. Así, se comentó que ya en el siglo XVI habría cambiado tal circunstancia, debido a que los derechos de la mujer e hijos fueron progresivamente desapareciendo, lo que conferiría un poder total sobre la parte mueble de la herencia al *executor*, en un primer momento, siempre debiendo disponer con la única motivación de la “redención del alma” del testador, aunque se vio que, en un momento posterior, empezaría a recibir tal residuo, en principio, como un legado en el testamento hasta que, finalmente, adquirió un derecho sobre el mismo reconocido por el *common law*, no ya con una finalidad distributiva en favor del alma del testador, sino apropiándose de tal residuo para sí mismo. Debe tenerse en cuenta que, en el momento

³⁷⁹ Aunque, como explica nítidamente CAILLEMER, R., no fue un proceso simple, y esto porque, hasta el momento, el heredero había sido considerado el representante del testador para tales asuntos. Así, el paso de aquella obligación del heredero al executor, no fue sencilla, y pasó por varias etapas, por ejemplo, en principio, no podía reclamársele ninguna deuda a un executor si la deuda no había sido conocida durante la vida del testador, por el simple hecho de que, por tal evento, no había podido ser legada, por lo que sólo podía haber sido legada a sus ejecutores, si había sido conocida en vida del causante, por considerarse entonces “parte de los bienes” que pasaban a los mencionados *executors*. Posteriormente, empezó a redactarse usualmente una cláusula en los testamentos que establecía que todas las deudas del caudal hereditario serían pagadas por el *executor* o *executors*, a no ser que una deuda, se dispusiera, debiera ser pagada por el heredero concretamente, hasta que finalmente, se recogió por el *common law* que el executor era el que debía responder de las mismas. *Op.cit.*, pp. 758-759

³⁸⁰ CAILLEMER, R., *Op.cit.*, p. 763. En el mismo sentido, WENDELL-HOLMES, O., *Op.cit.*, p. 301

en que se recogió tal norma por el *common law*, como se dijo, ya no recibía el *executor* el residuo en condición de legatario del mismo, sino en condición de representante del causante, siendo la designación del *executor* en testamento, suficiente para que éste fuera válido³⁸¹, por lo que, en palabras de CAILLEMER “*it is there, what the institutio heredis is in Rome, caput atque fundamentum totius testamenti*”³⁸², en este sentido, todavía en el siglo XVII, sin el nombramiento del mismo el testamento no era considerado tal, sino un codicilo y, en algunos casos, incluso considerado nulo.

De este modo, y aunque se explicó que el heredero había seguido siendo responsable de ciertas obligaciones ligadas a la tierra, no es inocente a lo largo del estudio la utilización de la palabra “suceder” para referirnos a como recibía los bienes el *executor*, y es que se configuró como un claro sucesor del causante designado por testamento. En tal sentido explica WENDELL HOLMES³⁸³ que los *executors* y los *administrators*³⁸⁴, son en el *common law* inglés el elemental, considera, sino el único caso de sucesión universal, ya que, aunque no sucedan en todos los bienes (solo en la *personalty*), lo hacen *per universitatem*, considerándolos una figura análoga al *heres romano*. No opina, en cambio, lo mismo del heredero inglés (que recibía la *realty*), que, aunque apunta, representa en su esfera limitada a la persona del causante, no es un sucesor universal, ya que recibe cada parcela de tierra como una cosa separada y específica, comentando, que tal evento, como se ha comprobado, no fue así desde el origen, ya que, expone, la función del *executor* “en el sentido de heredero”³⁸⁵ no había sido conocida por los anglo-sajones. Es en tal sentido en el que expone CAILLEMER, en referencia a los *executors*; “*their position is in this respect exactly like that of the Roman heir, whose right may be limited in fact by particular legacies, but who has a contingent claim to the entirety of the succession*”³⁸⁶.

Concluyendo el presente apartado, y al igual que en el anterior se comentó, debe tenerse en cuenta que posteriormente, ya en el siglo XIX, el *executor* pasaría a ser (señalándose

³⁸¹ Así lo reconocía CAILLEMER, R., *Op.cit.*, p. 768

³⁸² *Op.cit.*, p. 769, en tal sentido señala, asimismo, el autor que aun en el siglo XVII, SWINBURNE y GODOLPHIN declararon que “*the naming or appointment of an executor is said to be the foundation, the substance, the head, and is indeed the true formal cause of the testament, without which a will is no proper testament*”, aclara el autor que, en ese caso, de no ser propiamente un testamento, sería sólo un codicilo. *Op. loc. ult. cit.*

³⁸³ *Op.cit.*, pp. 301-302

³⁸⁴ Que eran aquellos nombrados judicialmente en defecto de la designación de un *executor* por el testador, y que normalmente, eran el pariente más cercano de éste.

³⁸⁵ *Op.cit.*, p. 302

³⁸⁶ *Op.cit.*, p. 767

aquello en *The Land Transfer Act* de 1897) también representante en referencia a la parte inmueble del patrimonio hereditario³⁸⁷, y no es hasta momentos actuales hasta los que, (aunque no puede adelantarse una explicación al respecto en este apartado), sufrirá una progresiva mitigación de sus facultades.

De este modo, y pasando con ello al siguiente apartado, tan solo comentar que, en el período que se estudia, y a diferencia de lo que ocurrió en España, tras el transcurrir de los siglos intermedios, el resultado fue completamente “opuesto” en Inglaterra, y esto porque, mientras en España el heredero se configuró como el “protagonista de la sucesión”, tal puesto principal correspondió al ejecutor testamentario en Inglaterra.

2.2.3. ¿Una cuestión de conceptos? Conclusiones

Tras todo lo que se ha expuesto hasta el momento, este apartado pretende, en breves líneas, tan sólo llamar, en cierta medida, a la reflexión en torno a lo que se ha comentado. Reflexión que, como se extrae del enunciado, tiene su fundamento en la terminología utilizada.

A lo largo del estudio de las diferencias entre las figuras de heredero y ejecutor en ambos sistemas, y, sobre todo, en el anglosajón, se ha advertido en alguna ocasión de lo cuidadosos que debemos ser al comparar las respectivas mencionadas figuras de heredero en aquéllos sistemas, así como las de albacea y *executor*. Es este el momento en el que se clarifique el porqué de la necesitada cautela.

Aunque en numerosas publicaciones se traduzca literalmente el término *executor* por el de “albacea”, es esta una peligrosa traducción, quizás algo menos peligrosa en el presente, como se verá, pero del todo desacertada si se habla del *executor* en los siglos intermedios. Y esto porque, aunque como se ha podido comprobar, la figura del ejecutor testamentario tendría su origen bajo los mismos credos, y con las mismas finalidades, no negándose que hubo un tiempo en el que, en nuestro territorio, llegó a considerarse, como se vio, casi un heredero, nunca adquirió la relevancia que adquiriría en el Ordenamiento inglés, y esto,

³⁸⁷ En tal sentido lo comenta CAILLEMER, R., *Op.cit.*, p. 769

incrementado exponencialmente tras el general movimiento de *Recepción del Derecho Romano*, circunstancia que se estudió precedentemente.

De este modo, y después de haberse estudiado lo que ocurrió tras aquel movimiento, y como afectaría a las concepciones estudiadas, debe decirse que, en aquel momento, la fractura entre lo que había podido denominarse “ejecutor testamentario” en ambos ordenamientos, de manera análoga, dejó de serlo cuando en España se revitalizó la figura del heredero, en el sentido romano, relegando al albacea a una posición meramente administrativa, mientras en Inglaterra, se acrecentaban las facultades de aquel *executor*, que, de ningún modo evolucionando en el sentido de llegar a ser una figura con las finalidades de administración, se configuró como un sucesor universal, comparado por la doctrina inglesa con el “heredero romano” y, realmente, siendo una figura análoga al mismo. Por ello, toda equiparación del albacea, en aquellos siglos, al *executor*, es errónea, tan errónea, como si en aquel momento, se comparara en nuestro territorio al albacea con nuestra noción de heredero, ya revitalizado.

Aun así, podría objetarse que, aunque tal, digamos, *executor*-heredero de los siglos intermedios sea el único considerado sucesor universal y representante del causante, seguía existiendo la noción de heredero, que recibía la propiedad inmueble y que, se comentó, podía decirse representaba al testador en tal limitada esfera. En respuesta a esta dificultad que se encuentra en el entendimiento del funcionamiento de tales instituciones, debe resaltarse que, nunca ha olvidarse que la mayor latente distinción entre nuestro sistema y el anglosajón en estos extremos, repercutiendo así en otras muchas figuras, como son, en nuestro estudio, las sucesorias, no es otra que la diversa consideración del concepto de propiedad arraigado en uno y otro sistema jurídico, lo que, por imposible, impide una completa equiparación de las figuras, de las instituciones, y de las nociones mismas, entre lo que ocurrió en España e Inglaterra.

Esta clave en el entendimiento de las divergencias entre nuestro sistema y el anglosajón, lo explica nítidamente WENDELL HOLMES³⁸⁸, cuando desentrañando qué sea exactamente representar a la “persona” del testador, ya que se decía era representada, en algunos momentos, por el *executor*, y en otros, por el heredero, se cuestiona qué sea exactamente “persona”, explicando el autor que tal “persona” no resultaba de la unión de todos los derechos y deberes del causante, que, a excepción de lo tocante a la propiedad

³⁸⁸ *Op.cit.*, pp. 304 y ss.

inmueble, era incumbencia del *executor* (o en su defecto, del *administrator*), estando, señala, “técnicamente”, la “persona” que continuaba el heredero, limitada a la propiedad inmueble, pero ni siquiera a todo lo relativo a la propiedad inmueble, ya que, como se vio, pasaba a este de manera específica. Por todo lo anterior, concluye el autor, que la “persona” de la que se habla, es el propio patrimonio en sí mismo considerado, por lo que “cada fundo es una persona distinta, una *hereditas* distinta”, pudiéndose dividir aquella no sólo entre varios herederos, sino también “en un derecho particular y el resto”³⁸⁹.

De este modo, y citándose por óptima clarificación de la anterior reflexión, señala el autor que “hasta nuestros días el *executor* en su esfera, y el heredero en la suya, representan la persona del causante, y se consideran que constituyen junto con él una unidad, a los fines de establecer sus derechos y obligaciones”³⁹⁰, presentándose, por ello, claramente, la profunda distinción entre los dos sistemas jurídicos que se están sometiendo a comparación en la materia que estudiamos.

Tras todo lo comentado, y poniéndose con ello fin al apartado, tan solo resta comentarse que hoy en día, se verá, se mitigará la exorbitante autoridad e importancia del *executor*, en favor, en mayor medida, de un “heredero inglés”, como se consideraba antes de que aquél “detrajese” facultades al mismo en los siglos intermedios. Esto no puede hacernos olvidar, aunque lo que se hace es un análisis desde el presente “mirando al pasado”, que en aquel pasado, la única figura que podía equipararse, en Inglaterra, a nuestro significativo “heredero”, tras la *Recepción del Derecho Romano*, era aquella del *executor*, único sucesor que podía considerarse fuera universal, dejándonos por tanto ante una complicación adicional en el estudio de tales extremos, ya que, como se enunciaba, no nos hallamos, únicamente, ante una comparación de qué facultades engloben cada una de las figuras, sino, asimismo, ante una cuestión de conceptos.

³⁸⁹ *Op.cit.*, p. 306

³⁹⁰ *Op.cit.*, p. 307

CAPÍTULO SEGUNDO: LAS POSICIONES PERSONALES DEL PROCESO SUCESORIO ESPAÑOL E INGLÉS. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN.

I. INTRODUCCIÓN Y ENCUADRAMIENTO GENERAL

Expuesto el origen histórico de las figuras que se estudian,- y debe recalcarse “origen”, dado que un minucioso análisis histórico (en toda su extensión), escapa a las posibilidades del presente estudio- debe señalarse que el objeto primordial de este segundo, digamos, “gran bloque”, es “dar un salto” considerable, desde lo histórico a lo actual, para conociendo los orígenes, entender en mejor manera las actuales configuraciones de tales mencionadas figuras. En este momento inicial, y antes de comenzar propiamente el tratamiento de la materia, debemos realizar un breve “resumen” histórico del Derecho Sucesorio en general, que nos sirva de enlace, o nexo, entre ambos mencionados “grandes bloques”, estos son, el análisis histórico de la materia que se trata, y el estudio del derecho moderno, actual, en tales extremos.

Como es sabido, se suele afirmar por la doctrina³⁹¹ que, tras las Partidas (que reforzaron el “elemento romano” en nuestro Derecho sucesorio) el papel del Ordenamiento de Alcalá de 1348, que despojó de apreciables formalidades a los testamentos, introdujo la compatibilidad de sucesiones testada e intestada y el rechazo a la necesidad de que el heredero fuese “cabeza y fundamento” de todo testamento. Del mismo modo, también es de sobra conocido que las Leyes de Toro contienen preceptos relevantes para el testamento, y que la Nueva Recopilación y la Novísima Recopilación, en palabras de LACRUZ “no modifican en lo esencial el sistema anterior”³⁹². Sin embargo, y sin perjuicio de este panorama general, en cuyo análisis profundo no podemos detenernos, insistimos en que el objetivo principal de este estudio está centrado en el análisis actual (aunque con “el pasado muy presente”) de las profundas y significativas diferencias entre las figuras del heredero y del ejecutor testamentario, en los ordenamientos español e inglés. “Profundas”, porque, se verá, muchas de tales diferencias se fundamentan no sólo en las propias figuras sucesorias, sino en los sistemas jurídicos considerados en su

³⁹¹ Y siguiendo para ello lo expuesto por LACRUZ, J.L., (1961), pp. 28-29

³⁹² En el período inmediatamente anterior al Código Civil, sin adentrarnos en los Derechos forales (que no puede negarse influenciaron en gran medida nuestro Derecho sucesorio actual, señala LACRUZ, J.L., que son de destacar leyes como la desvinculadora de 11 de octubre de 1820, así como las leyes de 19 de agosto de 1841, sobre capellanías y la de 18 de mayo de 1835, relativa a diversos puntos englobados en la materia de sucesión intestada. *Op.cit.*, p. 29

conjunto, por la razón de que las brechas entre aquéllas derivan de concepciones tan significativas, como no podía ser menos, de los distintos entendimientos, en uno y otro ordenamiento, sobre la propiedad (dada la íntima conexión entre las cuestiones de Derecho sucesorio y de propiedad)³⁹³.

II. LAS POSICIONES PERSONALES DEL PROCESO SUCESORIO EN ESPAÑA

1. HEREDERO Y LEGATARIO COMO FIGURAS CENTRALES

1.1. Significado de suceder a título universal y particular

En un primer momento, la tarea que urge al presente estudio sería la de entender, en este concreto apartado y en el contexto del Derecho español, qué debemos entender por “heredero” o sucesor a “título universal”, y su contraposición al legatario o “sucesor a título particular”.

La mencionada contraposición es clara y patente en nuestro ordenamiento y es que, como es de sobra conocida la reflexión de LACRUZ “así como el legatario *tiene* algo, el heredero *es* algo”³⁹⁴. Una vez que se parte de tal premisa, la tarea que nos ocupa es saber qué significa exactamente tal afirmación, desentrañando las consecuencias de ésta.

Remontándonos, de manera breve, al Derecho Romano (que ya se estudió anteriormente), y siendo en este Derecho, como sabemos, en el que *vio la luz* por vez primera la noción de heredero que llegará a nuestros días, debe decirse que el nombramiento de un sujeto como tal, estaba conectado directamente con la voluntad del testador, con una designación formal del heredero, por lo que, aunque recibiera todo el patrimonio de la herencia o la mayor parte del mismo, si no era nombrado como tal, se le consideraría legatario³⁹⁵.

³⁹³ En tal sentido, LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., (2012), p. 361

³⁹⁴ LACRUZ, J.L. (1961), p. 32

³⁹⁵ Así lo expresa, entre otros, FUENTES MARTÍNEZ J., añadiendo el autor que "por el contrario, en los derechos de tipo germánico la condición de heredero no la atribuye la voluntad del testador, sino la ley, de modo que la disposición de bienes *mortis causa*, cuando era posible, habría de efectuarse mediante legados", "La sucesión y la institución hereditaria", en *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo V. *Sucesiones*. Vol 1º. Víctor M. Garrido de Palma (Dir.) AAVV. Civitas-Thomson Reuters. Navarra, 2015, p. 92

Asimismo, esta noción de heredero, *sucesor a título universal*, se entendió, en un primer momento, de forma en la que se suponía que el mismo entraba en la posición jurídica del causante, ocupando el lugar de éste, lo que hacía que de tal circunstancia se derivase el hecho de que adquiriera todas las relaciones jurídicas de aquél “como éste las dejó”; por el hecho de pasar, como se ha comentado, a “ocupar su lugar”³⁹⁶.

Más tardíamente, se avanzaría en el razonamiento, al considerarse no necesaria la identidad entre las personas de causante y heredero, dado que por la sucesión el heredero ocupa una nueva posición jurídica, esta es (valga la redundancia) nueva, particular del heredero, aunque las relaciones jurídicas que englobe coincidan con las del causante³⁹⁷, noción ésta que ha llegado hasta nuestros días³⁹⁸.

Como es de sobra repetido por la doctrina, el heredero, *sucesor a título universal*, es el personaje principal en nuestro sistema sucesorio³⁹⁹ (como se verá seguidamente) al reunir tal sujeto las condiciones de ser, además del adquirente de todo o parte del caudal hereditario⁴⁰⁰, el ejecutor nato de las disposiciones *mortis causa*, esto es “la persona que viene a hacerse cargo de todas las relaciones del *de cuius*, activas y pasivas, transmisibles *mortis causa*, salvo los bienes especialmente destinados (legados)”, como señala brillantemente LACRUZ⁴⁰¹; función ésta de la que nos ocuparemos con profundidad a lo largo de estas páginas, al ser una de las principales diferencias que se presentan con el “heredero-beneficiario” del Derecho inglés, que veremos, es más un adquirente de bienes y derechos, que un sucesor en sí mismo considerado.

Una vez hechas las anteriores reflexiones iniciales, es el momento de que nos preguntemos qué significa exactamente ser heredero (*sucesor a título universal*), y

³⁹⁶ En tal sentido lo explica PUIG BRUTAU, J., en *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo V. Vol. I. Bosch, Barcelona, 1990, pp. 15 y ss.

³⁹⁷ En este sentido, más recientemente, comenta LÓPEZ y LÓPEZ, A.M., que “no cabe entender (...) que el heredero continúa la personalidad jurídica del causante o que adquiere el patrimonio del causante, considerado como una universalidad (...) sino que tiene además una posición jurídica peculiar y propia”, (1999), p. 43

³⁹⁸ Y esto porque, como brillantemente explica PUIG BRUTAU, colocarse en el mismo lugar que ocupa el causante sería situarse exactamente en la posición que éste ocupaba, aún en vida, no siendo correcta tal consideración, ya que la posición que ocupa el heredero, es una diversa, una situación que el causante no quiso para sí en vida, si no para después de su muerte. Citado por FUENTES MARTÍNEZ, J., *Op. cit.*, p. 162. Asimismo, aclara FUENTES MARTÍNEZ, J., que “En tal sentido, la idea de *successio in ius* puede parecer más exacta en la sucesión intestada que en la testada”. *Op. loc. ult. cit.*

³⁹⁹ Siguiendo, en este punto, entre otros, a LACRUZ J.L., (1961), p. 31; LÓPEZ y LÓPEZ, A.M., (1999), p. 43; FUENTES MARTINEZ, J., *Op. loc. ult. cit.*

⁴⁰⁰ Sucediendo, como veremos, *in locum et in ius* al causante.

⁴⁰¹ *Op.cit.*, p. 31

legatario, (*sucesor a título particular*). En la búsqueda de tales definiciones debemos *dirigir la mirada* inevitablemente hacia nuestro Código Civil.

En el artículo 660 del Código Civil se introducen o presentan ambas nociones, expresándose que debe llamarse heredero al que sucede a título universal, y legatario al que sucede a título particular, en armonía, o de conformidad, con el artículo 668.1, que establece que el testador puede disponer de sus bienes a título de herencia o de legado. Señalado lo precedente, vemos que seguimos con las mismas incógnitas, que empiezan a despejarse si acudimos al artículo 661, que aclara que “*los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones*”, por lo que, con ello, se nos aclara, digamos, qué va a considerarse ser heredero, *sucesor a título universal*. Y se ha dicho que “empiezan” a despejarse las mencionadas incógnitas, porque, a diferencia de lo que ocurre con la noción de heredero, no encontramos una definición positiva, similar, para el caso del legatario, que, como veremos posteriormente, y por no existir otra opción posible, deberá ser definido en contraposición al primero.

En el estudio de estos extremos, debemos tratar dos polos, o facetas, de una misma cuestión. De un lado, qué sea suceder a título universal y a título particular, para que, en el entendimiento de esto y, de otro lado, conozcamos *qué hace heredero al heredero y legatario al legatario*.

Aunque en el artículo 660 no se describa qué sea suceder a título universal y suceder a título particular, se ha entendido de manera prácticamente unánime por la doctrina (y, asimismo, matizada tal comprensión seguidamente por aquélla, como veremos prontamente) que suceder a título universal sería suceder en la totalidad o una parte alícuota de los bienes del fallecido, siendo suceder a título particular el hecho de suceder en bienes concretos, lo que nos llevaría a considerar, por el propio texto del artículo 660 del Código Civil, que el heredero es aquel que recibe tal totalidad o parte alícuota de los bienes y legatario aquel que recibe ciertos bienes concretos, individualizados⁴⁰². Sin embargo, esta perspectiva, responde a una consideración amplia y genérica de la cuestión que ha recibido matizaciones diversas por la propia doctrina que se menciona. Así, aunque

⁴⁰² En tal sentido lo expresa ALBALADEJO, M. en las notas que hace al libro de CICU, A., *Derecho de Sucesiones. Parte General. Con extensas anotaciones de Derecho común y foral por Manuel Albaladejo*. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Barcelona, 1964, p. 35. En el mismo sentido, MARTÍN PÉREZ, J.A., en *Código Civil Comentado. Vol II. Libro III: De los diferentes modos de adquirir la propiedad (Artículos 609 a 1087)*. Ana Cañizares Laso, Sergio Cámara Lapuente et. al. (Dirs.). Civitas, Thomson Reuters, Navarra, 2016, p. 250; ÁLVAREZ LATA, N., en *Comentarios al Código Civil*. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.) AAVV. Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, p. 840; RIVAS MARTÍNEZ, J.J., en *Derecho de sucesiones. Común y foral*. Tomo I, Dykinson, Madrid, 2005, p. 29

si bien es cierto que podemos llamar heredero al que sucede a título universal, quizás llamar legatario a todo aquel que sucede a título particular *no sea tan exacto*. En efecto, ligar indisolublemente los términos sucesión a título particular y legatario, requiere de una importante matización en un doble sentido: dejando a un lado la cuestión de que no sólo el legatario sucede a título particular -pues como veremos, cabe un llamamiento a título de herencia en una cosa concreta y determinada-, lo cierto es que “hay legatarios que sólo relativamente son sucesores a título particular del causante”⁴⁰³, y además, existen casos en los que el legado ni siquiera implica sucesión. En otras palabras, concretamente, en las clarificadoras de SANCHO REBULLIDA “(...) cuando el 660 asimila los conceptos de legatario y sucesión a título particular, comete un cierto error, pues existen legados sin sucesión y sucesión particular sin legado”⁴⁰⁴, y es que; en definitiva, como vamos a ver inmediatamente, lo que sea suceder a título universal o a título particular va a depender no sólo de la extensión de lo que se reciba (es decir, si todos los derechos o sólo unos concretos), sino fundamentalmente, de la función que están llamados a desempeñar cada uno de ellos en el proceso sucesorio (nos referimos fundamentalmente a la responsabilidad por el pago de las deudas, y a la ejecución de la voluntad del testador).

De un lado, como hemos comentado no es únicamente el legatario el que sucede a título particular, siendo un significativo caso el supuesto del heredero en cosa cierta y determinada, cuestión que trataremos en un momento ulterior del estudio.

De otro lado, se ha afirmado que existen legatarios que sólo de forma relativa suceden al fallecido a título particular, observándose tal circunstancia, en el hecho de que, en puridad, sucesión particular del fallecido por el legatario, sólo la hay cuando recibe los bienes legados de manera directa desde el patrimonio del *de cuius*⁴⁰⁵, caso del artículo

⁴⁰³ LACRUZ, J.L., (1961), p. 61

⁴⁰⁴ En *Comentario del Código civil*, Tomo I., Paz-Ares Rodríguez, C., Díez-Picazo Ponce de León, L., Salvador Coderch, P., Bercovitz, R., (Dirs.), AAVV. Ministerio de Justicia, Secretaría General técnica, Centro de publicaciones, Madrid, 1991, p. 1666

⁴⁰⁵ En tal sentido, entre otros, LACRUZ, J.L., (1961), pp. 62-63; SANCHO REBULLIDA, F., *Op. loc. ult. cit.*; del mismo modo, explica ROCA TRÍAS, E., en relación al legatario que “no significa que en todo caso se adquiera la cualidad de sucesor, es así cuando (...) pasa directamente del causante al favorecido (*legatum per vindicationem*) (...) Cuando el causante atribuye un derecho con efectos obligatorios no puede decirse que exista sucesión a título particular”, en *Derecho Civil V, Derecho de sucesiones.*, F. Capilla Roncero (coord.). A.M. López- V.L. Montés- E. Roca (Dir.), AAVV. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 230; asimismo, más recientemente, GARCÍA VILA J.A., y GÓMEZ MARTÍNEZ, J., “El legado y sus modalidades”, en *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo V. *Sucesiones. Vol 1º*. Víctor M. Garrido de Palma (Dir.) AAVV. Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2015, p. 434. En esta misma línea, deben considerarse pronunciamientos del Tribunal Supremo, como la STS de 20 de febrero de 1984 [RJ 1984/969], en la que se señala que “si según el art. 609 del C. Civ., una de las formas de adquirir bienes o

882 de nuestro Código Civil, que establece que cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere la propiedad del mismo desde el momento de la muerte del causante. Éste sería el legado correspondiente al clásico *legado per vindicationem* del Derecho romano, del que trae origen el, llamado actualmente, legado con eficacia directa. No ocurre lo mismo en el llamado *legado per damnationem*⁴⁰⁶, o aquel del que proviene el actualmente denominado como legado con eficacia indirecta u obligacional⁴⁰⁷.

Tal distinción merece un inciso explicativo de tales modalidades⁴⁰⁸. En primer lugar, el *legado per vindicationem*, sería aquel que otorga al legatario de manera directa el bien

derechos es la sucesión; si los arts. 660 y 768 del mismo Código consideran al legatario como "sucesor", operándose la "transmisión" de los legados de cosa cierta propia del testador desde que aquél muere según el art. 882, es evidente que en los legados de cosa propia del testador nos hallamos ante un desplazamiento de un bien desde el patrimonio del causante hasta el del legatario desde que el primero fallece, y, por lo tanto, ante una transmisión, producida por el fallecimiento, a partir de cuyo momento le suceden tanto los herederos como los legatarios, que por lo tanto son "interesados" en esa "transmisión", sin que las cuantías económicas de sus respectivas adquisiciones tengan nada que ver con el hecho de que ambos sean interesados, ni por lo tanto les priven de ese carácter(...)"

⁴⁰⁶ Debe tenerse en cuenta que, originalmente, en Derecho romano, eran cuatro los tipos reconocidos de legado: legado *per vindicationem*, legado *sinendi modo* o por autorización, legado *per damnationem* y legado *per praeceptionem*. Tras un proceso de evolución de tales categorías, y debido a las sutiles diferencias entre algunas de ellas, el legado *sinendi modo* acabaría subsumiéndose en la categoría del legado *per damnationem*, ocurriendo la idéntica circunstancia con el legado *per praeceptionem* respecto del legado *per vindicationem*. Para una descripción en mayor medida de tales aspectos, véase lo expresado por GARCÍA VILA J.A., y GÓMEZ MARTÍNEZ, J. *Op.cit.*, pp. 376 y ss.

⁴⁰⁷ Explican en relación a estos extremos GARCÍA VILA J.A., y GÓMEZ MARTÍNEZ, J., cuando explican la moderna distinción que tiene su origen en las diferencias entre el legado *per vindicationem* y el legado *per damnationem*, que "El intento más serio de realizar y seguir esta clasificación se contiene en el Código Civil de Cataluña. El artículo 427-10 (...) señala que pueden ordenarse legados con eficacia real o con eficacia obligacional. El legado tiene eficacia real si por la sola virtualidad del legado el legatario adquiere bienes o derechos reales o de crédito, determinados y propios del causante, que no se extingan por su muerte, así como si el legatario adquiere un derecho real que por razón del mismo legado se constituye sobre una cosa propia del causante, mientras que tiene eficacia obligacional si el causante impone a la persona gravada una prestación determinada de entregar, hacer o no hacer a favor del legatario, aclarando (en norma que se dirige directamente al legado de cosa ajena que) si la prestación consiste en entregar los bienes o derechos que el legatario debe adquirir en cumplimiento del legado, estos se consideran adquiridos directamente del causante." Dicho lo anterior, critican que tal distinción no es "suficientemente comprensiva" de las categorías del legado, señalando que, "hablar de eficacia real respecto de un derecho de crédito, para poder comprender en la categoría el legado de un crédito del testador contra un tercero, deja fuera de dicha categoría al legado de liberación (...)" Citando, finalmente a SÁNCHEZ CALERO y LACRUZ, para señalar que es preferible (como reflejamos en el texto) hablar de legados con eficacia directa y con eficacia indirecta u obligacional. *Op.cit.*, pp. 431-432

⁴⁰⁸ Para tales extremos, se sigue lo expresado por LACRUZ, J.L., (1961) *Op. loc. ult. cit.*; así como lo comentado por GARCÍA VILA J.A., y GÓMEZ MARTÍNEZ, J., *Op. cit.*, pp. 376 y ss. y pp. 425 y ss.

objeto del legado o un derecho real sobre tal bien, adquiriendo este derecho de forma automática, el legatario, desde la muerte del causante⁴⁰⁹.

En segundo lugar, el legado *per damnationem*, es aquel que atribuye al legatario un derecho frente al heredero (o un crédito frente a éste), no concediendo el primero una acción directa sobre el bien legado, sino una acción frente al mencionado heredero para que cumpla lo dispuesto en el testamento⁴¹⁰. Ambos tipos se corresponden con los actuales de legado con eficacia directa, que atribuye al legatario la propiedad de la cosa legada, y de legado con eficacia indirecta u obligacional, en el que el legatario recibe un derecho de crédito contra aquel gravado con el legado⁴¹¹, que no es un título de adquisición de propiedad, ex art. 608 CC.

Se comprende de acuerdo con lo dicho que, “en puridad” solamente habría sucesión en el legado de eficacia directa (ex art. 882 CC). Para cierta doctrina, y seguimos a LACRUZ⁴¹², en los otros casos, si el legatario no recibe directamente los bienes del patrimonio de la herencia, sucede a título particular e *inter vivos* al heredero⁴¹³, mediando

⁴⁰⁹ Debemos tener además en cuenta que conforme al artículo 885 CC “*El legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando éste se halle autorizado para darla*”. Por lo tanto, se trata de un legado cuya propiedad se adquiere desde el momento de la muerte, sin interrupción, si bien su posesión deberá pedirla el legatario a los herederos, para que procedan a su entrega. Es un título *mortis causa* de adquisición particular de la propiedad, ex art. 608 CC; la acción directa que concede es la reivindicatoria.

⁴¹⁰ Es interesante, debido al contenido histórico del presente estudio, que se mencione lo que claramente explican GARCÍA VILA J.A., y GÓMEZ MARTÍNEZ, J., cuando tratan las definiciones romanas de legado *per vindicationem* y legado *per damnationem*, esclareciendo los autores que “El legado asumió la función que primigeniamente correspondía a la donación *mortis causa*, que, como es sabido, en su origen, como en toda donación, era un negocio real (no se conocían entonces las donaciones obligacionales), y al incluirse la donación en el contenido del testamento, su función fue asumida por el legado *per vindicationem* (tanto es así que a veces se define el legado como “*donatio testamento relicta*”); y por otra parte el legado *per damnationem* (obligacional) tiene su origen en una inicial *rogatio* o mera petición, que era la fase inicial de la *mancipatio familiae* (uno de los modos de transmitir el dominio). Con el tiempo la *rogatio* va adquiriendo fuerza jurídica, convirtiéndose en una clara obligación exigible, y al trasladarse al testamento se convierte en el legado *per damnationem*”. *Op.cit.*, pp. 380-381

⁴¹¹ Lo expresan nítidamente GARCÍA VILA J.A., y GÓMEZ MARTÍNEZ, J., cuando, siguiendo en tales afirmaciones a SÁNCHEZ CALERO y LACRUZ, expresan al hablar del legado con eficacia directa y el legado con eficacia indirecta u obligacional que “(...) en el primer caso se produce una mutación jurídica, transmisiva, constitutiva o extintiva, en tanto que en el segundo caso hay siempre la creación de una relación jurídica nueva entre el legatario y el gravado, relación obligacional, por cuanto se dirige a conseguir la realización de la prestación por el gravado para satisfacer el interés del legatario”. *Op.cit.*, p. 432

⁴¹² (1961) *Op. loc. ult. cit.*. En el mismo sentido, SANCHO REBULLIDA, F., *Op. loc. ult. cit.*.

⁴¹³ Aclara en este punto el autor que, “El aspecto de sucesión *inter vivos* y la desvinculación del causante se acentúan cuando el legado tiene por objeto cosas que no pertenecen a la herencia: cosas del heredero (art. 863), del legatario (arts. 863 y 878), o de un tercero (art. 861). En estos supuestos sólo cabe equiparar al legatario con los sucesores a título particular del causante cuando lo recibido por aquél tiene realmente su contrapartida en la herencia. Si no ocurre así, su posición es más semejante a la del favorecido mediante un contrato gratuito a favor de tercero”. *Op.cit.*, p. 63. En el mismo sentido, más recientemente, explica

tal heredero como titular de los bienes, y no a través de una sucesión *mortis causa* del causante. Por lo demás⁴¹⁴, esa obligación del heredero relativa a cumplir el legado tiene un origen testamentario, puesto que surge como efecto de la apertura de la sucesión, propia del título de heredero.

Por último, existen legados que no suponen sucesión alguna. Estos son los casos del denominado legado de liberación (artículo 870 del Código civil), o aquel de reconocimiento de deuda, ya que, en tales supuestos, no existe traslado alguno de derechos, ni *inter vivos*, ni *mortis causa*. Y lo anterior, en la medida en que, de un lado, el caso del legado de liberación, supone un perdón de la deuda, y, de otro, en el segundo de los mencionados, el derecho ya existía en vida, en cabeza del acreedor, después llamado como legatario, con la ventaja de recibirlo en el orden de los legados, dándole un título a esa deuda, en los casos en que no lo tuviera en vida (por ejemplo, en el caso en que estuviera en documento privado).

Recapitulando, en lo relativo a la no equiparación de las nociones de legatario y sucesor a título particular, podríamos concluir con unas esclarecedoras palabras de LACRUZ, en las que puntualiza que (en relación a los tres supuestos que acaban de exponerse precedentemente); “en todos estos casos, decir que es legatario «el que sucede a título particular» es un manifiesto error: hay que creer, así, que el artículo 660 ha sido escrito pensando en lo que sucede más frecuentemente, y sin pretender dar una regla absoluta”⁴¹⁵.

Una vez que conocemos lo anterior en cuanto al concepto de sucesión, debemos retomar el interrogante que nos planteábamos inicialmente, que es el conducente a descifrar *qué hace heredero al heredero y legatario al legatario*.

En primer lugar, y no habiéndose cuestionado la veracidad de la primera afirmación contenida en el artículo 660 del Código Civil, esta es, la relativa a que deba llamarse heredero a aquel que sucede a título universal⁴¹⁶, urge se conozca qué significa tal

ÁLVAREZ LATA, N., que "(...) ni, incluso, todo legatario es sucesor a título particular - es el caso v. gr. del legatario de cosa ajena o de renta a cargo de un heredero, quien, siendo legatario, no sucede al causante ya que la cosa legada no formaba parte del caudal relicto-." *Op.cit.*, p. 841; en la misma línea, ZURILLA CARIÑANA, M.A., en *Derecho de Sucesiones*. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.) AAVV., Tecnos, Madrid, 2009, p. 391

⁴¹⁴ Continuándose con la exposición que realiza LACRUZ

⁴¹⁵ *Op. loc. ult. cit.*

⁴¹⁶ Y dejándose a un lado matices, como aquél que expone LACRUZ, J.L, cuando expresa ciertas características de la sucesión universal, entre las que destacamos las siguientes: "(...) b) la del heredero no es la única sucesión universal, existiendo otras *inter vivos*; c) El heredero es algo más que un sucesor universal, de modo que puede haber sucesores universales *mortis causa* que no sean herederos; d) Aun

sucesión a título universal, qué implicaciones tiene esta enunciación. Ya se avanzó que aquello que debiéramos entender por sucesor universal (y con ello por heredero) se reflejaba en nuestro Código Civil en el artículo 661, que explica que por el solo hecho de la muerte del causante los herederos le suceden en todos sus derechos y obligaciones. De este modo, y teniendo tales preceptos en cuenta, se considera que el sucesor a título universal no es un mero adquirente de bienes y derechos, sino que, y en clarificadoras palabras de LÓPEZ y LÓPEZ, “lo que distingue realmente la figura del heredero es la peculiar estructura de su título, que implica la adquisición de derechos y obligaciones del causante de un modo global, sin necesidad de recurrir a los mecanismos singulares de transmisión de derechos y de deudas”⁴¹⁷. De este modo, lo que caracteriza básicamente la posición que ocupa el heredero, o tal figura en sí, será que adquiere, o recibe, el patrimonio del causante, sucediendo *uno ictu*, esto es, subrogándose en la titularidad de tal patrimonio, tanto activo como pasivo (como se refleja en el artículo 659 del Código civil), considerado éste como una unidad, “en un sólo acto y por un solo título”⁴¹⁸; y, de ahí, la consideración de “universalidad” de su título de sucesor⁴¹⁹.

dentro de la sucesión universal *m.c.*, la forma unitaria propia de Derecho romano no es la única posible, pudiendo coexistir diversas sucesiones universales dentro de la herencia de un mismo causante. Así pues, la sucesión universal es, simplemente, una organización de la atribución de los bienes al heredero que ha adoptado el Derecho español (como podía haber tomado otra distinta); que no es exclusiva de la herencia, y que no explica la totalidad de este fenómeno". (1961), p. 34. En esta línea, ALBALADEJO, M., en los comentarios que efectúa a la obra de CICU, A., cuando expresa que "(...) en ciertos casos, puede haber sucesores universales que no sean herederos (...)". *Op.cit.*, p. 35

⁴¹⁷ (1999), p. 44. Añadiendo que, de hecho, "(...) no todas las relaciones jurídicas del causante son transmisibles *mortis causa*".

⁴¹⁸ En tal sentido, entre otros, LACRUZ, J.L., (1961), p. 31; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. en *Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*. F. Capilla Roncero (Coord.), A.M. López-V.L. Montés- E. Roca (Dir.) AAVV. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 549; LÓPEZ y LÓPEZ, A.M., (1999), p. 26; SANCHO REBULLIDA, *Op.cit.*, p. 1664; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de Derecho Sucesorio*, La Ley, Madrid, 1990, p. 5; PUIG BRUTAU, J., *Op. cit.*, pp. 18-19; OSSORIO MORALES, J., haciendo una interesante reflexión histórica tal autor en la que señala que "(...)esta transmisión en bloque del patrimonio era tan solo una consecuencia necesaria de la adquisición por el heredero de una cualidad personal, ya que originariamente en Roma la sucesión *mortis causa* no se concebía como una simple sucesión referida al patrimonio, sino que representaba una sustitución del pater en el culto de los sacra familiares (...) y el heredero, que sucedía al *pater familias* en el culto de los antepasados o en la jefatura del grupo doméstico, asumía también, como consecuencia, su posición en orden al patrimonio, el cual se mantenía inalterable no obstante el cambio de titular". *Manual de Sucesión testada*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, pp. 176-177; RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Op.cit.*, p. 9-10; BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, en *Derecho de Sucesiones*. Rodrigo Bercovitz- Cano (coord.), AAVV., Tecnos, Madrid, 2009, p. 26.

⁴¹⁹ En tal sentido señala ROCA SASTRE, R. M., y relacionado con aquello que acaba de exponerse que "la expresión sucesión hereditaria significa en Derecho español el fenómeno de subrogarse los herederos en todos los derechos y obligaciones (in omne ius) del causante (art. 661), por más que el Código civil califica asimismo de sucesión, si bien a título particular, la adquisición que verifica el legatario (art. 660)", en *Anotaciones a la traducción española del Derecho de sucesiones de ENNECERUS, L.-KIPP, T.H. – WOLF, M.*, T. V, Vol. 2, Bosch, Barcelona, 1976, p. 13. Asimismo, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en esta línea en STS de 22 de enero de 1963 [RJ 1963/447], sentencia, de referencia en estos extremos, señalando,

Dicho esto, teniendo en cuenta que el heredero es tal sucesor universal, con lo que ello implica, y retomando la aseveración de que es *algo más* que un adquirente de bienes, debe tenerse en cuenta que es aquél que encarna el papel “protagonista” en nuestro sistema sucesorio, recordando que es éste (y no otro) el ejecutor nato de las últimas voluntades del causante, y siendo, por ello mismo, entre otras cosas, el encargado de entregar los legados a sus respectivos beneficiarios, que, aunque adquieran sus correspondientes derechos en función de lo establecido por el causante en testamento no entran en la posesión de lo legado, sino a través de la mencionada entrega por el heredero (art. 885 CC).

De este modo, el heredero se configura, en nítidas palabras de SANCHO REBULLIDA⁴²⁰, “(...) por voluntad de la ley- un liquidador y un responsable; y además, eventualmente, un adquirente de bienes”, teniendo tal figura sucesoria “(...) un evidente aspecto de cargo, de *officium*, que se confiere indisolublemente unido con el derecho a la generalidad de los bienes, y que lleva consigo la responsabilidad por todas las deudas”.

Sin que tratemos el asunto relativo a la responsabilidad por las deudas, que remitimos a un momento posterior en el que se estudiará en forma específica, y teniendo en cuenta una valiosa reflexión de LACRUZ, la justificación de la figura del heredero y su carácter de “continuador” de las relaciones jurídicas del causante se debe básicamente referir a tres aspectos fundamentales: “derechos, obligaciones y posesión”⁴²¹. De un lado, en cuanto a los aspectos de derechos y las obligaciones; porque sucede tanto en el activo como en el pasivo: *uno ictu*. De otro lado, en lo referente a la posesión; por la particularidad en la dinámica del proceso sucesorio que atañe al heredero en estos

entre otras cuestiones, que “(...) la sucesión a título universal equivale a herencia en sentido subjetivo, *«quam successio in universum jus quod defunctus habuerit»*, ocupando el heredero en la sucesión universal la misma posición jurídica que tendría el causante con respecto a las relaciones todas, que no son inherentes a la personalidad de éste y que no son atribuidas como bienes independientes(...)”

⁴²⁰ *Op.cit.*, p. 1665. Es interesante destacar, asimismo, algo que resalta el autor, y es que, tal noción de heredero, es una construcción de la ley, explicando aquél que “La mera voluntad de un testador no podría conseguir que el sucesor, simplemente por serlo, asumiera sus deudas, respondiendo incluso de ellas con su propio patrimonio; o que continuase la posesión de los bienes tal como la tenía él y sin necesidad de aprehensión material; o que pudiera ejercitar derechos personales suyos que él no podía transmitir inter vivos. El testador puede instituir heredero para que suceda de este modo estructurado por la ley; pero no - por su sola voluntad - estructurar de este modo su sucesión”. En el mismo sentido, MARTÍN PÉREZ, J.A., que añade que “Por eso, la ley quiere que haya un heredero en toda sucesión, sea por vía testada o intestada, pues si el causante no ha nombrado heredero en todo o parte de sus bienes, se abrirá la sucesión intestada (art. 912.2º). Pero lo cierto es que la ley no lo exige, dado que se admite un caso en que puede no ser necesaria su presencia: la distribución de toda la herencia en legados contemplada en el artículo 891 CC.”. *Op.cit.*, p. 251

⁴²¹ *Op.cit.*, pp. 32-33

términos, circunstancia recogida en el artículo 440 del Código Civil (posesión civilísima), “que implica considerar poseedor al heredero sin un mínimo elemento de aprehensión material en el que fundar la apariencia sucesoria (...)”⁴²².

Por último y antes de que pasemos al tratamiento de la figura del legatario, debe mencionarse, además, que el heredero adquiere una cualidad personalísima, que le atribuye el propio hecho de ser “heredero”, cualidad, que no puede ser cedida⁴²³ (algo que no debe confundirse con la transmisión de la herencia, que no le hace perder su cualidad como tal). Así, plasmación evidente de tal hecho es que no todo lo que incumbe al heredero es una cuestión patrimonial, esto es, el heredero sucede, asimismo, y en brillantes palabras de LACRUZ “(...)en una serie de derechos, expectativas, facultades y poderes cuya relación con el patrimonio es más o menos indirecta, o no existe”⁴²⁴. Es también el heredero el encargado de tutelar otros intereses extra patrimoniales del causante, que podrían ser considerados pertenecientes a la esfera moral de éste, pudiendo ejercitar ciertas acciones en el ejercicio de tal labor⁴²⁵; así, por ejemplo, las de filiación (artículos 130, 132-2.º, 133-2.º, 136-2.º, 137-3.º y 141 *in fine*); las de injurias y calumnias (art. 466 del Código Penal), las relacionadas con el derecho moral de autor⁴²⁶, o las acciones civiles de protección del Derecho al honor, intimidad y propia imagen de la LO/1982, de 5 de mayo.

Tras todo lo comentado, parecen reveladoras para concluir en la reflexión acerca de *qué hace heredero al heredero*, unas esclarecedoras palabras de LACRUZ, cuando explica el autor que “el heredero no es un instituto de Derecho natural; algo que haya de existir por la fuerza de las cosas, como lo demuestra la manera anglosajona de organizar la sucesión.

⁴²² LÓPEZ y LÓPEZ, A.M., (1999) , p. 44

⁴²³ En tal sentido, LACRUZ, J.L., (1961) , p. 46; MARTÍN PÉREZ, J.A., *Op.cit.*, p. 250. Asimismo, BERCOVITZ-CANO, que destaca que esto ocurre, en contraposición a la situación que tiene lugar en el legado, ya que, señala el autor "(...) no existe problema alguno en admitir la cesión de un legado", *Op.cit.*, p. 26

⁴²⁴ Señala el autor que "En el continúa la posesión de cosas o derechos; a él pasa la facultad de elección en el legado alternativo, o la de ratificación del negocio realizado por un representante sin poder , y él está legitimado para ejercitar ciertos derechos estrictamente personales del difunto; por ejemplo, para impugnar por violencia o error el reconocimiento de un hijo natural, o pedir o contradecir la revocación de una donación por ingratitud, o la revisión de la sentencia penal que condena a su *auctor*". *Op.cit.*, p. 32. Asimismo lo reconoce SANCHO REBULLIDA, F., *Op. loc. ult. cit.*

⁴²⁵ Se sigue lo comentado por LACRUZ, J.L., (1961), pp. 48 y 49; PUIG BRUTAU, J., *Op.cit.*, p. 24; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Op.cit.*, p. 32

⁴²⁶ Aunque, en este punto, reflexiona críticamente DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., explicando que, a su entender "el ejemplo no es del todo pertinente, porque el llamado "derecho moral" del autor de una obra literaria, artística o científica, no es más que una de las facultades que integran la llamada propiedad intelectual que tiene incuestionablemente una vertiente patrimonial y es heredable". *Op. loc. ult. cit.*

– lo que veremos de manera clara posteriormente al estudiar las figuras sucesorias anglosajonas – Pero, una vez que ésta se estructura, en el Derecho del continente, y desde Roma hasta nuestros días, en forma de sucesión universal, el heredero es la pieza maestra de un sistema en el que el ordenamiento jurídico dispone la sustitución del sujeto que ha dejado de existir, por personas con capacidad, en todas las relaciones que abandona, lo mismo si esas relaciones son activas como en el caso en que en la herencia no exista nada, o de que existan sólo deudas (...)⁴²⁷.

Una vez expuesta la inexpresividad o inexactitud del artículo 660 en este extremo, puede señalarse que, a diferencia de lo que sucede con la noción de heredero, no existe una definición positiva de qué debemos considerar exactamente por tal figura sucesoria (legatario), lo que ha conducido a que la doctrina lo defina mediante un criterio negativo por contraposición al heredero⁴²⁸. El mencionado criterio negativo pretende lidiar con el problema que supondría una definición concreta o positiva de tal noción, ya que, como expresan de manera nítida GARCÍA-VILA Y GÓMEZ MARTÍNEZ “cuando definimos una institución desde un punto de vista negativo, renunciamos a crear una imagen descriptiva de ella, en aras de dotar a la definición de mayor certeza, para conseguir que ninguna figura o forma de legado quede fuera del concepto (...)⁴²⁹”.

Lo anterior, llevaría a considerar el legado, generalmente, como una disposición de contenido patrimonial que, no siendo institución de heredero, es ordenada por testamento, y atribuye al beneficiario de aquella disposición un derecho concreto de forma directa⁴³⁰.

⁴²⁷ *Op.cit.*, pp. 47 y 48

⁴²⁸ Así lo confirman, entre otros, LACRUZ, J.L., (1961), p. 60; SANCHO REBULLIDA, F., *Op.cit.*, pp. 1664 y 1667; MARTÍN PÉREZ, J.A., *Op.cit.*, p. 250; OSSORIO MORALES, J., *Op.cit.*, p. 344; RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Op.cit.*, p. 30; ROCA TRÍAS, E., *Op.cit.*, p. 230; GARCÍA VILA, J.A., y GÓMEZ MARTÍNEZ J., pero circunscribiéndolo estos últimos a los sistemas en que la institución de heredero es un requisito esencial para la validez del testamento, como en el derecho romano o el derecho catalán, señalando que "En estos sistemas quizá sea más apropiado dar una definición "negativa" de legado, por oposición a la institución de heredero. Así, legado será toda disposición patrimonial testamentaria que no sea institución de heredero", pero advirtiendo que "(...)es una visión muy primaria de legado (...). No podemos olvidar que existen legados que no son a cargo de heredero, que pueden ser a cargo de terceras personas; o que hay legados que son de cosas ajenas al causante, incluso de cosas o derechos propios del legatario; o que existen otros legados con escaso contenido patrimonial (...)", *Op.cit.*, pp. 386 y 387

⁴²⁹ *Op.cit.*, p. 387

⁴³⁰ En este sentido, MARTÍN PÉREZ, J. *Op. loc. ult. cit.*; asimismo, entre otros, ROCA TRÍAS, E., que lo define como "una atribución mortis causa que atribuye al beneficiario un derecho, que puede reclamar de forma inmediata y que se limita exclusivamente a lo que le haya sido atribuido." *Op. loc. ult. cit.*; ÁLVAREZ LATA, N., que señala que en el legado, al contrario del llamamiento a la totalidad de la herencia "hay (...) un llamamiento concreto en un bien o situación jurídica determinada del causante". *Op.cit.*, p. 840; SANCHO REBULLIDA, F., que define el legado (aunque de forma genérica, con matices) como "(...) sucesión a título particular ordenada en testamento (...)", añadiendo que es "(...) cualquier disposición de

El hecho de haberse advertido precedentemente que esto será “generalmente”, no es una indicación o aviso inocente, dada la complicación de proporcionar una noción unitaria de legado⁴³¹; a mayor abundamiento porque, en sencillas palabras LACRUZ, “de todos los elementos del legado puede prescindirse en algún caso”⁴³². Y dicho esto (habiéndose ya adelantado parte de esta reflexión), apremia conocer que los elementos generales del legado reconocidos por la doctrina son cuatro: en primer lugar; el tratarse de una liberalidad. En segundo lugar; el suponer un enriquecimiento del beneficiado por tal disposición. En tercer lugar; el tratarse de una atribución de bienes y, por último, y cuarto lugar; el suponer una sucesión a título particular⁴³³. Tras conocer los mencionados elementos genéricos, debemos detenernos en cuestionarnos el porqué de la afirmación de LACRUZ que se citaba precedentemente, esta es, aquella relativa a que todos los elementos del legado se ven excepcionados en algún momento u otro.

Los supuestos de legados que no suponen una sucesión a título particular ya quedaron explicados en páginas anteriores, por lo que nos remitimos a lo ya expresado

significado patrimonial, contenida en testamento, que confiriendo directamente derechos al favorecido, no sea institución de heredero". *Op.cit.*, pp. 1666-1667; GARCÍA-VILA, J.A., y GÓMEZ MARTÍNEZ, J., que señalan que "(...) se dice que el legado es una disposición testamentaria a título individual, o que el legado es una liberalidad testamentaria particular, o más específicamente una atribución patrimonial sucesoria a título particular"., *Op.cit.*, p. 386; OSSORIO MORALES, J., que expresa que "podemos decir que el legado es una disposición testamentaria por virtud de la cual el testador dispone de sus bienes a título particular", pero añadiendo que "disponer o suceder" a título particular exige aclaración, ya que resulta inexacto afirmar que el legado suponga siempre un acto de disposición de bienes del testador. *Op.cit.* p.344; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., que reflexiona en nítidas palabras en torno a que se considera legado "(...)- aunque formular una definición precisa no sea demasiado sencillo- la disposición testamentaria a título singular. Es decir, el legado no tiene por objeto, como la institución de heredero, todo el patrimonio del causante o parte de él, sino bienes o derechos concretos o determinados." aclarando que la excepción a lo señalado en último lugar serían los legados de parte alícuota. *Op.cit.*, p. 110

⁴³¹ Así lo señalan, entre otros, LACRUZ, J.L., (1961), p. 60; MARTÍN PÉREZ, J.A., *Op. loc. ult. cit.*; OSSORIO MORALES, J., que expresa claramente que "(...) lo cierto es que son tantas y tan diversas las figuras particulares o modalidades que el legado puede asumir, que resulta difícil abarcarlas todas bajo una definición unitaria". *Op. loc. ult. cit.*; ZURILLA CARIÑANA, M.A., que indica que las circunstancias particulares de la figura que se estudia, "unidas a la multiplicidad de tipos de legado que regula el Código Civil, hacen difícil ofrecer un concepto general de la figura", (2009), p. 391; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Op. loc. ult. cit.*

⁴³² *Op. loc. ult. cit.*

⁴³³ En cuanto a la doctrina que ha reconocido tales elementos como conformadores, con matices, y de forma general, de la noción de legado, podemos citar, entre otros, a LACRUZ, J.L., (1961) *Op. loc. ult. cit.*; ZURILLA CARIÑANA, M.A., (2009) *Op. loc. ult. cit.*; GARCÍA-VILA, J.A., Y GÓMEZ MARTÍNEZ, J., *Op.cit.*, p. 390, que incluso expresan que "cada autor, cada estudioso, pone énfasis en una de las características que revisten al legado. Hay quien pone más acento en el carácter de disposición a título particular; hay quien pone mayor fuerza en su carácter sucesorio; otros, en cambio, acentúan la idea de liberalidad, o su naturaleza testamentaria; incluso hay quien, dando una importancia extrema a la institución de heredero, considera que la característica esencial del legado es su condición de accesoriedad respecto a la institución de heredero". *Op.cit.*, p. 388; SANCHO REBULLIDA, F., *Op.cit.*, p. 1667.

precedentemente en torno a estos extremos. En cuanto a los demás, debemos aclarar la causa de su ausencia en algunos supuestos. A este respecto, debe decirse⁴³⁴ que, en primer lugar, el elemento de la liberalidad se exceptúa en supuestos como aquel en el que se lega el derecho a arrendar un inmueble de la herencia, por el precio corriente, o, en ocasiones, por un precio más elevado; el enriquecimiento del legatario se descarta en casos como el del legado *sub modo*, cuando éste agota el valor del legado (artículo 858 CC); y, por último, no todo legado supone una atribución de bienes, como cuando el legado consiste en un *no hacer* del gravado con tal disposición.

Se comprende de este modo que cualquier definición cerrada que se proporcione del legado, deba ir precedida de adjetivos como “normalmente”, “genéricamente”, o “comúnmente”, reflexión recogida de manera esclarecedora en palabras de GARCÍA-VILA Y GÓMEZ MARTÍNEZ⁴³⁵, al comentar que “(...) cualquier concepto que demos de legado, desde un punto de vista positivo, solo puede ser científicamente correcto si lo referimos a las condiciones habituales del legado, pero no si aspiramos a un concepto omnicompreensivo, que incluya a todos los tipos de legados”.

Conociendo lo anterior, y retomando la idea de que la noción de legado se conforma en contraposición o por exclusión a aquella de heredero, lo que interesa en mayor medida es conocer lo que las separa en la práctica y las diferencia. En este sentido, el legatario es un mero perceptor de bienes o adquirente de derechos, apropiándose concreta y únicamente de aquéllos de los que se ha dispuesto a su favor⁴³⁶; a diferencia del heredero que es *algo más*, pues asume en bloque todos los derechos y obligaciones del causante, universalmente, aunque ni siquiera conociera de la existencia de aquéllos⁴³⁷.

⁴³⁴ Y siguiéndose en el desarrollo de tales ideas lo expresado por LACRUZ, J.L., *Op. loc. ult. cit.*; SANCHO-REBULLIDA, F., *Op. loc. ult. cit.*; así como GARCÍA-VILA, J.A., Y GÓMEZ MARTÍNEZ, J., *Op.cit.*, pp. 390-392; OSSORIO MORALES, J., *Op.cit.*, p. 345; ROCA TRÍAS, E., *Op.cit.*, p. 231

⁴³⁵ *Op.cit.*, p. 392

⁴³⁶ Puntualiza SANCHO REBULLIDA, F., que, en esencia, en el Código civil, "género próximo del concepto de legado es el de acto lucrativo", y que la última diferencia con el mismo sería el título *mortis causa*, esto es, que "recibe el lucro precisamente porque ha fallecido el causante. Como si este, que pudo hacer en vida donaciones reales u obligacionales, hubiera ejercido esta facultad pero manteniendo en suspenso, y acaso en secreto, la efectividad de la donación hasta el momento de su muerte", concluye, afirmando que, "el legado es, en definitiva, un regalo póstumo". *Op.cit.*, p. 1667

⁴³⁷ En tal sentido definen al legatario en contraposición al heredero autores como LACRUZ, J.L., (1961), pp. 60-61; SANCHO REBULLIDA F., *Op. loc. ult. cit.*; OSSORIO MORALES, J., *Op.cit.*, pp. 177-178, añade este último autor que "en definitiva, los mismos bienes que se reciben en concepto de herencia pueden recibirse a título de legado, aunque sea distinta la forma en que se atribuyen al favorecido. La diferencia entre el legado y la institución de heredero es, pues, cualitativa y no cuantitativa. El legatario siempre recibe bienes determinados." *Op.cit.*, p. 345; RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Op.cit.*, p. 30; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Op.cit.*, p. 26

Concluyendo la anterior reflexión, son ilustrativas unas palabras de LACRUZ⁴³⁸, en las que explica que “la importancia práctica de la distinción entre heredero y legatario reside en la diversa responsabilidad por el pasivo hereditario, y además en el hecho de que el legatario adquiere el legado sin necesidad de aceptación, no está obligado a la colación, y no sucede en la posesión de los bienes hereditarios; reside, finalmente, en el hecho de que el legatario, no siendo partícipe- salvo el caso del legado de parte alícuota - en la comunidad hereditaria, no tiene derecho a pedir la división ni a participar en ella. El legatario sólo tiene derecho al legado”.

No pudiendo adentrarnos en todos los temas mencionados en tal cita, ya que serán tratados en siguientes apartados, baste cerrar la reflexión en torno a la contraposición (como nociones recogidas en el artículo 660 de nuestro Código civil) de las figuras de heredero y legatario con la misma afirmación, que ya puede comprenderse, se hacía al comienzo, y es que, mientras *el heredero es algo*, “la persona que, sobre la base del título universal subentra en los mismos derechos, obligaciones, facultades, expectativas y poderes transferibles de su causante”⁴³⁹; *el legatario tiene algo*: “la ventaja patrimonial ordenada por el testador”⁴⁴⁰.

Por último, y a modo de advertencia metodológica, debe comentarse que no podemos considerar las nociones de heredero y legatario como conceptos completamente estancos, pues no siempre son claros los límites que separan una y otra figura, circunstancia que ha dado lugar a diversas interpretaciones del artículo 660 del Código civil por la doctrina, en orden a discernir cuándo se está en presencia de uno u otro caso. En este sentido, las distintas posturas o entendimientos de aquello que debiera extraerse de la interpretación del artículo 660 del Código Civil pueden sintetizarse en tres diversas: aquella que responde a un criterio objetivo, una segunda correspondiente a un criterio subjetivo y, por último, una postura intermedia, *a caballo* entre las dos primeras⁴⁴¹. Posturas estas, que tratamos a continuación.

⁴³⁸ *Op.cit.*, pp. 60-61

⁴³⁹ SANCHO REBULLIDA, F., *Op. loc. ult. cit.*

⁴⁴⁰ SANCHO REBULLIDA, F., *Op. loc. ult. cit.*

⁴⁴¹ Se sigue, para la descripción de tales posturas, o teorías, lo descrito por LACRUZ, J.L., (1961), pp. 76-80; SANCHO REBULLIDA, F., *Op.cit.*, p. 1665; ÁLVAREZ LATA, N., *Op.cit.*, p. 841; FUENTES MARTÍNEZ, J., *Op. cit.*, pp. 93-96; RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Op.cit.*, pp. 30-35; ROMERO COLOMA, A.M., *Aspectos generales del Derecho sucesorio estatal, autonómico y foral*. Bosch, Barcelona, 2009, pp. 17-18

En primer lugar, y pareciendo ser esta "la más acorde" a la literalidad del artículo 660 del Código civil⁴⁴², la teoría, o postura, objetiva, entiende que el criterio fundamental para determinar si, en una disposición testamentaria, nos encontramos ante una sucesión a título universal o, una tal, a título particular, depende de su contenido. Esto hace que la consideración de un sujeto como heredero o legatario no venga dada por el único hecho de que el testador así lo quiera, conforme a su voluntad, sino que depende del propio título. En síntesis, para esta posición "no basta que el disponente quiera nombrar heredero: si hace un llamamiento a título singular, aunque califique al favorecido de heredero, éste será forzosamente legatario"⁴⁴³. Por lo tanto, determinante de la atribución de la condición de heredero o legatario, será que el llamamiento a la herencia lo sea a la universalidad o a una parte alícuota de la misma, así como a bienes determinados.

En segundo lugar, la teoría, o visión, subjetiva, ve en el artículo 660 del Código civil una norma de mera interpretación de la voluntad del testador, referente primordial e indiscutible de la atribución de las condiciones de heredero y legatario. De esta forma, con independencia de los bienes a los que se le llame o la forma en que se atribuyan los mismos, si de la voluntad del testador, expresada en la disposición testamentaria, se advierte que lo deseado por aquél era instituir heredero, éste será considerado como tal. Conducentes al apoyo de esta visión se hallan en el Código Civil los artículos, fundamentalmente, 675 y 668⁴⁴⁴, que, como aclara SANCHO REBULLIDA⁴⁴⁵ "imprimen a la intención del causante el rango de ley de la sucesión"⁴⁴⁶, aunque se han

⁴⁴² Aunque, veremos, no se entiende así por toda la doctrina.

⁴⁴³ Comenta del mismo modo, el autor, que esto se desprende del 768 CC que expone que el instituido en cosa cierta y determinada será considerado legatario. *Op.cit.*, p. 77. Señala, asimismo LACRUZ; que esta teoría es seguida por autores como "LÓPEZ R. GÓMEZ, SÁNCHEZ ROMÁN, MANRESA, VALVERDE, DE DIEGO, BONET, ROYO MARTÍNEZ y, en trabajos especiales FERRARA, OSSORIO MORALES (que luego ha modificado su posición) y CASTÁN TOBEÑAS". (1961) *Op. loc. ult. cit.* (nota a pie de página número 1). Puntualiza este autor, también, que tales teorías no han sido acogidas prácticamente en ninguna ocasión por la jurisprudencia. (1961), p. 78

⁴⁴⁴ Interesante reflexión es la que hace RIVAS MARTÍNEZ, J.J, cuando explica que "(...) podría hablarse de que los arts. 668 y 675, siendo, a primera vista, claramente subjetivistas, interpretados integrativamente con el art. 660, se convierten en *moderadamente subjetivistas*. Este mismo sentido parece tener el art. 137 del Código de Sucesiones de Cataluña de 30 de diciembre de 1991, según el cual "La simple utilización por el testador del nombre o la cualidad de heredero o la disposición a título universal, aunque no se emplee aquella palabra, implicará institución de heredero, siempre que sea clara la voluntad del testador de atribuir al favorecido la condición de sucesor en todo su derecho o en una cuota de su patrimonio." Se combinan aquí, de una parte, el nombramiento formal de heredero, que tiene eficacia salvo lo que se dirá para la institución *ex re certa*; y de otra, la designación mediante el contenido de la disposición que, con todo, no puede contradecir la voluntad del testador". *Op.cit.*, p. 35

⁴⁴⁵ *Op.cit.*, p. 1666

⁴⁴⁶ A favor de esta teoría, expresa LACRUZ que se posicionan autores como MUCIUS SCAEVOLA, ALGUER, GINOT, y, fundamentalmente NUÑEZ LAGOS Y VALLET DE GOYTISOLO. (1961), p. 79.

considerado como favorecedores de tal postura artículos, también, el 814 in fine, o el 1056, ambos del Código civil.

En tercer y último lugar, como teoría intermedia, decíamos, *a caballo* entre las dos precedentes, encontraríamos una aguda reflexión de LACRUZ⁴⁴⁷ que, siguiendo a OSSORIO MORALES, comenta que el Derecho español acoge la teoría subjetiva, pero con ciertos límites, estableciendo como caracteres a valorar: en primer lugar, que prevalece la voluntad del causante sobre los términos de la disposición; en segundo lugar, que el causante no puede hacer heredero a quién no ofrezca términos hábiles para serlo y; en tercer lugar, que se presumirán la institución de heredero o el legado, según el llamamiento sea a la totalidad o a una cuota de los bienes, o a un bien concreto. Dicho lo anterior, parecen reveladoras las palabras de LACRUZ que aconsejan, en estos extremos, que se tenga en cuenta que "es el efecto práctico que el testador pretende conseguir con la atribución lo que debe buscarse en su voluntad"⁴⁴⁸, y esto, independientemente del "*nomen*" y la "*assignatio*", aunque ambas pautas sirvan de apoyo al discernimiento de la cualidad de heredero o legatario que encierra una disposición testamentaria.

Explicadas las anteriores visiones, o teorías, y pasando con ello al siguiente apartado, tan solo debe advertirse que las problemáticas apuntadas precedentemente en torno al entendimiento de una disposición testamentaria como atribuidora de la condición de heredero o de legatario, cobran fuerza y, en mayor medida, valor, en los supuestos de figuras híbridas, o mixtas, como son las del heredero *ex re certa* o el legatario de parte alícuota, figuras, que trataremos en un momento posterior de manera separada y específica.

(Nota a pie de página número 4). Asimismo, el propio LACRUZ se posiciona a favor de esta teoría, pero matizando que, aun siendo su opinión la relativa a que el Derecho español acoge esta postura, no por eso "concede una libertad absoluta en el nombramiento de heredero, ni rechaza el auxilio que, para discernir entre el heredero y el legatario puede representar la forma de la disposición". (1961) *Op. loc. ult. cit.*

⁴⁴⁷ *Op.cit.*, pp. 79-80

⁴⁴⁸ *Op.cit.*, p. 80

1.2.La adquisición del título de heredero y de legatario

En el tratamiento de esta cuestión, y como ya se avanza en el enunciado, debemos volver a tener en cuenta las singularidades de las figuras del legatario y del heredero, ya que la diversa configuración de su título, influye directamente en el sistema de adquisición del mismo. Lo coherente es que estudiemos en primer lugar el mecanismo de adquisición del título de una de las figuras, para seguidamente pasar al estudio de la siguiente. En este sentido, comenzaremos con el análisis relativo a la forma en que se articula la adquisición del título de heredero, y las implicaciones de ésta.

Lo primero a señalar del título de heredero es que puede traer causa del testamento o de la ley, conforme a lo dispuesto en el art. 658 del Código civil. De un lado, en la declaración de voluntad efectuada por el causante en testamento, y, a falta de éste, por disposición legal.

Con respecto al momento en el que se adquiere esta cualidad, es preciso realizar unos previos apuntes sobre las fases que componen el fenómeno o proceso sucesorio -apertura de la sucesión, vocación a la herencia, delación y, finalmente, adquisición-, centrándonos especialmente en esta última⁴⁴⁹; dado que sin estos previos apuntes no podrían comprenderse las reflexiones que se hacen a continuación. Situándonos en el momento de la muerte del causante, necesariamente se produce la apertura de la sucesión, de forma simultánea a aquélla, algo, que se extrae del artículo 657 del Código Civil⁴⁵⁰. Es relevante conocer este momento porque supone que se determine la ley aplicable, así como los bienes y derechos que formarán parte del as hereditario, entre otras circunstancias (como la determinación de la capacidad del heredero, o si ha incurrido en alguna causa de indignidad)⁴⁵¹.

La vocación es el llamamiento, general, a la herencia, de todos aquellos posibles interesados en la misma, llamamiento, que coincide en el tiempo con el fallecimiento del causante y la apertura, por ello, también, de la sucesión, siempre que se cumplan los presupuestos o requisitos necesarios para ello que ,básicamente, son: en primer lugar, ser

⁴⁴⁹ En la descripción de tales fases se sigue lo expuesto por LACRUZ, J.L., (1961) , pp. 131 y ss.; LÓPEZ y LÓPEZ, A.M., (1999), pp. 73 y ss.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Op. cit.*, pp. 22 y ss.; RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Op.cit.*, pp. 495 y ss., ROMERO COLOMA, A.M., *Op.cit.*, pp., 33-35; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Op.cit.*, p.12

⁴⁵⁰ Que debemos poner en relación con los artículos 661 y 758, también del Código Civil

⁴⁵¹ *ex arts.* 744, 758.I y 766 del Código Civil, entre otros.

persona (física o jurídica); la supervivencia al causante (excluyéndose así la premoriencia con ciertas excepciones como en el caso del derecho de representación); y estar capacitado para suceder⁴⁵². La delación, por su parte, supone una nueva etapa en la que se realiza un llamamiento individualizado y específico, o propuesta para la eventual aceptación, de la herencia, a los posibles sucesores disponibles, en el orden establecido (por el testador o, por ley, en el caso de la sucesión *ab intestato*)⁴⁵³.

La etapa que más nos interesa entender en el estudio comparativo que estamos realizando, es la fase final en la "cronología" del fenómeno sucesorio, cuando se produce la adquisición de la herencia. La adquisición, en palabras de LACRUZ, sería "el hecho de quedar investido, como heredero, del conjunto - relativo - de titularidades transmisibles del causante"⁴⁵⁴. Una vez hecho el ofrecimiento concreto a una determinada persona, ésta expresa (mediante la aceptación) su deseo, o voluntad, de adquirir la herencia, lo que la convierte en sucesora de las mencionadas *titularidades transmisibles* del causante.

Podrían diferenciarse, al respecto, dos sistemas de adquisición de la herencia en los diversos ordenamientos, que hunden sus raíces en distintos orígenes históricos: de un lado el denominado *sistema germánico*, en el cual la adquisición de la herencia tiene lugar de manera automática desde la muerte del causante, sin ser necesario que el heredero

⁴⁵² Además de tales requisitos, el mencionado llamamiento debe tener un título (como ya se ha avanzado) que respalde el efecto de que una persona suceda *mortis causa* a tal fallecido. Este título puede provenir de dos vías; de un lado mediante las disposiciones basadas en la autonomía de la voluntad del causante (testamento y contrato sucesorio) o bien, de otro lado, mediante el llamamiento legal correspondiente a la sucesión intestada. Debe decirse que, como sabemos, ambas vías son compatibles entre sí. Es importante conocer este momento ya que, como bien indica BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "(...) Desde ese momento pueden transmitir su expectativa o eventual derechos sobre la herencia (arts. 657 y 1006CC), pueden realizar actos de conservación de la herencia (art. 999. IV CC), pueden instar al heredero para que acepte o repudie la herencia (arts. 1004 y 1005 CC), pueden pedir en su caso la nulidad del testamento (STS de 7 de diciembre de 1970, RJ 1970/5437), pueden también proteger su expectativa con las precauciones previstas cuando la viuda del causante queda encinta (arts. 959 a 961 y 965 CC) (...)". *Op.cit.*, p. 22

⁴⁵³ En palabras de LÓPEZ y LÓPEZ, lo que distingue a la delación de la vocación (algo que es muy importante comprender), es "la posibilidad de inmediata aceptación". *Op.cit.*, p. 73. Esto hace, asimismo, que ambas fases no tengan porqué concurrir en el tiempo. Aunque ya se ha adelantado, debe señalarse que existen dos tipos, o modalidades, de delación: la testamentaria y la legítima o legal. Del mismo modo, es interesante se tenga en cuenta lo que se explica nítidamente por DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., cuando expresa el autor que "Regularmente, la delación coincide en el tiempo con la apertura de la sucesión (es decir, con la muerte del causante o con la declaración e fallecimiento), pero no siempre ocurre así. Para que pueda haber delación es menester que estén determinadas las personas llamadas a suceder y que la adquisición de la herencia no dependa de la realización de un supuesto posterior a la apertura. Esto acontece, por ejemplo, en el caso de que la concreción de las personas de los herederos no pueda hacerse de inmediato (por ejemplo, falta testamento y, de momento, se ignora cuáles son las personas llamadas a suceder *ab intestato*, o si a la herencia ha sido llamado un *nasciturus*, o en fin, en el caso de la herencia deferida bajo condición suspensiva, sin que esta enumeración de casos sea exhaustiva). La delación entonces, sólo tiene lugar cuando se han determinado las personas que están en condiciones de recibir la herencia". *Op.cit.*, p.12

⁴⁵⁴ *Op.cit.*, p. 132

manifieste, mediante la aceptación, su deseo de adquirir tal herencia (aunque sí, en caso de que esa sea su voluntad, expresar la repudiación de ésta, entendiéndose, en tal caso, que nunca la adquirió); de otro lado, el denominado *sistema romano*, que considera necesario para que se produzca la adquisición de la herencia el hecho de que se acepte, por el heredero, la herencia. Aceptación, que puede manifestarse de manera expresa o tácita.

Las diferentes formas y entendimientos doctrinales, en los que es posible se configure el mecanismo de aceptación de la herencia, hunden sus raíces en la concurrencia, o no de las fases de delación y adquisición⁴⁵⁵. Como decíamos, de un lado tenemos el denominado *sistema germánico*, por el cual, cuando la delación tiene lugar a la muerte del causante, el heredero sucede a aquél, con la mera apertura de la sucesión, siendo la aceptación sólo una corroboración de lo que el heredero ya había adquirido⁴⁵⁶. Si, por el contrario, el heredero renunciase a la herencia, se entenderá que nunca adquirió⁴⁵⁷. En este sentido, y en claras palabras de LACRUZ, “la aceptación, pues, tiene una función meramente negativa, en cuanto que representa una renuncia del derecho a repudiar, mientras que la repudiación tiene una función positiva, porque sirve para destruir lo que se ha adquirido ya”⁴⁵⁸. Así, en este sistema, habría dos momentos que podrían diferenciarse: en primer lugar, uno tal en el que existe un heredero provisional que adquiere de manera automática por el sólo hecho de morir el causante; y otro posterior en el que el heredero pasa a ser definitivo, una vez que ya ha aceptado la herencia⁴⁵⁹. Este sistema, como bien puede apreciarse, evita que entre el momento de la muerte del causante y la adquisición de la herencia, ésta se encuentre en estado de yacencia⁴⁶⁰, por lo que en ningún momento quedan los bienes vacantes, ausentes de titular.

⁴⁵⁵ En tal sentido lo explica ÁLVAREZ LATA, N., *Op. cit.*, p. 838. Asimismo, LÓPEZ y LÓPEZ, A.M., (1999), p. 74

⁴⁵⁶ Sistema que nos recordará, posteriormente en el estudio, al mecanismo por el cual el *executor* pasa a ser titular de todos los bienes del patrimonio hereditario.

⁴⁵⁷ Esto, como aclara VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R., se debe al hecho de que la adquisición de la herencia es voluntaria, por lo que “el heredero puede renunciar con posterioridad, y esta renuncia tiene efectos retroactivos”, en *Derecho civil V. Derecho se Sucesiones*. F. Capilla Roncero (Coord.), A.M. López – V.L. Montés – E. Roca Trías (Dir.), AAVV. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 524

⁴⁵⁸ *Op.cit.*, p. 132. De manera clara lo explica, asimismo, CÁMARA LAPUENTE, M., que señala que “según el sistema alemán, la herencia se adquiere sin necesidad de acto alguno de aceptación, mas el heredero dispone de un plazo para repudiarla y si renuncia oportunamente se entiende que nunca ha adquirido la herencia”. *Op.cit.*, p.13

⁴⁵⁹ En tal sentido lo expresa VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R., *Op.cit.*, p. 524

⁴⁶⁰ No nos adentraremos en mayor medida en este supuesto, que será tratado específicamente en un apartado destinado concretamente al mismo.

De otro lado habíamos mencionado el sistema *romano* (o *tesis romanista*), por el cual, sólo se adquiere la herencia si ésta se acepta, esto es, la aceptación de la herencia es un requisito necesario para la adquisición de la misma. De esta forma, delación y adquisición no concurren en el tiempo, aunque, debe matizarse (y recalcar) que la aceptación tiene efectos retroactivos al momento de la muerte del causante, lo que hace que, como nítidamente señala VALPUESTA FERNÁNDEZ “el resultado final es el mismo que en el sistema anterior”⁴⁶¹. De este modo, en este caso, y en palabras de LÓPEZ y LÓPEZ, “dicha adquisición adviene, para el caso del heredero, sólo con su aceptación (arts. 988 y siguientes) (...)”⁴⁶². Una diferencia relevante con lo expresado para el anterior sistema, sería aquella relativa a que, entre la delación y la adquisición de la herencia (hasta el momento de la aceptación), la herencia se encuentra en estado de yacencia, esto es, los bienes se encuentran vacantes, sin titular, y esto, porque, en claras palabras de LACRUZ; “en ese lapso de tiempo no hay sucesor, sino meramente un sujeto llamado a serlo (...)”⁴⁶³.

Una vez conocemos algo más detalladamente la significación de la adscripción de las legislaciones de los distintos ordenamientos jurídicos a una u otra tesis, urge se conozca cuál es el sistema que sigue nuestro Código Civil, cuestión, que no ha sido del todo pacífica en la doctrina.

Al momento de la promulgación del Código civil y hasta 1944, la doctrina era unánime en la consideración de nuestra legislación como seguidora del sistema *romano* (aunque había ya alguno, como SÁNCHEZ ROMAN, que lo calificaría de “mixto”), sería en el anterior señalado año en el que por vez primera, GARCÍA VALDECASAS, defendería la tesis *germanista*, siendo seguido por algunos (como GITRAMA o ROYO MARTÍNEZ) aunque sólo en forma minoritaria, siendo la mayoría de la doctrina favorable a la consideración del sistema *romano* como aquél vigente en nuestro Código

⁴⁶¹ *Op. cit.*, p. 524. Asimismo lo expresaba ya LACRUZ, J.L., (1961), pp. 132-133; en el mismo sentido, más recientemente, expone ÁLVAREZ LATA, N., cuando habla del artículo 989 del Código Civil (por el cual la aceptación tiene efectos retroactivos al momento de la muerte del causante) que, “en el «íter» hasta la aceptación, tanto el llamado (aún no heredero) como, si se acepta la otra tesis, el heredero (eso sí provisional) tienen las mismas facultades: ciertos poderes que el C.C. les otorga para proteger su derecho” *Op.cit.*, p. 842

⁴⁶² Aclara RIVAS MARTÍNEZ, J.J., que a tales requisitos “puede añadirse otro como es el que la herencia se aceptada, o, en los sistemas en que se entiende adquirida sin necesidad de aceptación, que no sea repudiada” *Op.cit.*, p. 495

⁴⁶³ *Op.cit.*, p. 132. En el mismo sentido lo expresa VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R., cuando señala que “(...) hasta que esta aceptación no se produce la herencia está vacante en cuanto que carece de titular, se dice que esta yacente”, *Op.cit.*, p. 524, así como, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Op.cit.*, pp. 13 y ss.

Civil (entre otros, ROCA SASTRE, ALBALADEJO GARCÍA, MARTÍN BLANCO, LACRUZ BERDEJO, DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS)⁴⁶⁴.

Para una descripción detallada de lo que acontece en nuestro ordenamiento⁴⁶⁵, hay que partir del artículo 661 del Código Civil. Los argumentos en favor de una u otra teoría se pueden resumir en los que siguen. Los defensores de la tesis *germanista*, tienen su máximo apoyo en el entendimiento de este precepto⁴⁶⁶, cuando señala que los herederos suceden al causante *por el solo hecho de su muerte* en todos sus derechos y obligaciones⁴⁶⁷. Ciertamente es que la lectura de este artículo desunida de una interpretación sistemática junto con el conjunto de artículos relacionados con la materia, puede llevar a tales conclusiones. Así, en palabras de LACRUZ “(...) este 661, aisladamente interpretado, y puesto que su finalidad no puede ser la de definir el momento de la apertura de la sucesión, misión que ya cumple el artículo 657, puede hacer creer que el Derecho español acepta el sistema de adquisición *ipso iure*”⁴⁶⁸.

En apoyo de la tesis -mayoritaria, por otra parte- que defiende la adscripción de nuestro Código civil al sistema *romano*, se esgrimen asimismo, lógicos y fundados argumentos⁴⁶⁹: De un lado, la propia tradición de cuño romanista que inspira nuestro

⁴⁶⁴ En tal sentido lo relatan, entre otros, LACRUZ, J.L., (1961), p.134 y VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R., *Op.cit.*, p. 524

⁴⁶⁵ En el desarrollo de las tesis y consecuencias relativas a los sistemas germánico y romano, se seguirá lo expuesto, entre otros, por LACRUZ, J.L., (1961), pp. 131 y ss.; LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., (1999) pp. 73 y ss.; ROMERO COLOMA, A.M., *Op.cit.*, p. 35; SERRANO DE NICOLÁS, A., en *Instituciones de Derecho Privado*, Víctor M. Garrido de Palma (Dir.), AAVV, Civitas-Thomson Reuters. Navarra, 2015, p. 647; VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R., *Op. cit.*, pp. 524-526; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Op.cit.*, p. 13

⁴⁶⁶ Además de apoyarse en tal artículo, destaca LACRUZ otros argumentos (aunque de menor importancia) que el autor rebate y que sitúa junto al principal, este es, el artículo 661, explicando que “En favor de la tesis “germanista” se alegan: 1º., el hecho de que el Código Civil califica de *heredero* en no pocos preceptos a quien es simplemente llamado a la herencia; 2º., las mayores formalidades que exige la renuncia, frente a la aceptación; 3º., el hecho de no estar regulada la herencia yacente; 4º., como argumento de texto, el artículo 1016., 5º, sobre todo, el 661. A ello cabe contestar que, primero, el Código civil emplea una terminología tan defectuosa que llega a llamar heredero en el artículo 766 a persona que premuere al testador; segundo, el exigir mayores formalidades en la repudiación se debe a ser ésta un acto normalmente perjudicial para el repudiante; tercero, el Código civil permite obtener de su articulado, en relación con la Ley de Enjuiciamiento civil, normas para disciplinar la situación de yacencia hereditaria, y cuarto, el artículo 1016 juega también con el doble significado de la palabra *heredero* (...)”. (1961), p. 135

⁴⁶⁷ (*Cursiva mía*). Añade como fundamento principal de tal tesis VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R., el supuesto recogido en el 440 del Código civil, considerando que conecta la posesión a la apertura de la sucesión y la delación de la herencia, en la misma manera en que el 661 conecta la transmisión de derechos con tales momentos, *Op.cit.*, pp. 524-525; aunque, a este respecto, señala LACRUZ, J.L., que “del artículo 440 no pueden sacarse consecuencias en tema de adquisición de la cualidad de heredero, por referirse a la posesión”. (1961) *Op. loc. ult. cit.*

⁴⁶⁸ *Op. loc. ult. cit.*

⁴⁶⁹ Se sigue, mayormente, en la exposición de tales argumentos lo explicado por LACRUZ, J.L., (1961), pp. 135-136; VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R., *Op.cit.*, pp. 525-526; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Op.cit.*, p. 13

ordenamiento, y; de otro, la regulación positiva de nuestro Código civil, como por ejemplo, los preceptos que detalladamente regulan el mecanismo de la aceptación⁴⁷⁰, así como la eficacia retroactiva que el art. 989 del Código civil otorga a la aceptación (y a la repudiación) al momento de la muerte del causante⁴⁷¹, algo que difícilmente puede convivir con la tesis *germanista*, ya que, si la adquisición fuera automática y con ello la aceptación innecesaria, el heredero lo sería desde el inicio, lo que despojaría al precepto de sentido. También se cita en apoyo de la tesis romanista, el art. 1005 del Código civil, que permite a los interesados en la herencia requerir al llamado a la sucesión para que acepte o renuncie, que también queda sin sentido en el supuesto de la adquisición automática de la herencia. Debe asimismo tenerse en cuenta el art. 1006 del Código civil, que contempla el supuesto de la transmisión *del ius delationis*, esto es, del derecho a aceptar o repudiar la herencia cuando el llamado a la sucesión muere sin efectuar ninguno de estos actos⁴⁷². Así, por último, y en contra del mayor de los argumentos de la tesis *germanista*, este es, la literalidad del art. 661 del Código civil, la doctrina mayoritaria lo interpreta en conjunto con el resto de artículos relacionados con la aceptación y adquisición de la herencia, entendiéndose que, y conjuntamente con el art. 657, simplemente expone la importancia del momento de la muerte del causante en el proceso sucesorio, que hace que, a través del mecanismo de la retroacción, fije el momento en el que se va a entender adquirida la herencia una vez aceptada por el llamado. Por lo tanto, y en conclusión, entendemos que el Código civil sigue el sistema romano de adquisición de la herencia⁴⁷³.

⁴⁷⁰ Para LACRUZ, J.L., demasiado detallada para tratarse simplemente de una “renuncia del derecho a repudiar”. (1961), p. 136

⁴⁷¹ En el estudio de Derecho comparado de las figuras sucesorias que se está realizando, es importante que se entienda la implicación en aquél que tiene la comprensión de este concepto, y esto porque, el heredero, al ser retroactivos los efectos de la aceptación, lo es desde la muerte, concurriendo, por ello, con aquel que está encargado de liquidar el patrimonio hereditario, esto es, con el albacea, que “quita” facultades al heredero que le son propias (algo que ya se vio en un momento precedente del estudio). Tal circunstancia, como veremos en próximos apartados, no es coincidente con lo que ocurre en el sistema anglosajón, en el que se interpone la figura del *executor* (o *administrator*, en su caso), entre el momento de la muerte del causante y la adquisición de la herencia por los que, llamaremos, herederos-beneficiarios.

⁴⁷² Algo relacionado, asimismo, con el artículo 1016 del Código, que establece que “Fuera de los casos a que se refieren los dos anteriores artículos, si no se hubiere presentado ninguna demanda contra el heredero, podrá éste aceptar a beneficio de inventario, o con el derecho de deliberar, mientras no prescriba la acción para reclamar la herencia.”

⁴⁷³ En tal sentido, entre otros LACRUZ, J.L., (1961) *Op. loc. ult. cit.*; VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R., *Op. loc. ult. cit.*; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Op. loc. ult. cit.*; SERRANO DE NICOLÁS, A., *Op.cit.*, p. 647; COLINA GAREA, R., en *Comentarios al Código Civil*. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.) AAVV. Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, p. 1177. Del mismo modo se viene reconociendo por la jurisprudencia, como ejemplo de ello, la STS de 27 de junio de 2000 (RJ 637/2000) que señala que “en materia de adquisición de herencia, y con relación al régimen sucesorio del Código Civil, resulta incuestionable que rige el denominado sistema romano caracterizado porque no basta la delación hereditaria

Una vez expuesto el sistema por el que se adquiere el título de heredero en nuestro ordenamiento, comenzamos con la adquisición del legado, no sin antes advertir el intencionado olvido en el presente apartado del asunto relativo al supuesto de la herencia yacente, que será tratado parcialmente en la medida en que interese al presente estudio, y un momento posterior.

A este respecto, debemos comenzar afirmando que el legatario requiere de la voluntad del causante. En claras palabras de LACRUZ⁴⁷⁴ es “un sucesor designado por acto *mortis causa*”, pues “los legados los ordena la voluntad del causante en testamento (...)”⁴⁷⁵: cuando la ley hace una atribución a título particular, no hace ningún *legado* propiamente tal”. De este modo, y en el mismo sentido en que lo reflejan las anteriores palabras de LACRUZ, numerosa doctrina se ha posicionado en contra de considerar los llamados “legados legales”, propiamente “legados”⁴⁷⁶. Tal concepto (de “legados legales”) es el referido a las situaciones en las que, por disposición legal, se atribuyen bienes concretos o ciertos derechos, esto es, atribuciones a título singular (como sería el ejemplo del derecho de usufructo que se concede al cónyuge viudo, *ex. art. 834 CC*). Conocido esto, baste decir que, por la propia naturaleza de los legados, necesariamente voluntarios, esto es, siendo tan sólo posible su ordenación por testamento, es erróneo hablar, en los referidos “legados legales”, de “legados” propiamente dichos, en su más puro sentido y significación.

Aclarado lo anterior, y enlazándolo con el sistema seguido por nuestro CC en orden a la adquisición del legado -si encaja en la tesis *romanista* o en la *germanista*- puede afirmarse que, a diferencia de lo que se afirmó para el caso del heredero, el legatario adquiere el legado, adquiere su título, *ipso iure*, desde el momento de la muerte, mecanismo acorde al sistema, ya anteriormente referido, *germanista*. Así se deduce de los artículos 881 y

(apertura, vocación y delación) para ser titular del derecho hereditario, sino que además es preciso que el heredero acepte la herencia, lo que puede efectuarse de forma expresa o bien tácita. Producida la delación, el heredero -el llamado a heredar en concreto-, como titular del “*ius delationis*”, puede aceptar o repudiar la herencia, pero en tanto no acepte, como se ha dicho, no responde de las deudas de la herencia, porque todavía no se produjo la sucesión -no es sucesor, sino solo llamado a suceder-. Si acepta responderá incluso con sus propios bienes, salvo que la aceptación expresa tenga lugar con arreglo a lo prevenido para disfrutar del beneficio de inventario”.

⁴⁷⁴ (1961), p. 60

⁴⁷⁵ Considera el autor, asimismo, la posibilidad de que tales legados se ordenen en contrato sucesorio, donde exista tal posibilidad.

⁴⁷⁶ En este mismo sentido, de considerar únicamente legado, o definir el mismo, como una disposición propiamente testamentaria, OSSORIO MORALES, J., *Op.cit.*, pp. 345-346; RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Op.cit.*, p. 30; ZURILLA CARIÑANA, M.A., (2009), p. 391-392; GARCÍA VILA J.A. y GÓMEZ MARTÍNEZ, J., *Op.cit.*, p. 386; SERRANO DE NICOLÁS, A., *Op.cit.*, pp. 653-654

882 de nuestro Código civil⁴⁷⁷, tal y como se reconoce ampliamente por la doctrina⁴⁷⁸. Aplicada la idea al legado de cosa propia del testador⁴⁷⁹, quiere significar que, a la muerte del causante, sin necesidad de aceptación, a priori, del legatario, se produce la adquisición inmediata del título, y con ello de la propiedad de la cosa legada (aunque, como es sabido, el testador puede condicionar su eficacia a la aceptación del mismo o fijar un término para tal aceptación). Así es reconocido, del mismo modo, por la jurisprudencia, como sería el caso de la STS de 27 de junio de 2000 [RJ 5271/2000] en la que se expresa, de manera clara, que “en todo caso no hay que olvidar que el legatario deviene titular «*ipso iure*» del legado en el momento de la muerte del causante (artículo 881 del Código Civil) sin perjuicio de que puede renunciar al mismo, es decir, que en el legado no se sigue el sistema romano de adquisición de la herencia que exige aceptación, y si el legado es de cosa propia del testador (artículo 882 del Código Civil) deviene propietario de la cosa legada desde la muerte del mismo(...)”⁴⁸⁰, o, más recientemente, la STS de 15 de enero de 2013 [RJ 1429/2013], que señala que “interpretada la disposición testamentaria en orden a la configuración de un legado de cosa específica y determinada de la propiedad del testador, el legatario adquiere el objeto legado con la delación de la herencia (*ius delationis*), sin necesidad de aceptación, de forma que se erige como propietario de la cosa legada desde el momento de la muerte del testador, artículo 882, párrafo primero del Código Civil”. Con lo anterior, debe matizarse que, aun no siendo necesaria la aceptación, debe tenerse en cuenta que tal legado puede renunciarse, lo que, en cierta medida, obliga

⁴⁷⁷ El primero de ellos establece que “El legatario adquiere derecho a los legados puros y simples desde la muerte del testador, y lo transmite a sus herederos” Guardando relación con los artículos 657, 661, 667, 759, 885 y 1006, todos del Código civil. El segundo, esto es, el artículo 882, enuncia que “Cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere, y hace suyos los frutos o rentas pendientes, pero no las rentas devengadas y no satisfechas antes de la muerte.

La cosa legada correrá desde el mismo instante a riesgo del legatario, que sufrirá, por lo tanto, su pérdida o deterioro, como también se aprovechará de su aumento o mejora”, artículo, que hay que poner en relación con los artículos, todos del Código 845, 885, 888 y 1182.

⁴⁷⁸ En tal sentido, LACRUZ, J.L., (1961), p. 60; SERRANO DE NICOLÁS, A., *Op.cit.*, p. 650; GARCÍA VILA, J.A., y GÓMEZ MARTÍNEZ, J., *Op.cit.*, p. 434; BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO., R., *Op.cit.*, pp. 26-27; entre otros.

⁴⁷⁹ Y esto porque, debe tenerse en cuenta, como acertadamente comenta SERRANO DE NICOLÁS, A., que “(...) la solución unitaria no es fácil de admitir dadas las múltiples modalidades de legado; en cualquier modalidad de legado parece que es imprescindible la aceptación por el legatario, sea expresa o tácita al no repudiar, pues debe admitirse como aplicable, también en esta materia, el principio de que nadie puede adquirir algo contra su voluntad; en suma, la aceptación implica la imposibilidad de la renuncia posterior o de su revocación”. *Op.cit.*, p. 650

⁴⁸⁰ Señala, asimismo, la STS que ya ha sido, tal circunstancia, recogida anteriormente por la jurisprudencia en SSTS de 7 de julio de 1987, 30 de noviembre de 1990 (RJ 1990/9220) y 25 de mayo de 1992.

al designado como legatario a expresar su voluntad, sea de manera expresa, o tácita; a través de su propia conducta, a este respecto.

