



Concursos y sucesiones internacionales.

Manuel, Penadés Fons. Universidad de Valencia. Guest teacher en London School of Economics

Publicación:

Anuario de Derecho Concursal num.35/2015

Editorial Civitas, SA

1. Introducción

El concurso y el Derecho de familia no son instituciones totalmente inconexas, sobre todo cuando la insolvencia afecta a personas físicas. Prueba de ello son las referencias que la Ley Concursal contiene a cuestiones como el concurso de la persona casada ([art. 6.2.2º LC](#)), el tratamiento de los bienes conyugales ([arts. 77 - 78 LC](#)) o el derecho de alimentos del deudor ([arts. 47 y 84.2.4º LC](#)). Sin embargo, uno de los casos más problemáticos en la interacción de estas dos disciplinas se produce en sede de sucesiones. Esto es, cuando la herencia no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles (concurso *post mortem*) y cuando el deudor fallece durante la tramitación del procedimiento concursal (concurso *pre mortem*).

Ambos escenarios se encuentran sucintamente previstos en la Ley Concursal. Por una parte, el [artículo 1.2](#) de la Ley Concursal establece que «el concurso de la herencia podrá declararse en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente», y el [artículo 3.4](#) de la Ley Concursal atribuye la legitimación activa para solicitar tal declaración a «los acreedores del deudor fallecido, los herederos de éste y el administrador de la herencia». Por otra parte, en cuanto al segundo caso, el [artículo 182.1](#) de la Ley Concursal dispone que «la muerte o declaración de fallecimiento del concursado no será causa de conclusión del concurso, que continuará su tramitación como concurso de la herencia, correspondiendo a la administración concursal el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición del caudal relicto»¹. A pesar de estas previsiones normativas, la práctica (si bien escasa) ha demostrado la insuficiencia de las reglas de la Ley Concursal y ha motivado la aparición de varios estudios especializados en la materia².

¹ Los otros dos apartados del artículo 182 de la Ley Concursal también contienen normas al respecto. El apartado 2 confirma que «la representación de la herencia en el procedimiento corresponderá a quien la ostente conforme a derecho y, en su caso, a quien designen los herederos», mientras que el apartado 3



establece que «la herencia se mantendrá indivisa durante la tramitación del concurso».

² Vide, por todos, Pita Broncano, C. P., *La preferencia de los acreedores del causante*, Dykinson, Madrid, 2013; Yáñez Vivero, F., *El fallecimiento del concursado*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012; Cazorla González, M. J., *El concurso de la herencia*, Reus: Diaz-Bastien & Truan, Madrid, 2007; Díez Soto, C. M., «La herencia en la nueva Ley Concursal» en Abril Campoy, J. M. y Amat Llari, M. E. (coords.) *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, Valencia, Tirant lo Blanch, Vol. 1, 2006, pp. 1097-1128; Pérez De Vargas Muñoz, J., «El concurso de la herencia», *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, 2004, núm. 1, pp. 53-72.

El presente artículo pretende contribuir al entendimiento de estos escenarios en el caso específico de que el supuesto de hecho cuente con un elemento internacional. Piénsese, por ejemplo, en el frecuente supuesto de un nacional británico que decide disfrutar de sus años de jubilación en Alicante (España), donde adquiere un inmueble y deviene residente habitual. La posible coincidencia del fallecimiento de esa persona con la imposibilidad de que su patrimonio pueda hacer frente a sus obligaciones exigibles (independientemente del orden en el que se produzca: 1.º concurso → 2.º sucesión; o 1.º sucesión → 2.º concurso) abre las puertas a un sinfín de cuestiones de Derecho internacional privado que han carecido hasta la fecha de exploración alguna³ y que han de añadirse a la capa de complejidades sustantivas y procedimentales que se plantean a nivel doméstico. Principalmente, hacen referencia a la competencia judicial para cada una de las cuestiones, la coordinación entre procedimientos concursales y sucesorios y la ley aplicable a los mismos.

³ El autor no ha localizado ningún estudio al respecto ni ha podido encontrar referencia a esta problemática en las obras mencionadas en la nota anterior.

Con toda probabilidad, el silencio doctrinal al respecto ha venido motivado por la tradicional ausencia de regulación en la materia. Así, ni el régimen internacional de la Ley Concursal ([arts. 199 - 230 LC](#)) ni la normativa especializada de la Unión para los procedimientos de insolvencia transfronterizos ([Reglamento 1346/2000 \[LCEur 2000, 1557\]](#))⁴ contienen previsión alguna en relación con la posible existencia paralela de un procedimiento hereditario. Lo mismo puede afirmarse con respecto a los preceptos de Derecho internacional privado en materia de sucesiones internacionales contenidos en la Ley Orgánica del Poder Judicial ([art. 22.3 LOPJ](#) –competencia judicial internacional–), el Código Civil ([art. 9.8 CC](#) –ley aplicable–) o los Convenios multilaterales o bilaterales ratificados por España en relación con cuestiones hereditarias.