Siendo extensible lo reconocido en el artículo 1027 CC⁴⁸¹ a esta situación, debe tenerse en cuenta que aunque el legatario de cosa específica se erige como propietario de la cosa legada desde el momento de la muerte del testador, la entrega del legado no se produce hasta pagados los acreedores. Pero, es interesante mencionar los artículos 42.7 y 47 de la Ley Hipotecaria, y relacionados con estos con el artículo 81 del Reglamento Hipotecario, y esto, para comentar el reconocimiento, al legatario, de la posibilidad de realizar la anotación preventiva del legado (en tiempo anterior a la entrega) que, como bien expresa SERRANO DE NICOLÁS, A., “aparece como consecuencia necesaria de que el legatario no pueda reclamar la entrega del legado inmediatamente a la muerte del testador – aunque la adquisición sea automática – y que, además, no forma parte de la comunidad hereditaria, pues de formar parte le garantizaría el control de la actuación sobre la masa hereditaria y, además, sería necesario su consentimiento para enajenar cualquier bien integrante de ella (...)”⁴⁸². La inscripción en el Registro (con posterioridad a la entrega del legado) requiere del título particional o de escritura pública de entrega del legado, en la que se hace constar esa entrega con el acuerdo de los herederos y legitimarios, reflejándose, asimismo, que no hay deudas o que han sido pagadas, y acompañando el título del testamento.

Por último, no debemos olvidar advertir que todo lo comentado precedentemente está muy pensado para el supuesto del legado de cosa específica, no teniendo sentido para el caso, significativo, del legado obligacional; supuesto en el que tampoco se requiere necesariamente la aceptación, pero lo que se adquiere no es la propiedad, sino el derecho al legado, consistiendo éste en un derecho de crédito a exigir del heredero gravado una conducta.

Matizado lo anterior, y una vez se conoce como adquieren su título el heredero y el legatario, título, que fundamenta, para cada uno de ellos, su *papel de titulares del Derecho*; otro aspecto que diferencia a uno y otro título sucesorio es la adquisición de la

⁴⁸¹ “El administrador no podrá pagar los legados sino después de haber pagado a todos los acreedores”.

⁴⁸² Añadiendo el autor que “(...) con el fin de garantizar que la actuación de los herederos no frustre su derecho, ya desde *Las Partidas* se le reconocía una hipoteca legal tácita sobre los bienes del difunto; no obstante, al suprimir la LH las hipotecas tácitas se transformó su garantía en una anotación preventiva, que no se practica de oficio, ni resulta directamente de la LH, sino que exige que la pida el propio legatario”. *Op.cit.*, p. 705

posesión de los bienes del causante, que en ningún caso forma parte del contenido del título sucesorio particular, mientras que sí lo es del título universal. Es obligada la referencia para el heredero al art. 440 CC ⁴⁸³, en cuanto recoge un modo particular de adquisición de la misma, que es el de la posesión civilísima⁴⁸⁴. Tal posesión, se caracteriza, básicamente, por el hecho de que “implica considerar poseedor al heredero sin un mínimo elemento de aprehensión material en el que fundar la apariencia sucesoria”⁴⁸⁵. De este modo, la *posesión civilísima*, o por ministerio de la ley, es aquella que inexorablemente acompaña a la posición de heredero, y que éste adquiere, sin interrupción, desde la muerte del causante⁴⁸⁶. Así, sólo si repudia la herencia se considerará que nunca poseyó, actuando por tanto, asimismo, el mecanismo de la retroacción de los efectos de la aceptación en lo que atañe a la posesión de los bienes

⁴⁸³ Explica UREÑA MARTÍNEZ, M., que “El artículo 440 está en estrecha conexión con el 438, puesto que desarrolla uno de los modos adquisitivos de la posesión enunciado en este último precepto: la adquisición de la posesión a través de las “formalidades legales establecidas para adquirir tal derecho”. Concretamente, el artículo 440 se refiere a la adquisición posesoria en las sucesiones “mortis causa”, donde el heredero por ministerio de la ley adquiere la posesión desde el momento de la muerte del causante sin necesidad de aprehensión material, siempre que acepte la herencia – eficacia retroactiva – (GARCÍA VALDECASAS, pg. 48 y MARÍN PÉREZ, pg. 219)” en *Comentarios al Código Civil*. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.) AAVV. Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, p. 620

⁴⁸⁴ En el tratamiento del artículo 440 del Código civil, se seguirá básicamente lo expuesto, entre otros, por LACRUZ, *Op.cit.*, pp. 138 y ss; LÓPEZ y LÓPEZ, A.M., *Op.cit.*, p. 44; UREÑA MARTÍNEZ, M., *Op. loc. ult. cit.*; VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R., *Op.cit.*, p. 525; ALBALADEJO, M., en las notas que efectúa a la obra de CICU, A., *Op.cit.*, p. 22; COLINA GAREA, R., *op. loc. ult. cit.*

⁴⁸⁵ LÓPEZ y LÓPEZ, A.M., (1999) *Op. loc. ult. cit.* Es clarificadora una explicación en tal sentido de LACRUZ, J.L., cuando señala el autor que “Del mismo modo que el causante conservaba la posesión de sus bienes aun cuando no ejerciera constantemente un señorío efectivo sobre ellos, hasta que otro no le privara de aquélla, así debe también el heredero continuarla hasta que no sea reemplazado por otro y, por tanto no debe tener necesidad de un acto de aprehensión.” (1961), pp. 139

⁴⁸⁶ En tal sentido, explica LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., que “se sucede al causante en la misma situación posesoria que tenía y no en otra distinta de igual contenido (...)” Aclarando el autor que “el heredero no inicia una nueva posesión sino que continúa la misma que ostentaba el causante”. *Op.cit.*, p. 557. En tal sentido explica LACRUZ, J.L., que “(...) la identidad de la posesión entre el heredero y el causante tiene una excepción: conforme al artículo 442 C.c., “el que suceda por título hereditario no sufrirá las consecuencias de una posesión viciosa de su causante, si no se demuestra que tenía conocimiento de los vicios que la afectaban, pero los efectos de la posesión de buena fe no le aprovecharán sino desde la fecha de la muerte del causante”. La locución “posesión viciosa” equivale a posesión de mala fe”. (1961), p. 140

hereditarios⁴⁸⁷. En tal sentido, le aprovechan al heredero las ventajas relativas a la posesión en lo que se refiere a protección interdictal, usucapión y frutos⁴⁸⁸.

El artículo 440 en la regulación de esta particular posesión del heredero debe relacionarse directamente con otro artículo del Código civil, este es, el 885, que establece la imposibilidad del legatario de ocupar por su propia autoridad las cosas legadas⁴⁸⁹, debiendo “pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando éste se halle autorizado para darla”. Así, debe ser el heredero (o albacea, en su caso) el que ponga en posesión a los legatarios de las cosas legadas, de modo que al morir el causante, es el heredero el que ingresa en la posesión de tales bienes destinados a los legatarios, aunque la propiedad haya ya pasado de manera automática, o directa, a los mismos⁴⁹⁰. Lo anterior es importante en términos de inscripción registral, ya que sin escritura pública de entrega de la cosa, que haga efectivo el “traslado posesorio” al legatario, no puede éste inscribir el derecho, o la propiedad, que ostenta (artículo 81 RH). A estos efectos, y para terminar, interesa destacar cómo la referencia que el art. 609 CC hace a la sucesión *mortis causa*

⁴⁸⁷ En tal sentido lo expresa claramente COLINA GAREA, R., cuando explica que “La retroactividad de los efectos de la aceptación rige también en lo relativo a la posesión de los bienes hereditarios (art. 440. I). Si ha recaído repudiación debe entenderse, no sólo que en el futuro el llamado no se convertirá en heredero ni adquirirá la herencia, sino que, además, respecto al pasado, aquél nunca tuvo la condición de heredero ni la propiedad de los bienes hereditarios que le habrían podido corresponder si hubiese aceptado. El efecto retroactivo de la repudiación alcanza también a la posesión (art. 440. II). El que válidamente repudia una herencia se entiende que no ha poseído en ningún momento, ni si quiera en lo que hace referencia a la posesión civilísima sin necesidad de aprehensión material de los bienes hereditarios”. *Op. loc. ult. cit.* En tal sentido, y en relación a los requisitos para que se dé la posesión civilísima, expresa UREÑA MARTÍNEZ, M., que “la jurisprudencia ha considerado como presupuestos necesarios para la concurrencia de la posesión civilísima: la cualidad de heredero de quien invoca la posesión civilísima; que el llamado como tal acepte la herencia (STS 29 mayo 1980 [RJ 1980,1972]; la STS 13 marzo 1952 [RJ 1952,808] consideró como aceptación tácita la interposición de los herederos de una demanda de desahucio contra el prearista); y que el causante fuese poseedor de los bienes que dejó a su muerte, independientemente de que ostentara una posesión mediata o inmediata (STS 12 diciembre 1966 [RJ 1966,5715]”. *Op. loc. ult. cit.*

⁴⁸⁸ Así se ha reconocido, además de por la doctrina, por la jurisprudencia (por ejemplo en SSTs de 3 de junio de 1947 [RJ 1947/903] y de 20 de octubre de 1989 [RJ 1989/6949]). Aunque es interesante que se tenga en cuenta algo que aclara LACRUZ, J.L., “(...) la posesión del artículo 440 no confiere por sí derecho a los frutos. El heredero los adquiere como propietario y no como poseedor. Si un tercero de buena fe tiene cosas hereditarias, podrá oponer al heredero el artículo 451, a pesar de la posesión civilísima, y ello aunque haya sido despojado de la cosa y conserve el derecho a reclamarla (...)” (1961), p. 141. En relación a tal extremo, expresa UREÑA MARTÍNEZ, M., que la duda se sitúa en relación a la protección posesoria que tendría el llamado en cuanto aún no hubiese aceptado la herencia, aclarando que la doctrina (y citando para ello a DÍEZ-PICAZO y GARCÍA VALDECASAS) entiende que “el llamado, aún no aceptante, es investido “ope legis” en la posesión de los bienes hereditarios y por tal razón goza de protección interdictal; consolidándose su adquisición desde el momento de la aceptación”. *Op. loc. ult. cit.*

⁴⁸⁹ Apuntan GARCÍA VILA J.A., y GÓMEZ MARTÍNEZ J., que “una excepción general a este sistema es la comprendida en el Código de Derecho Foral de Aragón, ya que el artículo 479, y bajo la rúbrica “posesión del legado”, establece que el legatario de cosa cierta y determinada existente en el caudal hereditario puede, por sí solo, aun habiendo legitimarios, tomar posesión de esta y, si fuera inmueble, obtener la inscripción a su nombre en el Registro de la Propiedad en virtud de la escritura pública en que formalice su aceptación”. *Op.cit.*, p. 436

⁴⁹⁰ En tal sentido, por todos, LACRUZ, J.L., (1961) , p. 140

testada e intestada, como modo de adquirir la propiedad, se refiere tanto al título de heredero como al de legatario (de cosa cierta y determinada del testador), si bien mientras el heredero tiene la propiedad de lo que le haya correspondido, pero la posesión de todos los bienes de la herencia, incluidos los bienes legados, los legatarios de cosa cierta adquieren la propiedad de los mismos, pero no la posesión, que deberán pedir a los herederos, estando éstos obligados a su entrega -se trataría, pues, de una “*traditio*” que no consolida el efecto transmisivo, como ocurre en las adquisiciones derivativas *inter vivos*, sino de una entrega con función liquidatoria, en aplicación del principio sucesorio “antes es pagar que heredar”.

Una consideración final y sumaria se hace necesaria en estos momentos del desarrollo del trabajo, y es que en el fondo, la diferencia entre ser heredero y tener un legado se traduce en la diferente posición con respecto a la responsabilidad por las deudas del causante. Como siempre, unas brillantes palabras de LACRUZ sirven para la anterior advertencia, al afirmar el autor que “la importancia práctica de la distinción entre heredero y legatario reside en la diversa responsabilidad por el pasivo hereditario, y además en el hecho de que legatario adquiere el legado sin necesidad de aceptación, no está obligado a la colación, y no sucede en la posesión de los bienes hereditarios; reside, finalmente, en el hecho de que el legatario, no siendo partícipe – salvo el caso del legado de parte alícuota – en la comunidad hereditaria, no tiene derecho a pedir la división ni a participar en ella. El legatario sólo tiene derecho al legado”⁴⁹¹.

1.3.La responsabilidad por las deudas de la herencia en particular

Cuando se habló del artículo 661 del Código Civil, con el propósito de formarnos una “imagen mental” de aquello que debíamos considerar “heredero” y “sucesor a título universal”, ya se expresó que este heredero lo era tanto en los derechos, como en las obligaciones. Nos centramos, en este momento y tras tal afirmación, en la última de las mencionadas consecuencias de la institución misma de heredero, que no es otra que la sucesión en las obligaciones.

Un punto fundamental para la propia diferenciación de las figuras de heredero y legatario en nuestro sistema, es el relativo a la responsabilidad por las deudas del patrimonio

⁴⁹¹ *Op.cit.*, pp. 60-61

hereditario. Por otra parte, y como veremos en un próximo apartado, cuando tratemos estos mismos conceptos para el Derecho anglosajón, es este un punto clave en la distinción entre los sistemas de *Civil law* y aquellos de *Common law*: en los primeros, (y por tanto, en el nuestro) el hecho de la muerte del causante no acaba con la relación existente entre crédito y deuda, sino que la relación obligatoria sigue inmutable, salvo el cambio de deudor, que no es otro que el heredero; en cambio, para los sistemas de *Common law*, el fallecimiento del causante es el momento adecuado para saldar las deudas de éste y liquidar el pasivo con cargo al activo, siendo el “heredero” únicamente el destinatario del remanente tras la liquidación⁴⁹².

Centrándonos en nuestro ordenamiento, debe comenzarse inexorablemente con la afirmación relativa a que esta responsabilidad por deudas del caudal hereditario es sólo del heredero, esto es, le viene implícita con tal condición, que le conmina, en palabras de LACRUZ⁴⁹³, a “liquidar la herencia haciendo frente a todas las pretensiones que podían haberse dirigido contra el causante, misión patrimonial que se le confía personalmente”. De este modo, al igual que el heredero adquiere sus derechos como “un todo”, este “todo”, abarcaría, asimismo, las obligaciones que afectan a tal patrimonio, o lo gravan. En cambio, aunque las deudas puedan alcanzar, o afectar, a lo dejado a título particular por el testador, tal circunstancia no convierte en deudor al legatario.

Según el artículo 998 del Código civil, la aceptación de la herencia por el heredero puede ser pura y simple⁴⁹⁴ o a beneficio de inventario, lo que implica que, aunque el heredero ocupa la posición pasiva (en relación con las deudas relativas al caudal hereditario) tal

⁴⁹² En tal sentido lo explica PUIG BRUTAU, J., citando a RHEINSTEIN, *op. cit.*, pp. 8 y 9

⁴⁹³ Citado por BELTRÁN HEREDIA, C., *Op.cit.*, p. 550

⁴⁹⁴ Además, como sabemos, y según el artículo 999 CC, tal aceptación puede ser expresa o tácita. Como señala COLINA GAREA, R., “El artículo 999.II entiende por aceptación expresa la que se hace en documento público o privado, de lo cual se deduce que se requiere la forma escrita y que no sería suficiente con que la declaración de voluntad expresa, en el sentido de aceptar la herencia, se manifestase verbalmente (...)”, en cambio, en la aceptación tácita, señala el autor “(...) esa misma consecuencia se produce «*ex lege*» a través de una serie de actos, negocios o comportamientos cuya realización lleva aparejada, por obra de la ley, el efecto jurídico de la adquisición de la herencia” Del mismo modo, y en referencia a la última de las circunstancias mencionadas, hace mención el autor a la STS de 20 de enero de 1998 [RJ 1998,57] en la que se establecían las cualidades que debían tener tales actos, que serían básicamente dos: revelar necesariamente la voluntad de aceptar y la de ser actos que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero. *Op.cit.*, p. 1187. Además de lo anterior, en el artículo 1000 CC se encuadran una serie de supuestos en los que se entenderá aceptada la herencia, supuestos, que han sido ampliados en sede jurisprudencial (para una síntesis de tal ampliación jurisprudencial de supuestos, véase COLINA GAREA, R., *Op.cit.*, pp. 1187-1188), aunque siempre, con la idea “en mente” de aquellos actos que no suponen aceptación de la herencia, estos son, según el artículo 999.IV CC, “los actos de mera conservación o administración provisional (...)” que, según el precepto “no implican la aceptación de la herencia, si con ellos no se ha tomado el título o la cualidad de heredero”.

responsabilidad puede ser, como se expresa en el artículo 1003 del Código civil⁴⁹⁵, *ultra vires hereditatis*, esto es, más allá del patrimonio que ha dejado el causante⁴⁹⁶, si se produce la aceptación pura y simple por el heredero; o *intra vires hereditatis*, esto es, limitada al caudal hereditario, tras la llamada aceptación a beneficio de inventario. En este sentido, explica de manera clara LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA⁴⁹⁷, que la mayor parte de la doctrina considera que la responsabilidad del heredero es ilimitada pero limitable, estando por ello, el heredero que acepta a beneficio de inventario, como ya se ha comentado (y conforme al art. 1023-1º del Código civil), obligado sólo hasta donde alcancen los bienes dejados por el causante.

A priori, con la responsabilidad *ultra vires hereditatis*, el heredero, tras aceptar pura y simplemente, compromete todos sus bienes (presentes y futuros), como cualquier deudor de los reconocidos en el 1911 del Código civil, esto es, sean o no bienes pertenecientes a la herencia. De otro lado, con la aceptación a beneficio de inventario, se genera una responsabilidad *intra vires hereditatis*, esto es, se responde de las deudas (así como otras obligaciones) con el límite de los bienes hereditarios.

Que se haya advertido que lo anterior es una consideración general, “a priori”, no es inocente, ya que no puede obviarse en este estudio la evolución en los conceptos que ha sufrido y sufre nuestro Derecho de Sucesiones. Y esto porque, en la aceptación pura y simple, tradicionalmente⁴⁹⁸, se ha defendido la idea de confusión patrimonial, convirtiéndose con tal aceptación, por tanto, en único patrimonio el particular del heredero junto con el hereditario, planteamiento, que acreditaban (según esta tradicional doctrina) diversos artículos del Código civil. Ejemplo de tales artículos podrían ser, en primer lugar, el artículo 1003 CC, siendo lo expresado en el mismo, considerado consecuencia directa de la mencionada confusión patrimonial y lo que, por lo tanto, hacía

⁴⁹⁵ Teniendo en cuenta que no sólo se recogen en este artículo las deudas, sino, todas las demás obligaciones existentes, así como los legados.

⁴⁹⁶ En este sentido, señala LÓPEZ y LÓPEZ, A.M., que incluso recibe relaciones jurídicas del causante mudadas en la configuración que tenían para éste (arts. 442 y 1778, ambos del Código civil), (1999), p. 44

⁴⁹⁷ *Op.cit.*, p. 559. En el mismo sentido, señala el autor algo importante a tener en cuenta cuando explica que el mecanismo de la aceptación a beneficio de inventario "es una medida protectora de los intereses del heredero, que es quien puede solicitarlo (salvo en aquellos supuestos excepcionales en que la herencia se entiende aceptada con tal beneficio por ministerio de la ley). Por eso parece justo que los acreedores pueden instar, por su cuenta y en su interés, la separación de patrimonios, para la protección de sus derechos". *Op.cit.*, p. 561

⁴⁹⁸ En relación al recorrido doctrinal tradicional, se sigue lo expuesto, por DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Op.cit.*, pp. 19-20; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Op.cit.*, pp. 558-560; LACRUZ, J.L., (1961), pp. 103-104; COSTAS RODAL, L., en *Comentarios al Código Civil*. Tomo V. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 7242-7243

que el heredero fuera responsable de las cargas de la herencia no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios⁴⁹⁹ teniendo, por ello (el heredero), esta responsabilidad *ultra vires hereditatis*; asimismo, el artículo 1023 CC, relativo a los efectos que produce el beneficio de inventario en favor del heredero, que, señalando en su punto tercero que “no se confundirán para ningún efecto, en daño del heredero, sus bienes particulares con los que pertenezcan a la herencia”, se utilizaría, en sentido contrario, para legitimar la confusión de patrimonios en la aceptación pura y simple; u otros artículos como podría ser el 1192-1º CC, por el que los créditos entre causante y heredero se extinguen. Así, como en forma clara expresa LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA⁵⁰⁰, “en suma, no hay que distinguir entre acreedores del causante y del heredero, porque único es el deudor de todos ellos y suyo es el patrimonio que responde de esa deuda, donde se confunden los bienes heredados con todos los demás del heredero”⁵⁰¹.

Conocido lo anterior, (y en este supuesto de la aceptación pura y simple) debe comentarse que de manera, en mayor medida, reciente, tal principio de confusión patrimonial ha sido, sino del todo superado (dado que es una realidad que parece reflejarse en el Código Civil), si considerablemente atenuado, debido a que un seguimiento contundente o absoluto de tal principio plantea problemas en diversos casos, como son aquellos en los que existe más de un heredero o, sobre todo, aquel que atañe a la convergencia o conjunción de los acreedores de causante y de aquellos particulares del heredero, que podría conducir a injustos resultados que mermaran las expectativas para el cobro, especialmente, de los acreedores del causante, al fundirse el patrimonio hereditario con el particular del heredero.

Por estas razones, se ha considerado por cierta doctrina moderna que alguna separación patrimonial existe siempre⁵⁰². En la base o raíz de esta argumentación se encuentran,

⁴⁹⁹ Teniéndose además en cuenta, como señala LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., que “El término cargas empleado en el artículo 1003 se refiere no sólo a las deudas que afectaban al causante en vida y subsisten a su fallecimiento, sino también, según doctrina dominante, a los legados y a otras obligaciones que tienen su origen en el hecho de la sucesión”. *Op.cit.*, p. 558

⁵⁰⁰ *Op.cit.*, p. 559

⁵⁰¹ Además, cita el autor la STS de 21 de abril 1997 [RJ 3248/1997] al respecto, en la que se indicaba que “por la aceptación pura y simple, el heredero asume la representación de la personalidad jurídica del causante, sin limitaciones y debe pechar con las cargas que aquél consintió en vida, con lo que viene a ser tanto sujeto activo, como pasivo de sus relaciones jurídicas patrimoniales no debidamente extinguidas, accediendo de esta manera a una responsabilidad ilimitada e indiferenciada, de la que responden no sólo los bienes hereditarios, sino también los propios”. *Mismo lugar antes citado*.

⁵⁰² En tal sentido seguimos lo expresado por DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. *Op.cit.*, p. 21; COSTAS RODAL, L, *Op. cit.* , pp. 7242 y 7243; y LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA C., señalando este último

como fundamentales, los principios tradicionales de “antes es pagar que heredar” y “no hay herencia sino residuo”. De este modo, aclara de manera nítida BELTRÁN DE HEREDIA⁵⁰³, que, según esta teoría “el Código no recoge expresamente el beneficio de separación porque no hace falta, ya que se da siempre”. Ya hace años PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, se situaba incluso en la posición de considerar que la responsabilidad *ultra vires hereditatis* no es una consecuencia natural de la sucesión, ni de un particular modo de aceptar, ya que de aquéllas solo se infiere la responsabilidad *intra vires hereditatis*, añadiendo que, el hecho de que en un momento ulterior aparezca la responsabilidad *ultra vires* se debe, más bien, a una presunción que recae sobre el heredero de substracción o fraude por haber omitido el inventario e incluso la considera una pena por incumplimiento de tales obligaciones en relación al patrimonio hereditario, añadiendo que, solo responde *ultra vires* si, al aceptar, “después no hace el inventario oportuno”⁵⁰⁴.

En cuanto a la aceptación a beneficio de inventario⁵⁰⁵, llama la atención, en primer lugar, la circunstancia relativa a que existe una prolija regulación de esta situación, frente a la pura y simple, en los artículos 1010⁵⁰⁶ y siguientes del Código civil, hasta el punto de que en alguna ocasión se haya recurrido a ésta en el intento de esclarecer situaciones en el caso de la aceptación pura y simple.

En el tratamiento de la aceptación a beneficio de inventario, y su relación con la responsabilidad por deudas conexas al patrimonio hereditario, debemos, primeramente, tener en cuenta que, como se vio, según el artículo 660 del Código civil, una vez que el

autor tal circunstancia cuando explica que “(...)buena parte de la doctrina moderna, entre ellos el propio LACRUZ, y otros prestigiosos autores como PEÑA, PUIG BRUTAU y ALBALADEJO, van más allá y sostienen (con distintos argumentos o apoyándose los unos en los otros) que la separación de patrimonios, o al menos una cierta separación, existe siempre(...)” *Op.cit.*, p. 560

⁵⁰³ *Op.cit.*, p. 561

⁵⁰⁴ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*. Comares, Granada, 2009, pp. 29-30. Además de lo anterior, existen otros argumentos en contra de la tradicional doctrina, como, por ejemplo, los que no hace notar DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., cuando argumenta que la interpretación “a sensu contrario” del 1023 CC es poco fiable o advierte de la necesidad de que se tengan en cuenta otros preceptos del Código civil, como los artículos 807, 1034 y 1082 (artículo, este último, que faculta a los acreedores para oponerse la partición). *Op.cit.*, p. 20

⁵⁰⁵ Aceptación que, según recoge el artículo 1011 CC, tras su modificación por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria solo puede ser realizada ante Notario.

⁵⁰⁶ Artículo, sea también señalado, que concede al llamado a la sucesión el derecho a deliberar, dando la opción a aquél de estimar conveniente o no la aceptación de la herencia, aunque, al tener los mismos plazos y requisitos que el beneficio de inventario, como comenta GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, C., tiene en el Código Civil “escasa razón de ser, pues el beneficio de inventario tiene casi todas las ventajas de este y las formalidades son idénticas en ambos caso, por lo cual es lógico que apenas se haga uso de tal derecho.”; en *Código Civil Comentado. Vol. II*. Cañizares Laso, Cámara Lapuente et Al. (Dir.) Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2016, p. 1482

heredero acepte, será sucesor universal, al igual que es aquel que acepta pura y simplemente, solo que, en el caso que tratamos en este momento, se le concede un “beneficio” que variará su situación con respecto a las deudas ligadas al mencionado patrimonio. Así, tendrá la, ya definida, responsabilidad “*intra vires hereditatis*”.

Antes de realizar algún comentario sobre los preceptos que ordenan la administración de tal patrimonio hereditario, urge que se trate el contenido del artículo 1023 del Código civil, fundamental en el estudio del beneficio de inventario, por ser el precepto en el que se recogen los efectos de tal declaración. Por el artículo 1023 del Código civil, existen tres efectos derivados del “favor” que recibe el heredero en el caso de que acepte con beneficio de inventario: a) no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes de la misma⁵⁰⁷, b) conserva contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuviere contra el difunto, y, c) no se confunden, para ningún efecto, en daño del heredero, sus bienes particulares con los que pertenezcan a la herencia, esto es (y como vimos en las interpretaciones que, a contrario, se hacían en el caso de la aceptación pura y simple), se produce una total separación de patrimonios.

Resulta de provecho comentar en particular el alcance de los puntos 2º y 3º del artículo 1023, que son los directamente relacionados con la separación de patrimonios que supone

⁵⁰⁷ Aclara en cuanto a este efecto LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., que “el heredero que acepta a beneficio de inventario sigue siendo heredero, sucesor del causante, y, por tanto, deudor personal de las deudas que aquél hubiera contraído en vida y deudor de las demás cargas de la herencia. Pero su responsabilidad está limitada al caudal relicto (responsabilidad *intra vires*). Mientras dure la fase de liquidación el heredero responde únicamente con los propios bienes relictos (*intra vires* y *cum viribus*) y no con sus bienes hasta el límite del valor de los bienes heredados (*pro viribus*). Como es lógico, ya que no se confunde su patrimonio con el de la herencia para ningún efecto (art. 1023-3º), y así se deduce, además, de los arts. 1030 y 1031, que hablan de bienes hereditarios, no de su valor”. *Op.cit.*, p. 570; en esta línea, explica GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ C., que “La limitación de responsabilidad en el período liquidatorio no supone que el sucesor responda dentro de los límites del valor del patrimonio hereditario, pero que pueda ser demandado con cargo a sus propios bienes (responsabilidad *pro viribus*), sino que solo está obligado a satisfacer a los acreedores con el caudal relicto. Aunque la interpretación del núm. 1º del art. 1023 ofrece algunas dudas, pues no resulta claro si la limitación de la responsabilidad del heredero opera *cum viribus hereditatis*, o sea, con concreción de responsabilidad a los bienes de la herencia, o *pro viribus hereditatis*, esto es, con responsabilidad general pero solo hasta el valor de la herencia según el inventario. La jurisprudencia del TS y la doctrina se decantan por la primera solución. A favor de este solución aboga el hecho de que el CC regula la transitoria formación de un patrimonio separado, mediante una administración adecuada y una correspondiente indisponibilidad por parte del heredero, además de que habla de los bienes hereditarios y no de su valor”; en “Comentario a los arts. 1010 a 1034 CC”, (2016), p. 1536. En el mismo sentido RIVAS MARTÍNEZ J.J., señala que; “En nuestro Derecho, la doctrina unánime se manifiesta a favor de la responsabilidad *cum viribus*, con base en: - Los arts. 1031 y 1032 C.C., que hablan siempre de los bienes de la herencia y no de su valor. - Art. 1029 C.C., que concede el derecho de regreso contra los legatarios al acreedor insatisfecho, si no quedan en la herencia bienes suficientes. - P.º 3 del art. 1023 C.C., que impide cualquier género de confusión, como sería intentar cobrar bienes sobre el sucesor”. *Op. loc. ult. cit.* (2005)

el beneficio de inventario. Que el heredero conserve todos los derechos y acciones que tuviere contra el difunto (1023-2º C.C.) es, como se ha avanzado, una consecuencia directa de la separación patrimonial que tiene lugar con el beneficio de inventario y esto porque se comporta como si se tratase de un acreedor ajeno o extraño a la sucesión, no ostentando más preferencia respecto al resto que aquella de la que goce su particular crédito, si es que goza de tal preferencia⁵⁰⁸, con algunos matices, que no desvirtúan la aseveración⁵⁰⁹; por otra parte, y en sentido contrario a lo que indica el mismo precepto, también podría la herencia ejercer (con fundamento en la mencionada separación) las acciones reales o personales que le conciernan contra el heredero, y esto porque “aunque el beneficio de inventario se concede en beneficio del heredero a fin de que la aceptación de la herencia no le perjudique, corresponde también a la esencia de la institución evitar todo enriquecimiento del heredero a costa del sacrificio de acreedores y legatarios”⁵¹⁰.

En cuanto al número 3º del citado art. 1023 CC, se refiere (siempre en la línea de la separación de patrimonios en el beneficio de inventario) al trato de las relaciones, no ya entre heredero y causante (1023.2º CC), sino entre éstos con los terceros, estableciéndose que, en daño del heredero, no se confundirán, en ningún caso, sus bienes con los del caudal hereditario. En este sentido, podría entenderse que si tal confusión le beneficia, no habría problema alguno en que se produjera. De este modo, una vez satisfechas las deudas y demás cargas de la herencia con cargo al patrimonio hereditario, el remanente pasa al

⁵⁰⁸ En tal sentido, COSTAS RODAL, L., *Op.cit.*, p. 7376; asimismo ya, anteriormente, PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho Civil español*. T. V. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 276; en relación a tal circunstancia, explica GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, C., que “(...) de la lectura del art. 1087 CC resulta que el heredero puede concurrir con los demás acreedores para reclamar el total de su crédito sobre los bienes hereditarios si su conducta se ajusta a los trámites del beneficio de inventario. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ y LÓPEZ JACOISTE excluyen toda extinción por confusión, por entender que el heredero beneficiario asume la personalidad del causante pero conserva la suya propia, por lo que se inhibe o impide la reunión de los dos conceptos de acreedor y deudor en una misma titularidad. En contra LACRUZ, para quien el heredero, aun aceptando a beneficio de inventario no puede ser acreedor o deudor de sí mismo (ex. art. 661 CC (...))”, (2016), p. 1538

⁵⁰⁹ Como aclara GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ en el tratamiento del tema de la confusión entre las personas del causante y el heredero; “hay confusión también en la herencia beneficiaria, si bien las relaciones entre causante y heredero, en principio extinguidas por la confusión, son tratadas en algunos aspectos como todavía existentes. Mientras dura el proceso de liquidación, los derechos reales existen en potencia, no *in actu*”. En este sentido explica la autora: “La hipoteca que garantiza sobre una finca del causante un crédito del heredero no puede subsistir una vez abierta la sucesión, no solo porque falta la dualidad de sujetos, sino porque la finca ha pasado a poder del acreedor. Pero existe en potencia, de modo que si la finca se enajena, se considera subsistente el gravamen, y aún sin enajenarla el heredero tiene derecho a detraer el monto del crédito hipotecario, con preferencia a otros acreedores de rango inferior. Por su parte, los créditos del heredero beneficiario se resuelven en simples derechos de concurrencia con los acreedores del causante a la liquidación del caudal relicto. En cuanto a las deudas del heredero a favor de la herencia, parece que subsisten, al permitir que el heredero dé bienes propios en pago de las deudas que tenía frente al causante”. *Op. loc. ult. cit.* (2016)

⁵¹⁰ COSTAS RODAL, L., *Op.cit.*, p. 7377

heredero (art. 1032. I CC), confundiendo así, en su favor, ambas masas patrimoniales; lo que no impide que en el supuesto del artículo 1029 CC, al aparecer nuevos acreedores del causante, deba el heredero satisfacer tales deudas, aunque, eso sí, con el límite del remanente, sin que se afecten sus bienes particulares⁵¹¹.

Realizando algunas apreciaciones en cuanto a la administración y liquidación de la herencia en el caso del beneficio de inventario⁵¹² (veremos, a continuación, que centrada en mayor medida en los artículos 1026 y siguientes del Código civil), es importante que se comprenda, como se ve que se desprende de los artículos del Código (expresamente, se observa en los artículos 1020⁵¹³ y 1026), lo que ya señalaba esclarecedoramente SCAEVOLA⁵¹⁴, y esto es, que la falta de responsabilidad por las deudas de la herencia que caracteriza al que acepta a beneficio de inventario en relación a sus propios bienes es compensada con las, en mayor medida, mermadas facultades que la ley le otorga en relación a los bienes que conforman el patrimonio hereditario, solución claramente dirigida a proteger los intereses de los acreedores y los legatarios. Esta última es la razón por la que se regule extensamente el modo de hacer un inventario “fiel y exacto” de los bienes, sin el cual, la declaración del beneficio de inventario no producirá ningún efecto (art. 1013 CC)⁵¹⁵ y se establezca una administración, en base al mismo, del patrimonio hereditario en este supuesto, afecto al pago de las deudas y los legados. De este modo, y como recoge el artículo 1026 anteriormente mencionado “*hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios, se entenderá que se halla la herencia en*

⁵¹¹ En tal sentido lo explica COSTAS RODAL, L., *Op.cit.*, p. 7378

⁵¹² Y siguiendo para ello lo explicado por DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Op.cit.*, pp. 24-25; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Op.cit.*, pp. 571 y ss.; GITRAMA, M., en *La Administración de Herencia en el Derecho español*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1950, p. 63; COSTAS RODAL, L., *Op.cit.*, pp. 7392 y ss.; GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, C., *Op.cit.*, pp. 1552 y ss., entre otros.

⁵¹³ El artículo 1020 CC, como señala nítidamente GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, C., tiene como supuesto de hecho, el señalado período de yacencia de la herencia, aclarando la autora que “la administración de la que aquí se habla es la previa a la aceptación, en tanto que la contemplada en el 1026 CC es la que sigue a la aceptación; pero las diferencias entre uno y otro supuesto lo son no en el modo de administrar, sino en orden a la iniciativa para tomar las medidas, que corresponde aquí a instancia de parte interesada”. (2016), p. 1524. Remitimos un análisis más detallado de los extremos relativos a las situaciones de yacencia de la herencia al punto específico del estudio destinado a tal fin.

⁵¹⁴ MUCIUS SCAEVOLA, Q.M., en *Código civil, comentado y concordado*, T. XVII, AAVV., Instituto Editorial Reus, Madrid, 1944, p. 673

⁵¹⁵ Exceptuando el caso del artículo 1021 CC en el que se expresa que “el que reclame judicialmente una herencia de que otro se halle en posesión por más de un año, si venciere en el juicio, no tendrá obligación de hacer inventario para gozar de este beneficio, y sólo responderá de las cargas de la herencia con los bienes que le sean entregados”. De la importancia que posee la formación “fiel y exacta” de tal inventario son muestra artículos como el 1024 CC, por el cual se pierde el beneficio de inventario si el heredero “a sabiendas dejare de incluir en el inventario alguno de los bienes, derechos o acciones de la herencia (...)”

administración”⁵¹⁶. Tales legados, no serán satisfechos hasta haberse pagado a todos los acreedores (art. 1027 CC). De este modo, la prelación para el cobro⁵¹⁷ en relación a los bienes de la herencia quedaría estructurada de la siguiente forma: 1º acreedores del causante; 2º legitimarios; 3º legatarios; tras lo anterior, el heredero recibirá el remanente que, una vez en su patrimonio, podrá ser atacado por sus particulares acreedores.

Asimismo, en el artículo 1028 CC, se establece el orden de prelación que deberá seguir el administrador correspondiente a la hora de satisfacer los créditos que pesen sobre el caudal hereditario, que será en el orden en que los acreedores se vayan presentando (1028-2 CC); en el caso en que existiese algún crédito preferente, “no se hará el pago sin previa caución a favor del acreedor de mejor derecho”. Lo anterior, se advierte “no habiendo juicio pendiente entre los acreedores”, caso en el que “serán pagados por el orden y según el grado que señale la sentencia firme de graduación” (1028-1 CC).

En cuanto al administrador de tal herencia, reconoce el artículo 1026 CC, que podrá ser el heredero o cualquier otra persona⁵¹⁸. Siendo el propio heredero, aún cobra más sentido la anteriormente citada reflexión de SCAEVOLA, y es que deben limitarse, en beneficio de acreedores y legatarios, las facultades que tenga este administrador sobre los bienes del caudal hereditario. Desde este punto de vista, los arts. 1024 y 1030 del Código civil establecen que el heredero-administrador no puede enajenar los bienes, salvo con autorización de todos los interesados, cuyo incumplimiento puede acarrear la pérdida del beneficio de inventario (ex art. 1024 CC)⁵¹⁹. De este modo, como señala

⁵¹⁶ Administración que, como señala COSTAS RODAL, L., no debe confundirse “con aquélla a la que se refiere el artículo 1020 CC, que se extiende hasta la aceptación. Si la aceptación es pura y simple, se extingue la administración a la que se refiere el artículo 1020 CC. Si es a beneficio de inventario, continúa la administración, pero ya con sujeción a las mencionadas normas especiales”, *Op.cit.*, p. 7392; en el mismo sentido GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ C., comenta que “A diferencia del art. 1020 CCC, la administración que contempla este precepto se refiere a una herencia ya aceptada con el beneficio de inventario (...)”, (2016), p. 1553

⁵¹⁷ Como explica LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Op.cit.*, p.566; en el mismo sentido, COSTAS RODAL, L., *Op.cit.*, p. 7374 y 7378

⁵¹⁸ Como aclara DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., “La doctrina estima que la administración compete, ante todo, a la persona a que el testador hubiese confiado este menester. En su defecto, será administrador el heredero y si son varios, regirán normas aplicables a la administración de la comunidad hereditaria. Parece posible, igualmente, aplicando analógicamente el artículo 1020, que el Juez, a instancias de algún acreedor o legatario, pueda nombrar un administrador”. *Op.cit.*, p. 25

⁵¹⁹ Además deben tenerse en cuenta otros extremos recogidos en el art. 1024 CC, así establece el artículo: “El heredero perderá el beneficio de inventario: 1.º Si a sabiendas dejare de incluir en el inventario alguno de los bienes, derechos o acciones de la herencia. 2.º Si antes de completar el pago de las deudas y legados enajenase bienes de la herencia sin autorización de todos los interesados, o no diere al precio de lo vendido la aplicación determinada al concederle la autorización.

No obstante, podrá disponer de valores negociables que coticen en un mercado secundario a través de la enajenación en dicho mercado, y de los demás bienes mediante su venta en subasta pública notarial

esclarecedoramente GITRAMA “surge así un doble carácter muy marcado en el heredero beneficiario: el de propietario y el de administrador. Se suele decir que el heredero beneficiario administra en interés exclusivo de los acreedores y legatarios y, por ende, como su mandatario (...)” aunque reconoce el autor que “la cuestión es controvertida”⁵²⁰. En cuanto al tratamiento del cargo de administrador de la herencia y sus concretas funciones y facultades, remitimos el análisis al punto específico destinado a tal efecto en el presente estudio⁵²¹. Baste, por último, resaltar que, como ya se avanzó, y conforme al 1032 CC, una vez pagados todos los acreedores conocidos y legatarios, “quedará el heredero en el pleno goce del remanente de la herencia”, precepto que debe interpretarse en conexión con el art. 1034 Código civil, que “*prohíbe expresamente a los acreedores personales del heredero la intervención en las operaciones de liquidación de la herencia beneficiaria*”⁵²², sin perjuicio de “*pedir la retención o embargo del remanente que pueda resultar a favor del heredero*”. Finalmente, debe comentarse que en el caso en el que no existan bienes suficientes para pagar a acreedores y legatarios, establece el artículo 1031 del Código civil que debe el administrador dar cuenta (a los acreedores y legatarios que no se hubiesen visto, del todo, satisfechos) de su gestión, o administración, siendo responsable de los perjuicios causados a la herencia por su propia culpa o negligencia.

previamente notificada a todos los interesados, especificando en ambos casos la aplicación que se dará al precio obtenido”.

⁵²⁰ En cuanto a tal controversia señala el autor que “Otros estiman que el heredero beneficiario es, antes de nada, heredero; es decir, representante del difunto, titular como tal de la propiedad y posesión de la herencia; siendo propietario administra en su propio interés, no precisa mandato alguno para hacer lo que tiene por sí derecho a hacer”. *Op.cit.*, pp. 63 y 64

⁵²¹ En el tratamiento de la administración del caudal hereditario en el beneficio de inventario deben también tenerse en cuenta los artículos 793 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil. En concreto, en este momento, es interesante que se conozca lo expresado en el artículo 803 de dicha Ley, que con la cabecera de “*Prohibición de enajenar los bienes inventariados. Excepciones a dicha prohibición*” señala: 1. *El administrador no podrá enajenar ni gravar los bienes inventariados.* 2. *Exceptúanse de esta regla: 1.º Los que puedan deteriorarse; 2.º Los que sean de difícil y costosa conservación.; 3.º Los frutos para cuya enajenación se presenten circunstancias que se estimen ventajosas.; 4.º Los demás bienes cuya enajenación sea necesaria para el pago de deudas, o para cubrir otras atenciones de la administración de la herencia.* 3. *El tribunal, a propuesta del administrador, y oyendo a los interesados a que se refiere el apartado 3 del artículo 793, podrá decretar mediante providencia la venta de cualesquiera de dichos bienes, que se verificará en pública subasta conforme a lo establecido en la legislación notarial o en procedimiento de jurisdicción voluntaria. Los valores admitidos a cotización oficial se venderán a través de dicho mercado.*

⁵²² COSTAS RODAL, L., *Op.cit.*, p. 7437. Asimismo, explica la autora (posteriormente) algo relevante, y es que “(...) por aplicación del artículo 1034 CC, la aceptación a beneficio de inventario, no sólo resguarda al patrimonio personal del heredero en los supuestos de herencia deficitaria, impidiendo a acreedores del causante y legatarios perseguir sus bienes personales. También la no confusión de patrimonios juega a favor de acreedores del causante y legatarios protegiéndolos de las inmisiones de acreedores personales del heredero, por si el patrimonio del heredero está lleno de deudas”. *Op.cit.*, p. 7438

Una vez elaborada una panorámica de la responsabilidad por deudas del patrimonio hereditario, según que el heredero acepte pura y simplemente o a beneficio de inventario, solamente resta tratar, aún en forma breve, y siempre bajo la constante línea comparativa que estamos siguiendo entre heredero y legatario, si éste último tiene alguna responsabilidad por las deudas del causante, y si es así, en qué sentido. Como ya se avanzó, es este un punto claro de la distinción entre ambas figuras de legatario y heredero. *Veamos el porqué.*

Lo primero de lo que se debe dejar constancia es de que, al igual que con la aceptación, el heredero adquiere a título universal tanto los bienes y derechos, como las obligaciones del causante (ya sea en la forma del 1003 CC, o del 1010 CC), haciéndose así, responsable del pasivo de la herencia, no ocurre tal situación con el legatario, que, siendo sucesor a título particular, no ocupa la posición pasiva que el causante deja al morir. El legatario no se convierte en deudor, no puede ser demandado por los acreedores de la herencia, sin perjuicio de que el legado esté afecto al pago con preferencia de las deudas de la herencia, de las legítimas o de otros legados preferentes.

A este respecto, deben tenerse en cuenta los artículos 1027 y 1029 del Código civil, encuadrados en el supuesto de la herencia aceptada a beneficio de inventario. En el primero de los preceptos, como conocemos, se establece la prelación que ostentan los acreedores del causante sobre los legatarios. En el segundo, y directamente relacionado con lo anterior, se establece que “*si después de pagados los legados apareciesen otros acreedores, éstos sólo podrán reclamar contra los legatarios en el caso de no quedar en la herencia bienes suficientes para pagarles*”. De este modo, los legatarios pueden convertirse en responsables del pago de una deuda del caudal hereditario, pero no por ello deudores, y es que, como señala nítidamente GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ⁵²³ “los acreedores de la herencia son preferentes a los legatarios, tanto si la herencia se halla en administración como después, habida cuenta de que estos últimos adquieren a título gratuito; así se deduce de los preceptos que ponen a cubierto a los acreedores de una persona por las donaciones que esta haga (art. 643.2 CC), precepto que trasladado al ámbito sucesorio, art. 1029, permite que a falta de bienes en la herencia para pagarles los acreedores puedan dirigirse contra los legatarios que hubieran sido pagados antes”; solución, que no es más que afirmación del fundamental principio “antes es pagar que

⁵²³ (2016), p. 1567

heredar⁵²⁴. De este modo, y tras lo expresado, se configura este supuesto como otro de los mencionados casos en los que los legatarios se sitúan como responsables por deudas relativas al patrimonio hereditario, aunque, sin dejar de advertirse, que, de nuevo, con responsabilidad limitada al valor de su legado⁵²⁵.

Aun lo anterior, existe algún supuesto inusual, en los que el legatario, además de ser responsable, como lo es generalmente del pago de deudas hereditarias, podría considerarse, incluso, deudor de las mismas. El caso paradigmático es el de distribución de toda la herencia en legados, del 891 CC, ante la inexistencia de heredero en la sucesión.

El conocido artículo 891 del Código civil alberga el supuesto de la distribución de toda la herencia en legados, en el cual se expresa que “si toda la herencia se distribuye en legados, se prorratarán las deudas y gravámenes de ella entre los legatarios a proporción de sus cuotas, a no ser que el testador hubiera dispuesto otra cosa”. De este modo, los legatarios se sitúan como responsables, por disposición legal, de las deudas del patrimonio hereditario, por lo que los acreedores podrán dirigirse contra ellos. En este sentido, aunque el art. 891 CC suele considerarse como un precepto que protege a los acreedores, cierto sector de la doctrina no sigue tal afirmación, alegando que, realmente, los desfavorece, dado que la responsabilidad de los legatarios está limitada al valor del legado⁵²⁶. Unido a la anterior citada reflexión, se ha planteado la discusión relativa a si

⁵²⁴ GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, C., *Op. loc. ult. cit.* (2016); en el mismo sentido, COSTAS RODAL, L., *Op.cit.*, pp. 7412 y ss. Asimismo, y en relación al supuesto del artículo 1029, señala la primera de las autoras mencionadas, que “la situación que contempla el art. 1029 CC es, pues, la de responsabilidad de los legatarios para cuando en la herencia no quedan bienes suficientes para pagar a los acreedores nuevos que se presenten. Parece entonces que habrá de observarse el art. 887, aunque acaso el acreedor puede repetir contra cualquier legatario, y es este el que, siendo preferente, podrá pedir que se cite a los legatarios de rango inferior (LACRUZ)”. Del mismo modo, explica GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, que, VALLET “es partidario de que los acreedores de la herencia puedan dirigirse contra los bienes legados, previa la demostración de los siguientes datos: 1º, que los bienes de la herencia no legados no bastaban para cubrir las deudas; y 2º, que el heredero no tiene solvencia personal para saldarlas, es decir, haberse hecho excusión de los bienes del heredero. A estos requisitos añade LÓPEZ JACOISTE que se entre a valorar la diligencia observada por el acreedor en el cobro de su deuda (...)” (2016), pp. 1567-1568

⁵²⁵ Así, entre otros LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Op. loc. ult. cit.*, COSTAS RODAL, L., que señala que tal responsabilidad “queda restringida a lo recibido de la herencia en pago de sus legados, por aplicación de la regla contenida en el artículo 891 CC, aun cuando ello no bastara para la satisfacción del crédito en cuestión y sin que en ningún caso sea posible atacar su patrimonio personal” *Op.cit.*, p. 7414; entre otros.

⁵²⁶ A favor de que supone un mecanismo de protección para los acreedores, puede citarse la SAP Castellón 31 enero 2014, en la que se expresa: “Otro argumento para justificar esa prioridad se encuentra en el texto del art. 891 CC, al disponer: “*Si toda la herencia se distribuye en legados, se prorratarán las deudas y gravámenes de ella entre los legatarios a proporción de sus cuotas, a no ser que el testador hubiera dispuesto otra cosa*”. Los acreedores del causante pueden dirigirse contra los bienes legados, cuando los restantes de la herencia no cubran las deudas hereditarias. Están legitimados para ello no sólo en el supuesto de que se hallen ante una herencia totalmente distribuida en legados, sino en todos aquellos casos en que los bienes recibidos por el heredero no basten para cubrir las deudas hereditarias y el heredero no tenga

la responsabilidad de tales legatarios es solidaria o mancomunada. Aunque existen algunos que se inclinan por la mancomunidad, al ser esta la regla genérica en cuanto a las obligaciones relativas a una pluralidad de sujetos, la mayor parte de la doctrina apoya la solidaridad en tal supuesto, por considerarse más conforme a las reglas generales de nuestro Derecho de sucesiones, con diversos argumentos, entre ellos⁵²⁷: a) en primer lugar, el relativo a que no puede agravarse la situación que los acreedores del causante tenían antes de la muerte de éste mediante la configuración del reparto de la herencia establecido en el artículo 891 CC, y es que, si anteriormente no tenían por qué dividir sus créditos contra el, ya, fallecido, tampoco deberían tener que hacerlo ahora; b) asimismo, se expone como argumento la posibilidad de aplicar analógicamente el artículo 1084 del Código civil (“*hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubiere aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria, en el caso de haberla admitido con dicho beneficio...*”), aplicando tal precepto, por tanto, no únicamente el supuesto mencionado en el mismo, sino a todo caso en el que exista una pluralidad de sucesores, como es el caso del artículo que tratamos⁵²⁸.

solvencia personal para saldarlas. Para ello basta con que los bienes de la herencia después de pagados los legados no sean suficientes para satisfacer las deudas, en cuyo caso los acreedores podrán dirigirse contra los bienes legados, de conformidad con lo previsto en el art. 1029 CC, aunque bien entendido que los legatarios nunca estarán obligados a responder, sino hasta donde alcance el valor del legado, según establece el art. 858 CC. Y es que, en definitiva, el causante no puede ser generoso a costa de sus acreedores (...). En torno al problema de la limitación de responsabilidad de los legatarios en el supuesto del artículo 891 del Código civil, expone nítidamente SÁNCHEZ CALERO, F.J., que “El art. 891 establece que las deudas y gravámenes de la herencia se prorratearán entre los legatarios a proporción de sus cuotas, pero lo que no dice el precepto es si la responsabilidad de éstos, además de proporcional, es limitada. La doctrina, no obstante este silencio, se manifiesta favorable a la limitación de la responsabilidad (...), fundando tal opinión, la mayoría de los autores, en el art. 858 II. Es cierto que este artículo no se refiere a las deudas hereditarias y limita la responsabilidad de los legatarios sólo por razón de los gravámenes a ellos impuestos; sin embargo, su aplicabilidad dimana, bien de la consideración de las aludidas deudas como gravámenes a cargo del legatario, bien de su extensión analógica (...). Sin embargo, la responsabilidad proporcional de los legatarios puede alterarla el testador a su voluntad, pues el art. 891 le autoriza para disponer una distinta distribución del pasivo hereditario entre aquéllos (liberando a algunos del pago de las deudas, o rebajando su cuota, aumentando la de otros, etc.)”, circunstancia, esta última, que señala el autor, (junto con otros, como LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *op. loc. ult. cit.*) quedaría limitada a las relaciones entre legatarios. *Op.cit.*, p. 2175

⁵²⁷ Argumentos extraídos de FUENTES MARTÍNEZ, J., *Op.cit.*, pp. 360-361

⁵²⁸ En el mismo sentido de los argumentos expresados, explica SÁNCHEZ CALERO, F.J., que “hay quien se inclina por la responsabilidad mancomunada, por ser ésta la regla general de las obligaciones con pluralidad de sujetos. Otro grupo de autores opta por la solidaridad, la cual parece más conforme con los principios inspiradores de nuestro Derecho de sucesiones en materia de deudas. En este sentido, ALBALADEJO (Com. Edersa, XII-I, p. 407), recogiendo opiniones favorables a esta segunda solución, estima, por un lado, que no puede hacerse al acreedor de peor condición que era en vida del difunto, obligándole a fraccionar su reclamación contra los distintos legatarios si le fuera suficiente dirigirse contra uno, y, por otro, que el art. 1084 CC resulta aplicable por analogía. Y GARCÍA RUBIO (Distribución, pp. 391-397) alega, en apoyo de la misma postura, que el legislador español, siempre que ha tenido que dirimir el conflicto entre legatarios y acreedores de la sucesión, ha optado por la protección de estos últimos en

Concluyendo el presente apartado, una idea que debemos tener clara para empezar a comprender lo distinto de nuestro ordenamiento en relación al anglosajón, es la relativa a que, el heredero, bien acepte a beneficio de inventario, bien lo haga en la forma pura y simple, es sucesor desde el momento en que el causante falleció, con los derechos y las obligaciones que ello trae para sí. La importancia de esta idea se verá cuando se estudie el fenómeno sucesorio inglés; baste con adelantar que la distinción del "heredero inglés" con "nuestro heredero" puro y simple es más que evidente, sin que por ello pueda caerse en la simplificación de equipararlo con aquel que acepta a *beneficio de inventario*. Éste último, en nuestro ordenamiento, aunque recibe un remanente, es sucesor (del mismo modo que aquel que acepta pura y simplemente) desde el momento en que falleció el causante; es más, aunque en este último caso, el patrimonio hereditario se considere en administración, y por ello, separado temporalmente de aquel que hasta el momento tenía el heredero (concretamente, hasta liquidado el pasivo con cargo al activo disponible, conforme al artículo 1026 CC) corresponde al heredero la titularidad de dicho patrimonio desde el inicio, algo que, veremos, quizás, no podremos decir del "heredero inglés".

aplicación del principio antes es pagar que heredar; y propugna, además, una interpretación modificativo-extensiva de la norma contenida en el arto 1084, ya que la misma abraza en sus términos todos los supuestos de liquidación de las deudas hereditarias en los que existe una pluralidad de sucesores y, por consiguiente, también el caso contemplado en el art. 891. En definitiva, el prorrateo señalado en este precepto queda limitado a las relaciones entre legatarios". *Op.cit.*, p. 2175. Junto al supuesto del 891, se incluye por cierta doctrina el caso de que el testador acompañe el legado de una carga o condición (caso, por ejemplo, del artículo 797 del Código civil), circunstancia que, debe quedar claro, no convierte al legatario en deudor, ya que el acreedor puede ir contra el heredero, aunque éste, a su vez, podrá dirigirse posteriormente al legatario. Aun lo anterior, si el legatario asumiese la deuda, liberando así al heredero, solo será responsable hasta el límite del valor del legado que ha recibido. En este caso, como señala TORRALBA SORIANO, V., "El problema que se presenta es el de si el modo y, por tanto, la obligación de prestar fianza, puede transmitirse también a los legatarios. No hay ninguna duda cuando se dé el supuesto del art. 891. En los demás casos, sólo tendrá lugar la transmisión cuando el primer destinatario de la disposición modal en su testamento, manifieste la voluntad de transmitirla en forma de legado. Hay que advertir que, en los casos de transmisión de la carga modal, la misma se transmite íntimamente unida a la disposición que grava y en su realización no debe sobrepasar los límites de la misma, sin que pueda en ningún caso hacerse efectiva sobre el resto de la masa hereditaria. Por ello hay que interpretar el arto 797 II CC en su parte final, cuando habla de «la devolución de lo percibido, con sus frutos e intereses, si faltaren a esta obligación», en el sentido de que por devolución de lo percibido hay que entender sólo lo que se ha recibido con el gravamen. De aquí resulta que si los herederos del gravado no cumplen el modo deberán devolver no todo lo recibido de su causante, sino solamente aquellos bienes que integraban la disposición modal, la cual será normalmente una parte más o menos grande de la masa hereditaria, pero nada más que una parte (...)". en *Comentario del Código civil*, Tomo I. Paz-Ares Rodríguez, C., Díez-Picazo Ponce de León, L., Salvador Coderch, P., Bercovitz, R., (Dirs.), AAVV. Ministerio de Justicia, Secretaría General técnica, Centro de publicaciones, Madrid, 1991, pp. 1948-1949 En el mismo sentido, y realizando una detallada explicación del supuesto recogido en el artículo 797 CC, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., en *Código Civil Comentado. Vol. II. Libro III: De los diferentes modos de adquirir la propiedad (Artículos 609 a 1087)*. Ana Cañizares Laso, Sergio Cámara Lapuente et. al. (Dirs.), AAVV. Civitas, Thomson Reuters, Navarra, 2016, pp. 740-745

1.4. Supuestos especiales: el legatario *de parte alícuota* y el heredero *en cosa cierta*

En los apartados precedentes, unidos por el evidente hilo conductor que sería el afán de comprender qué hace distintos al heredero y al legatario, ya se advirtió que ciertos conflictos relativos al entendimiento de una disposición testamentaria como otorgadora de la condición de heredero o legatario, se acentuaban, cobraban fuerza y mayor relevancia, en los supuestos de figuras híbridas, como son las que trataremos en el presente apartado y que se mencionan en el encabezamiento del mismo, estas son, la de heredero *ex re certa* y la del legatario de parte alícuota.

Que nos hallemos ante una institución de heredero, o ante un legado, ya vimos, venía a depender de que se reunieran una serie de características, las cuales, eran definitorias de una u otra noción. Concretamente, vimos que existían básicamente dos criterios posibles a considerar para determinar si nos encontramos ante una sucesión a título universal o, una tal, a título particular: de un lado, hablamos del criterio objetivo, el cual nos llevaría a inclinarnos por una u otra figura a razón de la extensión del llamamiento universal o particular. De otro lado, conforme al criterio subjetivo, se situaría el valor de la decisión en la verdadera voluntad del testador, expresada en la disposición testamentaria. Comentado lo anterior, parece sencillo discernir ante qué figura nos encontramos si ambos criterios son coincidentes en la disposición, por lo que el dilema, la incógnita, se presenta cuando son discordantes, por lo que habrá que situarse a favor de uno u otro de ellos para hallar la respuesta a nuestra cuestión⁵²⁹. Ante el anterior dilema, ya se adelantó

⁵²⁹ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., nos aclara, de manera sencilla, las implicaciones de uno u otro criterio añadiendo a los dos anteriores el criterio, asimismo, literalista, explicando el autor que "(...) Con arreglo al criterio literalista (propio del Derecho romano) es heredero aquel a quien el testador ha nombrado con esta palabra en el testamento. Está claro que de acuerdo con este sistema la institución *ex re certa* era perfectamente comprensible. El instituido en el fundo X, por ejemplo, era heredero sencillamente porque el testador lo había llamado así (es decir, "heredero") y entonces, al serlo, sucedía no solamente en el bien concreto en el que le había instituido, sino en toda la herencia. Igualmente, aquel a quien se le dejaba una parte alícuota de la herencia no era – ni podía ser – heredero porque la adquisición de esta cualidad dependía del *nomen iuris*, y como el testador no lo había utilizado, sólo podía ser legatario. Ahora bien, en tanto legatario sólo puede exigir del heredero el valor que represente su cuota en el activo hereditario líquido; es decir, la herencia pasa como un todo al heredero y el legatario sólo es titular de un crédito contra el heredero para que le abone el valor líquido de la cuota que le ha sido legada (...). Según el punto de vista objetivista debe prevalecer el contenido de la disposición sobre las palabras. De esta suerte, el instituido en cosa cierta debe reputarse legatario y sólo habrá de recibir la cosa legada, y el legatario de parte alícuota será heredero, con todas las prerrogativas y cargas que ello lleva consigo, aunque el testador le haya llamado legatario. Esta solución, que en principio parece la más congruente con lo que constituye la esencia de la posición jurídica

que apostaríamos por una solución *intermedia*, más inclinada al criterio subjetivo, pero con ciertos límites que debían ser valorados y que hallaban su fundamento básico en la idea de que lo que debe prevalecer, ante todo, es la voluntad del causante sobre los términos de la disposición⁵³⁰.

Ya vimos que la visión de tipo subjetivo estaba amparada, fundamentalmente, por los artículos 668 y 675 del Código civil. En este sentido, el primero de ellos hace referencia a que el testador puede disponer de sus bienes tanto a título de herencia como de legado, añadiendo que, en caso de duda, aunque el testador no haya utilizado materialmente en la disposición la palabra *heredero*, si su voluntad se evidencia clara acerca de tal concepto, la disposición valdrá como hecha título universal. El segundo de tales artículos referenciados, expresa que toda disposición testamentaria debe entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que otra fue la voluntad del testador, clarificando que, en caso de duda, se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento.

En cambio, manifestando un notable apoyo a la teoría objetiva, encontramos en el Código civil el artículo 768, que declara que el heredero instituido en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario.

Siendo el último de los preceptos comentados un soporte a la teoría objetiva no fácilmente impugnabile o rechazable, ¿cómo se salva este obstáculo que nos lleve a la consideración última de que lo que debe, sobre todo, prevalecer es la voluntad del testador?

Tal óbice, o dificultad, se ha rebasado, como ya advertía LACRUZ, teniéndose en cuenta que “este precepto es una regla interpretativa, como lo son, en principio, todas las que gobiernan el contenido de las disposiciones testamentarias. Ni sus antecedentes, ni su redacción, ni la relación que guarda con el artículo 668, permiten pensar otra cosa.

de herederos y legatarios, tiene en nuestro Código Civil un punto de apoyo muy sólido. El artículo 768 dice que el heredero instituido en cosa cierta y determinada será considerado como legatario. El precepto, pues, parece concluyente en el sentido de excluir la viabilidad de la institución *ex re certa* y, paralelamente, también se opone a la conceptualización del legado de parte alícuota como tal legado, porque si el instituido en cosa cierta es legatario, *sensu contrario*, el legatario de parte alícuota será heredero. Un sector importante de la doctrina española aceptó y acepta esta solución. Mas, hay un tercer criterio, el subjetivista. Lo decisivo no son ni las palabras ni el contenido objetivo de la disposición, sino la verdadera intención o voluntad del testador. Esta tercera tesis, hoy por hoy la más en boga, encuentra su fundamento en los artículos 668 y 675 del Código Civil (...). *Op.cit.*, pp. 33-34

⁵³⁰ En tal sentido, entre otros, GÓMEZ CALLE, E., en *Código Civil Comentado. Vol. II*. Cañizares Laso, Cámara Lapuente et Al. (Dirs.), AAVV. Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2016, pp. 678-679; REGLERO CAMPOS, F., en *Comentarios al Código Civil*. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), AAVV, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 943-944; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Op.cit.*, p. 34

Máxime cuando la imperatividad no se presume⁵³¹. Más concretamente, en la reflexión que plantea LACRUZ encuadrada en la interpretación del artículo 768, considera éste que tal precepto “(...) funda una presunción favorable al legado cuando lo que se deja es una cosa cierta, pero simplemente una presunción, cuya inexactitud puede demostrarse, ya probando que el testador quiso que el instituido contribuyera al pago de las deudas, o bien que atribuyó otra cosa – que podrá ser incluso una suma de dinero – en calidad de cuota

⁵³¹ *Op.cit.*, p. 85. En el mismo sentido, MARTÍN PÉREZ, J.A., señalando que “(...) hay amplia coincidencia en que se trata de una norma interpretativa que carece de carácter imperativo. Por ello, habrá que indagar en la voluntad del causante, analizando los efectos que aplica a tal sucesor, y la proporción que guarda el valor del bien atribuido en relación al total de la herencia (...)”. *Op.cit.*, p. 252; GÓMEZ CALLE, E., explicando que “ (...) el art. 768 no contiene una norma imperativa que deba aplicarse aunque la voluntad del testador hubiera sido otra; la doctrina dominante considera, con razón, que estamos ante una regla interpretativa y presuntiva de la voluntad del testador, y así lo ha sostenido también el TS (STS 9 marzo 1993 [RJ 1993, 2053], seguida por la SAP Granada 30.11.2007 [JUR 2009, 306206]) (lo que debe admitirse también para su aplicación *a contrario*); en el art. 768 CC el legislador asume que, para determinar cuál fue al probable voluntad del testador, es más significativo el contenido de su disposición que la calificación técnica dada al llamado; de este modo, se presume que aquel a quien se deja una cosa concreta ha querido ser nombrado simple legatario de la misma (...)”. Aun lo anterior, advierte la autora que “como regla interpretativa que es, la del art. 768 CC deberá dejar de aplicarse si en el caso concreto puede llegarse a la conclusión de que la voluntad real del testador fue instituir a esa persona heredera, aunque fuera en una cosa cierta y determinada, y, por tanto, que se le aplicara el estatuto jurídico propio de todo heredero (obligado al pago de las deudas del causante, ejecutor de su voluntad y defensor de ciertos intereses extra patrimoniales suyos). En este sentido, la doctrina suele recordar que el testador puede llevar a cabo por sí la partición (art. 1056 CC), y que la cosa cierta puede ser señalada a título de cuota, como objeto en el que se materializa la participación en la herencia correspondiente al heredero en cuestión (lo menciona igualmente la STS 9 marzo 1993 [RJ 1993, 2053], al admitir la posibilidad de una institución *ex re certa*, destacando que entonces corresponden al heredero los bienes concretamente especificados, y que, de haber otros, existentes al tiempo de testar, de los que el testador no hubiera dispuesto, a ellos serían llamados los herederos *ab intestato*); también cuando la cosa señalada sea el único o principal componente de la herencia, o el testador así lo creyera, estaríamos ante casos que con toda probabilidad habría que admitir que su voluntad fue la de instituir heredero al designado como tal; por supuesto, resulta innegable que hay institución de heredero cuando el testador enumera todos los bienes que posee y que deja al instituido (vid. STS 7 mayo 1990 [RJ 1990, 3687]: “nombro a mi hermano...único heredero de mis casas, fincas y cuánto dinero haya en mis libretas...”); también cuando, aun sin designarla heredero, deja a una persona cuanto posee, enumerando después sus bienes (STS 5 febrero 1973 [CJ 1973, núm. 50]) (...)”, concluyendo nítidamente su razonamiento cuando expone que “(...) resulta indiscutible que lo fundamental es tratar de averiguar mediante la interpretación del testamento, cuál fue la voluntad del testador para darle cumplimiento; en esa tarea hay que estar al sentido literal de las palabras empleadas “a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador” (art. 675 CC); en la concreta cuestión de que aquí se trata, parece claro que, siendo indicio de tal voluntad tanto los términos empleados en el llamamiento (heredero vs. Legatario) como su contenido (todo o una cuota de la gerencia vs. Relaciones jurídicas concretas), a este se le confiere un valor prevalente a la hora de interpretar la voluntad del testador, como pone de relieve el art. 768 (además del art. 668. II CC); lo que no impide que, en esa tarea interpretativa, la presunción de que parte el art. 768 CC pueda quedar desmentida en el caso concreto”. *Op.cit.*, pp. 679-680; REGLERO CAMPOS, F, que, del mismo modo, y apoyándose en autores tales como SCAEVOLA, ALBALADEJO o GORDILLO, así como en jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS 9 marzo 1993 [RJ 1993,2053]) expresa (en referencia al 768 CC) que “se trata de una norma presuntiva o interpretativa de la voluntad del testador, aplicable, por tanto cuando del testamento o de otras circunstancias extrínsecas a él, no resulte ser otra esa voluntad”. *Op.cit.*, p. 943, así como, ÁLVAREZ LATA, N., afirmando que “(...) pese a la aparente rotundidad del 768 - esta norma no es imperativa sino dispositiva (cfr. STS 9 marzo 1993 [RJ 1993, 2053]) – habrá que estar a la intención del causante a la hora de efectuar la designación de heredero aunque lo haya hecho en cosa determinada (v. STS 26 enero 1964 [RJ 1988, 146]) (...)”. *Op.cit.*, p. 842

de su patrimonio, y como partición ordenada por él, o que pensó que la cosa constituía la totalidad de sus bienes, etc.”⁵³².

Comentado lo anterior, y en cuanto a tales híbridas figuras referenciadas, urge que definamos, de manera sucinta, en qué consisten las mismas. En primer lugar, en el caso del heredero instituido *en cosa cierta*, básicamente nos encontramos con un supuesto en el que el testador nombra un “heredero” (con todas las implicaciones que ello trae para sí, como el de ser éste un nombramiento universal), pero en una cosa o cosas concretas, específicas o determinadas (situación típica en los casos en los que se atribuye un legado), lo que parece contradictorio (o incompatible) y de ahí que “lo importante, para que realmente haya institución, es que del contenido de la disposición testamentaria se desprenda la compatibilidad de la atribución de cosas ciertas, e incluso del *nomen* empleado por el testador, con los efectos fundamentales de la institución de heredero, de modo que lo decisivo es constatar si dicha atribución desvirtúa o no el título de heredero”⁵³³.

Para lo anterior, debe tenerse en cuenta, como ya se ha resaltado en más de una ocasión, que lo más significativo a tener en cuenta es que la voluntad del testador será lo determinante para la consideración de una u otra solución, no pudiendo hacerse una lectura completamente estrecha y literal del artículo 768 del Código civil⁵³⁴. Advertido lo anterior, que se considere que estamos ante un heredero *ex re certa* propiamente dicho o

⁵³² (1961), p. 86

⁵³³ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Op.cit.*, p. 35

⁵³⁴ En tal sentido, es interesante la reflexión que efectuaba VALLET, explicando mediante dos simples ejemplos las absurdas repercusiones de realizar una lectura literal del artículo 768 CC. Tales ejemplos eran los siguientes: “a) El testador instituye heredero a X, en su casa, muebles, ropa, ajuar, en los títulos valores de su propiedad y en sus dos fincas rústicas. Todo ello compone su caudal, con la excepción de la cantidad que acredita en cuenta corriente contra un Banco de la localidad, y que a su fallecimiento arrojaba un saldo activo de mil pesetas, aproximadamente, cantidad que pudo ser menor que las deudas dejadas por el mismo testador. Pues bien, conforme al texto literal del 768 C. civil, aquél instituido no sería sino un legatario de cada uno de aquellas cosas ciertas que se le asignaron, y sería heredero aquel a quien ab intestato le correspondiese. Este, sin perjuicio de percibir solamente ese pequeño saldo, debería ser quien entregase los legados y respondiera personalmente a los acreedores del causante en forma ilimitada de no tener la precaución de aceptar a beneficio de inventario o si negligese alguno de sus requisitos; b) Otro testador distribuye todos sus bienes en instituciones de cosas ciertas. Deja a A, su fábrica, a B, sus fincas rústicas; a C, las urbanas; a D, las cuentas corrientes y valores, y a F, su perro de caza. Todos los legatarios aceptan sus legados, excepto F. Entonces, conforme a la letra de los arts. 764 y 912, ese perro, que queda sin disponer, correspondería a los herederos ab intestato, que, por tanto, resultarían sus herederos universales, representantes del causante, continuadores de su personalidad, encargados de cumplir su voluntad y de la entrega de los legados, responsables de sus deudas y adquirentes en proindiviso, ¡sólo por rebote!, de un perro. Aquella repudiación del can eliminaría totalmente el juego del art. 891 y haría surgir unos herederos universales insospechados y tal vez rechazados por el testador. El repudiado perro dejará de ser cosa cierta para transformarse en el portillo por el que entrarían como herederos los previstos por la ley para supuestos de ab intestato con todas las consecuencias que de ello se derivan”. Extraído de la cita que realiza de tal autor RAMÍREZ ATILANO, P., *Heredis institutio ex re certa*. Universidad de Castilla La Mancha, Albacete, 1998, pp. 177-178

ante un legatario, va a depender de diversas circunstancias, como la consideración de los efectos que se quisieron para el instituido (por ejemplo, haciéndolo responsable del pago de deudas) así como, el valor, o cuantía de la cosa⁵³⁵, esto es, que proporción de la herencia supone aquello que se deja a aquél (teniendo en cuenta, por ejemplo, que incluso puede que tal cosa sea el único bien de que se compone la herencia)⁵³⁶.

El supuesto más claro en el que existe aquella concordancia entre la atribución de cosas ciertas y el título de heredero, como señalan diversos autores⁵³⁷, es aquél que se refleja en el artículo 1056 del Código civil, artículo que autoriza al testador a realizar “por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes”. En este supuesto, como expresa nítidamente DE LA CÁMARA ÁLVAREZ; “aunque estos bienes son adquiridos directamente por los herederos (a diferencia de lo que ocurre con las simples normas para la partición), está claro que los reciben como herederos porque la atribución se ha hecho, como dice la doctrina italiana “en función de cuota”, o sea, sustituyendo la cuota previamente señalada por el testador”⁵³⁸, y lo anterior, porque el causante habría prefijado las cuotas de la herencia.

Del mismo modo, aunque no se hayan fijado previamente las cuotas, podrán sacarse análogas conclusiones si ello se extrae del testamento por circunstancias como que en el reparto que realice de sus bienes agote el caudal hereditario o casi todo éste, exceptuando algún bien de poca importancia, o si el testador tiene la precaución de ordenar el supuesto

⁵³⁵ En tal sentido, ÁLVAREZ LATA, N., *Op.cit.*, p. 842; REGLERO CAMPOS, F., *Op.cit.*, p. 943; LACRUZ, J.L., (1961), p. 86; RAMÍREZ ATILANO, P., *Op.cit.* pp. 176 y ss.; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Op.cit.*, pp. 35 y ss.

⁵³⁶ En este sentido, ya citábamos a LACRUZ cuando, reflexionando acerca del artículo 768 CC, explicaba nítidamente el autor que “funda una presunción favorable al legado cuando lo que se deja es una cosa cierta, pero simplemente una presunción, cuya inexactitud puede demostrarse, ya probando que el testador quiso que el instituido contribuyera al pago de las deudas, o bien que atribuyó otra cosa – que podrá ser incluso una suma de dinero – en calidad de cuota de su patrimonio, y como partición ordenada por él, o que pensó que la cosa constituía la totalidad de sus bienes, etc.” véase nota 532

⁵³⁷ Se sigue lo expresado por DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Op.cit.*, p. 35; REGLERO CAMPOS, F., *Op.cit.*, pp. 943-944; RAMÍREZ ATILANO, P., que sigue las reflexiones en la materia efectuadas por VALLET. *Op.cit.*, pp. 179-180; entre otros.

⁵³⁸ *Op. loc. ult. cit.* En el mismo sentido lo explica RAMÍREZ ATILANO, P., siguiendo lo comentado por VALLET al respecto, cuando comentando el artículo 1056 expresa que “(...) deben tener estos sucesores la consideración de herederos universales, instituidos en proporción al valor de los bienes que respectivamente se le hayan atribuido, considerando que el testador ha usado la facultad recogida en el párrafo primero del art. 1056 y ha distribuido entre ellos, en el mismo testamento, los bienes asignados al efectuar las instituciones de herederos”, y de ahí que “(...) sucede a título universal, por lo que también debe responder de las deudas del causante en proporción a su cuota, que viene fijada por el valor que dentro de los bienes hereditarios tenga el bien a él conferido, y adquirirá los derechos extrapatrimoniales del causante en proporción a dicha cuota (...) sucede a título universal en tanto que la cosa cierta y determinada le ha sido atribuida como bien hereditario en el que se individualiza la cuota hereditaria en que fue instituido. Deben tener los así instituidos herederos la consideración de sucesores universales, instituidos en proporción al valor del bien que respectivamente les haya sido asignado”. *Op.cit.*, p. 179

en el que exista un remanente y dispone que deberá éste repartirse entre los herederos, lo que también hace que distingamos este supuesto de aquél que recoge el 891 del Código civil (distribución de toda la herencia en legados)⁵³⁹.

Así, y tras lo visto, queda patente que en la definición y reconocimiento de tal institución de heredero *ex re certa* en el testamento, deberá estarse al caso concreto, haciéndose una minuciosa interpretación de la voluntad del testador⁵⁴⁰, la más importante ley de la sucesión testamentaria (675 CC). Si tras la interpretación del testamento se desprende que un instituido lo es como heredero en cosa cierta y determinada, no debe dejar de señalarse que, por su propio y peculiar carácter, no tiene “exactamente” los mismos efectos que una institución, digamos, “normal”, u “ordinaria”, de heredero. Como expresa LACRUZ (y permítase la extensión de la cita por su valor instructivo), “aun cuando resulte ser heredero, el instituido en cosa cierta tiene la particularidad de estar en cuanto a ella, excluido de la comunidad hereditaria, ya que en todo caso le es aplicable el artículo 882 del Código civil, que le confiere la propiedad de la cosa en la misma forma que un legatario, si bien, por ser heredero, acaso adquirirá la posesión civilísima de la misma. Pero, por lo demás, su derecho se resuelve en una cuota, en cuya proporción ha de recibir los bienes de que no hubiera dispuesto el testador, con preferencia a los herederos *ab intestato*. En cambio, evidentemente, no se dará entre estos herederos el derecho de acrecer”⁵⁴¹.

En segundo lugar, la figura del legado de parte alícuota supone presupone dejarle al legatario una cuota o parte de activo de la herencia, siempre que se deduzca la voluntad del testador de reconocerle los efectos propios de un legatario y no de heredero. ¿Cómo

⁵³⁹ En tal sentido lo reconoce, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., añadiendo el autor; “La doctrina cita también algún otro caso. Por ejemplo, si el testador deja el bien principal de su herencia a uno y los demás, de valor muy inferior, a otros, en particular si “instituye” al primero y “lega” a los segundos. Con todo, la viabilidad de la institución *ex re certa*, sin destacar otras hipótesis, ha de buscarse, principalmente, a mi juicio, en sede de partición testamentaria, entendiendo el concepto en sentido amplio”. *Op.cit.*, pp. 35-36; asimismo, RÁMIREZ ATILANO, P., *Op. loc. ult. cit.*, y, ÁLVAREZ LATA, N., *Op.cit.*, p. 842

⁵⁴⁰ Interesante en este sentido, y en sede jurisprudencial, es lo que señala REGLERO CAMPOS, F., cuando explica que “la STS 26 enero 1988 [RJ 1988, 146] proporciona un excelente ejemplo de cuanto se lleva dicho. Se trataba de una cláusula testamentaria por la que el testador reconocía la propiedad de una de sus hijas sobre una determinada finca, que le había sido donada verbalmente por aquél. La sentencia considera que tal cláusula no puede suponer una sanación de esa donación al carecer ésta de la forma exigida “*ab solemnitate*” por el artículo 633 CC. Sin embargo, consideró que por medio de la citada fórmula, el testador quiso reconocer la propiedad transmitida, en su día, a la hija y legitimar su titularidad frente a terceros, más concretamente frente a los restantes herederos, con claro y evidente propósito de que la finca fuese excluida de la masa hereditaria. Llegar a distinta conclusión «supondría contrariar la voluntad del testador, por lo que aquella disposición testamentaria debe interpretarse en el sentido de configurarla como supuesto de institución en cosa cierta y determinada que contempla el artículo 768 CC, considerando a la heredera como legataria a los efectos oportunos”. *Op.cit.*, p. 944

⁵⁴¹ (1961), p. 87

tiene lugar este tipo de llamamiento? Ya señalaba la STS de 22 de enero de 1963 [RJ 1963/447] que para que aquel que es llamado a una sucesión sea considerado heredero debe reunir un doble requisito: a) carácter universal del llamamiento; y b) que tenga lugar el mismo a título de herencia y no de legado, es decir, voluntad evidente de asignar al sucesor nombre y carácter de heredero (art. 668), por lo que si el primero de los requisitos no se da, y en lugar de atribución universal el llamamiento se limita a circunscribirse a cosa cierta y determinada, no habrá heredero, sino legatario (art. 768); explicándose en tal sentencia a continuación que, “si falta el «*nomen, heredis*», es decir, la expresión formal en el testamento de asignar ese carácter de universalidad al sucesor, se estará en presencia de un legado, que, si estriba en una cuota será el legado de parte alícuota, de tradición en nuestro derecho”⁵⁴². La referida resolución menciona algo importante sobre lo que reflexiona la doctrina, al no quedar clara la regulación que le resulte aplicable, así como el problema de su difícil distinción con el heredero.

Ya se preguntaba LACRUZ, “¿Quiere decir el silencio del Código civil que en él no tiene acogida la atribución de una cuota de la herencia a título singular?”⁵⁴³, cuestión que resuelve seguidamente señalando que “nada en el Código excluye que se pueda llamar a una cuota de bienes sin llamar a las deudas, o bien llamar a una cuota del remanente una vez pagadas las deudas, y nada obliga a considerar tales llamamientos como hechos a título universal y, contra la voluntad del testador, gravarlos con el pago del pasivo hereditario”⁵⁴⁴. Es esto lo que realmente permite su aceptación, en sede jurisprudencial, del legado de parte alícuota, pues si lo comparamos con la figura del heredero en cosa cierta y determinada, un legado de parte alícuota no encuentra ningún obstáculo para su ejecución en nuestro Código civil, mientras que aquélla si supone superar el óbice que conlleva la aplicación del artículo 768. Como comentábamos, la citada sentencia hacía mención, y reflexionaba, acerca de estos extremos, declarando en el debate acerca de si existía legado o institución de heredero en el caso concreto que “(...) se trata de un legado, si bien por su contenido reviste un carácter universal, que obliga a calificarle de parte alícuota al que, dada la naturaleza, alcance y efecto de esta especie de legado y la ausencia de su reglamentación en nuestro Código civil, deben serle aplicables determinados

⁵⁴² En el mismo sentido, sentencias anteriores como las SSTS 16 octubre 1940, 11 de febrero 1903, 18 octubre 1917, 11 enero 1950 [RJ 1950, 21], entre otras.

⁵⁴³(1961), p. 89

⁵⁴⁴ Añadiendo el autor que tal es el criterio de la jurisprudencia que “sin haber profundizado en la materia, admite la posibilidad del legado de cuota”. (1961), p. 90

preceptos legales relativos al heredero, y muy especialmente aquellos cuyo fin inmediato es el conocimiento por el sucesor del patrimonio en que haya de participar, su cuantía y composición, punto en el que la semejanza entre el heredero y legatario de parte alícuota aparece más destacada”. Además, hace también la sentencia referencia al paralelismo o conexión que puede plantearse en sede del artículo 768 del Código civil entre las dos figuras híbridas (legatario de parte alícuota y heredero en cosa cierta) que se comentan, señalando que “si el heredero instituido en una cosa cierta y determinada ha de ser considerado como legatario, recíprocamente el legatario de parte alícuota habrá de ser calificado como heredero”, afirmación que posteriormente matiza al afirmar que la voluntad del causante tiene rango de ley y debe ser ante todo, y sobre cuestiones de forma, tenida en cuenta en la disposición testamentaria de que se trate⁵⁴⁵. En tal sentido y en la búsqueda de aquello que realmente fue voluntad del testador, se tendrá que estar, como bien señala DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, “a las propias palabras del testador”, en el sentido, por ejemplo, de que utilice expresiones como “lego” o “lega”, en relación a una cuota que asigna a un beneficiario y “heredero” para los restantes, o no llame “heredero” a uno de ellos y si al resto⁵⁴⁶; además de, como ya se mencionó, que se le atribuyan a tal sucesor, aunque se le deje una cuota, efectos típicos del legatario, como son, el eximirlo, o dispensarlo, del pago de las deudas hereditarias⁵⁴⁷.

⁵⁴⁵ En tal sentido comenta LACRUZ, J.L., “Del art. 660 pero sobre todo del 768 *a contrario*, se desprende que el llamado a una parte alícuota de la herencia debe presumirse llamado como heredero. Se trata de una norma de interpretación correlativa a la de institución en cosa cierta. Esta presunción será particularmente fuerte cuando se trate de un legado de la totalidad de la herencia o de todos los bienes del causante, o cuando los legados de cuota agoten el caudal hereditario, sin haber el causante designado heredero”, destacando el autor que “en todo caso, lo necesario es investigar siempre la voluntad del causante”. (1961), p. 91

⁵⁴⁶ Asimismo, señala el autor que un ejemplo típico del segundo de la segunda de las situaciones que hemos mencionado (e ilustrativo para visualizar el supuesto en la práctica) sería “la mejora de cuota (por ejemplo, el testador dice que mejora en el tercio de este nombre a uno de sus hijos e instituye herederos en el remanente a todos); ejemplo también típico de lo segundo es el legado del tercio de libre disposición a favor del cónyuge con institución de herederos a favor de los hijos, supuesto que está a la orden del día y se da en la mayor parte de los matrimonios bien avenidos. Es más, el deseo de estos matrimonios sería que toda la herencia pasase al superviviente y que lo que quedara al morir fuese para los hijos – lo que equivaldría a instituir un fideicomiso de residuo –, mas tal cosa no es posible en Derecho común, al menos, por impedirlo el sistema de las legítimas. Cuando el Notario advierte a los consortes de esta imposibilidad, se apela al expediente de legarse recíprocamente el usufructo universal de toda la herencia, introduciendo la llamada *cautela socini* (...) para el caso de que alguno de los hijos no quiera acatar la voluntad del testador, o que, para evitar complicaciones, los cónyuges se reconozcan una cuota legal usufructuaria (que grava el tercio de mejora), *legándose* además el tercio de libre disposición en plena propiedad. *Op.cit.*, p. 36

⁵⁴⁷ En tal sentido expresa MARTÍN PÉREZ, J.A., que “no podrá considerarse como legatario a aquel que es llamado a la totalidad o a una parte de la herencia, entendiéndose por tal el conjunto de activo y del pasivo. Así lo admite la jurisprudencia (SSTS 22 enero 1963 [RJ 1963, 447], 3 junio 1976 [RJ 1976, 2624] y RDGRN 4 noviembre 1935 [1935, 2056]”. *Op.cit.*, p. 252

Una vez encuadrado el supuesto del legado de parte alícuota y afirmado el reconocimiento de su validez tanto en sede jurisprudencial como doctrinal, es importante que se conozcan los efectos que se derivan para aquél que se considere legatario de parte alícuota, ya que, como peculiar e híbrida figura que es, trae para sí especiales consecuencias. Al tratarse de una figura “peculiar”⁵⁴⁸, a caballo entre una y otra institución, se comporta como el heredero, en orden a las facultades que se le conceden al legatario de parte alícuota, así como en la propia dinámica de la figura. En este sentido, principalmente, entre otras características, tiene la de formar parte de la comunidad hereditaria, se le considera heredero a los efectos de su participación en la partición, algo que le interesa significativamente, ya que, al no poder ejercitar su derecho hasta que no se produzca la liquidación del patrimonio hereditario, por no estar definida aún, la cuantía de su legado, es importante que el mismo pueda participar, como un heredero, en la fijación y composición de los lotes⁵⁴⁹. Está también facultado para instar la división de la herencia⁵⁵⁰ (artículo 782 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Asimismo, comparte las características con el heredero de que pueden serle reconocidas como colacionables las donaciones recibidas, además de poder anotar preventivamente su derecho (artículos 146 a 152 del Reglamento Hipotecario)⁵⁵¹. Si bien, aunque sea comunero, no deja de ser un legatario,

⁵⁴⁸ Se sigue en la descripción de tales efectos lo expresado por MARTÍN PÉREZ, J.A., *Op.cit.*, pp. 252-253; ÁLVAREZ LATA, N., *Op.cit.*, p. 842; REGLERO CAMPOS, F., *Op.cit.*, p. 944; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Op.cit.*, pp. 36-37; LACRUZ J.L., (1961), pp. 92-93

⁵⁴⁹ En tal sentido, señala LACRUZ, J.L., que “Al legatario le son aplicables, como dice la R. 4 noviembre 1935 “determinados preceptos legales relativos al heredero, y muy especialmente aquellos cuyo fin inmediato es el conocimiento del patrimonio en que ha de participar, su cuantía y composición”. Es más, en principio, su intervención en la partición ha de ser la de un heredero”. (1961), pp. 92-93. En este sentido, la STS de 22 enero 1963 [RJ 1963/447], explica: “(...) se trata de un legado, si bien por su contenido reviste un carácter universal, que obliga a calificarle de parte alícuota al que, dada la naturaleza alcance y efecto de esta especie de legado y la ausencia de su reglamentación en nuestro Código Civil, deben serle aplicables determinados preceptos legales relativos al heredero, y muy especialmente aquellos cuyo fin inmediato es el conocimiento por el sucesor del patrimonio en que haya de participar, su cuantía y composición, punto en el que la semejanza entre el heredero y el legatario de parte alícuota aparece más destacada”.

⁵⁵⁰ Reconocido en sentencias del Tribunal Supremo como la de 14 de julio de 2008 [RJ 2008/3361]

⁵⁵¹ Del mismo modo, añade MARTÍN PÉREZ, J.A., que “debe alcanzarle la prohibición para ser nombrado contador-partidor de la herencia establecida para los coherederos, pues también es parte interesada en la partición – a pesar de que la RDGRN 30 junio 1956 [RJ 1956/2582] sostuviera lo contrario –; y, aunque resulta discutible, su posición no parece compatible con el ejercicio del retracto de coherederos previsto en el art. 1067, a pesar de que forme parte de la comunidad hereditaria (...)”. *Op.cit.*, p. 253. En cuanto a esto último, ya advierte el autor que “resulta discutible”, de hecho, en sentido contrario se expresa LACRUZ, J.L., afirmando que “(...) desde el momento que es comunero, parece probable que tenga el derecho de retracto del artículo 1067 C.c., sobre todo teniendo en cuenta que la enajenación que realiza el heredero es precisamente de los bienes, y no de su condición de sucesor ni de las relaciones pasivas (...)”. *Op.cit.*, p. 92. Interesante, igualmente, es lo que adiciona ÁLVAREZ LATA, N., a estas concretas características del legatario de parte alícuota, señalando que, “se suele considerar también como legatario al “instituido en usufructo” (SSTS 24 enero 1963 [RJ 1963/518] – salvo el supuesto del cónyuge viudo usufructuario, que siendo sucesor a título particular no es legatario – en tanto que sucede en un derecho concreto (el de usufructo) aunque éste se proyecte en una pluralidad de bienes y se le conceda el poder de disposición sobre éstos (...))”, siendo asimismo relevante la aclaración que efectúa la autora cuando afirma que “distinto es el

de modo que “se le transmite *ipso iure*, en el momento de la apertura de la sucesión, la titularidad sobre el caudal relicto, aunque no la posesión del artículo 440, propia del heredero y, por tanto habrá de ser puesto en posesión de su lote por éste⁵⁵²”.

En sus divergencias con el heredero, y fruto de su híbrido carácter, debe aclararse que puede el legatario de parte alícuota requerir su cuota en bienes del patrimonio hereditario, por lo que, el heredero, por tanto, “no cumple limitándose a entregar al legatario de parte alícuota la *aestimatio*”⁵⁵³. Por último, y máxima de la distinción de las figuras de heredero y legatario de parte alícuota (así como, verdaderamente, y gran medida, de aquella del legatario en sí mismo) es que éste no es responsables de las deudas del patrimonio hereditario, por lo que no está legitimado pasivamente frente a los acreedores de la herencia⁵⁵⁴. En este sentido, no necesita, como el heredero, acudir al beneficio de inventario, ya que tales deudas, de base, sólo le afectarán en la medida en que influirán en la cuantía (o la propia existencia) de su legado, pero únicamente hasta ese punto, o límite.

2. OTRAS FIGURAS QUE PUEDEN ESTAR PRESENTES

2.1.El contador-partidor

Como se indica, existen en el proceso relativo a la sucesión otras figuras que deben tenerse en cuenta y de las que no puede rehusarse una referencia, aunque limitada, dada las propias características del presente estudio. Deben traerse a colación estas figuras para su posterior contraposición a las de Derecho anglosajón, para que se comprenda si en ellas podemos, o no, encontrar alguna relación de equivalencia.

A priori, debe comentarse que el artículo 670 del Código civil prohíbe en nuestro Derecho común que se realice testamento en lugar de otro, pero no niega, en ningún momento, que pueda encargarse a otro sujeto la partición de los bienes concernientes al patrimonio

tratamiento del *legatario universal* o en todos los bienes de la herencia y del *instituido en el remanente* de la herencia, ya que ambos se entienden como dos modalidades de institución hereditaria (SSTS 5 febrero 1973 [RJ 1973/405]; 10 abril 1986 [RJ 1986/1846]; 19 mayo 1992 [RJ 1992/4913]; 9 marzo 1993 [RJ 1993/2053]; 28 septiembre 2005 [RJ 2005/7154]”. *Op.cit.*, p. 842

⁵⁵² LACRUZ, J.L., *Op.cit.*, p. 92

⁵⁵³ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Op.cit.*, p. 37

⁵⁵⁴ A no ser que se diera el caso en el que el testador hubiera gravado “con mandas y legados”, como expresa el artículo 858 del Código civil, su legado, aclarándose, aún lo anterior, en el mismo precepto, que “estos no estarán obligados a responder del gravamen sino hasta donde alcance el valor del legado”.

hereditario, momento, en el que entraría en juego la figura del contador-partidor⁵⁵⁵, que se recibe por nuestro Código en el artículo 1057, reconociendo que podrá ser alguien distinto de los coherederos el que ejerza tales funciones de partición⁵⁵⁶.

Según lo expresado, y en la relación existente entre los mencionados artículos 670 y 1057 del Código civil, se puede decir en cierto modo, que el ámbito de poder del contador-partidor ha sido el resultado de la tensión existente entre ambos artículos, suponiendo una la “línea roja” que no podía sobrepasarse del otro. En este sentido señala nítidamente CARBALLO FIDALGO que “las facultades que se han ido reconociendo al cargo se han amparado sistemáticamente en el carácter particional que les atribuye, al tiempo que los límites de las mismas se han dibujado en función del principio del carácter personalísimo del testamento (art. 670 C.c.), que impide la verificación por tercero de actos que impliquen la disposición de cuotas o bienes integrantes del caudal hereditario”⁵⁵⁷.

Asumiéndose de manera irrefutable que el Código civil reconoce propiamente la figura del contador-partidor, distinto ha sido el debate acerca de lo que traiga para sí la existencia de ésta. Mucho se ha debatido acerca de la naturaleza jurídica de la figura del contador-partidor, proponiéndose diversas teorías o visiones entre las que destacan la de ser un mandatario *post mortem*, un albacea, un árbitro, un mero representante, o, como solución

⁵⁵⁵ Terminología que no se utilizó desde el principio para la designación de esta figura. En tal sentido, explica DÍAZ SOLER, A.; “El Código Civil antes de la reforma de 13 de Mayo de 1981, no empleaba la denominación de “contador partidor”, utilizándose solamente dicho nombre por la doctrina y el usus fori, y legislativamente, desde un punto de vista procesal (...) Después de la aludida reforma ha tomado ya carta de naturaleza en el Código Civil la denominación de “contador-partidor”, tanto del testamentario como del dativo (nueva figura jurídica creada en dicha reforma), y a dichos cargos se refieren los actuales artículos 841, 844 párrafo segundo, y 1057 del Código Civil. En la reforma del artículo 1057 del C.c. llevado a efecto por la Ley de Protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se ha sustituido en su párrafo tercero “comisario” por “contador partidor””. *El contador partidor testamentario (Legislación común y foral, Doctrina, Resoluciones de la DGRN, Jurisprudencia y Formularios)*, Libros Jurídicos, S.L., Madrid, 1996, p. 36

⁵⁵⁶ En relación a tal concesión del artículo 1057 del Código civil, señala CARBALLO FIDALGO, M., que ésta es “una facultad otorgada en primer término al propio causante (art. 1056 C.c.)”. *Las facultades del contador-partidor testamentario*, Civitas, Madrid, 1999, p. 29.

⁵⁵⁷ Señalando asimismo el autor que “aunque su función clásica viene dada por “la simple facultad de partir”, el T.S., la D.G.R.N., el propio Legislador, con ocasión de la Ley de 13 de mayo de 1981, han ido ampliando su marco competencial, al reconocer al cargo una serie de facultades ordenadas al mejor cumplimiento de aquélla.” *Op.cit.*, p. 30. Asimismo, expresa en una forma sencilla y clara MARTÍNEZ ESPÍN, P.; “El Código civil impide al testador la delegación en terceras personas de la facultad dispositiva testamentaria, y sólo admite la delegación de la potestad de ejecutar o cumplir su última voluntad, lo cual puede hacerse a través de dos figuras: el contador-partidor y los albaceas. EL primero, al que hace referencia este precepto, tiene como misión la de realizar la partición de la herencia. El albaceazgo se contempla en los artículos 892 y ss. Se prohíbe el testamento por comisario (art. 670).”, en *Comentarios al Código Civil*. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.) AAVV. Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, p. 1259

inacabada (por la falta de regulación propia de aquélla) un cargo, sin más, testamentario⁵⁵⁸. No quedando del todo clara cuál sea finalmente la naturaleza del cargo, en muchas ocasiones se opta por considerar, como hace ESPEJO RUIZ⁵⁵⁹, que se trata de una institución de tipo especial y *sui generis*. Ilustrativa es la definición que ESPEJO RUIZ da del contador partidor, afirmando que “el comisario contador-partidor (...) es aquella persona designada por el testador para llevar a efecto las operaciones particionales de su herencia, en razón a la confianza depositada en ella y, en ocasiones, también a su pericia”⁵⁶⁰, siendo esta última característica, una de las que más denota la necesidad, en muchos casos, de la figura.

En ocasiones, la búsqueda de la naturaleza jurídica, enturbia lo que pueda importar verdaderamente en el estudio de la figura⁵⁶¹, que básicamente se resume en conocer sus funciones, derechos y deberes, y es en estas cuestiones en las que debemos centrar este escueto acercamiento a la noción de contador-partidor.

Avanzando ya que no entraremos en la anteriormente mencionada discusión acerca de la naturaleza jurídica del cargo, siendo el extremo más debatido el de su coincidencia o no, con la figura del albacea, afirmamos coincidir con visiones como las de DÍAZ ALABART y ALBALADEJO GARCÍA, cuando señalan que el contador-partidor es un albacea que tiene, concretamente, la misión de contar y partir⁵⁶²; o DE LA CÁMARA ALVAREZ, al afirmar que “se trata de un cargo con evidente coincidencia en su función con la del albacea, aunque la del contador propiamente dicho sea específica” añadiendo este último algo significativo, que es que no se niega que se trate de cargos distintos⁵⁶³, pero tampoco

⁵⁵⁸ Entre otros, han plasmado el debate existente en la doctrina acerca de la naturaleza jurídica del contador-partidor, ESPEJO RUIZ, M., *La partición realizada por contador partidor testamentario*. Dykinson, S.L., Madrid, 2013, pp. 80-82

⁵⁵⁹ *Op.cit.*, p. 82

⁵⁶⁰ *Op.cit.*, p. 79

⁵⁶¹ Nos decía ya ESTÉVEZ, J.L., acerca de la dificultosa cuestión de naturaleza jurídica de las instituciones: “Nadie, que yo sepa, se ha preguntado hasta ahora, con el interés que el caso requiere, por qué deba uno proceder así; es decir, en virtud de qué necesidad de índole práctica o teórica se hace indispensable el estudio de una cuestión tan abstracta y embarazosa como ésta”, en “Sobre el concepto de “Naturaleza jurídica””. *Anuario de filosofía del derecho*, núm. 4, 1956, pp. 159-182.

⁵⁶² DÍAZ ALABART, S., y ALBALADEJO GARCÍA, M., en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, T. XIV, Vol. 2, Edersa, Madrid, 1989, p. 177

⁵⁶³ En torno a tales cuestiones, comenta ESPEJO RUIZ, M., que, en general (no haciendo distinción entre contador-partidor testamentario, dativo o electivo), “el contador partidor es la persona que tiene encomendada la partición de una herencia (...)” añadiendo que la jurisprudencia se ha visto en la necesidad de suplir las lagunas existentes en torno a tal figura en el Código civil, equiparándolo, por ello, al albacea (señalando el autor como ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1929). Aun lo anterior, afirma que la mayoría de la doctrina reconoce que el contador-partidor no es exactamente lo mismo que el albacea, ya que este último posee más amplias facultades que el contador-partidor (que sólo tendría la de partir la herencia como función típica)., *Op.cit.*, pp. 47-49

puede rechazarse el hecho de que pueden concurrir en la misma persona, circunstancia que tiene lugar en muchos casos.

Por ello, la función básica del contador-partidor, aparte de discusiones acerca de su encuadre jurídico y de otras funciones que se le puedan atribuir, es la de hacer la partición de la herencia⁵⁶⁴.

Como sabemos, conforme al artículo 1056-1 del Código civil, el testador puede, por sí mismo, efectuar la partición de la herencia, siempre con el límite del respeto a las legítimas. Por ello, la función del contador-partidor, se configura como la que puede ejercitar el propio testador, la cual “separa” de sí o “delega” en otra persona, por su propia voluntad⁵⁶⁵ (a salvo la figura del contador partidor dativo⁵⁶⁶); además, en defecto de partición realizada por el propio testador, y asimismo, si no hubiera sido nombrado contador-partidor, esta función puede realizarse por los propios herederos si son mayores de edad y tienen la libre disposición de su bienes (art. 1058 C.c.). De este modo, al igual que, como veremos, la función del albacea se desgaja de las propias funciones que, de por sí, corresponden al heredero, la misión del contador partidor también es específica, y no siempre requiere un sujeto autónomo que la efectúe.

Las funciones propias del contador-partidor serán aquellas que derivan de la propia misión de partir la herencia. Básicamente⁵⁶⁷ las de interpretar el testamento, liquidar la

⁵⁶⁴ En tal sentido, entre otros, DÍAZ SOLER A., *Op.cit.*, p. 36

⁵⁶⁵ Muestra de que sus facultades son, digamos “desgajadas” de las propias del testador, es lo que señala ESPEJO RUIZ, M., cuando comenta que “Es reiterada jurisprudencia del TS y de la DGRN, que las particiones realizadas por contador-partidor, al reputarse como si fueran hechas por el propio causante, son por sí solas inscribibles, sin necesidad de ser aprobadas por los herederos o legitimarios, por lo que en principio causan un estado de derecho que surte todos los efectos mientras no sean impugnadas”. *Op.cit.*, p. 59

⁵⁶⁶ Sin perjuicio de la figura del contador-partidor dativo, cargo que nace de la voluntad conjunta de al menos el cincuenta por ciento de los herederos y legatarios para su designación. En tal sentido, explica MARTÍNEZ ESPÍN, P., que “regula el artículo 1057 dos nuevas formas de realizar la partición. La realizada por el contador-partidor nombrado por el testador, y la realizada por el contador-partidor dativo nombrado, al menos, por el 50% de los herederos y legatarios. Existen algunas diferencias entre ellas y la partición realizada por el testador: así, cuando entre los herederos existan menores de edad o sujetos a tutela, el contador debe realizar inventario de los bienes y citar a los representantes de éstas, mientras que dicho requisito no es necesario en la realizada por el testador (STS 17 diciembre 1988 [RJ 1988,9475]; (...)” *Op.cit.*, p. 1258. Debemos además de lo anterior, tener en cuenta que emana de la voluntad (por la petición que realizan los mismos), como se ha comentado, de tal porcentaje de herederos y legatarios, pero que, desde la reforma del artículo 1057 C.c., por la Ley de Jurisdicción Voluntaria tras la reforma del artículo 1057 del Código Civil por la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria, el nombramiento de éste lo lleva a cabo el Secretario Judicial, ahora denominados Letrados de la Administración de Justicia, o al Notario. A éste respecto ha hecho referencia, asimismo, la doctrina jurisprudencial, estableciendo, como ejemplo de ello la SAP de Madrid de 16 de noviembre de 2004 que un contador partidor que hubiera sido nombrado en un procedimiento de división de herencia no debe ser considerado un contador partidor dativo, no contando con las facultades otorgadas por los artículos 841 y siguientes del Código civil.

⁵⁶⁷ Seguimos en el esquema descriptivo de tales funciones lo expresado por DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., añadiendo además, este autor que debe tenerse en cuenta que tales facultades se han “ampliado” en sede jurisprudencial, *Op.cit.*, p. 419; así como lo expresado por GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, C., *La*

sociedad conyugal, colacionar, señalar las legítimas, imputar y reducir legados y donaciones, efectuar el inventario señalando el activo y pasivo del patrimonio hereditario; calcular y valorar los bienes recogidos en el inventario; llevar a cabo la liquidación; y, finalmente, con el activo resultante, formar los lotes, -dentro del plazo previsto en el art. 844 del Código civil⁵⁶⁸- respetando, en la medida de lo posible, la posible igualdad, conforme a lo dispuesto por el art. 1061 del Código civil⁵⁶⁹; por lo demás, también está facultado para adjudicar aquella cosa que sea indivisible o desmerezca mucho por su división a uno de los coherederos, con la obligación de abonar a los otros el exceso en dinero, salvo que alguno de ellos pida su venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños (art. 1062, en combinación con el 1061 CC)⁵⁷⁰. Conforme a estos últimos preceptos, así como con lo dispuesto en el art.1056 C.C., el contador-partidor debe ceñirse, en la medida de lo posible, aún si cabe, en mayor medida a la formación de lotes de igual calidad y cantidad, ex art. 1060 CC, cuyo límite le es aplicable en mayor medida que al testador, dado la diferente situación de poder que el testador que efectúa la partición de la herencia, al no disponer, como éste, de la libertad que le otorga el segundo de los artículos señalados para llevar a cabo la partición de sus bienes⁵⁷¹.

partición judicial: problemas. Viabilidad y legitimación. Posición de los acreedores. Preferencias de Cobro. Tirant lo Blanch., Valencia, 2008, p. 98

⁵⁶⁸ Lo que, como en forma sencilla aclara DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., supone que “Practicada la partición y mientras esté pendiente el pago de las porciones hereditarias de los destinatarios del metálico, éstos gozan de los derechos de que se trató. Pedir la anotación preventiva establecida en favor del legatario de cantidad (...) o pedir que la partición se resuelva. En este caso, habrá que proceder a nueva partición según las disposiciones generales de la partición (...)”. Asimismo, relacionado con tales extremos ha señalado recientemente la RDGRN de 11 de enero de 2018, que, transcurridos los plazos expresados en el artículo 844 del Código Civil, puede el contador partidor adjudicar a los legitimarios, respecto a los que el causante había ordenado que se satisficiera su legítima en metálico, bienes hereditarios, explicándose que, según la norma aludida, una vez que caduca la facultad de pago en metálico, “se procederá a repartir la herencia según las reglas generales de la partición”.

⁵⁶⁹ Así mismo, es reiterada la jurisprudencia que ha señalado que debe, por el contador-partidor, respetarse lo establecido en el 1061 del C.c., (STS 4 de julio de 1898, RES. 10 de enero de 1949 y 2 de diciembre de 1964) Aún lo anterior esto será, siempre, “si es posible”, como se ha reconocido, entre otras, por las Sentencia de 17 de junio de 1980.

⁵⁷⁰ Reconocido, asimismo, en la STS de 4 de julio de 1895.

⁵⁷¹ En tal sentido, asimismo, lo ha manifestado la jurisprudencia en sentencias como las de 4 de julio de 1895 y 14 de diciembre de 1957. En este sentido, cabe plantearse si el contador-partidor puede no atenerse a lo establecido en el 1061 C.c., si el testador lo faculta para ello. En este sentido explica nítidamente DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., que “la cuestión es opinable, porque los contadores como los albaceas tienen, en principio, las facultades que el testador haya tenido a bien concederles y, por consiguiente, si el testador les otorga plena libertad en orden a la composición de los lotes, parece que en tal caso los contadores no están vinculados por el artículo 1061. El hecho de que en algunas resoluciones y sentencias se observe la tendencia a acentuar el paralelismo entre la partición hecha por el testador y la realizada por el contador partidor (en particular si se está ante la figura del «comisario» que concentra en su persona las facultades de los albaceas universales con el aditamento de la facultad de hacer la partición) abona la respuesta afirmativa” señalando a este respecto el autor sentencias como las de 17 de mayo de 1919, 11 de marzo de 1922 y 3 de diciembre de 1931. Aun lo anterior, esclarece que “(...) en contra se puede aducir que la libertad particional del testador es consecuencia de sus potestades dispositivas; que partir sin atenerse

En cuanto a sus caracteres⁵⁷², muchas veces equiparados a los del albacea, destacan los de ser un cargo personalísimo y no delegable⁵⁷³; voluntario, interpretando analógicamente el artículo 898 y relacionados del Código civil; temporal (artículo 910 del Código civil) y, en principio, gratuito⁵⁷⁴, sin perjuicio de que el testador puede señalar una retribución para el mismo (artículo 908 del Código civil), si bien parece claro que no la recibiría por el encargo de confianza que ejecuta, sino, de otra forma, por aquella, ya comentada, importante característica que acompaña en numerosas ocasiones a la figura, esta es, su pericia profesional⁵⁷⁵.

Encuadrada la figura del contador-partidor, y denotada la controversia acerca de si comparte su naturaleza jurídica con el albacea, o no, desplazamos al estudio de tal figura, que trataremos en mayor extensión, un análisis más minucioso de las señaladas cuestiones, esto es, de aquello que, aunque habiéndose reconocido que se aceptan las posturas que los asemejan, las distinguiría y si tal distinción posee, o no, relevancia.

2.2.El administrador de la herencia

- Definición y supuestos en los que actúa el administrador de herencia

Distinta de la anterior, es la figura del administrador de la herencia que, además de diversa, entraña alguna dificultad añadida a la hora de la comprensión de su alcance, debido a que no cuenta con una unitaria y sistemática regulación como tal, sino que funciona en casos muy dispares y para cubrir variadas necesidades, razón por la que nos centraremos en comprender, al igual que en el caso de la figura del contador-partidor, qué

a la regla de igualdad, cuando sea posible observarla, equivale a realizar un acto que en puridad excede de lo puramente particional (...) y que las facultades de disposición mortis causa no son delegables, conforme al artículo 670 del Código civil” de ahí, que, en opinión del autor la interpretación extensiva del artículo 841 (que autoriza al testador para facultar expresamente al contador partidor designado por él para adjudicar todos los bienes hereditarios o parte de ellos a alguno o algunos de los hijos o descendientes ordenando el pago en metálico de la legítima de los demás) no parece suficiente argumento. *Op.cit.*, pp. 420 y 421

⁵⁷² Siguiendo para ello lo explicado por DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Op.cit.*, p. 417

⁵⁷³ Aunque señala DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., que algunas tareas especializadas sí pueden delegarse a persona perita. *Op. loc. ult. cit.*

⁵⁷⁴ Citando DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., numerosa jurisprudencia en tal sentido, así, las SSTS de 24 de febrero de 1905, 14 de enero de 1913; 8 de febrero de 1940 y 31 de mayo de 1955.

⁵⁷⁵ Además de lo anterior, cita DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., la STS de 23 de noviembre de 1974, en la que se comparaba la figura del contador – partidor con el albaceazgo, para afirmar que “el organismo particional (...) puede ser unipersonal o colectivo”. *Op. loc. ult. cit.*

signifique ser administrador, cuáles son sus funciones, para así delimitar, más específicamente, el marco en el que se encierra y despliega su eficacia esta institución. Es necesario recordar la disparidad de supuestos para los que funciona la noción de herencia en administración, y con ello, la figura del administrador de herencia, lo que nos permitirá obtener una visión de conjunto de la figura, que conecte y englobe los mencionados supuestos, repítase, a pesar de ser muy dispares. Los supuestos, que pormenorizaremos seguidamente, centrándonos en los más significativos de ellos, son: el llamamiento al heredero bajo condición suspensiva, el llamamiento a la herencia al *nasciturus*, la administración de la herencia beneficiaria, el caso de la herencia yacente y, en general, los casos de administración judicial de la herencia en el marco de la división judicial de la herencia.

- a) En primer lugar, el llamamiento al heredero bajo condición suspensiva de los artículos 801 a 804 del Código civil se convierte en una mención obligada en la cuestión que estudiamos desde el momento en que en el artículo 801 del Código se establece que “*si el heredero fuere instituido bajo condición suspensiva, se pondrán los bienes de la herencia en administración hasta que la condición se realice o haya certeza de que no podrá cumplirse. Lo mismo se hará cuando el heredero o legatario no preste la fianza en el caso del artículo anterior*”. Con ello, se nos sitúa en un supuesto de administración de la herencia⁵⁷⁶. El caso que se presenta es aquel en que se atribuye por testamento un bien o derecho bajo la mencionada condición, por lo que, como de manera clara explica GITRAMA⁵⁷⁷, “(...) adquisición y delación coinciden al cumplirse la condición, el conjunto de ambos momentos hállase cronológicamente distanciado del de la apertura de la

⁵⁷⁶ Aunque debemos tener en cuenta lo que señala TORRALBA SORIANO, V., cuando advierte que “el testador puede ordenar que la herencia condicional no se ponga en administración, sino que se entregue al heredero, bien sea al llamado bajo condición o al que sería heredero en caso de no cumplirse la condición, y que éste, sin tener que dar más garantías la entregue al otro si es que no le corresponde a él, bien sea por el incumplimiento de la condición o por cumplimiento de la misma. En el supuesto que el heredero condicional, tenga otros coherederos que no estén sometidos a condición, éstos pueden pedir la partición de la herencia, la cual se podrá hacer y la parte correspondiente al heredero llamado bajo condición se someterá a administración. Así se desprende del arto 1054 CC”. *Op. cit.*, p. 1957

⁵⁷⁷ *Op. cit.*, p. 32. Considera asimismo el autor, que es éste uno de los motivos que en nuestro Ordenamiento jurídico originan la situación de herencia yacente. Del mismo modo, comenta algo relevante a tener en cuenta, cuando señala que “(...) ocurre que los derechos “*pendente conditione*” de quienes son en tal forma favorecidos en un testamento, resultan más reducidos que los que obtienen los beneficiarios de un derecho patrimonial transmitido condicionalmente por acto *inter vivos* (...)” y esto, porque en estas últimas transmisiones ya es el beneficiario titular del derecho que adquiere condicionalmente, caso que no se da en los supuestos *mortis causa*, en los que aún no es titular de nada. Muestra de ello es el artículo 759 C.C., recogiendo que nada transmite el heredero o legatario a sus herederos si al fallecer no se ha cumplido la condición. *Op. cit.*, pp. 29 y 31, respectivamente.

sucesión y muerte del “*de cuius*” por el período intermedio de pendencia de la condición; verbigracia: si Ticio se hace médico, hasta que lo logre”.

Conociendo el supuesto, la respuesta a la cuestión de quién sea el administrador necesario en tal período de pendencia nos la dan los artículos 802 y 803 del Código civil, tarea, que como es lógico, se encomienda a aquellos con mayor interés en la herencia⁵⁷⁸, estableciéndose el siguiente orden de preferencia⁵⁷⁹: en primer lugar, se atribuye al heredero condicional dando fianza; en segundo lugar, de no dar fianza, se otorgará la administración al heredero presunto⁵⁸⁰ y; por último, si tampoco diere fianza el heredero presunto, los tribunales designarán tercera persona, que debe asimismo constituir fianza con la intervención del heredero.

Finalmente, en cuanto a este primer supuesto en concreto, será al artículo 804 CC al que debemos dirigirnos si queremos conocer los derechos y obligaciones que se reconocen al administrador, estableciendo que tendrá los mismos que los que lo son de los bienes de un ausente -claro está, siempre y cuando el testador no haya recogido en el testamento de manera específica como debe llevarse a cabo la administración, por lo que el mencionado precepto está dotado de un carácter supletorio. De sus funciones hablaremos más adelante⁵⁸¹; baste ahora con decir⁵⁸² que la remisión a los preceptos de la ausencia sólo se entiende hecha a la parte del artículo 185 CC que describe los deberes del administrador: la obligación de inventariar los bienes muebles y describir los inmuebles de la herencia; la prestación de garantía fijada prudentemente por el Secretario judicial y la obligada pauta de conservar y defender el patrimonio hereditario y obtener de sus bienes los rendimientos normales de que fueren susceptibles⁵⁸³.

⁵⁷⁸ Aún lo anterior, conviene destacar una idea que señala LACRUZ BERDEJO, cuando explica que, aun en el caso en que el administrador sea el heredero, gestionará los bienes “como un patrimonio ajeno, con la obligación, en su caso, de rendir cuentas: los frutos, al no saberse a quien van a pertenecer, se acumulan a la masa, salvo en la parte designada a retribuir al administrador, y como dice Royo Martínez, se invertirán del modo más seguro, hasta tanto que el cumplimiento o ya sea el incumplimiento de la condición ponga fin a la incertidumbre sobre el destino definitivo del caudal”, en LACRUZ, J. L., *Elementos de Derecho Civil, Derecho de Sucesiones, Vol. V*. AAVV. Bosch, Barcelona, 1992, p. 276

⁵⁷⁹ Se sigue el esquema propuesto por TORRALBA SORIANO, V., *Op. cit.*, p. 1960

⁵⁸⁰ Como explica TORRALBA SORIANO, V., “La cuestión interpretativa fundamental es la de determinar qué debe entender por heredero presunto, en principio, heredero presunto es el que lo sería en defecto del heredero condicional, esto es, si la condición no se cumple”, o en su caso, sustituto vulgar si hubiere sido nombrado por el testador. *Op. loc. ult. cit.*

⁵⁸¹ Para ello nos remitimos al final del presente epígrafe en el que describiremos las funciones del administrador en todos los casos.

⁵⁸² Siguiendo en la presente reflexión (aunque actualizado conforme a las reformas efectuadas conforme a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero y la Ley 15/2015, de 2 de julio) lo comentado por TORRALBA SORIANO, V., *Op. cit.*, p. 1962

⁵⁸³ En la redacción dada por el apartado treinta y ocho de la disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, establece concretamente el artículo 185 CC: “*El representante del declarado ausente quedará atenido a las obligaciones siguientes: 1.ª Inventariar los bienes muebles y*

Por lo demás, es relevante destacar que el artículo 1054 del Código civil niega a los herederos bajo condición la posibilidad de pedir la partición hasta que aquélla se cumpla, aunque sí pueden pedirla el resto de coherederos, asegurando de manera competente el derecho de los primeros, dado el supuesto de cumplimiento de la condición; recalándose que tal partición tendrá el carácter de provisional hasta que se verifique que la condición ha faltado o que no puede ya verificarse⁵⁸⁴.

- b) En segundo lugar, toca ocuparnos del destacado y notorio supuesto de la administración de herencia en el llamamiento al concebido y no nacido o “*nasciturus*”. Tal circunstancia se halla regulada en los preceptos que van del 959 al 967 del Código civil, que nos servirán de base para el entendimiento de la cuestión.

Básicamente, en el presente caso, se produce un llamamiento a unos bienes aún no concretados, pero sí a una cuota, lo que genera la necesidad de la figura de la administración de la herencia. Igual que en el caso anterior, la condición suspensiva hace incierta tanto si va a existir heredero como el quantum de lo que definitivamente se va a percibir por los demás. En este sentido, GITRAMA⁵⁸⁵ reflexiona en torno a la idea de que se trata de un supuesto muy similar al del heredero instituido bajo plazo suspensivo, ya que se basa en un suceso, como en tal caso, futuro e incierto, este es, el nacimiento del instituido en los términos de los artículos 29 y 30 del Código civil⁵⁸⁶.

Las actuaciones a realizar son dos: una común a todos los supuestos de condicionalidad, dirigida a suspender las actividades encaminadas a la división de la herencia así como proveer la administración y seguridad de los bienes de que conste; otra específica, la de

describir los inmuebles de su representado. 2. “Prestar la garantía que el Secretario judicial prudencialmente fije. Quedan exceptuados los comprendidos en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo precedente. 3.º Conservar y defender el patrimonio del ausente y obtener de sus bienes los rendimientos normales de que fueren susceptibles. 4.º Ajustarse a las normas que en orden a la posesión y administración de los bienes del ausente se establecen en la Ley Procesal Civil. Serán aplicables a los representantes dativos del ausente, en cuanto se adapten a su especial representación, los preceptos que regulan el ejercicio de la tutela y las causas de inhabilidad, remoción y excusa de los tutores.”

⁵⁸⁴ Precepto este sobre el que existe controversia en orden a decidir si la provisionalidad de la partición se entiende para el total, o sólo para la parte que se adjudique al llamado bajo condición.

⁵⁸⁵ *Op. cit.*, p. 40

⁵⁸⁶ En tal sentido, comenta asimismo el autor que se trata de un caso tan semejante que autores como Ihering, Scheurl y Scialoja, entre otros “explican la naturaleza de la “*pendente conditione*” como mera fase del desenvolvimiento de la relación jurídica que existirá tras cumplirse la condición, mediante la clara analogía de aquella expectativa tutelada con la situación del feto sujeto de derechos”, además, añade, en forma esclarecedora que “(...) cuando aparece un “*nasciturus*” llamado a una herencia se crea un estado anormal; las demás personas llamadas a la sucesión por testamento o por ley no pueden entrar en la posesión inmediata de los bienes relictos porque entrañaría notoria injusticia prescindir de la personalidad del ser concebido (...)”. *Op. cit.*, pp. 40 y 41-42, respectivamente.

cerciorarse de la verdad del embarazo y del nacimiento del concebido⁵⁸⁷, esto es, cerciorarse del cumplimiento de la condición. Ambas plasmadas en nuestro Derecho positivo, en los artículos que se citaban precedentemente.

Si nos fijamos en concreto en lo relativo a la administración, y específicamente, a lo dispuesto en los artículos 965, 966 y 967 del Código civil, el primero habla de una situación interina, ordenando que se provea a la seguridad y administración de los bienes, remitiéndose, en su forma, a la instaurada para el juicio necesario de testamentaría (en terminología actual, el procedimiento de división judicial de la herencia, es decir, a los artículos 797 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativos a la administración del caudal hereditario). En el segundo de los mismos, se hace referencia a la mencionada pauta de suspensión de la división de la herencia⁵⁸⁸, aunque añadiendo que esto no impide el pago a los acreedores por el administrador, previo mandato judicial. Esto último, siguiendo a HERNÁNDEZ-GIL⁵⁸⁹, debe entenderse en relación a los artículos 1082 y 1084 del Código civil, esto es, al posible ejercicio por los acreedores del causante de la facultad que tienen de oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia -léase el acto final de la entrega de los bienes a los herederos- hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos. Porque como expresa el autor “(...) pendiente de hacerse la partición, el acreedor puede reclamar las deudas que tuviere contra el causante del conjunto de los herederos (...) siendo el juicio necesario de testamentaría el expediente legal de liquidación del as hereditario para el pago de las deudas (...)” aclarando que siendo éste un derecho de los acreedores, “la regla del art. 966 exige para que dicho pago sea posible el previo mandato judicial. No la autorización, sino el mandato, que el administrador se limita a cumplir (...)”, pudiendo, por lo tanto, en virtud del mismo, efectuar materialmente el pago a los acreedores.

⁵⁸⁷ *Op. cit.*, p. 42

⁵⁸⁸ En esta misma línea, expresa HERNÁNDEZ-GIL A., que “(...) sería contraria la eficacia de la partición como título atributivo de la propiedad o titularidad de los bienes de la herencia, conforme al art. 1068 CC, la subsistencia de una situación de pendencia o interina que afectase a la concurrencia de uno de los sujetos con derecho sobre la herencia como sería el hijo póstumo del progenitor premuerto en tanto ostenta la condición de *nasciturus*. De ahí que se imponga la suspensión de las operaciones particionales”. Además de lo anterior, aclara el autor que “a ello se llega no sólo por la valoración de la situación contemplada como una situación de pendencia, sino por la aplicación de lo dispuesto en el art. 29 CC, ya que existiendo un llamado a la herencia más un *nasciturus* con posibles derechos sucesorios y previendo que éste haya de considerarse como nacido desde el momento de la concepción, se da una concurrencia de derechos (o de posibles derechos, según se resuelva la situación de pendencia) justificativa de la aplicación de la regla del art. 966 (...)”; en *Comentarios del Código civil*, Tomo I., Paz-Ares Rodríguez, C., Díez-Picazo Ponce de León, L., Salvador Coderch, P., Bercovitz, R., (Dirs.), AAVV. Ministerio de Justicia, Secretaría General técnica, Centro de publicaciones, Madrid, 1991, pp. 2288 y 2289, respectivamente.

⁵⁸⁹ *Op. cit.*, p. 2289

Por último, el administrador cesará en su cargo (ex art. 967 C.c.) cuando se haya verificado el cumplimiento de la condición -es decir, el nacimiento del instituido-, o cuando conste que se ha incumplido - bien por verificarse el aborto-, o por haber finalizado el término de la gestación sin que se produzca el nacimiento-. Obligada actuación propia de todo administrador al cesar en su cargo es la rendición de cuentas de lo realizado a los herederos o a sus representantes⁵⁹⁰.

- c) En tercer lugar, debemos tratar el paradigmático supuesto (paradigmático, por ser el que goza de regulación exhaustiva nuestro Código en estos extremos) referido a la administración de la herencia beneficiaria⁵⁹¹. Este caso, como acabamos de exponer, es el que cuenta con una más amplia regulación, por lo que sirve de portada general para el tratamiento del administrador de herencia, de sus funciones y facultades, y es por ello que merece una más detenida atención.

Lo destacable en primer lugar es que la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, sustituye las funciones judiciales por la competencia notarial⁵⁹², quien actuará siempre a instancia de parte, para adoptar las provisiones necesarias para la administración y custodia de los bienes hereditarios, conforme a lo establecido en el propio Código, así como en la legislación notarial.

A diferencia de los supuestos de administración por depender el llamamiento de una condición suspensiva, en este caso no existe situación de interinidad ni incerteza en los llamamientos ni en la cuantía en la que van a suceder. Es un caso claro de administración-liquidación de la herencia, de modo que tal y como expresa el artículo 1026 C.c., la herencia se considerará en administración hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios.

Por lo demás, la necesidad de este período de administración del caudal hereditario la encuentra GITRAMA, en la “situación indudablemente excepcional” que se origina por a consecuencia de la separación de patrimonios propia de la aceptación de la herencia con

⁵⁹⁰ Critica el precepto HERNÁNDEZ-GIL, A., argumentando la innecesaridad del artículo que se muestra como obvio por reconocer únicamente que cesa la razón de ser de los dos artículos anteriores, aunque matiza que con el mismo quizás pretendió el legislados enfatizar o resaltar la excepcionalidad de tal situación. *Op. cit.*, p. 2290

⁵⁹¹ Debiendo tenerse en cuenta desde este primer momento, como explica GETE-ALONSO Y CALERA, M^a. C., que no vale cualquier tipo de supuesto o situación, ya que si está en déficit o es insolvente no estamos en este caso, que sólo se da en el caso de este tipo de administración cuando la herencia sea solvente. “Responsabilidad hereditaria”, en *TRATADO DE DERECHO DE SUCESIONES (Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco)* T. I., Gete-Alonso y Calera, M^a. C. (Dir.), Solé Resina, J., (Coord.), AAVV. Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2016, p. 386

⁵⁹² artículo 1020 C.c. Aunque, además del mismo, para la administración de la herencia beneficiaria, debemos poner atención (sobre todo) en los artículos que van del 1026 al 1034 C.c.

el beneficio de inventario. En palabras del autor “un solo propietario para dos patrimonios distintos y separados”⁵⁹³. En efecto, el heredero beneficiario es titular de su propio patrimonio, pero a su vez, desde la apertura y delación de la herencia, tiene tal carácter de heredero, con todas las implicaciones que esto trae para sí en términos de titularidad, debiendo realizar no únicamente tareas orientadas a la conservación de la masa hereditaria, sino además, hacer frente al pago de los acreedores, y legatarios, en su caso. De este modo, y siguiendo de nuevo a GITRAMA, “surge así un doble carácter muy marcado en el heredero beneficiario: el de propietario y el de administrador”⁵⁹⁴. Su carácter como propietario de los bienes se manifiesta en el hecho de que “podrá llevar a cabo actos que excedan de la simple administración; dichos actos no podrán ser nulos como si fuesen hechos por un simple administrador, puesto que estaban realizados por el propietario de los bienes a que afectasen; pero para este evento la ley establece una sanción: la decadencia del beneficio de inventario”⁵⁹⁵.

Por último, en cuanto a quién sea este administrador, el cargo puede corresponder a un heredero o cualquier otra persona. Aunque normalmente, salvo nombramiento de una persona en concreto en el testamento del fallecido para tales funciones de administración de la herencia, tales tareas corresponderán al heredero único o, en su caso, a la persona o heredero designado de común acuerdo por la comunidad hereditaria⁵⁹⁶. Pero debe

⁵⁹³ *Op. cit.*, pp. 62-63

⁵⁹⁴ Asimismo, plantea el autor la problemática suscitada en torno a la identificación del interés en que administre el heredero, si en el suyo propio, o en el que repercute en los acreedores y legatarios, en este sentido explica: “Se suele decir que el heredero beneficiario administra en interés exclusivo de los acreedores y legatarios, y, por ende, como su mandatario. La cuestión es controvertida. Otros estiman que el heredero beneficiario es, antes de nada, heredero: es decir, representante del difunto, titular como tal de la propiedad y posesión de la herencia; siendo propietario administra en su propio interés; no precisa mandato alguno para hacer o que tiene por sí derecho a hacer”, en tal sentido, considera el autor que la respuesta a esta cuestión se halla, más bien, a caballo entre las soluciones anteriormente aportadas, aclarando; “(...) resulta que si en el supuesto que examinamos se produce (...) el hecho insólito de la dualidad de patrimonios con un mismo titular, considerada la cuestión desde este último punto de vista ocurre el hecho, no menos extraño, de la doble personalidad del heredero en cuanto a uno de aquellos patrimonios – el hereditario – de que es titular; el heredero es a la vez propietario y administrador; esto es, representante del difunto y aparente representante de los acreedores y legatarios.” *Op. cit.*, pp. 63-65. En este sentido, en lo relativo a la titularidad, por el heredero que acepta a beneficio de inventario, del patrimonio hereditario, se sigue, asimismo, lo expuesto por LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Op. cit.*, p. 571

⁵⁹⁵ Además, en esta línea, es interesante la aclaración que realiza GITRAMA cuando explica que “no es un administrador que carezca de otros poderes que aquellos que implícita o explícitamente le han sido concedidos; es un propietario que no sufre más trabas que aquellas que se le imponen por un texto legal expreso”. *Op. cit.*, pp. 65 y 66, respectivamente. Sí debe destacarse de su carácter como administrador, que, como establece el artículo 1031: “No alcanzando los bienes hereditarios para el pago de las deudas y legados, el administrador dará cuenta de su administración a los acreedores y legatarios que no hubiesen cobrado por completo, y será responsable de los perjuicios causados a la herencia por culpa o negligencia suya.” Por lo tanto, debe rendir cuentas, sea o no el heredero.

⁵⁹⁶ En este sentido, GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., añadiendo que “la administración de la herencia la ejercitan los representantes legales de los herederos menores de edad y de los que tienen la capacidad

añadirse que, al igual que ocurre con las tareas del contador-partidor, puede serlo el que es, en palabras de FERRER I RIBA el “ejecutor voluntario por antonomasia”⁵⁹⁷, este es, el albacea, figura, que estudiaremos con mayor detenimiento en el siguiente apartado del estudio.

Recapitulando sobre la figura del administrador de la herencia⁵⁹⁸, en general, baste con recalcar que el cargo de administrador podrá ostentarlo el propio heredero u otra persona, teniendo siempre en cuenta que se preferirá al nombrado, en su caso, por el testador. Administrador, que tiene las funciones propias y generales del cargo para todos los supuestos, como son el deber de administrar y custodiar los bienes hereditarios (art. 1020 C.c.), representar a la herencia para ejercitar las acciones que a ésta competen y contestar a las demandas que se interpongan contra la misma (art. 1026 C.c.), debiendo en algún supuesto, dependiendo de quién haya asumido el cargo, rendir cuenta de su administración (art. 1032 CC), entre otras facultades, deberes y competencias genéricos, que se verán posteriormente.

modificada judicialmente, en la medida, en su caso, que determina la sentencia.”, asimismo, sobre el cargo, esclarece que no es una función personalísima, comentando que “se puede acudir a encomendar determinadas funciones a otras personas, también puede hacerse a través de representación voluntaria. En este caso, no obstante es necesario que se otorgue un poder especial, sobre todo para los actos de disposición.” *Op. cit.*, p. 387. Asimismo, en cuanto a quién puede obtener el cargo de administrador, se sigue lo expuesto por LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Op. cit.*, p. 571

⁵⁹⁷ FERRER I RIBA, J., “La ejecución del testamento y el albaceazgo”, en *TRATADO DE DERECHO DE SUCESIONES (Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco)* T. I., Gete-Alonso y Calera, M^a. C. (Dir.), Solé Resina, J., (Coord.), AAVV, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2016, p. 728

⁵⁹⁸ Dejamos a un lado concretos problemas que podrían suscitarse en la administración de la herencia beneficiaria. Por ejemplo, el problema que se plantearía en el supuesto en el que uno de los herederos acepte a beneficio de inventario y no lo haga así el resto. En este sentido, explica LÓPEZ JACOISTE, J.J., comentando el artículo 1011 C.c., ahora reformado por la LJV para ahora atribuir en exclusiva al Notario el conocimiento de la declaración de hacer uso del beneficio de inventario (suprimiendo la figura del Juez); que “cada uno de los herederos está autorizado para aceptar en los términos de este art. 1011 a beneficio de inventario, pero puede ocurrir que alguno o algunos de ellos acepten de esta forma y los demás lo hagan pura y simplemente. Plantéanse entonces difíciles problemas, porque la tramitación del beneficio de inventario está concebida por referencia a la totalidad del caudal relicto.” Ante tal problema, se plantea el autor como se llevaría a cabo la gestión de la herencia, teniendo en cuenta tal situación, explicando que hay ordenamientos que imponen al resto de herederos el régimen de beneficio de inventario. En cuanto a nuestra doctrina, señala LÓPEZ JACOISTE, J.J., que hay quien ha dicho que deberían aplicarse los artículos 1027 a 1029, mientras que otros optan por recurrir a los artículos 1082 a 1085. En opinión del autor, “la solución habría de encontrarse en la gestión conjunta, interviniendo los administradores por las cuotas correspondientes a los aceptantes a beneficio de inventario, y por sí mismos los herederos que lo hicieron pura y simplemente”; en *Comentarios del Código civil*, Tomo I., Paz-Ares Rodríguez, C., Díez-Picazo Ponce de León, L., Salvador Coderch, P., Bercovitz, R., (Dir.), AAVV. Ministerio de Justicia, Secretaría General técnica, Centro de publicaciones, Madrid, 1991, p. 2387

- d) El siguiente de los supuestos que debe ser destacado es el referente a la situación que se produce al encontrarse la herencia yacente, estado que provoca también la necesidad de la administración del caudal hereditario.

Se trata de una situación en la que puede encontrarse la herencia, cuya existencia se conecta con el ya mencionado debate acerca de si nuestro Ordenamiento jurídico adopta el sistema romano o germánico de adquisición de la herencia. En este sentido, para aquellos a favor del sistema germánico, no existiría tal período de yacencia, por adquirirse la herencia de modo automático sin necesidad de aceptación por el heredero⁵⁹⁹. En cambio, para aquellos que defienden el sistema romano, al afirmar la existencia del derecho de aceptar, o repudiar la herencia, existe un período, que media entre el fallecimiento del causante y la aceptación, en el cual la herencia se hallaría sin titular; esto es, yacente.

Aunque se comentó que, en la práctica, poca relevancia albergaba la consideración de una u otra tesis, sería éste uno de los supuestos en que tal distinción merece atención. Siguiéndose en este estudio la tesis relativa al sistema romano, y siendo ésta la opinión mayoritaria de la doctrina⁶⁰⁰, se considera la existencia de tal período y, con ello, la necesidad de que se lleve a cabo la administración de la herencia en esta interina situación⁶⁰¹.

Los supuestos en los que se produce esta yacencia, recogidos en el Código civil, son los siguientes: los llamamientos bajo condición suspensiva (art. 803 y 804, incluido el llamamiento al concebido y no nacido de los arts. 956 ss.); el llamamiento a fundación

⁵⁹⁹ Basando, como vimos, sus argumentos, en los artículos 677, 661 y 989 del Código Civil.

⁶⁰⁰ Se siguen los esquemas prácticos planteados en LORA-TAMAYO RODRIGUEZ, I., y PÉREZ-RAMOS, C., *Cuestiones Prácticas sobre Herencias para Especialistas en Sucesiones*. Francis Lefebvre, Madrid, 2016, pp. 20-21

⁶⁰¹ En esta línea, explica nítidamente MADRIÑÁN VÁZQUEZ, M., que "(...) la incertidumbre sobre la titularidad del patrimonio estando la herencia yacente requiere la puesta en marcha de los mecanismos necesarios para que la vida jurídica del mismo no se interrumpa y continúe con la mayor normalidad posible. Surge además la necesidad de tomar las precauciones necesarias para la conservación del patrimonio hereditario". "La herencia yacente", en *TRATADO DE DERECHO DE SUCESIONES (Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco)* T.I., Gete-Alonso y Calera (Dir.), Solé Resina, J. (Coord.), AAVV. Civitas- Thomson Reuters, Madrid, 2016; p. 172. Del mismo modo, explica CALAZA LÓPEZ, S., que "La entidad jurídica de la herencia yacente no puede, tal y como ha advertido la jurisprudencia, quedar huérfana de toda protección, por ello siempre que hay una situación anormal en la herencia, creada por no haber herederos aceptantes, debe proveerse al cuidado y conservación de los bienes y a la defensa de aquella, atribuyendo nuestras leyes el carácter de representantes de la herencia a sujetos de derecho que obran personalmente, sin tener la libre disposición de los intereses discutidos, concediéndoles facultades para defender y administrar sus bienes; así sucede por ejemplo con el administrador nombrado por el testador o el albacea a quien el testador haya concedido esa facultad (art. 901 Código Civil), o con el administrador nombrado por el Juez", en "La intervención y administración judicial de la herencia" *Revista Crítica de derecho Inmobiliario*, Núm. 745, pp. 2553-2584, Madrid, Septiembre 2014, p. 2566

que deba constituirse; el llamamiento a un heredero desconocido, y el supuesto previsto por el art.1020 en el que el llamado se reserva el derecho a deliberar⁶⁰².

Desde el punto de vista de su régimen jurídico, únicamente el artículo 1934 del Código civil contiene una norma que hace referencia a que “la prescripción produce sus efectos jurídicos a favor y en contra de la herencia antes de haber sido aceptada y durante el tiempo concedido para hacer inventario y para deliberar”. Ninguna otra pauta ofrece nuestro primer cuerpo legal, pudiendo quizás extraer alguna de la regulación registral o salir de la esfera del Código civil para acudir a la legislación procesal. En este sentido, nos encontramos con algunos artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a los que debemos prestar atención⁶⁰³. En primer lugar, debemos acudir al artículo 6 de dicha ley; que, en lo relativo a la capacidad para ser parte en los procesos ante los tribunales civiles, señala en su apartado primero, punto cuarto, que podrán serlo “las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular (...)”. Reconocida la capacidad para ser parte a las masas patrimoniales o patrimonios separados carentes transitoriamente de titular la capacidad para ser parte, aclara el artículo 7 de la L.E.C, en su punto quinto, que, tales masas patrimoniales o patrimonios separados “(...) comparecerán en juicio por medio de quienes, conforme a la ley, las administren”.

⁶⁰² En tal sentido, GITRAMA, *Op. cit.*, pp. 29 y siguientes; LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ I., y PÉREZ-RAMOS, C., *Op. cit.*, p. 21

⁶⁰³ Tales procedimientos pueden (o no) desarrollarse tales procedimientos de intervención y administración del caudal hereditario, que no es otro que aquel de división judicial de la herencia, recogido en los artículos 782 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil. Interesante es destacar que se llegará a esta medida únicamente si el testador no ha dispuesto, conforme al 1056 CC, como debe dividirse tal caudal; del mismo modo, en defecto de lo anterior, si, conforme al 1057 CC, no se ha designado contador-partidor a tal efecto por el testador, o a petición de herederos y legatarios que representen al menos el cincuenta por cien del haber hereditario (partición, que requerirá aprobación del Secretario judicial o del Notario, salvo que todos los herederos y legatarios la confirmen); así como, si, por último, según el artículo 1058 CC, no habiendo efectuado el testador la partición, ni encargado a otro esta facultad, no lo efectúen los coherederos de común acuerdo (debiendo ser éstos mayores de edad y tener la libre administración de sus bienes).

Por lo anterior, vemos que tal proceso tiene carácter exclusivamente supletorio, en defecto, por tanto, de que se den los casos señalados. En este sentido, explica nítidamente CALAZA LÓPEZ, S., que son notas esenciales de este proceso su carácter contencioso o conflictivo, que hace por ello que tenga tal cualidad de supletorio o subsidiario, aclarando que “una vez destacadas las notas de contenciosidad o conflictividad, de un lado, así como de supletoriedad o subsidiariedad, de otro, hemos de convenir que la tercera característica común a este tipo de procesos es su universalidad, toda vez que la individualización, tasación, liquidación, partición y adjudicación se proyectan sobre la totalidad de un patrimonio y no se sobre bienes concretos. La cuarta nota configuradora de estos procesos viene determinada por la extinción de la comunidad, en nuestro caso, de la comunidad hereditaria, respecto de la que, los coherederos pasan de tener un derecho abstracto sobre el conjunto de la herencia a tener un derecho concreto sobre los bienes que les son adjudicados”; en “La división judicial de la herencia”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 740, pp. 4185-4186, Madrid, Noviembre 2013

La herencia yacente tiene, pues, capacidad para ser parte -actuando por medio de su administrador-, como así lo reconoce la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal⁶⁰⁴. No goza, en cambio, de personalidad jurídica, según reiterada doctrina del Tribunal Supremo⁶⁰⁵, teniéndose únicamente la consideración de patrimonio unitario afecto a un fin objetivo -dirigido a la liquidación y adquisición de los bienes por los correspondientes herederos-, con el carácter de patrimonio de autónomo o separado⁶⁰⁶.

En cuanto a las funciones que asume el administrador de la herencia yacente, debemos acudir a la pauta que nos proporciona el artículo 798 de la L.E.C., integrado en la sección relativa a la administración del caudal hereditario, se especifica en mayor medida qué papel en tales asuntos asume el administrador de dichos bienes, estableciéndose que “mientras la herencia no haya sido aceptada por los herederos, el administrador de los bienes representará a la herencia en todos los pleitos que se promuevan o que estuvieren principiados al fallecer el causante y ejercitará en dicha representación las acciones que pudieran corresponder al difunto, hasta que se haga la declaración de herederos”; además se añade que, una vez que se acepte la herencia, el administrador “sólo tendrá la representación de la misma en lo que se refiere directamente a la administración del caudal, su custodia y conservación, y en tal concepto podrá y deberá gestionar lo que sea conducente, ejercitando las acciones que procedan”.

En cuanto a quién sea tal administrador, y como se ha advertido en otros supuestos de administración de la herencia, lo primero a lo que habrá de estarse es a lo establecido por el testador, ya que puede que el causante haya previsto tal circunstancia en su testamento con designación expresa de un administrador para, concretamente proteger y gestionar tal patrimonio⁶⁰⁷. En defecto de lo anterior, y teniendo en cuenta que no existe en nuestro Código civil una regulación específica y concreta en lo referente al administrador de la herencia, deberíamos buscar la solución a los posibles problemas en torno a la mencionada figura, recurriendo, en palabras de MADRIÑAN VÁZQUEZ⁶⁰⁸ “(...) a las

⁶⁰⁴ Entre otras, SSTS de 7 de mayo de 1990 (RJ: 3689/1990); de 21 de mayo de 1991 (RJ: 3779/1991); y de 12 de marzo de 1987 (RJ: 1435/1987)

⁶⁰⁵ Entre otras, la STS de 31 de enero de 1994 (RJ: 643/1994) y, más recientemente se denota (aun tratándose tal consideración en referencia a los bienes relativos a la figura de la herencia de confianza) en la STS de 24 de noviembre de 2011 (RJ: 8457/2011)

⁶⁰⁶ En este sentido, LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I, y PÉREZ-RAMOS, C., *Op. loc. ult. cit.*

⁶⁰⁷ En este sentido lo expresa MADRIÑAN VÁZQUEZ, M., explicando que puede haber designado, asimismo, albacea con tales funciones conforme a los artículos 892 y siguientes del Código civil, pero que ello no impide el hecho de que “además del albaceazgo, es posible que el testador haya nombrado un administrador hereditario al que le encomienda expresamente la protección y gestión del patrimonio yacente”. *Op. cit.*, p. 173

⁶⁰⁸ *Op. loc. ult. cit.*

normas relativas al albaceazgo, a los distintos supuestos de administración legal, judicial y notarial previstos por este Código (...)”, claro está, como se ha advertido; en defecto de previsión expresa por el causante en el testamento⁶⁰⁹.

Por último, en el aspecto registral, en cuanto a la titularidad para inscribir tales bienes debemos acudir a lo especificado en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, concretamente, en su apartado cuarto; en el que se recoge que “no será necesaria la previa inscripción o anotación a favor de los mandatarios, representantes, liquidadores, albaceas y demás personas que con carácter temporal actúen como órganos de representación y dispongan de intereses ajenos en la forma permitida por las leyes”, precepto, en el que consideraríamos incluida la figura del administrador de la herencia.

A este respecto, ha sido cuestionado si tal contemplación quebrantaría el principio de tracto sucesivo, no considerándose en este estudio, con GITRAMA, que se produzca tal quiebra ya que, en clarificadoras palabras del autor, “(...) la norma, como dice Roca Sastre, es lógica en el fondo, y en rigor no constituye excepción ni modalidad alguna de aplicación del principio de tracto, ya que el apoderamiento, tanto voluntario como legal, no provoca modificación alguna jurídico-real y por ello, o sea por carecer de transcendencia real, no constituye ningún grado o eslabón del tracto sucesivo registral”⁶¹⁰.

- e) Los últimos de los supuestos que nos llevan a la necesidad de la administración de la herencia que debemos destacar son, en general, todos aquellos que tienen lugar por vía judicial (debiendo tenerse en cuenta, asimismo, la división judicial de la herencia de los artículos 782 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil).

⁶⁰⁹ Asimismo, debemos tener en cuenta el párrafo 4º del artículo 999 del Código civil, que recoge que “*los actos de mera conservación o administración provisional no implican la aceptación de la herencia, si con ellos no se ha tomado el título o la cualidad de heredero*”, lo que hace que el heredero pueda llevar a cabo actos ordinarios de reparación, conservación, defensa y administración, sin que ello implique que cese la situación de yacencia. Lo anterior, es además muestra de que, con normalidad, el heredero será el preferido para desempeñar el cargo de administrador.

⁶¹⁰ *Op. cit.* p. 317. En este sentido, aclara el autor que “(...) bastará que el derecho o inmueble bastará que el derecho o inmueble de que se trate figure registrado a nombre del causante de la sucesión y que el administrador acredite, al pedirse la nueva inscripción, que tiene la facultad de enajenar; es lo que ocurre cuando el apoderado necesita acreditar su encargo sin exigirle por ello que el inmueble esté previamente inscrito a su nombre. Otra cosa ocurriría cuando el heredero o herederos poseyesen inscrito su derecho hereditario en concreto sobre los bienes del caudal relicto; entonces, de persistir el administrador en sus funciones, o si éste ha sido nombrado por los coherederos por vía de mandato sin que se le confiriese el poder especial para enajenar inmuebles o derechos reales sobre éstos, al existir la previa inscripción a favor de tales herederos, será precisa de todo punto su intervención activa en la enajenación que intentase efectuar el administrador”. *Op. cit.* p. 318.

En lo relativo a la intervención y administración judicial del caudal hereditario encontramos una amplia regulación en los artículos 790 y siguientes, y 797 y siguientes, respectivamente de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Siendo nuestro fin último centrarnos no tanto en la intervención del caudal, como en conocer la administración, en la que nos centraremos, resulta indispensable que se den unas pinceladas acerca de la intervención del caudal hereditario, así como de la división de la herencia, ya que, al fin y al cabo, son mecanismos interconectados de un modo u otro⁶¹¹. La finalidad de la intervención del caudal hereditario⁶¹², tenemos que buscarla en el aseguramiento y la cautela de los bienes de aquél, como medida inmediata y urgente, ante el temor de que los bienes puedan desaparecer. Las actuaciones se dirigen a asegurarlos, conservando y custodiándolos a través del depósito, a su inventario y, por supuesto, a su administración judicial desde el período que media entre el fallecimiento del causante hasta la adjudicación de dichos bienes y derechos⁶¹³.

Efectuado el inventario, el Tribunal por medio de auto (art.795 LEC) determinará “(...) lo que según las circunstancias corresponda sobre administración del caudal, su custodia y conservación (...)” previendo un listado de reglas al respecto en defecto de disposición del testador en tal sentido. De este modo, y dando paso con lo anterior a la administración judicial del patrimonio hereditario, propiamente dicha, debemos señalar que, aunque

⁶¹¹ En cuanto a quién está legitimado para solicitar la división judicial de la herencia, establece el 782.1 de la LEC, que estarán facultados para reclamarla los coherederos y los legatarios de parte alícuota Recalcándose en este artículo aquello que comentábamos anteriormente, esto es, “(...) siempre que esta no deba efectuarla un comisario o contador-partidor designado por el testador, por acuerdo entre los coherederos o por el Secretario judicial o el Notario”. A los anteriores, se ha añadido, como destaca CALAZA LÓPEZ (2013), al cónyuge sobreviviente; destacando la autora que aunque se omite, se ha entendido integrado en aquellos legitimados para solicitar la división judicial de la herencia, con reflejo en la práctica.

⁶¹² Puede instarse de oficio (según el artículo 790.1º de la Ley de Enjuiciamiento civil) o a instancia de parte (según el artículo 792 de dicha ley). En este sentido, comenta CALAZA LÓPEZ, S., que para que sea de oficio deben darse como requisitos que no exista testamento, así como que se dé una situación de ausencia de personas con derecho a suceder. En cuanto a que tenga lugar a instancia de parte; añade la autora a los supuestos del 792 de la LEC la circunstancia relativa a que “también pueden pedir intervención del caudal hereditario los acreedores reconocidos como tales en el testamento o por los coherederos y los que tengan su derecho documentado en título ejecutivo”. (2014), pp., 2556 y 2558. Debe aclararse que la intervención del patrimonio hereditario, aun pudiendo llevarse a cabo en el seno del proceso judicial de división de la herencia; puede que se lleve a cabo en tiempo anterior al mismo o, incluso, si quizá no llega a tener lugar. CALAZA LÓPEZ, S. (2014), p. 2554

⁶¹³ Partiendo del supuesto de que se intervenga el caudal hereditario; señala el artículo 793. 1º de la Ley de Enjuiciamiento civil que “(...) ordenará el tribunal, por medio de auto, si fuere necesario y no se hubiera efectuado anteriormente, la adopción de las medidas indispensables para la seguridad de los bienes, así como de los libros, papeles, correspondencia y efectos del difunto susceptibles de sustracción u ocultación”; siendo relevante el número 2 de dicho artículo al recoger que; “dictada dicha resolución, el Secretario judicial señalará día y hora para la formación del inventario, mandando citar a los interesados”. Señalándose asimismo en el 793.3 de la LEC, aquellos que deben ser citados para la formación del inventario, así como dándose, en el 794, las directrices y contenido a tener en cuenta para la formación del mismo.

comparte características con la intervención de aquél, se distingue porque, en la intervención, el objetivo que se persigue es la apremiada protección y aseguramiento de los bienes, mientras que la administración (aunque deba ejecutarse de forma inmediata) encontramos como característica principal su temporalidad, o carácter provisional. Así lo expresa CALAZA LÓPEZ, cuando afirma que su “vigencia queda limitada, exclusivamente, al tiempo en que se dilucida, judicial o notarialmente, la titularidad de los bienes de la herencia”⁶¹⁴.

Inmersos en el procedimiento de administración judicial de la herencia, la figura del administrador de la herencia aparece regulada en el art. 797 LEC en torno al nombramiento del administrador, que deberá prestar la caución que corresponda; una vez que el Secretario judicial le ponga en posesión de su cargo.

Para terminar, merece la pena destacar el artículo 786 de la LEC, en el que se reflejan las operaciones divisorias que el contador designado en tal proceso llevará a cabo, que no serán otras que el inventario, avalúo, liquidación y división de los bienes del caudal hereditario, respetándose, en la medida en que no se perjudiquen las legítimas, lo dispuesto por el testador a tal efecto⁶¹⁵, sin perjuicio de que las partes puedan oponerse a lo realizado.

Por lo tanto, como nos decía ya GITRAMA, y teniendo en cuenta lo anterior, “parece posible reducir a tres las clases de administración de herencia, atendida la forma de su provisión, testamentaria, que es la prevista de modo expreso por el testador al designar la persona que ha de hacerse cargo de la misma; legal o legítima, que es la que, en defecto de la anterior, se confiere por mandato legal en buen número de casos, por ejemplo, al heredero aceptante de la herencia, y dativa o judicial – a la que, debemos actualmente añadir: notarial – que es la que, a falta de las precedentes establece el juez – o notario – con arreglo a lo prescrito por la ley”⁶¹⁶, añadiendo el autor un cuarto tipo; que denomina

⁶¹⁴ *Op. cit.* p. 2554

⁶¹⁵ Más concretamente, en el plazo de dos meses, las operaciones se recogerán en un escrito firmado por el contador, que debe contener: “1º) La relación de los bienes que formen el caudal partible. 2º) El avalúo de los comprendidos en esa relación. 3º) La liquidación del caudal, su división y adjudicación a cada uno de los partícipes”. Lo que no impide, conforme al art. 787 LEC, que las partes formulen oposición a tales operaciones. Finalmente será, según establece el art. 788, el Secretario judicial el que entregue a cada uno de los interesados lo que se haya establecido y adjudicado en las particiones; debiendo también resaltarse que, de acuerdo a lo establecido en el art. 789 LEC “en cualquier estado del juicio podrán los interesados separarse de su seguimiento y adoptar los acuerdos que estimen convenientes. Cuando lo solicitaran de común acuerdo, deberá el Secretario judicial sobreseer el juicio y poner los bienes a disposición de los herederos”, siendo esto último, otra manifestación más del carácter subsidiario de tal procedimiento.

⁶¹⁶ *Op. cit.*, p. 94

“administración convencional”, para hacer referencia al supuesto en el que, de común acuerdo, los llamados a la herencia encargan a una persona tal administración del caudal hereditario⁶¹⁷.

Con lo anterior, y antes de proseguir en el análisis de la figura del administrador (concretamente, en la exposición de sus facultades y deberes genéricos como tal), debemos efectuar una significativa advertencia. Y esta es, la relativa a que se ha producido una ampliación de competencias a los notarios (tras la reforma efectuada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, *de la Jurisdicción Voluntaria*), con la correlativa reducción de la función judicial, salvo claro está, que se haya instado el procedimiento judicial de división de la herencia.

En este sentido, y a consecuencia de tal ampliación de poder a los Notarios en estos extremos; si el testador no ha señalado nada en cuanto a la previa administración de la herencia hasta la aceptación y no realizando los llamados a la herencia ningún acto que implique la administración y custodia de los bienes hereditarios⁶¹⁸, será el Notario el que, a modo de administrador, adoptará las provisiones necesarias para la administración y custodia de los bienes hereditarios⁶¹⁹, según se recoge en el artículo 1020 CC, que, aunque englobado en los artículos que regulan el caso de la aceptación a beneficio de inventario, se considera de forma mayoritaria por la doctrina, como aplicable a todos los casos en los que el patrimonio hereditario, aún sin aceptar por los herederos, necesite de administración⁶²⁰.

⁶¹⁷ *Op. loc. ult. cit.*

⁶¹⁸ Además, deben asimismo tenerse en cuenta situaciones como las que señala CALAZA LÓPEZ, S., cuando nos recuerda que “la presentación de la solicitud de división judicial de la herencia presupone tácitamente la aceptación de la herencia, en cuanto exterioriza la voluntad de disolución de la comunidad hereditaria y la vocación a la adjudicación de los bienes del haber partible, de suerte que el solicitante de la división judicial de la herencia gozará, por este solo acto, de legitimación activa para instar la partición judicial”. (2013), p. 4192

⁶¹⁹ Es por ello que aún se enfatiza en mayor medida el carácter extraordinario y subsidiario de la administración judicial de la herencia. En tal sentido, comentando destacados supuestos en que debe ser judicial tal administración; explica MADRIÑÁN VÁZQUEZ, M.; “(...) la administración será judicial en el supuesto de que nos encontremos ante una institución de heredero a favor de un concebido y no nacido, en cuyo caso, dispone el Código Civil que, hasta que se verifique el parto o se adquiera la certidumbre de que no tendrá lugar, se proveerá a la seguridad y administración de los bienes en la forma establecida para el juicio necesario de testamentaria (...) ante una institución de heredero o legatario sometida a condición suspensiva, pendiente la condición, la administración de la herencia podría ser judicial cuando fuera preciso en virtud de lo dispuesto en el artículo 803 (...)” *Op. cit.*, p. 177

⁶²⁰ En tal sentido, entre otros, MADRIÑÁN VÁZQUEZ, M., *Op. cit.*, p. 176 y LORA-TAMAYO, R., Y PÉREZ RAMOS, C., *Op. cit.*, p. 303

- **Facultades y deberes generales del administrador de herencia**

A continuación, y por último, como se advertía, debemos concluir el presente apartado ofreciendo una visión panorámica (tras conocer los supuestos que dan lugar a la administración de la herencia y con ello, a la necesidad de la persona del administrador de la herencia) de qué facultades y deberes recaen sobre el mencionado administrador.

Sintéticamente, efectuaremos un listado tanto de las facultades, como de los deberes u obligaciones del administrador⁶²¹, teniéndose siempre en cuenta lo complicado de las enumeraciones, y considerando, además, que las facultades que pueden atribuirse por testamento son, por decirlo de algún modo, infinitas⁶²².

En primer lugar, en cuanto a sus facultades, señalamos las siguientes:

- a. En primer lugar, y en cuanto a las facultades del mismo: adquiere el carácter de representante de la herencia (ostentando tanto la legitimación activa como pasiva en el ejercicio de acciones y contestación de demandas);
- b. tiene, en ciertos casos, poder de disposición sobre los bienes del caudal hereditario (como el supuesto recogido en el artículo 1030 CC, con la finalidad de hacer frente al pago de créditos y legados⁶²³);
- c. puede recibir una retribución por su cargo, aunque en principio, es gratuito y;
- d. por último, puede abonar los gastos y las costas derivadas de la formación del inventario y de la administración del caudal que, en principio, son una carga de la herencia, salvo los que, como establece el 1033 CC (para el caso de la aceptación a beneficio de inventario aunque extensible a todos los análogos supuestos de administración hereditaria), sean imputables al heredero que hubiese sido condenado personalmente por su dolo o mala fe.

En lo relativo a los deberes u obligaciones derivadas del cargo de administrador de la herencia:

- a. tiene los deberes generales de diligencia media en el desempeño de su cargo (de ahí lo establecido en el artículo 1031 CC), exactitud y fidelidad en sus funciones;

⁶²¹ Siguiendo para ello lo expresado, entre otros, por GITRAMA, M., *Op. cit.*, pp. 198 y ss. y pp. 242 y ss.; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Op. cit.*, pp. 571-572; y GETE-ALONSO Y CALERA, *Op. cit.*, pp. 387-388

⁶²² Llamando la atención sobre tal circunstancia, GITRAMA, M., *Op. cit.*, p. 199

⁶²³ Aunque con ciertos requisitos, *ex. arts.* 1030 y 1024. 2 CC

- b. custodiar y defender el caudal hereditario;
- c. tiene el deber de proceder al pago de las deudas y cargas hereditarias dado que, como vimos, una de sus funciones es la liquidación del patrimonio hereditario, y ,
- d. por último; en cuanto a la rendición de cuentas, si el administrador no es el heredero, esto es, es un tercero extraño, conforme al artículo 1032.2 CC, tiene la obligación de rendir cuentas al heredero o herederos, respondiendo por culpa, en cambio, si el administrador es el heredero, no está obligado, a priori, a rendir cuentas, salvo en el supuesto que recoge el artículo 1031 CC; esto es “*no alcanzando los bienes hereditarios para el pago de las deudas y legados (...)*”, caso en el que el administrador, sea o no heredero, “*dará cuenta de su administración a los acreedores y legatarios que no hubieran cobrado por completo, y será responsable de los perjuicios causados a la herencia por culpa o negligencia suya*”.

2.3.El albacea

- Definición y naturaleza jurídica de la figura del albacea

Colofón al tratamiento de esas “otras figuras que pueden estar presentes” en el proceso sucesorio entraña el albacea una más confusa y amplia significación dentro de la dinámica sucesoria que las figuras del contador- partidario y el administrador, pudiendo, incluso, asumir las funciones (además de las que propiamente le corresponden) de estos dos últimos cargos. Análisis que haremos análogamente a como se hizo en los apartados precedentes, esto es, enmarcando su concepto a través del fundamento que sirve de base y justificación para la existencia de esta figura, para, a continuación, conocer los tipos o manifestaciones que existen de la misma; lo que nos llevará a concluir finalmente, con el estudio de cuáles sean sus facultades, así como sus obligaciones o deberes.

Existe una característica fundamental del albacea que es parte fundamental de su definición⁶²⁴, que es la fuerte relación de causalidad existente entre la asignación del cargo y la confianza depositada en la persona que lo desempeña⁶²⁵. Esto, lejos de carecer

⁶²⁴ Aunque veremos que será matizada posteriormente.

⁶²⁵ En este sentido, entre otros muchos, ROCA TRÍAS, E., *Op. cit.*, p. 262; SAN JULIÁN PUIG, V., “La facultad de disposición sobre los inmuebles por los albaceas”, en *EL PATRIMONIO SUCESORIO*:

de relevancia, es fundamental a la par que lógico, dado que sus atribuciones, en cierta medida, se detraen de las que tendría el, por naturaleza y principal, ejecutor de la voluntad del causante, este es, el heredero, y esto porque, en palabras de ROCA TRÍAS, se le atribuyen algunas de las facultades “que normalmente debería ostentar el heredero”⁶²⁶. Por lo tanto, se puede decir que básicamente, el albacea recibe un encargo de confianza para ejecutar el testamento y velar por el cumplimiento de lo expresado en aquél⁶²⁷, de ahí que su presencia se produzca normalmente en la sucesión testamentaria, si bien aunque, veremos (y de ahí que se diga que esto será “normalmente”), no es el único supuesto.

Existen diversas teorías en cuanto a la naturaleza jurídica del albacea, que pueden sintetizarse en tres fundamentales⁶²⁸: las teorías de la representación; del mandato y, por último; del cargo u oficio⁶²⁹.

Reflexiones para un debate reformista. T.I. Francisco Lledó Yagüe, M^a Pilar Ferrer Vanrell, José Ángel Tores Lara (Dirs.), Oscar Monje Balmaseda (Coord.), AAVV. Dykinson, Madrid, 2014, p. 558; SANPONS SALGADO, M., *El Mandato*. Anfora, Barcelona, 1964, p. 87; FERRER I RIBA, J., *op. cit.*, p. 729.

Asimismo, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, la Sentencia de 20 septiembre 1999 [RJ 1999/6361] cuando expresa que “es un «*officium*», basado en la confianza que el causante le ha depositado, que lo configura como «*vir bonus*»; del mismo modo, en sentencia anterior de 6 febrero 1982 [RJ 1982/581]

⁶²⁶ *Op. loc. ult. cit.*

⁶²⁷ En esta línea, FERRER I RIBA, J. *Op. loc. ult. cit.*; LORA-TAMAYO RODRIGUEZ, I., y PÉREZ RAMOS, C., comentando que el Código Civil no lo define, pero añadiendo que si lo hace la jurisprudencia, citando, concretamente, la STS de 1 julio 1985 en la que se define al albacea como “ejecutor de la voluntad del testador expresada en su testamento”, *Op. cit.*, p. 304; ROCA TRÍAS, E., que explica; “el causante puede encargar la ejecución de todas o algunas de sus disposiciones a una persona, a la que se le encomienden misiones concretas o simplemente vele por el cumplimiento de la voluntad testamentaria. El ejecutor de esta voluntad recibe el nombre de albacea”, *Op. cit.*, p. 261; SANPONS SALGADO, M., comentando que “el albacea recibe del testador el encargo de realizar a la muerte de éste, uno o más encargos referentes a la herencia o ejecutar disposiciones testamentarias o del heredamiento, o bien, entregar la herencia en su totalidad a las personas designadas por el testador”, *Op. cit.*, p. 86

⁶²⁸ En el estudio de tales teorías seguiremos lo expuesto por FERRER I RIBA, J., *Op. cit.*, pp. 730-731; SANPONS SALGADO, M., *Op. cit.*, pp. 86-88; LORA-TAMAYO RODRIGUEZ, I., y PÉREZ RAMOS, C., *Op. loc. ult. cit.*; ROCA TRÍAS, E., *Op. cit.*, p. 262; SAN JULIAN PUIG, V., *Op. cit.*, p. 558; COBAS COBIELLA, M.E., *El albaceazgo*. Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 25-93. Asimismo, GITRAMA, M., da cuenta del debate existente revelando que no queda nada claro que sea el albacea exactamente nada de lo que se propone por la doctrina, cuando expresa que hay “quiénes, afirman que los albaceas son titulares de una función, oficio o derecho propio; quiénes, que son sucesores formales del causante; otros le asimilan a tutores, gestores oficiosos, mandatarios, representantes o árbitros; y, en fin, lo más acuden, como dice ROCA SASTRE, al socorrido «*sui generis*»”; *Op. cit.*, p. 143

⁶²⁹ Se dice que pueden estar “sintetizarse” en las citadas teorías, dado que no son las únicas que se han propuesto; en este sentido, lo expresa la Sentencia de 18 diciembre 1958 [RJ 1958/4200], explicándose: “aun cuando la naturaleza jurídica del albaceazgo o ejecución testamentaria es una de las más debatidas en el terreno científico, existiendo síntomas que consideran al albacea como sucesor *mortis causa* (teorías del fideicomiso, de la fiducia y de la institución modal), algunos basados en los conceptos del órgano y del oficio (teorías del órgano de la tutela y del oficio), otros fundados en la vida del mandato (teorías del arbitraje, del mandato en sentido estricto y del cuasi contrato) y muchos más que descansan en la idea de representación (teorías de la representación de los legatarios, de los herederos de la herencia del testador), si bien la más aceptable sea la que vea en el albacea un representante del testador (...)”

- a) A las primeras, que ven en el albacea un representante, se les ha achacado, como reflexiona, en manera clara FERRER I RIBA que, propiamente, no podría ser un representante del causante dado que éste ha fallecido, y con ello, extinguido su personalidad jurídica; “en el momento de asumir el albacea los poderes otorgados por el causante, lo que permanece de la esfera jurídica del poderdante – sobre la que el representante debería incidir – se halla ya en tránsito hacia sus sucesores”⁶³⁰. Tampoco sería acertado considerarlo como un representante del heredero o herederos una vez aceptada la herencia ya que el albacea “(...) si tiene facultades para modificar su posición jurídica, no lo hace en su nombre ni necesariamente de acuerdo con sus preferencias; al contrario, el albaceazgo implica una ablación parcial de los poderes y facultades de aquellos a quienes se estaría representando”⁶³¹.

En la jurisprudencia, algunas resoluciones, abandonadas en gran medida en tiempo más reciente, apoyaban la tesis de la representación⁶³². En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 diciembre 1958 [RJ 1958/4200], en la que se afirmaba que, aun la existencia de diversas teorías, “(...) la más aceptable sea la que ve en el albacea un representante del testador en todas sus relaciones jurídicas o en las formales si existe heredero que es el representante material, representación que tiene su origen en un negocio jurídico unilateral, no en un propio mandato, a la que se reconocen efectos precisamente cuando ya se ha extinguido la personalidad del causante por su muerte, análogamente a la hipótesis de representación del «nasciturus» reconocida por la ley (...)”, reconociéndose, a pesar de lo anterior, que la doctrina al respecto, así como la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha sido variable en esta cuestión, habiendo en otras ocasiones apoyado la propia Sala que se trataban de “verdaderos mandatarios del testador (...)” y aplicándoles, analógicamente, las normas del mandato albergadas en el Código Civil, para tener que matizar, en otros momentos tales afirmaciones, reconociendo en estos otros casos que sería “un mandato de naturaleza especial” lo que haría que no puedan aplicársele todos los artículos del mandato, propiamente dicho, ni equiparar las relaciones entre mandante y mandatario de este último. Finalmente, se expresa en la propia sentencia, y en favor de la teoría de la representación, que la del mandato ha sido

⁶³⁰ *Op. cit.*, p. 730

⁶³¹ *Op. cit.*, p. 731

⁶³² Llamando la atención ROCA TRÍAS, E., de que, además de esto, incluso se ha llegado a decir que es representante del propio caudal hereditario. *Op. cit.*, p. 262

abandonada por jurisprudencia y doctrina, citando, para ello, la STS de 2 marzo 1935 [RJ 1935/603]; sentencia, en la que se afirma que “(...) la tesis de que el albacea sea un mandatario del testador no es rigurosamente exacta y está hoy abandonada o muy atenuada por la doctrina científica y por la jurisprudencia misma de este Supremo Tribunal”.

- b) La consideración del albacea como un mandatario “*post mortem*” del testador ha sido asumida de manera variable por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y acogida y divulgada ampliamente por la doctrina⁶³³. No ha sido estable su reconocimiento por la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal, aun siendo la teoría más citada hasta los años sesenta, aproximadamente⁶³⁴, porque nunca ha dejado de necesitar matices y excepciones, dada la clara circunstancia de ser el mandato una figura reconocida para una situación *inter vivos* que, en muchos casos, se aleja de la realidad del albaceazgo, dado que el mandato se extingue por la muerte del mandante, entre otras causas. En el sentido de considerarlo como mandatario, encontraríamos sentencias del Tribunal Supremo como las de 4 de julio de 1895, 17 de abril de 1900, 24 de febrero de 1905, 31 de marzo de 1915, 22 de enero de 1929, 5 de julio de 1947, entre otras, debiendo matizarse en otras como la resolución de 7 de enero de 1885, en la que se decía que los albaceas particulares “cumplen un cargo de naturaleza especialísima, y, aunque designados por el testador, no son mandatarios suyos”, o las ya citadas SSTS de 2 marzo 1935 [RJ 1935/603] y de 18 de diciembre de 1958 [RJ 1958/4200]; así como, más recientemente, la STS de 20 febrero 2003 [RJ 1993/1004].
- c) En tercer y último lugar, tendríamos las teorías que encuentran en el albaceazgo un cargo u oficio, teorías que han adquirido la mayor fuerza y apoyo en la doctrina en los últimos tiempos⁶³⁵. Además de ello, y de las evidentes críticas que podían oponérseles a las dos anteriores teorías, cuenta en su apoyo con el propio texto del Código Civil, cuyo art. 898 afirma que “el

⁶³³ De ello llama la atención ROCA TRÍAS, E., *op. loc. ult. cit.*

⁶³⁴ Como refleja FERRER I RIBA, J., *Op. cit.*, p. 730

⁶³⁵ Siendo secundada por diversos autores, entre otros, ALBALADEJO GARCÍA, M., “De los albaceas o testamentarios”, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, T. XII, Vol. 2., Albaladejo, M. (Dir.), AAVV. Edersa, Madrid, 1990, pp. 15-20; ROCA TRÍAS, E., afirmando que “el albaceazgo es un cargo y no un título sucesorio” *Op. cit.*, p. 266; y, más recientemente, FERRER I RIBA, J., *Op. cit.*, p. 730

albaceazgo es un cargo voluntario (...)", expresión que se repite, insistentemente, en los preceptos que siguen al citado.

En esta perspectiva, el ejercicio de este cargo no se percibe como incongruente o antagónico con que funciones representativas, y funciones, en ocasiones, ciertamente asimilables al mandato, pero sin ser exactamente, ni un representante, ni un mandatario⁶³⁶. Eco de esta visión se ha hecho por la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal; que abandonando las anteriores teorías, se posiciona a favor de esta última, con sentencias como la de 6 febrero 1982 [RJ 1982/581] en la que se expresa que "(...) no repugna a la conciencia jurídica, configurar el albaceazgo como una especie de representación "ex officium" (...)", aclarándose en un momento anterior que "(...) no es en términos técnicos un mandatario ni un representante (no se puede representar a un fallecido) (...)", con lo que aparta de las primeras teorías comentadas; la de 20 febrero 1993 [RJ 1993/1004], que afirma que "el albaceazgo, más que un propio mandato, por la dificultad de ejercicio dado que el mandante ha fallecido (art. 1732-3º del Código Civil), se configura como un cargo testamentario de gestión y ejecución de las últimas voluntades del testador, ya que designa a persona de su confianza para llevar a cabo el cometido de liquidación, partición y adjudicación de sus bienes y demás que prevé el art. 902 (...)"⁶³⁷; y, más recientemente, la de 20 septiembre 1999 [RJ 1999/ 6361], en la que se comenta, en tal sentido: "el albacea, persona encargada por el testador de dar ejecución a su última voluntad contenida en el testamento (...) es un "officium", basado en la confianza que el causante le ha depositado (...)". Del mismo modo, ha reflejado el Tribunal Supremo aquello que se comentaba acerca de que la afirmación de que sea éste un cargo u oficio no hace incompatible la sujeción de facultades propias de un representante o mandatario en algunos casos. En este sentido, la Sentencia de 30 marzo 2004 [RJ 2004/1975], en la que, tratándose la distinción entre albacea y contador-partidor, se comenta que; "de lo que no cabe la menor duda es de que el Contador-Partidor, a diferencia del Albacea, en cuanto que éste tiene más bien una función representativa de la herencia, siendo el vigilante del cumplimiento del testamento y el que cuida de las precauciones necesarias para su conservación y custodia (art. 901 y 902 CC) recibe (...) un encargo distinto (...)" lo que ha llevado a la conclusión de que, en caso de duda y de ser posible y no ser incoherente, podrían aplicarse subsidiariamente normas relativas a la representación y,

⁶³⁶ En tal sentido, FERRER I RIBA, J., *Op. cit.* p. 731

⁶³⁷ En esta misma línea, la Sentencia de 13 abril 1992 [RJ 1992/3103]

secundariamente, del mandato⁶³⁸, aunque en el claro entendimiento de no ser la figura del albacea ni una ni otra cosa completamente.

No prolongando en mayor medida cuestiones que se consideran más relevantes y, con ello, cesando en este punto con el análisis de la naturaleza jurídica de la figura del albacea⁶³⁹, debemos a continuación centrarnos en las características básicas que reúne este cargo.

- Caracteres básicos del cargo de albacea y clases

En primer lugar, y de un modo sintético, los caracteres básicos del cargo de albacea⁶⁴⁰ serían los de ser un cargo:

1º Voluntario (art. 898. I CC), aunque se configura como un deber una vez aceptado (arts. 898 y 899 CC (teniéndose en cuenta lo que se establece en el art. 900 CC para ambas situaciones⁶⁴¹);

2º Gratuito (aunque nada impide, conforme al art. 908 CC que el testador pueda señalar a los albaceas la remuneración que tenga por conveniente”;

3º Temporal (plazo que se deja a disposición del testador, fijándose subsidiariamente uno de un año si este no ha manifestado nada al respecto, conforme al art. 904 CC⁶⁴²);

4º Habitualmente testamentario (de ahí el art. 892 CC: “*El testador podrá nombrar uno o más albaceas*”). Sin embargo, junto a los albaceas testamentarios (conforme al art. 892 CC, único método recogido en el Código Civil), que serían los designados por el causante, se encuentran también los albaceas legítimos, que serían aquellos designados por ley (teniéndose en cuenta que tal circunstancia se detrae del art. 911 CC, siendo ciertamente imprecisa; dado que denominar “albacea” al heredero de esta forma no es del todo

⁶³⁸ En tal sentido lo expresan LORA-TAMAYO RODRIGUEZ, I., y PÉREZ RAMOS, C., *Op. loc. ult. cit.*

⁶³⁹ Para una mayor extensión en el recorrido jurisprudencial al respecto, CÁMARA AGUILA, P., en *Comentarios al Código Civil*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano (Coord.), AAVV, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 1086-1087.

⁶⁴⁰ Y siguiendo para ello lo expresado, entre otros, por ROCA TRÍAS, E., *Op. cit.*, pp. 262-263; FERRER I RIBA, J., *Op. cit.*, pp. 743 y ss., y; LORA-TAMAYO RODRIGUEZ I., y PÉREZ RAMOS, C., *Op. cit.*, p. 305

⁶⁴¹ Esto es: “El albacea que no acepte le cargo, o lo renuncie sin justa causa, perderá lo que le hubiese dejado el testador, salvo siempre el derecho que tuviere a la legítima”

⁶⁴² Aunque debe tenerse en cuenta que es un criterio flexible, ya que no se fija en nuestro Código un plazo máximo para su ejercicio; como reconoce la STS de 13 marzo 1989 [RJ 1989/2003]

correcto, por no ser un “albacea legítimo”, sino ejecutor de la voluntad del testador de manera natural⁶⁴³); y los albaceas dativos, que serían los designados judicialmente (aunque debe prestarse atención a que, a diferencia de lo que ocurría previamente; en la LEC actual se han suprimido en los arts. 790 y 791 las menciones al albacea dativo).⁶⁴⁴

5º Personalísimo, en cuanto está basado en un encargo con fundamento en la confianza que el testador deposita en el albacea, asume esta característica (reforzada en la prohibición de delegación del cargo salvo expresa autorización del testador, del art. 909 CC), sin perjuicio de la existencia de auxiliares, peritos y otros profesionales que ayuden al albacea en el desempeño de su cargo, entendiéndose por doctrina⁶⁴⁵ y jurisprudencia, que no implica delegación del cargo. En este sentido, la STS 25 febrero 2000 [RJ 2000/1016], que tratando el tema relativo a la partición llevada a cabo por el albacea, y por lo tanto adquiriendo éste, adicionalmente, el cargo de contador-partidor; declara el tribunal, y permítase la extensión de la cita por nítida e ilustrativa, que “esa actuación, que es perfectamente válida conforme al art. 897 del Código Civil, exige un cometido personalísimo – salvo facultad concedida expresamente para delegar, como dice el art. 909 – pero esa exigencia no es absolutamente excluyente dejando en obligada soledad al contador-partidor, pues siendo operación compleja la de la partición, que puede rebasar los conocimientos y posibilidades del contador hasta requerir el auxilio material o jurídico de otros, al recabar esa ayuda no necesita de la autorización del testador para delegar ni contraviene la naturaleza personalísima del cargo (...) siempre que asuma la responsabilidad de lo realizado por sus auxiliares y (...) exprese (...) su voluntad de tener por hecha la partición que, de su propio hacer auxiliado, resulte (...)”⁶⁴⁶.

En segundo lugar, y teniéndose en cuenta que lo verdaderamente importante a los efectos de este estudio son las funciones que el albacea detenta (ya que serán la clave que permitirá distinguir a la figura de otras del Ordenamiento jurídico anglosajón), debemos

⁶⁴³ En esta línea, recogen esta crítica ROCA TRÍAS, E., *Op. cit.*, p. 264; FERRER I RIBA, J., *Op. cit.*, p. 731; LORA-TAMAYO RODRIGUEZ I., y PEREZ RAMOS, C., *Op. cit.*, p. 306

⁶⁴⁴ En el análisis de la tipología o clases posibles del albaceazgo, seguiremos lo expuesto por ROCA TRÍAS, E., *Op. cit.*, pp. 264-267; FERRER I RIBA, J., *Op. cit.*, pp. 731 y ss., y; LORA-TAMAYO RODRIGUEZ, I., y PEREZ RAMOS, C., *Op. cit.*, p. 306.

⁶⁴⁵ Entre otros, FERRER I RIBA, J., *Op. cit.*, pp. 764-765; LORA-TAMAYO RODRIGUEZ, I., y PEREZ RAMOS, C., *Op. loc. ult. cit.*

⁶⁴⁶ Del mismo modo, ya se hallaba esta noción en anterior jurisprudencia, como en la STS de 2 junio 1962 [RJ 1962/2665], en la que se trata si ha existido una delegación de facultades por el albacea que implique extralimitación de sus funciones y en la que se afirma que: “(...) si bien el cargo de albacea es personalísimo, lo que prohíbe el artículo 909 es la delegación íntegra y absoluta, no la parcial (...) ni existió la misma, sino sólo se facilitó al albacea los medios necesarios para el desempeño de su cometido por los herederos, bien por sí o por otras personas, lo que obliga a desestimar este motivo (...)”

mencionar, la más significativa clasificación en cuanto a los tipos que existen de albacea, para encontrar así, las funciones que a estos corresponden.

Si acudimos al art. 894 CC, podemos leer en su primer párrafo: “El albacea puede ser universal o particular”, y eso es todo lo que se dice en cuanto a ellos⁶⁴⁷, por lo que no se dan unas pautas legales para que podamos distinguirlos⁶⁴⁸, acudiéndose, por ello, al criterio del 675 CC, esto es, a lo que se desprenda de la voluntad del causante en su testamento.

En defecto de la definición en nuestro Código que distinga ambas clases de albacea, es provechoso recurrir a lo que haya manifestado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que aclara, en gran medida, esta cuestión. Nos decía ya la Sentencia de 15 abril 1982 [RJ 1982/8154] que el albacea universal “(...) viene investido de todas las facultades necesarias para cumplir la voluntad del testador y no sólo de una o varias atribuciones concretas señaladas por éste, lo que lleva consigo no sólo la facultad de ejecución en sentido estricto, sino asimismo las relativas a la gestión de los bienes y representación de la herencia, en cuanto sea necesario para ultimar completamente la sucesión (...)”, reiterándose este criterio en la STS de 22 marzo 1984 [RJ 1984/1317]⁶⁴⁹. Posteriormente, la STS de 8 marzo 1995 [RJ 1995/2157] considera, en el supuesto, que unos albaceas deben ser considerados universales porque se les otorgaba “la ejecución de la totalidad del testamento (...)”, así como la STS de 5 enero 2012 [RJ 2012/174], que citando jurisprudencia anterior el Tribunal, en concreto, la STS de 5 julio 1947 [RJ 1947/937], reproduce lo expresado en aquella, reafirmando lo dicho anteriormente, al considerar, en

⁶⁴⁷ Es interesante la puntualización histórica en cuanto a tal terminología que efectúa FERRER I RIBA, J., que explica la desviación sufrida por estos conceptos desde su aparición en el derecho común hasta nuestros días, expresando que; “en la tradición previa a la codificación (...) es albacea universal aquel que se coloca en el lugar del heredero, generalmente para dar a la herencia alguna destinación, sea a fines benéficos o piadosos. (...) Los criterios que lo distinguen del albacea particular son, pues, el de la naturaleza del cargo – generalmente un encargo de destinación, que excluye la llamada a un heredero – y su proyección sobre todo el caudal. El Código de 1889, sin embargo, no incorporó al régimen jurídico del albaceazgo datos normativos que apuntalaran esta caracterización tradicional. Ante el silencio legal (...) se ha consolidado una concepción parcialmente distinta del albaceazgo universal, que gira en torno a la extensión de sus funciones y al modo de definir las” *Op. cit.*, p. 732

⁶⁴⁸ De tal circunstancia llaman la atención, entre otros LORA- TAMAYO RODRIGUEZ I., y PEREZ RAMOS, C., *Op. loc. ult. cit.*; CÁMARA ÁGUILA, P., autora, esta última, que comenta en tal sentido: “En primer lugar, el Código Civil distingue a los albaceas particulares o universales. Nada se dice con posterioridad en orden a los criterios que sirven para diferenciarlos. La distinción apunta a las funciones que puede desempeñar el albacea, en uno u otro caso (...)”. *Op. cit.*, p. 1088; FERRER I RIBA, J., *op. loc. ult. cit.*

⁶⁴⁹ Explicándose sobre el albacea universal que se encuentra “(...) investido de todas las facultades precisas para cumplir la voluntad del “de cuius” hasta la adjudicación y entrega de los bienes y por lo tanto las de contar y partir (...)”

un supuesto en el que pretendía resolverse acerca de si al recibir este tipo de albacea el encargo de hacer la partición recibía uno o dos cargos (como contador-partidor y como albacea), se expresa “cuando a los albaceas universales (...) está conferida por el testador la facultad de hacer la partición, no por ello ostentan dos cargos, sino solamente el de albacea, en el que caben, con arreglo al art. 901 CC, cuantas facultades conducen al cumplimiento de las disposiciones testamentarias que no sean contrarias a las leyes (...)”.

Así, se ha entendido igualmente por la doctrina, que albacea universal es aquel que ostenta todas las facultades referentes a la gestión y administración del caudal hereditario, desde la apertura de la sucesión hasta su total liquidación, teniendo, por ello, como característica fundamental “la amplitud potencial de sus facultades”⁶⁵⁰. Particular será al que correspondan funciones concretas, particulares o específicas con las, igualmente, específicas facultades que permitan cumplir con sus concretos encargos o funciones; entendiéndose siempre como tal si el testador no asigna ninguna concreta función al albacea, siendo las facultades que ostentará las estipuladas en los artículos 902 y 903 del Código Civil⁶⁵¹.