⁴ Reglamento (CE) no 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia (DO L 160 de 30.6.2000, p. 1). Aplicable a todos los Estados miembros menos a Dinamarca.



Pues bien, el legislador de la Unión ha decidido poner fin a esta laguna normativa. Y lo ha hecho a través del reciente Reglamento europeo de Sucesiones (RS),⁵ que entrará en aplicación el 17 de agosto de 2015 ex [artículo 84](#) del Reglamento de Sucesiones y proporcionará un tratamiento global a las cuestiones de Derecho internacional privado que surgen como consecuencia de la apertura de sucesiones *mortis causa* con algún elemento trasfronterizo. En concreto, el [artículo 76](#) del Reglamento de Sucesiones prevé que «el presente Reglamento no afectará a la aplicación del [Reglamento \(CE\) nº 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000 \(LCEur 2000, 1557\)](#), sobre procedimientos de insolvencia». Con esta breve regla de prelación ente instrumentos, el legislador pretende eliminar los problemas conflictuales que puedan surgir como consecuencia de la confluencia de concursos y herencias internacionales.

⁵ Reglamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DOUE L 201/107, de 27.7.2012). Aplicable a todos los Estados miembros menos a Dinamarca, Irlanda y Reino Unido, aunque esto no implica en modo alguno que el instrumento sea irrelevante para los nacionales de estos Estados pues, como se verá, el principal criterio atributivo de competencia es la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento, lo que abarca a todos aquellos irlandeses, daneses o británicos que vivan en cualquier otro Estado de la Unión.

A pesar de la (ya se avanza) insuficiencia del precepto, las razones de que haya sido la Unión quien haya liderado la introducción de una norma en esta materia son contundentes, tanto desde la perspectiva sucesoria como concursal. De acuerdo con el Libro Verde que precedió a la Propuesta de Reglamento,⁶ cada año se plantean en los Estados de la Unión más de 100.000 sucesiones hereditarias en las que existe una conexión con otro Estado miembro. Ello se debe, por una parte, a que el número total de nacionales de la Unión que residen en un Estado miembro distinto al de su nacionalidad es de 5.367.000, de los que fallecen alrededor de un 2,76 % cada año. Por otra, también viene motivado por el hecho de que más de 3 millones de inmuebles, propiedad de matrimonios, están situados en un Estado miembro distinto al de la residencia de la pareja (siendo España uno de los destinos favoritos para estas adquisiciones).⁷ A ello se han de añadir los nacionales de un Estado de la Unión que se han establecido en otro Estado miembro, del que han adquirido la nacionalidad, pero cuyos progenitores son propietarios de bienes en el Estado miembro de origen.

⁶ Libro Verde sobre Sucesiones y Testamentos, SEC (2005) 270. Bruselas 1.3.2005, pp. 4-5. Para un análisis del mismo vid Iglesias Buhigues, J. L., «Desarrollo del Espacio Europeo de Justicia: hacia el nuevo D.I. Privado de Sucesiones en la UE», *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de*

Victoria-Gasteiz, 2008, pp. 337-364, de donde se extraen las cifras aquí mencionadas.

⁷ De hecho, según el Anexo del Libro Verde, se estima que entre 800.000 a 1.000.000 de alemanes poseen inmuebles en España, Italia y Francia.

En cuanto al número de concursos, estudios llevados a cabo recientemente con respecto a algunos miembros de la Unión reflejan un abultado crecimiento de los procedimientos de insolvencia referidos a personas físicas (373.284 en 2012),⁸ lo que en España ha llevado a que las cifras se mantengan desde 2009 en máximos históricos.⁹

⁸ *Insolvencies in Europe*, 2012, elaborado por CREDITFORM, pp. 1-48, pp. 8-11 (disponible en http://www.creditreform.com/fileadmin/user_upload/Insolvencies_in_Europe_2011-12.pdf)

⁹ Así, mientras que hasta el año 2008 la cantidad de personas físicas declaradas en concurso no excedía de 350 al año, desde el año 2009 estas cifras se han triplicado en todos los ejercicios, alcanzando su máximo en 2009 y 2012 con 1307 y 1291 respectivamente (Instituto Nacional de Estadística).

Sobre esta base, el artículo comienza por presentar los mayores puntos de tensión protagonizados por la confluencia de concursos y sucesiones internacionales (II). En segundo lugar, estudia las cuestiones específicas surgidas con ocasión del fallecimiento del deudor insolvente y de la declaración concursal de la herencia (III). En tercer lugar, se detiene en la compleja problemática de las acciones de reintegración, sobre todo en relación con el uso de *trusts* con fines sucesorios (IV). Finalmente, concluye con algunos apuntes entorno al impacto que la declaración concursal produce sobre el régimen conflictual aplicable a la capacidad testamentaria y sucesoria del deudor concursal (V).