Comentado lo anterior, y sin entrar en más clasificaciones que no interesan al presente estudio⁶⁵², debemos finalmente, y en lo que más nos interesa a efectos prácticos, como se

⁶⁵⁰ FERRER I RIBA, J., *Op. cit.*, p. 733; en esta misma línea de consideración del albacea universal, entre otros, LORA- TAMAYO RODRIGUEZ I., y PEREZ RAMOS, C., *op. loc. ult. cit.*; ROCA TRÍAS, E., *Op. cit.*, p. 266; CÁMARA ÁGUILA, P., *Op. cit.*, pp. 1088 y 1093

⁶⁵¹ En tal sentido, entre otros, LORA- TAMAYO RODRIGUEZ I., y PEREZ RAMOS, C., *op. loc. ult. cit.*; CÁMARA ÁGUILA, P., *op. loc. ult. cit.*; ROCA TRÍAS, E., *Op. cit.*, p. 267; FERRER I RIBA, J., *op. loc. ult. cit.*; ALBALADEJO, M., en los comentarios que efectúa a los artículos 895 a 897 del Código civil, *op. cit.*, p. 79

⁶⁵² Otra de las clasificaciones relevantes al respecto, es la que clasificaría a los distintos tipos de albacea en cuanto a las modalidades de su llamamiento, o número de albaceas nombrados, y en lo relativo a la forma en la que ejercen sus funciones; que (y siguiendo lo expresado por CÁMARA ÁGUILA, P., *Op. cit.*, pp. 1088-1090; ROCA TRÍAS, E., *Op. cit.*, pp. 265-266; LORA- TAMAYO RODRIGUEZ I., y PEREZ RAMOS, C., *op. loc. ult. cit.*; FERRER I RIBA, J., *Op. cit.*, pp. 747 y ss.; DÍAZ ALABART, S., “La pluralidad de contadores-partidores” en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo, Vol I*. Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, pp. 187-202); pueden ser: mancomunados; solidarios o sucesivos. El que puedan nombrarse uno o más albaceas, se establece en el artículo 892 CC, que encuentra concreción en el artículo 894. II CC, cuando se expresa que: “(...) *los albaceas podrán ser nombrados mancomunada, sucesiva o solidariamente*”, dándose lugar así a las tres modalidades de albaceas anteriormente señaladas y recogiendo sus reglas de funcionamiento en los preceptos que van de los artículos 895 a 897 del Código Civil. En el caso de que sean nombrados varios albaceas pueden ejercer su cargo simultáneamente o estableciéndose un orden de preferencia que guiará quién deberá efectuar el encargo, esto es, en qué orden se sucederán en el cargo los diversos albaceas. A la primera idea responden aquellos que llevarán a cabo el encargo de manera mancomunada o solidaria, a la segunda, los que lo ejercerán de manera sucesiva. En primer lugar, en cuanto a los últimos, ocurrirá que se designará a un albacea “para que asuma el cargo con posterioridad a su ejercicio por otro u otros, si bien (...) ello no excluye que el designado con este carácter puede asumirlo inmediatamente si falla por alguna razón el llamado con preferencia”(FERRER I RIBA, J., *Op. cit.*, pp. 751-752); a esta circunstancia hace referencia el ya citado artículo 894 CC, y, en cierta forma, se reconoce esta posibilidad en el artículo 897 CC en el que, estableciéndose la presunción de

mancomunidad de los albaceas si no se ha señalado expresamente que actuarán en manera solidaria, también excluye de la presunción que el testador no haya fijado “*el orden en que deben desempeñar su cargo*”; lo que los configuraría como sucesivos. En el sentido expresado anteriormente lo entiende, asimismo, la jurisprudencia, pudiendo citarse, como ejemplo de ello, la Sentencia de 24 noviembre 1992 [RJ 1992/9367] que, aunque tratando específicamente un supuesto relativo a contadores-partidores que habían sido designados en forma sucesiva, señala que, el hecho de que puedan nombrarse de esta forma “(...) *tiene su apoyo legal en el art. 894.2 del Código Civil que, aunque referido a los albaceas, se considera aplicable también a los contadores-partidores (...)*” aclarando que, en estos supuestos, “*parece evidente que el plazo para el desempeño del cargo no puede ser común para todos ellos, sino que dicho plazo para los nombrados en posterior lugar (por no desempeño del cargo por los anteriores) habrá de contarse a partir de que aquéllos sean requeridos para ello (y acepten (...))*”. A parte de lo comentado hasta el momento, es interesante la aclaración que efectúa FERRER I RIBA, J., cuando explica que no debe confundirse el ejercicio sucesivo del albaceazgo con el “albaceazgo simultáneo con distribución de funciones que impliquen alguna forma de actuación secuencial (...)”, expresando que: “En sentido estricto, sólo hay ejercicio sucesivo cuando el albacea posterior asume la misma función o conjunto de funciones del albacea anterior, poniéndose en su lugar. En este caso, la designación sucesiva opera normalmente como un mecanismo preventivo de sustitución si, por alguna razón, el designado preferentemente no puede o no quiere asumir o completar el cumplimiento del encargo (...)”, citando, asimismo, la STS de 19 febrero 1993 [RJ 1993/996] que, en base a la anterior reflexión, haría nula una partición que había efectuado un contador-partidor en forma sucesiva, por no haberse dado ninguno de los supuesto que determinaban la sustitución y, por ello, la entrada en funciones del mismo para realizar tal partición). En segundo lugar, como se avanzó, es posible la pluralidad de albaceas designados que deban actuar al mismo tiempo o de manera simultánea, para lo que se configuran dos formas de actuación; la mancomunidad (que, como hemos visto, conforme al art. 897 CC será la que operará siempre que no se exprese claramente que se quiere establecer una de las restantes formas), y la solidaridad. La carencia de abundante regulación al respecto en el ejercicio de tales funciones ha propiciado su búsqueda en nociones que han considerado análogas, en este caso en el ejercicio mancomunado o simple respecto de una obligación o un crédito. En respuesta a tal solución, se pronunciaba ya el Tribunal Supremo en STS de 23 noviembre 1974 [RJ 1974/4445], aclarando que y permítase, por provechosa, la extensión de la cita; “(...) *el trasplante al Derecho Sucesorio de los institutos de la mancomunidad simple, y la solidaria, que tan perfecto encaje encuentra en el Derecho de obligaciones, tenía que producir desafortunadas consecuencias en la práctica, si la doctrina y la jurisprudencia, no se hubieran cuidado de paliarlas, porque, bien se comprende que nada tienen que ver la mancomunidad simple y la mancomunidad solidaria que se predicen de una obligación o de un crédito, con esas mismas calificaciones atribuidas a unos Albaceas o a unos Contadores, que no pueden asimilarse a un conjunto de obligaciones o créditos, sino simplemente a cargos o mandatos especiales “post mortem” (...)*”. En cuanto al ejercicio mancomunado del cargo, establece el art. 895 CC que “*sólo valdrá lo que hagan de consuno, o lo que haga uno de ellos autorizado por los demás, o lo que, en caso de disidencia, acuerde el mayor número*”, cuestión, debe decirse, que como otras muchas en estos extremos, tampoco ha sido pacífica y que ha hecho, en alguna ocasión, que deba el Tribunal Supremo recurrir a nuestro Derecho histórico para su completo entendimiento. En este sentido, la ya citada STS de 23 noviembre 1974 [RJ 1974/4445], expresando la Sala; en el caso en que uno de los contadores-partidores no pueda o quiera intervenir y deba discernirse si vale lo que efectúen los demás que: “(...) *si acudimos a nuestro Derecho histórico tradicional (...) cuando eran varios los Contadores designados, valía lo que hiciesen los que tenían capacidad, para realizar la partición, ya que, como decía la Ley sexta del Título diez, de la partida sexta: “si muchos fueren los testamentarios en cuya mano denare alguno su testamento, todos, deben ser en uno para cumplirlo, si pudieren en aquella manera... Pero si acesciese que todos no pueden ser o no quieren, lo que ficieren los dos o el uno, debe valer maguer los otros no se acierten”*; y siguiendo esta tradicional doctrina, el propio Proyecto de 1851, prescribía que cuando son dos o más los albaceas y no puedan o no quieran intervenir todos, valdrá lo que haga el menor número aunque sea uno solo”. Además, se comenta en la sentencia, que esta línea ha sido seguida por antigua jurisprudencia del Tribunal Supremo; “(...) *siendo ejemplo de ello, la sentencia de 18 junio 1864, que declaró “que si son tres los Albaceas nombrados, la incapacidad de uno no basta para privar a los otros, de sus facultades”*, y la de 18 marzo 1865, que estableció que “*si la mayor parte de los Albaceas designados, no quisieran o no pudieran desempeñar el albaceazgo, podrán hacerlo los que queden*””; para, posteriormente, citarse otras sentencias en las que, posteriormente, se había seguido esta corriente; entre otras, las SSTS de 14 mayo 1891; de 18 junio 1899 y de 24 mayo 1954 [RJ 1954/1325]). Por lo anterior, es que deben ejercer el cargo de manera conjunta, no pudiendo obviarse la autorización del resto en los actos que quiera llevar a cabo uno de los albaceas. Tampoco pueden actuar la mayoría de ellos, prescindiendo del resto, a no ser que sea “*en caso de disidencia*”, esto es, de falta de acuerdo por todos ellos. Aun lo anterior, nos dice el artículo 896 CC que: “*En los casos de suma urgencia podrá uno de los*

albaceas mancomunados practicar, bajo su responsabilidad personal, los actos que fueren necesarios, dando cuenta inmediatamente a los demás”, de este modo, si el albacea aprecia la mencionada urgencia, podrá llevar a cabo tales actos, que podrán ser impugnados por el resto, conllevando, en caso de estimarse tal impugnación, que deba, el albacea que llevó a cabo en solitario la actuación en cuestión, responder de manera personal por ese acto. En este sentido, hace una clara síntesis de los posibles supuestos FERRER I RIBA, J., explicando: “La ley regula cuatro posibles variantes de actuación: i) actuación por unanimidad (“solo valdrá lo que todos hagan de consuno”); ii) actuación de uno con autorización de los demás; iii) actuación por mayoría (“lo que, en caso de disidencia, acuerde el mayor número”), y i) actuación individual en casos de urgencia”. Además hace el autor una vital aclaración, y es que, debe tenerse en cuenta que “(...) el causante puede modular la aplicación de estas formas de actuar, por ejemplo exigiendo unanimidad para ciertas decisiones (o para todas ellas), limitando o precisando el ejercicio de la facultad de actuar individualmente o estableciendo reglas de actuación formalmente colegiada para la adopción de acuerdos (p. ej., mediante una junta de albaceas, como la que se menciona en la STS 14 mayo de 2007 [RJ 2007/2327]”. *Op. cit.*, p. 748. Todo lo anterior, claro está, subsidiariamente a lo que hubiera, en su caso, establecido el testador como reglas que deban regir tal mancomunidad. En lo relativo al ejercicio solidario del cargo de albacea, debemos volver a mencionar el art. 897 CC, por ser este, como vimos, el que reconoce la posibilidad de que se ejerza en tal forma. Aunque en algunos casos puede resultar útil, tenemos que tener en cuenta, también en este supuesto, aquello que se decía en la ya citada sentencia de 23 noviembre 1974 [RJ 1974/4445], esto es, que no podemos trasladar al Derecho sucesorio cualquiera norma que trate, en otros ámbitos, la solidaridad, de manera automática y en cualquier caso. Aun lo anterior, comenta FERRER I RIBA, J., que “a falta de reglas predisuestas por el testador, es adecuado y útil recurrir a las que ordenen el ejercicio de la administración solidaria (dicha también separada o disyuntiva) en el contrato de sociedad (arts. 1963 y 1965.1º CC y 130 Ccom) (...) siendo indiferente, a los efectos de aplicación analógica, el hecho de que en un caso se gestionen intereses ajenos con una legitimación *ex testamento* y en el otro intereses habitualmente propios con una legitimación *ex contractu*”. *Op. cit.* p. 750). El problema con el que nos encontramos a la hora de comprender qué implica este régimen de actuación de los albaceas, es el mismo con el que nos topamos en otras muchas ocasiones y es que, al ser situaciones que encuentran aplicación subsidiariamente en defecto de que el testador no haya establecido reglas al respecto, no se prevé por nuestro Código cuáles sean las reglas que deben estos albaceas seguir en el ejercicio solidario del cargo. En el intento de clarificar cómo actúan estos albaceas, si acudimos a la jurisprudencia, es ilustrativa la STS de 25 febrero 2000 [RJ 2000/1016] que, citando anterior jurisprudencia del Tribunal (SSTS de 25 marzo 1914, 6 mayo 1803 y 24 diciembre 1909) señala que “*es válida la partición practicada por uno solo de los albaceas cuando son solidarios*”, aclarando que esa actuación “(...) *es perfectamente válida conforme al artículo 897 del Código Civil (...)*”. También, anteriormente, se ha reconocido indirectamente en alguna otra sentencia, como la STS de 26 junio 1951 [RJ 1951/1670], que afirma que; “*la validez de particiones realizadas por albaceas solidarios (...)*” es “*doctrina legal sentada*”; señalando además que “(...) *el concepto de solidaridad está de acuerdo con los artículos 1137, 1141 y siguientes, 1084, 1731 y el 895, todos del Código Civil*”. Asimismo, relativa al ejercicio solidario del albaceazgo, entre otras, la STS de 4 junio 1932 [RJ 1932/1091]). Con estas, digamos, “pistas” de la jurisprudencia, acerca de la manera en que funciona el cargo de “albacea solidario”; es muy útil la reflexión que lleva a cabo FERRER I RIBA (*Op. cit.* pp. 750-751), cuando afirma que existen dos rasgos fundamentales a tener en cuenta en el ejercicio solidario del cargo. El primero de ellos, sería el “poder de actuación separada de cada titular”, lo que hace que cada uno de los albaceas solidarios pueda decidir y efectuar por su cuenta cualquier acto de los incluidos en su cargo, con todos los efectos que traiga para sí (como hemos visto anteriormente admitido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo). El segundo de tales rasgos sería el “derecho de oposición del resto de los miembros del grupo”. Nos dice FERRER I RIBA, J., que esta limitación podría haberse traducido también en un derecho a intervenir y, por lo tanto, a exigir desde el inicio la actuación colectiva, pero en relación al derecho de oposición, señala que “(...) parece más conforme al espíritu de la solidaridad y puede fundarse en la analogía con los preceptos antes citados (arts. 1693 y 1695.1º CC, y 130 Ccom) (...)”. *Op. cit.* p. 751); que se configuraría básicamente como un límite a la total individualidad de la actuación de este tipo de albacea, límite que se halla en relación al resto de albaceas solidarios. Este derecho, implicaría un deber de comunicar al resto de albaceas la decisión que quiere tomarse por uno de ellos, para que, antes de que el acto se ejecute, pueda ser vetado por el resto, debiendo entonces llegarse a un acuerdo por todos ellos, aunque debe tomarse en consideración lo que advierte el mencionado autor, y que es la máxima que siempre tenemos en cuenta, y es que este derecho, como otros muchos “(...) es modulable por el testador (p. ej., en el sentido de dispensar de consulta previa a los demás albaceas) e incluso suprimible)” (*Op. loc. ult. cit.*).

anunciaba, conocer cuáles son las facultades que se reconocen al albacea en virtud de su cargo, así como las correlativas prohibiciones, de actuación, que trae para sí el albaceazgo, para concluir el apartado con una mención a lo que se consideran sus obligaciones.

- **Facultades y deberes del albacea**

En cuanto a las facultades del albacea⁶⁵³, lo primero que debe considerarse, y de lo que da cuenta el artículo 901 del Código civil es que, a este respecto, el albacea tendrá las facultades que le haya conferido el testador expresamente, sin más limitación que la relativa a que las mismas no sean contrarias a las leyes⁶⁵⁴. De haberse concedido expresamente facultades concretas al albacea por el causante, no se aplicarían los artículos 902 y 903 del Código civil, que, básicamente, recogen cuáles serán las facultades que ostentarán los albaceas, en el caso de que el testador no lo haya mencionado de manera explícita⁶⁵⁵.

En primer lugar, en cuanto al artículo 901 CC, normalmente la mencionada concesión de facultades por el testador, se ha entendido en el más amplio de los sentidos, salvo ciertos matices relativos a algunos actos que, conforme a nuestro Código civil, no podría llevar a cabo el albacea por la propia naturaleza de su cargo, y que veremos posteriormente cuando estudiemos las prohibiciones que se imponen como límite a aquél. A parte de tales prohibiciones, también tiene el testador algunos límites, como el derivado del artículo 670 CC, por lo que no podría atribuir al albacea la propia facultad de testar. Con lo anterior, y en este amplio entendimiento de las facultades que puede ostentar el albacea, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha ido mencionado en sus sentencias a lo largo de los años, facultades, que, digamos, ante la duda, se entiende que tienen los albaceas como, por ejemplo, llevar a cabo la partición, administrar la herencia, representar a la herencia

⁶⁵³ Y siguiendo, para el desarrollo de tal cuestión, lo expuesto por, entre otros, ROCA TRÍAS, E. *Op. cit.*, p. 268; FERRER IRIBA, J., *Op. cit.*, pp. 753 y ss.; LORA-TAMAYO RODRIGUEZ I., y PEREZ RAMOS, C, *Op. cit.*, pp. 308 y ss.; CÁMARA ÁGUILA, P., *Op. cit.*, pp. 1093-1096

⁶⁵⁴ Explica CÁMARA ÁGUILA P., en relación a este punto que “la privación de facultades contrarias a la ley no afecta a la validez de las restantes, ni al mantenimiento del albaceazgo”, fundando tal afirmación en la STS 24 mayo 1954 [RJ 1954/1325]. *Op. loc. ult. cit.*

⁶⁵⁵ Así se reconoce, además, por la jurisprudencia, por ejemplo, en la STS de 15 abril 1982 [RJ 1982/8154] en la que, en el marco de una liquidación de sociedad de gananciales, se dice que las facultades del 902 CC “(...) son «subsidiarias» y que únicamente pueden entenderse conferidas, si el albacea hubiera sido nombrado «sin facultades expresas y especiales» (...)”

yacente, entregar legados, liquidar y dividir la sociedad de gananciales con el cónyuge viudo, enajenar bienes (aunque veremos que con ciertos matices), entre otras⁶⁵⁶.

⁶⁵⁶ En cuanto a este reconocimiento por la jurisprudencia de algunas de tales facultades, efectúa un provechoso listado CÁMARA ÁGUILA P., en el que nos muestra un número de sentencias del Tribunal Supremo en los que se han reconocido tales facultades, que, aunque no sean todas las posibles, es, al menos, ilustrativo, este es: “(...) entre las facultades que la jurisprudencia ha admitido que cabe atribuir al albacea están la de administrar (SSTS 16 abril 1998 [RJ 1998,2392] y 6 octubre 2005 [RJ 2005,8759] la de enajenar (STS 9 junio 1993 [RJ 1993, 4474]), incluso los bienes inmuebles, sin requerir entonces la intervención de los herederos (STS 9 junio 1993 [RJ 1993, 4474]); representar la herencia yacente (STS 20 septiembre 1982 [RJ 1982,4920]), realizar la partición (SSTS 5 julio 1947 [RJ 1947,937], 2 abril 1996 [RJ 1996, 2985], 16 marzo 2001 [RJ 2001, 3199] y 19 diciembre 2002 [RJ 2003, 51], facultad esta que se extiende a practicar la liquidación y división de la sociedad de gananciales con el cónyuge viudo (STS 2 abril 1996 [RJ 1996, 937]); otorgar escritura pública de adopción (STS 6 febrero 1982 [RJ 1982, 581])” *Op. cit.*, pp. 1093-1094. Además de las anteriores sentencias mencionadas por la autora, podemos también, como ejemplificativas, hacer mención, en primer lugar, a la Sentencia de 15 abril 1982 [RJ 1982/8154]: en el marco de una liquidación de la sociedad de gananciales, en la que se plantea si dentro de la facultades del albacea puede estar incluida la de administración de los bienes de la herencia, expresándose que “(...) caben dos posibilidades: la primera se refiere al caso de que el testador lo determine expresamente en el testamento, y a ello habría que estar por ser su voluntad la que rige la sucesión testamentaria, interpretando (...) con arreglo a la normativa genérica del artículo 675 del Código; la segunda afecta al supuesto de que el testador nada hubiera dispuesto al respecto, acerca de lo cual la Ley nada dice en concreto, que es precisamente el que contempla el artículo 902, según el que, con una vaguedad e imprecisión que dio lugar a las discusiones surgidas, «no habiendo el testador terminado especialmente las facultades de los albaceas, tendrán las siguientes: Cuarto. Tomar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes, con intervención de los herederos presentes» (...)” afirmándose que, según el testamento, y siendo esto válido se atribuyeron, al albacea, las “(...) de contador-partidor, ordenándole, en relación con los legados en metálico, que ingresase su importe en una cartilla de ahorros a nombre de cada uno de los legatarios; siendo de observar, sin embargo, que en el presente supuesto la designación del albacea en el testamento es como «comisario-contador partidor», sin conceder facultades especiales, pero sin prohibir ninguna, lo que impide reducirlas a las de contar y partir (...) y forzosamente comprende las de conservar y custodiar (...) que llevan consigo las de administrar (...) además, (...) se le designa también «comisario», lo que (...) significa tanto como un auténtico nombramiento de albacea universal de entre las dos clases que permite el artículo 684 del Código (...) porque al ser designado de esta forma, viene investido de todas las facultades necesarias para cumplir la voluntad del testador y no sólo de una o varias atribuciones concretas señaladas por éste, lo que lleva consigo no sólo la facultad de ejecución en sentido estricto, sino asimismo las relativas a la gestión de los bienes y representación de la herencia, en cuanto sea necesario para ultimar completamente la sucesión, lo que evidentemente inclusive la administración de los bienes de la herencia (...)”. Del mismo modo, es ejemplificativa, y más reciente, la STS de 3 septiembre 2014 [RJ 2014/4795], en la que se estudia si se han infringido los artículos 901 y 902.3º CC y la doctrina jurisprudencial recogida en sentencias como la STS 13 de abril de 1992 (RJ 1992, 2103) respecto de las facultades del albacea contador partidor, ya que se recurre en el sentido de considerar la parte que el albacea carece de facultades para declarar nulas disposiciones testamentarias, como sucede con la institución del legado previsto para la demandante; en este marco, explica la Sala: “(...) cabe plantearse si el albacea contador partidor actuó en el presente caso conforme a las facultades de su cargo, bien respecto de las previstas legalmente, o bien con relación a las conferidas testamentariamente (...)” para finalmente, afirmar que “(...)Se fija como doctrina jurisprudencial de esta Sala que el albacea, sin perjuicio de disposición contraria del testador, viene autorizado por las facultades derivadas de su cargo (artículo 902. 2ª y 3ª del Código Civil) para operar la ineficacia del legado de cantidad, y con ella el pago o entrega del mismo, cuando el legatario de forma injustificada o no ajustada a Derecho, vulnere la prohibición impuesta por el testador de provocar la intervención judicial de la herencia.”

Dicho lo anterior, si el testador no ha previsto qué facultades ostentará el albacea, debemos recurrir, como se avanzó, a los artículos 902 y 903 CC; que exponen en posesión de qué facultades mínimas se encuentra el albacea, por el hecho de serlo, y a falta de atribución de aquellas por el causante, esto es, las facultades “legales” que se le reconocen. Pueden disponer y pagar los sufragios y el funeral del testador con arreglo a lo dispuesto por él en el testamento; y, en su defecto, según la costumbre del pueblo; satisfacer los legados que consistan en metálico, con el conocimiento y beneplácito del heredero; además, si no hay dinero bastante en la herencia para el pago de funerales y legados, y los herederos no lo aportan de lo suyo, puede el albacea promover la venta de los bienes muebles, y no siendo suficiente con ello, también la de los inmuebles, con la intervención de los herederos. Pueden vigilar sobre la ejecución de todo lo demás ordenado en el testamento, y sostener, siendo justo, su validez en juicio y fuera de él, y; tomar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes, con intervención de los herederos presentes⁶⁵⁷. Son facultades mínimas que se han entendido, en muchas ocasiones, por doctrina y jurisprudencia, en un sentido más amplio o laxo, englobando otras, también en algunos supuestos con base en nuestro Código, como⁶⁵⁸ convertir en dinero ciertos bienes para poder llevar a cabo la voluntad del testador (907.2 CC), entregar todo tipo de legados, no única y concretamente aquéllos en metálico (885 CC)⁶⁵⁹, así como interpretar el testamento⁶⁶⁰.

⁶⁵⁷ En cuanto a tales atribuciones legales, son interesantes las puntualizaciones que efectúa CÁMARA ÁGUILA, P., citando a MANRESA y ALBALADEJO, en torno a algunas de ellas. En primer lugar, en cuanto a la facultad de satisfacer los legados, comenta la autora que el motivo por el cual se requiere el beneplácito de los herederos radica en “(...) la posibilidad que éstos tienen de oponer compensación al legatario, o apreciar si el legado sobrepasa los límites de disposición permitidos al testador”. En segundo lugar, en lo relativo a la facultad de vigilar sobre la ejecución de lo ordenado en testamento, expresa que “(...) ello faculta al albacea para demandar a los herederos si no cumplen lo que el testador ordenó (...)”. Por último, es también interesante la reflexión que realiza en cuanto a la facultad por la que se autoriza al albacea a tomar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes, con intervención de los herederos presentes, en la que, citando la STS 31 marzo 1959 [RJ 1959/1532] (en la que se priva a los albaceas de la facultad de arrendar con base en el artículo 902 CC) comenta la autora que “esta facultad conlleva una administración limitada de los bienes, en tanto ello sea necesario para conservarlos (...)” y es por ello que la doctrina “(...) considera que el albacea puede y debe hacer inventario de los bienes, pues de otro modo difícilmente podría promover su custodia o conservación” teniéndose en cuenta que si los herederos presentes se oponen a las medidas de esta índole que proponga el albacea, no podrá éste efectuarlas. *Op. cit.*, pp. 1094-1095

⁶⁵⁸ Y siguiendo, para ello, los ejemplos expuestos por LORA-TAMAYO RODRIGUEZ, I., y PÉREZ-RAMOS, C., *Op. cit.*, pp. 308-310

⁶⁵⁹ Aunque, como recalcan LORA-TAMAYO RODRIGUEZ, I., y PÉREZ-RAMOS, C., basándose en una DGRN de 27 febrero 1982, si existen legitimarios, primero debe efectuarse la partición. *Op. cit.*, p. 309

⁶⁶⁰ Llamando la atención LORA-TAMAYO RODRIGUEZ, I., y PÉREZ-RAMOS, C., sobre la circunstancia relativa a este extremo, por la cual, en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, se recoge que puede establecerse arbitraje por testamento para solucionar de manera extrajudicial las diferencias entre los herederos no forzosos en lo relativo a distribución y administración de la herencia. *Op.*

En cuanto a las facultades de disposición del albacea, el debate se origina en la doctrina, dentro de los límites que establece el precepto (art. 903). Debate y dudas dado que, normalmente, el mayor límite con el que se topa la amplitud de facultades que se entiende posee el albacea, es en gran medida, el relativo a todo ello que conlleve un poder de disposición por los mismos, dado que, por la propia naturaleza de su cargo (de ahí la aclaración del precepto en la que se recoge que tal disposición de bienes deberá ser con intervención de los herederos⁶⁶¹), no se entiende esta facultad como ligada, a priori, al encargo que recibe el albacea, siempre que no sea encaminada a la ejecución de la voluntad del testador y, normalmente, reconocida por éste en su testamento.

A este respecto, en cuanto a qué facultades de disposición posea el albacea, y en palabras de FERRER I RIBA; “en general, a este se le reconocen facultades para liquidar el pasivo hereditario, pagar las cargas hereditarias y cumplir los legados, y puede tenerlas también para realizar los bienes del activo si la herencia ha de aplicarse a alguna finalidad (...) o así lo dispone el testador”⁶⁶². Más polémica en la doctrina es la cuestión en torno a cuándo deben intervenir los herederos, y si nos referimos a todo tipo de herederos (voluntarios y forzosos) o sólo a los legitimarios. En este sentido, es mayoritaria la opinión⁶⁶³ relativa a que, en el supuesto en el que no existan herederos forzosos, podrá llevar a cabo las facultades dispositivas (ya sea las que se le han atribuido por testamento, o aquellas que le corresponden si fue nombrado albacea universal), sin intervención de los herederos voluntario, con base en lo expresado en Sentencias del Tribunal Supremo, como la de 1 julio 1985 [RJ 1985/3631], 9 junio 1993 [RJ 1993/4474], así como en resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, como la de 25 enero 1990 [RJ 1990/112]. En cuanto al supuesto en el que si haya herederos forzosos, o legitimarios, se entiende que debe el albacea contar con su aprobación y consentimiento para llevar a cabo actos dispositivos, autorización, que no puede ser dispensada por el testador, como reconocía la Dirección General de los Registros y del Notariado en su resolución de 19

loc. ult. cit. Del mismo modo, que el albacea tenga la facultad de interpretar el testamento, ha sido reconocido por jurisprudencia del Tribunal Supremo, por ejemplo, en las SSTs 28 julio 1956 [RJ 1956/3002] y 18 abril 1985 [RJ 1985/1771], aunque aclarándose en una reciente sentencia, concretamente la de 29 abril 2008 [RJ 2008/1993] que puede jurisdiccionalmente imponerse un entendimiento diverso del que realiza el albacea en el caso en el que exista controversia en la interpretación de una determinada cláusula.

⁶⁶¹ Cuestión esta, de la intervención de los herederos, que tampoco es pacífica en la doctrina, en cuanto a qué deba entenderse por tal intervención y cuándo deba tener lugar.

⁶⁶² *Op. cit.*, pp. 757-758

⁶⁶³ Entre otros, lo reflejan; CÁMARA ÁGUILA, P., *Op.cit.*, pp. 1096; LORA-TAMAYO RODRIGUEZ, I., y PÉREZ-RAMOS, C., *Op. cit.*, pp. 309-310; FERRER I RIBA, J., *op. loc. ult. cit.*

julio 1952. Por lo que, si los herederos, de este tipo, se oponen a que se lleve a cabo la venta de un bien, debe resolver la autoridad judicial (conforme a lo expresado en el artículo 91.1 4º de la Ley de Jurisdicción Voluntaria)⁶⁶⁴.

Sin detenernos en mayor medida en esta cuestión, dado que trataremos en un epígrafe posterior la cuestión relativa a en qué calidad, en términos de propiedad, reciben los bienes las personas que encarnen las estudiadas figuras, sólo hacer la misma aclaración que se hizo en el estudio del administrador de la herencia, y esta es que, en el marco de tales facultades dispositivas, en el caso de la venta los bienes inmuebles, conforme al artículo 20.4 de la Ley Hipotecaria, no será necesaria previa inscripción en favor del albacea.

En cuanto a los deberes u obligaciones generales que conlleva el cargo de albacea, a parte, claro está, de todos los que asume al aceptar aquél, podemos mencionar, entre otros: en primer lugar, el deber de cumplir el encargo con la diligencia debida (que se valorará de manera diversa si el albacea es o no un profesional)⁶⁶⁵ para lo que habrá que estarse, fundamentalmente al estándar que fije el testador, respondiendo, por ello de los perjuicios que causa culposamente, o por demora culpable en su ejercicio⁶⁶⁶; en segundo lugar, el deber de lealtad, que aunque no diferenciado del anterior mencionado en nuestro Código, es relevante que se distinga, y esto porque suponen que el titular del cargo de albacea debe, en claras palabras de FERRER I RIBA⁶⁶⁷, “(...) anteponer los intereses gestionados a los suyos privados” deber que se halla, comenta el autor “muy acentuado en las relaciones fiduciarias” y que “no depende de cualificaciones profesionales, de circunstancias personales o de la concurrencia o no de retribución (...), si no, principalmente, “(...) en el deber de abstención de tomar decisiones o realizar actos que encierren un conflicto potencial entre su interés personal y el interés del testador en el

⁶⁶⁴ En este sentido lo recoge CÁMARA ÁGUILA, P., citando la RDGRN 30 agosto 1932 [RJ 1932-1933/1183], y comentando que “no se necesita que los herederos concurren a la venta, si queda acreditada su aprobación (...)”, aunque reflejando que no es pacífico en la doctrina, con autores en contra como MANRESA, que considera que “(...) en el fondo quienes venden son los herederos”. *Op. cit.*, p. 1095

⁶⁶⁵ En este sentido explica claramente FERRER I RIBA, J., que normalmente se utiliza, por analogía con el mandato (art. 1719.II CC) o por la aplicación de las reglas generales sobre cumplimiento de obligaciones (art. 1104 CC), el canon de diligencia del buen padre de familia, pero matiza que: “Si el albaceazgo se confía a un profesional, le será exigible la diligencia de un ordenado administrador y la aplicación de los conocimientos y pericia dimanantes de las *lex artis*. Sólo si las funciones ejecutivas se han encomendado por razón de la confianza que nace de los vínculos de parentesco o las relaciones familiares entre testador y albacea tiene sentido proponer aplicar la diligencia del buen padre de familia”. *Op. cit.*, p. 763

⁶⁶⁶ En este sentido, entre otros, LORA-TAMAYO RODRIGUEZ, I., y PÉREZ-RAMOS, C., *Op. cit.*, p. 313; FERRER I RIBA, J., *Op. cit.*, pp. 765-766.

⁶⁶⁷ *Op. cit.*, pp. 763-764

cumplimiento fiel de su voluntad”; en tercer lugar, podemos mencionar el ya citado deber de hacer inventario que, aunque no expresamente recogido en el Código, se ha entendido integrado en los deberes que asume el albacea, como se comentó precedentemente y, por último; en cuarto lugar, debemos hacer alusión a la obligación, o deber, que tiene el albacea conforme al artículo 907 del Código Civil, este es, el de dar cuenta de su encargo, rendición de cuentas, que deberán afrontar frente a los herederos⁶⁶⁸. En este sentido, se ha debatido acerca del momento en que debe producirse tal rendición de cuentas, dividiéndose la doctrina, ya que no se recoge en el 907 CC cuando deba producirse, en la consideración de que pueda ser una vez que se cesa en el cargo, o, como declaraba la STS de 16 abril 1998 [RJ 1998/2392], antes de haber finalizado éste, como “*acto último de su administración (...)*”⁶⁶⁹, aunque, en último término, siempre deberá estarse a lo dispuesto en el testamento.

Sin detenernos en este aspecto, y para concluir el presente apartado, tan solo comentar que, en cuanto a cuándo se extingue el cargo de albacea debemos acudir al artículo 910 del Código Civil, que recoge como causas de extinción del mismo; la muerte, imposibilidad, renuncia o remoción, así como por concluir el tiempo establecido por el testador, la ley y, en su caso, los interesados. Teniendo en cuenta que no son todas las causas posibles de extinción, es destacable la reiterada doctrina del Tribunal Supremo que, de modo general, ha señalado que se entiende acabado el albaceazgo una vez que haya terminado la partición y se haya hecho entrega de los bienes a los herederos, por ello, una vez finalizada, como expresa la STS 13 abril 1992 [RJ 1992/3130], “*la misión encomendada, es decir, realizado el encargo del testador, que ellos depositó sus esperanzas de que su voluntad tuviera plasmación real y efectiva (...)*” (en este mismo sentido, entre otras, la STS de 11 junio 1955).

⁶⁶⁸ Comenta al respecto FERRER I RIBA, J., que sólo ante estos, ya que si entendemos literalmente el artículo 907. I CC, esto no es extensible a los posibles interesados o favorecidos en la sucesión. *Op. cit.*, p. 784

⁶⁶⁹ Para un análisis más detallado de estos extremos, véase lo expresado por CÁMARA ÁGUILA, P., *Op. cit.*, p. 1099 y FERRER I RIBA, J., *Op. cit.* p. 786

- Prohibiciones impuestas al albacea

Seguidamente, debemos tratar, de manera sucinta y una vez vistas las facultades y deberes que se atribuyen al albacea, dónde se halla el límite, esto es, qué prohibiciones tiene impuestas el albacea, para lo que destacaremos dos de especial relevancia. En primer lugar, debe tenerse en cuenta la prohibición que ya vimos cuando estudiamos las características del cargo, que no es otra que la recogida en el artículo 909 CC, que impide al albacea delegar el cargo si no hubiese obtenido autorización expresa del testador, con los matices que ya estudiamos, por lo que nos remitimos a lo expresado en tal momento del estudio. En segundo lugar, debemos acudir al artículo 1459.3 CC que, recoge, de entre una lista heterogénea, que los albaceas no podrán adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí ni por persona alguna intermedia los bienes confiados a su cargo. El objetivo de esta prohibición es claro, ya que lo que se pretende es evitar un posible perjuicio a los intereses de los sucesores del causante⁶⁷⁰. En este supuesto, en palabras de PEÑA LÓPEZ⁶⁷¹, “no es necesario que el albacea tenga facultades para administrar ni para enajenar, basta con que los bienes estén a su cargo, en el más amplio sentido de la palabra (...) para cualquier gestión dispuesta por la ley”, dejándose claro por el autor que, como hemos venido recalando, “de cualquier modo (...) no debe aplicarse la prohibición cuando haya existido autorización, o ratificación posterior por el sucesor “mortis causa” cuyo interés se defiende”⁶⁷².

⁶⁷⁰ En este sentido, entre otros, PEÑA LÓPEZ, F., en *Comentarios al Código Civil*. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.) AAVV. Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, p. 1732; así como LORA-TAMAYO RODRIGUEZ, I., y PÉREZ-RAMOS, C., comentando los autores que en la doctrina, supone este un “supuesto de nulidad absoluta”. *Op. cit.*, p. 313

⁶⁷¹ *Op. loc. ult. cit.*

⁶⁷² Matizando el autor que además de lo comentado, “habrá que atender al tipo de albacea de que se trate – universal o particular, si es único o si hay varios – (...) y a los bienes sobre los que recae su albaceazgo”, añadiendo: “La prohibición comienza con la aceptación del sujeto y me mantiene solamente hasta que el bien en cuestión deja de estar a cargo del albacea y no hasta que finalice el albaceazgo (SSTS 22 junio 1948 [RJ 1948, 1107; 10 julio 1954 [RJ 1954,2028], *contra* STS 29 enero 1962 [RJ 1962/605], que parece entender que se mantiene hasta que se deje de poseer la dicha condición)” *Ult. loc. cit.* Asimismo, además de estas dos significativas prohibiciones, es interesante aquello que comenta CÁMARA ÁGUILA, P., en estos extremos, señalando que “por muy amplias facultades que el testador confiera al albacea, no cabe que la ejecución del testamento quede a su arbitrio, desvirtuando la voluntad del testador (STS 8 febrero 1980 [RJ 1980, 418]. Incluso, siendo el albacea universal (...) no puede impedir a los herederos ejercer las acciones que correspondían al difunto para reclamar bienes en manos de terceros, que pasen a integrar la masa partible (SSTS 10 julio 1935 [RJ 1935, 1553], 22 marzo 1984 [RJ 1984, 1317]). *Op. cit.*, p. 1093

III. LAS POSICIONES PERSONALES DEL PROCESO SUCESORIO EN INGLATERRA

1. EL HEREDERO-BENEFICIARIO: SU EQUIVALENCIA CON LAS FIGURAS SUCESORIAS ESPAÑOLAS O LA AUSENCIA DE AQUÉLLA

1.1 Cuestiones terminológicas: el heredero beneficiario inglés

Por ser este el primer apartado en el que se toma contacto con el sistema anglosajón (actual) en la materia que se estudia, debemos aclarar algunos términos, o más bien, cuestiones de concepto, para que se tengan en cuenta a partir de este momento.

En primer lugar, y antes que ninguna otra consideración, no hay que perder de vista que debemos ser extremadamente cautelosos a la hora de realizar, en este momento, una labor de Derecho comparado, y esto porque, en ocasiones, el afán, o la intención, de buscar similitudes entre las figuras de ambos sistemas, puede conducir a conclusiones erróneas, (de ahí, la relevancia de que distingamos, claramente, qué significa ser "heredero-beneficiario"), lo que nos hará más sencillo observar nítidamente su diferencia con nuestro heredero, con el que veremos se distingue de manera palmaria, ya se trate de nuestro heredero que acepta de manera pura y simple, o de aquel que acepta a beneficio de inventario.

Advertido lo anterior, las cuestiones de concepto que debemos resolver en el estudio del proceso sucesorio anglosajón serán las siguientes: en primer lugar, debemos comprender qué debemos entender por "suceder"; en segundo lugar, qué significa exactamente ser, el que hemos denominado: "heredero-beneficiario" y; en tercer y último lugar, a qué nos referimos cuando hacemos referencia al término "propiedad" o, a la "titularidad" de los bienes.

Es importante que la primera de las cuestiones a resolver sea la relativa a qué debemos entender por "sucesión", y esto, debido a que en el ámbito del Derecho anglosajón, el término, en sí, de "suceder" es ajeno a su originaria tradición jurídica, en el sentido en el que se usaba por el Derecho romano, habiéndose utilizado en un tiempo, por influencia de éste último Derecho, para hacer referencia a la transmisión por causa de muerte de la

propiedad únicamente inmobiliaria⁶⁷³. Es por lo anterior que, en Derecho anglosajón, qué se entendiera por "suceder", ha dependido significativamente de la tradicional distinción (que ya vimos al analizar históricamente la evolución de tal Derecho) entre la propiedad mueble y la inmueble. Como podrá comprenderse fácilmente, todo lo anterior cobra sentido si recordamos el momento en el que estudiamos estas cuestiones en el período de la Edad Media en Inglaterra, en el marco de un sistema feudal, para el cual, la propiedad inmueble (*real property*) pasaba a los descendientes de manera directa, no siendo el caso de la propiedad mueble (*personal property*) en la que mediaba aquel *executor*, que ejercía sus funciones en lo tocante, únicamente, a tal propiedad. De lo anterior se extrae que, como se ha expresado precedentemente, si podía hablarse de "sucesión" en aquel sistema (en el sentido en que lo entendemos en el marco de los sistemas de tradición romano-canónica), sólo podía hablarse, con propiedad, en el ámbito de la propiedad inmobiliaria.

Comentado lo anterior, es fundamental destacar que en el Derecho Moderno inglés acabaría imponiéndose el método que había sido creado originariamente sólo para los bienes muebles⁶⁷⁴, este es, aquel en el que mediaría, entre la muerte del causante y la adquisición de la propiedad por los herederos-beneficiarios, las figuras del *executor* o *administrator* (cuando no se había designado por testamento), que estudiaremos específicamente en los siguientes apartados. Para lo que nos interesa en este momento, y aún a riesgo de parecer trivial, debemos cuestionarnos que si vamos a considerar que aquel que recibe la propiedad directamente del causante está "sucediendo" al mismo, el heredero-beneficiario no podrá ser considerado, con todo lo que implica tal noción en nuestro ordenamiento, "sucesor" de aquél, dado que siempre existirá una persona, una figura que se interpondrá entre el causante y el beneficiario último de la sucesión, que será el *executor*, o el *administrator*. Si hubiera que hacer alguna conclusión a priori, diríamos que el heredero-beneficiario nunca podría ser considerado "sucesor", asumiendo

⁶⁷³ En este sentido, citando a BUCKLAND Y MCNAIR, señala PUIG BRUTAU, J., que tales autores afirman: "la palabra `sucesión´ no es tradicional en nuestro Derecho privado, por lo menos en el sentido en que la usaban los romanos. Bracton, por influencia romana, emplea las palabras `successio´ y `succedere´ para describir la transmisión por herencia de un patrimonio que consista en bienes raíces, pero después se hace forma usual hablar de *descent* por lo que se refiere a los bienes inmuebles (*real property*) y de *administration, distribution* y *title* en virtud de testamento, por cuanto afecta a los bienes muebles (*personal property*)". *Op. cit.*, nota al pie número 8, p. 143

⁶⁷⁴ Así lo expresa BELL, A.P, en *Modern Law of personal property in England and Ireland*. London and Edinburgh, Butterworths, 1989, p. 407

el *executor*, como veremos, un rol bastante más parecido al de sucesor del que jamás podrá atribuirse al heredero-beneficiario.

En cuanto a la segunda de las cuestiones, y para distinguirlo de lo que entendemos en nuestro Derecho por la noción de "heredero", llamaremos "heredero-beneficiario" a aquel que, en Inglaterra, recibe la propiedad del patrimonio hereditario en último término (concretamente, y sobre todo, al designado por testamento), por la propia estructura y carácter de tal figura, como se comprenderá al desarrollarse este punto. De este modo, el "heredero-beneficiario" sería el destinatario último del patrimonio hereditario. Principalmente designado en testamento, aclaración esta intencionada, debe su razón de ser a la propia terminología utilizada, en origen, por el sistema de *Common Law*. En éste, el "heredero-beneficiario", se denominaría "*beneficiary*", considerando tal, como aquel sujeto que recibe propiedad por la vía del testamento, no importando, en un momento posterior, si se trataba de "*real property*" (inmueble) o "*personal property*" (mueble)⁶⁷⁵. Tal cuestión es relevante para comprender el propio sistema que, históricamente, sólo consideraba "*heir*"⁶⁷⁶ a aquél que recibía la propiedad cuando no mediaba un testamento, esto es, sólo recibía tal denominación en los casos de sucesión intestada. Hoy en día, los términos de "*heir*" y "*beneficiary*" se confunden, por lo que podríamos, y de hecho se hace por el ordenamiento anglosajón, llamar "heredero-beneficiario" (*beneficiary*) tanto al designado por testamento como al relativo a la vía intestada.

Por último, en cuanto a la tercera de las cuestiones de concepto enunciadas, esta es, qué debemos entender por "propiedad" o titularidad de los bienes en el ordenamiento anglosajón, debe desde este momento efectuarse una relevante advertencia; la utilización del término "propiedad", cuando nos referimos a las titularidades dominicales en Derecho anglosajón debe utilizarse con prudencia, dado que el concepto de propiedad anglosajona dista significativamente de aquél de nuestra tradición jurídica. Sin extendernos en exceso en esta cuestión, es importante que avancemos alguna conclusión que apoye las anteriores afirmaciones. El sistema anglosajón, a diferencia del nuestro, acoge la noción de propiedad dividida, esto es, permite el desdoblamiento de la propiedad, lo que supone un distanciamiento evidente con nuestro tradicional concepto de propiedad unitaria. De este

⁶⁷⁵ Siendo, asimismo, curioso, que se idéntica la denominación que recibe el, digamos beneficiario, en el caso del "*trust*", cuestión de la que se darán "algunas pinceladas" en un momento posterior del estudio.

⁶⁷⁶ Que se traduciría como "heredero", siendo esta una más literal traducción de los términos utilizados en nuestro ordenamiento jurídico.

modo, en teoría, se considera que una propiedad, digamos “absoluta” o “plena” no es ostentada por nadie más que por una única institución capaz de detentarla, esta es, la Corona Inglesa. Lo anterior, ha repercutido en el ámbito práctico, pudiendo en este momento avanzarse que veremos que las distintas titularidades se configuran, en mayor medida, como “posesiones más o menos fuertes”, pero nunca como una total y absoluta “propiedad” a la manera del Derecho Continental. Con lo anterior, y para un entendimiento más sencillo y claro del Derecho anglosajón, utilizaremos los términos de “propiedad” y “propietario”, cuando nos refiramos al título, así como titular del dominio sobre un determinado bien, pero debe siempre tenerse en cuenta que, conforme a nuestra tradición, no puede considerarse “propiedad”, ni tampoco llamarse al titular de tal derecho “propietario” si quisiéramos ser exhaustivos al establecer una traducción de los términos que reflejase exactamente el contenido de los mismos.

Sin introducirnos en otras cuestiones terminológicas⁶⁷⁷, que irán surgiendo aisladamente en el desarrollo del estudio, debe plantearse que si vamos a partir de la premisa de que el heredero-beneficiario no es "sucesor", a la manera en que lo es nuestro heredero, urge que sepamos qué papel desempeña.

1.2 Equivalencia, o no, con las figuras sucesorias españolas

Es un principio tradicionalmente claro en el Derecho anglosajón, que la propiedad que se transmite con ocasión de la muerte del causante en ningún caso pasa de manera inmediata, o directa, a sus últimos beneficiarios⁶⁷⁸, recayendo, en primer lugar, en los llamados, genéricamente; *personal representatives*, esto es, el *executor*, si se ha nombrado en testamento, o el *administrator*, en caso contrario. Con ello, se deduce fácilmente la gran

⁶⁷⁷ Otra significativa cuestión terminológica para el análisis comparativo que se realiza, es el propio nombre que reciben todas las atribuciones patrimoniales, de manera general, en el testamento (o más exactamente, en el, denominado “*will*”) anglosajón, que no es otro que el de “*gifts*”, terminología, que si debiera encontrar un análogo para el ámbito sucesorio en nuestro ordenamiento, encontraría su mejor encaje, o ajuste, con la expresión “*legados*”. Asimismo, es interesante que se conozca que, originariamente, en *Common Law*, se denominaba “*will*” a aquel en el que se disponía de la “*real property*” y “*testament*” a aquel en el que se disponía de “*personal property*”, aunque hoy día no se suele atender a tal consideración, utilizándose indistintamente ambos términos. En tal sentido lo explica BEYER, G.W., en *Wills, Trusts, and Estates*. Wolters Kluwer., Aspen publishers, Austin, Boston, Chicago, New York, The Netherlands, 2007, p. 4

⁶⁷⁸ En tal sentido lo expresan multitud de autores, entre ellos BELL A.P, *Op. loc. ult. cit.*; así como BURN E.H, en *CHESHIRE AND BURN'S Modern Law of real property*, Butterworths, London, Dublin, Edinburgh, 1994, p. 843

brecha que se abre entre la noción de heredero, romano, y aquella de heredero-beneficiario inglés, por lo que debemos cuestionarnos si siquiera son comparables, esto es, si tienen o no algo en común, para lo que necesitamos conocer la respuesta a una importante pregunta: ¿qué significa ser heredero-beneficiario?

Si el heredero romano se caracteriza principalmente por adquirir, con ocasión de la muerte del causante, los derechos y obligaciones relativos al patrimonio hereditario de un modo global, sucediendo *uno ictu*, en un sólo acto y por un solo título, lo que haría considerar sucesor "universal" al heredero; como tal, es el único responsable (algo que le venía dado con su condición de heredero) de las deudas atinentes al caudal hereditario. En cambio, en el sistema anglosajón, a la muerte del causante, como comentábamos, la propiedad no pasa nunca directamente a los herederos-beneficiarios, sino que pasaría al *personal representative* correspondiente, ya sea aquel designado por testamento (*executor*) o aquel que se nombra en defecto de aquél o de tal designación en el mismo (*administrator*). El patrimonio hereditario (llamado, usualmente, "*estate*"), no puede ser administrado por los herederos-beneficiarios en ningún caso⁶⁷⁹, pues no es una función que les corresponda, sino que será el *executor* (centrándonos en que se haya designado por testamento), y no el heredero-beneficiario, el que habiendo recibido la propiedad con el objeto de administrar tal caudal conforme a los deseos del causante expresados en su testamento, liquidará el pasivo de aquél, con cargo al activo del mismo. La consecuencia es que, el heredero-beneficiario, no se considera, en modo alguno, responsable del pago de las deudas del patrimonio hereditario. La labor del *executor* concluiría con la distribución, ahora sí, entre los herederos-beneficiarios, del remanente, si es que lo hay.

Por otra parte, es significativo el hecho de que, formalmente, la aceptación de la herencia no corresponde a tales herederos-beneficiarios, sino al *executor*, no ostentando éstos

⁶⁷⁹ En tal sentido lo expresa WOOD, J., cuando aclara; "*estates are administered by the executors appointed by the will or the administrators appointed by the court. Heirs cannot administer the estate as such although, where no executor is appointed by a will, the heirs will generally be the persons entitled to apply for letters of administration*". *International Succession*. Edited by Louis Garb, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 266

desde la muerte del causante, más que un derecho, digamos, a lo "legado", al *gift* que se recibirá⁶⁸⁰, pero sin concretar⁶⁸¹.

Expresado lo anterior, es fácil concluir que el heredero-beneficiario no cumple ninguna de las condiciones que se habían establecido para que pudiera considerarse equivalente a nuestro heredero, ya sea un heredero que acepta de manera pura y simple, o, asimismo, como puede deducirse sin esfuerzo, en el caso de que sea un heredero que acepte a beneficio de inventario. Y lo anterior, porque no es sucesor (por lo que, como es destacable, no es deudor en lo que respecta a las deudas del patrimonio hereditario) y, además, no adquiere la propiedad desde la muerte del causante. No importa si el heredero-beneficiario, finalmente, recibe todo lo que quede tras pagarse las deudas, o recibe el remanente específico que le hubiera dejado el testador, eso no cambia el hecho de que siempre existirá un *personal representative* que se interpondrá, en términos de propiedad, entre el causante y el mencionado beneficiario, lo que aleja esta última noción de nuestro concepto de heredero⁶⁸².

Recapitulando, ha de decirse que no es posible comparar a nuestro heredero con el heredero-beneficiario del Derecho anglosajón y quizá, si queremos buscar una figura que se asemeje a nuestro sucesor universal, deberíamos dirigir la mirada a la figura del *executor*, lo que aplazamos a un momento posterior del estudio, cuando estudiemos la equivalencia de esta última figura con las nociones de nuestro Ordenamiento jurídico.

⁶⁸⁰ En tal sentido lo señala MARTINEZ NAVARRO, J.J., cuando expresa, refiriéndose al sistema anglosajón que "la aceptación se refiere al albacea nombrado en testamento, pues el heredero lo es desde el momento del fallecimiento del testador. La aceptación puede ser expresa o tácita", añadiendo que lo surgiría sería un "derecho al legado en el momento del fallecimiento (por lo que desde ese momento genera intereses)". "Derecho Sucesorio Británico", en *Prontuario básico de Derecho sucesorio internacional*. Carrascosa González J., Martínez Navarro, J.J. (Dir.), AAVV. Comares, Granada, 2012, p. 294

⁶⁸¹ Se estudiará cuando analicemos la noción de "propiedad" inglesa, qué derechos tendrá, exactamente, el *beneficiary*.

⁶⁸² A pesar de lo anterior, un concreto tipo de "*gift*", o atribución patrimonial por testamento, ha llevado en ocasiones a algunos a considerar la equiparación de nuestro heredero con el heredero-beneficiario inglés. Hablamos, concretamente, del que se denomina "*residuary gift*", y que se trataría, digamos, de una especie de legado del remanente una vez pagadas las deudas y los *gifts* particulares. Como se ha avanzado, la importancia de que conozcamos esta categoría radica en que hay quien ha considerado que en este caso el heredero-beneficiario se equipara al heredero (*Véase*, como ejemplo de ello, MARTINEZ NAVARRO, J.J., *op. loc. ult. cit.*). En este estudio discrepamos con tal opinión, por las razones que se han expresado para diferenciar tales figuras, claramente no equiparables en ningún supuesto, por el propio funcionamiento (en lo relativo a la interposición de una figura intermedia entre el causante y el heredero) y naturaleza de las mismas (en términos de propiedad, que se verán en un momento posterior del estudio) y del proceso sucesorio en general.

Una vez que descartamos que el heredero-beneficiario sea equivalente a nuestro heredero, sólo queda que nos preguntemos si, no equiparándose al heredero, se asemeja a alguna otra figura principal conocida por nuestro Derecho sucesorio. Para ello, debemos intentar averiguar si equivaldría a nuestro legatario, con idéntica metodología que en el caso anterior.

La sucesión a título particular⁶⁸³, como la entendemos en nuestro sistema jurídico, implica la atribución de un derecho (o derechos) específicos, por causa de muerte, a un nuevo sujeto, pasando el legatario a ser titular de los mismos. Y esto, por la vía de la asignación de tales derechos, por el causante, en testamento⁶⁸⁴. De este modo, el legatario se configura como un sucesor⁶⁸⁵, y como tal, su fundamental rasgo frente a la figura del heredero, en palabras de LACRUZ, es "negativo", y esto en el sentido de que a aquél no le corresponden ninguna de las principales funciones del sucesor universal, estas son, entre otras, ser el encargado de liquidar las deudas de la herencia, ser el ejecutor de las voluntades del causante, etc., y, en resumidas cuentas, la asunción general de la posición jurídica de éste, no teniendo lugar, asimismo, la sucesión particular, *uno ictu*, ni, generalmente, transmitiéndose la posesión al legatario⁶⁸⁶.

Pasemos, con lo anterior, a la comparativa con el Derecho anglosajón. Para entender la posible diferencia o similitud entre nuestro legatario y el heredero-beneficiario, es necesario que se conozcan, al menos en su más importante y general categoría, los tipos de atribuciones patrimoniales por testamento ("*gifts*") que existen en el sistema jurídico anglosajón. Estas categorías principales a resaltar serían; en primer lugar, la que los

⁶⁸³ Y teniéndose en cuenta que se trató que existía cierta controversia en torno a tal consideración como "sucesión", expresando, en tal sentido, expresa LACRUZ, J.L., que "(...) Sucesión particular del causante en el más propio sentido de la palabra, sólo la hay en el caso en que el legatario recibe *directamente* desde el patrimonio del causante los bienes legados. Es, en el Derecho romano, el caso del legado *per vindicationem*, y en el español, el del legado de cosa cierta y determinada (art. 882, C.c.) (...)". (1961), p. 62

⁶⁸⁴ Obviando en este momento la cuestión de los llamados "legados legales". En este sentido lo explica LACRUZ, J.L., (1961), p. 59

⁶⁸⁵ Teniéndose en cuenta, como se comentó en un momento del estudio, el hecho de que se considera que existen legados que no suponen sucesión alguna, como son los casos del denominado legado de liberación (artículo 870 del Código civil), o aquel de reconocimiento de deuda, ya que, en tales supuestos, no existe traslado alguno de derechos, ni *inter vivos*, ni *mortis causa*.

⁶⁸⁶ En tal sentido, LACRUZ, J.L. Asimismo, opina, muy apropiadamente, el maestro LACRUZ que, en relación al causante, asume el legatario una posición casi análoga a la de un donatario, teniendo las mismas consecuencias en cuanto a la transmisión que se efectúa (en tales supuestos *inter vivos*), con la única distinción de no poder considerarse que el causante adopte la condición de *donante*, por ser una atribución *mortis causa*. *Op. loc. ult. cit.*

distingue entre mobiliarios e inmobiliarios, en segundo lugar, la que los califica como específicos o generales; en tercer lugar, los pecuniarios (cuando se basan en una concreta cantidad de dinero); y por último, aquellos que bien podrían denominarse universales, llamados “residuary gifts”, que merecen una específica explicación por la repercusión que tienen para la comparativa que realizamos⁶⁸⁷, siendo aquellos que consisten en la atribución de todo el *estate* a un concreto beneficiario⁶⁸⁸, una vez pagadas las deudas y, pagados también (si existen) los *gifts* particulares.

Sin embargo, es el momento de contraponer la figura del heredero-beneficiario con nuestro sucesor a título particular, para, finalmente, concluir si podrían o no equipararse. La respuesta, aunque con matices, debe ser negativa.

Empezando por los matices, debe decirse que si bien es cierto que se asemeja en mayor medida a un sucesor a título particular que a nuestro heredero, no puede decirse que sean equivalentes, y esto se aprecia de manera nítida, como veremos, en los supuestos límite que les atañen. Ciertamente es que, superficialmente, pueden parecer figuras más cercanas, como veremos, porque, entre otras cuestiones; en primer lugar, ni el heredero-beneficiario ni el sucesor a título particular son deudores en el proceso sucesorio; en segundo lugar, suelen recibir bienes específicos y; en tercer lugar, necesitan que aquello que se les deja les sea entregado. Expresado lo anterior, no olvidemos que esta similitud es superficial, y no nos lleva a una comparativa clara y, más significativamente, acorde con la realidad.

Desarrollando lo anterior, y con ello, empezando por aquello que las acerca, similares serían en cuestiones como la no responsabilidad (en el sentido de no configurarse como deudores) por las deudas del caudal hereditario, así como el de ser, normalmente, atribuciones patrimoniales concretas realizadas en testamento. Asimismo, pueden

⁶⁸⁷ En cuanto a los términos utilizados en Derecho inglés para estos diversos legados; debemos aclarar que si son sobre bienes muebles se denominarán “*legacies*” o “*bequests*”, denominándose “*devises*” si son sobre bienes inmuebles. De otro lado, tanto los *legacies* como los *devises* podían ser específicos o generales recibiendo la denominación de “*specific*” o “*general*”. Además, como expresa claramente ANDERSON, M., “a medio camino entre unos y otros se encuentran los *demonstrative legacies*, extraños en la práctica, por medio de los cuales el causante señala con qué bienes debe satisfacerse el *legacy*, pero no de modo exclusivo, sino reflejando simplemente una preferencia (...)”, en “Una aproximación al derecho de sucesiones inglés”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 59, 2006, p. 1254), dependiendo de si recaen sobre *personalty* o *realty* determinada, o genérica, respectivamente. Asimismo, a las anteriores categorías hemos añadido dos categorías más, aquella que los califica de pecuniarios (“*pecuniary*”), y por último, como se ha avanzado, los que denominaríamos “*residuary gifts*”.

⁶⁸⁸ Dependiendo su efectividad de que tal concreto beneficiario sobreviva 28 días al causante. En tal sentido lo comenta MARTINEZ NAVARRO, J.J., *Op. cit.*, p. 292

asemejarse en la cuestión relativa a que las mencionadas atribuciones patrimoniales les deben ser entregadas⁶⁸⁹, ya sea por el heredero, principalmente, en nuestro Ordenamiento, o por el *personal representative*, en el Derecho anglosajón. En nuestro caso, además, conforme al artículo 885 CC; “*el legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando éste se halle autorizado para darla*”, pudiendo asimismo ser entregadas, tales atribuciones patrimoniales, por albaceas autorizados para ello.

Pero, su distanciamiento se presenta evidente, como se advertía, en casos límite. En primer lugar, el supuesto anglosajón del comentado “legado universal” (residuary gift) no tiene cabida en nuestro Ordenamiento, y de ahí que algunos autores intenten equiparar este caso a la posición jurídica del heredero, de nuestro sucesor universal, concretamente, del heredero a beneficio de inventario, ya que, legatario, conforme a nuestro Derecho, no podría jamás considerarse. Pero tal afirmación parte desde el inicio de un error, es que el heredero a beneficio de inventario sigue siendo deudor en relación a la deudas del caudal hereditario, por lo que, al igual que no puede considerarse legatario, tampoco puede equipararse al heredero a beneficio de inventario en este supuesto.

De otro lado, y en segundo lugar, el supuesto, en nuestro Ordenamiento, de distribución de toda la herencia en legados (art. 891 CC) es asimismo un caso inconcebible en el ordenamiento anglosajón, por el propio procedimiento de actuación que tiene lugar, y esto porque, no olvidemos que, distribuida toda la herencia en legados, y conforme al artículo 891 del Código Civil; “(...)se prorratearán las deudas y gravámenes de ella entre los legatarios a proporción de sus cuotas (...)”⁶⁹⁰, existiendo por tanto, una situación en nuestro sistema sucesorio en la que el legatario, aunque siempre pueda considerarse responsable en el sentido de que le afecta el pasivo de la herencia, puede llegar a ser demandado como “deudor” por las cargas y deudas de la herencia⁶⁹¹, algo que no puede

⁶⁸⁹ Aunque, sabemos, en nuestro ordenamiento existen excepciones a tal entrega, como, destacadamente: posibles autorizaciones del testador (siempre que no se perjudique a terceros o legitimarios), en el caso del prelegado, así como cuando el legatario ya es poseedor de la cosa o supuestos de distribución de toda la herencia en legados, cuando no hay albacea ni contador-partidor autorizados...entre otras singularidades.

⁶⁹⁰ Situándonos en la hipótesis clara de distribución de toda la herencia en legados, y alejándonos, para ello, de casos, en mayor medida conflictivos, como aquellos en los aparecen nuevos bienes, o no se han distribuido todos los bienes del patrimonio hereditario, entrando “en juego” el papel del *heredero ab intestato*.

⁶⁹¹ En cuanto al estudio del supuesto de la distribución de toda la herencia en legados, se sigue lo expuesto por LÓPEZ y LÓPEZ, A.M., (1999), pp. 51-53

ocurrir nunca en el sistema anglosajón. En éste, digamos, “pase lo que pase”, el heredero-beneficiario jamás recibirá directamente los bienes o derechos, no será de ningún modo responsable por las deudas (como “deudor” de las mismas), y esto, como se ha expresado en repetidas ocasiones, por el propio mecanismo sucesorio anglosajón, por el cual, siempre va a mediar un *personal representative*, que será; en el caso de la sucesión testamentaria, el ya mencionado *executor*, y en el caso de la intestada (o cuando no se designara *executor* en testamento), el denominado *administrator*, únicos encargados de liquidar la herencia y entregar, ya depurado, el contenido del *estate*, a los herederos-beneficiarios.

Como conclusión, y a modo de recapitulación, debemos efectuar dos afirmaciones significativas. En primer lugar, la relativa a que el heredero-beneficiario no es un heredero, ni siquiera uno a beneficio de inventario, dado que, como ha podido verse, no es “sucesor” con todo lo que ello implica, y tampoco es propietario de los bienes del patrimonio hereditario desde la muerte del causante en ningún caso. En segundo lugar, la referente a que, aunque de manera muy superficial pueda presentar ciertas semejanzas con la figura del sucesor a título particular, tampoco podemos equiparar al heredero-beneficiario con aquél, siendo una singular y significativa muestra de ello el caso del artículo 891 del Código civil, mecanismo, como ha podido observarse, inconcebible en el Derecho anglosajón.

Pasando con ello al siguiente apartado relativo al estudio de las nociones de *executor* (se ha visto, de una relevancia capital), así como de aquella del *administrator*, sólo cabe añadir que, como se muestra ya nítido, es indiscutible la originalidad, en relación a las figuras que conoce nuestro ordenamiento (algo que también se verá cuando se confronten otras, muy comparadas por nuestra doctrina, como pueden ser las de *executor* y albacea) de aquellas presentes en el *Common law*, tanto en su propia naturaleza como en el desarrollo de sus funciones, lo que hace imposible realizar un “juego de equivalencias” entre figuras de uno y otro sistema, y esto, veremos que unido de forma indiscutible al concepto de propiedad existente en uno y otro ordenamiento, como estudiaremos en el capítulo que tratará específicamente estos extremos. Dicho lo anterior, esto no debe empañar el análisis comparativo, sino más bien hacerlo más provechoso, ya que no debe perderse de vista que, aun con figuras dispares, no dejan de satisfacerse unas mismas necesidades.

2. LA FIGURA DEL *PERSONAL REPRESENTATIVE* EN PARTICULAR COMO FIGURA INTERMEDIA Y CENTRAL DEL PROCESO SUCESORIO INGLÉS. FOCALIZACIÓN EN LA FIGURA DEL *EXECUTOR* TESTAMENTARIO

2.1 Introducción: ¿Qué es un *personal representative*?

En el caso de disponer el causante de su patrimonio por testamento, debe designar quién será el encargado de gestionar el *estate* y hacer cumplir lo dispuesto por él en el mismo, esto es, nombrar el *executor*⁶⁹², conminándole, a continuación, igualmente por medio de testamento, a pagar las deudas e impuestos de la herencia, para que, una vez realizada tal tarea, entregue el remanente a los herederos-beneficiarios conforme a sus deseos.

Dicho lo anterior, vemos que el enunciado del presente apartado comienza, no inintencionadamente, con la referencia general a los *personal representatives*, y esto, por ser la categoría general a la que pertenece la noción de "*executor*", categoría, que comparte con aquella de "*administrator*". *Executor*, como sabemos, sería aquel designado por testamento para tales funciones. Por el contrario, en los casos en los que el causante fallece intestado, o, existiendo testamento, no ha designado *executor*; así como si nombrado el mismo, no sobrevive al causante o no desea asumir estas funciones; se designará judicialmente un *administrator* para aquéllas⁶⁹³. Pero, ¿en qué consiste exactamente ser *personal representative*?

Al fallecer el causante, en Derecho anglosajón, la propiedad nunca pasa a los herederos-beneficiarios directamente, sino al designado, por testamento, como *executor* o, en el resto de situaciones mencionadas anteriormente, *administrator* designado judicialmente, con el propósito de que éste administre el *estate* (patrimonio hereditario) con arreglo a lo dispuesto por última voluntad del testador⁶⁹⁴, en su caso, o en la ley. En términos de

⁶⁹² Entre otras cosas, ya que, antes que nada se debe, en primer lugar, revocar todos los anteriores, para posteriormente nombrar a todos aquellos a quien se quiere beneficiar. Tras esto, deben nombrarse los posibles encargados de la guarda y custodia de los menores de dieciocho años (si los hubiere) y recogerse asimismo qué ocurre si los denominados como beneficiarios premueren al testador. Tras lo anterior, se denominaría tal *personal representative*.

⁶⁹³ En cuanto a las diferencias que supone el ser nombrado por testamento como *executor*, o judicialmente como *administrator*, véase lo expresado por BELL A.P., *Op. cit.*, p. 408, así como lo que explican BURN E.H., *Op. cit.*, p. 843 y MARTINEZ NAVARRO J.J., *Op. cit.*, p. 297

⁶⁹⁴ En tal sentido, BURN, E.H., cuando señala que la propiedad del testador no va directamente a los beneficiarios designados por éste, si no que devenga en sus "*personal representatives*" con el fin de administrarla, aclarando que, éstos, son, asimismo, los *executors* o los *administrators*. *Mismo lugar antes citado*. Igualmente BELL A.P., explica que el *estate* devenga en los *personal representatives* del fallecido

propiedad, debemos sólo avanzar que, para lo anterior, se le da en el testamento la capacidad de gestionar el patrimonio, dejándosele esta propiedad bajo el régimen del "trust", suponiendo éste una especie de titularidad fiduciaria (afirmación que matizaremos de manera relevante en el capítulo IV del estudio) o, más bien, en terminología anglosajona, un *proprietary interest*. Interés, siempre sujeto, o ligado, a un deber fiduciario o de confianza (lo que corresponde con la noción de "trust" y le da nombre), habilitándolo, con ello, para llevar a cabo sus funciones con amplísimos poderes, entre otros; vender la propiedad, prestar dinero, invertir dinero...y todo lo relacionado con el *estate*, o patrimonio hereditario, que considere oportuno en el ejercicio de sus facultades.

A la muerte del causante, el *executor* designado en el testamento, así como el *administrator* designado por autoridad judicial, tienen que cumplir (en la mayoría de los casos) un deber como paso previo para ejercer las funciones que les corresponden como tales. Este deber consiste en obtener el denominado "probate" del tribunal, que consiste básicamente en la demostración de la validez del testamento, cuando existe éste, que lo designa y la obtención de un certificado de idoneidad personal para ejercer sus funciones como *executor* o *administrator*, esto es, debe probar ante el tribunal (que previamente tiene que haber podido entrar a conocer el contenido el testamento⁶⁹⁵, cuando lo hay) que es el legitimado para serlo⁶⁹⁶. Sin más dilación, entremos a conocer la relevancia, o trascendencia, e implicaciones del procedimiento del *probate*, que sienta las primeras bases que nos permitan observar ciertas diferencias entre el *executor* y el *administrator*, aparte de la obvia designación en testamento o no.

y la identidad de tales depende de si aquél dejó o no testamento, resaltando también que la propiedad que se distribuye por testamento devenga automáticamente en el *executor* (o *executors*) designados en él. *Op. cit.*, p. 407

⁶⁹⁵ Además de tener, en tal momento, que notificar a los familiares y demás beneficiarios el contenido del mismo.

⁶⁹⁶ En tal sentido, entre otros, lo explica BURN, E.H., añadiendo el interesante dato (dado el carácter de estudio, en parte, histórico, de la cuestión) que, en cuanto a jurisdicción, antes ésta pertenecía a los Tribunales eclesiásticos, pero desde 1858 se transfirió a la *Court of Probate*. Después del *Judicature Act* de 1873 sería de la conocida "*Probate, Divorce and Admiralty Division of the High Court of Justice*". Posteriormente, en el *Justice Act* de 1970 tal división sería llamada la "*Family Division*", señalando que "*non-contentious or common form probate business remains with the Family Division, and all other probate business is assigned to the Chancery Division*". Asimismo, es destacable cuando el autor aclara que dependiendo de ante quién preste juramento el executor, se considera "*probate in common form*" (ante el registro principal de la *Family Division*) o "*probate in solemn form*" (acción frente a la *Court in the Chancery Division*, en casos en los que hay dudas, o alguien esté interesado, ya que quien esté interesado puede oponer una acción, no considerándose dentro de estos interesados los acreedores). *Op. cit.*, p. 844

2.2 *Probate: Grant of representation*

- Definición y funcionamiento del Probate.

Aunque tanto el *executor* como el *administrator* entran dentro de la categoría de *personal representative*, compartiendo, como se ha mencionado brevemente, y se verá, análogos deberes y funciones, su naturaleza, como veremos, es distinta, principalmente, por provenir el primero de un nombramiento en testamento, y el segundo, de una designación judicial, lo que repercute en la práctica en algunos extremos no despreciables.

Lo primero en lo que observamos una diferencia entre ellos es en la forma en la que pasan el filtro del procedimiento del llamado “*probate*” ante el Tribunal, concretamente, ante el que se denomina “*Probate Registry Office*”⁶⁹⁷, siendo, el “*probate*”; el procedimiento por el cual se prueba la validez del testamento, si lo hubiese, y la idoneidad del *personal representative* en cuestión, para serlo. Pasado el *probate*, se denomina de manera general “*Grant of representation*” al, digamos, certificado de idoneidad personal que se entrega a este *personal representative* y que le reconoce de manera oficial la legitimación para gestionar y administrar el patrimonio hereditario.

Según el *Grant of Representation* se otorgue a un *executor* o a un *administrator*, la propia denominación de este, que hemos denominado, “certificado de idoneidad”, varía, encontrándonos con dos subtipos: en el caso del *executor* designado en testamento, debe éste pedir el *Grant of Probate* ante el Tribunal; en cambio, en el resto de supuestos, cuando es necesaria la designación de *administrator*, este recibirá del Tribunal el *Grant of Letters of Administration*, certificado este último que, generando análogos efectos una vez concedido, recibe distinta denominación porque implica un procedimiento, en su concesión, sustancialmente diverso, que vemos seguidamente.

En el caso en el que existe un testamento que contiene una válida designación de *executor*, debe este ocuparse de “probar” ante el tribunal que el testamento es válido y que él es el *personal representative* previsto por el mismo e idóneo para desempeñar tales funciones,

⁶⁹⁷ Este Tribunal, generalmente, se denomina “*Surrogate Court*” o, como se ha dicho, “*Probate Registry Office*”, esto es, si tradujésemos literalmente, un “tribunal testamentario” o “corte de sustituciones”, también denominado “Oficina de Registro del *Probate*”. De haber sido designado en testamento, el *executor* pasa por este tribunal únicamente para confirmar, como veremos, su estatus de tal. En el caso del *administrator*, será este tribunal el que lo designe, por lo que el procedimiento varía sustancialmente.

para lo que, básicamente, debe rellenar una solicitud, denominada “*PAI-Probate application*”⁶⁹⁸, que enviará a la “*Probate Registry Office*”, en la que deberá facilitar información relativa al causante, a sus bienes, a quiénes son los allegados del fallecido e información personal de sí mismo, así como reflejar si realiza tal solicitud, directamente, como posible *personal representative* o si es un abogado que actúa en nombre de aquellos posibles legitimados para serlo⁶⁹⁹, debiendo incluso el solicitante reflejar cuál es exactamente su relación con el fallecido. Una vez cumplimentada esta solicitud debe enviar, junto a esta; el testamento original junto con algunas copias del mismo⁷⁰⁰, una copia oficial del certificado de fallecimiento, así como la prueba de pago de dos cantidades; de un lado, en primer lugar, del impuesto sucesorio, que, curiosamente (como veremos con mayor detenimiento al estudiar los deberes del *personal representative*), es responsabilidad del *personal representative* y debe pagarse previamente a la concesión del *Grant of Representation* y, de otro, las tasas relativas a este procedimiento, o solicitud. Una vez completo este procedimiento, el executor sólo debe esperar la confirmación de su nombramiento.

Por el contrario, en el caso de no existir un *executor* nombrado en testamento, el procedimiento para designarse *administrator*, como podemos comprender fácilmente, es significativamente diverso, lo que, veremos, conlleva algunas consecuencias relevantes. En este supuesto, y de ahí el diverso nombre que toma este *Grant of Representation*, deben los más allegados del causante, sus familiares, presentar las que se denominan *Letters of Administration*, que son, básicamente, documentos en los que solicitan ocuparse de ser el *administrator* y entre las que el Tribunal decide⁷⁰¹. Que se diga que

⁶⁹⁸ *vid.* ANEXO I

⁶⁹⁹ Este profesional recibe la denominación de “*Probate Solicitor*”, y es útil que se recurra a él en casos en los que el procedimiento tiene lugar en relación a un *estate* complicado, por ejemplo: por existir un *trust*; por no estarse seguro de que el testamento sea válido o los términos del mismo no son claros; existen bienes de un valor importante que se encuentran fuera del país; es difícil localizar a los beneficiarios; existe un negocio en funcionamiento incluido en el patrimonio hereditario, entre otros. Además de lo anterior, también puede solicitarse la ayuda de un *solicitor* una vez pasado el procedimiento del probate, para que sea el encargado de administrar los bienes de la herencia, esto es, para llevar a cabo la labor del *personal representative*, ligado a las mismas razones mencionadas anteriormente, o, por ejemplo, cuando se sabe que el *estate* es insolvente.

⁷⁰⁰ Así como, de haberlos, los “*codicils*” (codicilos o anexos al testamento) existentes, esto es, instrucciones relativas al patrimonio hereditario añadidas al testamento, que ostentan la misma validez que éste.

⁷⁰¹ Así lo explica BELL, A.P. *Op. loc. ult. cit.*

“decide”, no significa que lo haga de una forma arbitraria o conforme le parezca oportuno al tribunal, y esto, porque existe un orden de preferencia legal prefijado⁷⁰².

De un lado, en el caso en que no exista testamento alguno, el orden de prioridad es el mismo que se reconoce para los herederos-beneficiarios en la sucesión intestada, fijado legalmente en la norma que recibe el nombre de: “*The Non-Contentious Probate Rules 1987*”, y que, en su precepto 22, señala que de fallecer el causante completamente intestado, las personas que tengan un “interés beneficiario” en el patrimonio hereditario, están legitimadas para obtener el *Grant*, en el siguiente orden: 1. El cónyuge superviviente (o, del mismo modo, la “pareja civil”⁷⁰³ desde 2004, conforme al “*Civil Partnership Act*” con idéntica autoridad que el cónyuge viudo); 2. Cualquier hijo del causante, o si uno de los hijos premuere al mismo, cualquiera de los hijos de éste; 3. Los padres del causante; 4. Hermanos y hermanas del causante, y cualquier hijo de un hermano o hermana si alguno de ellos premuere al aquél; 5. Hermanastros o hermanastras del causante, y cualquier hijo de éstos si alguno premuere al fallecido; 6. Tíos y tías (de sangre, o parentesco, esto es, no por matrimonio) del causante (calificados como de “*whole blood*”), y cualquier hijo de estos si hubieran premuerto a aquél.; y, por último; 7. Tíos y tías en relación con el causante por ser hijos de uno sólo de sus abuelos (calificados como de “*half blood*”), y cualquier hijo de éstos si premueren al fallecido⁷⁰⁴.

Además de lo anterior, establece este precepto (“*The Non-Contentious Probate Rules 1987*”; *Rule 22*) en el caso en que no existe nadie con un “*beneficial interest*” en el patrimonio hereditario (de los mencionados precedentemente) que, será el *Treasury Solicitor* (funcionario dependiente del Ministerio de Hacienda; literalmente: “abogado del tesoro” o “de Hacienda”) el que será investido con el *Grant*, si reclama éste los denominados “*bona vacantia*” (esto es, los “bienes vacantes”), en nombre de la Corona de Inglaterra. Es decir, en otras palabras, que si no existen herederos-beneficiarios que

⁷⁰² Debe tenerse en cuenta que, en el caso en el que exista más de una persona con derecho a recibir el *Grant*, y en defecto de acuerdo entre los *beneficiaries* al respecto, el Tribunal se lo concederá al primero de ellos que haya solicitado aquél.

⁷⁰³ Que sería un análogo a nuestras “parejas de hecho”.

⁷⁰⁴ Listado éste, que podría recordarnos en cierto modo al que se establecía en el artículo 966.1 LEC de 1881 para la designación del “albacea dativo”. Actualmente, la LEC de 7 de enero de 2000 no maneja el término de “albacea dativo” pero en su artículo 790.1, dispone: “siempre que el Tribunal tenga noticia del fallecimiento de una persona y no conste la existencia de testamento, ni de ascendientes, descendientes o cónyuge del finado o persona que se halle en una situación de hecho asimilable, ni de colaterales dentro del cuarto grado, adoptará de oficio las medidas más indispensables para el enterramiento del difunto si fuere necesario y para la seguridad de los bienes, libros, papeles, correspondencia y efectos del difunto susceptibles de sustracción u ocultación.”

puedan recibir finalmente los bienes (bajo las reglas de sucesión intestada); el *estate*, o patrimonio hereditario, pasaría a la Corona, ejerciendo el *Treasury Solicitor* la labor de *personal representative*.

Asimismo, y matizando en cierto punto el párrafo anterior, antes de que se llegue a este extremo, recoge el precepto que si todos aquellos que podían solicitar el *Grant*, por una u otra razón, no pudieran hacerlo, puede concederse el *Grant* a un acreedor del causante o a cualquier persona que, a pesar de no tener un *beneficial interest* inmediato en el patrimonio hereditario, puede llegar a tener este *beneficial interest* en caso de ser acreditado para ello⁷⁰⁵, por lo que, cualquiera que piense que puede tener cualquier tipo de interés en el patrimonio hereditario, puede solicitar el *Grant*, sea o no concedido posteriormente.

De otro lado, en el caso en que exista testamento pero no haya designación de *executor*, o ésta no sea válida, por ejemplo, por muerte, edad, capacidad o renuncia de aquél, el Tribunal lleva a cabo lo que se denomina “*Grant of Administration cum testamento annexo*”, con el único objetivo de designar un *administrator*, variando, en este caso, el orden de prioridad de aquéllos que pueden solicitar la legitimación para ser *administrators*, variación, que se debe a que en este caso se tiene en cuenta lo expresado en el testamento (de ahí que se defina como un *Grant*, digamos, “anexo al testamento”). De este modo, el orden de prioridad viene dado por lo dispuesto en testamento en relación a lo que se recibe por el mismo, esto es, a mayor derecho atribuido, mejor posición en la lista de posibles *administrators*⁷⁰⁶. Una vez agotados los de esta lista, se recurriría a la anteriormente mencionada para el caso en que no existe testamento.

⁷⁰⁵ Con todo lo anterior, señala, por último, el precepto, algo curioso cuando establece en su último apartado: “*subject to paragraph (5) of rule 27, the personal representative of a person in any of the classes mentioned in paragraph (1) of this rule or the personal representative of a creditor of the deceased shall have the same right to a grant as the person whom he represents provided that the persons mentioned in subparagraphs (b) to (h) of paragraph (1) above shall be preferred to the personal representative of a spouse who has died without taking a beneficial interest in the whole estate of the deceased as ascertained at the time of the application for the grant*”. Esto es, que el personal representative de los beneficiarios que van del 2 al 7 de los que mencionamos anteriormente, será preferido al del cónyuge/*civil partner* si éste hubiera muerto sin haber adquirido ningún *beneficial interest* en la totalidad del patrimonio hereditario en el momento en el que se solicitó el *Grant*.

⁷⁰⁶ En este sentido lo explica BURN, diciendo el autor que sería “*based in beneficial claims under the will, the residuary legatee or devisee having the first right*”. *Op. cit.*, p. 843. Del mismo modo, se encuentra regulado en “*The Non Contentious Probate Rules 1987*”, rule 20; regla ésta, en la que se establece el siguiente orden de prioridad para los supuestos en que existe testamento: “*Where the deceased died on or after 1 January 1926 the person or persons entitled to a grant in respect of a will shall be determined in accordance with the following order of priority, namely— (a) the executor (but subject to rule 36(4)(d) below); (b) any residuary legatee or devisee holding in trust for any other person; (c) any other residuary*

A continuación, una vez que se ha designado quién será el *administrator*, continúa el procedimiento (el *probate*) ante el Tribunal de análoga forma a como lo hace el *executor*, facilitando la misma información que el mismo, y con los mismos deberes relativos al pago de tasas e impuestos.

Así, a modo de recapitulación, los pasos que deberían seguirse para solicitar el *Grant of Representation*, y por lo tanto, para el funcionamiento del procedimiento del *probate*, serían: en primer lugar, encontrar y estar en posesión del testamento (ya que, deberá adjuntarse a la solicitud del *Grant*); en segundo lugar, completar el formulario relativo al impuesto sucesorio⁷⁰⁷, del que es responsable directo el *personal representative*, y que debe ser pagado como paso previo a la obtención del *Grant* (para ello, será necesario que el interesado en obtener el *Grant* haya realizado un inventario previo de los bienes en el que constará la valoración de los mismos, y que servirá de base para la determinación del impuesto); en tercer lugar, y pagado el impuesto sucesorio, debe cumplimentar la solicitud “PA1”, esta es, de la que hablamos anteriormente y en la que se solicita el *Grant* ante la *Probate Registry Office*; en cuarto lugar, como vimos, quedaría enviar la anterior solicitud, adjuntando junto a ella la prueba del pago del impuesto sucesorio, el testamento (original)⁷⁰⁸, una copia del certificado de fallecimiento, y la prueba de haberse pagado la tasa que conlleva el procedimiento del *Probate*.

legatee or devisee (including one for life) or where the residue is not wholly disposed of by the will, any person entitled to share in the undisposed of residue (including the Treasury Solicitor when claiming bona vacantia on behalf of the Crown), provided that— (i) unless a registrar otherwise directs, a residuary legatee or devisee whose legacy or devise is vested in interest shall be preferred to one entitled on the happening of a contingency, and (ii) where the residue is not in terms wholly disposed of, the registrar may, if he is satisfied that the testator has nevertheless disposed of the whole or substantially the whole of the known estate, allow a grant to be made to any legatee or devisee entitled to, or to share in, the estate so disposed of, without regard to the persons entitled to share in any residue not disposed of by the will; (d) the personal representative of any residuary legatee or devisee (but not one for life, or one holding in trust for any other person), or of any person entitled to share in any residue not disposed of by the will; (e) any other legatee or devisee (including one for life or one holding in trust for any other person) or any creditor of the deceased, provided that, unless a registrar otherwise directs, a legatee or devisee whose legacy or devise is vested in interest shall be preferred to one entitled on the happening of a contingency; (f) the personal representative of any other legatee or devisee (but not one for life or one holding in trust for any other person) or of any creditor of the deceased.”

⁷⁰⁷ Impuesto que debe ser pagado a la institución, de la Corona, que recibe el nombre de “*Her Majesty’s Revenue and Customs*”, a través de un formulario que variará dependiendo de si el valor del patrimonio supera el umbral reconocido para que se tenga obligación de hacer efectivo tal impuesto o no. Si el valor es menor del umbral establecido, deducidas las deudas y los gastos funerarios, debe rellenarse el formulario IHT205 (*A “return of estate information”*). En cambio, si supera el mencionado umbral, debe cumplimentarse el formulario IHT400 (*“Inheritance Tax Account”*), y enviarlo a la citada institución para formalizar el pago del impuesto.

⁷⁰⁸ Así como los codicilos, si existiesen, que añadan información al testamento.

Efectuado todo lo anterior, una vez que la *Probate Registry Office* haya recibido toda la información y documentos que hemos mencionado anteriormente, envían al posible *personal representative* lo que se denomina un “*oath*”, esto es, un documento oficial en el que debe realizar éste un “juramento”, en el que, básicamente, confirma o expresa que el testamento presentado es válido (y es la última versión del mismo); que la persona que está prestando tal juramento es la que se designó en el mismo como *executor* (o, de no haber testamento, que es la persona indicada para ser *administrator*), y, en resumen, que la información facilitada es verdadera y que es la persona indicada para llevar a cabo la labor de *personal representative*⁷⁰⁹. Una vez prestado tal juramento, sólo debe esperar a que se le notifique lo que se ha resuelto en relación a la concesión del *Grant*⁷¹⁰, y, de concedérsele, se le remitirá tal documento que lo legitima oficialmente para gestionar, administrar y distribuir el patrimonio hereditario.

- Casos particulares.

No en todos los casos se necesita de la obtención del *Grant*, ya que existen un número de supuestos en los que no se requiere, dada la naturaleza del *estate* u otras circunstancias relacionadas con una herencia en particular⁷¹¹. Entre estos supuestos podemos destacar, principalmente, en primer lugar, el hecho de que el *estate* sea, en terminología inglesa, un “*small estate*”⁷¹² (esto es que sea de un valor reducido⁷¹³) por ejemplo, por estar

⁷⁰⁹ Con anterioridad, y puesto que pretendía verificarse la identidad del *personal representative*, solía prestarse este juramento mediante una entrevista personal, en la que el futuro *personal representative* se personaba en el Tribunal para efectuar este juramento (llevando consigo todas las pruebas y documentos que estimara conveniente para demostrar la veracidad del mismo). Hoy en día, no es necesario que acuda a una entrevista personal, por lo que únicamente debe rellenarse el documento oficial que contiene el juramento, y llevarlo a cabo pidiendo una cita previa en la *Probate Registry Office*, o, si le resulta complicado acudir personalmente (por lejanía de su domicilio u otras circunstancias), puede prestar tal juramento ante un bufete de abogados locales, que suelen ofrecer un servicio denominado “*commissioner for oaths*”, y que, previo pago, se encargan de ultimar este procedimiento.

⁷¹⁰ Además de esto, explica BURN, E.H. que, un testamento, después de pasar por el probate, se guarda en el *Registry* (Registro) de la *Court* (de la oficina especializada en el procedimiento del probate del tribunal), y una copia, junto con el certificado de que el testamento ha sido “probado”, se entrega al *executor*. Los contenidos del testamento se abren tras esto a *public inspection*, conforme al *Supreme Court Act 1981, s. 125*, y pueden ser vistos por cualquiera en *Somerset House* en Londres. La copia y el certificado se denominan el *probate* del testamento, y son concluyentes en cuanto a la validez de las disposiciones testamentarias y del derecho del *executor* a cumplir con sus deberes. Aclara asimismo el autor que la única forma de evitar su publicidad es constituir un “*secret trust*”. *Op. cit.*, p. 845

⁷¹¹ Nos guiamos por lo que se expresa, a este respecto, en la página web oficial del Gobierno de Reino Unido. Extraído de: <https://www.gov.uk/wills-probate-inheritance>

⁷¹² Esta circunstancia se reconoce en el “*Administration of Estates (Small Payments) Act 1965*”, que en su capítulo 32, y en su precepto 1(1), expresa que “*In the enactments and instruments listed in Schedule 1 to this Act, of which— (a) those listed in Part I are enactments authorising the disposal of property on death, without the necessity for probate or other proof of title (...)*”

⁷¹³ Debido a que cada institución (por ejemplo: sociedades de crédito, bancos, etc.) tiene sus propias normas internas en cuanto a qué consideran un “*small estate*” es difícil saber qué valor exacto debe tener un *estate*

únicamente formado por dinero en efectivo o bienes muebles como un coche, joyas, etc.⁷¹⁴; en segundo lugar, el caso en el que el causante fuera titular conjuntamente con otra persona de un bien inmueble, de una cuenta bancaria (conjunta), de acciones o participaciones o cualquier otro tipo de propiedad, debido a que en estos casos, que son los que en terminología inglesa se denominan de “*jointly-owned property*” o de “*joint tenancy*”, tal propiedad pasa automáticamente al titular supérstite. En tercer lugar, tampoco se requiere *probate*, en los casos en los que el patrimonio hereditario esté únicamente compuesto por bonos del Estado o por fondos de pensiones o seguros de vida.

Aún lo anterior, debe matizarse que son cada una de las instituciones que se encuentran en posesión de los bienes del patrimonio, por ejemplo, un banco en concreto, las que deciden si requerir o no el *probate* para poner a disposición del *personal representative* tales bienes, por lo que cada institución tiene una política propia al respecto⁷¹⁵.

Acabando con ello el presente apartado, debemos por último aludir a otra circunstancia, trascendente, que trae para sí la posibilidad de solicitar otro tipo de *Grant* no mencionado hasta el momento. Esta circunstancia, se manifiesta en distintos supuestos, entre otros, el relativo a que el causante hubiera celebrado un contrato de compraventa (por ejemplo: de su casa, u otra propiedad), pero hubiera fallecido antes de que se perfeccionara, o, de otro lado, el caso en el que el *executor* (o *executors*) del fallecido, encontraran un comprador para una determinada propiedad poco después de la muerte de aquél. Asimismo, se manifiesta en casos en los que el causante fuera el único propietario de un comercio o negocio, en los que, sin el *Grant*, no puede continuarse la actividad empresarial. En los mencionados supuestos, ante la apremiante o urgente situación que se presenta, y estando

para considerarse de este tipo, ya que hay algunas instituciones que fijan el límite en 5000 libras, otras en 25000, etc., por lo que es complicado, como decimos, establecer una regla general al respecto. Habrá que estar al caso concreto.

⁷¹⁴ Por lo que, normalmente, se requiere *probate*, dado que suele existir algún inmueble en el haber hereditario, lo que elimina esta posibilidad

⁷¹⁵ En algunos supuestos, no exigiendo el *probate*, puede exigirse (por una institución en concreto) lo que se denomina una “*indemnity form*”, que básicamente sería un documento, o formulario, que cumplimentaría la persona en cuestión que se encargará de tales bienes y los gestionará, documento, en el que se compromete a devolver o reembolsar a la institución en concreto aquello que ha adquirido, sin pasar por el procedimiento del *probate*, para el supuesto en el que apareciera un tercero con un mejor derecho sobre tales bienes. Por lo anterior, dependiendo de las circunstancias concretas de la herencia en cuestión puede ser más o menos fácil o beneficioso pasar por el *probate* aunque no se requiera, que tomar el riesgo de que aparezca un tercero con mejor derecho, teniéndose para ello en cuenta, que si el patrimonio hereditario no supera las 5000 libras, el procedimiento del *probate* no conlleva pago de tasas. Circunstancia, esta última, que se explica en la propia página web oficial del Gobierno de Reino Unido, expresándose que “*there’s no fee if the estate is under £5,000*”. Extraído de: <https://www.gov.uk/wills-probate-inheritance/applying-for-a-grant-of-representation>

aún pendiente la finalización del procedimiento del *probate*, y con ello, la obtención del *Grant* por el *personal representative*, puede éste solicitar el que se denomina “*Grant of administration ad colligenda bona*”, que no es más que un *Grant* limitado para un asunto en concreto (por ejemplo: la venta de la propiedad inmueble en cuestión, la continuación de la actividad empresarial, etc.). Por lo anterior, se habilitaría mediante este *Grant* limitado al *personal representative* en cuestión, para llevar a cabo uno de los propósitos anteriormente mencionados, pero para nada más, lo que significa que, para la gestión y distribución del resto del patrimonio hereditario, debe esperar a la obtención del genérico *Grant of Representation*⁷¹⁶.

Con todo lo anterior, una vez que conocemos qué es el *Probate* y con ello, el *Grant of Representation*; debemos decir que una vez obtenido el *Grant*, el *executor* y el *administrator* se sitúan por completo en igualdad de condiciones, tienen las mismas facultades, los mismos deberes y obligaciones, así como análogas funciones. Sabiendo lo anterior, y siendo lo que trataremos a continuación en el siguiente apartado, la cuestión es, ¿están en el igualdad de condiciones en el período que media desde el fallecimiento del causante hasta la obtención del, oficial, *Grant of Representation*?

2.3 El período que media entre la muerte del causante y la obtención del *Grant of Representation*. Las diversas implicaciones del *Probate* para *executor* y *administrator*.

Nos enfrentamos en este momento a una cuestión compleja, que no es otra que conocer, como se avanzaba, si existe alguna diferencia en la autoridad, o facultades, que ostentan el *executor* y el *administrator*, no ya tras la obtención del *Grant* que, veremos, los sitúa en análoga posición, sino en el período que media entre la muerte del causante y la obtención de este, decíamos, certificado de idoneidad personal para abordar la tarea de administración, gestión, liquidación y distribución del patrimonio hereditario. El porqué de la complejidad que alberga este supuesto reside en que, en este asunto, están

⁷¹⁶ En este sentido se nos explica nítidamente por el Gobierno de Reino Unido en su página web oficial, en la que se expresa que, además, la orden emanada por el tribunal a este respecto, suele incluir la siguiente fórmula, en lo relativo a lo limitado de este “*grant of administration ad colligenda bona*”, expresando que estaría: “*limited for the purpose of collecting and getting in and receiving the estate and doing such acts as may be necessary for the preservation of the same until further representation be granted*”. Extraído de: <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/inheritance-tax-manual/ihtm05151>

involucradas algunas nociones no sencillas de comprender en el ordenamiento anglosajón, como son, de un lado, la propiedad y, de otro, aquella relativa a la naturaleza jurídica del *personal representative*, esto es, la respuesta al interrogante de *en qué calidad actúa éste*. Pero empecemos por lo más básico o sencillo.

Vimos que solicitar el *Grant of Representation* es uno de los deberes principales de un *personal representative*⁷¹⁷, documento que, como se comentó, es otorgado por la *Probate Registry Office* tras tener lugar el proceso que se denominaba “*probate*”, procedimiento que, fundamentalmente, perseguía dos objetivos básicos, de un lado, “probar” la validez del testamento y, de otro, asimismo, confirmar el válido nombramiento del *executor* o *executors* designados en testamento, o, en su caso, designar uno o varios *administrators* conforme a las reglas anteriormente expresadas.

Dicho lo anterior, centraremos en este momento la atención en el origen o la fuente del nombramiento del *personal representative*, esto es, en las distintas consecuencias que acarrea, a este respecto, el ser designado, como tal, en testamento o no. Cuestión, la precedente, no baladí, siendo, como veremos, en cierto modo, la llave que abre la puerta a distinciones relevantes entre *executor* y *administrator*, y que nos ayudará a comprender por qué se encuentran, o no, en distinta posición en el período que media entre la muerte del causante y la obtención del *Grant*. Y es que, y con base en lo anterior, las preguntas clave que debemos formularnos son: ¿de dónde emana la autoridad de un *personal representative*? ¿Deriva del testamento, de haberlo, o en todo caso del *Grant of Representation*? Esto es, ¿dónde se halla el verdadero origen de su legitimación para actuar como tal?

En principio, es con el *Grant* con el que los *personal representative* adquieren la legitimación oficial para actuar sobre el patrimonio hereditario con las más amplias facultades. Pero esto, como se advierte, únicamente “en principio”, ya que debemos matizarlo seguidamente, matización, que tiene mucho que ver con el origen de su nombramiento, ya que la autoridad que se le reconoce al *executor* y al *administrator* entre la muerte del causante y la obtención del *Grant* es sustancialmente diversa.

Es doctrina mayoritaria, así como una noción, ya antigua, del derecho inglés, que el *executor*, (en la propia terminología anglosajona); “obtiene su título del testamento y no

⁷¹⁷ Salvando aquellos casos (ej: *small estate, joint tenancy*...) en los que vimos no era necesario.

del tribunal”⁷¹⁸, por lo tanto, sería el testamento, y no el *Grant*, la fuente principal de sus poderes y autoridad. Lo anterior, hace que normalmente un *executor*, designado por tanto en testamento, empiece a reunir información sobre el patrimonio desde la muerte del causante y, en teoría, esté autorizado para realizar muchas gestiones de forma válida antes de haber obtenido el *Grant*, basando su autoridad en la validez del testamento y el poder que éste le confiere. Derivado de lo anterior es que, autores, como, por ejemplo, BURN, expresen que “la regla general sea que debe realizar sus funciones y deberes desde la muerte del testador”⁷¹⁹. Ahora bien, no quiere decir esto que no deban solicitar el *Grant of probate*, o que puedan no hacerlo, ya que es un paso necesario para que sus poderes sean reconocidos de manera oficial por el Derecho, y que se convertirá en la única prueba fiable de su autoridad. Reconocimiento, el anterior, que no es irrelevante ya que, en casos como en los que el testamento no se considere válido finalmente, o aquellos en los que se considere que el *executor* no podía ser nombrado como tal, habría éste actuado sin autoridad para ello, ya que en ese momento ya no hay nada que lo ampare como *personal representative*, y, como veremos, si ha cometido algún error, puede conminársele a responder por los daños ocasionados al patrimonio hereditario en perjuicio de los herederos-beneficiarios, o de los acreedores. Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que, en numerosas ocasiones, todos, o parte de los bienes que componen el *estate*, se hallan en manos de bancos o diversas instituciones, que, en un gran número de casos (ya que cada institución, como se comentó en el apartado precedente, tiene una política de actuación propia a este respecto), no estarán dispuestas a entregar los bienes a alguien que, aun habiendo sido designado en testamento, no esté en posesión, todavía, del *Grant of probate*, digamos, con el objetivo de prevenir posibles inconvenientes, esto es, para tener la mayor seguridad posible de que los bienes se dejan en manos de la persona indicada.

Con lo anterior, y por norma general, salvo las excepciones que se vieron (en relación a supuestos en los que no era necesario el *probate: small estate, joint tenancy...*), no está admitido que el *executor* reparta los bienes o tome dinero del patrimonio hereditario hasta

⁷¹⁸ En este sentido lo expresa WARREN, J., “Problems in Probate and Administration”, *Harvard Law Review*, Vol. 32, No.4, pp. 315-348, Febrero 1919

⁷¹⁹ En este sentido, refleja asimismo el autor algo significativo, y es que, si bien el *probate* del testamento, junto con la copia del mismo, son prueba tanto de la validez del testamento como del nombramiento del *executor* y su derecho para llevar a cabo sus funciones, es del testamento mismo de donde deriva el título de aquél. *Op. cit.*, p. 845.

haber obtenido el *Grant*, ya que sería este último el que, de manera formal, legítima o legaliza el paso de los bienes, y su propiedad, al *executor*.

Sintetizando lo anterior, si decimos que el *executor* obtiene su título del testamento, y es este testamento el que lo autoriza como tal, pudiendo por ello actuar sobre el patrimonio hereditario desde la muerte del causante, pero, a continuación, limitamos su actuación en términos de reparto de los bienes, o toma de posesión del dinero del *estate*, entre otras cosas, hasta la obtención del *Grant*, ¿cuáles son esas libres actividades o gestiones que puede realizar el *executor* en el período que media entre la muerte del causante y la obtención del *Grant*?

En primer lugar, debe decirse que, en todo caso, es prudente esperar hasta la obtención del *Grant*, sobre todo, si se duda de la validez del testamento o del válido nombramiento de *executor* en el mismo. Advertido esto, aunque, como decimos, no puede el *executor* repartir los bienes o tomar dinero del patrimonio hereditario, puede hacer otras muchas cosas, por su condición de *personal representative* designado en testamento, y que marcan la diferencia con el *administrator*.

Entre tales actuaciones, puede demandar y ser demandado en calidad de *executor* y en relación al patrimonio hereditario, puede empezar a gestionar éste y obtener información del mismo (aun no pudiendo repartirlo todavía), incluso puede, por la autoridad que el testamento le confiere como *executor*, continuar con las negociaciones relativas a, si lo hubiera, un contrato de compraventa iniciado por el causante, pero inacabado antes de su fallecimiento. Concretamente, y relacionado con esto último, puede asimismo comenzar el proceso de poner a la venta, o en el mercado, una de las propiedades del *estate*, por ejemplo, seleccionar una agencia inmobiliaria que se encargue de las gestiones oportunas, acordar los términos de la venta con los interesados e incluso celebrar el contrato de compraventa. El límite se encontraría en la perfección de este contrato, que no podría ser firmado por el *executor*, oficialmente, hasta la obtención del *Grant*, por lo que, normalmente (y puesto que es una actividad que beneficia al patrimonio hereditario y con ello, a los herederos-beneficiarios), se celebra el contrato, pero con la introducción de una cláusula en el mismo que sujeta su perfección y efectividad a la obtención del *Grant* por el *executor*⁷²⁰.

⁷²⁰ Tal es el alcance de los actos que puede efectuar el *executor* en el período que media entre la muerte del causante y la obtención del *Grant*, que comenta WARREN, J., que, siempre y cuando el testamento sea en

Por lo tanto, tenemos hasta este momento claro que, en el caso del *executor*, adquiere éste su autoridad y poderes (incluso en los propios términos de derecho inglés, su “título”), del testamento, y no del *Grant of probate*, que, en este supuesto, vendría a ser nada más que una prueba de tales derechos, una demostración oficial de los mismos, esto es, una confirmación de la autoridad que ya se tiene desde la muerte⁷²¹, aunque en ciertos momentos, por cuestiones de seguridad en la administración de los bienes, se limite tal autoridad, o poderes. En este sentido, todos los actos que realiza el *executor* entre la muerte del causante y la obtención del *Grant of probate*, son plenamente válidos⁷²², añadiendo algunos autores que, en todo caso, obtenido el *Grant*, son considerados válidos,

algún momento “probado”, incluso si el *executor* ha premuerto a este hecho, sus actos serían válidos. *Op. cit.* p. 322

⁷²¹ En tal sentido lo explican, entre otros, BELL A.P., *Op. cit.*, p. 407, así como VAIGHAN WILLIAMS, E. Sir., en; *A treatise on the law of executors and administrators*, AAVV. Ed. London Stevens and Sons, Great Britain, 1905, p. 468, añadiendo este último que, no así ocurre con el administrator, que lo es sólo desde que obtiene el *Grant*.

⁷²² Otra cuestión a mencionar a este respecto es el caso del que se conoce como “*executor de son tort*”. Si una persona sin obtener el *Grant of probate* se encarga de mediar con la propiedad de una persona fallecida en forma tal que indica que asume los derechos de un executor, se dice que es un *executor de son tort* (recibiendo el mismo nombre y funcionando de la misma forma para los casos de sucesión intestada). Esto es, sería el supuesto en el que una persona, sin haber obtenido el *Grant*, actúa como si fuese el executor ante los demás, cuando no está legitimado para serlo. En este caso, y dado este supuesto, el *executor de son tort* sería responsable por la porción de patrimonio de la que se hubiese ocupado, deduciéndose cualquier deuda que el propio estate le debiera a sí mismo, así como todo pago realizado que se entienda hubiera sido efectuado por el legítimo *personal representative*, esto es, pagos que se entienden debidamente realizados (por ejemplo; saldar una deuda del patrimonio hereditario), además, sería este *executor de son tort* el responsable del impuesto de sucesiones correspondiente a la parte de bienes de los que se hubiese ocupado. Se ha dicho que esta situación se recoge legalmente por la sección 28 del *Administration of Estates Act 1925* que establece que si alguna persona, en fraude de acreedores o sin una causa totalmente considerable o valorable, económicamente hablando (esto es, onerosa), obtiene, recibe u ostenta cualquier propiedad mueble o inmueble de una persona fallecida o satisface alguna deuda con cargo al estate, puede ser responsable como executor “en su propio error” (esto es, como executor de son tort) en la medida del estate que esté en sus manos o de la deuda satisfecha deduciendo las mismas cantidades de las que hemos hablado anteriormente. A este respecto, hay autores que reconocen que se recoge el caso del *executor de son tort*, y otros que alegan que más bien es una extensión de la responsabilidad que surge del supuesto del *executor de son tort*, para éste, a casos (que serían los que recoge esta sección 28) en los que alguien, que ha obtenido bienes de manera adecuada por el legítimo *personal representative*, lo hace en fraude de acreedores o sin pagar totalmente el valor de los mismos. Este último entendimiento es referido en el caso *Haastrup v Okorie* [2016] EWHC 12 (Ch). En el entendimiento de esta cuestión se ha seguido lo expresado por BURN E.H., *Op. cit.*, p. 845, BLACKSTONE, W., *Commentaries on the Laws of England: a facsimile of the first edition of 1765-1769. Vol. II, Of the rights of things :(1766)*, University of Chicago Press, Chicago, 2002, p. 507; así como, SLOAN, B., en *Borkowski's Law of Succession*. Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 351-352. Dicho lo anterior, debe matizarse que en el supuesto anteriormente explicado nos hallamos ante el caso en que una persona actúa como si fuese *executor*, sin ningún tipo de legitimación (de ahí que dijéramos que incluso en los casos en los que no haya testamento pueda existir un *executor de son tort*), para lo que debe advertirse (y para que no nos lleve a equívocos) que, un *executor* nombrado en el testamento que se ocupa del *estate* antes de la obtención del *Grant*; como se reconoce en el caso *Sykes v Sykes* (1870) LR 5 CP 113 at 117; no entra en este caso, no está actuando erróneamente, ya que, como hemos visto, sus actos previos al *Grant of probate*, son perfectamente válidos, él si ostenta una legítima autoridad, esta es, la que deriva de su nombramiento en el testamento.

oficialmente, de manera retroactiva⁷²³, gozando tales actos de la misma protección de la que disfrutaban aquéllos efectuados una vez concedido el *Grant of probate*.

Con lo anterior, y visto de dónde brota la autoridad del *executor*, urge que nos cuestionemos de dónde emana la autoridad de un *administrator*, esto es, de un *personal representative* para los casos en los que estamos ante un supuesto en el que no existe testamento o en el que, existiendo aquél, no se ha nombrado *executor*, única forma en la que comprenderemos si puede aquél realizar actos válidos entre la muerte del causante y la obtención del *Grant*, o, por el contrario, si no puede hacerlo, difiriendo por lo tanto en este punto de la figura del *executor*.

Debe avanzarse desde este mismo momento que, aunque una vez habilitado para ello, el *administrator* asume las mismas funciones que el *executor*, no está autorizado, como éste, para actuar antes de la obtención del *Grant*, y por ello, en el período que media entre la obtención del mismo y la muerte del causante, algo que, como veremos, encierra una coherencia lógica.

El *administrator*, como ya sabemos, es designado por la *Probate Registry Office*, esto es, su nombramiento es efectuado judicialmente. De este modo, hasta que (entre las personas que solicitan ocuparse de estos menesteres) no se decide por el tribunal quién llevará a cabo tales funciones, no hay ningún *personal representative* con autoridad concedida, de ninguna forma, para ocuparse del patrimonio hereditario, por lo que, en este caso, por no existir testamento o por no haberse designado en el mismo quién debe asumir las funciones de *personal representative*, la autoridad del *administrator* no cobra vida, o surge, más que desde el momento del *Grant*; su autoridad no deriva de la confianza que un testador depositó en él, sino de una designación judicial, lo que lo inhabilita para actuar antes de tal reconocimiento⁷²⁴.

Relacionado con lo anterior, debe decirse que tanto la propiedad mueble como la inmueble del causante, pasa al *administrator* desde su nombramiento por el tribunal en

⁷²³ En tal sentido lo explican, entre otros, BELL, A.P., *Op. cit.*, p. 407; VAIGHAN WILLIAMS, E., Sir., *Op. cit.*, p. 468

⁷²⁴ En este sentido, ya BLACKSTONE, W., explica que un *executor* puede llevar a cabo muchas actuaciones antes de “probar el testamento”, pero un *administrator* no puede hacer nada hasta que no se ha otorgado el *Grant*; y esto porque el *executor* deriva su poder del testamento y no del *probate*, mientras que el del *administrator* no se debe más que a su nombramiento por el tribunal. *Op. cit.* En el mismo sentido, BURN E.H., *Op. cit.*, p. 868; así como VAIGHAN WILLIAMS, E., S., reconociendo la legitimación para actuar del *administrator* únicamente desde la obtención del *Grant*. *Op. cit.*, p. 468

idéntica medida a cómo pasa al *executor*, pero con la salvedad de que, en el intervalo que acontece entre la muerte del causante y el nombramiento del *administrator* (esto es, antes del mencionado nombramiento por el tribunal) ambos tipos de propiedad del fallecido se confieren, en este último caso, al *Probate Judge*⁷²⁵, que no es más que el juez encargado de todo el procedimiento relativo al *Probate*. Así, de manera transitoria, pasa a éste o es adquirida por el mismo, hasta que se determine quién será el que se ocupe del patrimonio hereditario en calidad de *administrator*⁷²⁶.

En síntesis, y con todo lo anterior, debe decirse que aunque el *executor* deriva su autoridad del testamento, no puede probar oficialmente de ninguna forma los derechos que ha adquirido si no es a través de la concesión del *grant*. Por el contrario, en los casos de sucesión intestada o en aquellos en los que no se ha designado *executor* en el testamento, el *administrator* no tendrá autoridad, en ningún modo, hasta que no se le conceda el *grant*; sólo en ese momento comienza su legitimación para actuar sobre el *estate*, o patrimonio hereditario. De este modo, y con base en esta idea, se sostiene que su autoridad no se retrotrae, de manera general, al momento de la muerte del causante, como sí ocurre en el caso del *executor*, por lo que los actos que realice entre la muerte del causante y la obtención del *grant*, no son actos válidos de pleno derecho, por no estar legitimado para actuar en tal intervalo de tiempo. En este sentido, ya desde antiguo, en temprana jurisprudencia anglosajona, se sentarían ciertas bases o principios generales que afectan a todos los tipos de supuestos al respecto. En este sentido, ya en temprana jurisprudencia anglosajona (1822), en el caso *Woolley v. Clark*⁷²⁷, se expresaría⁷²⁸ que hay una muy clara distinción entre el caso de un *administrator* y el de un *executor*, ya que el primero de ellos deriva su título totalmente del tribunal (en este momento, aún de las cortes eclesiásticas), por lo que no tiene nada hasta que se le otorga el *grant of letters of administration*,

⁷²⁵ Comenta BURN, E.H., que, por ejemplo, hay supuestos en que se otorga al Presidente de la *Family Division* de la *High Court* inglesa. Además, refleja el autor que esto tiene reflejo legal en la *Administration of Estates Act 1925*, ss. 9, 55 (19 (xv)), tras la reforma que introdujo el *Administration of Justice Act 1970*, s.1, Sch. 2, para. 5; citando asimismo el autor jurisprudencia al respecto; como los casos: *Wirral Borough Council v Smith* (1982) 43 P & CR 312; *Practuce Direction* [1965] 1 WLR 1237, [1965] 3 All ER 230. *Op. cit.* p. 867. En el mismo sentido, comenta BELL, A.P., que “estando pendiente el nombramiento, de todos modos, la propiedad en cuestión la adquiere el *Probate Juzge* (en Inglaterra y en Irlanda del Norte) o el Presidente de la *High Court*”. *Op. cit.*, p. 408

⁷²⁶ En este sentido lo explica BURN, E.H., *Op. loc. ult. cit.*

⁷²⁷ *Woolley v. Clark* (1822) 5B&A 744. En el supuesto, en virtud del testamento, había sido designado un *executor*. Posteriormente se descubre que existe un testamento posterior y se comunica a aquél, que pierde su condición de tal. Después de conocido el evento, decide vender los bienes del patrimonio hereditario, hecho para el que no estaba legitimado, ya que el *executor* designado en el ulterior testamento, debía adquirirlos o recibir el valor de todos ellos para ejercer sus funciones como personal representative legítimo.

⁷²⁸ Concretamente por el juez C.J. Abbott

recibiendo, por tanto, la propiedad del causante sólo en el momento en que se ha concedido aquél. De otro lado, se aclara, el caso del *executor* es distinto, ya que deriva su título del testamento en sí mismo, adquiriendo la propiedad de los bienes del patrimonio hereditario desde la muerte del causante. En este contexto, se establecía como principio general que un *administrator* no podía actuar de ninguna de las maneras en relación al patrimonio hereditario antes de obtener el *grant*. Parecía que este era el principio general, de base, siendo cualquier otra cosa una excepción a una regla general bien establecida, que era la no actuación del *administrator* antes de la obtención del *grant*⁷²⁹.

De esta forma, parece ser sencilla y natural, o razonable, la distinción en cuanto a los efectos que el *grant* produce en uno y otro tipo de *personal representative*, según sea designado en testamento o no; efectos, como se ha visto, ligados directamente a la fuente de su nombramiento y procedencia de su autoridad. Dicho lo precedente, y aún la lógica de tal diferenciación, no ha sido una cuestión exenta de inconvenientes, obstáculos y polémica.

Uno de los problemas que ya se debatía en la doctrina inglesa desde antiguo (y que aún hoy es fuente de controversia en sede tanto doctrinal como jurisprudencial), es el que partiría del hecho relativo a que, si tenemos en cuenta que un *administrator* deriva su título y autoridad exclusivamente del *grant of letters* y (a diferencia del *executor*) hasta que éste no se le concede, no está facultado en modo alguno para ocuparse del patrimonio hereditario ni actuar en su nombre; ocurre (y ocurría, como se ha mencionado, ya desde época temprana) que si alguien, cualquiera, se apropiaba indebidamente de algún bien del *estate* o causaba algún daño al mismo en el intervalo que mediaba entre la muerte del causante y la concesión del *Grant of letters* (aunque finalmente éste se concediese), el *administrator* no estaba legitimado para accionar frente a estos posibles infractores, por producirse tales hechos en el mencionado período que va desde la muerte del causante a la concesión del *Grant of letters*⁷³⁰ (y esto, porque los efectos de su nombramiento son *ex nunc*).

⁷²⁹ En este sentido lo expresan MARTYN J.R., y CADDICK, N., explicando: “*an executor may perform most of the acts pertaining to his office, before probate. However, for an administrator, the general rule is that a party entitled to administration can do nothing before letters of administration are granted to him (...)*”. *Williams, Mortimer and Sunnucks on Executors, Administrators and Probate*, Sweet & Maxwell, Londres, 2008

⁷³⁰ Así lo expresa BURN E.H., añadiendo el autor que, en principio, tenía más sentido para el caso de propiedad mueble u objetos, pero que al final se extendería la cuestión a todo tipo de bienes. *Op. cit.*, p. 868

Ante tal conflicto, y teniéndose en cuenta que, en palabras de BURN⁷³¹, “*no wrong may go without a remedy*” (esto es, ningún daño o agravio puede quedar sin un remedio legal), ya desde antiguo se planteó una solución para este problema a través de la doctrina llamada del “*relation back*”, que explicamos seguidamente, matizando y suponiendo una excepción al general carácter *ex nunc* de los efectos del nombramiento del *administrator*. Básicamente, según tal noción, una vez concedido el *Grant*, el título del *administrator* se remonta o remite al momento de la muerte del causante, para así poder hacer frente o accionar frente a las intromisiones, digamos, ilegales, que hubieran podido tener lugar sobre el patrimonio hereditario en el tiempo que media entre la muerte del causante y la concesión del *Grant*. Históricamente, esta doctrina encontró su justificación y aplicación para las denominadas “*sue in trover*”, que fundamentalmente eran unas de las formas de acción del antiguo *common law*. Estas acciones eran básicamente un remedio para recobrar los bienes (en un principio, únicamente referido a aquellos de *personal property*, esto es, bienes muebles) apropiados de manera ilegal o indebida. Posteriormente, la doctrina del “*relation back*” se extendió a más tipos de acciones⁷³².

Con la evolución posterior, se ha querido ampliar el ámbito de la eficacia retroactiva del nombramiento del *administrator* a diversos actos, distintos de aquéllos para los que, originariamente, se pensó la doctrina del “*relation back*”. Los problemas y conflictos doctrinales afloraron cuando se trató de extender esta noción, o solución, a todos los tipos de situaciones posibles, hasta que doctrina y jurisprudencia se toparon con la siguiente cuestión: si el *personal representative*, en este caso, concretamente, el *administrator*⁷³³, se ocupa en forma alguna del patrimonio hereditario antes de que se le conceda el *Grant of letters*; una vez concedido éste, ¿todo tipo de actos que haya realizado previamente al mismo se consideran válidos *a posteriori*? Esto es, ¿se validan con carácter retroactivo? Este asunto, como se advertía, no ha estado exento de polémica y ha supuesto división de opiniones tanto en la doctrina como en la jurisprudencia⁷³⁴.

⁷³¹ *Op. loc. ult. cit.*

⁷³² En relación al origen de la noción, se sigue lo expresado por WARREN, J., *Op. cit.*, pp. 319-320; en el mismo sentido, BURN E.H., citando este último jurisprudencia al respecto; como el caso *Tharpe v Stallwood* (1843) 12 LJ CP 241, o el caso *Re Pryse* [1904] P 301], caso este último en el que podía verse como, aunque esta regla era más a menudo importante en caso de bienes muebles, se termina aplicando igualmente para infracciones cometidas en relación a tierras o bienes inmuebles. *Op. loc. ult. cit.*

⁷³³ Y es concretamente un problema que concierne al *administrator* debido a que, como se ha estudiado, el *executor* puede actuar, sin necesidad de tal doctrina, en el período que media entre la muerte del causante y la obtención del *Grant of probate*. Nos dice WARREN, J., que, de hecho, puede el *executor* en este período actuar “libremente”. *Op. cit.*, p. 322.

⁷³⁴ Desde antiguo, como comenta ya WARREN J., las autoridades han estado divididas en este asunto, por la cuestión de remontar a un momento anterior una autoridad que, en realidad, se ha adquirido

En primer lugar, debemos dirigir la mirada a la sección 21 del *Administration of Estates Act* (1925); que ha contribuido, en cierta forma, a que el conflicto siga patente hasta nuestros días.

En la mencionada sección, básicamente, se expone que el *administrator*, una vez obtenido el *grant*, tiene los mismos derechos y responsabilidades que el *executor*, sujeto únicamente a las limitaciones que contiene el *grant*. La interpretación de este precepto ha dado lugar a que se estime, en ciertas ocasiones, que, dada esta circunstancia, deberían aplicarse los mismos fundamentos y lógica a los actos que ambos (*administrator* y *executor*) realizan entre la muerte del causante y la obtención del *grant*. No es que se pretenda que estén ambos *personal representatives* materialmente autorizados para actuar antes de la concesión de éste en igualdad de condiciones, pero sí que, con carácter retroactivo, se validen ciertos actos efectuados por uno y otro, debido a que, la obtención del *grant*, haría iguales a los dos tipos de *personal representatives*.

En resumen, y recapitulando lo anterior, debemos preguntarnos si para el caso del *administrator*, tras la obtención del *grant*, existen actos que se validen retroactivamente por considerarse que su título se remonte al momento de la muerte mediante la mencionada doctrina del “*relation back*”, así como si se validan todos ellos, o sólo algunos, o ninguno; siendo importante que aclaremos esta circunstancia, porque es notoriamente distinta de la posición del *executor*, que al derivar su título del testamento tiene, con ciertos límites, digamos, “vía libre” para actuar desde la muerte del causante.

De este modo, como regla general, el *administrator* necesita obtener el *grant* para actuar en nombre del patrimonio hereditario, siendo la doctrina del “*relation back*” una suerte de matización o excepción a la regla, que se iría ampliando gradualmente, aunque con estrictas limitaciones.

Advertido lo anterior, urge que fijemos qué tipo de actos matizan o excepcionan a la aludida regla general. En concreto, y más significativamente hablamos de dos tipos de supuestos: a) legitimación procesal; b) la sucesión en las posiciones contractuales – al

posteriormente, con el objetivo de proteger a los posibles terceros, o compradores, en su caso, que se relacionen con el *administrator* en los momentos en que aún no ha obtenido el *Grant*, refleja el autor los cambios y fluctuaciones que sufrían las opiniones de las autoridades, en la búsqueda del propio significado o la justificación que tendría una doctrina como esta, explicando: “*Some cases state the rule to be that, if the act of the administrator would have been rightful when done by a representative de jure, such protection will be granted. Other authorities require for the validity of the transfer that the act be not prejudicial to the estate. The latter rulings, while the cases do not carefully distinguish between different situations, tend in the right direction. On principle it would seem that all transactions with one whose only association with the decedent is a possibility of appointment as representative should be discouraged, for ordinarily such transactions are unnecessary*”. *Op. cit.*, p. 320

modo de nuestro 1257 CC –, así como los actos de gestión en general. Por lo tanto, distinguiremos dos bloques. De un lado, las relativas a entablar una acción o demandar judicialmente dada su condición de *personal representative* y por lo tanto en nombre del patrimonio hereditario y, de otro, el resto de posibles actuaciones, como acometer o emprender una relación contractual como representante del patrimonio hereditario, o cualquier tipo de gestión llevada a cabo sobre éste (por ejemplo: reclamar rentas, pagar salarios a los trabajadores, etc.).

a) *Legitimación procesal*. En cuanto al primero de los bloques, relativo a si puede el *administrator*, por su condición de tal, comenzar un procedimiento judicial antes de la obtención del *grant*, y con ello, en respuesta a la primera de las cuestiones, existe un reciente caso, de 2011, llevado ante la *Court of Appeal* inglesa⁷³⁵, que ha clarificado esta cuestión, en el que se considera derecho consolidado, citando para ello otros casos previos⁷³⁶, que una acción entablada por un demandante en su condición de potencial *administrator*, cuando no había aún obtenido el *grant*, era nula⁷³⁷ por considerarse que no había adquirido la capacidad para accionar en representación del patrimonio hereditario. Y esto porque un *administrator* deriva su legitimación para accionar en este sentido única y exclusivamente del *grant of representation*, por lo que, antes de interponer ninguna acción, debe obtener éste, ya que será el que le otorgue la legitimación necesaria para accionar.

⁷³⁵ Se trata del caso de *Milburn-Snell and others v Evans* [2011] EWCA Civ 577, reafirmando (y considerando jurisprudencia consolidada) lo que se resolvió en un supuesto anterior, concretamente, el de *Ingall v. Moran* [1944] KB 160; caso en el cual, se pretendía por el, aún no oficialmente *administrator*, recibir una indemnización aún no cobrada por el causante en el marco del *Fatal Accidents Act* (1976), acto que no se permite, por no considerarse que esté legitimado para ello.

⁷³⁶ En concreto los casos: *Hilton v. Sutton Steam Laundry* [1946] KB 65, *Burns v. Campbell* [1951] 2 All ER 965, *Finnegan v Cementation Co. Ltd.* [1953] 1 QB 688

⁷³⁷ Concretamente, en el párrafo 19 del caso, cita este supuesto, aclarando que: “*What that case decided, by a decision binding upon us, is that a claim purportedly brought on behalf of an intestate's estate by a claimant without a Grant is an incurable nullity.*” En este sentido, citando los casos anteriormente mencionados, se explica en el párrafo 16 de la resolución, que tal principio: “*(...) was recognised and applied by this court in Hilton v. Sutton Steam Laundry [1946] KB 65 (per Lord Greene MR, at 71) and Burns v. Campbell [1952] 1 KB 15 (per Denning LJ, at 17, and Hodson LJ, at 18).*” Citando para ello un párrafo en concreto del caso *Finnegan v. Cementation Co. Ltd* [1953] 1 QB 688, en el cual, *Jenkins LJ* explicaría: “*As to the law, so far as this court is concerned it seems to me to be settled by Ingall v. Moran and Hilton v. Sutton Steam Laundry and, I may add, by Burns v. Campbell, that an action commenced by a plaintiff in a representative capacity which the plaintiff does not in fact possess is a nullity, and, further, that it makes no difference that the claim made in such an action is a claim under the Fatal Accidents Acts which the plaintiff could have supported in a personal capacity as being one of the dependants to whom the benefit of the Acts extends.*”

Así, nos encontramos con que, en el intervalo que media entre la muerte del causante y la obtención del *grant*, no podría el *administrator* entablar ningún tipo de acción en representación del patrimonio hereditario. Y establecido esto, ¿tiene entonces alguna aplicación en este supuesto la doctrina del *relation back*? La respuesta a esta cuestión debe ser del todo afirmativa, y es que debemos tener en cuenta que una cosa es que pueda accionar en tal intervalo, como decíamos, que pueda materialmente actuar en tal momento, y otra distinta que se retrotraiga su título al momento de la muerte del causante para que, una vez obtenido el *grant*, y no antes, como *administrator* de pleno derecho, pueda accionar contra quién (en el lapso de tiempo en el que no estaba legitimado para accionar) actuó indebidamente sobre el patrimonio hereditario⁷³⁸.

b) *Sucesión en las posiciones contractuales y gestión en general*. En cuanto al segundo de los bloques, debemos partir de la premisa de que, por regla general, al derivar su autoridad completamente del *grant of letters*, no podría el potencial *administrator* gestionar en modo alguno el patrimonio hereditario, ni actuar en su nombre. Más controvertida ha sido la cuestión relativa a si los actos que aquél realiza adquieren con la obtención del *grant* validez retroactivamente⁷³⁹. Sigue siendo este un tema bastante confuso, en el que no hallamos casos prácticos tan claros y específicos como el que nos ha servido de *leading case* para el anterior bloque de supuestos, aunque sí parece existir una línea doctrinal clara, al menos, para situar los límites a estas actuaciones, y esta sería que podrán validarse actos efectuados por el potencial *administrator*, aún previos a la obtención del *grant*, siempre que, objetivamente, sean beneficiosos para el patrimonio hereditario⁷⁴⁰ ya que, de no ser así, carecerán de validez. De este modo,

⁷³⁸ En este sentido, explica BELL A.P., que el *administrator* podrá "accionar, por intromisiones improcedentes sobre el patrimonio hereditario, incluso si éstas han tenido lugar antes de su nombramiento". *Op cit*, p. 408

Además de lo anterior, no debemos olvidar que el *administrator* tiene la opción de solicitar un *Grant* limitado, que, como estudiamos, se denominaba *Grant ad colligenda bona*, que, sirviendo asimismo para otro tipo de supuestos (ocuparse de negocios que no admitan demora, entre otros) puede concederse igualmente, y de manera específica, para litigar, lo que no excusa al potencial *administrator* de tener que someterse al *probate* general, pero que le autorizaría para accionar en el período previo a la obtención de este genérico *Grant*; y que, evidentemente, perdería su validez al cumplirse el cometido para el se concedió.

⁷³⁹ En el estudio de estos extremos se sigue lo expuesto por WARREN, J., *Op. cit.*, pp. 319-322; SUNNUCKS, J.H.G, ROSS MARTYN, J.G., K.M. GARNETT en *Williams, Mortimer and Sunnucks on Executors, Administrators and Probate*. Stevens & Sons, London, 1982, pp. 91-92 y pp. 428-430; KERRIDGE, R., *PARRY & CLARK, The law of succession*. Sweet & Maxwell, London, 2002

⁷⁴⁰ En este sentido, podemos comprender que deben ser actos que incrementen la cuantía del patrimonio hereditario o eviten su disminución. Por ejemplo, podrían ser ejemplos de este tipo de actos la recepción de mercancías o el cobro de rentas. Pero no podrían permitirse actuaciones como, por ejemplo, pagar deudas, extraer el dinero de las distintas cuentas corrientes, etc., Siendo claro, que dentro de las actuaciones permitidas no estaría, asimismo, la posibilidad de gravar ni enajenar los bienes.

será esta última una cuestión que deberá analizarse caso por caso, sin que pueda existir más que el general límite de que no suponga un perjuicio para el *estate*.

Si observamos detenidamente las soluciones alcanzadas precedentemente, nos encontramos con que existe una constante, podríamos decir, “el corazón” de la doctrina del *relation back*. Tal constante, la hallamos al dar respuesta a la siguiente pregunta; ¿para qué existe la doctrina del *relation back*? Y es que no existe más que para que no se perjudique el patrimonio hereditario en el período que media entre la muerte del causante y la obtención del *grant of letters* por el *administrator*, dado que, desde este momento, será su responsabilidad que ello no ocurra. Es un remedio. Pero es una excepción a una regla general que de ser estricta parecería injusta en muchos casos. Es por lo anterior que se le permite accionar contra quiénes, por ejemplo, se apropiaron indebidamente del patrimonio o lo dañaron en forma alguna, con carácter previo a la concesión del *grant*; y, del mismo modo, se validan retroactivamente ciertas actuaciones que aquél hubiese realizado con carácter previo a la concesión del *grant*, pero siempre con el filtro de su carácter beneficioso para el patrimonio hereditario.

En conclusión, podemos decir que el diverso efecto que el procedimiento del *probate* causa en el *executor* y el *administrator*, y por ello, la distinción de efectos que genera la concesión del *grant* para una y otra figura viene básicamente dada por la propia naturaleza jurídica de cada uno de ellos, y es que, como se ha comentado, el *executor* deriva su título del testamento, por lo que sus actos, por norma general, son válidos desde la muerte del causante, en cambio, el *administrator* deriva su título y autoridad del *grant of letters*, por lo que, hasta que no lo obtiene, por más que sea el único potencial *administrator*, aún no tiene nada. En otras palabras; de un lado, en el caso del *executor*, el *grant* confirma y es prueba de una autoridad que aquél ostenta desde la muerte del causante en virtud del testamento, en cambio, de otro lado, en el supuesto del *administrator*, el *grant* es precisamente aquello que le concede su título y consiguiente autoridad.

2.4 (Cont.) Otras fuentes de disparidad entre *executor* y *administrator*. Reflexión en torno a la naturaleza jurídica del *personal representative*.

En primer lugar, y para que no se caiga en ambigüedades o confusiones, debe quedar claro que, una vez obtenido el *grant of representation*, hoy en día, ocupan ambos tipos de *personal representative* la misma posición, el mismo poder, y exactos deberes y facultades. Más allá de meras cuestiones terminológicas, es destacable aquello que establece la propia ley anglosajona, concretamente en el apartado segundo de la sección primera del *Administration of Estates Act* (1925), cuando expresa: “*the personal representatives for the time being of a deceased person are deemed in law his heirs and assigns within the meaning of all trusts and powers*”. De este modo, se traspasan las mencionadas cuestiones terminológicas, y esto, en el momento en que se aclara, que durante todo el tiempo en que el *personal representative* lo sea, debe ser considerado “*heir*”, esto es, heredero, en el más amplio de los sentidos.

Que se utilice la noción “*heir*”, más propia de un antiguo *Common law*, que como vemos no suele utilizarse para los destinatarios últimos del patrimonio, que no son otros que los que hemos denominado “herederos-beneficiarios” o que, en el sistema inglés, suelen denominarse *beneficiaries*, tampoco es un hecho casual.

Y es importante que se entienda que no es casual tal denominación, teniéndose en cuenta, como nos explica nítidamente WENDELL HOLMES, que no hay disputa en la doctrina en la consideración de que el moderno *executor* deriva sus características del heredero Romano, al igual que de Roma proviene la noción de testamento, aclarando el autor que, en cambio, el *administrator*, es más bien una imitación del *executor*, una figura surgida en un momento histórico posterior e introducida por ley, únicamente para aquellos casos en los que no existiera testamento o por otras razones, no hubiera *executors*⁷⁴¹.

Es precisamente por esto, que está en la propia esencia de la noción de *executor*, en su naturaleza, que sea considerado como tal desde la muerte del testador, adquiriendo sus facultades y deberes de inmediato, fruto de la confianza que el causante depositó en él; por el contrario, si no hay nadie designado, parece lógico que, hasta el momento en el que alguien obtenga el *grant of letters*, ningún posible *administrator* esté legitimado para administrar y gestionar el *estate*.

⁷⁴¹ WENDELL HOMES Jr., O, *The Common law*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, England, 2009, pp. 310-311 [Recurso electrónico] Recuperado de: <http://ebookcentral--proquest--com.us.debiblio.com/lib/uses/reader.action?docID=3300809&qvery=>

Que se haya hecho referencia a su origen histórico, a su propia tradición, no es una cuestión banal o insustancial, y es que, precisamente ligado a este origen, y con ello, apegado irremediabilmente a la propia naturaleza de las figuras, se abre otra importante brecha entre el *executor* y el *administrator*.

Ha podido observarse como durante el estudio hemos utilizado el término “título”, y no otro, para referirnos a en qué calidad actúa un *personal representative*, ya sea un *executor* o un *administrator*, advirtiéndolo que es la propia terminología que se usa por la doctrina anglosajona. Tal referencia es lógica, y esto debido a que el *personal representative* obtiene la propiedad (aunque veremos que ligada siempre a unos específicos deberes) del patrimonio hereditario con amplias facultades (debe ser considerado como un “*heir*”) y no, únicamente, como puede ocurrir en el caso de nuestro albacea, como un mero “encargo” u “oficio”.

Dicho lo anterior, y antes de alcanzar una consideración común en cuanto a la naturaleza jurídica que, consideramos, comparten hoy día ambos tipos de *personal representative*, no podemos ignorar ciertos matices que los diferencian, a consecuencia, inevitablemente, de un origen histórico diverso, como se decía, que aún repercute en la práctica actual. En este sentido, queremos mostrar como es precisamente en sede del desarrollo del procedimiento de concesión del *grant*, así como de los posibles inconvenientes durante el *Probate*, dónde aparecen ciertas diferencias que nos dejan asomarnos al fondo y a la esencia de la distinta consideración del *executor* y el *administrator* que, lejos de ser exclusivamente teórica, como se ha advertido, tiene repercusiones prácticas, efectos estos, que chocan de manera clara con el entendimiento de la dinámica de nuestro proceso sucesorio. Apercebidos de lo anterior, no hay mejor forma de entender la aludida divergencia entre figuras que acudiendo a la práctica, ámbito, en la que la verdadera esencia del *executor* aflora indiscutiblemente, algo que puede fácilmente apreciarse con la exposición de algunos casos o ejemplos relevantes que son muestra de ello.

Dejando aparte el significativo hecho relativo a que el *executor* puede llevar a cabo actos válidos relacionados con el patrimonio hereditario, en su calidad de *personal representative*, con carácter previo a la obtención del *grant of representation*, cuestión que ha sido tratada en el precedente apartado, y al que nos remitimos; no es ésta la única cuestión que lo distingue de la figura del *administrator*, sino que existen, como se ha comentado, algunas otras.

Primera diferencia. Derecho de representación por causa de muerte. A diferencia del caso del *administrator*, y como se establece en la sección 7 del AEA (1925), cuyo encabezamiento es: “*Executor of executor represents original testator*”, cabe para el *executor* derecho de representación por causa de muerte. En este sentido, y en pocas palabras, si el *executor* muere (habiendo pasado el filtro del *probate*) y no ha culminado sus funciones en cuanto al *estate*, será su *executor* (esto es, el *executor* del *executor*) el que acabará tal tarea⁷⁴². Así, es digno de mención que la citada sección número 7 del AEA (en sus párrafos segundo, tercero y cuarto), aclara que no existe un límite a la que llama “cadena de representación”⁷⁴³, estableciéndose, concretamente, en el último de los puntos mencionados, que cada uno de tales *executors* integrantes de esa “cadena de representación” tiene los mismos derechos sobre el patrimonio hereditario y las mismas responsabilidades respecto al mismo que el original *executor* ostentaba.⁷⁴⁴ En el caso del *administrator*, en cambio, si muriese antes de acabar sus funciones, se procedería al nombramiento de otro *administrator*, con repetición del mismo procedimiento relativo al *grant of letters* y al *probate*, en general.

De lo expuesto podríamos extraer una conclusión. Debemos comentar que el hecho de que el *executor* del *executor* sea *personal representative* del testador original empieza a

⁷⁴² En este sentido, es muy nítida la explicación que BLACKSTONE, W., efectúa del supuesto, comentando el autor: “*The interest, vested in an executor by the will of the deceased, may be continued and kept alive by the will of the same executor: so that the executor of A’s executor is to all intents and purposes the executor and representative of A himself: but the executor of A’s administrator, or the administrator of A’s executor, is not the representative of A. For the power of an executor is founded upon the special confidence and actual appointment of the deceased; and such executor is therefore allowed to transmit that power to another, in whom he has equal confidence; but the administrator of A is merely the officer of the ordinary prescribed to him by act of parliament, in whom the deceased has reposed no trust at all; and therefore, on the death of that officer, it results back to the ordinary to appoint another*”. *Op.cit.*, p. 506

⁷⁴³ Se la denomina “cadena de representación” debido a que supone que los sucesivos *executors*, al morir sin terminar su cometido, adquieren la misión de ser *executor* respecto al patrimonio hereditario del que lo era el anterior, por lo tanto, si esta cadena no llega a romperse (por ejemplo: porque uno de los *executors* muera intestado, o porque no consiga obtener el *probate* de un testamento), convierte al último de la cadena en el *executor* de todos los testadores precedentes. En tal sentido aclara BURN, E.H., algunos extremos, explicando que en el caso en que el *executor* muera intestado su *administrator* no se convierte en *executor* del testamento de X (entendiendo éste por el causante relativo al *estate* que gestionaba el primer *executor*), sino que es el tribunal el que tiene que nombrar a otra persona para que administre ese patrimonio, recibiendo éste, el nombre de “*administrator de bonis non*”. Asimismo, comenta que, cuando existe un procedimiento en el que está pendiente la resolución sobre la validez del testamento, los tribunales tienen el deber de designar un “*administrator pendente lite*”, que ostentará todos los poderes y facultades necesarias para la gestión y liquidación del *estate*, pero no aquella de distribuir el remanente entre los herederos-beneficiarios. *Op. cit.*, p. 843

⁷⁴⁴ Algo que es completamente diverso al sistema establecido en nuestro artículo 894 del Código civil. En este sentido, pueden ser nombrados, los albaceas, mancomunada, sucesiva o solidariamente, pero nunca, como ocurre en el caso del *executor*, el albacea designa a quien será el albacea de su propio testador si éste no termina su tarea, siendo esto lo que ocurre en el caso del *executor*, en el cual, su propio *executor* sería el *personal representative* del primer testador.

arrojarnos cierta luz acerca de las distinciones latentes con nuestras figuras sucesorias, como sería nuestro albacea, que siendo de las figuras más asimiladas al *executor* por nuestra doctrina, no deja de ser un encargo de confianza, un oficio – personalísimo –, que va a contraponerse a un *executor* que parece más bien ostentar un título, en todo el sentido del término, que se transmite *mortis causa* a su propio *personal representative* a su muerte por la sola voluntad del *executor*.

Segunda diferencia. Vicisitudes en sede de renuncia: revocación de la declaración de voluntad anterior de renunciar. En el entendimiento de esta distinción entre *executor* y *administrator*, y contextualizando la misma, debemos acudir a las secciones 5ª y 6ª del AEA (1925). En la primera de las secciones aludidas se contemplan tres supuestos en los que el *executor* perdería su derecho al *probate*. El primero hace referencia a que pierda tales derechos involuntariamente, por muerte; el segundo supuesto recoge una renuncia tácita, esta es, que no se persone el *executor* en el procedimiento o; en tercer lugar y último de los supuestos, se expresa que perdería asimismo tal derecho mediando una renuncia expresa. En la segunda de las secciones mencionadas (la sección 6ª), sólo aplicable al último de los supuestos, este es el de renuncia, propiamente dicha, y matizando lo anterior, se contempla una revocación de la declaración de voluntad anterior de renunciar. En este sentido, puede revocar tal declaración de manera más sencilla si aún no ha firmado el documento oficial, digamos, de ratificación de tal renuncia, e incluso, regla que se completa y regula en la sección 37 del *The Non Contentious Probate Rules* (1987), después de haberse nombrado un segundo *executor* con menor derecho. En este último supuesto, se advierte en la última regla aludida, que sólo será en casos excepcionales y que deberá llevarse a cabo ante el “*district probate registry*” donde se presentó la renuncia, que se efectúa por escrito mediante un formulario preestablecido⁷⁴⁵ (*vid.* ANEXO II), o ante el “*Principal Registry*”.

En este contexto, debe asimismo aclararse que la mencionada renuncia requiere para su validez que no haya efectuado ciertos actos, o gestiones, sobre el patrimonio hereditario propias de un *executor*, algo que debe declarar no haber llevado a cabo en el propio impreso de renuncia. Entre tales actos, por ejemplo, no contarían actos como ocuparse de pagar el funeral, pero sí otros como apropiarse de un bien en su condición de *personal representative*, negociar con un tercero en representación del patrimonio hereditario, o

⁷⁴⁵ Que es idéntico para los, en menor medida frecuentes, casos de renuncia de un *administrator*

pagar ciertas deudas. Esto es, se requiere para la validez de la aludida renuncia que no se haya realizado gestión alguna salvo los actos de mera conservación⁷⁴⁶.

Deteniéndonos escuetamente en esta cuestión, es inevitable que cualquiera que analice el párrafo precedente no encuentre un cierto paralelismo entre esta situación y nuestro artículo 999 del Código civil, relativo a la aceptación de la herencia, que en su punto 3º recoge que “(...) *tácita es la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero*” y en el 4º matiza que “*los actos de mera conservación o administración provisional no implican la aceptación de la herencia, si con ellos no se ha tomado el título o la cualidad de heredero*”. De este modo, puede observarse como los mismos actos hacen considerar que nuestro heredero acepta tácitamente la herencia, y, de otro lado, para el caso del *executor*, llevar a cabo estos mismos actos supone el límite a su derecho a renunciar a someterse al *probate*⁷⁴⁷. Dicho en otras palabras, los “actos de mera conservación” no son relevantes a la hora de considerar un supuesto de aceptación tácita de la herencia en nuestro Ordenamiento jurídico, y así mismo, tales “actos de mera conservación”, tampoco son relevantes, o suponen traba alguna, para que el *executor* pueda renunciar a llevar a cabo la tarea que se le encomienda. De nuevo, parece en nuestro estudio aflorar alguna similitud, en esencia, entre la figura del *executor* y nuestro heredero⁷⁴⁸, aunque aún no sea este el momento de averiguar hasta qué punto.

Tercera diferencia. El executor (a diferencia del administrator) puede reservarse su derecho a solicitar el grant para un momento posterior. La referida diferencia, o en este caso, podríamos decir, beneficio, en favor del *executor*, lo encontramos en forma muy

⁷⁴⁶ En este sentido, en el formulario “*PA15 – Renunciation (will)*” (el necesario para que el *executor* efectúe la renuncia), y en su punto número 7, se requiere al *executor* para que efectúe un “juramento” en el que declara no haber realizado gestiones que excedan aquéllas de mera conservación, en concreto, el juramento se configuraría de la siguiente forma: “*I the executor named over the page do hereby declare that I have not intermeddle in the estate of the deceased and will not hereafter intermeddle therein with intent to defraud creditors and I do hereby renounce all my right and title to probate and letters of administration with will annexed and execution of the said will*”. De este modo, se requiere al *executor* que no haya efectuado actos que excedan de la mera conservación, y además, que no los haga en lo sucesivo desde ese momento con el objetivo de defraudar a los posibles acreedores.

⁷⁴⁷ Por lo que si los ha llevado a cabo, podrá conminársele, mediante una citación oficial, a que presente los documentos necesarios para la concesión del *Grant*, siendo el representante del estate, con todas las responsabilidades que ello trae para sí. Para lo anterior, deberá someterse al al *Probate* en el plazo legal establecido, que sería dentro de los seis meses siguientes a la muerte del causante.

⁷⁴⁸ Es interesante reflexionar en torno a que, tan importante o relevante se considera la actuación del *executor* en el periodo intermedio, que no puede renunciar a su “título”, si ha llevado a cabo actos que excedan los de mera conservación, algo que en cierto modo, podríamos comparar con el supuesto expresado en nuestro 6.2 del Código civil.

nítida, no ya en las normas, sino en aquel mencionado formulario que debía rellenarse por *executors* y *administrators* con la intención de obtener el *grant of representation* (“*PA1-Probate application*”). En este formulario (en su sección 3.7), y únicamente para el caso del *executor*, debe declararse, de darse el caso, porqué existen otros *executors* designados en el testamento que no solicitan el *grant*, para lo que se nos proponen cinco supuestos posibles entre los que debemos elegir. Los dos primeros son los relativos a que hubiera muerto antes o después de la muerte del causante, los dos últimos hacen referencia, de un lado, a la renuncia y, de otro, al caso en que no actúan por sí mismos si no mediante un abogado. Es en el tercero de los cinco supuestos donde encontramos ese, que hemos llamado, beneficio, recibiendo la denominación de “*power reserved*”, y aclarándose en el propio documento, que escoger esta opción significa que el *executor* designado en testamento decide no solicitar el *grant*, pero se reserva el derecho a hacerlo en un momento posterior. Esta opción, en cierta forma, surge para mitigar el más estricto supuesto de la renuncia, por la cual (salvo casos muy excepcionales) se pierde todo derecho para intervenir en la gestión del patrimonio hereditario. En cambio, mediante este “*power reserved*”, puede este *executor* formar parte de las decisiones que se tomen con respecto al patrimonio hereditario, teniéndose en cuenta, además, que siempre tendrá la opción de someterse al *probate* en un momento posterior si lo considera oportuno⁷⁴⁹.

Conclusiones. Tras todo lo comentado, vemos el importante papel que desempeña el *executor* y, sobre todo, la importancia que se da a su “título” como tal por el Ordenamiento jurídico anglosajón.

A modo de recapitulación, podemos extraer de lo expresado hasta el momento en este apartado que, aunque una vez pasado el filtro del *Probate* y obtenido el *grant of representation*, se sitúen hoy en día *executor* y *administrator* en la misma posición en cuanto a derechos y deberes, el camino hasta pasar el mencionado filtro varía; las opciones son diversas, los poderes de uno y otro son distintos y el alcance de sus actuaciones difieren significativamente, algo, que es muestra de la inicial reflexión histórica que se efectuaba al principio de este apartado de la mano de WENDELL HOLMES y, es que, a diferencia del *administrator*, surgido *a posteriori* para dar respuesta

⁷⁴⁹ Esta opción cobra su mayor sentido en el caso en que este *executor* sea un familiar o, por ejemplo, el cónyuge supérstite, que no considerándose, por ejemplo, capaz de lidiar con el más técnico trabajo de gestión o ante un patrimonio hereditario complicado, prefiere ocupar un lugar secundario en este proceso, aunque sin perder totalmente su autoridad sobre el mismo.

a los supuestos en que no existía *executor*, este último, su esencia como figura sucesoria, hunde sus raíces y principios primitivos en la noción romana de heredero, lo que hace que, en distintas ocasiones, éste nos recuerde a *nuestro* heredero.

2.5 Características del *personal representative*. Deberes y facultades⁷⁵⁰

- Introducción y generalidades.

El contenido de este apartado requiere, y aunque sea adelantar conclusiones, que se parta de la idea de que es un propietario de un patrimonio en liquidación, y de ahí que pensemos que la clave de la común naturaleza del *personal representative*, sea *executor* o *administrator* (y dejando a un lado los matices que los hacen distintos debido a su recorrido histórico), se halla en la peculiar o característica noción de propiedad inglesa, y en cómo pasa ésta de causante a *personal representatives* y de ellos finalmente a los herederos-beneficiarios. Sin perjuicio de que se tratarán más ampliamente estos extremos, no puede entenderse lo precedente si no se explica que los *personal representatives* reciben la propiedad (ya veremos en qué términos) y que, una vez liquidado el pasivo del caudal hereditario con cargo al activo, y por ello, una vez que se predisponen a dar al remanente el destino que el causante, o en su caso, la ley, determinen; deben oficialmente transmitir el título legal de los bienes a sus últimos beneficiarios, mediante lo que se denomina un “*assent*”⁷⁵¹, que se trata de un documento en el que, literalmente, deben firmar la transmisión de la propiedad, de parte del *personal representative* al beneficiario último; no habiendo sido éste propietario de nada, en ningún momento, hasta que tal transmisión no se produce, al menos, no formalmente. De este modo, como vemos, siempre late en el fondo la cuestión de esta peculiar concepción de la propiedad y de su íntima relación con la dinámica del proceso sucesorio. Al igual que ocurre en nuestro

⁷⁵⁰ Aun siendo lo más común, que suelen presentarse las facultades en primer lugar para posteriormente dar paso a los deberes, en este caso, interesa, por la mayor regulación normativa al respecto, que presentemos los deberes del *personal representative* con carácter previo a las facultades que se le reconocen.

⁷⁵¹ Y esto, de manera genérica, obviando ahora que un *assent* puede ser sobre “*legal interests*” pero también sobre “*equitable interests*”, además de requerir diversas formalidades si estamos ante propiedad inmueble ya inscrita en el Registro o aún no inscrita en el mismo.

Ordenamiento, la clave será, por tanto, descifrar exactamente qué signifique y qué implique ser propietario para cada una de las figuras que estudiamos.

Comentado lo precedente, y teniendo siempre tales reflexiones en mente, lo primero que haremos en el presente apartado será considerar algunas generalidades en cuanto a requisitos formales y algún supuesto especial, que deben tenerse en cuenta a la hora de designar un *personal representative*, para, posteriormente, conocer cuáles son sus funciones y facultades, ligadas, evidentemente, a sus deberes como tal.

Comenzando con las aludidas generalidades, lo primero que debe quedar patente, aún a riesgo de parecer trivial, es que para solicitarse el *grant of representation* debe tenerse, como mínimo, la edad de dieciocho años. Es importante que se haga referencia a esta cuestión, dado que no es extraño que se designe a un menor de edad, al tiempo de efectuarse el testamento, como *executor*. En estos casos, pueden los padres (o tutores legales) de tales menores, solicitar convertirse en *administrators* y, siempre que la administración del patrimonio hereditario no hubiese finalizado, si el menor adquiriese la mayoría de edad en tal período, podrá posteriormente solicitar que se le conceda el *grant of probate* para finalizar él mismo tal tarea⁷⁵².

⁷⁵² En relación a la mencionada situación, debemos acudir a la normativa al respecto, que concretamente se recoge en “*The Non Contentious Probate Rules 1987*”. Si acudimos en tal normativa, a sus reglas 32-34, podemos observar cómo debe actuarse en este caso: “**Grants on behalf of minors** 32.—(1) *Where a person to whom a grant would otherwise be made is a minor, administration for his use and benefit, limited until he attains the age of eighteen years, shall, unless otherwise directed, and subject to paragraph (2) of this rule, be granted to the parents of the minor jointly, or to the statutory or testamentary guardian, or to any guardian appointed by a court of competent jurisdiction; provided that where the minor is sole executor and has no interest in the residuary estate of the deceased, administration for the use and benefit of the minor limited as aforesaid, shall, unless a registrar otherwise directs, be granted to the person entitled to the residuary estate. (2) A registrar may by order assign any person as guardian of the minor, and such assigned guardian may obtain administration for the use and benefit of the minor, limited as aforesaid, in default of, or jointly with, or to the exclusion of, any person mentioned in paragraph (1) of this rule; and the intended guardian shall file an affidavit in support of his application to be assigned. (3) Where there is only one person competent and willing to take a grant under the foregoing provisions of this rule, such person may, unless a registrar otherwise directs, nominate any fit and proper person to act jointly with him in taking the grant.* **Grants where a minor is a co-executor** 33.—(1) *Where a minor is appointed executor jointly with one or more other executors, probate may be granted to the executor or executors not under disability with power reserved to the minor executor, and the minor executor shall be entitled to apply for probate on attaining the age of eighteen years. (2) Administration for the use and benefit of a minor executor until he attains the age of eighteen years may be granted under rule 32 if, and only if, the executors who are not under disability renounce or, on being cited to accept or refuse a grant, fail to make an effective application therefor.* **Renunciation of the right of a minor to a grant** 34. — (1) *The right of a minor executor to probate on attaining the age of eighteen years may not be renounced by any person on his behalf. (2) The right of a minor to administration may be renounced only by a person assigned as guardian under paragraph (2) of rule 32, and authorised by the registrar to renounce on behalf of the minor”.*

Cuestión asimismo relevante, aparte de la edad mínima que debe tener un posible *personal representative* para solicitar el *grant*; es el número de personas que pueden serlo, ya sean *executors* o *administrators* que, en ambos casos, será de un máximo de cuatro⁷⁵³. No hay nada que impida al testador nombrar más de cuatro *executors* en su testamento, pero únicamente un número máximo de cuatro podrá solicitar conjuntamente el *grant of probate*. En el caso de que el causante haya designado más de cuatro posibles *executors*, pueden éstos elegir, como vimos; de un lado, renunciar a su derecho a solicitar el *grant*, o, de otro lado, utilizar el mecanismo, que explicamos, para reservar su derecho a solicitar el *grant* posteriormente, mediante la “*power reserved letter*”⁷⁵⁴. Si, aun habiendo el testador designado más de un *executor*, sólo uno de ellos obtiene el *Grant of probate* (por ejemplo, porque al momento de la muerte del testador uno de ellos es menor o no tiene la capacidad mental necesaria, entre otras posibles circunstancias), éste puede actuar y tomar decisiones solo, esto es, sin contar con la autorización del resto.

Además, si varios obtienen el *Grant of probate*, su forma de actuación puede ser variada. Puede ser esta actuación conjunta, tomando las decisiones con la autorización de todos ellos, o (opción que es la más elegida normalmente) pueden elegir de entre ellos a uno para que actúe como, digamos, “*executor jefe*”, que estará al mando. Esta última opción

⁷⁵³ Lo que se establece en el *Trustee Act 1925* s. 34. Así como en el *Senior Courts Act 1981*, que establece: “(...) (1) *Probate or administration shall not be granted by the High Court to more than four persons in respect of the same part of the estate of a deceased person (...)*”. Asimismo, se ve claramente tal limitación en el formulario que se debe rellenar a la hora de comenzarse el procedimiento de solicitud del *Grant of representation* (Vid. ANEXO I (PA1-Probate application), apartado 6.)

⁷⁵⁴ En cuanto a la renuncia y a la “*power reserved letter*”, véase lo explicado en el apartado precedente, pp. ; Además de lo anterior, es ilustrativa (y añade algo a lo expuesto) la explicación que se da en la propia página web del gobierno de Reino Unido, en la que se pone a disposición de los usuarios una guía para los supuestos en que se actúe, en la solicitud del *Grant*, sin un profesional del Derecho o abogado, en este sentido, se expresa: “*Executors may choose to give up all their rights to a grant (‘renunciation’) or if they are one of the executors named in the will they may reserve their right, (‘power reserved’), to apply for a grant in the future. Unlike renunciation, power reserved will not prevent you applying for a grant at a later date should you need to do so. Only the executor(s) who swear an oath in support of the application will be named on the grant and only their signature will be required to release the deceased person’s assets. If the person who is entitled to the grant does not wish to apply, they may appoint someone else to be their attorney to obtain the grant on their behalf. If this is the case the details of the person appointing the attorney should be entered on form PA1. We will send you a form to that person to give formal authority, for you to act on their behalf. If the person entitled to the grant has already signed an Enduring Power of Attorney (EPA) or a Lasting Power of Attorney (LPA) please file the original document with your application. (...) The grant will be issued in the name of the attorney but will state that it is for the ‘use and benefit’ of the person entitled to the grant*”. Recuperado de:

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/718876/pa2-eng.pdf

es muy utilizada en los casos en los que uno de los *executors* es un profesional, por ejemplo, un abogado⁷⁵⁵.

Por último, y antes de entrar en los deberes y correlativas facultades de los *personal representatives*, debe mencionarse, por destacable, la posibilidad que se da por el Ordenamiento anglosajón de designar a los que se denominan “*special executors*” para concretas partes del patrimonio hereditario que sean algo, digamos, fuera de lo común. Por ejemplo, podría tratarse de un negocio específico para el que se requieren, en su gestión, conocimientos concretos, o, como vemos en la sección 22 del AEA 1925, para la denominada “*settled land*”⁷⁵⁶, que se trata, podríamos decir, básicamente, y simplificando, de un inmueble que es objeto de un *trust*⁷⁵⁷. Así, y por el complejo mecanismo que la figura del *trust* conlleva; en este caso, se da al testador, que ostentaba el título legal⁷⁵⁸ del inmueble (siendo el denominado “*settlor*” del *trust*), la posibilidad de que designe como *special executors* a los denominados *trustees*, que serían los que ostentarían, digamos en este momento⁷⁵⁹, una especie de titularidad fiduciaria sobre el inmueble, y que ya funcionaban como tales antes de la muerte del causante, para que estos *trustees* (ahora *special executors*) se ocupen, como *executors* específicos, de ese concreto bien, o “*settled land*”, objeto de un *trust* que nació con anterioridad al fallecimiento del testador.

⁷⁵⁵ Además, nada impide que puedan actuar conjuntamente pero que cuenten con un profesional, a modo de asesor, para que se ocupe de los trámites más técnicos, mientras ellos se limitan a tomar conjuntamente las decisiones pertinentes sobre el *estate*.

⁷⁵⁶ Definiéndola el propio precepto como “(...) *land vested in the testator which was settled previously to his death and not by his will.*”

⁷⁵⁷ Aunque se verá cuando estudiemos, con más detenimiento, la cuestión de la noción de propiedad inglesa, sólo avanzar que, un *trust*, fundamentalmente, se trata de una relación jurídica en la que la propiedad se ostenta por una parte, en beneficio de otra. En el mencionado supuesto, el testador sería el denominado “*settlor*” (entre otras posibles denominaciones) que, conservando un título legal sobre la propiedad, habría transferido la propiedad (ya veremos en un momento posterior de qué modo) al denominado “*trustee*”, que la ostenta para la tercera (esto es, en su beneficio) y última de las partes involucradas; los denominados “*beneficiaries*”, que serían, como indica su denominación, los beneficiarios del *trust*. En este sentido, vemos como, de algún modo, tanto *settlor* como *trustee* ostentan la propiedad, aunque de distinta forma, del bien, el *settlor* ostenta un título, digamos, legal, mientras que el *trustee*, ostenta un título en “*equity*” (en equidad), como derivación de la confianza que el *settlor* deposita en él para que ostente esa propiedad en beneficio del tercero designado para tales fines. Así, vemos el *trust* es una pieza clave en el estudio de la propiedad inglesa, por el ser el más claro ejemplo del posible desmembramiento de la propiedad anglosajona.

⁷⁵⁸ O “*legal estate*”, que se contrapondría a los “*equitable interests*”

⁷⁵⁹ Y remitiendo un análisis más profundo y concreto sobre estos extremos al tratamiento de la noción de propiedad en Inglaterra.

- Deberes del personal representative

Una vez comentadas las anteriores generalidades, debemos ahora centrarnos en analizar cuáles son los deberes y correlativas facultades de un *personal representative*⁷⁶⁰.

Comenzando por los deberes que conlleva asumir la condición de *personal representative*; en primer lugar, aunque ahora nos ocuparemos de aquéllos una vez concedido el *Grant* (y a modo de recapitulación) como vimos, sus deberes, previos al *Grant*, eran: rellenar el oportuno formulario para solicitar someterse al *probate*; suministrar un inventario aproximado que reflejara el valor del patrimonio hereditario; pagar el impuesto sucesorio (si lo hubiese⁷⁶¹) con base en el valor aproximado del *estate* que se suministró (en el mencionado inventario aproximado); enviar el formulario junto con todos los documentos requeridos (certificado de fallecimiento, testamento, etc.) y, finalmente; prestar juramento. Quedando, por lo tanto, con todo lo anterior, únicamente esperar a que se le conceda, o no, el *Grant of representation*.

Que hayamos efectuado esta recapitulación no es una tarea reiterativa o redundante, y es que con ella buscamos destacar uno de los mencionados, pero aún no suficientemente comentados, deberes del *personal representative*, que llaman la atención si los observamos desde la mentalidad, o el prisma, de nuestro Ordenamiento jurídico, y este es, que el pago del impuesto sucesorio es una responsabilidad personal del *personal*

⁷⁶⁰ Para ello seguiremos a BURN, E.H., *Op. cit.*, pp. 807-810 y 843-845; BLACKSTONE, W., *Op. cit.*, pp. 506 y ss; MARTINEZ NAVARRO, J.J., *Op. cit.*, p. 296. Asimismo, seguiremos las instrucciones que, a este respecto, se exponen la página web oficial del Gobierno de Reunido Unido: <https://www.gov.uk/wills-probate-inheritance/once-the-grants-been-issued>. Además de lo anterior, tenemos que tener en cuenta lo que se establece al respecto en distintas normas, estas son, fundamentalmente: el *Administration of Estates Act 1925* (teniendo en cuenta las reformas introducidas por el *Administration of Estates Act 1971*), el *Trustee Act 1925*, y el *Trustee Act 2000*.

⁷⁶¹ Y esto porque, normalmente no se paga impuesto sucesorio si el valor del patrimonio no excede del umbral de £325,000, así como si se deja todo el patrimonio al cónyuge o *civil partner*, o a los conocidos como “*community amateur sports club*”. Además, entre otros, existen algunos beneficios para el supuesto en que la vivienda del causante se deje a sus hijos (incluyendo adoptivos, en régimen de acogimiento o hijastros) o nietos, incrementándose el umbral para que exista obligación de pagar el impuesto a £450,000. El tipo impositivo es del 40%, aplicable sobre la parte del *estate* que sobrepasa el umbral. Así, por ejemplo, si el total del *estate* tiene un valor de £400,000 y el umbral que corresponde a ese supuesto es de £325,000, el impuesto sucesorio será del 40% sobre £75,000. Además de lo anterior, si en testamento se ha dejado un 10% o más del valor del *estate* para organizaciones benéficas, puede pagarse un tipo reducido del 36%. Lo anterior, conforme a lo expresado en la página web oficial del Gobierno de Reino Unido. Recuperado de: <https://www.gov.uk/inheritance-tax>

representative y no, directamente, de los herederos-beneficiarios. Como podemos observar, el pago del impuesto⁷⁶² (así como la tasa que debe pagarse correspondiente al *probate*) se sitúan como una obligación o deber que el *personal representative* debe cumplir como paso previo para que se le reconozca como tal y se le conceda el *Grant*. De este modo, puede ser que el *personal representative*, y de hecho así es en muchos casos, deba pagar *de su propio bolsillo* el impuesto sucesorio, aunque puede después tomar lo pagado del *estate* (una vez que dispone del mismo) o, en última instancia (si no fuera posible obtenerlo del patrimonio hereditario), reclamar a los herederos-beneficiarios, que le reintegren la suma pagada en tal concepto. Aún lo comentado en último lugar, lo que destaca de este caso es que el único responsable es el *personal representative*. Que posteriormente pueda reclamar lo pagado de otros, es lógico, pero secundario, de ahí, que sean comunes las situaciones en las que un *personal representative* paga por su cuenta el impuesto e incluso aquellas en las que solicita un préstamo para poder enfrentarse al mencionado pago. Vemos así un pequeño acercamiento del *personal representative* más a nuestro heredero que a nuestro albacea⁷⁶³, aunque siempre con la clara convicción de no ser, exactamente, ninguno de ellos dos.

Teniéndose siempre en cuenta que el primero de los deberes del *personal representative* es someterse al procedimiento del *probate*, pasado éste y, por lo tanto, una vez obtenido el *Grant*, de manera genérica, podemos decir que el *personal representative*, tendría tres deberes básicos. En primer lugar, reunir los bienes que conforman el *estate*; en segundo lugar, pagar, primero, cualquier gasto funerario y después, cualquier deuda o gasto (pendiente de pago) que fuese responsabilidad del *estate* y; en tercer lugar, distribuir el residuo, o remante, entre los herederos-beneficiarios conforme a lo establecido en el testamento o, en su caso, lo dispuesto por la ley⁷⁶⁴.

Ahora bien, la anterior enumeración engloba un muy elevado número de, digamos, deberes secundarios, comprendidos dentro de los mencionados como básicos, así como

⁷⁶² Aunque debe matizarse que no el pago completo del mismo. Normalmente debe pagar sólo una parte antes de concederse el *grant*.

⁷⁶³ Que, aunque pagara el impuesto, no sería responsable personal del mismo.

⁷⁶⁴ Con carácter general, los deberes del *personal representative* se exponen (aunque después se amplían a lo largo de esta y otras normas), en la sección 25 del *Administration of Estates Act 1925* (conforme a la nueva redacción que le dio el *Administration of Estates Act 1971*), que establece: “ *The personal representative of a deceased person shall be under a duty to— (a) collect and get in the real and personal estate of the deceased and administer it according to law; (b) when required to do so by the court, exhibit on oath in the court a full inventory of the estate and when so required render an account of the administration of the estate to the court; (c) when required to do so by the High Court, deliver up the grant of probate or administration to that court.* ”

diferentes vías de acción dependiendo del tipo de *estate* al que se enfrente, en su gestión, el *personal representative*. Veamos cómo se desarrollan estos deberes principales.

El primero de los deberes, sería la reunión de todos los bienes del patrimonio hereditario o, en terminología anglosajona, es deber del personal representative; “*collect the assets*”. En ejercicio de este deber tiene el *personal representative* que enviar una copia del *Grant* a las distintas instituciones que están en poder de cualquier bien, o, concretamente, dinero (por ejemplo, que se encuentre en un banco o sociedad de crédito) para que se les entregue, sirviendo la mencionada copia como prueba de su autoridad para tal reclamación. Además, es en este momento en el que el personal representative procede, entre otras acciones, a cerrar las cuentas bancarias; reclamar las posibles cantidades correspondientes a posibles seguros de vida; solicitar las posibles cantidades pendientes en el pago de pensiones; entre otras⁷⁶⁵. La idea fundamental, en este primer paso tras la obtención del *Grant*, es que debe reunir todo el patrimonio hereditario, para que, una vez en posesión del mismo, pueda gestionarlo y comenzar con la siguiente de sus funciones, esto es, liquidar el pasivo con cargo al activo del mismo. Asimismo, y aunque no es obligatorio, es frecuente, y recomendable, que el *personal representative* abra una cuenta bancaria independiente, que se denomina “*executorship account*”, en la cual puedan ingresarse todas las cantidades debidas al *estate*. De este modo, se evita la confusión entre el patrimonio personal del *executor* y aquél hereditario. De la misma forma, la creación de esta cuenta independiente hace más sencillo que se elaboren las cuentas referentes a la liquidación posterior del patrimonio hereditario.

Una vez que todo el patrimonio hereditario se encuentra en poder del *personal representative*, debe, en segundo lugar, proceder al pago de todos los gastos pendientes, así como de las deudas del aquél⁷⁶⁶. En este sentido, como se avanzó, lo primero que debe pagarse, previamente a cualquier otra cantidad, son los gastos funerarios. Una vez pagados estos, debe ocuparse de liquidar el pasivo del *estate* con cargo al activo del mismo. En este sentido, debemos al menos mencionar que las normas que se aplican varían dependiendo de si el *estate* es solvente o insolvente.

⁷⁶⁵ Debemos tener en cuenta que el *personal representative* se ocupa, absolutamente, de todo lo que tiene que ver con el *estate* y con el causante en cuestión, por lo que hace otras muchas tareas, por ejemplo; cancelar el pasaporte y carné de conducir del fallecido, cobrar cheques que aún el causante no hubiese cobrado, e incluso cancelar posibles suscripciones.

⁷⁶⁶ Dejándose claro en la s.32 del AEA 1925, que tanto la *personal property* como la *real property del estate* están afectas al pago de las deudas.

De ser solvente, conforme se expresa en la sección 34 del AEA 1925⁷⁶⁷, y una vez pagados los gastos funerarios, seguirá en el pago de las deudas el orden establecido en el apéndice 1 de la propia AEA 1925⁷⁶⁸, que puede ser diferente si así lo ha establecido el causante en su testamento. De ser insolvente, no debemos centrarnos en la norma anteriormente aludida, sino que se nos remite el tratamiento de esta cuestión al *Insolvency Act 1986*, existiendo, en el mismo, normas específicas para los patrimonios de personas fallecidas que sean insolventes⁷⁶⁹.

Dado que en Reino Unido el supuesto más frecuente es el de solvencia del estate, veremos seguidamente (y en mayor medida cuando estudiemos sus facultades) que el *personal representative*, para ocuparse del pago de las deudas, tiene amplísimos poderes para enajenar los bienes del patrimonio hereditario⁷⁷⁰ y de ello nos ocupamos en este momento. El procedimiento que sigue aquél para el pago de las deudas afectas al *estate*, debe el *personal representative* publicar un anuncio (lo que lo protege de posterior

⁷⁶⁷ “Where the estate of a deceased person is solvent his real and personal estate shall, subject to rules of court and the provisions hereinafter contained as to charges on property of the deceased, and to the provisions, if any, contained in his will, be applicable towards the discharge of the funeral, testamentary and administration expenses, debts and liabilities payable thereout in the order mentioned in Part II of the First Schedule to this Act”.

⁷⁶⁸ Que sería el siguiente: “1Property of the deceased undisposed of by will, subject to the retention thereof of a fund sufficient to meet any pecuniary legacies. 2Property of the deceased not specifically devised or bequeathed but included (either by a specific or general description) in a residuary gift, subject to the retention out of such property of a fund sufficient to meet any pecuniary legacies, so far as not provided for as aforesaid. 3Property of the deceased specifically appropriated or devised or bequeathed (either by a specific or general description) for the payment of debts. 4Property of the deceased charged with, or devised or bequeathed (either by a specific or general description) subject to a charge for the payment of debts. 5The fund, if any, retained to meet pecuniary legacies. 6Property specifically devised or bequeathed, rateably according to value. 7Property appointed by will under a general power, including the statutory power to dispose of entailed interests, rateably according to value (...)” Estableciéndose, por último en el punto octavo que, “The following provisions shall also apply— (a)The order of application may be varied by the will of the deceased (...)”.

⁷⁶⁹ Sección 421 y 421A. En la última de las normas aludidas, en su apartado tercero, se establece: “In determining whether to make an order under this section, and the terms of such an order, the court must have regard to all the circumstances of the case, including the interests of the deceased’s creditors and of the survivor; but, unless the circumstances are exceptional, the court must assume that the interests of the deceased’s creditors outweigh all other considerations.” Por lo tanto, el orden de pago en tales casos será determinado por el Juez, estableciéndose que, salvo en casos excepcionales, los intereses de los acreedores deben ser preponderantes sobre cualesquiera otros. En cierto modo podríamos asimilar tal regulación a lo establecido en nuestro artículo 1028 CC, estableciéndose en este último: “Cuando haya juicio pendiente entre los acreedores sobre la preferencia de sus créditos, serán pagados por el orden y según el grado que señale la sentencia firme de graduación.

No habiendo juicio pendiente entre los acreedores, serán pagados los que primero se presenten; pero, constando que alguno de los créditos conocidos es preferente, no se hará el pago sin previa caución a favor del acreedor de mejor derecho”.

⁷⁷⁰ Al fin y al cabo, no deja de funcionar, como se recoge en la propia AEA 1925 s. 33, como un *trustee for sale*, como se reconoce en otras normas, entre ellas: *Settled Land Act 1925*; *Trustee investments Act 1961*; *Trusts of Land and Appointment of Trustees Act 1996*; *Trustee Act 2000* y *Trustee Act 1925*.

responsabilidad personal por aquéllas⁷⁷¹), conforme a lo establecido en la sección 27 del Trustees Act 1925, en la denominada “*The London Gazette*”⁷⁷² o “*Gazette*”, así como en un periódico con repercusión suficiente en el último lugar de residencia habitual del causante. En este anuncio se recogerá la fecha de la muerte, el nombre del fallecido, el nombre del *personal representative* y la dirección y datos de éste último para que, en el caso de haberlos, puedan los acreedores del patrimonio hereditario dirigir sus reclamaciones al *personal representative* en cuestión⁷⁷³.

Pagados todos los gastos y deudas; en tercer y último lugar, debe procederse por *el personal representative* a la distribución del *estate*, o, más bien, del remanente o residuo ya depurado de pasivo. Lógicamente, antes de la atribución tiene que haber elaborado un documento para rendir cuentas de lo efectuado⁷⁷⁴. Por lo tanto, está obligado a elaborar las cuentas del *estate*, y esto porque tiene un deber frente a los herederos-beneficiarios, así como frente a los acreedores, esto es, debe tener que ser capaz de justificar las decisiones que ha tomado en la gestión del patrimonio hereditario y rendir cuentas por ello. De este modo, debe el *personal representative* elaborar una lista que recoja todos los bienes (con su respectivo valor) que existían al momento de la muerte del causante, así como los gastos y deudas satisfechos con cargo a tales bienes⁷⁷⁵. Además, debe tener otra circunstancia en cuenta antes de la distribución del remanente, y esta es, la recogida en la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*. Básicamente, a lo que hacemos referencia es a una posible reclamación que pueden interponer un número determinado de allegados al causante; entre otros, el cónyuge, ex cónyuge, pareja, hijos, hijastros en algunos casos o cualquiera que dependiera económicamente del causante; y

⁷⁷¹ Ya que, como nos explica BURN, E.H., tienen los acreedores un “*right to follow property*”. En este sentido, explica el autor, tienen los acreedores este derecho, pero dependiendo de en qué manos haya acabado la propiedad en cuestión. Si se ha transferido la propiedad a un *beneficiary*, el tribunal puede obligar a que se convierta en *trustee* del acreedor, en cambio si se ha transferido a un comprador normal mediante *conveyance*, recibe amplia protección este último. *Op. cit.*, p. 847

⁷⁷² *The London Gazette*, PO Box 3584, Norwich, NR7 /WD, website: www.thegazette.co.uk

⁷⁷³ Normalmente, se concede un período aproximado de dos meses desde la muerte del causante para presentar reclamaciones, lo que sirve de protección para el *personal representative* de la posible responsabilidad personal, esto es, para que una vez distribuido el *estate* no tenga que responder por ninguna reclamación posterior. En este sentido, en una labor comparativa podemos mencionar nuestro 1017 CC: “*El inventario se principiará dentro de los treinta días siguientes a la citación de los acreedores y legatarios, y concluirá dentro de otros sesenta.*

Si por hallarse los bienes a larga distancia o ser muy cuantiosos, o por otra causa justa, parecieren insuficientes dichos sesenta días, podrá el Notario prorrogar este término por el tiempo que estime necesario, sin que pueda exceder de un año”.

⁷⁷⁴ A la manera de nuestros artículos 1031 y 1032 del Código civil.

⁷⁷⁵ Estas cuentas llevarán la firma del *personal representative* y, cuando sea posible, asimismo, la firma de los herederos-beneficiarios.

que recibe el nombre de “*family provision*”. Esta reclamación se presenta, ante los tribunales correspondientes, cuando alguno de los mencionados allegados considera que no ha recibido del estate o que no se le ha dejado por el causante, una “provisión razonable”. Si los tribunales deciden estimarla, el estate debe hacer frente al pago de la provisión que el tribunal estime oportuna, aun variando lo establecido por el propio testador. En este sentido, y dado que se da un plazo de seis meses desde la concesión del *Grant* para que se efectúen estas reclamaciones (aunque puede, en ciertas circunstancias, extenderse por decisión judicial), normalmente, un personal representative no suele distribuir el remanente hasta que no transcurre este plazo, para evitar una situación en mayor medida, complicada, de solicitarse por alguno de los allegados una *family provision*.

Por último, como se avanzó, debe distribuir el residuo entre los herederos-beneficiarios⁷⁷⁶. En primer lugar, se entregarán los *specific legacies* (esto es, las atribuciones específicas), y a continuación el resto o residuo, claro está, conforme al principio “antes es pagar que heredar”, al igual que nuestro Ordenamiento jurídico (1027 CC). Normalmente, la distribución del *estate* suele hacerse dentro de lo que se denomina “*executor’s year*”⁷⁷⁷, que es, como se indica, un año, a contar desde la muerte del causante, aunque puede ampliarse en casos que involucren patrimonios complicados. Recibidos los *gifts* por los herederos-beneficiarios, deben firmar un recibo en el que conste que han recibido los mismos (para protección del *personal representative*). En el caso en que se trate de un bien inmueble, y como en algún momento se avanzó, el mecanismo es destacable, en cuanto permite ver la diferente configuración de la propiedad de los bienes del patrimonio hereditario desde la muerte del causante hasta la entrega de los mismos. En efecto, debe el *personal representative* transferir la propiedad del *legal title* al heredero-beneficiario rellenando un formulario (que acompañará de otros documentos requeridos por el denominado *HM Land Registry*) que, como se adelantó, recibe el nombre de “*assent*” (o, en los casos en que la propiedad ya estaba inscrita en el Registro, su denominación completa: *Assent of whole of registered title(s) by personal*

⁷⁷⁶ Para el caso de la sucesión intestada, así como para los casos de sucesión intestada parcial, deben tenerse en cuenta las secciones 44 y siguientes del AEA 1925, así como lo establecido en las reglas del *Inheritance and Trustees Powers Act 2014*.

⁷⁷⁷ Como comenta BURN, EH., *Op. loc. ult. cit.* Asimismo, se establece claramente en el AEA 1925, s.44: “*Subject to the foregoing provisions of this Act, a personal representative is not bound to distribute the estate of the deceased before the expiration of one year from the death*”.

representative(s) o AS1⁷⁷⁸). Sin este documento, no se considera adquirida la propiedad por el heredero-beneficiario, ya que es el que formaliza la transferencia de la misma⁷⁷⁹.

Vemos así abrirse una brecha entre el *personal representative* y figuras españolas como el albacea, con la que se ha comparado recurrentemente aquél, para observar como la importancia del *personal representative* se sitúa en un escalón superior en términos de poder y propiedad sobre el patrimonio hereditario. Debe, el *personal representative*, transferir la propiedad del *legal title* a los herederos-beneficiarios, y no es hasta firmado este “*assent*”, por los mismos, que adquieren la propiedad de tales bienes. Antes de esto, no son propietarios de nada⁷⁸⁰, el único que se habría considerado propietario desde la muerte del causante, hasta la firma del *assent*, sería el *personal representative*⁷⁸¹.

Estudiados los deberes principales del *personal representative*⁷⁸², y dentro del reparto de los bienes, como se advertía, debe el *personal representative* tener en cuenta el tipo, o

⁷⁷⁸ Véase ANEXO III

⁷⁷⁹ En éste, se recogen los datos de la propiedad, así como los del fallecido y su *personal representative* (o *personal representatives*, en el caso de ser más de uno). Del mismo modo, se debe expresar a nombre de quién está registrada la propiedad; de qué manera se transfiere (si plenamente, o a modo de *trust* u otros títulos limitados) y a quién. En este sentido, establece la sección 36 (subsección 4) del AEA 1925: “(...) *An assent to the vesting of a legal estate shall be in writing, signed by the personal representative, and shall name the person in whose favour it is given and shall operate to vest in that person the legal estate to which it relates; and an assent not in writing or not in favour of a named person shall not be effectual to pass a legal estate.*”

⁷⁸⁰ En este sentido, sólo tiene hasta ese momento el heredero-beneficiario el derecho a que el estate se administre correcta y debidamente. Así se reconoce en el caso *Passant v Jackson* [1986] STC 164 at 167. Es curioso, además, que, incluso en el caso en que el propio *personal representative* sea heredero-beneficiario debe, digamos, “auto transmitirse” mediante este procedimiento formal la propiedad del bien inmueble.

⁷⁸¹ Teniéndose en cuenta que el *executor* lo sería desde la muerte del causante, y en el caso del *administrator*, tras la concesión del *grant of representation*, ya que, en el segundo de los casos, la propiedad en primer lugar no se adquiere por éste directamente, sino como vimos, conforme a la AEA 1925, s.9, por el *Public Trustee*, hasta que se designara *administrator*. Además de lo anterior, una vez efectuado el *assent*, conforme al AEA 1925 s.43, tiene la obligación de permitir que aquel a quién, mediante aquél, se le ha transmitido la propiedad, entre en posesión de la misma.

⁷⁸² Y se dice principales, porque existen algunas más. En este sentido, según la sección 1 del *Trustee Act* 2000, se le impone “*the duty of care*”, esto es, el deber de preservar, en la medida de lo razonable, el *estate*. Para ello, se consideran dos cánones diversos, uno relacionado con el propio conocimiento o experiencia del *personal representative* y otro relativo al caso en que éste es un profesional, por lo que se le exige especial diligencia, esto es; el deber de conservar el *estate* se impone pero teniéndose en cuenta lo que sea razonable dadas las circunstancias del supuesto de hecho en concreto. Para lo anterior, y buscando una forma de preservar lo mejor posible el patrimonio hereditario, puede recurrirse a la sección 19 del *Trustee Act* 1925 (que ha obtenido una nueva redacción conforme al *Trustee Act* 2000 s. 34), en la que, en su apartado d) se ofrece la posibilidad de asegurar los bienes del *estate* (“*A personal representative (...) may, if and as he or they think fit— (...) d) accept any composition or any security, real or personal, for any debt or for any property, real or personal, claimed (...)*”), aunque debe aclararse que esto es sólo una posibilidad, no una obligación del *personal representative*. Llevando a cabo razonablemente el deber impuesto por la s1 del *Trustee Act* 2000, el *personal representative* se libera de cualquier responsabilidad que pudiera generarse por pérdidas del *estate* consecuencia de actos llevados a cabo por él. Este deber ha sido tratado en casos como *Re Clough-Taylor, Coutts v Banks* [2003] 15, en el que se exponía que, en el caso en que un *personal representative* estuviese representando a un heredero-beneficiario en su nombre ante los

configuración, del *estate* en su gestión. Con ello, hacemos referencia a la manera en que ostentaba la propiedad el causante sobre los bienes que componían su patrimonio, ya sean todos o alguno de ellos. Destacando los supuestos más relevantes, en cuanto a lo anterior puede, de un lado, tener la propiedad, digamos, plena, por lo que será el testamento o, en su caso, la ley, los que marcarán el destino de tales bienes, actuándose por el *personal representative* en la forma en que hemos descrito a lo largo de las páginas anteriores.

Pero, de otro lado, y entre otras formas que veremos posteriormente⁷⁸³, puede que tuviera ciertas propiedades no como propietario único, sino bajo las formas de “*joint tenancy*” o de “*tenancy in common*”, siendo de este modo propietarios de un bien más de una persona, y funcionando de distinta manera dependiendo de que se trate de la primera o la segunda de las formas. En el supuesto de las *joint tenancies*, ya sea una cuenta bancaria o un bien inmueble, ambos propietarios se consideran como plenos, no de una cuota, sino de todo el bien. Así, al morir el causante, todo debe pasar al propietario superviviente, lo que hace que no se pueda disponer por testamento de esta parte del *estate*, ni que se sigan las reglas de sucesión intestada. En cambio, en el supuesto de las *tenancies in common*, aunque de nuevo existe más de un propietario de un bien, su funcionamiento es equivalente a nuestra copropiedad, considerándose la propiedad dividida en cuotas o porcentajes del bien, que pertenecen a cada uno de los propietarios, y que sí pueden dejarse por testamento o transmitirse conforme a las normas de sucesión intestada.

- **Facultades del personal representative**

1. Poder de disposición y Registro de la Propiedad

En el desarrollo de sus principales facultades, no debemos perder nunca de vista que el hecho de que sean tan amplias es derivación ineludible de que, como comenta BURN,

tribunales, no debía nunca perder de vista su principal deber de conservar el *estate*. Del mismo modo, ha sido tratado en otros casos más recientes, como son: *Jeffrey v Gretton* [2011] 809, y, *Brudenell-Bruce v Moore* [2015] 373. Así mismo, y derivado de lo anterior, se reconoce en la sección 1 del *Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1934* que todas las “*causes of action*” (causas de acción) que ostentaba el causante al momento de su muerte sobreviven tras ésta para beneficio del *estate*.

⁷⁸³ Como explica BURN, E.H., bajo el AEA 1925, toda la propiedad de una persona fallecida, tanto la real como la personal, a excepción de los *life interests*, *joint tenancies*, *entailed interests* (a menos que se haya dispuesto de ellos por el testador en su testamento) e *interests of a corporator sole in the corporation property*, pasa o se transfiere a su personal representative. *Op. cit.*, p. 807

“son las personas, ya sean *executors* o *administrators*, a quienes pasa la propiedad del fallecido”⁷⁸⁴.

En la exposición de sus facultades, o poderes, más significativos, debemos comenzar mencionando una de sus más importantes potestades: su poder de disposición de los bienes del patrimonio hereditario. Varias normas del Ordenamiento jurídico del Reino Unido reconocen esta facultad, como son el *Trust of Land an Appointment of Trustees Act* 1996 (en particular en su sección 6⁷⁸⁵) o el *Trustee Act* 2000 (concretamente, en la sección 8⁷⁸⁶), existiendo un claro principio común en todas ellas, el relativo a que, en el desarrollo de sus funciones, tendrá todos los poderes, se nos dice, de un “*absolute owner*”, digamos, un propietario pleno⁷⁸⁷. En síntesis, podríamos decir que, en ejercicio de tal facultad; en primer lugar, se le autoriza para vender los bienes del patrimonio hereditario a un tercero y; en segundo lugar, es el encargado de transferir la propiedad, de los bienes que componen el remanente, a los herederos-beneficiarios. Desarrollando esta cuestión, vemos que se hace necesario que el *personal representative* efectúe, en ejercicio de sus funciones, transmisiones de algunos de los bienes del *estate*⁷⁸⁸. En primer lugar, y como se comentaba, podría realizar una transmisión de algún bien del *estate*, a cualquier

⁷⁸⁴ Recalcando, el propio autor que, ambos, en *common law* y por *statute* tienen, extremadamente, amplios poderes de disposición sobre la propiedad. *Op. loc. ult. cit.* En este mismo sentido, comenta nítidamente WENDELL HOLMES, O., Jr.; “*The executor has the legal title to the whole of the testator’s personal estate, and, generally speaking, the power of alienation. Formerly he was entitled to the undistributed residue, not, it may fairly be conjectured, as legatee of those specific chattels, but because he represented the person of the testator, and therefore had all the rights which the testator would have had after distribution if alive (...)*” *Op. cit.*, p. 310

⁷⁸⁵ En la que, describiendo los poderes generales de los *trustees*, se expresa: “(1) *For the purpose of exercising their functions as trustees, the trustees of land have in relation to the land subject to the trust all the powers of an absolute owner. (2) Where in the case of any land subject to a trust of land each of the beneficiaries interested in the land is a person of full age and capacity who is absolutely entitled to the land, the powers conferred on the trustees by subsection (1) include the power to convey the land to the beneficiaries even though they have not required the trustees to do so; and where land is conveyed by virtue of this subsection— (a) the beneficiaries shall do whatever is necessary to secure that it vests in them, and (b) if they fail to do so, the court may make an order requiring them to do so. (3) The trustees of land have power to acquire land under the power conferred by section 8 of the Trustee Act 2000 (...)* (5) *In exercising the powers conferred by this section trustees shall have regard to the rights of the beneficiaries (...)*”

⁷⁸⁶ Que de un manera aún más nítida, lleva por rúbrica: “*Power to acquire freehold and leasehold land*”, señalando: “(1) *A trustee may acquire freehold or leasehold land in the United Kingdom— (a) as an investment, (b) for occupation by a beneficiary, or (c) for any other reason. (2) “Freehold or leasehold land” means— (a) in relation to England and Wales, a legal estate in land (...)* (3) *For the purpose of exercising his functions as a trustee, a trustee who acquires land under this section has all the powers of an absolute owner in relation to the land*”.

⁷⁸⁷ Es necesario que se aclare que, como hemos podido observar, las normas que estamos citando no son específicas para el caso del *personal representative*, sino que hacen referencia a la figura del trustee, aquél, decíamos, a priori, propietario fiduciario del que hablábamos en la, sólo referida, figura del *Trust*. Y lo anterior, básicamente, porque el propio *Administration of Estates Act* 1925, remite en su sección 39 a las normas aludidas; expresando que todos los poderes que se reconozcan en ellas a los trustees, recaen de igual modo sobre los *personal representatives* en el ejercicio de sus funciones.

⁷⁸⁸ En el desarrollo de esta cuestión se sigue lo expresado por BURN, E.H., *Op. cit.*, pp. 808-810

comprador, con el objetivo de obtener dinero para el pago de alguna de las deudas afectas al patrimonio hereditario o *estate*. En segundo lugar, se hace necesario que ostente este poder porque debe encargarse de transferir la propiedad de los inmuebles (siendo este el supuesto más significativo), en su caso, a los herederos-beneficiarios correspondientes (como pudimos apreciar precedentemente). En el primero de los casos, los transmitiría, básicamente mediante un “*deed of conveyance*” (que es el análogo a un contrato de compraventa), y en el segundo de ellos, mediante la ya aludida forma del “*assent*”, describiéndose extensamente los efectos que generarán ambos en la sección 36 del *Administration of Estates Act 1925*⁷⁸⁹.

⁷⁸⁹ “(1)A personal representative may assent to the vesting, in any person who (whether by devise, bequest, devolution, appropriation or otherwise) may be entitled thereto, either beneficially or as a trustee or personal representative, of any estate or interest in real estate to which the testator or intestate was entitled or over which he exercised a general power of appointment by his will, including the statutory power to dispose of entailed interests, and which devolved upon the personal representative. (2)The assent shall operate to vest in that person the estate or interest to which the assent relates, and, unless a contrary intention appears, the assent shall relate back to the death of the deceased. (...) (4)An assent to the vesting of a legal estate shall be in writing, signed by the personal representative, and shall name the person in whose favour it is given and shall operate to vest in that person the legal estate to which it relates; and an assent not in writing or not in favour of a named person shall not be effectual to pass a legal estate. (5)Any person in whose favour an assent or conveyance of a legal estate is made by a personal representative may require that notice of the assent or conveyance be written or endorsed on or permanently annexed to the probate or letters of administration, at the cost of the estate of the deceased, and that the probate or letters of administration be produced, at the like cost, to prove that the notice has been placed thereon or annexed thereto. (6)A statement in writing by a personal representative that he has not given or made an assent or conveyance in respect of a legal estate, shall, in favour of a purchaser, but without prejudice to any previous disposition made in favour of another purchaser deriving title mediately or immediately under the personal representative, be sufficient evidence that an assent or conveyance has not been given or made in respect of the legal estate to which the statement relates, unless notice of a previous assent or conveyance affecting that estate has been placed on or annexed to the probate or administration. A conveyance by a personal representative of a legal estate to a purchaser accepted on the faith of such a statement shall (without prejudice as aforesaid and unless notice of a previous assent or conveyance affecting that estate has been placed on or annexed to the probate or administration) operate to transfer or create the legal estate expressed to be conveyed in like manner as if no previous assent or conveyance had been made by the personal representative. A personal representative making a false statement, in regard to any such matter, shall be liable in like manner as if the statement had been contained in a statutory declaration. (7)An assent or conveyance by a personal representative in respect of a legal estate shall, in favour of a purchaser, unless notice of a previous assent or conveyance affecting that legal estate has been placed on or annexed to the probate or administration, be taken as sufficient evidence that the person in whose favour the assent or conveyance is given or made is the person entitled to have the legal estate conveyed to him, and upon the proper trusts, if any, but shall not otherwise prejudicially affect the claim of any person rightfully entitled to the estate vested or conveyed or any charge thereon. (8)A conveyance of a legal estate by a personal representative to a purchaser shall not be invalidated by reason only that the purchaser may have notice that all the debts, liabilities, funeral, and testamentary or administration expenses, duties, and legacies of the deceased have been discharged or provided for. (9)An assent or conveyance given or made by a personal representative shall not, except in favour of a purchaser of a legal estate, prejudice the right of the personal representative or any other person to recover the estate or interest to which the assent or conveyance relates, or to be indemnified out of such estate or interest against any duties, debt, or liability to which such estate or interest would have been subject if there had not been any assent or conveyance. (10)A personal representative may, as a condition of giving an assent or making a conveyance, require security for the discharge of any such duties, debt, or liability, but shall not be entitled to postpone the giving of an assent merely by reason of the subsistence of any such duties, debt or liability if reasonable

Teniéndose en cuenta las facultades dispositivas del *personal representative*, es significativo que se conozca la protección que se concede a los terceros y a los herederos-beneficiarios ante las adquisiciones que efectúan. Tal protección, en primer lugar, en el caso del heredero-beneficiario, es necesaria para justificar la adquisición del dominio sobre la propiedad en cuestión frente a quién reclame ésta, así como para cuidarse de casos de doble entrega de los bienes. En segundo lugar, en el supuesto del tercero, comprador de bienes del *estate*, es necesario que se le brinde protección, fundamentalmente, frente a los casos de doble venta. En ambos casos, prueba del título adquirido y protección suficiente es la obligación de endosar a los documentos del *probate* o *letters of administration* (dependiendo de si estamos ante un *executor* o un *administrator*) una copia del *assent* o *conveyance* en cuestión, de efectuarse cualquier transmisión en este sentido (AEA 1925, S. 36). Asimismo, es interesante que se comente que, con el objeto de proteger al tercero comprador que acuerda la compraventa de un bien del *estate* con el *personal representative*, establece la sección 37 del *Administration of Estates Act 1925* que, la revocación del título del *personal representative* (por ejemplo, por descubrirse un nuevo testamento diverso y posterior) con fecha ulterior al acuerdo de compraventa no afecta al título del comprador.⁷⁹⁰

Derivada de sus amplias facultades dispositivas, encontramos otra acción que puede llevar a cabo el *personal representative*, otra importante facultad, esta es, inscribir a su nombre en un Registro, denominado en Reino Unido: *Her Majesty's Land Registry* (y al que nosotros denominaremos desde este momento "Registro inglés") cualquier título sobre los bienes inmuebles que pertenecientes al *estate* o patrimonio hereditario. El procedimiento para ello está recogido de manera clara en el *Land Registration Act 2002*⁷⁹¹

arrangements have been made for discharging the same; and an assent may be given subject to any legal estate or charge by way of legal mortgage."

⁷⁹⁰ Además de lo anterior, y para el supuesto, esta vez, de una transmisión a un heredero-beneficiario mediante *assent*, por el *personal representative*, es muy clara e ilustrativa la explicación que nos da BURN, EH., para el caso de una posterior transmisión del *beneficiary* (a un tercero) una vez que se le ha transmitido la propiedad, aclarando el autor: "*The assent is a transfer of the legal title, showing its passing from the deceased through the personal to the beneficiary: it then operates as a "curtain" in the sense that the purchaser need not investigate the will (which operates only in equity) in order to ascertain whether the assent has been given in favor of the proper beneficiary. The beneficial interests under a will, like those arising under a settlement or a trust for sale, are thus kept off the title of land, the legal estate in which has passed to a beneficiary by virtue of an assent"*. *Op. cit.*, p. 809

⁷⁹¹ Encontramos en ésta directrices más concretas, o específicas, claro está, en forma genérica (no exclusivamente para el caso del *personal representative*, que no se menciona) en cuanto a cómo debe seguirse el procedimiento de inscripción de los diferentes y posibles títulos sobre los inmuebles, así como cuáles deben o no ser registrados obligatoriamente (además de la referenciada norma, son muy ilustrativas las instrucciones que se proporcionan en la propia página web del Gobierno de Reino Unido en cuanto a la capacidad de inscribir en el Registro por los *personal representatives*; así como los concretos pasos a seguir

y el *Land Registration Rules 2003*⁷⁹². Es en este último, donde se expresa, claramente, en su sección 163, que lleva por rúbrica “*Registration of a personal representative*”, la posibilidad de éstos de inscribir a su nombre cualquier tipo de *interest* (ya sea, digamos, una propiedad plena o no) que hubiera tenido el causante, precedentemente, sobre cualquier inmueble. En esta sección se recoge, concretamente, que pueden los personal representatives inscribirse: a) en lugar de un propietario único o del propietario superviviente en el caso de una propiedad de tipo “*joint tenancy*”; b) conjuntamente con otro *personal representative* que está ya inscrito como propietario⁷⁹³ o, finalmente; c) en

y los documentos que deben ser aportados como prueba de su derecho: <https://www.gov.uk/government/publications/devolution-on-the-death-of-a-registered-proprietor/practice-guide-6-devolution-on-the-death-of-a-registered-proprietor>. En la lectura de esta norma debemos, además, tener en cuenta que al *personal representative* se le aplican analógicamente las reglas en cuanto a facultades y deberes que se reconocen generalmente a los *trustees* (como vimos precedentemente), por lo que cuando la norma que estudiamos en este momento hace referencia a otras como el *Trustee Act 1925* o el posterior *Trustee Act 2000*, debemos considerar incluidos en tales menciones específicas a los *personal representatives*. En cuanto a algunas normas de procedimiento relevantes, encontramos el reconocimiento de la posibilidad de inscripción del título en diversas secciones, como son la sección 4, que indica cuándo un título debe ser registrado, expresando en su punto (aa) (ii): “*by a vesting order under section 44 of the Trustee Act 1925 that is consequential on the appointment of a new trustee*” Así como reflejar en su punto (1) (ii) que también debe registrarse el título de propiedad una vez que por medio de un “*assent*” se transfiere aquélla (por lo tanto, una vez que el personal representative transfiera la propiedad a los herederos beneficiarios, estos deben inscribirla); así como en otras secciones, como la sección 6, en la que se establece: “*the responsible estate owner, or his sucesor in title - en nuestro caso, el personal representative - , must, before the end of the period of registration, apply to the registrar to be registered as the proprietor of the registrable estate*”; y decimos en nuestro caso, porque genéricamente esta disposición abarca el supuesto en que un propietario tuviera un *interest* sobre un inmueble durante un determinado período, posibilidad que se otorga en el ordenamiento anglosajón, en el que un propietario puede serlo, y actúa como tal plenamente, por ejemplo, durante dos años, para después tener el deber de transferir la propiedad a otra persona, quizá, también durante un determinado tiempo, o de manera plena. Del mismo modo, encontramos disposiciones que hablan de los distintos títulos, esto es, los plenos, o aquellos sujetos a cualquier límite (*freehold* y *leasehold estates*), recogiendo en estas reglas que debe constar en el registro el hecho relativo a que el propietario del patrimonio que se inscribe no lo detenta en su propio beneficio, debiendo especificarse que es propietario en el período que exista hasta que transmita a sus beneficiarios (Secciones 9- 12 *LRA 2002*). Asimismo, es curioso mencionar que puede incluso registrarse la posesión de los diferentes tipos de *interest*, señalándose (en este caso, en las secciones 9-12, en forma análoga): “*A person may be registered with possessory title if the registrar is of the opinion— (a)that the person is in actual possession of the land, or in receipt of the rents and profits of the land, by virtue of the estate, and (b)that there is no other class of title with which he may be registered.*” Además de lo anterior, aun siendo, la inscripción a su nombre en el Registro, una posibilidad que el Ordenamiento jurídico brinda a los *personal representatives*, no es obligatorio en todo caso inscribirse como propietarios en el mismo, sino que existe otro modo de actuación, igualmente acorde a Derecho. En este sentido, comenta BURN, E.H.; “*There is, however, an alternative procedure which is more frequently adopted, for the personal representatives need not themselves be registered but may have the land transferred direct to the devisee, legatee or purchaser, who will be registered in place of the deceased proprietor on production of the instrument of assent or transfer together with the grant of probate or letters of administration (...)*” expresando, además, que no es la mejor de las alternativas, comentando: “*Although this latter alternative procedure saves some trouble, it is undesirable, as, pending the lodging of the transfer or assent, the register is necessarily kept out of date, and notice served by the Land Registry on the deceased proprietor could well go astray.*” *Op. cit.*, p. 811

⁷⁹² Reformado recientemente por el *Land Registration (Amendment) Rules 2018*

⁷⁹³ En este caso, se añade en el punto (5) de la norma que debe notificarse de esta circunstancia, con carácter previo a esta inscripción, al *personal representative* que inscribió en primer lugar: “*Before registering another personal representative as a result of an application made under paragraph (1)(b) the registrar must serve notice upon the personal representative who is registered as proprietor*”.

lugar de otro *personal representative* que estaba inscrito como propietario⁷⁹⁴. La única diferencia que consta en el Registro entre la inscripción de un *personal representative* y aquella de un propietario, digamos, “normal” o “común”, sería que debe el encargado del registro añadir una fórmula a continuación del nombre del *personal representative* en cuestión (como se expresa en el punto (4) de la norma), que sería la que sigue: “*executor or executrix (or administrator or administratrix) of [name] deceased*”, para que quede constancia de en qué calidad ostenta su título como propietario del bien que se inscribe.

En este sentido, aunque se deba reflejar en el registro en qué medida el *executor* es propietario de los bienes, aclarándose por tanto, que lo es como *personal representative*, esto no obsta para su consideración como propietario, propiamente dicho, y en este sentido, las propias normas relativas al Registro inglés, las que aclaran los poderes que se les reconocen a aquéllos que se inscriben como propietarios. Así se refleja en la regla 23 del *Law Registration Act 2002*; el que se recoge un listado de poderes que tienen aquellos inscritos como titulares en el Registro, como son; el poder de disponer del título inscrito; el poder de gravar los bienes como crean conveniente, entre otros⁷⁹⁵.

Con lo anterior, la fractura con nuestro Ordenamiento jurídico a este respecto viene de la consideración de que los “estates”, que se inscriben, son intrínsecamente limitados. La “propiedad” más absoluta que puede tenerse sobre un bien recibe el nombre de

⁷⁹⁴ Además, en el punto (2) de la sección 163, se recogen los documentos que deben acompañar tal solicitud, que serían, conforme a tal disposición: “(a) *the original grant of probate or letters of administration of the deceased proprietor showing the applicant as his personal representative, or (b) a court order appointing the applicant as the deceased’s personal representative, or (c) (where a conveyancer is acting for the applicant) a certificate given by the conveyancer that he holds the original or an office copy of such grant of probate, letters of administration or court order*”.

⁷⁹⁵ Concretamente, el texto de la sección, es el siguiente: “(1) *Owner’s powers in relation to a registered estate consist of— (a) power to make a disposition of any kind permitted by the general law in relation to an interest of that description, other than a mortgage by demise or sub-demise, and (b) power to charge the estate at law with the payment of money. (2) Owner’s powers in relation to a registered charge consist of— (a) power to make a disposition of any kind permitted by the general law in relation to an interest of that description, other than a legal sub-mortgage, and (b) power to charge at law with the payment of money indebtedness secured by the registered charge.*” Estableciéndose en la siguiente de las secciones (s.24) quién tendría derecho a ejercer tales derechos, expresándose: “*A person is entitled to exercise owner’s powers in relation to a registered estate or charge if he is— (a) the registered proprietor, or (b) entitled to be registered as the proprietor.*” En cuanto a este asunto, además, debe hacerse una matización importante e ineludible. En el desarrollo de esta cuestión, relativa al Registro inglés, hemos visto como siempre hemos hecho referencia no a la inscripción de los inmuebles en sí, si no a la inscripción de “*interests*” o “*títulos*”, referencias, que no son casuales. Debe tenerse en cuenta que como hemos estado comentando a lo largo del estudio, la noción de “propiedad” anglosajona es el punto clave que marca las grandes diferencias con nuestro Ordenamiento y, concretamente en este momento, vuelve a serlo. En este sentido, y en terminología anglosajona, lo que inscribimos en el Registro no es el inmueble a nombre del propietario sino el “*estate*” (no significando en este momento patrimonio hereditario, sino título o “*interest*” sobre un bien), “*charge*”, o “*mortgage*”; dependiendo de qué tipo de título se ostente sobre la propiedad, si es más o menos limitado.

“*freehold*”, y aun así no es nuestra propiedad, al menos, no del todo. Una más limitada, también inscribible, es la denominada “*leasehold*”, que sería, más bien, un derecho de uso, a modo de arrendamiento, si es que queremos buscar algún tipo de analogía con nuestro Derecho. Que hayamos comentado que los títulos que se inscriben son limitados, quiere decir que en el Ordenamiento jurídico anglosajón no entienden la propiedad a nuestra manera, esto es, de manera plena y absoluta, sino que entienden que lo único que existe son, digamos, “posesiones más o menos fuertes” y, por ello, pueden concurrir varias sobre un mismo inmueble simultáneamente, por no ser más que derechos a poseer, que pueden ser, como se dice; “más fuertes”, y durar toda la vida, o “menos fuertes”, y estar limitados en el tiempo. Lo que hace que veamos en el Registro inglés más de una entrada para el mismo inmueble, es el hecho de que lo que se registra no es éste, sino el “estate” que la persona ostenta en relación al mismo. En síntesis, aquel que inscribe es únicamente propietario, a nuestra manera, de su “estate” en relación al inmueble en cuestión, no de éste en sí.⁷⁹⁶

Recapitulando lo expuesto hasta el momento, hemos podido conocer que una de las facultades más importantes del personal representative es su poder de disposición sobre los bienes del patrimonio hereditario, siendo consiguientemente muestra de ello, las inscripciones que éstos pueden practicar en el Registro, a su nombre, en referencia a todos los derechos y títulos sobre tales bienes. Con esto, de nuevo volvemos a ver una importante separación entre el *personal representative* y otras figuras sucesorias de nuestro Ordenamiento jurídico, concretamente, de manera nítida (y quizá casi definitiva) con nuestro albacea. El hecho de que el *personal representative* pueda disponer como un verdadero propietario de los bienes que componen el *estate*; incluso teniendo que transferir la propiedad formalmente a los herederos-beneficiarios una vez liquidada la herencia, siendo en tal momento en el único en el que éstos adquieren un verdadero título en relación a los bienes; abre un *abismo* entre las figuras del personal representative y del albacea, que aún sigue incrementándose en mayor medida, si cabe, con sus posibilidades en relación al Registro de los bienes.

⁷⁹⁶ De lo anterior, es también derivación la importancia que se da a quién se encuentre en actual posesión del inmueble. De hecho, antes de registrarse cualquier derecho sobre un bien, se comprueba quién ostenta la posesión actual del mismo, ya que esta persona, tendrá preferencia, a priori, para inscribir su derecho. Del mismo modo, se observa la importancia que cobra la posesión en muchas de las disposiciones de las normas relativas al registro, siendo, como se ha mencionado, posible, inscribir “*possessory titles*” (vid. Secciones 9 y 10 LRA 2002)

Mencionado normas en las que se reconocen los poderes y posibilidades que tiene el *personal representative* sobre los bienes, y, concretamente, asimismo, sus facultades dispositivas, la primera norma a la que tenemos que dirigir la mirada es al *Administration of Estates Act 1925*, que será el que, aparte de reconocer en su propio texto algunas de estas facultades, es la que nos reenvía al resto de normas que deben tenerse en cuenta. En este sentido, es en la sección 33 en la primera en la que se expresa, como se avanzó en un momento precedente del estudio, qué forma jurídica adquiere el vínculo que el *personal representative* guarda con el patrimonio hereditario, y por ello, que tipo de facultades ostentará éste, sección, en la que se dice que tomará la forma de un “*trust for sale*”, es decir, en el cual, el *personal representative* sería el *trustee*⁷⁹⁷(cuestión que matizaremos en el último de los capítulos del estudio), con poder para vender tanto la *personal property*, como la *real property*.

Una vez que sabemos qué forma adopta el vínculo jurídico que une al *personal representative* con el patrimonio, y con los herederos-beneficiarios, se le otorgan a aquél distintos poderes a lo largo de la norma, como son: la facultad de hipotecar los bienes del patrimonio hereditario para obtener dinero con el que pagar posibles deudas, así como todos los poderes necesarios para que cualquier contrato que efectúe sea vinculante y exigible e, incluso, para el caso en que el causante fuera ya una parte contratante, se considere que ahora ésta es el *personal representative* (s.39); así como el poder de arrendar o alquilar cualquiera de los bienes o crear un *trust* en el que el objeto de éste sea uno de los bienes del patrimonio hereditario (s.40).

Además de las anteriores, como se comentó, el propio AEA 1925, remite a otras normas, que recogen con mayor amplitud las facultades que se le conceden a los *personal representatives* (reconociéndoseles analógicamente los mismos poderes que a cualquier *trustee*). Tal remisión se produce en la, ya mencionada, sección 39 de la norma, donde se expresa concretamente que los *personal representatives* tendrán: “(*...*) *as respects the real estate, all the functions conferred on them by Part I of the Trust of Land and Appointment of Trustees Act 1996 (...)*”, aclarándose que esto, además, sin perjuicio de los poderes que se les otorguen por el *Trustee Act 2000*; normas, éstas, en las que nos centramos desde este momento.

⁷⁹⁷ Aunque veremos, posteriormente, que el *personal representative* ostenta un status distinto al de un *trustee*, en cierta medida, con más poderes y facultades que éste.

Comenzando por el *Trust of Land and Appointment of Trustees Act 1996*, debemos señalar que aún efectuada ya la anterior remisión a esta norma por el AEA 1925, y al ser ésta una norma pensada para el genérico *Trust of Land (Trusts de bienes inmuebles)* vuelve a aclararse que todo lo que se expresa en el *Act* se aplica igualmente a los *personal representatives* (s.18). Dicho esto, como facultad destacable que se reconoce a éstos, debemos comenzar mencionando lo que se expresa en su sección 6, por la importancia de su texto, que nos dice que, para las finalidades del *trust* del que es objeto un inmueble en concreto; en el caso específico del *personal representative*, para las finalidades de liquidación y distribución del remanente entre los herederos-beneficiarios; tiene éste sobre los inmuebles: “*all the powers of an absolute owner*”, esto es, los mismos poderes que un dueño pleno o absoluto, tendría sobre esos bienes. Dicho esto, no podemos olvidar, como se recuerda en la propia sección sexta, que, lo anterior, teniendo en cuenta siempre los derechos de los beneficiarios (s.6 (5)).

Aunque se contemplan para el *personal representative* algunos poderes más (que se le vuelven a reconocer genéricamente, como veremos a continuación, en el *Trustee Act 2000*), es destacable de esta norma que se llama la atención sobre la relación del *personal representative* con los beneficiarios, dejándonos ver claramente qué papel y autoridad asumen cada uno de ellos. En este sentido, se establece, por ejemplo, que antes de transmitirse, como unidad, una tierra (o cualquier bien inmueble), para con ello poder entregar a cada beneficiario la parte que le corresponda (en nuestro caso, del remanente); todos ellos deben consentir la transmisión (s.7 (3)), aunque tal afirmación se matiza posteriormente, cuando se recoge que el *trustee* (para nosotros, el *personal representative*) debe consultar con los beneficiarios los actos que pretenda efectuar en relación al patrimonio, pero que atenderá sus deseos⁷⁹⁸, se advierte, “en la medida de lo posible”, si el *personal representative* considera que es coherente con el interés general del *trust* (s.11).

De este modo, se deja entrever que se pretende dar un papel, una función, a los beneficiarios, que también deben tener algo que decir sobre la gestión de un patrimonio que, en última instancia, les pertenecerá, pero primando, siempre, el poder del *personal representative*, su buen criterio, ya que será éste el que decidirá si es coherente o no con

⁷⁹⁸ Debiendo señalarse además que, si tales deseos no fueran comunes a todos los beneficiarios, se llevará a cabo lo que se establezca por la mayoría de ellos.

los intereses generales del patrimonio hereditario satisfacer concretos deseos, de los herederos-beneficiarios, en cuanto al mismo.

Por último, en la tercera de las normas aludidas, esta es, el *Trustee Act 2000* (así como en algún precepto de su versión anterior de 1925, aún vigente en algunos puntos) encontramos el más amplio reconocimiento de facultades al *personal representative*; como se advertía en el AEA 1925 (s.39). Entre los más relevantes, se reconoce a aquél: a) poder general para invertir (con cargo al patrimonio) como si fuera pleno titular de los bienes⁷⁹⁹ (s.3 (1)), así como para solicitar créditos con cargo a bienes inmuebles del patrimonio hereditario (s.3 (3)); b) poder para adquirir *freehold* y *leasehold land* (esto es títulos plenos o limitados sobre bienes inmuebles) con diversos objetivos como serían efectuar una inversión, proporcionársela a un beneficiario para que ocupe tal bien, e incluso se establece que puede efectuar tal adquisición “por cualquier otro motivo” que crea oportuno (s.8), ejerciendo el *personal representative* el papel (y veremos que sólo el “papel”) de *trustee* con respecto al inmueble, ostentando, de nuevo, “*all the powers of an absolute owner in relation to land*” (s.8 (3)).

2. Otras facultades

Además de las anteriores, son destacables otras facultades que se recogen en distintas normas. En primer lugar, las recogidas en la AEA 1925, como serían las facultades necesarias para designar *trustees* que se ocupen de parte del patrimonio en el caso en que los beneficiarios aún fueran menores y aquéllas para poder apropiarse de parte del *estate* para diversas cuestiones, como podría ser invertir parte del patrimonio para obtener un rendimiento que beneficie a los herederos-beneficiarios, o ayude al pago de las deudas y gastos (esto último, siempre que no afecte a *gifts* o *devises* específicos, esto es, a atribuciones patrimoniales singulares o específicas) (s.41).

En segundo lugar, otras facultades destacables del *personal representative* serían las que se le reconocen en el *Trustee Act 2000* (y además, como se comentó, en algún precepto de su versión anterior de 1925, aún en vigor en algunos puntos). En este sentido, se le reconocen facultades como; la autoridad necesaria para contratar *agents* (agentes,

⁷⁹⁹ Relacionado con este precepto, en la sección 18 se le reconoce asimismo poder para invertir en “*bearer securities*” (títulos o valores al portador), estableciéndose que de efectuar este tipo de inversiones debe designar un “*custodian*” de tales títulos.

gestores) que auxilien al *personal representative* en relación a facultades de éste que sean delegables (por ejemplo: llevar a efecto, materialmente, una decisión ya tomada por el *personal representative*)⁸⁰⁰ (s.11); poder para nombrar representantes (*nominees*), en relación con los bienes del patrimonio hereditario, para que actúen en su nombre (s.16) así como para nombrar *custodians* (guardianes de los bienes)⁸⁰¹ para mantener seguros los documentos, bienes, o archivos que considere oportuno (s.17); en este caso, ambos nombramientos deben constar formalmente por escrito, y además, no puede designarse a cualquier persona con tales funciones, sino que deberá ser un profesional o una persona o entidad jurídica controlada por el propio *personal representative*⁸⁰² quien se ocupe de tales tareas; y por último, siendo significativa; autoridad necesaria para “*insure*” (asegurar), esto es, contratar un seguro en relación a los bienes del *estate*⁸⁰³ (y con cargo a los mismos), para cualquier tipo de riesgo o pérdida que su gestión pudiese ocasionar.

Antes de concluir el presente apartado, no debe dejar de mencionarse asimismo que, el *personal representative*, aun ejerciendo sus facultades generalmente de manera gratuita, tiene derecho a recibir un pago por sus servicios cuando se trata de un profesional o una *trust corporation* (esto es, una sociedad constituida para llevar a cabo profesionalmente tal finalidad)⁸⁰⁴.

⁸⁰⁰ Para un mayor desarrollo de esta cuestión, *vid.* s.13 y 15 del *Trustee Act 2000*

⁸⁰¹ En cuanto a las vicisitudes del nombramiento de *agents*, *custodians* y *nominees*, su responsabilidad, las consecuencias de haberse excedido, el *personal representative*, en el nombramiento de aquéllos, entre otras cuestiones, veáanse las secciones 23 y 24 del *Trustee Act 2000*

⁸⁰² O, conforme a la s.19, reconocida por el *Administration of Justice Act 1985*

⁸⁰³ Se dan, además, (y en sustitución de la sección 19 del *Trustee Act 1925*) instrucciones específicas de como debe llevarse a cabo esta acción, estableciéndose: “(1) *For section 19 of the MITrustee Act 1925 (power to insure) substitute— 19Power to insure. (1)A trustee may— (a) insure any property which is subject to the trust against risks of loss or damage due to any event, and (b) pay the premiums out of the trust funds. (2) In the case of property held on a bare trust, the power to insure is subject to any direction given by the beneficiary or each of the beneficiaries— (a) that any property specified in the direction is not to be insured; (b) that any property specified in the direction is not to be insured except on such conditions as may be so specified. (3) Property is held on a bare trust if it is held on trust for— (a) a beneficiary who is of full age and capacity and absolutely entitled to the property subject to the trust, or (b) beneficiaries each of whom is of full age and capacity and who (taken together) are absolutely entitled to the property subject to the trust. (4) If a direction under subsection (2) of this section is given, the power to insure, so far as it is subject to the direction, ceases to be a delegable function for the purposes of section 11 of the Trustee Act 2000 (power to employ agents). (5) In this section “trust funds” means any income or capital funds of the trust (...)*”

⁸⁰⁴ Reconociéndose este derecho en la sección 35, en relación con las secciones 28 y 29, así como en relación a la sección 34 (3) del AEA 1925. Del mismo modo, y aún en vigor, se establece en la sección 42 del *Trustee Act 1925*, que los Tribunales están autorizados para conceder una retribución (con cargo al patrimonio hereditario) cuando (aparte del *Public Trustee*) ejerce tales funciones (propias del *personal representative*) una *corporation* (o sociedad) de manera profesional o cuando ésta lleva a cabo sus funciones de manera conjunta con el *personal representative* u otros profesionales o entidades.

Con todo lo anterior, parece que empieza ser evidente que, a medida que nos adentramos en las funciones que cumplen las personas involucradas en la dinámica del proceso sucesorio anglosajón, se va haciendo cada vez más difícil intentar efectuar un juego de equivalencias en relación a nuestras figuras españolas, viéndose que, como se ha comentado en varias ocasiones a lo largo del estudio, aunque alcanzaremos un mismo resultado; la distribución del patrimonio hereditario conforme a los deseos del testador o, en su caso, conforme a lo establecido en la ley, así como el pago de los gastos que ello involucre y la liquidación de las deudas afectas a tal patrimonio, los caminos y soluciones que se presentan para alcanzar esta meta, cada vez son, en menor medida, afines o análogos.

2.6 Conclusiones. Reflexión en torno a la equivalencia, o no, con las figuras sucesorias españolas. Focalización en la figura del *executor* testamentario.

Llegados a este punto, estamos finalmente en posesión de los materiales necesarios para efectuar una reflexión en torno a la similitud, o divergencia, de la figura del *personal representative* con aquéllas propias de nuestro Ordenamiento. Puede fácilmente adivinarse que hemos ido descubriendo, a medida que desarrollábamos el apartado precedente, que cada vez era más amplia la brecha que se abría entre la figura del *personal representative* y cualquiera de nuestro sistema jurídico.

Es irrefutable igualmente que, en cierto modo, el *executor*, en diversos momentos, y dependiendo de la función o del deber concreto al que se atiende, nos va recordando funciones y deberes de muchas de nuestras figuras. Pero a la vez no podemos igualarla con ninguna de ellas. Es un dueño absoluto, aunque temporal, pero ligado a unos deberes concretos.

No es en exclusiva un albacea, ni un contador, ni un administrador, y es que, aunque cumpla todas estas funciones, su poder es mayor. No ostenta un simple un cargo, un oficio, sino un título, un título legal sobre los bienes, que, como vimos, puede inscribir en el Registro a su nombre. Tampoco es exactamente nuestro heredero, dado que sus poderes, aún amplísimos, están ligados siempre a concretos deberes, con la finalidad última de distribución del remanente entre los herederos-beneficiarios. Pero, al mismo tiempo, es lo más parecido a un sucesor universal que conoce el Ordenamiento

anglosajón, adquiriendo título y posesión de todos los bienes (en el caso del *executor*) desde el mismo día de la muerte del testador. Es un híbrido de todas nuestras figuras, pero ninguna exactamente. Es, definitivamente, una figura genuina del Ordenamiento jurídico anglosajón.

Podemos fijar un gran punto de encuentro si nos abstraemos de concretas funciones y deberes y fijamos la atención en una idea, en una noción, que no es otra que aquella de “confianza”. Que ésta es la base común que albergan figuras como la del albacea y el *executor* es claro, pero su plasmación práctica es completamente diversa. Nuestro albacea debe su situación al hecho de haberse depositado en él la confianza del testador, igual que ocurre en el caso del *executor*.

Distinto, como se comenta, es el alcance que en la práctica adquiere para ellos el recibir esta confianza. En el caso del albacea, ésta se manifiesta como encargo, mandato u oficio; resultando claro que no es un sucesor, ni un dueño. En el sistema anglosajón la confianza se configura de acuerdo al mencionado “*trust for sale*”, en el que el *personal representative* recibe un título legal de propiedad en relación al patrimonio hereditario (con poder a estos efectos de disponer de los bienes y distribución del remanente a los beneficiarios), siempre ligado a los deberes que se le imponen. Por ello, es que se diga que ambos, albacea y *executor*, derivan su legitimación de la voluntad del testador, pero el alcance de tal “confianza” es significativamente diverso.

Y es diverso el alcance porque su consideración de dueño u *owner* (en terminología anglosajona) no es un artificio para que cumpla sus funciones de *personal representative*, sino que es un propietario, con contenido material, de los bienes del patrimonio hereditario, reflexiones éstas, que están en la mente de la doctrina anglosajona. Lo planteaba ya VAIGHAN WILLIAMS⁸⁰⁵. Para el autor, en el supuesto en que el *personal representative* ostente, además la cualidad de heredero-beneficiario (hecho que no es infrecuente en la práctica), es verdaderamente complicado, desde un plano teórico, deslindar en qué momento cesa el dominio que ejerce sobre los bienes en su condición de *personal representative* y aquél en que comienza a ser titular de los bienes como heredero-beneficiario⁸⁰⁶. La noción o idea de propiedad es la misma ya sea *personal*

⁸⁰⁵ *Op. cit.*, p. 479

⁸⁰⁶ En cuanto que los poderes que ostenta en uno y otro caso sobre los bienes son, desde el punto de vista material, muy similares. A salvo la obligación de *autotransmitirse* los bienes (formalmente) y con ello el cambio del concepto posesorio.

representative o beneficiario y destinatario último de los bienes. Lo único que varía es el hecho de que, una vez cesa su función como *personal representative*, ostenta esta propiedad en su propio beneficio y derecho, pero detentando los mismos poderes y facultades que ya poseía como *personal representative*.

Hemos visto que una vez el *personal representative* liquida el *estate*, el remanente o el residuo, es lo que adquieren los beneficiarios, y lo adquieren, generalmente, por escrito, mediante una transmisión formal de la propiedad desde el *personal representative* a ellos. De este modo, a la muerte del causante, lo que adquirieron fue el derecho a que se gestione adecuadamente el patrimonio de modo que desemboque en la transmisión de tal remanente, si lo hubiese (esto es, a su “cuota” del patrimonio depurado de las deudas). No encontramos sucesores si dirigimos la vista a los herederos-beneficiarios, sólo podemos observar en el *executor* algo parecido a aquéllos.

Comparar una a una las funciones y deberes de las distintas figuras en el intento de hallar equivalencias es una labor estéril, carente de sentido, que no lleva más que a mayor confusión, y es que, como se ha advertido, la figura del *personal representative* (y aún en mayor medida, cuando hablamos del *executor*), es característica del Ordenamiento anglosajón. Más provechoso y útil, en cambio, es comprender aquello que late en el fondo de la cuestión, el porqué de su singular forma y modo y la razón de una divergencia que en ocasiones cuesta descifrar. Y aquello que yace en núcleo de esta cuestión, el corazón de la misma, es la diversa comprensión teórica de la idea de propiedad.

Una única intención es la que se ha perseguido en este apartado; que no es otra que rechazar los juegos de equivalencias que a menudo se establecen entre el *personal representative* y figuras como la del albacea o el administrador por lo que, remitiendo a un momento posterior el tratamiento de la noción de propiedad inglesa, la idea que debemos tener presente es que no es ninguna de nuestras figuras, o al menos no exactamente.

En cuanto a la noción de propiedad inglesa, tan sólo debe recordarse algo, ya mencionado, pero que es el núcleo del que partiremos en la reflexión final sobre aquélla, y es que, en palabras de THOMPSON⁸⁰⁷; “*English law has never embraced the concept of absolute*

⁸⁰⁷ THOMPSON, M.P., *Modern Land Law*. Oxford University Press, New York, 2003, p. 32

ownership of land, in the sense that a person can establish beyond the possibility of any dispute that nobody else could possibly establish a better right to it”, esto es, debemos partir siempre del hecho relativo a que la propiedad, como la conocemos en nuestro sistema jurídico, absoluta, no ha sido nunca una noción adoptada por el sistema anglosajón, en el que, como veremos, la importancia histórica que adquirió la posesión ha seguido ejerciendo un efecto directo sobre el actual entendimiento teórico que existe sobre el concepto de propiedad. Asimismo, y por lo anterior, debe quedar claro que, como referíamos en el apartado precedente, nos encontramos ante, digamos; posesiones o derechos a poseer, más o menos fuertes, más o menos duraderos, que brindan a sus titulares más o menos poderes y facultades, pero nunca ante nuestra propiedad absoluta. Y es por lo anterior que todos esas titularidades, que reciben el nombre de “*estates*”, pueden coexistir sin problema alguno, a un mismo tiempo, sobre un mismo inmueble, siendo una manifestación clara de ello el propio Registro inglés, en el que no encontramos registrado el inmueble una única vez, sino en el que podemos encontrar más de una entrada para la misma tierra, y es que lo que se registra no es el inmueble, sino el “*estate*” que se tiene en referencia a éste. Visto desde nuestro prisma, podría decirse que no se es propietario de la tierra, sino del “*estate*” que se detenta respecto a ella, ya que, repetimos, ninguna propiedad es absoluta.

Es precisamente esta consideración no absoluta de la propiedad la que permite su división, su desmembramiento, que es la base teórica que subyace en la noción del *trust*, figura que, como hemos podido observar, da cobertura de manera analógica, en muchos aspectos, asimismo, a las relaciones que estudiamos entre el *personal representative* y los herederos-beneficiarios (concretamente a la manera de un *trust for sale*), aunque veremos, cuando estudiemos las “nociones de propiedad” anglosajonas, que, aun siendo bastante similares en diversos puntos, no existe una equivalencia exacta entre el *trust*, y la dinámica del proceso sucesorio que estudiamos, sobre todo, en lo que respecta a los derechos de los *beneficiaries* en ambos casos.

Volviendo a la búsqueda de analogías o semejanzas entre nuestras figuras sucesorias y aquellas del Ordenamiento anglosajón, y para comenzar con ello el apartado subsiguiente, debemos cuestionarnos si únicamente podemos encontrar semejanzas con las posiciones personales del proceso sucesorio anglosajón a través de las principales figuras de nuestro Ordenamiento jurídico que han sido referidas, o si, quizás, aún es posible encontrar algún punto de encuentro.

CAPÍTULO TERCERO: UN PUNTO DE ENCUENTRO ENTRE TRADICIONES

I. EL CASO DE LA HERENCIA DEJADA A LA IGLESIA O A LOS POBRES DE LOS ARTÍCULOS 747 Y 749 CC

En el análisis histórico efectuado en la materia, se estudió que este supuesto había sido capital en el desarrollo de las figuras que se estudian y, veremos, que la importancia de aquel *entonces*, hace que sea un resquicio común en el *ahora*, dejándonos un cierto acercamiento entre sistemas jurídicos, acercamiento, que hunde sus raíces en un similar proceso histórico.

En breves palabras, recordemos que se estudió la común rama, en origen, que compartía la figura del ejecutor testamentario en los ordenamientos anglosajón y español de mano de la Iglesia, para, con el paso del tiempo, distanciarse, dándose en el sistema inglés una mayor significatividad al ejecutor testamentario, en detrimento del heredero, ocurriendo inversa circunstancia en el sistema español, con un aumento de la importancia del heredero para menoscabo de la envergadura de la noción de ejecutor.

Si existe un resquicio en nuestro ordenamiento en el que se muestre un más considerable alcance de la figura del ejecutor testamentario (y en el que se reste magnitud, o peso, al heredero), ese es el caso de las herencias en favor del alma o dejadas a los pobres, caso, en el que puede apreciarse una notable similitud, a estos efectos, entre los ordenamientos jurídicos que se estudian.

Este es el caso de los artículos 747 y 749 del Código Civil español. En el primero de ellos se hace referencia a la situación en la que el testador dispone de todos o parte de sus bienes *en favor de su alma*, mayormente, siendo el principal beneficiario la Iglesia. En cambio, el segundo de ellos recoge el supuesto en el que tal disposición se hace teniendo como últimos beneficiarios a los *pobres*, en general.

La relevancia de estos casos, y el porqué de que se digan son un indicador del acercamiento entre los ordenamientos jurídicos español e inglés (aunque sea a modo de resquicio histórico), reside en que, en los mismos, la importancia de la noción de

heredero, en cuanto a la liquidación del patrimonio, pierde gran parte de su significatividad, sino toda ella.

La común circunstancia que hace interesantes para nuestro estudio los mencionados supuestos, es que articulan un proceso de liquidación de los bienes por un organismo con tales funciones de liquidación, lo que hace que la importancia de la institución de heredero, en los casos, digamos, *normales*, que se muestra como capital, asumiendo el protagonismo en la sucesión, pierda su significatividad⁸⁰⁸, y es que el hecho de que se acepte la herencia, tiene como principal objetivo, en palabras de LACRUZ el de "garantizar la formación del organismo liquidador de la herencia"⁸⁰⁹ y es precisamente porque existe tal organismo liquidador, por lo que los beneficiarios (una vez concretados) no pueden, en sí, llegar a considerarse tampoco sucesores, o herederos, ya que será por el mencionado organismo con las funciones de liquidación (en lugar de por el heredero) por el que habrá sido aceptada, gestionada y distribuida la herencia, impidiéndose con ello que se abriera la sucesión intestada⁸¹⁰.

En el primero de los artículos, el 747 CC, se recoge el supuesto de que el testador efectúe disposiciones en favor del alma⁸¹¹, recayendo sobre los albaceas la labor de vender los bienes y distribuir su importe en la manera en que se establece en el precepto. En este sentido, no puede considerarse que "el alma" sea sucesora, ni tampoco las instituciones que serán beneficiarias en último lugar, y la misma consideración reciben las personas que se nombran en tal artículo para encargarse de la gestión y demás funciones en relación al patrimonio hereditario. De este modo, si la disposición no es de parte, si no de todos los bienes de la herencia, nos encontramos ante un supuesto de sucesión sin heredero. Así, en este supuesto, es competencia del albacea (o albaceas) liquidar el patrimonio hereditario con tal destino, vendiendo el mismo y entregando el importe al beneficiario o beneficiarios, sólo siendo competencia del heredero (si lo hubiere), en el supuesto en el

⁸⁰⁸ En este sentido, afirma LACRUZ BERDEJO, J.L., que "la institución de heredero pierde su significado propio", citado por FUENTES MARTÍNEZ, J., *Op. cit.*, p. 209

⁸⁰⁹ Cita extraída de lo expresado por FUENTES MARTÍNEZ, J., *op. loc. ult. cit.*

⁸¹⁰ En tal sentido lo refleja FUENTES MARTINEZ, J., siguiendo una reflexión de PUIG BRUTAU, J., *op. loc. ult. cit.*

⁸¹¹ Concretamente, expresa el 747 CC: "Si el testador dispusiere del todo o parte de sus bienes para sufragios y obras piadosas en beneficio de su alma, haciéndolo indeterminadamente y sin especificar su aplicación, los albaceas venderán los bienes y distribuirán su importe, dando la mitad al Diocesano para que lo destine a los indicados sufragios y a las atenciones y necesidades de la Iglesia, y la otra mitad al Gobernador civil correspondiente para los establecimientos benéficos del domicilio del difunto, y en su defecto, para los de la provincia".

que no exista albacea. Ya en este supuesto de las disposiciones *pro anima*, vemos una clara similitud con el ordenamiento anglosajón, en el que el que recibe los bienes pierde relevancia en cuanto a su innato poder de ejecutor de la voluntad del testador, en contraste con un engrandecimiento de las responsabilidades de un ejecutor testamentario, siendo asimismo como en el sistema jurídico inglés, un supuesto, más bien, de liquidación.

De otro lado, el artículo 749 CC, recoge el supuesto de las disposiciones en favor de los pobres⁸¹². Este supuesto, aunque (de base) comparte un similar mecanismo con el anterior (disposiciones *pro anima*), merece una explicación separada. Y es así, porque en este caso, es posible que quizá se vea aún más evidenciada la similitud con el ordenamiento anglosajón en estos extremos.

Así, el artículo 749 del Código Civil articula un proceso de liquidación de los bienes, en el cual las competencias de calificar los bienes y, posteriormente, repartirlos entre sus correspondientes beneficiarios pertenecen; en primer lugar, a la persona destinada a tal fin por el testamento, en su defecto, a los albaceas, y, en caso de no existir estos a una al grupo compuesto por el Párroco, el Alcalde y el Juez Municipal (que resolverán por mayoría de votos). Conforme a esto, de nuevo nos hallamos ante la circunstancia de que pueda darse el supuesto de una sucesión sin heredero, al igual que en el caso anterior, ya que, ni los pobres, ni aquellos que deben calificar y distribuir los bienes pueden considerarse sucesores⁸¹³.

En cuanto al proceso que se sigue en este supuesto, la herencia debe ser aceptada por aquel a quien el testador designe en testamento con las funciones de calificar y distribuir los bienes, y en su defecto, por las personas que hemos anteriormente expresado se mencionan en el artículo 749 CC. Tal aceptación será siempre a beneficio de inventario⁸¹⁴.

⁸¹² Concretamente, se establece: “Las disposiciones hechas a favor de los pobres en general, sin designación de personas ni de población, se entenderán limitadas a los del domicilio del testador en la época de su muerte, si no constare claramente haber sido otra su voluntad.

La calificación de los pobres y la distribución de los bienes se harán por la persona que haya designado el testador, en su defecto por los albaceas, y, si no los hubiere, por el Párroco, el Alcalde y el Juez municipal, los cuales resolverán, por mayoría de votos, las dudas que ocurran.

Esto mismo se hará cuando el testador haya dispuesto de sus bienes en favor de los pobres de una parroquia o pueblo determinado”.

⁸¹³ Así lo reconoce CAPILLA RONCERO, F., “El contenido del testamento”, en *Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*. F. Capilla Roncero (Coord.), A.M. López – V.L. Montés – E. Roca (Dir.), AAVV. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 166

⁸¹⁴ Circunstancia que se recoge, desde la promulgación de la LO 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, en el artículo 992, párrafo segundo, del Código Civil, relativo a la aceptación de la

Finalmente, en referencia a ambos artículos, y relacionado con el proceso de liquidación en el que se desenvuelven, baste se añada un matiz bastante significativo de acercamiento entre los sistemas ya que nos recuerda, asimismo, al ordenamiento anglosajón; y es que la Dirección General de los Registros considera que los bienes de los que se ha dispuesto con tal finalidad en favor del alma (art. 747 CC), pueden ser inscritos en el Registro de la Propiedad a nombre del albacea⁸¹⁵(a pesar del ya mencionado 20.4º de la Ley Hipotecaria⁸¹⁶), algo que, como puede fácilmente apreciarse, no es una cuestión sin importancia en el entendimiento de la diversidad que supone este caso respecto al supuesto base en nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, en cuanto a la inscripción de los bienes a nombre del albacea, comparten notas comunes los supuestos recogidos en los artículos 747 y 749 CC⁸¹⁷. En el caso del 747 CC; de un lado, si el causante dispone de todos sus bienes con tales fines, no es preceptivo para el albacea el inscribir los bienes con carácter previo a la enajenación de los mismos⁸¹⁸. De otro lado, si el testador dispone sólo de parte de los bienes del patrimonio hereditario a tales fines, concurriendo, por tanto, otros interesados en la sucesión, primero debería llevarse a cabo la partición de la herencia y la adjudicación de los tales concretos bienes al albacea⁸¹⁹. En el supuesto del 749 CC, la cuestión sería si los mencionados en el precepto (personas designadas por el testador, en su defecto; albaceas y, si no los hubiere; Párroco, Alcalde y Juez municipal) podrían inscribir los bienes a su nombre. De nuevo, debe hacerse una distinción. Si el causante dispone de toda su herencia a tal fin, no existiendo otros interesados en la sucesión, “no cabe descartar la posibilidad de inscripción con una simple

herencia que señala que "la aceptación de la que se deje a los pobres corresponderá a las personas designadas por el testador para calificarlos y distribuir los bienes, y en su defecto a las que señala el artículo 749, y se entenderá aceptada a beneficio de inventario"

⁸¹⁵ Así lo advierte CAPILLA RONCERO, F., *Op. cit.*, p. 166

⁸¹⁶ Y decimos, “a pesar” del 20.4º de la Ley Hipotecaria, dado que, y conforme al precepto, como expone ZURILLA CARIÑANA, M^a. A., “(...) aunque dicha inscripción es posible, no es necesaria, siendo lo normal que no se practique”. “Comentario de los artículos 747 y 749 del Código civil”, en Comentarios al Código Civil. T. IV. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), AAVV. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 5606

⁸¹⁷ Seguimos en el desarrollo de esta cuestión lo expuesto por ZURILLA CARIÑANA, M^a. A., (2013) , pp. 5600 y 5606

⁸¹⁸ Añade ZURILLA CARIÑANA, M^a. A, que; “Si el albacea realiza la inscripción a su nombre nos encontramos en presencia de inscripciones semejantes a las inscripciones fiduciarias o adjudicaciones para pago de deudas (2.3 LH). Los destinatarios finales del importe de los bienes podrán solicitar anotación preventiva de su derecho conforme al artículo 45.2 LH y 172.2 RH, siempre que el testamento hubiera sido hecho en escritura pública o hubiese sido protocolizado”. *Op. cit.*, p.5600

⁸¹⁹ Arts. 80 y siguientes de la Ley Hipotecaria. Además, advierte ZURILLA CARIÑANA, M^a. A.; “Si el albacea vendiese los bienes sin previa inscripción, para que el adquirente pueda inscribir su título en el registro a la escritura de venta deberá unirse el certificado de defunción y del Registro de últimas voluntades”. (2013) *Op. loc. ult. cit.*

instancia descriptiva (artículos 14 LH y 79 RH)⁸²⁰, y esto, porque, como explica ZURILLA CARIÑANA⁸²¹, tales personas se asemejan a unos titulares fiduciarios a los que se les adjudicarían los bienes para que se encargasen de la liquidación del patrimonio, por lo que, no existiendo otros interesados, su posición serían similar a la del heredero único, con tales posibilidades con respecto al Registro⁸²² (teniéndose siempre en cuenta lo que se expresó respecto al artículo 20.4 LH en estos extremos). De otra forma, si el causante ha dispuesto sólo en parte de sus bienes con tales fines y, por lo tanto, existen otros interesados, deberá primero liquidarse el patrimonio hereditario y adjudicarse los bienes a las personas que cumplirán con el encargo señalado en el 749 CC⁸²³.

Tras lo expresado en los párrafos anteriores, y a modo de cierta recapitulación y conclusión, puede observarse claramente la similitud de estos supuestos con el general sistema jurídico anglosajón, semejanza que, como se advirtió, tiene su razón de ser en la común raíz que comparte la noción de ejecutor testamentario en ambos sistemas y que se refleja en circunstancias (en los artículos 747 y 749 del Código civil) como: la aceptación de la herencia, principalmente, por aquel designado por testamento o por los albaceas, como sería el caso del análogo *executor* del ordenamiento anglosajón; la consideración de que la aceptación sea a beneficio de inventario (en el caso de las disposiciones en favor de los pobres) como ocurre en la práctica anglosajona (aunque no con idénticas implicaciones); o el protagonismo del proceso de liquidación y con ello de un órgano encargado del mismo, en detrimento de la importancia de la figura del sucesor, algo que, como sabemos, también nos trae a la mente lo dispuesto por el ordenamiento jurídico inglés.

⁸²⁰ ZURILLA CARIÑANA, M^a. A., (2013), p. 5606

⁸²¹ (2013) *Op. loc. ult. cit.*

⁸²² Añade la autora que, por tanto “Los bienes quedarían inscritos a nombre de la persona designada en el testamento, el albacea o de los órganos de liquidación del patrimonio para después llevar a cabo el cumplimiento del encargo (artículo 2.3 LH)”. Asimismo, comenta que; “Cuando las personas que enumera el artículo 749.2 efectúen la venta de los bienes, los terceros adquirentes podrán inscribir su adquisición presentando la escritura de venta en la que se deberán reseñar todas las circunstancias que se derivan del testamento y que facultam a aquellos para la venta. A la escritura deberá acompañar el certificado de defunción y del Registro de últimas voluntades”. (2013) *Op. loc. ult. cit.*

⁸²³ A este respecto, señala ZURILLA CARIÑANA, M^a. A., que “la base de la inscripción la constituirán la escritura de partición y adjudicación (cfr. Artículos 80 y ss. RH)”. (2013) *Op. loc. ult. cit.*

II. UNA REFERENCIA SIGNIFICATIVA AL DERECHO FORAL: EL ALBACEA UNIVERSAL EN EL DERECHO CATALÁN

Entre las figuras sucesorias existentes en Derecho foral, es significativa, y por ello digna de mención, aquella del albacea universal. Es importante que empecemos aclarando el motivo de interés que suscita para el estudio esta concreta figura.

Expresado de manera breve, el origen, y posterior desarrollo, de las figuras del *executor* y el albacea universal del derecho catalán es prácticamente idéntico, al igual que, asimismo, es equiparable al anterior caso estudiado relativo a la herencia dejada a la Iglesia o a los pobres del 747 y 749 de nuestro Código civil.

El albacea universal debe su aparición y orígenes a supuestos en los cuales el testador no designaba un heredero en concreto; sino que instituía como herederos a Dios, a su propia alma, a los pobres o, en general, establecía que sus bienes se destinaran a fines o causas pías⁸²⁴. Es por lo anterior que, ante la dificultad de considerar herederos, con todas las consecuencias que ello trae para sí (como la de ser executor del testamento), a Dios, o al alma del propio testador; la noción de albacea universal se presentó como una solución válida para que se llevara a término lo dispuesto por el causante en tales casos, mediante, en palabras de PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS “(...) la ficción de atribuirles – formalmente – el carácter de herederos”⁸²⁵. De este modo, recalamos que lo más interesante en el análisis que efectuamos en este momento es comprender que los orígenes de las figuras del *executor*; los anteriormente estudiados albaceas de nuestro Código civil en el caso de la herencia dejada a los pobres y a la Iglesia; así como el albacea universal del Derecho catalán; traen causa, históricamente, de situaciones similares o equivalentes, estas son, las disposiciones efectuadas por el testador en favor de los pobres o en beneficio del alma, así como las prohibiciones de disponer por causa de muerte, por la vinculación del patrimonio en la Edad Media. En palabras de ÁLVAREZ-SALA WALTHER, y en referencia al albacea, comenta el autor que “esa ingeniería sucesoria – diríamos hoy – para burlar prohibiciones legales explica también los orígenes de la ejecución

⁸²⁴ Así lo expresan PUIG FERRIOL, L., y ROCA TRÍAS, E., *Fundamentos del Derecho Civil de Cataluña*, T. III. *Derecho sucesorio catalán*. Vol. 1º. Bosch, Barcelona, 1979, p. 375

⁸²⁵ *Óp. cit.*, p. 376. Es interesante, asimismo, cuando los autores explican que, aparte del supuesto tradicional de destinarse la herencia a finalidades piadosas, consideran que el albaceazgo universal “tiene su razón de ser en supuestos en los cuales al abrirse la sucesión del causante no existe todavía el instituido como heredero, especialmente si éste es una persona jurídica”. *Op. cit.*, p. 377

testamentaria en Inglaterra”⁸²⁶, cuestión que, evidentemente, repercute en el actual entendimiento de las nociones que estudiamos.

Por lo tanto, al igual que en el caso del *executor*, el origen histórico del albacea universal catalán ha sido fundamental en el entendimiento actual de la noción, figura ésta, que suple hoy en día, la falta de heredero instituido (art. 429-7.2 CCat) – aunque nada impide la coexistencia con el heredero en el proceso sucesorio⁸²⁷ – definiéndose, en el artículo 429-7.1 CCat, como albaceas universales a “*las personas que reciben del causante el encargo de entregar la herencia en su universalidad a personas designadas por él o de destinarla a las finalidades expresadas en el testamento o en la confianza revelada*”⁸²⁸.

⁸²⁶ ÁLVAREZ-SALA WALTHER, J., “Pasado y futuro del albaceazgo”. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Vol. 94, núm. 765, pp.195-209, 2018, p. 197

⁸²⁷ Comentan PUIG FERRIOL, P., y ROCA TRÍAS, E., que bajo la legalidad anterior a la Compilación: « (...) se afirmaba corrientemente que los albaceas universales tenían el nombre y consideración de herederos, lo cual no ocurría con los albaceas particulares, que precisamente concurrían a la sucesión con el heredero (...) Pero esta afirmación de que los albaceas universales tenían el nombre y consideración de heredero, no se deduce que los mismos excluyeran al heredero de la sucesión. Y ello por cuanto era también doctrina comúnmente admitida la de que se reputaban albaceas universales aquellos que designaba el testador cuando no instituía heredero en particular, sino que instituía heredero a Dios, al alma del testador, a los pobres o a algún lugar pío (COMES). Esta idea de ligar el albaceazgo universal a la institución hecha con fines piadosos de una forma u otra la repiten todos los autores, y llega incluso al proyecto de Apéndice de 1930, cuyo art. 334-1 establecía que “los albaceas universales, que son los designados por el testador cuando instituye heredero a Dios, a su alma, o a los pobres, son mandatarios post mortem del testador, y con tal carácter han de hacerse cargo de la herencia y cumplir las disposiciones del testamento”». *Op. cit.*, p. 375. Actualmente, desaparecen las referencias a fines piadosos, aunque se mantiene el principio de que el nombramiento de albacea universal sustituye la falta de institución de heredero en el testamento, se dice, “sea cual sea el destino de la herencia” (art. 429-7.2 CCat).

⁸²⁸ Esto último, relacionado con la institución del heredero de confianza, regulada en los artículos que van desde el 424-11 al 424-155, ambos incluidos, del CCat. Se dice “confianza revelada”, porque es en ese momento, en el que la confianza se revela, en la que los herederos de confianza dejan de considerarse tales y actúan como albaceas universales. La herencia de confianza, sería una institución prohibida por nuestro Código civil, conforme a los artículos 670 y 785-4 del mismo. Explica GARRIDO MELERO, M.; “los herederos y legatarios de confianza son aquellas personas elegidas por el testador, para que en nombre propio, e investidos de las mismas facultades que los herederos y legatarios, den a los bienes el destino o la finalidad, que el testador les haya confidencialmente encargado, bien de palabra o por escrito, y que una vez revelada la confianza, van a ser consideradas, generalmente, como albaceas universales o particulares. Los herederos o legatarios de confianza son unos ejecutores testamentarios, que en su calidad de tales, administran un patrimonio ajeno o determinadas cosas y derechos, cuya titularidad última es en principio y momentáneamente secreta y confidencial, teniendo para dicha administración facultades exorbitantes” en *Fideicomisos y fiducias en el Derecho Catalán*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 304. En este sentido, y para evitar conclusiones erróneas, es clara la reflexión de PUIG FERRIOL, L y ROCA TRÍAS, E., cuando, explicando el supuesto, comentan; de un lado que “(...) la herencia de confianza no es sino una institución de heredero hecho por vía confidencial. Con lo cual queda claro que el verdadero heredero del testador no es el confidenciario – o heredero de confianza – , sino el tercero – oculto – al que debe hacer entrega de los bienes hereditarios”; y, de otro lado, que “(...) la denominación de heredero no es aquí decisiva, sino que únicamente tiene virtualidad para atribuir al confidenciario la condición de heredero frente a terceros (...) Lo que realmente sucede es que mientras permanece secreto el destino de los bienes hereditarios, el carácter meramente formal de heredero se sobrepone al de albacea, mientras que al conocerse la personalidad del verdadero heredero no es preciso recurrir ya a ningún artificio, y entonces el carácter de albacea se impone al de heredero” *Op. cit.*, pp. 467 y 470

Definido, conforme a la regulación actual, y una vez conocemos los orígenes de la figura; debemos tener en cuenta que al igual que en Derecho común español, también se recoge en Derecho catalán la noción de albacea particular, contrapuesta a la de albacea universal⁸²⁹.

La razón de que nos centremos en el albacea universal, viene dada porque es en sede de tal figura, donde podemos hallar, en cierta medida, el mencionado punto de encuentro entre tradiciones. Y lo anterior, dado que el albacea particular (conforme al art. 429-12.1 CCat) es aquel, “*existiendo heredero*”, encargado de cumplir uno o más encargos particulares relativos a la herencia o ejecutar disposiciones testamentarias o del heredamiento, lo que no se acerca más al *executor* que nuestro propio albacea del Código civil⁸³⁰. De este modo, interesa más a nuestro estudio la figura del albacea universal, por estar investida de unos poderes significativamente más amplios que los del albacea particular. La cuestión será preguntarnos hasta qué punto son amplios estos poderes y si, por su propia configuración jurídica, se acerca a la figura del *executor*, o no.

Es necesario que conozcamos, que dentro de la idea general de *albacea universal*, podemos encontrar dos subtipos del mismo⁸³¹, dependiendo de las funciones que cumplen: en primer lugar; el que se denomina “albacea universal de realización de herencia” (art. 429-9 CCat) y; en segundo lugar, el llamado “albacea universal de entrega directa del remanente” (art. 429-10 CCat), considerándose siempre, en caso de duda, que se ha designado del último de los tipos mencionados, este es, el de “entrega directa del remanente” (art. 429-7.3 y 4 CCat).

⁸²⁹ A parte del reconocimiento del albacea dativo, que, como explica de manera clara LARRONDO LIZARRAGA, J.; “son aquellos que el juez designa, a instancia de cualquiera de los interesados en la sucesión, cuando no queda ningún albacea ni sustituto en el ejercicio del cargo y no se ha cumplido totalmente el encargo. Se regula esta clase de albacea o marmessor en el artículo 321.1 del Código de Sucesiones por causa de muerte”; en *El Nuevo Derecho Sucesorio Catalán. Análisis del libro IV del Código civil de Cataluña*. Bosch, Barcelona, 2008, p. 251

⁸³⁰ Es significativa la reflexión que llevan a cabo PUIG FERRIOL, L., y ROCA TRÍAS, E., (aún en tiempo anterior a la regulación actual, pero teniéndose en cuenta que en poco ha cambiado desde entonces en estos extremos), expresando: “Realmente el estudio de la posición jurídica de los albaceas, conforme al actual Derecho civil de Cataluña, sólo interesa con respecto a los albaceas universales, pues el albacea particular – tal como viene regulado en el texto compilado – es una institución prácticamente inútil. Pues según el art. 236-4 si el causante no cuida de señalar las funciones de estos albaceas particulares, se les encomienda cuiden del entierro, funerales y píos sufragios de aquél, y la de pedir el cumplimiento de los modos (...) la ley les encomienda unas funciones (...) que normalmente ya se han cumplido cuando el albacea particular tiene noticia de su nombramiento, y por tanto sin posibilidad de llegar a ejercer verdaderamente el cargo”. *Op. cit.*, p. 358

⁸³¹ Se sigue, en estos extremos, lo expuesto por LARRONDO LIZARRAGA, J., *Op. cit.*, pp. 255 y ss.

De manera general, y aunque el causante puede modular las potestades de los albaceas universales para incrementarlas o reducir las, tienen éstos, según el artículo 429-8 CCat; las facultades necesarias para; posesionarse de la herencia y administrarla igual que todo heredero; realizar los actos necesarios para cumplir su cometido y las disposiciones expresadas en el testamento; siendo asimismo el legitimado procesalmente en todos los litigios o cuestiones que se susciten sobre los bienes hereditarios, los fines del albaceazgo y la validez del testamento, codicilo, memoria testamentaria o pacto sucesorio, y para interpretar todos ellos. Además de las anteriores, tienen estos otra importante potestad – que mencionamos intencionadamente, por su significatividad, en forma separada – que no es otra que la facultad de disposición de los bienes.

Merece la última de las facultades aludidas una mención separada debido a que el alcance que tenga esa facultad de disponer, será diverso dependiendo si estamos ante un albacea universal de realización dineraria o ante un albacea universal de entrega directa del remanente, teniendo el último de los mencionados un número más restringido de facultades, en este sentido, que el albacea de realización dineraria.

A este respecto, y conforme al artículo 429-10 CCat; el albacea universal de entrega directa del remanente ostenta las facultades necesarias para: satisfacer deudas y cargas hereditarias, así como el impuesto sucesorio; cumplir con los legados y otras disposiciones testamentarias; pedir el cumplimiento de los modos; pagar las legítimas; efectuar actos de realización dineraria (429-8 CCat), en la medida en que sean necesarios para efectuar los pagos y abonos de gastos mencionados⁸³² y; realizar la partición, si no se ha designado contador partidor. En cuanto al albacea universal de realización de herencia, y conforme al artículo 429-9 CCat, tiene todas las facultades anteriormente mencionadas, además de las siguientes: enajenar a título oneroso bienes de la herencia, cobrar créditos y cancelar garantías; retirar depósitos de todas clases y, residualmente; efectuar los actos necesarios para la realización dineraria de los bienes de la herencia, pudiendo, con el dinero obtenido, llevar a cabo una inversión o darle el destino que el causante hubiese ordenado.

De este modo, teniendo en cuenta la enumeración de las facultades de ambos tipos de albacea, se muestran evidentes las mayores facultades dispositivas del albacea universal

⁸³² Teniéndose en cuenta que la impugnación de estos actos dispositivos no afecta a los terceros adquirentes de buena fe.

de realización dineraria (algo que es lógico, dado su cometido), frente al albacea universal de entrega directa del remanente, ya que éste último no puede vender bienes; cobrar créditos, retirar depósitos; ni efectuar la partición mientras se haya designado contador-partidor; por considerarse, éstos últimos, actos que exceden la mera entrega y, por lo tanto, fuera de las funciones que el causante atribuyó al albacea universal de entrega directa del remanente.

Con lo anterior, y con la finalidad de hallar el mencionado “punto de encuentro entre tradiciones jurídicas”, y teniendo en cuenta que el albacea universal de realización de herencia podría ser, en la práctica y ejercicio de sus funciones, el más significativo tipo de albacea universal equiparable al *executor*⁸³³, es el momento de preguntarnos la consideración jurídica, esto es, la naturaleza jurídica, de la figura del albacea universal del Derecho catalán.

En este sentido, debe aclararse en primer lugar que el albacea en Derecho catalán, y al igual que ocurre en Derecho común español, se conforma como una figura que detrae funciones al ejecutor nato de la voluntad del causante; que no es otro que el heredero. Al igual que en Derecho común español, y en palabras de PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, “el sistema sucesorio catalán gira fundamentalmente en torno a la figura del heredero, que conforme a su posición jurídica desplaza – la mayoría de las veces por innecesaria – la figura del ejecutor testamentario”⁸³⁴.

⁸³³ Existe, además, un extremo en el que se puede observar asimismo la mayor amplitud de facultades que ostenta el “albacea catalán” en relación a nuestro “albacea de Derecho común español”, y que en ciertos extremos, lo asimila más al *executor*. Este caso es el que se expone en el art. 429-1.2 del Ccat., en el que se establece que “*el causante puede nombrar a albaceas sustitutos y facultar a los nombrados para designarlos. Esta designación debe hacerse en escritura pública*”. Si comparamos este precepto con los arts. 910 y 911 CC, vemos que en éstos, en cualquier caso, si el albaceazgo termina sin haberse finalizado el encargo, es responsabilidad de los herederos ejecutar la voluntad del testador, no reconociéndose, como en Cataluña, la posibilidad de que el testador autorice al albacea para que, aceptado el cargo, pueda elegir a sus propios sustitutos, que se subrogarán en su posición jurídica; lo que nos recuerda más al supuesto del *executor*; en el cual, su propio y personal executor llevaba a cabo la ejecución del encargo que aquél no finalizó, si bien es cierto que este último supuesto está previsto por Ley en todo caso; sin necesidad de autorización expresa del causante.

⁸³⁴ Además, continúan los autores comentando que, por tanto, el ejecutor testamentario “sólo aparece en la mecánica del proceso sucesorio cuando el causante decide valerse del mismo con el fin de sustraer al heredero algunas de las facultades que de acuerdo con el principio fundamental de la “*successio*” le corresponden”. Del mismo modo, señalan que, por lo anterior, es que el albacea en el sistema sucesorio catalán suele operar en supuestos excepcionales, lo que, comentan los autores “(...) se reafirma desde otro punto de vista, cual es el de considerar que las sucesiones por causa de muerte se han estructurado tradicionalmente en Cataluña de acuerdo con el principio de conservación y continuación de los patrimonios familiares por medio de la institución de un único heredero; y esta forma de concebir el proceso sucesorio tampoco tiene fácil encaje con la institución de los albaceas (...)”. *Op. cit.*, p. 356

Partiendo de esta base, hay quien ha considerado⁸³⁵ que la existencia de un albacea universal en la dinámica del proceso sucesorio dificulta, o imposibilita, que pueda articularse el principio de la “*successio*”, y esto, dadas las dilatadas facultades del albacea universal que, funcionando como un liquidador del patrimonio que se interpone entre el causante y los herederos, convierte a éstos en meros beneficiarios del remanente que resulte tras la liquidación. Dicho esto, no es la anterior una consideración mayoritaria, ni libre de críticas, ya que, y exponiendo un nítido ejemplo; explican PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, que la anterior reflexión no tiene una base sólida, ya que no tiene en cuenta otros supuestos como el de la herencia sucesiva, en el que el heredero fideicomisario adquiere la herencia tras haber tenido lugar un proceso de administración e incluso quizá de liquidación mientras estuvo en poder del que fue primeramente instituido, “lo cual no obsta para que se produzca el juego de la “*successio*” cuando la herencia hace tránsito al heredero fideicomisario, al que incluso se le impone la responsabilidad “*ultra vires hereditatis*” propia de todo heredero”; considerando los autores que, en el caso del albaceazgo universal ocurrirá en forma idéntica en relación a los destinatarios últimos de la herencia⁸³⁶. Y lo anterior, además, ligado a una sólida razón que encontramos en uno de los ya citados artículos del actual CCat., este es, el que definía a los albaceas universales (art. 429-7.1 CCat), en cuanto afirmaba que los mismos entregaban a las personas designadas por el causante la herencia “*en su universalidad*”.

Llegados a este punto, volvemos a encontrar los mismos obstáculos con los que hemos estado tropezando una y otra vez en el anhelo de descubrir un “juego de equivalencias” entre las figuras sucesorias de nuestro Derecho y el Derecho anglosajón; en este caso concreto, de la noción de *executor*. La razón vuelve a ser la misma, el diverso impacto que produce, técnicamente, el depósito de la confianza del causante en estos ejecutores de su voluntad⁸³⁷.

⁸³⁵ Y siguiendo en el desarrollo de estos extremos, lo expresado por PUIG FERRIOL, L., y ROCA TRÍAS, E., *Op. cit.*, pp. 376-377

⁸³⁶ *Op. loc. ult. cit.*

⁸³⁷ En cuanto a la relación de confianza entre el causante y el albacea en Derecho catalán, efectúan PUIG FERRIOL, L., y ROCA TRÍAS, E., una interesante reflexión, citando lo expuesto por KIPP-COING, exponiendo los autores: “Si de acuerdo con la fundamental idea de la “*successio*” el heredero aparece como el executor nato de las disposiciones de su causante si éste sustrae al heredero las funciones que normalmente le competen de dar el debido cumplimiento a la voluntad de el “*de cuius*”, es porque piensa que tal heredero no es la persona idónea para desempeñar tal cometido, ya sea porque tiene una capacidad de obrar limitada, porque piensa que no tendrá excesivo empeño ni interés en atenerse al cumplimiento de las disposiciones testamentarias, o incluso porque piense que el heredero no existirá todavía en el momento de abrirse la sucesión. De suerte que el causante, previendo estas eventualidades, decide valerse de terceras personas

En el supuesto del *executor*, como sabemos, recae en él un título “de propiedad” con contenido material; no es una mera ficción, no es un artificio jurídico que meramente justifique el poder con el que ejerce su labor. En cambio, en el caso del albacea universal del Derecho catalán; por mucho que en la práctica (y sobre todo en el caso del albacea universal de realización de herencia) sus actuaciones sean tan similares a las del *executor* que puedan llegar a pensarse nociones equivalentes, no puede obviarse que, como expresan PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, “en el albaceazgo se da claramente la distinción entre ejercicio de derechos y titularidad de los mismos (...) limitando de esta forma las facultades del heredero en el normal ejercicio de sus derechos (...)”⁸³⁸; derechos éstos, que le son inherentes por su condición de heredero, por el propio mecanismo en el que juega el tradicional principio de la “*successio*”.

En este sentido, el albacea universal ejerce derechos que, en realidad, se le detraen al verdadero titular de los mismos, al verdadero executor nato de la voluntad del causante, que no es otro que el heredero. Y es por lo anterior, que el título que ostenta, para el ejercicio de sus funciones, el albacea universal, no es comparable al que detenta el *executor*. En Derecho catalán, como ocurre en Derecho común español, no se olvida nunca quién es el único que tiene un verdadero título de propiedad sobre los bienes de la herencia, que no es otro que el heredero.

Así, y a modo de conclusión, debemos siempre ser cautelosos a la hora de considerar equivalentes las figuras que estudiamos de uno y otro sistema jurídico. En estos concretos supuestos, si bien es cierto que tanto el albacea universal del Derecho catalán, como los albaceas del 747 y 749 del Código civil, así como el *executor*; son figuras que comparten, en su base, un mismo fundamento histórico; además de servir a un proceso, normalmente, de liquidación del patrimonio hereditario, que hace que en la práctica puedan parecer figuras análogas; no debemos nunca olvidar los principios básicos que rigen los distintos

para asegurar el debido cumplimiento de las disposiciones sucesorias que deja ordenadas, y es claro que si el testador decide recurrir a la intervención de unos terceros, es porque le merecen una mayor confianza que sus sucesores. De lo cual resulta que el albaceazgo se funda en una relación de confianza entre causante y executor testamentario, que en un lenguaje – si se quiere, más técnico – llevaría a calificar al albacea de fiduciario del causante, en el sentido de que viene investido de un poder de administración y disposición, precisamente delimitado, sobre el caudal hereditario, que no debe ejercitar en su propio interés, sino de acuerdo con las instrucciones del causante y en interés de las personas favorecidas por éste”. *Op. cit.*, pp. 358-359. En el mismo sentido, JIMÉNEZ GALLEGU, C., en “Instituciones de confianza en la ordenación de la sucesión y ejecución de últimas voluntades: Evolución comparada y perspectivas de futuro: discurso de ingreso”. *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, Balears, núm. 14, pp. 59-149., 2013, pp. 88 y siguientes.

⁸³⁸ *Op. cit.*, pp. 359-360

ordenamientos, que son los que nos permiten ir más allá de la superficie, para encontrar el verdadero núcleo, o fondo, de su diversa configuración.

CAPÍTULO CUARTO. DESENCUENTRO ENTRE TRADICIONES. EL IMPACTO DE LA NOCIÓN DE “PROPIEDAD” EN EL ENTENDIMIENTO DE LAS POSICIONES PERSONALES DEL PROCESO SUCESORIO ANGLOSAJÓN.

“A decir verdad, para un civilista, y me atrevería a afirmar, para todo jurista, el derecho de propiedad no es un derecho: es el derecho. Pieza clave de nuestra cultura y civilización, nuestro universo jurídico es de imposible explicación sin él. Cosa distinta es que como objeto científico, su estudio general pueda resultar desmesurado para cualquier persona. En cualquier caso, tal vez no andaba desencaminado el que avisó de que el derecho de propiedad es tema para dedicarle un ensayo o toda la vida”⁸³⁹

(Ángel M., López y López)

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo del estudio, hemos observado como el fin de nuestro análisis nos conducía inevitablemente a la necesidad de examinar la diversa concepción de “propiedad” que late en el Ordenamiento jurídico anglosajón, contrapuesta ésta, a nuestras ideas o nociones sobre la misma.

Lejos de pretenderse un análisis omnicomprendivo de la noción de “propiedad anglosajona”, de sus esquemas de dominio y las numerosas concepciones que del mismo se tienen, lo que, en estos términos, interesa a nuestro estudio, es comprender qué derechos, de “propiedad”, ostentan, en el Ordenamiento jurídico anglosajón, tanto el *personal representative* como el heredero-beneficiario.

⁸³⁹ LÓPEZ y LÓPEZ, A.M., *Derecho Civil Constitucional*. Selección de Textos., Ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, 2015., p. 319

Fijado este marco, será necesario asimismo que hagamos alusión a la figura, tan sólo esbozada precedentemente, del *trust*. Y lo anterior, porque hemos hecho mención en más de una ocasión, a que las normas aplicadas, en términos de derechos, facultades, poderes y deberes del *personal representative*, son compartidas con las que regulan la figura del *trustee* y su relación con los *beneficiaries* del *trust*. Referencia, la anterior, que no es irrelevante, dado que veremos que los binomios; *personal representative – trustee*, y *heredero-beneficiario – beneficiary*; no son exactamente coincidentes, precisamente, en los términos que manejamos en este preciso apartado, estos son, en lo tocante a la “propiedad” ostentada por unos y otros sujetos al encarnar tales figuras jurídicas.

Una vez presentes los temas que se trataran a lo largo del presente capítulo, a continuación, efectuaremos ciertas reflexiones y aclaraciones en torno a la noción de “propiedad” anglosajona, en cuanto a lo que debemos entender por ella, lo que hará más productivo el estudio de los concretos extremos que interesan a nuestro análisis.

II. REFLEXIONES EN TORNO A LA “PROPIEDAD” ANGLOSAJONA

Al aproximarnos a la noción anglosajona de “*ownership*”, nos resulta cómodo, y en ocasiones casi automático, su traducción directa como “propiedad”. Pero, antes que nada, debe advertirse que hemos de ser cautelosos en lo que queramos transmitir conceptualmente mediando tal traducción, ya que el término “*ownership*”, como veremos, no refleja el mismo contenido material que nuestra “propiedad”.

Debemos partir de la base de que, hoy en día, en Inglaterra, los ciudadanos aún no ostentan, técnicamente, la “*absolute ownership*” de la tierra, ya que, formalmente, esa absoluta *ownership*, sólo la ostenta la Corona. Lo anterior hace que la “*ownership*” de los ciudadanos se configure, más bien, como “*tenencias*”, o “*derechos a poseer*” de mayor o menor grado, teoría ésta, que tiene origen feudal y que se conocía como la “*doctrine of tenure*”⁸⁴⁰. En el más relevante caso de la propiedad inmueble, aunque desde 1925 se han

⁸⁴⁰ En este sentido, BURN, E.H., CARTWRIGHT, J., *CHESHIRE AND BURN'S Modern Law of Real Property*. Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 12. En esta misma línea, expresa MICHAELS, R., “(...) Thus, all land in England traditionally belonged to the Crown; rights in land were limited to tenure and were thus relational, quasi-contractual, until 1925”. “Voz “*property*””, en; *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law, Vol. II.*, Oxford University Press, 2012, p. 1372. Asimismo, y conforme a lo anterior, explica THOMPSON, M.P., “As the theory underpinning English Land Law is that

sucedido importantes reformas⁸⁴¹, debe decirse que éstas, lejos de abolir la doctrina de las “*tenures*”, la modernizaron y la hicieron más asequible a las actuales vicisitudes ligadas a la “propiedad” y a su transmisión. Dicho esto, no queda aún muy claro, y urge por ello que se explique, qué significa exactamente, esto es, qué involucra, ser un “*owner*”, y por qué no es nuestro “propietario”.

Como expresan nítidamente BURN y CARTWRIGHT⁸⁴², para entender la suscitada cuestión debemos responder al interrogante relativo a qué es, exactamente, lo que se ostenta en tal carácter de *owner*, lo que nos lleva a la conocida doctrina inglesa de los “*estates*”. Según esta teoría, como explican los autores, la persona legitimada para poseer, es “*owner*” de una entidad abstracta, llamada “*estate*”, que se interpone entre aquél y el bien en sí mismo. Esto es, y en otras palabras, como expresa de manera gráfica y clara MARKBY⁸⁴³, el jurista inglés primero separa la *ownership* de la tierra en sí misma, y luego la une a una cosa imaginaria a la que llama “*estate*”.

Es de esta forma, como se entiende que tales “*estates*” son derechos a poseer⁸⁴⁴ de mayor o menor envergadura, lo que fundamenta la posibilidad de la convivencia de diversos de ellos en relación a un mismo inmueble y al mismo tiempo⁸⁴⁵.

Así, lo que el *owner* ostenta en tal concepto no es la tierra o bien inmueble en sí, no es un derecho inmediato sobre ese bien, sino un *estate* ligado al mismo, un derecho a poseer⁸⁴⁶,

all land is owned by the Crown and that people held the land from the Crown, originally, in return for the performance of services, it is difficult to say that the tenants actually owned the land itself. Rather, they held an interest, or estate in the land. The second reason is more practical. This is that certain incidents of ownership can be divided between different people at different times. The doctrine of estates facilitates this process”. *Op. cit.*, pp. 24-25

⁸⁴¹ Plasmadas en diversas normas, entre otras; como las más significativas: *The Settled Land Act 1925*; *The Trustee Act* (y posteriormente *The Trustee Act 2000*); *The Law of Property Act 1925*; *The Land Registration Act 1925* (y ulteriormente *The Land Registration Act 2002* y las *Land Registration Rules 2003*); *The Land Charges Act 1925* (posteriormente derogado en parte y modificado por: *The Land Charges Act 1972*) y el *Administration of Estates Act 1925*.

⁸⁴² *Op. cit.*, p. 51

⁸⁴³ MARKBY, W., *Elements of Law Considered with Reference to Principles of General Jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, Oxford, 1905, s. 330

⁸⁴⁴ Hay que tener en cuenta que la “posesión” es un concepto fundamental en el entendimiento de los esquemas de *ownership* del Derecho inglés, y es que, como explica THOMPSON, M.P., “*English law has never embraced the concept of absolute ownership of land, in the sense that a person can establish beyond the possibility of any dispute that nobody else could possibly establish a better right to it*”. *Op. cit.*, p. 32

⁸⁴⁵ Como expresa THOMPSON, M.P., y en cuanto a la coexistencia de los *estates*; “*It is fundamental to the understanding of the doctrine of estates to appreciate that they can co-exist simultaneously with regard to the same plot of land*”. *Op. cit.*, p. 31

⁸⁴⁶ Tal derecho a poseer era denominado “*seisin*” tradicionalmente, aunque el concepto sufrió algunos cambios con el tiempo. Relacionado con la mencionada noción, y hablando de su diferencia con el *dominium* y la posesión de tipo romano, explican BURN E.H., y CARTWRIGHT, J.; “*English law, in analysing the relation of the tenant to the land, has directed its attention not to ownership, but to possession,*

que puede ser indefinido en el tiempo o de una duración determinada. De este modo, el “*estate*” se configura como de un tipo u otro en base a la extensión que tenga el concreto “derecho a poseer” de que se trate, existiendo, por tanto, en derecho inglés, un sistema que más que de “propiedad” (en nuestro sentido de *civil law*, y con todo lo que la noción trae para sí), es de derechos a poseer “más o menos fuertes”, basado esto, además, en otro tradicional principio del derecho anglosajón originado en época Medieval, que no es otro que el de “*relativity of titles*” (relatividad de los títulos). Conforme a tal principio, quién interponía una acción con la intención de demostrar su mejor derecho a poseer, no tenía que probar que su derecho era mejor que el de *todo el mundo*, de manera absoluta, sino que debía demostrar que su derecho era mejor que aquél contra el que ejercitaba su acción. De este modo, los títulos eran relativos, en el sentido de que, en cualquier momento, cualquier persona podía mostrar un mejor derecho a la posesión y recobrar con ello el inmueble⁸⁴⁷.

Todo lo anterior, desemboca en dos importantes consecuencias⁸⁴⁸. De un lado, la primera de las consecuencias sería que existen distintos grados de intensidad en los *estates* (basados principalmente en la duración de los mismos y en los límites que los restringen).

or as it is called in the case of land, seisin. All titles to land are ultimately based upon possession in the sense that the title of the non seised prevails against all who can show no better right to seisin. Seisin is a root of title”. Asimismo, los autores, para el entendimiento de la noción de *seisin*, citan a PLUCKNETT, A., expresando éste último: “*Seisin’ ... is an enjoyment of property based upon title, and is not essentially distinguishable from right. In other words, the Sharp distinction between property and possession made in Roman law did not obtain in English law, seisin is not the Roman possession and right is not the Roman ownership. Both of these conceptions are represented in English law only by seisin, and it was the essence of the conception of seisin that some seisins might be better than others.*” Así, expresan los autores que con posterioridad a 1926, la “ownership” aún está basada en la doctrina del *estate*, la cual a su vez se halla íntimamente unida a la noción de “derecho de posesión de la tierra”. Esta dependencia sobre la posesión de la tierra como base de la “land ownership”, según los autores, resultó en el Common law mediante la visión de que la adquisición, por tanto, de la posesión de la tierra era en sí adquisición de un título sobre ella (“*possession was a root of title*”). De este modo, desde el primer día de su posesión, incluso si esta posesión se adquiría desposeyendo a otro, el poseedor tenía plenos beneficial rights sobre la tierra, ostentando un *estate in fee simple* – aunque este era sólo un “*relative title*”, desde el momento en que cualquier podía mostrar un mejor derecho a la posesión, lo que haría que pudiese recobrar la tierra. Por último, hemos de resaltar, como se avanzó, que el término “*seisin*” se iría restringiendo con el paso del tiempo. Al principio hacía referencia a todo derecho a poseer. Para el siglo XV, el término sólo se utilizaba ya para los bienes inmuebles, utilizándose el de “*possession*”, para los *chattels*. Ulteriormente, las *real actions* para defensa de sus derechos se reservaron únicamente para los *freeholders* – aquellos que ostentaban un *estate* de duración indeterminada o indefinida – , acciones, que estaban completamente basadas en la *seisin*, por lo que al final el término *seisin* se acabaría reservando para los *freeholders*, de ahí, que comenten los autores: “*Since mediaeval days it has been correct, for instance, to describe a tenant for life as seised, but a tenant for years as possessed, of the land*”. *Op. cit.*, pp. 13, 48 y 53, respectivamente. En esta misma línea, explica THOMPSON, M.P., “*The importance of possession was reflected in the medieval doctrine of seisin, so that the person who was in peaceful possession of the land was, in general, said to be seised of that land. This was particularly important during the feudal period because the feudal incidents were levied against the person who had seisin*”. *Op. cit.*, p. 33

⁸⁴⁷ En este sentido, BURN, E.H., y CARTWRIGHT, J., *Op. cit.*, p. 49

⁸⁴⁸ Seguimos en este punto lo expresado por BURN, E.H., y CARTWRIGHT, J., *Op. cit.*, pp. 13 y 49

De otro lado, la segunda de las consecuencias es que, aunque el efectivo derecho a poseer se proyecte en el futuro, la *ownership* existe, se desenvuelve en el presente, esto es, el hecho de que el derecho a poseer, propiamente dicho, encuentre su eficacia en el futuro, no es incompatible con la actual *ownership* sobre el *estate*. Tanto es así que tal *estate* relativo a un inmueble puede enajenarse, aunque el derecho a poseer encuentre su eficacia en el futuro, y no en ese mismo instante.

Con lo anterior, y en el conocimiento de que existen distintos tipos de “*estates*” (en el supuesto de la propiedad inmobiliaria), es fundamental que, al menos, mencionemos su clasificación en cuanto a su duración, lo que nos hará entender en mayor medida posteriores categorizaciones que llevaremos a cabo. De este modo, en cuanto a su duración podrían clasificarse en dos grandes grupos⁸⁴⁹: a) “*Estates of freehold*”; que serían aquellos en los que la duración del *estate* relativo a un inmueble es indeterminada; b) “*Estates less than freehold*”; siendo estos *estates*, aquellos que tienen una duración determinada o determinable.

A su vez, dentro de la primera de las categorías, esta es, la de los “*Estates of freehold*”, encontramos otra importante subdivisión, que sería la que los distingue entre “*freeholds of inheritance*” y “*freeholds not of inheritance*”. En primer lugar, los “*freeholds of inheritance*”, son los *estates* que pueden ser “heredables” y que pueden pasar a los sucesores *generación tras generación*. Estos últimos son, básicamente, de dos tipos: el “*estate in fee simple*” (que se trataría de el *estate* heredable por la generalidad de los herederos o sucesores), y el “*estate in fee tail*” (que de nuevo sería un *estate* heredable, pero limitado a unos sucesores o herederos restringidos, en concreto, sólo para descendientes y siempre en línea recta, excluyendo por tanto a los ascendientes y a los colaterales⁸⁵⁰). En segundo lugar, los “*freeholds not of inheritance*” se definen por contraposición a los “*freeholds of inheritance*”, siendo aquellos que no son heredables, y estos, básicamente son: de un lado; el *estate for life* (esto es, un *estate* de por vida y con tal duración) y, de otro lado; el *estate pur autre vie* (configurándose éste como un *estate* ligado al tiempo que dure una vida distinta del que lo ostenta; por ejemplo, un *estate* que tendrá A, el tiempo que dure la vida de B).

⁸⁴⁹ Seguimos la clasificación llevada a cabo por BURN E.H., y CARTWRIGHT, J., *Op. cit.* p.54

⁸⁵⁰ Desde 1997, se ha prohibido la creación de nuevos *entailed interests*, y cualquier intento de crear un *interest* de este tipo, creará, en vez de éste, un *absolute interest*, esto es, un *fee simple*, (*Trusts of Land and Appointment of Trustees Act 1996 Sch. 1 para. 5*)

Es relevante que se destaque, en referencia a los distintos tipos de *estate*, que de ellos (y dentro de la noción de “*fee simple*”) el más parecido a nuestro derecho de propiedad, a un derecho sobre la tierra en sí misma, y no a una “*ownership*” unida a un “*estate*”, es el *estate* de “*fee simple absolute in possession*”, cuyos términos son expresivos de aquello que supone el citado *estate*. En este sentido; “*fee*” haría alusión al carácter heredable del *estate*; “*simple*”, sería la expresión de que no tiene un límite de tiempo establecido; “*absolute*”, hace referencia a que se ostenta la *ownership* del *estate* sin ningún tipo de condición⁸⁵¹ impuesta y; por último “*in possession*”, hace referencia, no únicamente a su significado clásico, sino que incluye el hecho de que, de tal propiedad, se reciban las rentas y beneficios o se tenga el derecho a recibirlos⁸⁵². Como vemos, es éste el más amplio *estate* que puede tenerse en Derecho inglés en relación a un inmueble, que no difiere, en exceso, de un derecho de propiedad de carácter directo sobre aquél⁸⁵³.

Hasta el momento hemos estado haciendo referencia al derecho de propiedad relativo, por su relevancia, a la propiedad inmobiliaria, pero, como sabemos, no es el único tipo de “propiedad” a tener en cuenta. Por ello, debemos al menos mencionar la clasificación existente en el “*Law of Property*” anglosajón, ligada a los distintos tipos de propiedad posible, en función de los tipos de bienes sobre los que recae que, como vimos al analizar históricamente las figuras objeto de nuestro análisis, se había distinguido clásicamente entre *real property* y *personal property*, aunque tal clasificación se matizaría con el tiempo para incluir o excluir algunos de los bienes que se entendían comprendidos en las mismas⁸⁵⁴.

⁸⁵¹ Se dice “*absolute*”, para distinguirlo de los casos en los que puede ocurrir que un *estate* de *fee simple* esté sometido a una condición, que de cumplirse, hiciera que pudiese cesar la *ownership* de tal *estate*, aunque si no se cumple pueda, igualmente, prolongarse indefinidamente (y de ahí que continúe, aún la condición, ostentando el carácter de “*fee simple*”).

⁸⁵² En este sentido, en torno a la explicación del significado de los términos que componen la noción de “*fee simple absolute in possession*”, seguimos lo expuesto por BURN, E.H., y CARTWRIGHT, J., *Op. cit.*, pp. 152-154

⁸⁵³ En esta línea, explica MICHAELS, R., y comparando la noción con nuestra idea de “propiedad” de *Civil law*: “*The most comprehensive right in real property is the estate in fee simple absolute in possession, or freehold estate. Although conceptually still derived from the Crown, this right is effectively very similar to the freedom of use and enjoyment of continental European property. This conceptual difference explains continuing differences between European legal systems and provides a significant obstacle to legal unification or even harmonization*”. *Op. loc. ult. cit.*

⁸⁵⁴ Tradicionalmente, y como vimos al efectuar un recorrido histórico por las figuras objeto de nuestro análisis, la clasificación de los tipos de propiedad en derecho inglés se ha plasmado en dos grandes grupos: el relativo a la “*real property*”; siendo ésta básicamente la relativa a los bienes inmuebles; y los “*chattels*”, o “*personal property*”; que venía a comprender, fundamentalmente, la propiedad mueble y en la que se incluían los *leaseholds* (derechos sobre la tierra de una duración determinada). Este último tipo de “*chattel*”, esto es, el *leasehold*, se incluyó en la categoría de la *personal property* únicamente porque la defensa de los mismos no se manifestaba mediante las *real actions* que si eran propias de los *estates of freehold*. Con

Actualmente, y en este sentido, existen tres bloques distintos de normas en Derecho inglés en función de los bienes a los que éstas se refieren, que serían⁸⁵⁵: a) “*The law of real property*”, propiamente dicho, que se compone de las normas relativas a los “*freehold interests in land*” (estos son, como hemos visto, el “*fee simple*”, los “*entailed interests*” y el “*life interest*”); b) “*The law of chattels real*”, que serían las normas que guían u ordenan los *leaseholds*; y, por último; c) “*The law of pure personalty*”, que serían las reglas sobre la propiedad puramente mueble⁸⁵⁶.

Con lo anterior, y comprendida, a grandes rasgos, la idea que late en el fondo de la noción de *ownership* y de *estate* en Derecho anglosajón, debemos irremediablemente mencionar que todo lo precedente se complica cuando nos enfrentamos a una de las más importantes clasificaciones, en términos normativos, que existen en el Derecho inglés, y que afecta a la naturaleza y efecto de los distintos “*estates*”, que es la significativa diferencia entre los sistemas legales del *Common Law* y la *Equity*. Y es relevante, porque hará que los *estates*, que los diferentes *interests* en *ownership*, se califiquen como legales o “*equitables*” (de equidad), con diferente efecto y tratamiento jurídico.

Sin extendernos demasiado en estas cuestiones, ya tuvimos ocasión de conocer el origen del cuerpo legal que recibe el nombre de *Equity*, proyectando su eficacia en forma de “*remedies*” aplicables por el Tribunal del *Chancellor* desde el siglo XIV, “luchando”, en cierta medida, por subsanar las posibles “injusticias” que generaba un cuerpo legal de *Common law* en mayor medida rígido e inflexible. Con fundamento, primeramente, en la idea de “*conscience*” (moral o conciencia), para el siglo XVIII (y con un nexo importante con las ideas de la Ilustración) la base de la *Equity* pasaría de ser una cuestión de “moral” a un elemento, más bien, de “racionalidad” en el Derecho, ante ciertas situaciones no

el tiempo, empezó a considerarse que era innegable que suponían un derecho valorable sobre la tierra, y comenzó a verse como un *interest* que tenía tanto una parte “real” como “personal”. De este modo surgen finalmente las categorías que distinguirían la *personal property* entre “*chattels real*” (para incluir en ella a los *leaseholds*) y “*chattels personal*” (para hacer referencia a la clásica propiedad mueble). En este sentido, BURN, E.H., y CARTWRIGHT, J., *Op. cit.*, p. 59. Del mismo modo, y como expone de manera clara SHEEHAN, D., dentro de los bienes muebles, propiamente dichos, podemos efectuar la ordenación que los distingue entre; “*Tangible Property*” (*choses in possession*) e “*Intangible Property*” (*choses in action*). Dentro de la última de ellas (*Intangible Property*), podemos a su vez distinguir entre “*Pure Intangible*” (como sería, por ejemplo, una deuda, o una patente) y; “*Documentary Intangible*” (que se trataría, por ejemplo, de un cheque, letra de cambio, etc.). *The Principles of Personal Property Law*. Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2011, p. 3

⁸⁵⁵ Seguimos el esquema expuesto en este sentido por BURN, E.H., y CARTWRIGHT, J., *Op. cit.*, p. 60

⁸⁵⁶ Esto es, los que serían “*chattels personal*” (para distinguirlos de los “*chattels real*”, tradicionalmente incluidos dentro de la *personal property*, pero que, finalmente, se escindirían de ella mediante la creación de la categoría, intermedia, de los *chattels real*)

resueltas en *Common law*⁸⁵⁷. La evolución en la idea de “*Equity*” llevaría finalmente a hacerla desaparecer como cuerpo legal exclusivo de un tribunal independiente⁸⁵⁸, produciéndose en el siglo XIX la unificación de la *Court of Chancery* y los tribunales de *common law*.

Comentado lo anterior, hoy en día, como expresa WATT⁸⁵⁹, la *Equity* es “un cuerpo de principios, doctrinas, y normas, desarrolladas originalmente por la antigua *Court of Chancery* en competencia constructiva con las normas, doctrinas, y principios de las *common law courts*, pero ahora aplicadas, desde los *Judicature Acts* 1873-75, por la unificada *Supreme Court of England and Wales*”. Del mismo modo, explica el autor que el hecho de que todavía coexistan como cuerpos legales separados, aún aplicados por los mismos tribunales, se debe a que sus funciones son diversas. La función del *common law*, explica WATT⁸⁶⁰, sería establecer normas aplicables a la generalidad de los casos, con el efecto de reconocer que ciertas personas adquirirán determinados “*legal rights*” (derechos legales) y poderes en concretas circunstancias. De este modo, las “reglas legales” (o de *common law*) hacen que aquél que detenta un “*legal right*” pueda ejercerlo confiando en que está legitimado para ello. En cambio, continúa el autor⁸⁶¹, la *Equity* sirve para introducir “razón” y “justicia”, esto es, para atemperar y mitigar el rigor de la Ley. De este modo, la *Equity* tiene como función principal restringir o acotar el ejercicio de los derechos y poderes “legales” en ciertos casos, si se considera que sería “inaceptable” que se ejercitasen, digamos, al máximo de sus posibilidades, o sin ninguna limitación⁸⁶².

Visto lo anterior, como avanzábamos, es consecuencia de esta dualidad entre *common law* y *equity*, que se reconozcan, en uno y otro ámbito, “*equitable*” y “*legal*” *interests* o *estates* en la propiedad. En este sentido⁸⁶³, y para que entendamos cuáles son estos *estates* concretamente, debemos comentar que desde 1926 (teniéndose en cuenta que tal año es el punto de partida temporal en cuanto a importantes reformas legales en la materia) existen únicamente dos *legal estates* propiamente dichos: de un lado, tendríamos el

⁸⁵⁷ Así lo explica WATT, G., *Trusts and Equity*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 4 y ss.

⁸⁵⁸ *Judicature Acts* 1873 y 1875

⁸⁵⁹ *Op. cit.*, p. 12

⁸⁶⁰ *Op. cit.*, p. 14

⁸⁶¹ Y citando para ello a CHRISTOPHER ST. GERMAIN

⁸⁶² Comenta WATT, G., que otra forma en la que se ha tratado de explicar la diferencia entre *common law* y *equity*, ha sido explicar que el *common law* busca alcanzar la justicia en la generalidad de los casos, mediante la certeza, mientras que la *equity* busca evitar la injusticia que ocurre en los supuestos individuales como consecuencia de la aplicación general de las reglas legales. *Op. cit.*, p. 17

⁸⁶³ Y siguiendo para ello lo expresado por BURN, E.H., y CARTWRIGHT, J., *op. cit.*, p. 20

mencionado “*fee simple absolute in possession*” (el *estate*, que comentábamos, más se asimilaba a nuestra noción de “propiedad”) y, de otro lado, el “*terms of years absolute*” (que sería un *leasehold estate* establecido por un período concreto y fijado desde el primer momento en que se otorga). A estos, que son los principales, podríamos añadir algunos otros entre los que destacan significativamente algunos *legal interests* que pueden constituirse en relación a la propiedad inmobiliaria, resaltando entre ellos, de un lado, los *easements* (que podríamos traducir como “servidumbres”) y, de otro, las *mortgages* (hipotecas). Fuera de los mencionados *interests*, “todos los demás *estates*, *interests* y *cargas* o *gravámenes* en relación a la propiedad o sobre ella, tendrán efectividad únicamente como *equitable interests*”⁸⁶⁴.

No siendo el objetivo de nuestro análisis efectuar un exhaustivo listado de todos los tipos de *interests* en *equity*, sí debemos resaltar uno de ellos que se sitúa en torno a la más significativa, popular y genuina noción nacida de la *Equity*, que no es otra que el *trust*. Noción ésta, que nace o, más bien, “renace” del antiguo “*use*”. Debido a que nos detendremos seguidamente en el estudio de la figura del *trust*, avancemos únicamente que en aquél, el *interest* que ostentan los beneficiarios, es *equitable*, por lo que nuestro objetivo será conocer qué significa y qué implica que ostenten, como beneficiarios, tal *interest* en equidad.

En conclusión, y para lo que más interesa al estudio, hemos podido observar como la “*ownership*” anglosajona, a pesar de desempeñar en muchas ocasiones y en la práctica un papel significativamente asimilable a nuestra noción de “propiedad”, tiene sentadas sus bases teóricas no sobre el concepto, digamos romano, de “*dominium*”, sino sobre un concepto de “*tenures*”, de tenencias, que con origen feudal, aún causa un distanciamiento en la construcción de sus conceptos entre el *Common law* y el *Civil law* en estos extremos, bajo la máxima de que no existen propietarios absolutos e inmediatos sobre los bienes inmuebles (o más bien, sólo existiendo uno formalmente: la Corona), sino que existen derechos a poseerlos de mayor o menor grado, aclarándose, que cuando se habla de “*ownership*”, no se habla de nuestra “propiedad”, sino de la tenencia de un “*estate*”, ese

⁸⁶⁴ BURN, E.H., y CARTWRIGHT, J., *Op. loc. ult. cit.* Del mismo modo, el Law of Property Act 1925, define en su sección 205, 1. (x), los “legal estates”, en contraposición a los “equitable estates”, de la siguiente forma: “*“legal estates” mean the estates, interests and charges, in or over land (subsisting or created at law) which are by this Act authorised to subsist or to be created as legal estates; “equitable interests” mean all the other interests and charges in or over land ...; an equitable interest “capable of subsisting as a legal estate” means such as could validly subsist or be created as a legal estate under this Act”*

ente imaginario al que se ligaba la *ownership* “una vez separada de la tierra en sí misma”. Y es por esta doctrina de los “*estates*”, que varios de ellos pueden convivir al mismo tiempo sobre un mismo bien.

III. CUESTIONES RELEVANTES SOBRE PROPIEDAD EN LA FIGURA DEL *TRUST*. LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS DEL *BENEFICIARY*

1. INTRODUCCIÓN. LA SEMILLA DEL *TRUST*: EL MECANISMO DEL “*USE*”

Dado que en ciertos aspectos, como se ha observado en la Introducción del presente capítulo, las nociones de *trustee* y *personal representative*, así como las de *beneficiary* y heredero-beneficiario parecen asimilarse, es de todo punto necesario que se esboce el funcionamiento, en términos de “propiedad”, del *trust*, para que la tarea de deslinde entre figuras se presente, en mayor medida, asequible y comprensible.

Antes que nada, y como advertimos precedentemente, ayuda al entendimiento de la figura del *trust*, conocer, aunque sea en forma breve, el origen histórico de la figura, su *semilla*, que no es otra que la noción de “*use*”⁸⁶⁵. Ya en los siglos VII y VIII, como explica nítidamente WATT⁸⁶⁶, existía en *common law* un tipo de “*use*” en relación a los bienes muebles y al dinero, por el cual un sujeto recibía un dinero en favor de otro sujeto, supeditado el primero de ellos a ciertas obligaciones en *common law* relativas al uso del mismo. Ante el incumplimiento de las obligaciones impuestas al primero de los sujetos, existía, por el segundo de ellos, la posibilidad de interponer una acción, digamos, de rendimiento de cuentas (*action to account*).

El problema en torno al “*use*” apareció, posteriormente, cuando se pretendió utilizar la figura, no sólo en el ámbito de los bienes muebles y el dinero en general, sino en el de los bienes inmuebles, algo que, como comenta el autor⁸⁶⁷ citado precedentemente, no encajaba en el sistema inglés, en el cual la doctrina de los *estates* y de la *seisin* no dejaban lugar para la escisión de, digamos, de un lado, la posesión, uso y disfrute de la propiedad

⁸⁶⁵ Como explican BURN, E.H. y CARTWRIGHT, J, el término “*use*”, viene de “*opus*” (en nombre o por cuenta de otro), no de “*usus*”, y de ahí su denominación como tal. *Op. cit.* p. 67

⁸⁶⁶ *Op. cit.*, pp. 8 y ss.

⁸⁶⁷ *Op. cit.*, p. 9

(*beneficial enjoyment*) y, de otro; el título legal (*legal title*) sobre el inmueble. Aún las normas y doctrinas de *common law* al respecto, y bajo el manto de la *Equity*, la jurisdicción del *Chancellor* adoptó tal noción, y su aplicación se extendió coincidiendo con el comienzo del siglo XIII.

Son diversas las razones de la conveniencia de tal figura, una de las más conocidas, es aquella por la cual un determinado terrateniente que marchaba a las Cruzadas podía transferir su título legal a una persona de confianza (que se denominaría “*feoffe to uses*”), que siendo reconocido por el Derecho como nuevo “dueño legal” de las tierras, tenía un deber de volver a transferir la tierra al “dueño” originario a su vuelta, con el adicional deber, durante su ausencia, de ostentar tal título en beneficio de la familia del cruzado (familiares que, en el mencionado mecanismo, recibirían el nombre de “*cestui(s) que trust*”)⁸⁶⁸. Ante el incumplimiento de sus deberes, sería en *Equity* donde se resolverían los conflictos, teniéndose en cuenta, que la *Equity* actúa “*in personam*”⁸⁶⁹. Así, en tal jurisdicción, se protegería al *cestui*, actuando el *Chancellor* contra el *feoffee to uses*.

El problema de la aplicación de tales “*uses*” y la causa directa de su posterior desaparición (aunque no total), vino del hecho relativo a que su uso suponía un perjuicio para la Corona. En este sentido, como expone WATT⁸⁷⁰, en supuestos como aquéllos en los que se heredaba la propiedad por un nuevo sujeto o los casos en los que un terrateniente moría sin herederos, podía el Rey, como señor supremo con respecto a todas las propiedades (en el marco de un sistema feudal), exigir ciertos impuestos e incluso hacerse con el dominio de tales tierras (“*feudal fines or incidents*”) para darles un nuevo fin. El mencionado perjuicio provenía del hecho de que, mediante el “*use*”, se lograban sortear tales mandatos y gravámenes feudales, pudiendo existir siempre alguien vivo, con un *legal title* sobre la tierra y, por ello, dejando vacíos de contenido los supuestos en que se

⁸⁶⁸ Siendo esta una de las más conocidas razones para el funcionamiento del “*use*” en relación a un bien inmueble, como aclara WATT, G., no era el único de los objetivos. En este sentido comenta el autor: “(...) *the trust of land began its life when mediaeval monks wished to enjoy the benefit of land without infringing their vow of property by actually being owners of the land*”. *Op. cit.*, p.8. Asimismo, comenta JIMÉNEZ GALLEGO, C., que la figura aparecería en el Derecho Medieval, con el carácter de fiduciaria, como reacción frente a las leyes que prohibían liberalidades a favor de manos muertas, cediéndose los bienes a un tercero, en la confianza del primero, con la posterior obligación (que era exigible a través de una *actio de equity*) de que éste cedería los rendimientos de los bienes a la institución que el causante quisiera favorecer. Así, comenta el autor: “Es algo parecido a lo que ocurrió en Roma para esquivar las prohibiciones de suceder. Más tarde parece que se usó para beneficiar a hijos a quienes no era conveniente por razones de hecho que aparecieran como sucesores en un primer momento.”, *Op. cit.*, pp. 125-126

⁸⁶⁹ Así lo denotan BURN, E.H. y CARTWRIGHT, J., *Op. loc. ult. cit.*

⁸⁷⁰ *Op. cit.*, p. 10

producían los “*feudal fines or incidents*”. Mientras tanto, además, como comenta el autor, el beneficiario seguía ocupando la tierra y obteniendo los beneficios de la misma, lo que pronto se convirtió, en una originaria forma de evadir impuestos o esquivar las mencionadas medidas.

Es por ello que Enrique VIII promulgaría el *Statute of Uses* en 1536, por el cuál, en todos los “*uses*” que se hubieran creado, el título legal pasaría a los beneficiarios, acabando con muchos de estos mecanismos jurídicos, si bien es cierto, que como comenta WATT⁸⁷¹, no acabaría con todos ellos, sino, sobre todo, con aquellos en los que el beneficiario era el originario “*owner*” de las tierras, que utilizaba el sistema del “*use*”, exclusivamente, para evadir los *feudal incidents*.

Sin detenernos en mayor medida en esta cuestión, sí debemos comentar que aunque se pensaron, y encontraron eficacia, distintas formas de evadir el *Statute of Uses*⁸⁷², sería con la promulgación del *Tenures Abolition Act* de 1660, que eliminó los *feudal incidents*; donde finalmente encontramos el germen, la semilla, del *Trust*, ya que, como expresa WATT⁸⁷³, para ese momento, el *interest* del *cestui que trust*, sólo podía ceder ante un tercer adquirente oneroso de buena fe que no tuviera conocimiento del *interest* del *cestui*.

Por último, y para lo que interesa al estudio, debemos tener en cuenta que, aunque en el “*use*” podemos reconocer esa dualidad de “*ownership*” propia del *trust* moderno (en la que, en este caso el “*feoffee que uses*” ostenta la *legal ownership* y el “*cestui que trust*” la *equitable ownership*) en torno a esta noción estaba claro que lo que ostentaba el *cestui*, en el fondo, no era más que un *right in personam* contra el *feoffee que uses*, que podía hacer valer ante la *Court of Chancery*, pero no un derecho de tipo “propietario”. Esta idea, evolucionaría con el *trust*, y en éste, los *equitable interests*, como comentan BURN y

⁸⁷¹ *Op. loc. ult. cit.*

⁸⁷² Es interesante la explicación que efectúa WATT, G., en torno a las formas en que se sorteaba el *Statute of Uses* 1536 (dando tales formas de esquivar el *Statute* origen a la noción de *trust*), expresando el autor: “*One such was a ‘use upon a use’ in the generic form: ‘to A to the use of B to the use of C’. It was supposed that the effect of the Statute of Uses would be to execute the first use by vesting legal title in B, who would then be obliged to hold it to the use of the intended beneficiary, C. This supposition was confirmed by the routine enforcement in Chancery of B’s conscientious obligation to observe the use upon a use in favor of C. In the seventeenth century, the Chancellors ‘began to enforce the use upon a use as a trust’, leading one commentator to observe that a ‘bastardly use’ had started up ‘by the true name which the use had at first – which is “trust and confidence”. By the end of the seventeenth century, it was not even necessary for A to be mentioned at all: Chancery was content to enforce a form of conveyance ‘to B, unto and to the use of B, in trust for C’*”. *Op. cit.*, pp. 10-11

⁸⁷³ *Op. cit.*, p. 11

CARTWRIGHT⁸⁷⁴ empezarían a definirse y transformarse adquiriendo en el tiempo mayor relevancia, y adaptándose a muchos más supuestos que aquellos que subyacían en el mecanismo del “*use*”. De este modo, progresivamente, empezarían a parecerse más a *rights in rem* que a meros *rights in personam* contra el que antaño era el *feoffee que use*, ahora renombrado, *trustee*.

2. CUESTIONES RELEVANTES SOBRE LA PROPIEDAD EN EL *TRUST*. LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS DEL *BENEFICIARY*

Estudiados, a grandes rasgos, los orígenes históricos del *trust*, debemos entender, antes que ninguna otra consideración, en qué consiste, actualmente, tal mecanismo. Genéricamente, en virtud de esta figura, una persona denominada “*settlor*” o “*trustor*” (creador o constituyente del *trust*), transfiere a otra – calificada como “*trustee*” – la “propiedad” de unos bienes, con el objetivo de que se gestionen y administren en beneficio de un tercero o terceros – llamados “*beneficiaries*” o “*cestui(s) que trust*” (en una denominación más tradicional) – de conformidad con lo establecido en los documentos constitutivos del *trust*⁸⁷⁵.

Como puede fácilmente apreciarse por la definición efectuada, es una noción que puede servir a multitud de finalidades que, por supuesto, no se agotan, como es de sobra conocido, en el campo del Derecho sucesorio⁸⁷⁶. Asimismo, existen distintas configuraciones posibles del *trust*, en términos de poder o control sobre los bienes que componen el denominado “*trust fund*” (esto es, el conjunto de bienes objeto del *trust*), que hacen que el desarrollo y plasmación práctica de la figura varíen de manera significativa⁸⁷⁷, ocupando el *trustee* una posición, en los términos precedentemente aludidos, más o menos elevada o preeminente.

⁸⁷⁴ *Op. cit.* p. 79

⁸⁷⁵ Pudiendo colocarse, el propio *settlor*, como *beneficiary* del *trust*.

⁸⁷⁶ Como comenta GRAY, K., “*The trust appears in a multiplicity of forms and may be directed towards a variety of purposes. In all its many forms the trust provides a médium by which the administrative and enjoyment functions pertaining to property may be separated and vested in different persons*”. *Elements of Land Law*, Butterworths, London, 1993, p. 39

⁸⁷⁷ En tal sentido, comenta GRAY, K.: “*The possible variations of the trust form depend on the precise way in which these functions – refiriéndose a aquéllas relativas a la administración ejercitada por el trustee y el “beneficial interest” que ostentaría el beneficiary – are allocated between the trustee and the beneficiary. The degree of control vested in trustee and beneficiary respectively may vary greatly*”. *Op. loc. ult. cit.* Con

Teniendo en cuenta lo anterior, y dado que un desarrollo más extenso de las cuestiones señaladas previamente escapa a la finalidad de nuestro estudio, debemos ceñirnos a la razón o motivo que hace relevante un análisis de la noción y funcionamiento del *trust* en el presente apartado, y esta es, la implicación de tales ideas y concepciones en el proceso sucesorio.

Explica nítidamente GARTON⁸⁷⁸ que, desde un punto de vista funcional u operativo, cuando estamos reflexionando en torno a las alternativas posibles para que se lleve a cabo la distribución de nuestros bienes con ocasión de la muerte; podemos plantearnos más de una solución⁸⁷⁹. De un lado, podemos elegir elaborar un testamento, lo que – comenta el autor – lleva aparejado un inevitable proceso de administración y liquidación de los bienes (a la manera en que hemos observado se lleva a cabo por el o, los, *personal representatives*). De otro lado, podemos optar por la constitución o creación de un *trust inter vivos*, lo que evitaría el citado proceso de administración y liquidación, en la anterior forma, en lo relativo a la propiedad objeto del *trust*. Dicho lo anterior, y en relación con ello, matiza el autor que, en realidad, en cualquiera de los citados casos, la distribución de los bienes sería un procedimiento bastante simple, por lo que el problema, no se sitúa tanto en esta sede, esta es, en la posible elección entre *trust inter vivos* y testamento (o *will*) sino en los casos en los que se efectúan, en el propio testamento, disposiciones “*on trust*”. De esta forma, la importante decisión que debería plantearse el testador – expone GARTON – es si establecer, o constituir, el *trust* por testamento, o no.

Para nosotros, el último de los citados escenarios posibles tiene una significativa importancia, dado que si el causante crea un *trust* por medio de su testamento,

lo anterior, a modo de ejemplo y aclaración, podemos señalar dos posibles configuraciones, como serían el *discretionary trust* (o *trust* discrecional) y el *bare trust* (que podríamos traducir, literalmente, como *trust* “desnudo”, “nudo” o “vacío”). En el primero de los supuestos, el trustee se encuentra en una muy relevante posición de poder, no sufriendo más limitaciones en el desempeño de sus actuaciones que aquello que se establezca como fin último en los documentos constitutivos del *trust*. De este modo, ostenta amplísimas facultades dirigidas a la disposición de los bienes; a las decisiones en cuanto a la forma y momento en los que entregar los beneficios que arrojen la gestión de los bienes e incluso encaminadas a decidir a quién entregar los citados rendimientos. En el segundo de los casos, por el contrario, el trustee ostenta, digamos, un título “desnudo” o “vacío” de contenido significativamente material, y esto, porque el *beneficiary* tiene derecho a reclamar la entrega de todos los bienes del *trust fund*, así como los rendimientos generados por aquéllos; desde que adquiere la mayoría de edad. De esta forma, el *trustee* ostenta, únicamente, una “legal ownership” en sentido técnico, o formal, ya que, en la práctica, lo único que aquél puede hacer, y es ésta su principal obligación, es entregar los bienes del *trust fund* al *beneficiary* cuando éste lo solicite (y alcanzada la mayoría de edad del mismo).

⁸⁷⁸ GARTON, J., *Moffat's trusts law. Text and Materials.*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, p. 19

⁸⁷⁹ Hacemos referencia, claro está, al Derecho anglosajón.

normalmente, designará como *trustees* de aquél a sus propios *personal representatives*, lo que hace aún más importante que deslindemos ambas figuras y, por tanto, conozcamos qué diversos derechos y poderes ostentan en virtud de tales títulos. Del mismo modo, ante la constitución de un *trust* por la vía testamentaria, debemos conocer si los *beneficiaries* de aquél tienen, o no, los mismos derechos que un heredero-beneficiario, o si estamos ante diversas situaciones.

Advertida la necesidad de conocer, exactamente, en qué medida y con qué derechos, cumplen sus funciones los sujetos involucrados en el *trust*, urge que estudiemos la naturaleza de los derechos de tales sujetos.

Primeramente, debemos comentar que, aun siendo el *trust* una noción directamente ligada a la idea de “confianza”, a la manera en que lo serían los negocios fiduciarios (concepto que nos es conocido); el impacto que esa “confianza” tiene en el Ordenamiento jurídico anglosajón es significativamente superior o, en mayor medida, transcendental. Y lo anterior, por el posible desmembramiento de la propiedad⁸⁸⁰ (lo que es objeto de debate), que podría tener lugar en el *trust*. En virtud de éste, el *trustee*, de un lado, ostenta la denominada “*legal ownership*” (digamos, “propiedad” legal) sobre los bienes. De otro lado, el *beneficiary*, ostentaría la calificada como “*equitable ownership*”, esta es, una especie de “propiedad” de equidad o bonitaria⁸⁸¹, teniendo siempre en cuenta que, siendo exhaustivos, como hemos ya expresado en varias ocasiones, no podríamos denominar “propiedad” conforme a nuestra concepción de la misma, a ninguno de tales títulos de “*ownership*”.

La idea y razón que subyace en el núcleo del posible desmembramiento de la propiedad, y la propia terminología utilizada, se halla en la conocida y citada distinción entre los cuerpos legales, coexistentes, de *Common Law* y *Equity* en Derecho anglosajón.

⁸⁸⁰ Recordando siempre las cautelas a la hora de utilizar el término “propiedad” en lo referente al Sistema jurídico anglosajón.

⁸⁸¹ A este respecto, llama la atención GRAY, K., sobre la extrañeza del mecanismo del desmembramiento de la propiedad para los sistemas jurídicos de *civil law*, estos son, en estos concretos extremos, los que siguen esquemas de dominio de “*Roman law*”. En este sentido, comenta el autor: “*The dominium of Roman Law comprised both the legal title and the right of actual beneficial enjoyment. In other words dominium treated as conceptually inseparable the owner’s right to use, dispose of, and exclude others from his property. The idea that dominium might be fragmented between a number of owners, each with a separate proprietary right to some aspect of dominium, was and still is unacceptable to civilian legal thought. Dominium is an indivisible unity*”. *Op. cit.*, p. 36

En este sentido, tradicionalmente, y en palabras de PENNER⁸⁸²; “(...) *the trustee is the owner at law, and has legal title, while the beneficiary is the owner in equity, and has equitable title*”. Ahora bien, no son títulos exactamente iguales ni, digamos, “propiedades conflictivas”. Una no puede existir sin la otra en un *trust*⁸⁸³; así, continúa el autor anteriormente citado; “*Equity relies upon the legal owner’s powers that go with legal title in order to secure the benefit of the beneficiary’s equitable title*”⁸⁸⁴. Así, para que el beneficio (ligado a los bienes del *trust fund*) derivado del título que ostenta el beneficiary se haga efectivo, es necesario que el “*legal owner*” ostente tales poderes y ejecute sus funciones. En otras palabras, el título del *beneficiary* depende de aquél que ostenta el *trustee*, dado que sólo a través del cumplimiento de las obligaciones del *trustee*, adquiere un *interest* en tal propiedad el *beneficiary*. Dicho brevemente, la razón de ser o el fondo de la cuestión presente en el *trust*, y donde encuentra su lugar un importante debate doctrinal, es en la posible escisión, en la noción de propiedad, del “beneficio” de ésta, con respecto al derecho a ejercitar los poderes que trae para sí la tenencia del “*legal title*”⁸⁸⁵.

⁸⁸² PENNER, J.E., *The law of Trusts*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p.26. Del mismo modo, GRAY, K., *Op. cit.*, p.47

⁸⁸³ En este sentido, comenta PENNER, J.E., “*In any case, there may be a more basic misunderstanding fuelling the civilian lawyer’s discomfort. As Matthews also points out, the beneficiary’s “equitable ownership” and the trustee’s “legal ownership” are not competitive, as if the system treated both as essentially the same sort of owner who are in constant conflict over which of them prevail (although facile formulations such as “in the eyes of the law, the trustee owns the property although in the eyes of equity, the beneficiary does” can give misleading impression). Rather, the beneficiary’s title is derivative. It doesn’t exist independently of the trustee’s title; it depends upon it, because only through the obligation imposed upon the trustee to make use of his title in such and such a way does the beneficiary acquire any interest in the property at all*”. (2012), p. 43. Del mismo modo reflexiona PENNER, J.E., en otro de sus trabajos, en el que expone visiones contrapuestas en la materia de diversos autores, explicando: “*The salient point, which is common ground between Smith, Chambers, McFarlane, Stevens, and me, is that whilst the beneficiary’s interest is “parasitic” on the interest of the trustee, this interest is, as Matthews puts it, derivative of, not competitive with, the trustee’s interest (...)* If the trustee does not have the rights he has, then the beneficiary cannot have the rights he has, and no Court of equity has ever expressed a view to the contrary. Maitland put the point in his characteristically colourful fashion: *Take the case of the trust. It’s of no use for Equity to say that A is trustee of Blackacre for B, unless there be some Court that can say A is the owner of Blackacre. Equity without common law would have been a castle in the air, an impossibility (...)*”, finalmente, y a modo de conclusión, expresa el autor: “*Equity has never been blind to the existence of the legal owner’s rights in the property*”. “*The (True) Nature of a Beneficiary’s Equitable Proprietary Interest under a Trust*”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. XXVII, No. 2, pp. 473-500, 2014, p. 475. En la misma línea, expresa WAKEMAN SCOTT, A.; “*The principle on which the courts of equity have proceeded is that “equity follows the law”. This maxim means not that equity treats an equitable interest in property as the law treats an obligation or chose in action, but rather that equity treats an equitable interest in property as the law treats a legal interest in that property (...)*”, “*The Nature of Rights of the “Cestui que trust”*”, *Columbia Law Review*, Vol. 17, No. 4, pp. 269-290, 1917, p. 271 extraído de: [https://www.jstor.org/stable/1112528]

⁸⁸⁴ Añade además el autor: “*the legal owner of property, even if he is a trustee; has, in law, all the powers over the property that go with legal ownership. In the case of the bare trust, the beneficiary can acquire these powers by ordering the trustee to transfer the legal title to the property to him, but until the transfer takes place (...) the beneficiary is not entitled to exercise these rights himself by ordering the trustee to do anything with the property the beneficiary would like*” (2012), *Op. loc. ult. cit.*

⁸⁸⁵ En este sentido, PENNER, J.E., (2012) *Op. loc. ult. cit.*

De este modo, el *beneficiary* ostentaría el mencionado derecho al “beneficio” (de la propiedad objeto del *trust*); y el “*legal title*” habilitante para desempeñar los citados poderes recaería sobre el *trustee*.

Llegados a este punto, es preciso que se comente que la consideración relativa a la existencia de dos “propiedades independientes” (aún no incompatibles) con protección jurídica, no ha sido una cuestión, desde antiguo, pacífica en la doctrina anglosajona que, partiendo de la afirmación de que el *trustee* es un claro “*owner*” en *Common law*, se ha preguntado acerca de la verdadera naturaleza de los derechos del *beneficiary*. La pregunta es; ¿ostenta el *beneficiary* un verdadero *right in rem*, o, de otro modo, un *right in personam* frente al *trustee*?

Expresado sucintamente, el debate se sitúa frente a la consideración del derecho del *beneficiary* como un *right in rem*, lo que implica ostentar un derecho *frente a todos*, siendo éste un “*property right*” propiamente dicho o, si por el contrario; el *beneficiary* es titular de un *right in personam*, siendo sólo titular del derecho a que el *trustee* cumpla con sus deberes y obligaciones conexos al *trust* constituido.

Existen al respecto, y de manera consecuente con las alternativas previamente consideradas, dos significativas y contrapuestas posturas doctrinales⁸⁸⁶. La primera de ellas, ve únicamente en el derecho del *beneficiary* uno “*in personam*”, que ejercería frente a un número determinado de sujetos. La segunda de las visiones, por el contrario, considera que el *beneficiary*, o *cestui que trust*, no ostenta meramente un “*right in personam*” si no que, sin lugar a duda, su posición es más cercana a la de un sujeto que ostenta un “*right in rem*”⁸⁸⁷.

⁸⁸⁶ Y se dice significativas, dado que, para comprender profundamente el conflicto, podríamos ver la naturaleza que ostentan los derechos tanto desde el prisma del *trustee* como, asimismo, del *beneficiary*, lo que, como señala PATTON, R.G., daría lugar a cuatro posibles teorías: “(...) *one takes the position that the beneficiary holds the title and the trustee is merely his agent, the second that the trustee has the title, another that ownership is divided between the trustee and the beneficiary, and the fourth that neither has the title in that the trust assets are dedicated to a purpose so that there need be no owner*”; en “*The Nature of the Beneficiary’s Interest in a Trust*”, V. 4, *Miami Law Review*, 1950, pp. 441-453, extraído de: [http://repository.law.miami.edu/umlr/vol4/iss4/5]; p.446

⁸⁸⁷ En la exposición de la controversia doctrinal referente a si el *beneficiary* detenta un “*right in rem*” o un “*right in personam*”, seguiremos lo expresado por: GRAY, K., *Op. cit.*, pp. 47-50; WAKEMAN SCOTT, A., *op. loc. ult. cit.*; PATTON, R.G., *Op. cit.*, pp. 441-453; PENNER, J.E., (2012) , pp. 26 y ss., y pp. 37-40; y, del mismo autor, lo expresado en “*The (True) Nature of a Beneficiary’s Equitable Proprietary Interest under a Trust*”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. XXVII, No. 2, 2014, pp. 473-500

- a. En cuanto a la primera de las líneas doctrinales, son conocidas, y extendidas, las reflexiones del Profesor J.B. Ames⁸⁸⁸, considerando éste que el verdadero y único “owner” es el *trustee*, por lo que sería impreciso considerar “*equitable owner*” al *cestui que trust* (o *beneficiary*), y esto, porque no pueden existir dos personas con *interests* contrapuestos sobre un mismo objeto, esto es, no podrían ser, del mismo modo, “dueños” de una misma cosa. En vez de ello, opina el mencionado profesor, el *cestui que trust* es “dueño”, exclusivamente, de la obligación que debe cumplir el *trustee*. De esta forma, del mismo modo que se ejerce el dominio sobre una cosa, o bien, de naturaleza física, podría ejercerse aquél sobre el beneficio de una obligación⁸⁸⁹, siendo ésta, la que recae sobre el *trustee* con el objetivo de cumplir lo establecido en los documentos constitutivos del *trust*⁸⁹⁰.

El *cestui* (o *beneficiary*), por tanto, según esta teoría, ostentaría un *right in personam* (teniendo, por lo tanto, lo que se denomina una *chose in action*⁸⁹¹) que puede ejercitar

⁸⁸⁸ En su trabajo: “Purchase for value without Notice”, *Harvard Law Review*, 1887, pp. 1-16

⁸⁸⁹ En este sentido, y citando a MAITLAND, comenta GRAY, K., que es el mencionado autor aún más tajante, expresando: “*is the owner, the full owner of the thing, while the cestui que trust has no rights in the thing*”. *Op. cit.*, p. 47

⁸⁹⁰ Es interesante la referencia a este respecto que efectúa GRAY K., citando a MAITLAND (uno de los máximos defensores de la consideración del origen contractual de la responsabilidad del *trustee*) cuando expresa: “*As Maitland pointed out, the liability of the trustee is almost certainly of contractual origin. He is bound by the terms of the trust because he has bound himself: he has agreed with the autor of the trust that he will faithfully observe the conditions on which the trust property was transferred to himself. The right of the cestui que trust is the benefit of an obligation – a right which is enforceable nowadays by appeal to the equitable jurisdiction of the courts. The cestui may apply for a court order directing his trustee to act conformably with the terms of his trust, or he may recover damages in respect of any breach of trust which has already occurred*”. *Op. cit.*, p. 40. En esta misma línea, cita PENNER J.E., a un número de autores defensores de la teoría que considera al *beneficiary* como poseedor de un *right in personam*; manifestando su desacuerdo con los mismos; y comentando: “*(...) as I understand it, the source of the problema posed by `beneficial ownership` for Smith, McFarlane and Stevens lies in its suggestion that the beneficiary under a trust has a direct right to the trust assets, obscuring the interposition of the trustee. In other words, what Smith, McFarlane and Stevens wish to claim is that any sort of `derivative` interest in any asset, such as the beneficiary`s interest in a trust asset, derivative because the beneficiary realices his interest in the trust assets via his claims against the title-holder of that asset (the trustee) cannot amount to any form of `ownership` in a real sense.*”, (2014), p. 473. Además de lo anterior, en defensa de la teoría que no ve al *beneficiary* como verdadero *owner*, podemos mencionar lo expresado por LUPOI, M., “*non esiste scissione proprietaria*”, alegando tras tal afirmación el autor: “*Non è vero che il beneficiario di un trust vada considerato titolare di una posizione soggettiva inquadrabile in un`ottica “proprietaria”, alla quale è riconducibile el trustee. Il frazionamento del diritto di proprietà sul medesimo bene (“legal ownership” e “equitable ownership”) sono fraintendimenti che è oramai tempo di spiegare e superare.*”. *Trusts*. Giuffrè Editore, Milano, 2001, p.3

⁸⁹¹ Es clarificadora, en cuanto al concepto y origen histórico de la clasificación de *choses in action*, la exposición que efectúa HOLDSWORTH, W.S., cuando explica: “*This is clear from the terms of the definition given by Chancel, J., in Torkington v. Magee, which is generally accepted as correct. It runs as follows: “` Chose in action` is a known legal expression used to describe all personal rights of property which can only be claimed or enforced by action, and not by taking physical possession.” In fact the list of chose in action known to English law includes a large number of things which differ widely from one another in their essential characteristics. In its primary sense the term “chose in action” includes all rights which are enforceable by action rights to debts of all kinds, and rights of action on a contract or a right to*

frente a un número concreto de sujetos⁸⁹² que, básicamente, serían: el *trustee*; todos aquellos que obtengan del *trustee* la propiedad (objeto del *trust*) a título gratuito (*personal representatives, legatees, devisees*) y; todos los que, aún a título oneroso, adquieran bienes pertenecientes al *trust fund*, conociendo o pudiendo razonablemente conocer la existencia del *trust*⁸⁹³.

Por lo tanto, y conforme a lo anterior, el *beneficiary* no podría únicamente, y de manera significativa, hacer valer su derecho frente al tercero que adquiere de buena fe a título oneroso o “*bona fide purchaser*”, en terminología anglosajona, que no tuvo conocimiento (ni pudo razonablemente tenerlo) de la existencia del *trust*.

En base a esta primera teoría; y contra el argumento de aquéllos que defienden que una manifestación del carácter de “*owner*” del *beneficiary* es precisamente que puede hacer valer su título frente a terceros y seguir la propiedad objeto del *trust* (*esté en las manos que esté*) si el *trustee* la transfiere ilegítima o incorrectamente (en relación con las obligaciones recogidas en los documentos constitutivos del *trust*); se expresa que el hecho de que el *cestui* adquiriera un derecho *in personam* contra terceras partes no trae causa de que sea “*equitable owner*” de la propiedad objeto del *trust*, sino que ello es derivación de que, en *equity*, se imponen obligaciones *in personam* sobre los terceros, relacionadas con la impropia intromisión de los mismos en el derecho que el *beneficiary* detenta contra el *trustee*⁸⁹⁴. Así, lo que se ha venido manifestando y exponiendo, desde antiguo, en defensa de lo anteriormente referido, y en pocas palabras, es que el *cestui* no puede dirigirse contra

*damages for its breach; rights arising by reason of the commission of tort or other wrong; and rights to recover the ownership or possession of property real or personal. It was extended to cover the documents, such as bonds, which evidenced or proved the existence of such rights of action. This led to the inclusion in this class of things of such instruments as bills, notes, cheques, shares in companies, stock in the public funds, bills of lading, and policies of insurance. But many of these documents were in effect documents of title to what was in substance an incorporeal right of property. Hence it was not difficult to include in this category things which were even more obviously property of an incorporeal type, such as patent rights and copyrights. Further accessions to this long list were made by the peculiar division of English law into common law and equity. Uses, trusts, and other equitable interests in property, though regarded by equity as conferring proprietary rights analogous to the rights recognized by law in hereditaments or in chattels, were regarded by the common law as being merely choses in action.”, en “The History of the Treatment of “Choses” in Action by the Common Law”, *Harvard Law Review*, Vol. 33, No. 8, pp. 997-1030, 1920, pp. 997-998*

⁸⁹² En este sentido explica MAITLAND, F.W., que, claramente, los derechos del *beneficiary* (*cestui que trust*) tienen su origen en una relación obligatoria, dado que únicamente pueden hacerse valer frente a un número concreto de personas que, igualmente, por razones específicas, están sujetas a tales derechos.; en *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, Vol. 3, Cambridge University Press, Cambridge, 1911, Recuperado de: [<http://oll.libertyfund.org/titles/873>]

⁸⁹³ Así lo reconoce GRAY, K., citando para ello a MAITLAND. *Op. cit.*, p. 44

⁸⁹⁴ En este sentido se expresa STONE, H.F., “*The Nature of the Rights of the Cestui que Trust*”, *Columbia Law Review*, Vol. 17, No. 6, pp. 467-501, 1917, p. 500. Extraído de: [<https://www.jstor.org/stable/1111094>]

los terceros, no por el hecho de ser “*equitable owner*” de los bienes del *trust*, sino porque “la *equity* impone a todo el mundo el deber de no ayudar conscientemente al “*breach of trust*” – violación, incumplimiento o contravención de los términos del *trust* constituido – ni impedir que el *cestui* pueda obtener el beneficio derivado de la obligación del *trustee*”⁸⁹⁵.

Aún todo lo anterior, expone MAITLAND⁸⁹⁶ (siendo éste uno de los mayores defensores de la explicada teoría), que la creencia habitual o general de los ingleses es la que considera al *beneficiary* como un *equitable owner*, *ownership* ésta, que ostenta de una manera plena, con la única limitación o restricción de una “peculiar, técnica y no demasiado inteligible” regla o principio a favor del *bona fide purchaser*. Siendo el referenciado autor contrario a la última de las consideraciones, sí reconoce que, es tan amplio el número de personas sujetas a los derechos del *cestui* (o *beneficiary*), que es comprensible que tales derechos puedan pensarse, o juzgarse, en clave de “*dominium*”, y es éste último pensamiento, precisamente, el que se sigue por la segunda de las líneas doctrinales que trataremos a continuación.

Más modernamente, otros autores como BURN y CARTWRIGHT⁸⁹⁷, se han posicionado a favor de esta teoría, expresando éstos: “(...) un *legal estate* es un *right in rem*, un *equitable estate*, un *right in personam*, por tanto, el primero confiere un derecho que puede hacerse valer frente a todo el mundo, mientras que el último sólo puede ejercitarse frente a un número limitado de personas”⁸⁹⁸. Aun así, matizan en cierto modo los anteriores autores su posición (al igual que la mayoría de la doctrina a este respecto), explicando que tales derechos concedidos al *owner* de un *equitable estate*, pueden ejercerse frente a tantas personas “que han llegado a parecerse mucho a *rights in rem*”.

⁸⁹⁵ STONE, H.F., *Op. loc. ult. cit.*

⁸⁹⁶ *Op. loc. ult. cit.*

⁸⁹⁷ *Op. cit.* pp. 80-81

⁸⁹⁸ En este sentido, explican BURN, E.H., y CARTWRIGHT, J., que si un *equitable interest* en *Blackacre* – siendo este el nombre que suele utilizarse para hacer referencia a cualquier propiedad inmobiliaria – se ha creado en favor de X, las siguientes son las personas que, si subsecuentemente adquieren un *interest* en el inmueble, lo adquirirían sujetos al derecho de X: 1) Una persona que adquiera *Blackacre* como *heir*, *devisee*, o *personal representative*; 2) la persona que adquiere el *legal estate* en *Blackacre* de manera gratuita (o sin pagar la “*valuable consideration*”), aunque no tuviera conocimiento del *equitable interest*; 3) los acreedores del *trustee*, con o sin conocimiento del *trust*, o; 4) una persona que ha prestado *valuable consideration*, esto es que ha adquirido “justamente”, de manera onerosa, *Blackacre*, pero que tenía conocimiento del *equitable interest* en cuestión. *Op. cit.*, p.82. Como podemos observar, lo anterior es lo mismo que considerar que todos están sujetos a los derechos de aquél que ostenta el *equitable interest* (*beneficiary*) a excepción del *bona fide purchaser*.

- b. La segunda de las visiones o posturas doctrinales aludidas sería la que considera al *beneficiary* como *equitable owner*, acercando, por tanto, su derecho, en mayor medida, a un *right in rem*.

Para algunos de los defensores de esta teoría, y sin entrar en consideraciones históricas al respecto⁸⁹⁹, el *trustee* llega a ser, incluso, en multitud de ocasiones, un propietario ficticio de los bienes al que, por medio de tal ficción legal, se le ha atribuido el carácter de propietario para que pueda desempeñar sus funciones relativas a la gestión y administración de los bienes objeto del *trust*. De este modo, parecería claro que en la relación interna entre *trustee* y *beneficiary*, la propiedad la ostentaría el último de ellos, pero, frente a los terceros, prevalecería la ficción legal que hace “propietario” al *trustee*.

No siendo necesario desvirtuar el título del *trustee*, o la naturaleza de su “*legal ownership*”, para defender el carácter de *owner* del *beneficiary* – tengamos en cuenta que el *trust* es el paradigma del posible funcionamiento de la “propiedad desmembrada” anglosajona – sus valedores sostienen otros argumentos como el relativo al amplio número de personas, con la única excepción del *bona fide purchaser*, frente a los que puede hacer valer su derecho el *cestui* (como ya mencionamos precedentemente) lo que atribuye a éste el carácter de “algo más” que un mero poseedor de un *right in personam*⁹⁰⁰.

Como muy nítidamente explica PENNER⁹⁰¹, esta visión consistiría en lo siguiente: a la creación de un *trust*, los derechos y poderes que corresponden al *legal title* se dividen. En este sentido, los poderes para negociar o actuar en virtud de tal título frente a los terceros corresponden al *trustee*, mientras que los derechos al beneficio que genera tal propiedad pertenecen al *beneficiary*, o *beneficiaries*. Así, de lo que se trata es, básicamente, como explica el autor, de asegurar que los beneficiarios, como únicos dotados o legitimados para recibir los beneficios de la propiedad, reciban tales beneficios, pero claro, en la única

⁸⁹⁹ Véase para un análisis de tales extremos lo expresado por WAKEMAN SCOTT, A., *Op. cit.*, pp. 271 y ss.

⁹⁰⁰ Aun así, hay alguna decisión, como la tomada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el conocido caso *Webb v Webb* (1994) [C-294/92] concerniente a la consideración de la existencia de un *trust* relacionado con una propiedad inmueble, en el que se ha visto al *trust* como de naturaleza obligacional, dando con ello lugar a la consideración de los derechos del *beneficiary* como “*in personam*”. Comentando este caso, expresa PENNER, J.E., que se produce un mal entendimiento de la noción de *equitable title*, dado que el bien en cuestión se hallaba en Francia, lo que hizo que la existencia del *trust* no fuera reconocida en Francia, derivado del no reconocimiento de la noción en los sistemas de *civil law*. (2012), p.40

⁹⁰¹ (2014), p. 477

forma en que la ley lo permite, que no es otra que indirectamente, a través del desempeño de sus obligaciones y deberes por el *trustee* de acuerdo a lo establecido en los documentos constitutivos del *trust*.

Es crucial para el entendimiento de esta teoría que tengamos en cuenta algunas cuestiones⁹⁰². La primera de ellas es que debemos partir de la idea de que esos “*beneficiary rights*” están unidos a la propiedad objeto del *trust*, por lo que si esta desaparece, se destruye o, por ejemplo, es robada, sin “*breach of trust*” – esto es sin que el *trustee* viole las obligaciones del *trust* – tales derechos se pierden, al igual que desaparece el *trust* y las obligaciones del *trustee*⁹⁰³. Derivado, asimismo, de la directa unión entre los “*beneficiary rights*” y los bienes del *trust fund*, es que “las obligaciones por las cuales los beneficiarios tienen derecho al beneficio de la propiedad no están unidas – o anexas – al *trustee* provisionalmente, sino que “circulan con la propiedad”⁹⁰⁴.

Además, en segundo lugar, si se transfiere la propiedad en *breach of trust* (esto es, contraviniendo el *trustee* los términos del *trust*) puede dirigirse, el *beneficiary*, y en defensa de su derecho, frente a cualquier adquirente (a excepción del tercer adquirente de buena fe) lo que sería una prueba más de que más que un *right in personam*, tendría un *equitable title* sobre la propiedad objeto del *trust*⁹⁰⁵.

En tercer lugar, debe tenerse en cuenta que el aspecto o la relación obligacional, entre *settlor* y *trustee*, y la aceptación por este último de tales obligaciones, no es lo fundamental en el *trust*, ya que es un principio asentado que “*a trust will not fail for want*

⁹⁰² Seguimos, para ello, lo expuesto por PENNER, J.E., (2012), pp. 38-39

⁹⁰³ Distinto, como comenta PENNER, J.E., por tanto, del caso de un contrato, en el cual, si tal pérdida o robo ocurriese antes de transferirse le título, deben entregarse los bienes, o una “*action for damages*”. *Op. cit.*, p. 38. Es cierto, que debemos tener en cuenta que el carácter más o menos obligacional del *trust* varía dependiendo del tipo de que se trate. Como explica PENNER, J.E; en los casos más típicos de *express trust*, la parte obligacional se enfatiza, ya que el *interest* del *beneficiary* no es en el propio *trust fund*, si no en ser pagado en tiempo y conforme a lo establecido, pero siempre, de nuevo, teniendo cuenta el aspecto “propietario”, ya que esas obligaciones sólo existen hasta el punto en que existe una “*specific property upon which can bite*”, principio éste que se aplica desde el antiguo caso de *Morley v. Morley* (1678). (2012) *Op. loc. ult. cit.*

⁹⁰⁴ PENNER, J.E., (2012) *Op. loc. ult. cit.*

⁹⁰⁵ Hace una aclaración PENNER, J.E., en este sentido, explicando que, desde el punto de vista de que puede, el *beneficiary*, “perseguir” la propiedad (salvando la excepción del *bona fide purchaser*), se ve como el Derecho considera que la “propiedad” del *trust fund* la ostenta aquél. De otro lado comenta que, desde el punto de vista de que aquello que se impone a los “*subsequent takers*” (adquirentes subsiguientes) es una obligación personal, se refleja que ese *proprietary interest* del *beneficiary* lo es *via trust* – pero no, por tanto, que deje de ser “*proprietary*” al fin y al cabo - ; y para dar efecto al tipo de derecho que es, el adquirente posterior tiene que situarse bajo esa “*trust obligation*”, a excepción, repitamos, del *bona fide purchaser*, única excepción al principio *nemo dat* que protege la seguridad del título. (2012) *Op. loc. ult. cit.*

of a trustee”; esto es, el *trust* se constituye unilateralmente, lo que hará que el rechazo de un *trustee* a aceptar el desempeño de tal cargo no invalide el *trust*⁹⁰⁶.

Por último, y en relación con todo lo anterior, es importante que se comprenda que, desde esta perspectiva, la constitución del *trust*, como nítidamente explica PENNER, no implica sólo la contracción voluntaria de una obligación, sino una transferencia del “*beneficial title*” de la propiedad; del *settlor*, que tiene el “*legal beneficial title*” a los *beneficiaries*, que adquieren conjuntamente un “*equitable beneficial title*”⁹⁰⁷. En otras palabras, el *settlor* ostentaría el “*legal beneficial title*” y, al constituirse el *trust*, transferiría tales títulos, de un lado al *trustee* (*legal title*) y de otro al *beneficiary* (*beneficial title*) generándose así el mecanismo de “desmembramiento de la propiedad” recurrentemente citado⁹⁰⁸.

Así, un mismo derecho de propiedad se escindiría, de un lado, entre los poderes, derechos y facultades que aquél conlleva (en manos del *trustee*) y, de otro lado, el derecho “al provecho” o “beneficio” que el ejercicio de tales facultades y deberes “propietarios” trae para sí (ostentado por el *beneficiary*).

⁹⁰⁶ Por ejemplo, podemos pensar en el supuesto de un *trust* sucesorio, en el cual, ante el rechazo del *trustee* a llevar a cabo sus obligaciones y funciones, se nombraría un sustituto que desempeñara el cargo. En esta línea, explica WATT, G.: “(...) *the beneficiary’s right under the trust can be enforced nor only against the trustee, but also against the trustee’s successors in title. This is useful where the trustee has wrongfully transferred trust property into the hands of a third party and is particularly useful if a trustee dies or becomes insolvent. At no time does the beneficiary’s property become part of the trustee’s personal estate, so, when a trustee dies, the beneficiary’s property right in the trust assets is binding on the trustee’s personal representatives and, when a trustee becomes insolvent, the beneficiary’s right is binding on the ‘trustee in bankruptcy’, or, if the trustee was corporate (as many trustees are), on its successor in insolvency*”. *Op. cit.* p. 20. En esta misma línea, PENNER, J.E., (2012), p. 48

⁹⁰⁷ (2012) *Op. loc. ult. cit.* En este mismo sentido, comenta el autor que el aspecto de “transferencia de la propiedad” se ve reforzado en el *trust*, además, porque mientras las partes del “acuerdo” son *trustee* y *settlor*, no es éste último el que puede pedir el cumplimiento de las obligaciones que trae para sí el *trust*, sino los *beneficiaries*, por lo que, aunque pueda decirse que tales derechos del *beneficiary* son “*second-order*”, porque los adquiere a través del cumplimiento de los deberes por el *trustee*, no dejan de ser derechos a la *trust property*. (2012), p. 39 En idéntico sentido, WATT, G., *Op. loc. ult. cit.*

⁹⁰⁸ En este sentido, matiza PENNER, J.E., que debe entenderse que estas construcciones son posibles porque la “*ownership*” no se entiende en términos de “derechos de posesión”, sino de “títulos”, de este modo, expresa; “(...) *ownership never really was, and certainly is not now, about rights to possession. We have always had the right to immediate, exclusive possession of our bodies, but we do not own them. What ownership is about is title, which comprises the powers to transfer, confer rights in, or otherwise dispose of (...) the right to possess tangibles or the right (...) to realize the value of intangibles. And since beneficiaries have the right that the trustee exercise his powers of title nor for his own benefit but only according to the terms of the trust, it not only makes perfect sense to say that the beneficiaries are the beneficial owners of the title to trusts assets, it is essential*”. Además esto, unido a otra consideración importante que efectúa el autor, cuando explica: “(...) *the beneficiary of a trust is never interested in any right of the trustee to the possession of the trust property, but is interested throughout with the trustee’s exercise of his powers of title.*” (2014), p. 484 y p. 489, respectivamente.

En síntesis, como expone SHEHAAN⁹⁰⁹, el *beneficiary* tendría dos tipos de derechos: En primer lugar, ostentaría derechos personales contra el *trustee* (que no pueden hacerse valer frente a terceras partes) y; en segundo lugar, tendría derechos para excluir a terceras partes en relación a los bienes objeto del *trust*. Y son estos últimos derechos, esto es, los que sujetan a los terceros a su derecho, los que harían al *beneficiary* ostentar “*proprietary rights*”, con la única excepción, a diferencia de los *legal rights*, del supuesto del *bona fide purchaser*. A pesar de tal excepción, considera el autor que sigue pudiendo hacer valer tales derechos frente a un número indeterminado de personas, lo que les otorga el carácter de “*proprietary rights*”⁹¹⁰.

Tras el estudio de estas dos visiones, debemos comentar que es bastante común entre los defensores de ambas teorías⁹¹¹, como ya hemos podido observar, la consideración de que el *beneficiary* ostenta *personal rights*, algo que se aprecia muy claramente en aquéllos que ejerce frente al *trustee*. El problema, y de ahí el conflicto, como se ha analizado, se sitúa en determinar si ostenta *algo más* que tales *personal rights*. Debe decirse, para ser honestos, que no es una discusión completamente zanjada, con una solución del todo pacífica, además de dificultarse en los casos difíciles o límite; pero es cierto que, si no pensamos que el *beneficiary* ostenta un *right in rem*, parece asimismo claro que tampoco ostenta únicamente un *right in personam*.

La escisión entre *equitable* y *legal ownership*, se configura como un hecho claro⁹¹². El alcance de lo que involucre ostentar una “*equitable ownership*”, es aún objeto de debate.

A nuestro parecer, el *beneficiary* ostenta algo más que un *right in personam*, algo que se asemeja en mayor medida a un verdadero *right in rem*, aunque ciertamente especial o

⁹⁰⁹ SHEEHAN, D., *Op. cit.*, p. 21

⁹¹⁰ A favor de los derechos del *beneficiary* como “*proprietary rights*”, expresa WATT, G., “(...) *the proprietary status of the beneficiary’s right under the trust means that the beneficiary is free to alienate the property wholly (by selling it or giving it away, for example) or partially (by leasing it or subjecting it to a charge such as mortgage, for example). It is even possible for a beneficiary to declare a trust of her equitable interest, thereby creating a sub-trust, although that possibility is somewhat controversial*”. *Op. cit.*, pp. 20-21

⁹¹¹ En este línea, lo expresa de manera clara WAKEMAN SCOTT, A., *Op. cit.*, p. 274

⁹¹² En opinión de WATT, G., “*The separation of legal title to an asset from equitable title to the same asset will always produce a trust in English law, even though a trust might conceivably be produced without separation of legal and equitable title (...) separation of legal title and equitable title is a sufficient, but not a necessary, feature of trust creation. Separation does not require that different persons hold the legal and equitable titles: it is sufficient to create a substantial separation of legal and equitable title for certain persons to hold legal title on trust for themselves, provided that they have distinguishable interests under the trust*”. *Op. cit.* p. 24

peculiar⁹¹³, pudiendo ejercer sus derechos respecto a los bienes del *trust fund* frente a todos, a excepción del *bona fide purchaser* o, como lo denominaba MAITLAND⁹¹⁴, el “*equity’s darling*”, y con las limitaciones acordes al carácter de la figura del *trust*.

IV. CUESTIONES RELEVANTES SOBRE PROPIEDAD EN LA DINÁMICA DEL PROCESO SUCESORIO ANGLOSAJÓN. DIFERENCIAS CON LA MECÁNICA DEL TRUST. LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS DEL HEREDERO-BENEFICIARIO

Llegados a este punto, estamos ahora en una posición favorable para que podamos entender la importancia y alcance de la distinción y comparativa entre los binomios *trustee-personal representative* y *beneficiary-heredero-beneficiario*, ya que, como se avanzó y reiteramos, su construcción teórica se muestra como evidentemente diversa tras un análisis detallado de los mencionados conceptos, al menos, en la gran mayoría de los supuestos.

Es innegable que los deberes y poderes del *trustee* son asimilables en muchos aspectos a las obligaciones y facultades del *personal representative* – recuérdese que ya vimos como las normas dirigidas a la figura del *trustee* se aplicaban en forma analógica para los *personal representatives en multitud de ocasiones* – pero es una cuestión asentada en la doctrina y en la jurisprudencia anglosajonas que no comparten exactamente la misma naturaleza y alcance.

En este sentido, el *leading case* al respecto es el caso *Commissioner of Stamp Duties (Queensland) v. Livingston* [1965] AC 694⁹¹⁵, en el que se establecerían principios, que aún siguen aplicándose, en cuanto a la distinción entre *trustee* y *personal representative*;

⁹¹³ En tal sentido, PATTON, R.G., *Op. cit.*, p. 451. De hecho, hay quien sostiene que en el *trust* no puede si quiera pensarse si no es desde el punto de vista de la “propiedad desmembrada”. En esta línea, explicaba WEISER, P.; “(...) *a trust with its peculiar Anglo-Saxon characteristics is not thinkable where the conditions for conceiving dual ownership is lacking*”. *Trusts on the Continent of Europe*. Sweet & Maxwell, London, 1936, p. 3

⁹¹⁴ *Op. cit.* p. 350

⁹¹⁵ En el supuesto, el testador dejaba todo su patrimonio a su esposa. Tras su muerte y mientras el patrimonio estaba aún siendo administrado, la esposa moría sin testamento. Era determinante decidir acerca de si la esposa había o no adquirido el *beneficial interest* del *estate* al momento de su muerte, dado que el primer patrimonio, de ser así, sería responsable del impuesto sucesorio.

influyendo directamente sobre el derecho, en términos de “propiedad”, que tendría el heredero-beneficiario.

Haciéndose eco de antiguas reglas y resoluciones jurisprudenciales, se establecería⁹¹⁶ en el citado caso, y en primer lugar, que la propiedad (comprendida tanto por los *legal* como los *equitable interests*) pasa por completo al *executor*, lo que deja sin ningún título de tipo “propietario” al heredero-beneficiario durante la administración de los bienes. Concretamente, se expresa: “*whatever property came to the executor virtute officii came to him in full ownership, without distinction between legal and equitable interests. The whole property was his*”⁹¹⁷.

En segundo lugar, y a modo de aclaración, se justifica el similar carácter fiduciario, con respecto a los bienes, que comparten *trustee* y *executor*, pero siempre desde la perspectiva de que no es *una misma cosa*, aunque en ciertos aspectos funcionales puedan equipararse. Para ello, y hablando de la relación del *executor* con el patrimonio hereditario, se argumenta en la resolución: “*He held it for the purpose of carrying out the functions and duties of administration, not for his own benefit (...) therefore he was in a fiduciary position with regard to the assets that came to him in the right of his office, and for certain purposes and in some aspects he was treated by the Court as a trustee*”.

Por último, además, en el *leading case*, se refuerza continuamente la idea relativa a que no debe compararse la figura del *trustee* con la del *executor*, añadiéndose que es algo que va incluso contra la propia concepción de la *equity*, en la medida en que no es coherente con ésta imponer a la administración *mortis causa* del patrimonio hereditario las mismas trabas o limitaciones que se imponen a la noción del *trust* del que es objeto un determinado patrimonio, creándose para ello *equitable interests* en tal propiedad, dado que un patrimonio hereditario aún sin administrar no puede satisfacer tales intereses. De este modo, se expresa claramente: “*(...) until administration was complete no one was in*

⁹¹⁶ Por el Viscount Radcliffe

⁹¹⁷ En un supuesto anterior, y en esta línea, se diría por el Viscount Finlay en el caso *Barnardo's Homes v. Income Tax Special Comrs* [1921] 2 AC, concretamente en la página 8: “*the legatee of a share in the residue has no interest in any of the property of the testator until the residue has been ascertained. His right is to have the estate properly administered and applied for his benefit when the administration is complete*”. Del mismo modo, y siguiendo con el citado caso, en una página posterior (p. 10), expresaría el Viscount Cave que, una vez se ha finalizado la administración del patrimonio hereditario y se conoce el residuo resultante: “*(...) the residuary legatee is entitled to have the residue (...) with any accrued income, transferred and paid to him, but until that time he has no property in any specific investment forming part of the estate or in the income from any such investment, and both corpus and income are property of the executors and are applicable by them as a mixed fund for the purposes of administration*”.

*a position to say what items of property would need to be realised for the purposes of that administration or of what the residue, when ascertained, would consist or what its value would be*⁹¹⁸. Esto es, hasta que no se determine específicamente el residuo, y por lo tanto, hasta que el proceso de liquidación del patrimonio no acabe, ningún heredero-beneficiario tiene un título específico sobre ninguno de los bienes del patrimonio hereditario, dado que no se conoce cuáles de esos bienes se aplicaran con tales fines liquidatorios.

Lo anterior, no es algo que deba sorprendernos si pensamos en la esencia del proceso sucesorio anglosajón, en el cual, la dinámica del mismo se desarrolla eminentemente como un procedimiento liquidatorio, en el que lo importante es, en palabras de ÁLVAREZ-SALA WALTHER⁹¹⁹ “aclarar rápidamente las cuentas, poner blanco sobre negro para poder liquidar el activo y el pasivo, a fin de entregar a los herederos lo que resulte”. Mentalidad ésta, con la que concuerda perfectamente la idea de conceder al *personal representative* los más amplios poderes posibles para que desempeñe su cargo libremente, sin estar limitado más que en la medida en que se determine en el testamento o en la ley, en su caso; pero nunca por intromisiones de los herederos-beneficiarios.

De este modo, recapitulando, vemos como las instituciones de la *personal representation* y la *trusteeship* tienen un carácter fiduciario que es asimilable (compartiendo incluso, como vimos, normas en cuanto a facultades y obligaciones conforme al *Trustee Act 1925* y el *Trustee Act 2000*) pero siempre teniéndose en cuenta que su naturaleza es diversa, y esto; porque la función principal del *trustee* es conservar, retener o preservar la propiedad “en *trust*”; mientras que la función esencial del *personal representative*, aún otras, es la de liquidar el patrimonio hereditario, lo que aleja las nociones, aunque sus deberes fiduciarios en relación al patrimonio sean muy similares⁹²⁰.

Una vez nos queda claro qué estatus en relación a los bienes tienen *personal representative* y *trustee*, y la diferencia entre ellos, es fundamental que nos centremos en las consecuencias que esto supone (también en términos de derechos de “propiedad”) para los *beneficiaries* y herederos-beneficiarios.

Conociendo ya que el *beneficiary* de un *trust* ostenta un *beneficial title* en relación a los bienes del *trust fund* y, por tanto, focalizando nuestro análisis en la figura del heredero-

⁹¹⁸ p. 708

⁹¹⁹ *Op. cit.* p.198

⁹²⁰ En este sentido, GARTON,J., *Op. cit.*, p. 18; KERRIDGE, R, *Op. cit.*, p. 487

beneficiario, lo primero que debemos efectuar es una puntualización de significativo relieve. Concretamente, debe aclararse a qué nos referimos con el término “*interest*” cuando hablamos de los derechos que un *beneficiary* o un *heredero-beneficiario* tienen sobre los bienes del patrimonio en cuestión.

Cuando se hace referencia a que el *beneficiary* tiene un “*equitable interest*” sobre los bienes del *trust fund*, lo que se manifiesta, o se quiere exteriorizar, es que ese *beneficiary* tiene un derecho de *ownership* (apartando ahora el debate de la verdadera naturaleza *in rem* o *in personam* del derecho en sí), aún su carácter, como vimos, de título “*equitable*” o “*beneficial*”. En cambio, cuando en ocasiones se usa el mismo término – esto es, el de “*interest*”, o incluso, “*equitable interest*” – para definir la conexión entre el heredero-beneficiario y el patrimonio hereditario, no se está haciendo referencia a un “*interest*” de tipo “propietario” (o de *ownership*), de ningún tipo, sino que se usa para aludir al hecho de que tales herederos-beneficiarios tienen “*remedies*” en *Equity* para hacer valer su derecho que, en este caso, no es, claramente, de “*ownership*”, de ningún modo, directa del título sobre tales bienes, sino que es lo que, en terminología anglosajona sería una “*chose in action*”, un derecho personal para exigir que el *personal representative* desempeñe adecuadamente sus funciones y deberes de correcta administración del patrimonio, pero nada más⁹²¹, hasta que tal administración finalice.

En cuanto a esto último, y en síntesis, cuando veamos que se reconoce al heredero-beneficiario un “*interest*” en los bienes del patrimonio hereditario, no se está haciendo referencia a un título de *ownership*, sino a los “*remedies in Equity*” que se proporcionan a aquél para hacer valer su derecho que, esta vez claramente, y sin debate al respecto (a diferencia del caso del *beneficiary* de un *trust*), es un derecho personal⁹²², y sólo en este sentido ostenta un “*equitable interest*” en relación a los bienes del patrimonio hereditario.

⁹²¹ En esta línea, KERRIDGE, R., *Op. cit.*, pp. 478-479; GARTON, J., *Op. cit.*, pp. 17 y siguientes. Asimismo, en este sentido, expresa DE WAAL, M.J., tratando el asunto de las deudas del patrimonio hereditario: “(...) *The beneficiaries have only a claim (or personal right) against the executor or representative to transfer the property remaining in the estate after the debts have been settled. There is thus no question that they can ever be burdened with the deceased’s debts. The worst that can happen is that they received nothing*”. “*A comparative overview*”, en *Exploring the Law of Succession. Studies National, Historical and Comparative*. AAVV., Edinburgh University Press, Edinburgh, 2007, p. 24

⁹²² Ejemplo de esta posible confusión terminológica, podemos hallarlo en el razonamiento que se expone en el caso *Smith v. Layh* [1953] 90 CLR; en el que se establece: “(...) *the beneficial interest is not vested in the legal personal representative, subject to the rights of creditors. The right of the next-of-kin or residuary legatee to have the estate properly administered and to receive payment of the net balance gives them an equitable interest in the totally and therefore in the assets of which it is composed*” (p. 109). Por lo tanto, vemos como con “*equitable interest*”, en este caso, lo que se afirma es que no existe duda acerca

Realizada la anterior aclaración y, ahora sí, centrados en mayor medida en el desarrollo de la naturaleza de los derechos del heredero-beneficiario; hemos ya avanzado que éste no tiene un “*equitable interest*” – propiamente dicho, en el sentido de “*beneficial title*” – sobre los bienes del patrimonio hereditario mientras están siendo administrados por el *personal representative*, único dueño “absoluto” hasta que se finalice tal proceso.

Así, y no ostentando el citado título, hemos comentado que lo que sí tiene el heredero-beneficiario es una “*chose in action*”, concretamente, el derecho a que se administre correctamente el *estate*, pudiendo ejercitar una acción ante los Tribunales para que se tomen medidas que garanticen tal apropiada gestión de los bienes o, siendo necesario; para que el patrimonio se administre judicialmente⁹²³. Además, es interesante que se comente que, lo que sí puede hacer el heredero-beneficiario es transmitir esta “*chose in action*”, incluso *mortis causa*⁹²⁴.

Sentadas estas bases, existe un supuesto que podría ser una excepción a la consideración de que, en todo caso, el dominio absoluto de todos los bienes pertenece al *personal representative*. Este sería el supuesto de los *gifts* específicos, tanto de “*real property*” como de “*personal property*”⁹²⁵. Es una posible excepción que, en nuestra mentalidad de *civil lawyers*, se presenta como clara, dado que estamos ante un caso en el que el *gift* hecho por testamento es perfectamente identificable en la masa de bienes que componen el patrimonio hereditario, por lo que no sería ilógico considerar que, respecto de ese bien

de que el *beneficiary* tiene un cierto “*interest*” sobre los bienes, pero mostrándose que éste sería un derecho a que se administre adecuadamente el patrimonio; haciéndose así posible que, existiendo, pueda posteriormente recibir la cuota del residuo que le corresponda.

⁹²³ En este sentido lo expresa KERRIDGE, R., *Op. cit.*, p.479. Es cierto, e interesante que se comente que, el propio autor citado, reconoce que un “*pecuniary*” o “*residuary*” *legatee*, o un acreedor, pueden perseguir y recuperar bienes extraídos inapropiadamente del *estate*. Pero lo hacen en nombre del *estate*, por lo que los bienes se restituyen al *estate* para que se utilicen en la correcta administración del patrimonio, por lo que, como expresa KERRIDGE, el *remedy* en cuestión “*asserts the estate’s right of property, not the property right of creditor or legatee*”. *Op. loc. ult. cit.* (nota 6) y; *op. cit.*, pp. 713-714

⁹²⁴ A este respecto comenta KERRIDGE, R., un caso ejemplificativo de tal circunstancia. Este sería el caso *Re Leigh’s Will Trusts* [1970] Ch. 277, explicando el autor que en el supuesto acontecerían los siguientes hechos: “T by her will made a specific gift to B of “*all shares which I hold and any other interest... which I may have*” in S Ltd. T never had any shares or other interests in S Ltd., but, both at the date of her will and her death, she was the sole administratrix and sole beneficiary of the unadministered estate of her husband, who had died intestate. His estate included some shares in, and a debt due from S Ltd. Buckley J. held that the specific gift to B was effective”. *Op. cit.* p. 479. De nuevo, en este último supuesto, podemos ver como se utiliza el término “*interest*” para definir el derecho que ostenta el beneficiario, que, como sabemos no es “propietario” sino el de tener una “*chose in action*”; así, aunque T no pudo transmitir a B ninguna acción o participación, si pudo transmitir el “*interest*” que tenía en S Ltd., que era precisamente esa “*chose in action*” para que el patrimonio se administrase debidamente y el posterior derecho a que, una vez concretado el residuo, se le entregase la cuota correspondiente.

⁹²⁵ Seguimos en el desarrollo de esta cuestión las reflexiones que efectúa KERRIDGE, R., *Op. cit.*, pp. 479-480

individualizable, podría tener el heredero-beneficiario en cuestión algo más parecido a un *equitable title*, que los *residuary legatees*, cuyas cuotas no están aún identificadas ni están concretados los bienes que recibirán. Así, se ha pensado que en este supuesto la relación podría ser análoga, en cierto modo, a la de un *trust*, dado que el *legal title* seguiría en poder del *personal representative*, que podría aplicar tal bien para el pago de los distintos pasivos que afectan el patrimonio hereditario si fuese necesario; pero, en este concreto caso, el heredero-beneficiario tendría *algo más* que una *chose in action*, pudiendo ostentar un *equitable interest* – en el sentido de “*title*” – sobre tal específico bien.

Aun la coherencia de los precedentes argumentos, no es una opinión compartida generalmente por doctrina y jurisprudencia que se inclinan mayormente hacia el respeto al principio, se piensa que claro, establecido en el *leading case* en la materia que se comentó (este es; *Commissioner of Stamp Duties (Queensland) v Livingston* [1965] AC 694), cuando en la resolución al caso se expresaba que “cualquier propiedad que pasa al *executor virtute officii* pasa en plena *ownership*, sin distinción entre *legal* y *equitable interests*. Toda la propiedad es suya”. Por lo tanto, y conforme a tal principio, ni siquiera en el supuesto de los *specific gifts* podríamos encontrar una clara excepción al principio por el cual, durante la administración de los bienes del *estate*, el *personal representative* es el “*absolute owner*”.

Analizada la naturaleza de los derechos del heredero-beneficiario durante la administración de los bienes del patrimonio hereditario por el *personal representative*, tenemos que detenernos, aunque superficialmente, en otra cuestión, no baladí, con impacto en los posibles derechos de los herederos-beneficiarios. Esta es, los efectos de lo que se denomina “*assent*”, acto, del que ya tuvimos constancia, y estudiamos sus requisitos formales para el caso de la “*real property*”, cuando analizamos los deberes y facultades de los *personal representatives*.

En primer lugar, describamos en qué consiste el “*assent*”. El “*assent*” consistiría en la transferencia del “título” sobre uno de los bienes del *estate* a un *beneficiary*. Decimos transferencia del “título” y no, genéricamente, “del bien”⁹²⁶, porque puede transmitirse tanto el *legal title* como el *equitable title*, por lo que puede que, aún transferido el segundo de los títulos mencionados, el *legal title* siga en manos del *personal representative*. Un

⁹²⁶ Aun teniendo siempre en cuenta que hablamos “simplificando los términos” dado que en Derecho anglosajón nunca se transmite el bien, sino el “*estate*” sobre el mismo.

assent puede llevarse a cabo únicamente si el heredero-beneficiario en cuyo favor se efectúa es el legitimado para recibir el *gift* específico o la cuota sobre el residuo correspondiente al título que desea transmitirse. Además, se llevará a cabo si el patrimonio hereditario puede hacer frente al mismo, esto es, si no se necesitan las propiedades en cuestión para el proceso de administración de los bienes. De manera genérica, durante la fase de administración y liquidación del patrimonio hereditario, un *assent* transfiere el *beneficial title* sobre los bienes objeto del mismo.

Y lo anterior, porque hasta que no se haya finalizado tal proceso, el *legal title* respecto de todos los bienes del patrimonio hereditario puede permanecer en manos del *personal representative*.

Al explicar el funcionamiento del *assent* (o transferencia del título respecto de los bienes del patrimonio hereditario) debemos efectuar otra importante distinción, ya que el procedimiento y, sobre todo, las implicaciones del mismo, difieren dependiendo de si se produce un *assent* de *pure personalty*, o si se realiza con respecto a bienes inmuebles (“*land*”)⁹²⁷.

La primera y básica distinción entre un *assent* de *pure personalty* y uno sobre “*land*” viene de que los efectos del *assent* respecto de esta última están regulados en la sección 36 del *Administration of Estates Act*, que veremos posteriormente. Comentado lo precedente, y en primer lugar, veremos los efectos del *assent* respecto a *pure personalty*.

En este primer supuesto, el *executor*⁹²⁸, puede efectuar un *assent* de cualquier tipo de *gift* que se haga en el testamento, ya sea específico, general, o de la cuota del residuo que corresponda⁹²⁹. Además, este concreto *assent*, no requiere forma alguna, por lo que puede efectuarse oralmente o de manera implícita (por ejemplo, y de forma clara, entregando el bien en cuestión).

En cuanto a los efectos que despliega el *assent* de *pure personalty*, debemos destacar que se comenta por la doctrina que sus consecuencias son que “activa el *gift*, lo que hace que

⁹²⁷ Genéricamente, en la explicación del funcionamiento del *assent* y sus diversas implicaciones, seguiremos lo expuesto por BURN, E.H., y CARTWRIGHT, J., *Op. cit.*, p. 1002 y; KERRIDGE, R., *Op. cit.*, pp. 480 y ss.

⁹²⁸ O el *administrator*, cuando estamos ante un testamento válido en el que no se designó *executor*.

⁹²⁹ Comenta KERRIDGE, R., que se entiende que, en la sucesión intestada, no puede el *administrator* llevar a cabo un *assent* de *pure personalty*, aunque matiza que no hay jurisprudencia asentada al respecto. *Op. cit.*, p. 480

tal bien se considere transmitido al beneficiario desde el testamento”⁹³⁰. Siendo éste el efecto general, existen algunas consecuencias adicionales que resultan del *assent* si éste tiene lugar en relación a un *gift* específico de *pure personalty*, y sólo en este concreto caso.

En este específico supuesto, una vez efectuado el *assent*⁹³¹: a) el heredero-beneficiario puede interponer una acción, en common law, para hacerse con la posesión del bien, ya esté en manos del executor o de un tercero, aunque debe tenerse en cuenta que puede ocurrir que el *assent* solo transmita el *beneficial title*, ya que puede que ciertos bienes requieran (para la transmisión de su título legal) ciertas formalidades⁹³²; b) tiene éste efectos retroactivos al momento de la muerte del causante, lo que legitima al heredero-beneficiario para obtener los beneficios que el bien haya generado desde tal momento y; c) por último, si el testador no ha dispuesto otra cosa, los costes que genera esa transmisión serán asumidos por el heredero-beneficiario.

Comentado lo precedente, en segundo lugar, tenemos que ocuparnos del estudio del procedimiento y efectos que trae para sí un *assent* relativo a un bien inmueble.

Como se avanzó, la forma y efectos de un *assent* respecto de un bien inmueble están regulados en el *Administration of Estates Act 1925*, en cuya sección 36 (1) se confiere al *personal representative* el poder para efectuar tal *assent* tanto si se trata de una sucesión testada, como intestada.

En este supuesto (al contrario que para el caso de los *interests in equity*, bienes muebles y *choses in action*) para que se transmita el *legal title* del inmueble en cuestión a los herederos-beneficiarios es necesario que el *personal representative* efectúe un *assent* en forma escrita, designado en el mismo al heredero-beneficiario para recibir tal título y firmado por aquél (s.36 (4) AEA 1925)⁹³³. Si no se cumple con este requisito, el *legal*

⁹³⁰ KERRIDGE, R. *Op. cit.*, p. 481. Seguidamente, comenta, además, el autor; que si la propiedad de la que se dispone en el testamento debe transferirse al propio *personal representative* como *trustee* o como *beneficiary*, la recibe de esta forma cuando lleva a cabo el *assent*, esto es, en calidad de *beneficiary* o de *trustee*, pero nunca en calidad de *personal representative*.

⁹³¹ Seguimos el esquema propuesto por KERRIDGE, R., *Op. cit.*, pp. 481-482

⁹³² Como podría ser el ejemplo que expone el citado autor, respecto a acciones de una compañía, dado que, conforme a la sección 182 (1) del *Companies Act 1985*, estas sólo son transmisibles conforme a lo establecido en sus propias normas internas. *Op. cit.*, p. 481

⁹³³ En general, no se exige más formalidad que la forma escrita. En el caso de que se trate de bienes inmuebles inscritos en el Registro, se requieren formas especificadas legalmente (s. 41 (4) del *Land Registration Act*; r. 170 de las *Land Registration Rules*)

title respecto al bien no pasa a los beneficiarios. Es posible que transmita *interests in equity*; pero nunca el *legal title*⁹³⁴.

Con lo anterior, y en síntesis, en el caso de la *pure personalty* el *assent* “activa el *gift*”, por lo que, en realidad, tal propiedad se transfiere desde el testamento y no por el *assent*. En cambio, para los bienes inmuebles, el *assent* es necesario para que se produzca la transmisión del título legal de aquéllos; que no pasa a los herederos-beneficiarios más que por medio de tal *assent*⁹³⁵, debiendo éste, además, ser anexado a los documentos del *Grant of probate*, como prueba de que tal *assent* se ha efectuado; así como para impedir que el *personal representative* pueda volver a transferir el *legal title* sobre el mismo bien a otro sujeto distinto (s. 36 (5), (6), (7) del AEA 1925).

Por último, respecto al *assent*, comenta en forma clara KERRIDGE⁹³⁶, que nadie puede exigir al *personal representative* que lleve a cabo el *assent* (o que ceda éste la posesión de uno de los bienes del patrimonio hereditario) antes de finalizado el *executor’s year* y que, incluso después de tal período puede justificar aquél su rechazo a efectuarlo por razones ligadas a la correcta administración de los bienes (o incluso dudas en cuanto a la interpretación del testamento en relación al *gift* en cuestión); aunque sí puede solicitar al Tribunal que lo efectúe en su lugar si lo considera oportuno.

Finalmente, en el presente apartado, es necesario que tratemos una última cuestión con repercusión en los derechos y facultades tanto de los herederos-beneficiarios como del *personal representative*.

Ya vimos la diferencia entre las nociones de *trustee* y *personal representative*; el asunto, ahora, es conocer qué ocurre si el *personal representative* cambia, en un momento dado, su posición y comienza a actuar, respecto de los bienes del patrimonio hereditario, como *trustee* (por ejemplo, entre otros supuestos posibles, porque el testador ha constituido un

⁹³⁴ KERRIDGE, R., *Op. cit.*, pp. 483-485; BURN E.H., y CARTWRIGHT, J., *Op. cit.* p. 1002

⁹³⁵ Es interesante, a este respecto, la cuestión que plantea KERRIDGE, R.; preguntándose si esta formalidad también se requiere para el supuesto en que el *assent* se efectúe para sí mismo; comentando el autor que, aunque siendo un caso criticado, la respuesta a tal interrogante es afirmativa conforme a lo resuelto en el caso *Re King’s Will Trusts* [1964] Ch. 542. Aun así, comenta el autor que aunque no se ha seguido esta línea por la jurisprudencia de manera uniforme, es recomendable que incluso en este citado supuesto se cumplan las formalidades exigidas por la sección 36 (4) del AEA 1925, ya que es *assent*, por escrito, con las formalidades requeridas, es el documento que prueba que se está en poder del *legal title* respecto al bien. *Op. cit.*, p. 484

⁹³⁶ Citando la s. 43 (2) del AEA 1925, así como los casos: *Re Neeld* [1962] Ch. 643, 688 y; *Williams v. Holland* [1965] 1 WLR 739. *Op. cit.*, p. 486

trust por medio del testamento y ha designado como *trustees* a sus propios *personal representatives*).

La importancia de esta cuestión radica en que, como observamos, las facultades y deberes del *personal representative* y del *trustee* no son perfectamente coincidentes, así como, consecuentemente, los derechos de los *beneficiaries* no son exactamente los mismos que los de los herederos-beneficiarios; por lo que, será importante conocer si, en algún momento, el *personal representative* comienza a ser un *trustee*, propiamente dicho, dado que su capacidad variaría.

Antes que nada, debemos aclarar que tratando esta cuestión nos referimos al supuesto en el que el *personal representative* pasa a ser un *trustee*, con todo lo que ello trae para sí y, por tanto, abandonando su carácter de *personal representative*; y no a que desempeñe, como ya vimos hace en gran parte del proceso de liquidación y administración de los bienes del patrimonio hereditario, funciones similares a las de un *trustee*, ya que, como se estudió, incluso se le aplican análogamente muchas de las normas dirigidas a los *trustees* (*Trustee's Act 1925* y 2000) y, de hecho, para los propósitos que debe cumplir, como vimos, en la sección 33 (1) del *AEA 1925*, se expresa que en los casos de sucesión intestada los *personal representatives* detentarán tal patrimonio en *trust*, a la manera de un *trust for sale*⁹³⁷.

Advertido lo anterior, lo primero que debemos tener en cuenta es que el *personal representative* asume tal cargo tanto en los casos de sucesión testada como intestada, por lo que debemos valorar la posibilidad de que acontezca tal transformación (de *personal representative* a *trustee*) en ambos supuestos⁹³⁸.

En el ámbito testamentario, resulta más sencillo encontrar los supuestos en los que tendrá lugar tal metamorfosis o cambio, ya que dependerá, en gran medida, de aquello establecido por el testador. En este sentido, básicamente, para que un *personal representative* pase a ser *trustee* de los bienes del patrimonio hereditario debe ocurrir: de un lado, que un *trust* sea creado en el propio testamento⁹³⁹; y de otro lado, que el *personal*

⁹³⁷ S. 33(1) *AEA 1925*: “*On the death of a person intestate as to any real or personal estate, that estate shall be held in trust by his personal representatives with the power to sell it.*”

⁹³⁸ Seguiremos en la explicación y desarrollo de estas cuestiones lo expuesto por KERRIDGE, R., *Op. cit.*, pp. 490-493; GARTON, J., *Op. cit.*, pp. 17-18 y; PENNER, J.E., (2012), pp. 47-49

⁹³⁹ Que, como comenta KERRIDGE, R., basándose en amplia jurisprudencia al respecto, suele ser creado para crear *interests* sucesivos en los bienes del patrimonio hereditario para los beneficiarios del testamento

representative sea designado como *trustee* por el testador o que, habiéndose creado tal *trust*, no se haya designado ningún otro *trustee*.

De este modo, en el momento en que el personal representative elabora un *assent* a su favor, esto es, se “*auto transmite*” el título legal de los bienes para adquirirlos en calidad de trustee, deja de ser un *personal representative*, y comienza a actuar como un *trustee*, con las funciones, deberes y potestades que a ellos competen. Siendo claro lo anterior, el problema se plantea cuando surge la cuestión de si en algún momento el personal representative pasa a ser trustee automáticamente sin necesidad de un *assent* en su nombre. Cierta jurisprudencia así lo considera una vez que el patrimonio hereditario está libre de cargas⁹⁴⁰, aunque no es doctrina asentada de la jurisprudencia⁹⁴¹; siendo siempre aconsejable, para que no haya lugar a duda, que efectúen los *personal representatives* un *assent*, por escrito y en su propio nombre, que haga que, oficialmente, pasen a ostentar la capacidad no ya como tales *personal representatives*, sino como *trustees* respecto de los bienes.

En la esfera de la sucesión intestada, los contornos son algo más difusos, la dificultad es mayor y las dudas se acrecientan. Hemos observado como la sección 33 del AEA 1925 establecía que en el ámbito de la sucesión intestada los personal representatives actúan como *trustees* de un *trust for sale*, pero el interrogante vuelve a ser el mismo: *en qué momento y de qué forma*. En este aspecto, y dado que lo reconoce el propio *Act*, parece claro que en este caso, una vez liquidado el *estate*, y por lo tanto, poniéndose fin a la imperiosa necesidad de la figura del personal representative, éste podría convertirse en trustee respecto de los bienes. Pero el problema resurge en este campo con idéntico tinte que lo hace en la sucesión testada, y es que volvemos a encontrar la traba del *assent*. Esto

(por ejemplo: dejar el residuo en *trust* en manos de unos beneficiarios, que pueden ser los hijos, para que lo administren en favor de unos nietos). *Op. cit.*, p.490

⁹⁴⁰ Así lo expone KERRIDGE, R., citando un conocido caso, que no es otro que *Re Cockburn's Will Trusts* [1957] Ch. 438,439; en el cual Danckwerts, J., expondría que no hay duda alguna en torno a la cuestión de que tan pronto como un personal representative ha “liquidado” el patrimonio (“*cleared the estate*”) pagando todas las deudas, gastos y legados, automáticamente comienza a actuar en calidad de *trustee*. *Op. cit.*, p. 491

⁹⁴¹ De hecho, como destaca KERRIDGE, R., existe alguna doctrina jurisprudencial en contra de lo anteriormente expuesto, como sería lo resuelto en el caso *Attenborough v. Solomon* [1913] A.C. 76, 82-83 en el que Lord Haldane, expondría: “*the will becomes operative so far as its dispositions of personalty are concerned only if and when the executor assents to those dispositions*”. En la misma línea, el caso *Re Trollope's W.T.* [1927] 1 Ch. 596, 605. *Op. cit.*, p. 492. Incluso, además de lo anterior, en casos como el resuelto por la *Court of Appeal* como el supuesto *Harvell vs. Forster* (1954) 2QB 367, se consideró que los personal representatives no se convertirían en trustees hasta que no hubiera ultimado la completa administración de los bienes, dado que había supuestos en los que no podía distribuirse tras la liquidación por tratarse los beneficiarios de menores de edad.

es, aunque tras quedar el patrimonio hereditario “*cleared*”, de deudas, gastos y *legacies*, circunstancias bajo las que parece claro que el *personal representative* deba ser considerado un *trustee*, la cuestión es si lo es, oficialmente, hasta que no efectúe el *assent* que la sección 36 del AEA 1925 pide que se efectúe con tal fin⁹⁴². De nuevo, no es una cuestión que se encuentre completamente resuelta por la jurisprudencia anglosajona, aunque parece claro que es aconsejable que se efectúe el *assent* en todo caso, lo que evita problemas de interpretación, y prácticos, al respecto.

Así, y cerrando la anterior cuestión, compartimos la opinión que considera favorable que una vez el *personal representative* liquida el patrimonio hereditario, liberándolo de deudas, gastos y legados específicos, debe *transformarse* en un *trustee*, dado que al “especificarse”, en cierto modo, el residuo que van a recibir los herederos-beneficiarios una vez depurado del pasivo, parece coherente que éstos tengan un derecho sobre los bienes algo mayor al que tienen como tales, y es que, recordemos que el heredero-beneficiario solo tiene una acción contra el *personal representative* para que lleve a cabo la administración de los bienes “adecuadamente”, mientras que los *beneficiaries* de un *trust* tienen algo más, tienen un *interest* sobre tales bienes, tienen un poder, en términos de propiedad, mayor sobre los mismos.

Además de lo anterior, una vez liberado el activo de los posibles pasivos del patrimonio ¿es necesario que el *personal representative* siga actuando como *dueño y señor del estate*? Parece que la propia lógica de la doctrina anglosajona no va en esta dirección, y es que es muy lógico que otorguemos al *personal representative* grandes poderes “propietarios” y de disposición de los bienes para fomentar que un proceso, eminentemente liquidatorio, se lleve a cabo sin intromisiones, quizá inoportunas o inconvenientes, de los herederos-beneficiarios. Pero, una vez depurado el patrimonio, ¿por qué seguir negando que el heredero-beneficiario es el destinatario último del patrimonio y que por ello merece el reconocimiento de un mayor derecho respecto de tales bienes?

⁹⁴² En esta línea cita KERRIDGE, R., el caso *Re Yerburgh* [1928] W.N. 208, en el cual el causante moría intestado con posterioridad a las nuevas normas establecidas desde 1925, dejando una esposa y dos hijos menores. En estas circunstancias, sus *administrators* liquidaron el *estate* y recabaron instrucciones del Tribunal. En este contexto, y resolviendo el supuesto, expondría Romer J.: “*that s. 33 of the Administration of Estates Act had imposed certain duties on legal personal representatives under which they became trustees when the estate had been fully administered. They ceased to be legal personal representatives and became trustees at a particular date...the old law applied and determined the time when [they] ceased to be legal personal representatives and became trustees for sale. At the momento when that event happened they ought to make a vesting assent under s. 36, vesting the property in themselves as trustees*”. *Op. cit.*, pp. 492-493

Quizá el único problema importante sea establecer la formalidad del *assent* como obligatoria (algo que no es claro actualmente) para el cambio de tal cualidad (de *personal representative* a *trustee*), haciendo, de este modo, que la transformación sea oficial, pública, y no dé lugar a problemas prácticos. Problemas que, básicamente, vienen de la imposibilidad, sin tal *assent*, de que cualquier tercero que trate con un *personal representative* sepa si actúa como tal, o si quizá “automáticamente” se ha convertido en un *trustee*, lo que genera una notable inseguridad en la praxis.

V. CONCLUSIONES

Dado el elevado número de cuestiones que se han tratado precedentemente, es oportuno que efectuemos una labor de recapitulación, en la que consideremos las más significativas conclusiones extraídas anteriormente.

Debe en todo momento tenerse presente, que no se agotan con las cuestiones tratadas todas las singularidades y características nociones referentes a la propiedad anglosajona⁹⁴³, y que de ellas, sólo hemos destacado las que hacían que comprendiésemos en mayor medida el carácter y calidad que ostentaban las posiciones personales del proceso sucesorio anglosajón.

Advertido lo precedente, vimos que era fundamental comprender que las comparaciones con la noción de *trust*, incluso en las propias normas inglesas, dificultaban el análisis, por lo que era de todo punto necesario deslindar la “*trusteeship*” de la “*personal*

⁹⁴³ En este sentido, por ejemplo, y aún con una importante repercusión en los supuestos en que existe tal circunstancia, hemos apartado el asunto relativo a la “*joint tenancy*” y la “*tenancy in common*”, de las que se expusieron precedentemente algunas “pinceladas” (Vid. CAPÍTULO SEGUNDO, III. 2.2.5), siendo cuestiones en las que no podemos embarcarnos en este apartado dirigido a conocer las cuestiones más significativas en cuanto a las “nociones de propiedad” en lo que atañe a las posiciones personales involucradas en la dinámica del proceso sucesorio anglosajón. A modo de breve apunte, recordemos que en tales casos se reconcían como propietarios de un bien más de una persona, con distintas consecuencias dependiendo de que se tratase de una u otra de las formas aludidas. En el supuesto de las *joint tenancies*, como se vio, ya se tratase de una cuenta bancaria o de un bien inmueble, ambos propietarios se consideran como plenos, no de una cuota, sino de todo el bien. De esta forma, a la muerte del causante, todo debe pasar al propietario superviviente, lo que hacía que no se pudiera disponer por testamento de esta parte del *estate*, ni que se siguiesen las reglas de sucesión intestada. Por el contrario, en el supuesto de las *tenancies in common*, aunque de nuevo existe más de un propietario de un bien, su funcionamiento, como se comentó, nos es más reconocible, por ser equiparable a nuestra copropiedad, considerándose la propiedad dividida en cuotas o porcentajes del bien, que pertenecen a cada uno de los propietarios, y que sí pueden dejarse por testamento o transmitirse conforme a las normas de sucesión intestada.

representation". En este contexto, y con los anteriores objetivos en mente, obtuvimos un número de importantes conclusiones, que comentamos a continuación.

- Es claro que la noción de *ownership* no es equivalente a nuestra idea de *propiedad*. El sistema inglés a este respecto, es heredero de la doctrina de las *tenures* y, aunque desde 1925 se han efectuado importantes reformas, no se ha abolido tal doctrina, sino que se ha transformado y modernizado. Lo anterior, nos llevaba a cuestionarnos qué significaba exactamente ser un "owner", lo que, inevitablemente, nos conducía a la "doctrina de los *estates*". En este sentido, en derecho inglés existirían derechos a poseer de mayor o menor envergadura, pero no una absoluta propiedad sobre los bienes, que sólo podía considerarse, en un plano teórico, en manos de la corona. Conforme a la aludida doctrina, se consideraba que la *ownership* se "separaba" de la tierra en sí misma, para posteriormente "unirse a una cosa imaginaria" que se denominaría *estate* (siendo este el fundamento de la convivencia de varios *estates* sobre un mismo inmueble y al mismo tiempo). Además, todo lo anterior se relacionaba con el principio de "*relativity of titles*", por el cual, quien se considere en poder de un derecho a poseer, debe probar que tiene un derecho mejor que aquél contra el que ejercita su acción, pero nunca debe probar (considerándose además que no es posible) que tiene un mejor derecho frente a todos.

A consecuencia de lo anterior, concluíamos que: a) existen distintos grados de intensidad en los distintos tipos de *estates* (en cuanto a duración, límites...); b) aunque el efectivo derecho a poseer se proyecte en el futuro, la *ownership* es eficaz, se desenvuelve, en el presente (el *estate* sobre un inmueble puede enajenarse, aunque el derecho a poseer encuentre eficacia en el futuro).

Sin adentrarnos ahora en todos los tipos de "*estates*", si existía uno de ellos que llamaba nuestra atención, el denominado "*fee simple absolute in possession*", dado que concluíamos que, básicamente, comparte casi todo, si no todo, con nuestra noción de "*propiedad*".

- Una complicación añadida en el estudio del derecho inglés, a la hora de efectuar una comparativa en los extremos que nos competen, era la distinción entre los cuerpos legales de *Common law* y *Equity*, que haría a los *estates* "*legal*" o "*equitable*", con distinto tratamiento jurídico, lo que, aparte de concedernos

distinciones dentro de los tipos de “estates”, nos traía la noción del “*trust*”, reconocida en sede de *Equity*.

Con tal noción, descubrimos que el *trustee* ostentaba, respecto de los bienes objeto del *trust*, un legal interest, la *legal ownership* de los mismos. En cambio, no era tan claro qué ostentaba el beneficiary, si un *right in rem* o uno *in personam*, ya que, vimos, ostenta éste un derecho frente a todos, pero con la excepción del *bona fide purchaser*. De este modo, extrajimos la conclusión de que, en nuestra opinión, el beneficiary ostenta “algo más” que únicamente un *right in personam*, algo, que se asemeja más a un *right in rem*, aunque singular o característico, dada la excepción del citado *bona fide purchaser*, y las específicas restricciones derivadas de la propia figura del *trust*.

- Con lo anterior, queríamos descubrir si la relación *personal representative* – heredero-beneficiario, podía ser equiparada a la que late en el fondo de la noción de *trust*. La respuesta a esta cuestión se nos brindaba, siendo una solución asentada en la doctrina anglosajona, de la mano del famoso caso *Commissioner of Stamp Duties (Queensland) v. Livingston* [1965] AC 694; en el que se aclaraba que “*whatever property came to the executor virtute officii came to him in full ownership, without distinction between legal and equitable interests. The whole property was his*”; siendo el anterior, un principio básico en el entendimiento de la aludida relación. Así, aunque en muchos aspectos el *personal representative* actúa a la manera de un *trustee*, queda claro que ostenta, el primero, mayores poderes, concesión, que deriva, coherentemente, del proceso liquidatorio del que se encarga y para el que se le otorgan amplias facultades que simplifiquen su labor; lo que deja al heredero-beneficiario sin ningún tipo de derecho sobre el *estate* durante el tiempo que dura su administración y liquidación, teniendo éste, únicamente, el derecho a interponer una acción dirigida a que el patrimonio se administre debidamente, y nada más.

- En este contexto, tratamos la noción de “*assent*” (transferencia, por el *personal representative*, del título respecto de los bienes del patrimonio hereditario); llegando a la conclusión relativa a que, en el caso de la “*pure personalty*”, aquél, “activaba el *gift*”, por lo que, en realidad, la propiedad se transfería, desde ese

momento, con carácter retroactivo, desde el testamento. En cambio, para los bienes inmuebles, el *assent* era el único medio por el cual podía transferirse el título legal de los bienes.

- Por último, estudiamos que el personal representative puede, llegado un momento, convertirse en trustee de los bienes, cesando así en su condición de personal representative. La cuestión a este respecto se situaba en si tal cambio puede producirse automáticamente (al liquidarse el patrimonio y restar sólo la distribución del residuo) o si, por el contrario, únicamente es eficaz cuando el *personal representative* efectúa un *assent* a su favor, adquiriendo como trustee los bienes desde ese momento.

En este sentido, concluimos que quizá el único problema relevante fuera configurar la formalidad del *assent* como obligatoria, algo que no era una cuestión asentada, ni clara, actualmente, para que tuviera lugar la transformación de *personal representative* a *trustee*. De este modo, tal mutación sería oficial y pública, evitando así la inseguridad que supone, de ser un cambio automático, que cualquier tercero que trate con un *personal representative* no sepa si actúa como tal, o si quizá ya se ha convertido en un *trustee*, lo que conlleva importantes consecuencias en la práctica.

CONCLUSIONES GENERALES

1. En los orígenes del nacimiento de la figura del ejecutor testamentario, que se produciría, (aún con antecedentes en mayor medida remotos), en la Edad Media, debido a que las fuentes jurídicas serían en gran medida coincidentes, con especial relevancia entre ellas del Derecho canónico, las figuras fueron equivalentes en España e Inglaterra. La menor (o casi nula) intensidad del movimiento de *Recepción del Derecho romano justiniano* en Inglaterra influiría para cierto distanciamiento, en estos términos, en los Derechos objeto de nuestro estudio, pues el resto de los territorios reflejaron un Derecho de sucesiones muy apegado al Derecho romano (aún, en cierta medida, vulgarizado, por la influencia de Derecho germánico sobre algunas antiguas instituciones jurídicas). Un más definitivo distanciamiento tendría lugar a raíz de las fuertes tensiones entre Iglesia y Estado, en una de las épocas de mayor esplendor de la primera (s.XI-S.XV), lo que haría que el Derecho de los territorios que estudiamos tomase diversos caminos. En España, se produciría, en cierto modo, una más pronta secularización, por influjo del Derecho francés, a partir del siglo XVI, en el que la Iglesia fue en mayor medida desplazada (al menos en cuanto a poder político y sobre el Derecho) por un Estado más laico, dejándose en un segundo plano las instituciones en favor del alma y de los pobres, con el vigor que ostentaban, y en todo caso, con carácter anterior, ya desde el siglo XII, reconociéndose que el heredero es el ejecutor nato de la voluntad del causante. En cambio, en Inglaterra la jurisdicción en materia de testamentos permaneció en manos de la Iglesia durante un mayor período. Esto determinó que la Iglesia favoreciera la institución del ejecutor, si bien al principio sólo en los bienes muebles, conviviendo con el heredero que atendía las deudas de la herencia, al tiempo que para los inmuebles existía la transmisión por vía generacional (fruto del sistema feudal, introducido por los invasores Normandos e imperante en el territorio). Al cuestionarse la necesidad de un heredero que atendiera en exclusiva a las deudas vinculadas con los bienes muebles, bienes, que eran recibidos por otro sujeto, el ejecutor, este

último irá ampliando sus ámbitos, al admitirse –primero por los Tribunales eclesiásticos y después por los Tribunales reales- que también tuviese la obligación de pagar dichas deudas, momento éste que determina el inicio de la consideración del *executor* como un sucesor universal (que tanto recibe el activo, si bien sólo en la parte mueble, como el pasivo). Tanto es así, que se llegará a afirmar que el *executor* es al igual que la *institutio* de heredero en el Derecho romano, *cabeza y fundamento* del testamento. Con el transcurso de los años, la figura irá adquiriendo mayores facultades en los testamentos del Derecho inglés, hasta llegar a ser nombrado también sucesor en los bienes inmuebles del causante en el siglo XIX.

En la dinámica del proceso sucesorio inglés, tanto en el pasado como en la actualidad, el *executor* convivirá con el llamado por nosotros *heredero-beneficiario* (*beneficiary*, en terminología anglosajona) de los bienes, figura que aparece desprovista de las dos cualidades propias del heredero del Ordenamiento español, como son la de suceder a título universal en el activo y el pasivo del causante, en primer lugar, y la de ejecutar o liquidar la sucesión, en segundo lugar. Dichas cualidades las reúne en sus manos el *executor* o el *administrator* (figura esta última que nacería en el siglo XIV para suplir la falta de *executor*, y existiendo hoy día para el caso de que no exista testamento o habiéndolo, no se haya designado *executor* por el testador), para lo que se le otorgan grandes facultades que simplifiquen su labor en orden principalmente a la liquidación de la herencia. Con lo anterior, por tanto, se considerará al beneficiario como un adquirente final de los bienes, cuya titularidad adquiere sólo por la transmisión que le haga el *executor*, ostentando durante el proceso liquidatorio una simple acción dirigida a que el patrimonio se administre debidamente.

Nuestra principal conclusión es que el *executor* es un propietario pleno, temporal y con función liquidatoria de todos los bienes de la herencia, con todo lo que ello trae para sí. Como hemos podido comprobar; no es en exclusiva un albacea, ni un contador, ni un administrador, dado que, aún cumpliendo todas estas funciones, su poder es más amplio. No ostenta un simple cargo, un oficio, sino un título, legal, sobre los bienes, que puede inscribir en el Registro a su nombre. Tampoco podemos considerar que sea exactamente nuestro heredero, dado que sus poderes, aún siendo dilatados, están siempre ligados a concretos deberes, con la finalidad última de distribución del remanente entre los herederos-beneficiarios. Pero, al

mismo tiempo, es lo más parecido a un sucesor universal que conoce el Ordenamiento anglosajón, adquiriendo título y posesión de todos los bienes, en el caso del *executor* (a diferencia del *administrator*), desde el mismo día de la muerte del testador. Es un híbrido de todas nuestras nociones, de nuestras figuras, pero a la vez ninguna de ellas por completo. Es, sin lugar a dudas, una figura genuina del Ordenamiento jurídico anglosajón.

2. Orígenes de la figura del executor testamentario y posterior desarrollo.:

Respecto a esta cuestión, y en la primera mitad del primero de los capítulos del estudio, en un primer momento nos hemos centrado en indagar, en estos extremos, en los primigenios Derechos Romano y Germánico, extrayendo las siguientes conclusiones:

- En primer lugar, y en cuanto a la búsqueda de los orígenes de la figura en el Derecho Romano, debemos concluir que, aunque se ha creído pueda existir una semilla, remota, en la noción de fideicomiso (siendo el primer antecedente conocido de ésta la institución o noción de la *mancipatio familiae*), a través de la figura del fiduciario y el funcionamiento del mismo en tal mecanismo; no podemos encontrar el origen del executor testamentario, propiamente dicho, en este período y Derecho. Y lo anterior, porque vimos como en el Derecho romano la voluntad del testador era ley de la sucesión; y aunque no puede negarse que se encomendaron a ciertas personas las tareas de executor de los legados, o a otros sujetos (cónsules), la ejecución de disposiciones *mortis causa*; no podemos encontrar una base sólida que de origen a la figura de executor testamentario, con todo lo que la noción trae para sí. En este Derecho, no encontramos a un executor testamentario que funcione como una figura autónoma o independiente, provista de concretas funciones encaminadas, exclusivamente, a ejecutar la voluntad del testador. Todo lo anterior, nos conduce a afirmar que aunque puedan relacionarse ciertas figuras del Derecho romano, a modo de germen, o simiente, de la figura del executor, no podemos aún hablar de que nos hallemos ante el nacimiento de la noción.
- En segundo lugar, y procediendo con la indagación en torno a las raíces de la noción de executor testamentario, dirigíamos la mirada hacia las

costumbres o derechos germánicos. En este sentido, lo primero que suponía una traba en la búsqueda de la noción, era la originaria ausencia de testamento en el Derecho germánico, en el que la sucesión estaba guiada por diversos principios ligados a la “ley natural”, destacando significativamente el respeto al principio de religiosidad y al parentesco de sangre, de modo que la única manera de que el causante “designara” en cierto modo a alguien distinto del que “por ley natural” debía ser heredero, sólo pudo empezar a vislumbrarse a través de una solemne adopción, la conocida como *adoptio in hereditate*. Posteriormente, con la progresiva cristianización de los pueblos germánicos surgida tras el contacto de éstos con la civilización romana, la figura de la *adoptio in hereditate* será desaprobada por la Iglesia, comenzando desde ese momento una aproximación de la figura (más ligada al Derecho de cosas) a la noción de *donación por causa de muerte*. Con el desarrollo de la noción, acabó siendo posible que una cuota del patrimonio (que acabaría recibiendo la denominación de *Seelteil*) se designara a modo de “legítima eclesiástica” a la Iglesia, con el objetivo de servir a modo de dádiva para la redención del alma del fallecido, todo ello, unido a circunstancias como la negación de la absolución y sepultura cristianas a aquellos que no hubieran efectuado tales donaciones, considerados muertos “*inconfessus e intestatus*”. En este contexto, un ya primitivo “tercero a manos fieles” que estaba presente y tenía un relevante papel en la primigenia *adoptio in hereditate*, se alzaría como figura capital en el ámbito de las donaciones *pro anima*. El tercero en cuestión es el conocido como *Salmann* (no siendo ésta la única de las denominaciones que recibió), al que se le entregaría la mencionada *Seelteil*, obteniendo *Gewere* y propiedad de los bienes que se donaban en tal concepto, recibéndolos exclusivamente “a manos fieles” (*zu treuen händen*) con el único deber de entregar los bienes a la Iglesia, tras la muerte y sepultura del causante. Ulteriormente, y para perfeccionamiento de tales donaciones, se introduciría un escrito, originariamente denominado “*traditio chartae*”, que las completaba. Finalmente, y en cuanto a la evolución de la figura, sería alrededor de los años 1100 y 1200, cuando se introdujeron nuevas figuras como los testamentos, en un primer momento, junto a las bilaterales donaciones

mortis causa y posteriormente, en vez de éstas; la importancia de aquél tercero “a manos fieles”, esto es, del mencionado *Salmann*, se incrementaría exponencialmente, hasta que adquirió el papel de ejecutor del testamento (*testamentsvollstrecker*). No debe olvidarse, que el testamento encontraría lugar en este Derecho de mano de la Iglesia, por lo que este primigenio ejecutor era frecuentemente un clérigo o religioso, por lo que a parte de atribuírsele las facultades como tal (ejecutor de los legados, liquidador del patrimonio hereditario, entre otras) era el responsable de transmitir a la Iglesia el patrimonio afecto a tales fines. Tan dilatados llegaron a ser sus poderes (y ante la desconfianza de que su nexo con el testador basado únicamente en la confianza no fuese suficiente para que se cumpliera la voluntad de aquél), que, pasado el tiempo, tanto las autoridades eclesiásticas como las laicas, comenzaron a controlar sus competencias (con deberes como el de rendir cuentas, efectuar un inventario, etc.) hasta que pasó de ser un heredero-propietario (aunque a “manos fieles”) a un simple administrador, que tan solo cumplía un encargo. La conclusión que extraemos de todo lo anterior, es que la verdadera *semilla* del ejecutor testamentario tal como la conocemos hoy día y hemos analizado a lo largo del presente estudio debe sus orígenes incuestionablemente a la, ya conocida, figura del *Salmann* (o *Treuhänder*), aunque, y perdiendo ésta finalmente su vigor, resurgiría de manera notable en un más avanzado momento de los denominados siglos intermedios, dando lugar a la noción de ejecutor testamentario, en los términos que hoy la entendemos.

3. Desarrollo de la noción de ejecutor testamentario hasta el siglo XII: los mismos credos originan las mismas figuras.

En el territorio de la denominada entonces Hispania, los visigodos se asentarían desde el 507, tras la caída del Imperio Romano de Occidente, con la correlativa mixtura de su población, y trayendo con ellos, en gran medida, el componente germánico que aún se aprecia en diversos supuestos de nuestro Derecho. En el ámbito sucesorio el testamento fue una noción conocida y utilizada por los visigodos en mayor medida que por otros pueblos germánicos, y esto, irremediabilmente unido a que su contacto con la civilización romana fue más

significativo. Con lo anterior, tras las invasiones bárbaras la tradición romana continuó estando presente de una u otra forma en la mentalidad jurídica del territorio de España; de un lado a través del Derecho romano clásico que, aunque perdiendo su vigor, volvió a aplicarse en cierta medida por las leyes visigodas; de otro lado, por el Derecho romano vulgarizado, de manera continua, desde las invasiones visigodas hasta la Alta Edad Media y; por último, a partir del siglo XII, tras la mencionada *Recepción del Derecho romano justiniano*, que, aunque con base en el Derecho Romano clásico, se remodelaría para dar respuesta a las nuevas circunstancias históricas. Claro está, todo lo anterior, sin olvidar el creciente influjo de la Iglesia Cristiana. En el caso de Inglaterra, entre los siglos V y XI, podemos hablar de dos grandes influencias determinantes en el desarrollo de su sistema jurídico: en primer lugar; la influencia del Derecho romano, lo que no debe inducir a error, ya que tal influencia no se ejercería directamente por la invasión Romana de la que se denominó *Britannia* en el 43 d.C. (ya que la Isla sería abandonada por sus invasores en el siglo V, dando lugar a repetidas invasiones de pueblos bárbaros y el progresivo olvido de las figuras e instituciones romanas) sino a través de la única institución que sobreviviría a la caída del Imperio, que no es otra que la Iglesia Cristiana, ejerciendo un notable y duradero influjo sobre el territorio. En segundo lugar, la otra gran influencia a destacar sería la vulgarización misma del derecho, a causa del intento de aplicar unas normas y principios excesivamente refinados o sofisticados, a una sociedad que aún no estaba preparada para absorberlos y aprovecharlos. De este modo, la agrupación y mixtura del Derecho Romano; la vulgarización del mismo; las primitivas leyes bárbaras y; ulteriormente, lo dispuesto por los estudiosos del derecho civil y canónico junto con las normas de cuño o impronta feudal (sistema, como se avanzó, implantado por los normandos tras conquistar Inglaterra en el 1066, con la significativa consecuencia de la introducción de la preferencia del primogénito en la sucesión, entre otras, como ser responsables de la separación de las jurisdicciones eclesiástica y civil, con un reparto de competencias entre ellos; y de la conocida distinción entre las familias del *Common Law* y la *Equity*); daría lugar a la formación del sistema jurídico relativo al territorio de Inglaterra. La primigenia evolución en los sistemas jurídicos de uno y otro territorio conduce a un mismo punto en cuanto al ejecutor testamentario, y es que, hasta el siglo XII, que sería un importante punto de inflexión, la figura se origina en base a unos

mismos credos, vinculada directamente a las donaciones en favor del alma, con una necesaria reducción del papel del heredero, que queda desprovista de importancia ante la creciente autoridad de un ejecutor de los deseos del causante. La conclusión que podemos extraer en cuanto a la figura del ejecutor testamentario, por tanto, en el período de la Edad Media que va hasta el siglo XII, es que tanto el *executor* anglosajón, como el que finalmente se denominaría, por el influjo mozárabe; albacea (*al-wasiyya*) hasta nuestros días; cumplían unas mismas funciones y ostentaban equivalentes poderes.

4. **El distanciamiento entre las soluciones aplicadas los territorios de España e Inglaterra respecto al ejecutor testamentario desde el siglo XII: *las mismas soluciones conducen a un diverso desenlace.***

Aunque algo se ha avanzado a este respecto, debe quedar claro que el relevante influjo de la Iglesia en los territorios de España e Inglaterra fue paralelo a este respecto; produciéndose una regresión de la figura del heredero; más aún en el momento en que, desde el siglo XII, se revitalizara la figura del testamento (aún diverso éste de la noción clásica de Derecho romano) con el objetivo de que se llevaran a efecto de manera eficaz las disposiciones en favor del alma; así como fruto de que se impusiera la competencia de los Tribunales eclesiásticos en materia de testamento (que se desarrollaría entre los siglos XI y XIII). Comentado lo precedente, el siglo XII supuso la ruptura del paralelismo entre España e Inglaterra en estos términos. En España, a partir de tal momento, con la ya repetida *Recepción del Derecho romano* (ejerciendo este movimiento una muy significativa influencia) se produjo un giro en los acontecimientos, revitalizándose la noción del testamento. En este sentido, a partir del siglo XIII la figura del heredero, a la manera romana, volvió a cobrar relevancia, volviendo a configurarse como “*caput et fundamentum*” del testamento, arrebatando al ejecutor su previa autoridad o significancia. Así, el heredero, en España, se configuró como claro sucesor del causante y “protagonista en la sucesión”, aunque tal noción, finalmente, no llegara al punto de determinar la validez, o no, del testamento. En Inglaterra, por el contrario, la evolución de las nociones sería diversa. Llegado el momento de la generalizada *Recepción del Derecho romano* en Europa, Inglaterra contaba ya con el denominado sistema de *Common law*, que nació y se puso en práctica por los Tribunales Reales en época feudal, por lo que la influencia de la *Recepción* fue significativamente menor, aunque no completamente nula. En este

sentido, desde el siglo XII, y de mano de la Iglesia, se introdujo en Inglaterra la figura del testamento, en el sentido en que lo conocemos, pero en beneficio, en este caso, no de un heredero de cuño romano, sino de un ejecutor cada vez más poderoso; desde entonces, ejecutor de un testamento en el que se le designa como tal, y no sólo como “vigilante” del cumplimiento de las donaciones en favor del alma. El acrecentamiento de la importancia del *executor* se halla fuertemente ligado a al hecho de que, en Inglaterra, la jurisdicción en materia de testamentos permaneció en manos de la Iglesia durante un mayor periodo que en España, en la que, para el siglo XVI, la Iglesia había perdido bastante poder a este respecto, dándose paso a un tratamiento más laico de tales cuestiones. Esto determinó que la Iglesia favoreciera la institución del ejecutor, con un Derecho Canónico que favorecía en mayor medida un teoría del legado, más que una tal en favor de la institución de heredero, lo que permitía más fácilmente un engrandecimiento de los poderes del *executor*. Así, como se avanzó, el *executor* se configuró como una suerte de sucesor; si bien al principio sólo en los bienes muebles, conviviendo con el heredero que atendía las deudas de la herencia, al tiempo que para los inmuebles existía la transmisión por vía generacional y feudal al primogénito. Posteriormente, al cuestionarse la necesidad de un heredero que atendiera en exclusiva a las deudas vinculadas con los bienes muebles, la figura del *executor* ampliará sus ámbitos de responsabilidad y poder, al admitirse – primero por los Tribunales eclesiásticos y después por los Tribunales reales- que también tuviese la obligación de pagar dichas deudas, momento este que determina el innegable inicio de la consideración del *executor* como sucesor universal; llegándose incluso a afirmar, como se avanzó, que el *executor* es al igual que la *institutio* de heredero en el Derecho romano, “cabeza y fundamento” del testamento. En este sentido, todavía en el siglo XVII, sin el nombramiento de *executor* en testamento éste no era considerado válido, contando tan sólo como codicilo, y en ocasiones incluso, calificado de nulo. Ulteriormente, ya en el siglo XIX (estableciéndose en *The Land Transfer Act 1897*) el *executor* adquirirá aún más relevancia, convirtiéndose, ahora sí, también, en sucesor de la parte inmueble del patrimonio hereditario. Una clara conclusión a la que llegamos, tras todo lo comentado, es que, tras la Recepción del Derecho romano justinianeo, en el siglo XII, los caminos paralelos en cuanto al ejecutor difieren en España e Inglaterra, cobrando, en España, el heredero de impronta romana (como sucesor del causante) una importancia capital en detrimento del albacea y; en Inglaterra, engrandeciéndose la noción de *executor*, protagonista del testamento, único que pueda considerarse sucesor del causante, llegando éste a ser equiparado con el *heres romano* por la propia doctrina anglosajona.

Así, es ya peligroso, a la par que erróneo, desde este mismo momento, equiparar las nociones de *executor* y albacea, completamente desunidas de su condición primigenia o primaria.

5. Estado actual de la cuestión: cuestiones terminológicas y análisis comparativo.

- En cuanto a **cuestiones terminológicas**, era muy importante para nuestro análisis que comprendiésemos qué debía entenderse, en primer lugar, por “suceder”; en segundo lugar, qué significaba exactamente ser aquél que hemos denominado “heredero-beneficiario” del Derecho inglés (para distinguirlo de nuestro “heredero”); y, por último, a qué hacemos alusión cuando nos referimos al término “propiedad” o “titularidad” de los bienes. En cuanto a la primera de las cuestiones, debíamos entender, antes que nada, que en el ámbito de Derecho anglosajón, el término en sí, de “suceder” era ajeno o extraño a su tradición jurídica originaria en el sentido en que se usaba por el Derecho romano, expresando únicamente, por un tiempo, la transmisión por causa de muerte de la propiedad exclusivamente inmueble, único ámbito en el que podía hablarse, con propiedad, del término “suceder”. En el Derecho Moderno inglés, terminaría imponiéndose el método empleado para los bienes muebles, por el cual, mediaría, entre la muerte del causante y la adquisición de la propiedad por los herederos-beneficiarios, las figuras del *executor* o *administrator*. Por lo tanto, de considerarse que aquel que recibe la propiedad directamente del causante está “sucediendo” al mismo, no podríamos nunca considerar “sucesor” al heredero-beneficiario inglés, ya que siempre se interpondrá entre el causante y éste último beneficiario la figura del *executor*, o *administrator* en su caso. Así, concluíamos que sería el *executor*, en todo caso, el que asumiría un carácter más similar al de sucesor que el propio heredero-beneficiario. Respecto a la segunda de las cuestiones, esto es, qué implicaría, concretamente, el término heredero-beneficiario, con lo anterior, concluíamos que éste sería aquél que recibe la propiedad del patrimonio en último término, este es, el destinatario último del patrimonio hereditario. Por último, en cuanto al tercero de los

asuntos terminológicos, el relativo a qué debamos entender por “propiedad” o “titularidad” de los bienes en el Ordenamiento jurídico anglosajón; era necesario que desde un primer momento comprendiésemos que, a diferencia de nuestro Ordenamiento, el inglés acoge la noción de propiedad dividida, o “desdoblamiento de la propiedad”, lo que ya supone un primer choque importante con nuestras ideas sobre tal concepto. En este sentido, una propiedad absoluta, o plena, no es ostentada, en teoría, por nadie más que por una única institución capaz de detentarla, que sería exclusivamente, la Corona Inglesa. De este modo, las diferentes titularidades se articulan como una suerte de “posesiones más o menos fuertes”, pero nunca como una absoluta propiedad. Así, advertíamos que aunque por comodidad y más sencillo entendimiento de las reflexiones que efectuábamos utilizaríamos, al hablar del Derecho inglés, los términos “propiedad” y “propietario”, no debía olvidarse que sería así, pero siempre con la anterior cautela y por ello, teniendo en cuenta que cuando nos referimos al título que ostenta un sujeto, así como al carácter de titular del dominio sobre un determinado bien de aquél, si somos exhaustivos, conforme a nuestra tradición jurídica, no podemos establecer una traducción exacta en términos de “propietario” y “propiedad” en el Ordenamiento inglés, que refleje fielmente el contenido de tales términos.

- En cuanto a las **posibles equivalencias** entre nuestras figuras sucesorias españolas y aquellas del Derecho inglés, debíamos centrarnos en dos de ellas; de un lado, en el heredero-beneficiario, y, en segundo lugar, con un mayor detenimiento, en la **noción de *personal representative*** que engloba las figuras de *executor* y *administrator*.
- En referencia a la primera de las equiparaciones, nos preguntábamos si el heredero-beneficiario encontraba alguna noción en nuestro Derecho sucesorio a la que se igualase fielmente. En este sentido, de un lado; concluimos que el heredero-beneficiario no cumple ninguna de las condiciones para que pueda equipararse a nuestro “heredero”, ya sea un heredero que acepta de manera pura y simple, o, asimismo, en el caso de que se trate de un heredero que acepta a beneficio de inventario, y lo anterior, porque no es sucesor, por lo que, significativamente, entre otras cuestiones, no es deudor en lo que se refiere a las

deudas del patrimonio hereditario y, además, no adquiere la propiedad desde la muerte del causante. De esta forma, y en esta línea, no era relevante el hecho de que el heredero-beneficiario recibiese finalmente todo lo que quede tras pagarse las deudas, o recibiese el remanente concreto que le hubiese dejado el testador, ya que todo lo precedente no cambia el hecho de que siempre existirá un *personal representative* que se interpondrá, en términos de propiedad, entre el causante y el beneficiario, circunstancia que distancia las nociones de heredero y heredero-beneficiario. De otro lado; en cuanto a la posible equiparación del heredero-beneficiario con nuestro legatario (sucesor a título particular), concluíamos que, aunque aparentemente, y de manera somera, puede presentar ciertas similitudes con la figura del sucesor a título particular (no responsabilidad por las deudas del caudal hereditario; suelen recibir concretas atribuciones patrimoniales hechas en testamento; tales atribuciones les deben ser entregadas, ya sea por el heredero, en nuestro caso, o por el *personal representative*, en el Derecho inglés; en otras) tampoco podemos igualar el contenido de los conceptos de heredero-beneficiario y legatario, siendo una muestra ilustrativa de ello algunos de los supuestos límite relativos a nuestra sucesión particular, como es el caso recogido en nuestro artículo 891 CC, inconcebible en Derecho anglosajón. En este sentido, las diferencias se imponían como evidente traba a su comparación. En primer lugar, el supuesto anglosajón del que traducíamos como “legado universal” (*residuary gift*) no tiene cabida en nuestro Ordenamiento. En segundo lugar, el mencionado caso del art. 891 CC de nuestro Ordenamiento se impone como un supuesto impensable en el Ordenamiento anglosajón, ya que supone una situación en la que el legatario, aunque siempre pueda considerarse responsable en el sentido de que le afecta el pasivo de la herencia, puede llegar a ser demandado como “deudor” por las cargas y deudas de la misma, algo que jamás podría ocurrir en el Derecho inglés; interponiéndose siempre en estos términos la figura del *personal representative*, único encargado de liquidar la herencia y entregar, ya depurado, el contenido del *estate* a los herederos-beneficiarios.

- En lo relativo al análisis, en mayor medida detenido, de la noción de *personal representative* y su posible equiparación con alguna de nuestras figuras sucesorias, debíamos comenzar entendiendo qué era exactamente un *personal representative*. En este sentido, en Derecho inglés, al fallecer el causante, la propiedad nunca se transmite directamente a los herederos-beneficiarios, sino que

pasaría al *executor* designado en testamento o, en el caso en que no se haya designado éste en testamento, o no exista testamento, al *administrator*, que será designado judicialmente; con el objetivo de que administre el *estate* (patrimonio hereditario) con arreglo a lo establecido en el testamento, o, en su caso, lo dispuesto por la ley. Con lo anterior, el *executor* designado en testamento, así como el *administrator* designado por autoridad judicial, deben cumplir (en la mayoría de los casos) un deber con carácter previo al ejercicio de sus funciones, que no es otro que la obtención del denominado “*probate*”, del tribunal, consistiendo éste, sucintamente, en la demostración de la validez del testamento, cuando lo hay, que lo designa, y la obtención de un certificado de idoneidad personal para ejercer sus funciones como *executor* o *administrator*. El mencionado procedimiento del *probate*, concluye con la obtención del llamado “*Grant of representation*”, documento acreditativo de las circunstancias expuestas y expedido por la *Probate Registry Office*, obteniendo con la entrega de tal documento, legitimación oficial para actuar sobre el patrimonio hereditario con las más amplias facultades; considerándose, con la entrega del *Grant*, probada la validez del testamento y confirmado el nombramiento del *executor* o *executors* designados en testamento o, en su caso, llevando a cabo la válida designación de uno o varios *administrators* conforme a lo establecido en el precepto 22 de las *Non-Contentious Probate Rules 1987*. Aún lo anterior, y siendo relevante en el período que media entre la muerte del causante y la obtención del *Grant*, el filtro que supone el procedimiento del *probate*, alberga distintas implicaciones dependiendo de si existe *executor*, o si se trata de un *administrator*. En tal sentido, siendo esta una de las más notables e importantes (sino la más relevante) diferencias entre el *executor* y el *administrator* (aún no siendo la única) concluimos que el *executor* obtiene su autoridad del testamento, aunque la única forma de probar oficialmente los derechos que ha adquirido no es sino a través de la concesión del *Grant*. Por el contrario, en los supuestos de sucesión intestada o en aquellos en los que no se ha designado *executor* en el testamento, el *administrator* no tendrá autoridad alguna hasta la concesión del *Grant*, siendo este documento del que deriva su título y potestad. En resumen, y aún con diversos matices casuísticos, concluimos de manera general que en el caso del *executor*, el *Grant* confirma y es prueba de una autoridad que aquél ostenta desde la muerte del causante en virtud del testamento (lo que supone que en el mencionado período

intermedio pueda efectuar válidas actuaciones sobre el patrimonio, a diferencia del *administrator*); en cambio, en el supuesto del *administrator*, el *Grant* es precisamente lo que concede a éste su título y consiguiente autoridad, estando legitimado desde la concesión de aquél, para actuar sobre el patrimonio hereditario. Asimismo, veíamos que lo anterior es lógico si pensamos en la propia naturaleza de la noción de *executor*, que es fruto de la confianza que el causante, depositándola éste en aquél para que desempeñe los deberes y facultades atinentes al patrimonio hereditario y lo que justifica que desde la muerte tenga tal consideración. En cambio, si no hay nadie designado, es del mismo modo coherente que, hasta que alguien obtenga el *Grant*, ningún posible *administrator* esté legitimado para administrar y gestionar el patrimonio hereditario. Una vez pasado el filtro del *Probate* y obtenido el *Grant*, *administrator* y *executor* se sitúan en la misma posición en cuanto a derechos y deberes.

En este contexto, los deberes y facultades del personal representative serían los siguientes. En cuanto a sus deberes, además del previo paso del *Probate* (y siendo asimismo llamativo que el pago del impuesto sucesorio se configure como responsabilidad personal del *personal representative* y condición previa para la obtención del *Grant*), debemos destacar (aún compuestos éstos de un número de sub-deberes) tres de ellos: en primer lugar, reunir los bienes que componen el *estate*; en segundo lugar, pagar, primero, cualquier gasto funerario y después, cualquier gasto o deuda pendiente de pago que fuese responsabilidad del *estate* y; en tercer lugar, distribuir el residuo, o remanente, entre los herederos-beneficiarios (transmitiéndoles, materialmente, la “propiedad” de los bienes) conforme a lo dispuesto en testamento o, en su caso, lo dispuesto por la ley. En relación a las facultades que para cumplir tales deberes ostenta el *personal representative* (destacando las de carácter patrimonial, aún ostentando otras, como podría ser la designación de representantes en relación a ciertos bienes del patrimonio hereditario, o el nombramiento de gestores que le auxilien en su labor), era la más significativa de todas el poder de disposición de los bienes del patrimonio hereditario que aquél detenta, reconocido en diversas normas del Ordenamiento inglés; por el cual, entre otras, en primer lugar, está autorizado para vender los bienes del patrimonio hereditario a un tercero (por ejemplo, para hacer frente al pago de una deuda del caudal hereditario) y, en segundo lugar, es el encargado de transferir la propiedad de los bienes que componen el remanente, a los herederos-beneficiarios. Derivado de lo anterior, es el hecho de que el *personal*

representative pueda practicar inscripciones en el que hemos llamado *Registro inglés*, a su nombre, en referencia a todos los derechos y títulos sobre los bienes del *estate*. Otras facultades relevantes serían: la posibilidad de hipotecar bienes del patrimonio hereditario para obtener dinero con el que pagar posibles deudas, así como todos los poderes necesarios para que cualquier contrato que lleve a cabo sea vinculante y exigible e incluso, para el supuesto en que el causante fuera ya una parte contratante, se considere que ahora ésta es el *personal representative*, del mismo modo que ostenta la autoridad necesaria para arrendar o alquilar cualquiera de los bienes o crear un *trust* en el que el objeto de éste se corresponda con uno de los bienes del patrimonio hereditario. Asimismo, se le reconoce un poder general para invertir con cargo al patrimonio; solicitar créditos con cargo a bienes inmuebles y adquirir (de nuevo con cargo al patrimonio) *freehold* y *leasehold land* (títulos plenos o limitados sobre bienes inmuebles) con varios fines como, por ejemplo, podría ser, proporcionárselos a uno de los beneficiarios para que pudiese, de considerarlo necesario el *personal representative*, ocupar tal bien.

- Con lo anterior, concluíamos, ya a priori, que podíamos comenzar a observar una innegable separación o distanciamiento entre el *personal representative* y otras figuras de nuestro Ordenamiento jurídico como podría ser el albacea, figura con la que en multitud de ocasiones se compara al *personal representative*, considerándose tal equiparación, por nosotros, un básico error. Y esto, porque el *personal representative*, es considerado, aún con carácter temporal y función liquidatoria, un “*absolute owner*” de los bienes. Si bien es cierto que las nociones se acercan si nos abstraemos de sus funciones y deberes y fijamos la atención en la común base que comparten *executor* y albacea, que no es otra que la idea de “confianza”; el hecho de que el *personal representative* pueda disponer de los bienes como un verdadero propietario de tales bienes que conforman el patrimonio hereditario; incluso transmitiendo formalmente la propiedad de éstos a los herederos-beneficiarios una vez liquidada la herencia, siendo en tal momento en el único en el que tales beneficiarios adquirirían un verdadero título en relación a los bienes del *estate*; vimos, abría una irreparable brecha entre las nociones de *personal representative* y de albacea, que aún se veía en mayor medida subrayada si considerábamos la posibilidades del primero respecto al Registro de los bienes.
- Tras el estudio de la figura del *personal representative*, de la comprensión de su naturaleza y el estudio de sus deberes y facultades, concluíamos aquello que

hemos expresado en la primera, y general, conclusión de nuestra tesis; el *executor* (y nos centramos en éste por su mayor interés como figura), es una noción genuina del Ordenamiento jurídico anglosajón. Es un dueño absoluto, aunque temporal, de los bienes del patrimonio hereditario, ligado a unos concretos deberes encaminados a la liquidación de tal patrimonio. Por ello, es que no es equiparable totalmente al albacea, siendo claro que no es sólo un contador, ni un administrador. Ostenta un título legal sobre los bienes que incluso puede inscribir a su nombre en el Registro; por lo que no tiene un simple cargo u oficio. Tampoco era equiparable a nuestro heredero, pero, al mismo tiempo, es lo más similar a un sucesor universal que conoce el Ordenamiento anglosajón, adquiriendo título y posesión de todos los bienes (en el caso del *executor*) desde el mismo día de la muerte del testador. Así, vimos, es un híbrido de todas nuestras figuras de un modo u otro, aunque ninguna de ellas exactamente.

6. La naturaleza de los derechos del heredero-beneficiario (*beneficiary*).

Uno de los puntos clave de nuestro estudio, lo analizábamos al final del mismo (en el capítulo cuarto del estudio), donde, por fin, encontrábamos respuesta a nuestros principales interrogantes, y esto, porque durante todo el estudio se advertía acerca de la básica cuestión que hacía tan complicado, sino imposible, efectuar un “juego de equivalencias” entre las posiciones personales del proceso sucesorio anglosajón y del español; que no era otra, que la idea y concepción de la “propiedad” en uno y otro sistema, en estos extremos. Para ello, era necesario hacer una remisión a la figura del *trust*, ya que diversas normas inglesas se utilizan en forma analógica para suplir aquello no establecido para el *personal representative* en las normas sucesorias, en particular. Pero, tras la mencionada remisión, veíamos que no podíamos equiparar los binomios heredero-beneficiario-*personal representative* y *beneficiary-trustee*, por lo que debíamos analizar cuál era la verdadera naturaleza de los derechos del heredero-beneficiario, en el conocimiento de que el *personal representative* es el, ya repetido, dueño pleno, temporal, con función liquidatoria.

- En primer lugar, y con el objeto de conocer hasta que punto se asimilaban las nociones de “*trusteeship*” y “*personal representation*”, era de todo punto

necesario deslindar ambas situaciones. Lo primero que debíamos comprender para llevar a cabo esta labor de deslinde, era que la noción de *ownership* no era equiparable a nuestra noción de propiedad, para lo que era necesario que entendiésemos la doctrina de los “*estates*” anglosajona, por la cual; se consideraba que la *ownership* se “separaba” de la tierra en sí misma, para posteriormente “unirse a una cosa imaginaria” que se denominaría “*estate*”; siendo lo anterior el núcleo teórico que da respuesta a la posibilidad de convivencia de varios *estates* sobre un mismo inmueble al mismo tiempo. Y lo anterior, unido al principio de “*relativity of titles*”, que implicaba que, quien que se considere en poder de un derecho a poseer, debe probar que ostenta un derecho mejor que aquél frente a quien ejercita su acción, pero nunca, que tiene un mejor derecho “frente a todos”. Además, de entre todos los diversos tipos de “*estates*”, destacábamos uno en concreto que, inevitablemente, debe mencionarse en forma separada, que no es otro que el “*fee simple absolute in possession*”, por el hecho de que, concluíamos, comparte prácticamente la totalidad de las características con nuestra noción de propiedad.

Otra idea básica para comprender la distinción entre los aludidos binomios, la traía la distinción entre los conocidos, y diversos, cuerpos legales de *Common law* y *Equity*, que hacían a los *estates* considerarse como “*legal*” o “*equitable*”, lo que supone un diverso tratamiento jurídico, y lo que nos dirigía a la figura del “*trust*”, que encuentra su lugar en sede de la *Equity*, y es el paradigma del posible desdoblamiento de la propiedad anglosajona. Con lo anterior, y en el estudio de la noción de “*trust*”, se nos mostró como evidente que el *trustee* ostentaba un *legal interest*, la *legal ownership* respecto de los bienes objeto del *trust*; no siendo, en cambio, tan claro, si el *beneficiary* ostentaba un *right in rem* o uno *in personam*, por el hecho de que detentaba un derecho frente a todos, a excepción del *bona fide purchaser* (que sería un tercero de buena fe). Para nosotros, concluíamos, el *beneficiary* ostenta “algo más” que únicamente un *right in personam*, algo más cercano a un “*right in rem*”, aunque con un carácter ciertamente singular, unida tal conclusión, irremediabilmente, a las concretas restricciones en estos términos que se derivan del propio mecanismo del *trust*, así como la característica excepción del *bona fide purchaser*.

- Con todo lo anterior en mente, nos enfrentamos al binomio *personal representative* - heredero-beneficiario, con el afán de descubrir si comparte

esquemas teóricos y prácticos con las relaciones jurídicas personales que nacen del *trust*. Ya avanzamos que la respuesta a esta cuestión sería negativa, siendo un principio asentado en la doctrina y jurisprudencia anglosajonas (desde el *leading case* de *Comissioner of Stamp Duties (Queensland) v. Livingston* [1965] AC 694); que “toda propiedad que llega al *executor virtute officii*, le llega en plena *ownership*, sin distinción entre *legal* y *equitable interests*”. De este modo, llegábamos a la conclusión de que, si bien es innegable que el *personal representative* comparte, en muchos supuestos, los caracteres propios de un *trustee*, o que, más bien, actúa en muchos sentidos como tal; ostenta éste poderes más amplios y significativos, que son una lógica consecuencia derivada del carácter eminentemente liquidatorio de la sucesión inglesa y, con ella, de las funciones liquidatorias del *personal representative*, sujeto, al que se le conceden amplísimas facultades que faciliten su labor. Lo anterior, deja al heredero-beneficiario sin ningún tipo de derecho sobre el *estate* durante el lapso de tiempo en el que el patrimonio hereditario se encuentra en administración y liquidación, ostentando, únicamente, el derecho a interponer una acción dirigida a que el patrimonio se administre correctamente. En este sentido, de manera general (aunque vimos que existía debate al respecto en el caso de los *gifts* específicos), hasta que no se determine específicamente el residuo, y por ello, hasta que no finalice el proceso de liquidación del patrimonio, ningún heredero-beneficiario tiene un título específico sobre ninguno de los bienes del patrimonio hereditario, dado que no se conoce cuáles de esos bienes se aplicaran a tales fines liquidatorios. Aunque el heredero-beneficiario no tiene un “*equitable interest*”, propiamente dicho, en el sentido de “*beneficial title*” sobre los bienes del patrimonio mientras están siendo administrados por el *personal representative*, único dueño de tales bienes hasta finalizado el proceso de liquidación; lo que si tiene el heredero-beneficiario es una “*chose in action*”, el mencionado derecho a ejercitar una acción ante los Tribunales para que se tomen medidas que garanticen la adecuada gestión de los bienes, o, siendo necesario, para que el patrimonio se administre y liquide judicialmente.

- Entendido todo lo precedente, estudiamos el mecanismo del “*assent*”, que consistía en la transferencia del título respecto de los bienes del patrimonio hereditario por el *personal representative*, a los herederos-beneficiarios. A este respecto concluíamos que; de un lado, en el caso de la denominada “*pure*

personalty” (bienes “puramente” muebles) el *assent* “activaba el *gift*”, por lo que, realmente, se consideraba que la propiedad se transfería, desde ese instante, con carácter retroactivo al momento de la muerte del causante y, por ello, desde el testamento. De otro lado, para el caso de los bienes inmuebles, el *assent* suponía la única forma posible de obtener, por los herederos-beneficiarios, el título legal de los bienes, por lo que, la *ownership*, no se consideraría transferida, en ningún momento, hasta efectuado el *assent*.

- Finalmente, y teniéndose en cuenta todo lo anterior, era llamativo el hecho relativo a que, llegado un momento, podía el *personal representative* transformarse en *trustee* de los bienes, abandonando con ello su posición y carácter de *personal representative*. Aún existiendo diversas opiniones al respecto (desde las que apoyan su transformación automática hasta las que niegan que tal transformación se produzca nunca), compartíamos la visión que consideraba favorable que una vez que el *personal representative* liquida el patrimonio hereditario, liberándolo por ello de deudas, gastos y legados concretos, debe convertirse en *trustee*, dado que al “especificarse”, en cierta forma, el remanente que recibirán los herederos-beneficiarios una vez depurado del pasivo, parece lógico que éstos ostenten un derecho sobre los bienes, en cierta medida, mayor del que tenían, y lo anterior, teniéndose en cuenta que el heredero-beneficiario, como hemos destacado, sólo tiene una acción contra el *personal representative* para que lleve a cabo la administración de los bienes de manera “adecuada”, mientras que los *beneficiaries* de un *trust* tienen algo más, tienen un “*interest*” sobre tales bienes, lo que implica un poder mayor, en términos de propiedad. En esta línea, reflexionamos en torno a que parece coherente que concedamos al *personal representative* amplios poderes de carácter “propietario” y de disposición de los bienes para favorecer un proceso que es fundamentalmente liquidatorio, evitando con ello “intromisiones” de los herederos-beneficiarios. Pero, una vez depurado el patrimonio, quizá no se muestra ya como una solución tan lógica presentarnos al heredero-beneficiario, que al fin y al cabo es el destinatario último del patrimonio, con un derecho tan vago, o frágil, sobre los bienes.

En este contexto, la más controvertida cuestión venía de si el cambio de *personal representative* a *trustee*, de producirse en algún momento, lo hacía automáticamente, al liquidarse el patrimonio y tan sólo restar la distribución del residuo, o si, por el contrario, era eficaz exclusivamente cuando el *personal*

representative efectuaba un *assent* a su favor (esto es, se auto-transmitía los bienes, para detentarlos, ahora, en carácter de *trustee*), adquiriendo como *trustee* los bienes desde ese momento y nunca en tiempo anterior al mencionado *assent*. Ante la controversia, y aunque no es un debate cerrado ni pacífico en la doctrina anglosajona, concluíamos que, considerábamos, quizá la única solución factible era configurar el *assent* como un paso obligatorio, para que fuera eficaz la transformación de *personal representative* a *trustee*, lo que haría que el cambio fuese público, formal y oficial; evitando con ello los problemas que supone un cambio automático de tales condiciones, lo que implica importantes consecuencias (destacando, significativamente, la inseguridad para cualquier tercero que trate con un *personal representative* respecto a conocer si actúa como tal, o si se trata, en ese momento, de un *trustee*).

7. **¿Un punto de encuentro? El caso de los artículos 747 y 749 del Código civil y el albacea universal del Derecho catalán.** Al estudiar las posiciones personales del proceso sucesorio español, estudiamos en forma separada el caso de la herencia dejada a la Iglesia o a los pobres de los artículos 747 y 749 CC, así como un supuesto (aún no el único) significativo del derecho foral, este es, el mencionado caso del albacea universal del Derecho catalán. La relevancia de estos supuestos para nuestro estudio, nacía del hecho de que se trataban de supuestos en los que la importancia de la noción de heredero, en cuanto a la liquidación del patrimonio, perdía gran parte de su significatividad, sino toda ella, lo que acercaba, al menos en cierta medida, posturas, con la mentalidad de Derecho anglosajón.

- En referencia al primero de los supuestos, el concerniente a los artículos 747 y 749 CC, concluíamos que la semejanza con el Derecho anglosajón venía dada por la raíz común que latía en el fondo de la noción de ejecutor testamentario en ambos sistemas jurídicos, y que a modo de resquicio histórico, nos había dejado en ambos preceptos del Código civil los siguientes reflejos: la aceptación de la herencia, principalmente, por el designado en testamento o por los albaceas; la consideración de que la aceptación de la herencia sea a beneficio de inventario (en el supuesto de las disposiciones en favor de los pobres) o; la configuración del proceso sucesorio como uno eminentemente liquidatorio y, con ello, el

protagonismo de un órgano liquidador con tales funciones, en detrimento de la importancia de la idea de “sucesor”. Características, todas ellas que, cuanto menos, recuerdan a lo establecido en el Ordenamiento jurídico inglés.

- En cuanto al segundo de los supuestos, este es, el relativo al albacea universal del Derecho catalán, veíamos frustrada nuestro anhelo de encontrar en él a un “*executor* español”, y esto porque, como comprendimos, el albacea universal ejerce derechos que, al igual que ocurre en Derecho común español, se detraen al considerado verdadero titular de los mismos, que no es otro que el heredero, executor nato de la voluntad del causante. Por lo anterior, el título que ostenta el albacea universal, no puede equipararse al del *executor*, y esto porque, de nuevo, al igual que en el Derecho común español, en el Derecho catalán tampoco se olvida que el heredero es el único que ostenta un verdadero título de propiedad sobre los bienes de la herencia.
- Aunando conclusiones, respecto a ambos supuestos relativos al posible “punto de encuentro”, debíamos afirmar que, también en estos casos, hemos de ser cautelosos a la hora de equiparar figuras de uno u otro Ordenamiento y es que, si bien tanto el albacea universal del Derecho catalán, como los albaceas de los artículos 747 y 749 del Código civil, así el *executor*, son figuras que concentran un fundamento histórico equivalente; además de servir a un proceso eminentemente liquidatorio, que hace que puedan parecer análogas; nunca debemos perder de vista las profundas diferencias que se ocultan tras su apariencia, y que surgen de principios básicos que rigen los ordenamientos que han sido sometidos a análisis.

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

- ALBALADEJO GARCÍA, M.,
 - Comentario de los artículos 895 a 897 del Código civil; en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T.XII, Vol. 2. Albaladejo, M. (Dir.), AAVV. Edersa, Madrid, 1990
 - “De los albaceas o testamentarios” (pp. 15-20), en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T.XII, Vol. 2. Albaladejo, M. (Dir.), AAVV. Edersa, Madrid, 1990
- ÁLVAREZ LATA, N., Comentario de los artículos 657, 658, 660 y 661 del Código civil; en *Comentarios al Código Civil*. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), AAVV. Thomson Aranzadi, Navarra, 2006
- ÁLVAREZ-SALA WALTHER, J., “Pasado y futuro del albaceazgo”. *Revista Crítica de derecho Inmobiliario*, vol. 94, núm. 765, pp. 195-209, 2018
- AMES, J.B., “Purchase for value without Notice”, *Harvard Law Review*, pp. 1-16, 1887
- ANDERSON, M., “Una aproximación al derecho de sucesiones inglés”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 59, 2006
- BELL, A. P., *Modern Law of personal property in England and Ireland*. Butterworths, London and Edinburgh, 1989
- BENITO PÉREZ., J., *Instituciones de Derecho Histórico Español. Vol. II, obligaciones y contratos, sucesiones, Derecho profesional*. Bosch, Barcelona, 1930

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “La sucesión por causa de muerte” (pp. 19-40); en *Derecho de Sucesiones*. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), AAVV. Tecnos, Madrid, 2009
- BERNAL GÓMEZ, B., *Historia del Derecho*. Nostra ediciones, México, 2010
- BEYER, G.W., *Wills, Trusts, and Estates*. Wolters Kluwer, Aspen publishers, Austin, Boston, Chicago, New York, The Netherlands, 2007
- BIONDI, B., y ALBERTARIO, E., *Trattato di diritto romano, Vol. 10. Successione testamentaria: donazioni*. Giuffrè, Milano, 1943
- BLACKSTONE, W., *Commentaries on the Laws of England: a facsimile of the first edition of 1765-1769. Vol. II, Of the rights of things: (1766)*. University of Chicago Press, Chicago, 2002
- BONILINI, G., *Degli esecutori testamentari*; en *Il Codice Civile. Commentario. Artt. 700-712*. Fondato da Piero Schelesinger, diretto da Francesco D. Busnelli. Giuffrè Editore, Milano, 2005
- BRAGA DA CRUZ, “Algunas considerações sobre a perfilatio”, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, XIV, Coimbra, 1937-1938
- BRUNDAGE, J.A., *Medieval Canon Law*. Longman, London, 1997
- BRUNNER, H., y SCHEWERIN, V., *Historia del Derecho Germánico*. Trad. De la 8ª Ed. Alemana por Álvarez López, J.L. Labor, Barcelona, 1936

- BURN, E.H., *CHESHIRE AND BURN'S Modern Law of real property*, Butterworths, London, Dublin, Edinburgh, 1994

- BURN, E.H., y CARTWRIGHT, J., *CHESHIRE AND BURN'S Modern Law of Real property*. Oxford University Press, Oxford, 2011

- CAILLEMER, R., *The executor in England and on the Continent*, 1921 [Recurso Electrónico] Universidad de Sevilla

- CALASSO, F., *Medio Evo Del Diritto. Vol 1, Le Fonti*. Giuffrè-Editore, Milano, 1954
- CALAZA LÓPEZ, S.,
 - “La división judicial de la herencia”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 740, pp. 4183-4215, Madrid, Noviembre 2013

 - “La intervención y administración judicial de la herencia”. *Revista Crítica de derecho Inmobiliario*, Núm. 745, pp. 2553-2584, Madrid, Septiembre 2014

- CÁMARA ÁGUILA, P., Comentario de los artículos 892 a 908 del Código civil; en *Comentarios al Código Civil*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), AAVV. Thomson Aranzadi, Navarra, 2006

- CÁMARA LAPUENTE, S., *La fiducia sucesoria secreta*. Dykinson, Madrid, 1996

- CAPILLA RONCERO, F., “El contenido del testamento” (pp. 165-166); en *Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*. F. Capilla Roncero (Coord.), A.M. López – V.L. Montés – E. Roca (Dir.), AAVV. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999
- CARBALLO FIDALGO, M., *Las facultades del contador-partidor testamentario*. Civitas, Madrid, 1999
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho español, común y foral*, Tomo I, Vol III. Reus, Madrid, 1978
- CASTRO SÁENZ, A., *Herencia y mundo antiguo: estudio de derecho sucesorio romano*. Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, Sevilla, 2002
- CICU, A.,
 - *Il testamento*. La grafolito, Bologna, 1932
 - *Derecho de Sucesiones. Parte General. Con extensas anotaciones de Derecho común y foral por Manuel Albaladejo*. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Barcelona, 1964
- COBAS COBIELLA, M.E., *El albaceazgo*. Aranzadi, Pamplona, 2007
- COING, H., *Derecho Privado Europeo*. Tomo I. *Derecho Común más antiguo (1500-1800)*. Traducción y apostillas: Prof. Dr. Antonio Pérez Martín. Fundación cultural del notariado, Madrid, 1996
- COLINA GAREA, R., Comentario de los artículos 988 a 991 y 999 del Código civil; en *Comentarios al Código Civil*. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), AAVV. Thomson Aranzadi, Navarra, 2006

- COSSÍO y CORRAL, A., *Instituciones de Derecho Civil*. Civitas, Madrid, 1988
- COSTAS RODAL, L., Comentario de los artículos 1003, 1020, 1023, 1026 y 1034 del Código civil; en *Comentarios al Código Civil*. Tomo V. Rodrigo Bercovitz Rodríguez- Cano (Dir.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2013
- DALLA-RENZO LAMBERTINI, D., *Istituzioni di diritto Romano*. G. Giappichelli editore, Torino, 2006
- DE ARVIZU y GALARRAGA, F., *La disposición “mortis causa” en el Derecho español de la Alta Edad Media*. Eunsa Editorial Universidad Navarra SA, Navarra, 1977
- DE CASTRO y BRAVO, F., *Derecho civil de España, Parte General*, Tomo I. Editorial Casa Martín, Valladolid, 1943
- DECLAREUIL, J., *Quelques notes sur certain types de fidèicommiis*. Melanges Gerardin, París, 1907
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de Derecho Sucesorio*. La Ley, Madrid, 1990
- DE RUGGIERO, R., *Istituzioni di diritto civile, Vol. III*. Giuseppe Principato, Milano – Messina, 1952
- DE WAAL, M.J., “A comparative overview” (pp. 1-26), en *Exploring the Law of Succession. Studies National, Historical and Comparative*. AAVV. Edinburgh University Press, Edinburgh, 2007

- DÍAZ ALABART, S., “La pluralidad de contadores-partidores”; en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo, Vol. I*. Consejo general del Notariado, Madrid, pp. 187-202, 1988
- DÍAZ ALABART, S., y ALBALADEJO GARCÍA, M., Comentario al artículo 1057 del Código civil, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, T. XIV, Vol. 2, Albaladejo, M. (Dir.), AAVV. Edersa, 1989
- DÍAZ SOLER, A., *El contador partidador testamentario (Legislación común y foral, Doctrina, Resoluciones de la DGRN, Jurisprudencia y Formularios)*, Libros Jurídicos, S.L., Madrid, 1996
- D´ORS, *Derecho Privado Romano*. Novena edición, revisada. Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1997
- ESPEJO RUÍZ, M., *La partición realizada por contador partidador testamentario*. Dykinson, S.L., Madrid, 2013
- ÉSTEBEZ, J.L., “Sobre el concepto de “Naturaleza jurídica””. *Anuario de filosofía del derecho*, Núm. 4, 1956
- FERNANDEZ BARREIRO, A., y PARICIO, J., *Fundamentos de derecho privado romano*. El Faro-Ediciones, Madrid, 2002
- FERRER I RIBA, J., “ La ejecución del testamento y el albaceazgo” (pp. 726-787); en *TRATADO DE DERECHO DE SUCESIONES. (Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco)*, T.I, Geste-Alonso y Calera, M^a. C. (Dir.), Solé Resina, J., (Coord.), AAVV. Civitas – Thomson Reuters, Madrid, 2016

- FUENTES MARTÍNEZ, J., “La sucesión y la institución hereditaria” (pp. 61-367); en *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo V. *Sucesiones, Vol. 1º*. Víctor M. Garrido de Palma (Dir.), AAVV. Civitas-Thomson Reuters. Navarra, 2015
- GARCÍA-GALLO, A., *Estudios de Historia del Derecho Privado*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1982
- GARCÍA RUBIO, M.P., *La distribución de toda la herencia en legados: (un supuesto de herencia sin heredero)*. Civitas, Madrid, 1989
- GARCÍA-VILA J.A., A y GÓMEZ MARTÍNEZ, J., “El legado y sus modalidades” (pp. 369-631); en *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo V. *Sucesiones. Vol. 1º*. Víctor M. Garrido de Palma (Dir.), AAVV. Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2015
- GARRIDO MELERO, M., *Fideicomisos y fiducias en el Derecho Catalán*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2016
- GARTON, J., *Moffat’s trusts law. Text and Materials*. Cambridge University Press, Cambridge, 2015
- GETE-ALONSO y CALERA, M.C., “Responsabilidad hereditaria” (pp. 337-390); en *TRATADO DE DERECHO DE SUCESIONES (Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco)*, T.I. Gete-Alonso y Calera, M^a. C. (Dir.), Solé Resina, J., (Coord.), AAVV. Civitas- Thomson Reuters, Madrid, 2016
- GITRAMA, M., *La Administración de Herencia en el Derecho español*. Revista de derecho Privado, Madrid, 1950

- GÓMEZ CALLE, E., Comentario al artículo 768 del Código civil; en *Código Civil Comentado . Vol II.* Cañizares Laso, Cámara Lapuente et Al. (Dir.), AAVV. Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2016

- GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, C.,
 - “Albacea y *executor* testamentario: perfiles para una comparación” (pp. 1555-1580); en *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol. Vol. 2.* Abril Campoy y Amat Llari (Coords.), AAVV. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006

 - *La partición judicial: problemas. Viabilidad y legitimación. Posición de los acreedores. Preferencias de Cobro.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2008

 - Comentario de los artículos 1010, 1020, 1023, 1026, 1027 y 1029 del Código civil; en *Código Civil Comentado . Vol II.* Cañizares Laso, Cámara Lapuente et Al. (Dir.), AAVV. Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2016

- GRAY, K., *Elements of Land Law.* Butterworths, London, 1993

- GUZMÁN BRITO, A., *Derecho privado romano.* Tomo II. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996

- HERNÁNDEZ-GIL, A., Comentario al artículo 966 del Código civil, en *Comentario del Código civil,* Tomo I. Paz-Ares Rodríguez, C, Díez-Picazo Ponce de León, L., Salvador Coderch, P., Bercovitz, R., (Dir.), AAVV. Ministerio de Justicia, Secretaría General técnica, Centro de publicaciones, Madrid, 1991

- HOLDSWORTH, W., Sir.,

- *A history of English Law. Vol II.* Sweet & Maxwell, London, 1966 (First Published 1903)
 - “The History of the Treatment of “Choses” in Action by the Common Law”. *Harvard Law Review*, Vol. 33, Núm. 8, pp. 997-1030, 1920
- HUEBNER, R., *A history of Germanic Private Law*. Traducida por Francis S. Philbrick. Augustus M. Kelley Publishers: Rothman reprints, New York, 1968
 - JIMÉNEZ GALLEGO, C., “Instituciones de confianza en la ordenación de la sucesión y ejecución de últimas voluntades: Evolución comparada y perspectivas de futuro: discurso de ingreso”. *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, núm. 14, pp. 59-149, 2013
 - JOHNSTON, D., *The Roman Law of Trusts*. Clarendon Press-Oxford, Oxford, 1988
 - KERRIDGE, R., *PARRY & CLARK, The Law of succession*. Sweet & Maxwell, London, 2002
 - LACRUZ, J.L.,
 - *Derecho de Sucesiones. Parte General*. Bosch, Barcelona, 1961
 - *Elementos de Derecho Civil, Derecho de Sucesiones, Vol. V*, AAVV. Bosch, Barcelona, 1992
 - LARRONDO LIZARRAGA, J., *El Nuevo Derecho Sucesorio Catalán. Análisis del libro IV del Código civil de Cataluña*. Bosch, Barcelona, 2008

- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., “La cualidad de heredero” (pp. 549-583); en *Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*. F. Capilla Roncero (Coord.), A.M. López – V.L. Montés – E. Roca (Dir.), AAVV. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999
- LÓPEZ JACOISTE, J.J., Comentario al artículo 1011 del Código civil, en *Comentario del Código civil*, Tomo I. Paz-Ares Rodríguez, C, Díez-Picazo Ponce de León, L., Salvador Coderch, P., Bercovitz, R., (Dir.), AAVV., Ministerio de Justicia, Secretaría General técnica, Centro de publicaciones, Madrid, 1991
- LÓPEZ y LÓPEZ, A.M.,
 - “La sucesión en general” (pp. 25-36); “La estructura del fenómeno sucesorio” (pp. 43-55); “La dinámica del proceso sucesorio” (pp. 73 y ss.); en *Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*. F. Capilla Roncero (Coord.), A.M. López – V.L. Montés – E. Roca (Dir.), AAVV. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999
 - *Fundamentos de Derecho Civil. Doctrinas generales y bases constitucionales*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012
 - *Derecho Civil Constitucional. Selección de Textos*. Ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, 2015
- LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., y PÉREZ-RAMOS, C., *Cuestiones Prácticas sobre Herencias para Especialistas en Sucesiones*. Francis Lefebvre, Madrid, 2016
- LUPOI, M., *Trusts*. Giuffrè Editore, Milano, 2001
- MACKENZIE, T., Lord., *Estudios de Derecho Romano: Comparado en algunos puntos con el francés, el inglés y el escocés*, traducido de la 3ª edición y ampliado con notas e indicaciones relativas al derecho español común y foral por Santiago Innerarity y Gumersindo de Azacarate. Ed. Francisco de Góngora, Madrid, 1876

- MADRIÑÁN VÁZQUEZ, M., “La herencia yacente” (pp. 172-173 y 176-177); en *TRATADO DE DERECHO DE SUCESIONES (Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco)*, T.I. Gete-Alonso y Calera, M^a. C. (Dir.), Solé Resina, J., (Coord.), AAVV. Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2016
- MAITLAND, F.W., *The Collected Papers of Frederic William Maitland, Vol. 3*. Cambridge University Press, Cambridge, 1911
- MARKBY, W., *Elements of Law Considered with Reference to Principles of General Jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, Oxford, 1905
- MARTÍNEZ ESPÍN, P., Comentario al artículo 1057 del Código civil; en *Comentarios al Código Civil*. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), AAVV. Thomson Aranzadi, Navarra, 2006
- MARTÍNEZ NAVARRO, J.J., “Derecho Sucesorio Británico” (pp.281-308); en *Prontuario básico de Derecho sucesorio internacional*. Carrascosa González, J., Martínez Navarro, J.J., (Dir.), AAVV. Comares, Granada, 2012
- MARTÍN PÉREZ, J.A., Comentario al artículo 660 del Código civil; en *Código Civil Comentado. Vol II. Libro III: De los diferentes modos de adquirir la propiedad (Artículos 609 a 1087)*. Ana Cañizares Laso, Sergio Cámara Lapuente et. Al. (Dirs.), AAVV. Civitas - Thomson Reuters, Navarra, 2016
- MARTYN, J.R., y CADDICK, N., *Williams, Mortimer and Sunnucks on Executors, Administrators and Probate*. Sweet & Maxwell, London, 2008
- MENGONI, L., *La divisione testamentaria*. Giuffrè-Editore, Milano, 1950

- MICHAELS, R., Voz “Property”; en *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law, Vol. II*, Oxford University Press, 2012
- MINGUIJÓN, S., *Historia del Derecho Español*. Biblioteca de iniciación cultural. Ed. Labor, S.A., Barcelona – Madrid – B. Aires – Río de Janeiro – México – Montevideo, 1953
- MUCIUS SCAEVOLA, Q., en *Código civil, comentado y concordado*. T. XVII, AAVV. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1944
- OSSORIO MORALES, J., *Manual de Sucesión testada*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957
- PATTON, R.G., “The Nature of the Beneficiary’s Interest in a Trust”, V.4. *Miami Law Review*, pp. 441-453, 1950
- PENNER, J.E.,
 - *The law of Trusts*. Oxford University Press, Oxford, 2012
 - “The (True) Nature of a Beneficiary’s Equitable Proprietary Interest under a Trust”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. XXVII, Núm. 2, pp. 472-500, 2014
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*. Comares, Granada, 2009
- PEÑA LÓPEZ, F., Comentario al artículo 1459 del Código civil; en *Comentarios al Código Civil*. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), AAVV. Thomson Aranzadi, Navarra, 2006

- PÉREZ DE BENAVIDES, M. M., *El testamento visigótico. Una contribución al estudio del derecho romano vulgar*. Instituto de Historia del Derecho Universidad de Granada, Granada, 1975
- PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J.M., *Breviario de Derecho Germánico*. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid, 1993
- PLANITZ, H., *Principios de Derecho Germánico*, traducción directa de la tercera edición alemana por Carlos Melón Infante. Bosch, Barcelona, 1957
- PUGLIESE, G., *Istituzioni di diritto romano (con la collaborazione di Francesco Sitzia e Letizia Vacca)*. G. Giappichelli Editore, Torino, 1991
- PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo V. Vol. I. Bosch, Barcelona, 1990
- PUIG FERRIOL, L., Comentario al artículo 892 del Código civil, *Comentario del Código civil*, Tomo I. Paz-Ares Rodriguez, C, Diez-PicazoPonce de León, L., Salvador Coderch, P., Bercovitz, R., (Dirs.), AAVV. Ministerio de Justicia, Secretaría General técnica, Centro de publicaciones, Madrid, 1991
- PUIG FERRIOL, L., y ROCA TRÍAS, E., *Fundamentos del Derecho Civil de Cataluña*. T. III. *Derecho sucesorio Catalán*. Vol.1º. Bosch, Barcelona, 1979
- PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho Civil español*. T.V, Vol. II. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963

- RAMÍREZ ATILANO, P., *Heredis institutio ex re certa*. Universidad de Castilla La Mancha, Albacete, 1998
- REGLERO CAMPOS, F., Comentario al artículo 768 del Código civil; en *Comentarios al Código Civil*. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), AAVV. Thomson Aranzadi, Navarra, 2006
- RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de Sucesiones. Común y foral*. T. I, Dykinson, Madrid, 2005
- ROCA SASTRE, R. M^a., *Anotaciones a la traducción española del Derecho de sucesiones de ENNECCERUS, L.- KIPP, TH.- WOLF, M., T. V, Vol. 2*. Bosch, Barcelona, 1976
- ROCA TRÍAS, E., “El contenido del testamento (II). Los legados” (pp. 230-231); “Averiguación y ejecución de la voluntad testamentaria” (pp. 261-272); en *Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*. F. Capilla Roncero (Coord.), A.M. López – V.L. Montés – E. Roca (Dir.), AAVV. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999
- ROMERO COLOMA, A.M., *Aspectos generales del Derecho sucesorio estatal, autonómico y foral*. Bosch, Barcelona, 2009
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., Comentario al artículo 797 del Código civil; en *Código Civil Comentado. Vol II. Libro III: De los diferentes modos de adquirir la propiedad (Artículos 609 a 1087)*. Ana Cañizares Laso, Sergio Cámara Lapuente et. al. (Dirs.), AAVV. Civitas, Thomson Reuters, Navarra, 2016
- SANCHO REBULLIDA, F., Comentario de los artículos 660 y 661 del Código civil, en *Comentario del Código civil*, Tomo I. Paz-Ares Rodríguez, C, Diez-

- PicazoPonce de León, L., Salvador Coderch, P., Bercovitz, R., (Dirs.), AAVV. Ministerio de Justicia, Secretaría General técnica, Centro de publicaciones, Madrid, 1991
- SAN JULIÁN PUIG, V., “La facultad de disposición sobre los inmuebles por los albaceas”; en *EL PATRIMONIO SUCESORIO: Reflexiones para un debate reformista*”, T. I. Francisco Lledó Yagüe, M^a Pilar Ferrer Vanrell, José Ángel Tores Lara (Dirs.), Oscar Monje Balmaseda (Coord.), AAVV. Dykinson, Madrid, 2014
 - SANPONS SALGADO, M., *El Mandato*. Anfora, Barcelona, 1964
 - SERRANO DE NICOLÁS, A., “ (II) La adquisición e ineficacia de los legados” (pp. 647-654); en *Instituciones de Derecho Privado*. Víctor M. Garrido de Palma (Dir.), AAVV. Civitas - Thomson Reuters, Navarra, 2015
 - SHEEHAN, D., *The Principles of Personal Property Law*. Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon, 2011
 - SHEEHAN M.M., *Marriage, Family and Law in Medieval Europe. Collected Studies*. University of Toronto Press, Toronto-Buffalo, 1997
 - SLOAN, B., *Borkowski’s Law of Succession*. Oxford University Press, Oxford, 2017
 - ST. GERMAIN, C., “*Doctor and Student or, dialogues between a doctor of divinity and a student in the Laws of England containing the grounds of those laws together with the questions and cases concerning the equity thereof*” (1518). *Based on the 1874 Edition*, Electronic edition of Lonang Institute, 2006

- STONE, H.F., “The Nature of the Rights of the Cestui que Trust”, *Columbia Law Review*, Vol. 17, Núm. 6, pp. 467-501, 1917
- SUNNUCKS, J.H.G., ROSS MARTYN, J.G., GARNETT, K.K., *Williams, Mortimer and Sunnucks on Executor, Administrator and Probate*, Stevens & Sons, London, 1982
- SUMNER MAINE, H., *El Derecho Antiguo. Considerado en sus relaciones con la Historia de la Sociedad Primitiva*. Traducción por A. Guerra. Tipografía de Alfredo Alonso, Madrid, 1893
- TAU ANZOATEGUI, V., *Esquema histórico del derecho sucesorio. Del medioevo al siglo XIX*. Ediciones Machi, Buenos Aires, 1982
- TERRAZAS PONCE, J.D., “Orígenes y cuadro histórico del fideicomiso”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 25 Núm. 4, 1998
- THOMPSON, M.P., *Modern Land Law*. Oxford University Press, New York, 2003
- TORRALBA SORIANO, V., Comentario de los artículos 796, 797, 801, 802, 803 y 804 del Código civil, *Comentario del Código civil*, Tomo I. Paz-Ares Rodríguez, C, Diez-Picazo Ponce de León, L., Salvador Coderch, P., Bercovitz, R., (Dirs.), AAVV., Ministerio de Justicia, Secretaría General técnica, Centro de publicaciones, Madrid, 1991
- TORRENT, A., *Fideicommissum Familiae Relictum*. Universidad de Oviedo-Servicio de Publicaciones, Oviedo, 1975

- UREÑA MARTÍNEZ, M., Comentario al artículo 440 del Código civil; en *Comentarios al Código Civil*. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), AAVV. Thomson Aranzadi. Navarra, 2006
- VAIGHAN WILLIAMS, E., Sir., *A treatise on the law of executors and administrators*, AAVV. Ed. London Stevens and Sons, Great Britain, 1905
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R., “La adquisición de la herencia” (pp. 523-526); en *Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*. F. Capilla Roncero (Coord.), A.M. López – V.L. Montés – E. Roca (Dir.) AAVV. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999
- VALLÉS AMORES, M.L., *La adopción: exigencias subjetivas y su problemática actual*. Dykinson, Madrid, 2004
- VAN CAENEGEM, R.C., *An historical introduction to private law*. Traducida por Johnston D.E.L. Cambridge University Press, Cambridge, 1992
- VISMARA, G., “La successione volontaria nelle leggi barbariche” (pp. 183-220), en *Studi di storia e diritto in onore di Arrigo Solmi*, Vol. 2, Giuffrè-editore, Milano, 1941
- VINOGRADOFF, P., *Roman Law in medieval Europe*, Oxford University Press, Oxford, 1961
- WAKEMAN SCOTT, A., “The Nature of Rights of the “Cestui que trust””, *Columbia Law Review*, Vol. 17, Núm. 4, pp. 269-290, 1917
- WARREN, J., “Problems in Probate and Administration”, *Harvard Law Review*, Vol. 32, No. 4, pp. 315-348, Febrero 1919

- WATT, G., *Trusts and Equity*. Oxford University Press, Oxford, 2010

- WEISER, P., *Trusts on the Continent of Europe*. Sweet & Maxwell, Ltd., London, 1936

- WENDELL HOLMES, O., *The common law*. Traducción de Fernando N. Barrancos y Vedia. Ed. Tea, Buenos Aires, 1964

- WENDELL HOLMES, Jr., O., *The Common law*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, England, 2009

- WINDSCHEID, B., *Diritto delle Pandette, Traduzione dei professori Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa, con note e riferimento al Diritto Civile italiano. Vol. III*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1930

- WOOD, J., *International Succession*. Edited by Louis Garb, Oxford University Press, Oxford, 2015

- ZURILLA CARIÑANA, M.A.,
 - “El legado” (pp. 391 y ss.); en *Derecho de Sucesiones*. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), AAVV. Tecnos, Madrid, 2009
 - Comentario de los artículos 747 y 749 del Código civil; en *Comentarios al Código Civil*. T. IV. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), AAVV. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013

JURISPRUDENCIA y RESOLUCIONES

ÁMBITO ESPAÑOL⁹⁴⁴

- STS de 20 de febrero de 1984 [RJ 1984/969]
- STS de 22 de enero de 1963 [RJ 1963/447]
- STS de 27 de junio de 2000 [RJ 637/2000]
- STS de 27 de junio de 2000 [RJ 5740/2000]
- STS de 15 de enero de 2013 [RJ 1429/2013]
- STS de 30 de noviembre de 1990 [RJ 1990/9220]
- STS de 29 de mayo de 1980 [RJ 1980/1972]
- STS de 13 de marzo de 1952 [RJ 1952/808]
- STS de 12 de diciembre de 1966 [RJ 1966/5715]
- STS de 3 de junio de 1947 [RJ 1947/903]
- STS de 20 de octubre de 1989 [RJ 1989/6949]
- STS de 20 de enero de 198 [RJ 1998/57]
- STS de 21 de abril de 1997 [RJ 3248/1997]
- STS de 9 de marzo de 1993 [RJ 1993/2053]
- SAP Granada de 30 de Noviembre de 2007 [JUR 2009/306206]
- STS de 7 de mayo 1990 [RJ 1990/3687]
- STS de 5 de febrero de 1973 [RJ 1973/50]
- STS de 26 de enero de 1988[RJ 1988/146]
- STS de 11 de enero de 1950 [RJ 1950/21]
- STS de 22 de enero de 1963 [RJ 1963/447]
- STS de 3 de junio de 1976 [RJ 1976/2624]
- RDGRN de 4 de noviembre de 1935 [1935, 2056]
- STS de 14 de julio de 2008 [RJ 2008/3361]
- STS de 5 de febrero de 1973 [RJ 1973/405]

⁹⁴⁴ Por orden de aparición en el texto de la Tesis

- STS de 10 de abril de 1986 [RJ 1986/1846]
- STS de 19 de mayo de 1992 [RJ 1992/4913]
- STS de 9 de marzo de 1993 [RJ 1993/2053]
- STS de 28 de septiembre de 2005 [RJ 2005/7154]
- RDGRN de 11 de enero de 2018 [RJ 2018/49]
- STS de 7 de mayo de 1990 [RJ 1990/3689]
- STS de 21 de mayo de 1991 [RJ 1991/3779]
- STS de 12 de marzo de 1987 [RJ 1987/1435]
- STS de 24 de noviembre de 2011 [RJ 2011/ 8457]
- STS de 18 de diciembre de 1958 [RJ 1958/4200]
- STS de 13 de abril de 1992 [RJ 1992/3103]
- STS de 13 de marzo de 1989 [RJ 1989/2003]
- STS de 2 de junio de 1962 [RJ 1962/2665]
- STS de 25 de febrero de 2000 [RJ 2000/1016]
- STS de 22 de marzo de 1984 [RJ 1984/1317]
- STS de 8 de marzo de 1995 [RJ 1995/2157]
- STS de 5 de enero de 2012 [RJ 2012/174]
- STS de 5 de julio de 1947 [RJ 1947/937]
- STS de 24 de noviembre de 1992 [RJ1992/9367]
- STS de 19 de febrero de 1993 [RJ 1993/ 996]
- STS de 23 de noviembre de 1974 [RJ 1974/4445]
- STS de 14 de mayo de 1891
- STS de 18 de junio de 1899
- STS de 24 de mayo de 1954 [RJ 1954/1325]
- STS de 14 de mayo de 2007 [RJ 2007/2327]
- STS de 25 de febrero de 2000 [RJ 2000/1016]
- STS de 26 de junio de 1951 [RJ 1951/1670]
- STS de 4 de junio de 1932 [RJ 1932/1091]
- STS de 15 de abril de 1982 [RJ 1982/8154]
- STS de 3 de septiembre de 2014 [RJ 2014/4795]
- STS de 13 de abril de 1992 [RJ 1992/2103]
- STS de 28 de julio de 1956 [RJ 1956/3002]

- STS de 18 de abril de 1985 [RJ 1985/1771]
- STS de 29 de abril de 2008 [RJ 2008/1993]
- RDGRN de 30 de agosto de 1932 [RJ 1932-1933/1183]

ÁMBITO ANGLOSAJÓN

- Wirral Borough Council v. Smith (1982) 43 P & CR 312
- Practuce Direction [1965] 1 WLR 1237, [1965] 3 All ER 230
- Woolley v. Clark (1822) 5B&A 744
- Tharpe v. Stalwood (1843) 12 LJ CP 241
- Re Pryse [1904] P 301
- Millburn-Snell and others v. Evans [2011] EWCA Civ 577
- Ingall v. Moran [1944] KB 160
- Hilton v. Sutton Steam Laundry [1946] KB 65
- Burns v. Campbell [1952] 1 KB 15
- Finnegan v. Cementation Co. Ltd [1953] 1 QB 688
- Re Clough-Taylor, Coutts v Banks [2003] WTLR 15
- Jeffrey v. Greton [2011] WTLR 809
- Brudenell-Bruce v. Moore [2015] WTLR 373
- Webb v Webb [1994] ECR 193
- Morley v. Morley [1678] 22 ER 817
- Barnardo's Home v. Income Tax Special Comrs [1921] 2 AC
- Smith v. Layh [1953] 90 CLR
- Re Leigh's Will Trusts [1970] Ch. 277
- Re King's Will Trusts [1964] Ch. 542
- Re Neeld [1962] Ch. 643, 688
- Williams v. Holland [1965] 1 WLR 739
- Re Cockburn's Will Trusts [1957] Ch. 438, 439

- Re Trollope’s W.T. [1927] 1 Ch. 596, 605
- Harvell vs. Foster [1954] 2QB 367
- Re Yerburgh [1928] W.N. 208

ANEXOS

FORMULARIOS, ÁMBITO ANGLOSAJÓN

- ANEXO I: PA1— PROBATE APPLICATION

PA1— Probate application

When someone dies, you may need to get a Grant of Representation (known as ‘probate’), a document that gives you the legal right to deal with their property, bank accounts, money and other possessions (their ‘estate’).

Leaflet **PA2** *How to obtain probate – A guide for people acting without a solicitor* explains this process. Further guidance is available online at www.gov.uk/wills-probate-inheritance. If you would like assistance, please telephone the **Probate Helpline** on 0300 123 1072. Probate staff can advise you about processes, but cannot provide you with legal advice.

Please complete this form using **BLOCK CAPITALS**, placing a tick in boxes where applicable. If you need more space for answers, please attach extra sheets of paper to your application.

1. Swearing the oath

You are required to swear an oath to state that information you provide in this application is true to the best of your knowledge and belief. Where would you like to do this?

- At a solicitor’s office
- At a Probate Office, at the following District Probate Registry:

2. The person who has died

2.1 Forename(s) (including all middle names) as they appear on the Death Certificate

2.2 Surname as it appears on the Death Certificate

Note 1 – we will send you guidance about swearing the oath once you send us the completed application.

A list of District Probate Registries is available in leaflet **PA4**, which you can download from hmctsformfinder.justice.gov.uk

2.3 Permanent address

Postcode

2.4 Date they were born

2.5 Date they died

PA1 Probate application (04.17)v2

© Crown copyright 2017

2.6 Did the person who has died hold any assets in another name?

Yes, go to question 2.7

No, go to question 2.8

2.7 Please give the details of any other names by which the person who has died held assets.

Full name

Note 2.7 – These names must be ones that will appear on the grant because an asset is in that name. We do not need to know the asset.

2.8 Did the person who died live permanently in England and Wales at the date of death, or intend to return to England and Wales to live permanently?

- Yes
 No

2.9 Was the person who has died legally adopted?

- Yes
 No

2.10 Was any relative of the person who has died legally adopted?

- Yes
 No, go to question 2.12

2.11 Please name the legally adopted relatives and give their relationship to the person who has died. Please state whether they were adopted into the family of the person who has died, or 'adopted out' (became part of someone else's family).

Name	Relationship	Adopted In or out

Note 2.8 – Living permanently means they had a lasting connection with England and Wales such as having been born in England and Wales and retaining a home there. They may have lived abroad but planned to return to England and Wales to live permanently. For legal purposes this means they were domiciled in England and Wales. You may wish to seek legal advice about this.

Note 2.9 – the names of legally adopted people are entered in the Adopted Children's Register. If your relationship with the person who has died was through adoption (e.g. they adopted you, or you adopted them) and they did not leave a will, please obtain a copy of their entry in the Register from The General Register Office, Adoptions Section, Trafalgar Road, Birkdale, Southport PR8 2HH and provide it with your form.

2.12 What was the marital status of the person who has died when they died?

- Never married, **go to section 3**
- Widowed, their spouse or civil partner having died before them, **go to section 3**
- Married/in a civil partnership, **go to section 3**
- Divorced/civil partnership is dissolved – If the person who has died made a will go to section 3 or if they did not leave a will go to question 2.13.
- Judicially separated – If the person who has died made a will go to section 3 or if they did not leave a will go to question 2.13.

2.13 What is the name of their former spouse or civil partner?

2.14 What was the date of their divorce, dissolution or judicial separation?

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

2.15 What is the name of the court where the Decree Absolute, Decree of Dissolution of Partnership or Decree of Judicial Separation was issued?

Note 2.12 – a civil partnership is a same-sex relationship that has been registered in accordance with the Civil Partnership Act 2004.

Note 2.14 – this date is on their Decree Absolute, Decree of Dissolution of Partnership or Decree of Judicial Separation. You can get an official copy of these documents from the court that issued them, or from The Divorce Absolute Search Section, Central Family Court, 42–49 High Holborn, London WC1V 6NP.

4. Foreign domicile

Note – if you answered Yes, to question 2.8 you don't need to complete this section
– please go to section 5.

4.1 What was the country where the person who died either lived permanently at the date of death or intended to return to live permanently?

4.2 What does the estate in England and Wales of the person has died consist of?

Assets	Values

4.3 Did the person who has died have any wills that were made outside of England and Wales?

Yes, **please provide an official copy with your application; if it is not in English, please also provide a translation**

No

4.4 Did the person who has died own any foreign assets?

Yes, the total value of their foreign assets (not including houses or land):

£

No

4.5 Has an entrusting document, a succession certificate or an inheritance certificate been issued in the country of domicile of the person who has died?

Yes, **please provide the document with your application; if it is not in English, please also provide a translation**

No

Note 4.5 – these documents may help to support your application. If you do not have any of these documents, you may wish to seek legal advice.

5

5. Relatives of the person who has died

5.1 Did the person who has died leave a surviving spouse or civil partner?

Yes, **complete question 5.2**

No, **complete questions 5.2 and 5.3**

Note 5.1 – ‘survive’ means that they were alive when the deceased person died.

5.2 How many of the following blood and adoptive relatives did person who has died have?

	Under 18 years	Over 18 year
5.2a Sons or daughters who survived them	<input type="text"/>	<input type="text"/>
5.2b Sons or daughters who did not survive them	<input type="text"/>	<input type="text"/>
5.2c Children of people at 5.2b who survived them	<input type="text"/>	<input type="text"/>
5.2d Parents who survived them	<input type="text"/>	<input type="text"/>
5.2e Whole-blood brothers or sisters who survived them	<input type="text"/>	<input type="text"/>
5.2f Whole-blood brothers or sisters who did not survive them	<input type="text"/>	<input type="text"/>
5.2g Children of people at 5.2f who survived them	<input type="text"/>	<input type="text"/>
5.2h Half-blood brothers or sisters who survived them	<input type="text"/>	<input type="text"/>
5.2i Half-blood brothers or sisters who did not survive them	<input type="text"/>	<input type="text"/>
5.2j Children of people at 5.2i who survived them	<input type="text"/>	<input type="text"/>

Note 5.2 – Sections a, b, and c should be completed for all applications. Please state the **number** of relatives the person who has died had in the relevant sections. If none then put nil or strike through. If your answer to question 5.1 is no, once you have entered a number of surviving relatives in one of the block sections (e.g. 5.2a-5.2c) please move on to question 6.

Step-relatives should not be included.

A **'whole-blood'** brother or sister is someone who has both parents in common with person who has died, or someone who was legally adopted by both of the parents of the person who has died.

A **'half-blood'** brother or sister is someone who has only one parent in common with the person who has died, or someone who was legally adopted by only one of the parents of the person who has died.

5.3 How many of the following blood and adoptive relatives did the person who has died have?

	Under 18 years	Over 18 year
5.3a Grandparents who survived them		
5.3b Whole-blood uncles or aunts who survived them		
5.3c Whole-blood uncles or aunts who did not survive them		
5.3d Children of people at 5.3c who survived them		
5.3e Half-blood uncles or aunts who survived them		
5.3f Half-blood uncles or aunts who did not survive them		
5.3g Children of people at 5.3f who survived them		

Note 5.3 – This section should only be completed if no relatives have been entered in section 5.2. Please state the **number** of relatives the person who has died had in the relevant sections. If none then put nil or strike through. Once you have entered a number in one of the block sections (e.g. 5.3b–5.3d) please move on to question 6.

Step-relatives and people who were related to the person who has died only by marriage should not be included.

A **'whole-blood'** uncle or aunt is someone who has both parents in common with the mother or father of person who has died, or someone who was legally adopted by the maternal or paternal grandparents of the person who has died .

A **'half-blood'** uncle or aunt is someone who has only one parent in common with the mother or father of the person who has died or someone who was legally adopted by only one of the grandparents of the person who has died.

6. About the applicant(s)

6.1 Title and full name including middle names of **first applicant**

6.2 Your address

Postcode

6.3 Your home telephone number

6.4 Your mobile/work telephone number

6.5 Your email address

6.6 Your relationship to the person who has died

Note 6 – all correspondence, including the Grant of Representation, will be sent to the first applicant named in this section.

Only list applicants who wish to be named on the grant in this section as they will be required to swear the oath.

Note 6.5 – we will contact you with any queries via this email address. We will also send you your oath via this email account. We aim to contact you within 10 working days of receipt of your application.

6.7 Title and full name including middle names of second applicant

6.8 Their address

Postcode

6.9 Their relationship to the person who has died

8

6.10 Title and full name including middle names of third applicant

6.11 Their address

Postcode

6.12 Their relationship to the person who has died

6.13 Title and full name including middle names of fourth applicant

6.14 Their address

Postcode

6.15 Their relationship to the person who has died

7. Inheritance tax

7.1 Did you complete an Inheritance Tax Estate report online?

- Yes, do not submit an Inheritance Tax form with this application

Please provide the following details, then go to section 8:

IHT Identifier

Gross Estate Figure

Net Estate Figure

- No, go to question 7.2

7.2 Which of the following inheritance tax forms have you completed?

- Form IHT205, complete 7.3 then go to section 8
- Form IHT207, complete 7.4 then go to section 8
- Forms IHT400 and IHT421, complete 7.5 then go to section 8

7.3 Provide the following figures from form IHT205.

Figure from box D

Figure from box F

(This figure will determine the probate application fee (See PA3))

7.4 Provide the following figures from form IHT207.

Note 7.2 – if you did not complete an Inheritance Tax Estate report online, you **must** complete IHT205, or IHT207, or both IHT400 and IHT421.

Note 7.3 – if the person who has died, died before 1st September 2006, it may affect which tax form you need to complete, so please ring the **Probate Helpline** on **0300 123 1072**.

7.4 Provide the following figures from form **IHT207**.

Figure from box A

Figure from box H

(This figure will determine the probate application fee (See PA3))

7.5 Provide the following figures from form **IHT421**.

Figure from box 3
(Gross value of assets)

Figure from box 5

(Net value)
(This figure will determine the probate application fee (See PA3))

Note 7.5 – do **not** send form IHT400 or form IHT421 to us. Please send them to HM Revenue and Customs, Inheritance Tax, BX9 1HT, at the same time you send PA1 and other papers to the District Probate Registry. HMRC will stamp your IHT421 and send it to the District Probate Registry you named on your IHT421.

10

8. Applying as an attorney

8.1 Are you applying as an attorney on behalf of one or more people who are entitled to apply for a Grant of Representation?

Yes

No, go to section 9

Note 8 – if you are applying on behalf of more than one person, please provide the information requested in this section for the other people you represent on a separate sheet of paper.

8.2 Please give the full names of the person or people on whose behalf you are applying.

8.3 Please give their address

Postcode

8.4 In what capacity are they entitled to apply?

Note 8.4 – for example, as an executor named in the will, or on the basis of their relationship to the person who has died if there is no will.

8.5 Is a person on whose behalf you are applying unable to make a decision for themselves due to an impairment of or a disturbance in the functioning of their mind or brain?

- Yes, further confirmation of this will be requested by the Probate Registry.
 No

Note 8.5 – this applies if they lack capacity under the Mental Capacity Act 2005 and are incapable of managing their property and financial affairs. You may wish to seek legal advice about this.

8.6 Has anyone been appointed by the Court of Protection to act on behalf of a person on whose behalf you are applying?

- Yes, **please provide an official copy of the court order with your application**
 No

8.7 Has a person on whose behalf you are applying appointed an attorney under an Enduring Power of Attorney (EPA) or a Property and Financial Affairs Lasting Power of Attorney (LPA)?

- Yes, **please provide the original EPA/LPA (or a solicitor's certified copy of it) with your application**
 No, **go to section 9**

Note 8.7 – an LPA must be registered with the Office of the Public Guardian before it can be used.

8.8 Has the Enduring Power of Attorney (EPA) been registered with the Office of the Public Guardian?

- Yes
 No

9. Checklist

Please send this application to one of the main Probate Registries (see leaflet PA4). Before you submit your application form, please complete this checklist to confirm that you have enclosed the relevant documents and fees, and if applicable tick the declaration.

- PA1 (Probate Application Form)
- Inheritance Tax Summary Form: Please submit the appropriate form (IHT205 or IHT207, and IHT217 if applicable), signed by all applicants.
- The original will and any codicils, plus three plain (not certified) unstapled A4-sized copies of the will and any codicils.
- An official copy of any foreign wills or any wills dealing with assets held outside England and Wales (and if not in English, an English translation).
- An official copy (not a photocopy) of the death certificate, or a coroner's interim certificate of the person who has died.
- Any other documents requested on this form. Please list them:

- A cheque/postal order payable to 'HMCTS' in respect of HMCTS's fees. Please write the name of the person who has died on the back of the cheque/postal order. As well as the application fee, there is a fee for each official copy of the Grant of Representation that we provide (see the fee list leaflet PA3).

How many official copies of the Grant of Representation do you require for use **In** England and Wales?

How many official copies of the Grant of Representation do you require for use **outside** of England and Wales?

Application fee

Fees for copies

Total fees

Please note: Only the main probate registries (as shown on form PA4) can receive applications and fees, no other probate registries can accept applications or take any form of payment.

Note 9 – if you completed an Inheritance Tax Summary online, and fully complete question 7.1 of this form, you do not need to send an Inheritance Tax Estate report form with your application.

Do not attach anything to or remove anything from the original will/codicils. If you separated the original will for photocopying, please explain this in a covering letter. Also, make sure that you keep a copy for yourself.

If you do not enclose all of the required documents, it will take us longer to process your application. Please ensure that the information that you provide is accurate, and keep copies of all documents.

If you have declared assets in a foreign country on the tax return it may be necessary to order copies of the grant for use outside England and Wales, please check with the asset holder.

Also, if the person who has died was domiciled in England and Wales the grant of representation we issue will cover the whole of the UK i.e. England, Wales, Scotland and Northern Ireland.

- ANEXO II: PA 15 – RENUNCIATION (WILL)

PA15 — Renunciation (Will)

This means giving up the right to act as executor/administrator.

IN THE HIGH COURT OF JUSTICE
FAMILY DIVISION
Probate Registry

Please complete all the boxes then the executor who wishes to renounce should sign in the presence of an independent witness

1. What is the full name and address of the person who has died?

Name

Address

Postcode

2. What was their date of death?

3. Date of will

4. Date of codicil

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

Codicil – This is an addition to the Will that has been signed by the deceased and two witnesses.

5. What is the full name and address of the executor renouncing the will?

Name

--

Address

--

Postcode

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

6. The executor is

a sole executor and residuary legatee and devisee in trust

or

one of the executors and residuary legatee and devisee in trust

Residuary legatee and

devisee in trust – The person named in the Will who receives the remainder of the estate to hold for the beneficiaries.

7. I the executor named over the page do hereby declare that I have not intermeddled in the estate of the deceased and will not hereafter intermeddle therein with intent to defraud creditors and I do hereby renounce all my right and title to probate and letters of administration with will annexed and execution of the said will

Signed (signature of renouncing executor)

Signature of independent witness

Witnessed by

(print name of witness, this must be an independent person)

Date

--	--	--	--	--	--	--	--

Have not intermeddled in the estate with intent to defraud creditors –

Have never been involved in the financial affairs of the deceased since the date of death and will not purposely withhold monies owed by the deceased to others.

Independent Witness

– This is someone that is not related to the person renouncing and has no interest in the estate.

- **ANEXO III: AS1 – ASSENT OF WHOLE REGISTERED TITLE(S) BY PERSONAL REPRESENTATIVE(S)**

HM Land Registry
Assent of whole of registered
title(s) by personal representative(s)

AS1

Any parts of the form that are not typed should be completed in black ink and in block capitals.

If you need more room than is provided for in a panel, and your software allows, you can expand any panel in the form. Alternatively use continuation sheet CS and attach it to this form.

For information on how HM Land Registry processes your personal information, see our [Personal Information Charter](#).

Leave blank if not yet registered.

Insert address including postcode (if any) or other description of the property, for example 'land adjoining 2 Acacia Avenue'.

Remember to date this deed with the day of completion, but not before it has been signed and witnessed.

Give full name.

Give full name(s) of all of the persons assenting the property.

Complete as appropriate where the personal representative is a company.

1	Title number(s) of the property: <input type="text"/>
2	Property: <input type="text"/>
3	Date: <input type="text"/>
4	Name of deceased proprietor: <input type="text"/>
5	Personal representative of deceased proprietor: <input type="text"/> <u>For UK incorporated companies/LLPs</u> Registered number of company or limited liability partnership including any prefix: <input type="text"/> <u>For overseas companies</u> (a) Territory of incorporation: <input type="text"/> (b) Registered number in the United Kingdom including any prefix: <input type="text"/>

Give full name(s) of all of the persons to be shown as registered proprietors.

Complete as appropriate where the transferee is a company. Also, for an overseas company, unless an arrangement with HM Land Registry exists, lodge either a certificate in Form 7 in Schedule 3 to the Land Registration Rules 2003 or a certified copy of the constitution in English or Welsh, or other evidence permitted by rule 183 of the Land Registration Rules 2003.

Each transferee may give up to three addresses for service, one of which must be a postal address whether or not in the UK (including the postcode, if any). The others can be any combination of a postal address, a UK DX box number or an electronic address.

6	Transferee for entry in the register: <input type="text"/> <u>For UK incorporated companies/LLPs</u> Registered number of company or limited liability partnership including any prefix: <input type="text"/> <u>For overseas companies</u> (a) Territory of incorporation: <input type="text"/> (b) Registered number in the United Kingdom including any prefix: <input type="text"/>
7	Transferee's intended address(es) for service for entry in the register: <input type="text"/>

Place 'X' in any box that applies.

Add any modifications.

8	The personal representative transfers the property to the transferee
9	The personal representative transfers with <input type="checkbox"/> full title guarantee <input type="checkbox"/> limited title guarantee <input type="text"/>

Where the transferee is more than one person, place 'X' in the appropriate box.

Complete as necessary.

The registrar will enter a Form A restriction in the register *unless*:

- an 'X' is placed:
 - in the first box, or
 - in the third box and the details of the trust or of the trust instrument show that the applicants are to hold the property on trust for themselves alone as joint tenants, or
- it is clear from completion of a form JO lodged with this application that the transferees are to hold the property on trust for themselves alone as joint tenants.

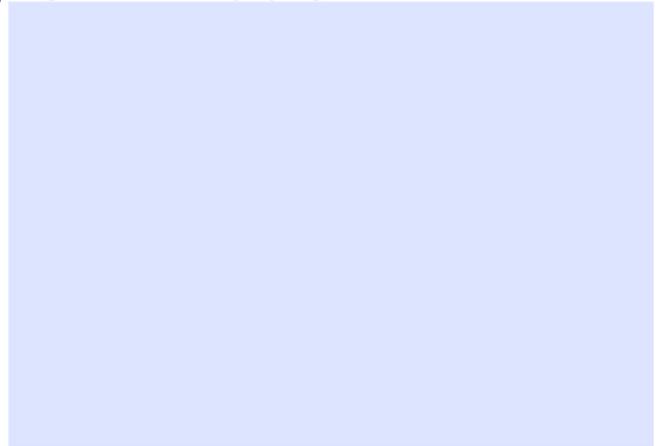
Please refer to [Joint property ownership](#) and [practice guide 24: private trusts of land](#) for further guidance. These are both available on the GOV.UK website.

Insert here any required or permitted statement, certificate or application and any agreed covenants, declarations and so on. If you are a conveyancer you can also include the following certificate instead of enclosing the documents mentioned:

"I am the applicant's conveyancer and certify that I am holding the original or a certified or office copy of the grant of probate, letters of administration or court order."

10 Declaration of trust. The transferee is more than one person and

- they are to hold the property on trust for themselves as joint tenants
- they are to hold the property on trust for themselves as tenants in common in equal shares
- they are to hold the property on trust:



11 Additional provisions



The transferor must execute this transfer using the space opposite. If there is more than one transferor, all must execute. Forms of execution are given in Schedule 9 to the Land Registration Rules 2003. If the transfer contains transferee's covenants or declarations or contains an application by the transferee (such as for a restriction), it must also be executed by the transferee.

If there is more than one transferee and panel 10 has been completed, each transferee must also execute this transfer to comply with the requirements in section 53(1)(b) of the Law of Property Act 1925 relating to the declaration of a trust of land. Please refer to [Joint property ownership](#) and [practice guide 24: private trusts of land](#) for further guidance.

Remember to date this deed in panel 3.

12 Execution



WARNING

If you dishonestly enter information or make a statement that you know is, or might be, untrue or misleading, and intend by doing so to make a gain for yourself or another person, or to cause loss or the risk of loss to another person, you may commit the offence of fraud under section 1 of the Fraud Act 2006, the maximum penalty for which is 10 years' imprisonment or an unlimited fine, or both.

Failure to complete this form with proper care may result in a loss of protection under the Land Registration Act 2002 if, as a result, a mistake is made in the register.

Under section 66 of the Land Registration Act 2002 most documents (including this form) kept by the registrar relating to an application to the registrar or referred to in the register are open to public inspection and copying. If you believe a document contains prejudicial information, you may apply for that part of the document to be made exempt using Form EX1, under rule 136 of the Land Registration Rules 2003.

© Crown copyright (ref: LR/HO) 05/18