2. La coexistencia de concursos y sucesiones internacionales

No cabe duda de que el Derecho concursal tiene un carácter eminentemente patrimonial. Lo mismo puede afirmarse del Derecho de sucesiones, a pesar de su tradicional adscripción al Derecho de familia. En definitiva, ambas disciplinas se centran en ordenar la gestión y, en su caso, distribución de un patrimonio en circunstancias especiales: la imposibilidad de cumplir regularmente con las obligaciones exigibles (la primera) y la muerte del titular (la segunda). El propio legislador de la Unión ha reconocido el peso específico de la faceta patrimonial en el Derecho sucesorio. Así, el Texto Explicativo de la Propuesta del Reglamento de Sucesiones excluye expresamente justificar la competencia legislativa de la Unión sobre la base de las normas propias del Derecho de familia ([art. 81.3.1 TFUE](#)) y se decanta por la base jurídica relativa a la relaciones civiles y mercantiles ([art. 81.2](#)

TFUE).¹⁰

¹⁰ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo, SEC(2009) 410 y 411, Bruselas, 14.10.2009, COM(2009) 154 final, pp. 3-4. No se puede ignorar que el verdadero fin de esta argumentación era la tramitación del Reglamento a través del procedimiento de codecisión, menos exigente que el aplicable para las cuestiones de familia.

Esta orientación patrimonialista se manifiesta en el modelo procedimental por el que optan ambas disciplinas, que en los dos casos se inspira en los principios de unidad y universalidad. En efecto, incluso en escenarios internacionales, tanto el Reglamento de Insolvencia como el de Sucesiones se inclinan, como regla general,¹¹ en favor de la existencia de un único procedimiento, que aplica una única ley reguladora y que alcanza a todos los bienes que conformen el patrimonio del causante o del deudor insolvente, independientemente de su localización ([arts. 4 RI y 23 RS](#)). Es decir, el patrimonio, global y autónomamente concebido, constituye la piedra angular del modelo regulador y se sobrepone a otras posiciones territorialistas basadas en la fragmentación de procedimientos según criterios geográficos¹².

¹¹ Tanto uno como otro Reglamento prevén excepciones a esta regla general. Vide los artículos 3 del Reglamento de Insolvencia y 12 del Reglamento de Sucesiones.

¹² La existencia de múltiples paralelismos entre el régimen europeo de la insolvencia transfronteriza y de las sucesiones internacionales hace que el Reglamento de Insolvencia pueda ser empleado incluso como criterio hermenéutico para determinadas cuestiones de calado del régimen de sucesiones como, por ejemplo, la determinación de la localización de los bienes en el territorio de la Unión. Así lo sugieren A. Bonomi, «Il regolamento europeo sulle successioni», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, núm. 49(2), 2013, pp. 293-324, p. 300 y, antes de la aparición del Reglamento, E. C. Torralba Mendiola, «Procedimientos sucesorio internacional: reflexiones sobre ley aplicable y el paradigma concursal», *Anuario de derecho civil*, núm. 61(3), 2008, pp. 1261-1360.

Como consecuencia de este alcance universal, y a pesar de que cada procedimiento venga referido aparentemente a materias distintas, la coexistencia de concurso y sucesión *mortis causa* puede desencadenar serios problemas de coordinación en el plano internacional. Ello se debe a tres motivos principales.

En primer lugar, las normas de competencia judicial internacional previstas en los dos Reglamentos no garantizan que ambos vayan a ser tramitados ante tribunales del mismo Estado miembro. Así, el criterio de atribución competencial contenido en el [art. 3 RI](#) reposa sobre el concepto de Centro de Intereses Principales (COMI según el acrónimo inglés), es decir, el lugar donde el deudor lleva a cabo de manera habitual la administración de sus intereses y que, por consiguiente, puede ser averiguado por



terceras personas.¹³ Por su parte, el Reglamento de Sucesiones proporciona una serie de criterios en cascada, de los que es suficiente mencionar dos para los propósitos del presente estudio. Con carácter general, el [artículo 4](#) del Reglamento de Sucesiones dispone que la competencia para resolver sobre la totalidad de la sucesión corresponderá a los tribunales del Estado miembro en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento, lo que coincidirá en la mayoría de ocasiones con el COMI de esa persona¹⁴. Sin embargo, esta regla cederá cuando el causante haya elegido su ley nacional como la ley aplicable a la sucesión, pues es esos casos el tribunal de la residencia puede inhibirse en favor de los tribunales del Estado cuya ley se ha de aplicar ([art. 6](#) RS) o, incluso, las partes interesadas en la sucesión pueden acordar atribuir competencia a dichos tribunales ([arts. 5 y 7](#) RS). A la luz de esas soluciones, y volviendo al ejemplo del nacional británico residente en España, no resulta complicado imaginar varios supuestos en los que el lugar de tramitación de un potencial procedimiento concursal no coincidiría con el foro competente para la sucesión.

¹³ Considerando 13 del Reglamento de Insolvencia. El concepto ha dado lugar a extensísima jurisprudencia. En España, vide por todos los Autos de los Juzgados Mercantiles núm. 1 de San Sebastián, de [19 noviembre 2013, FJ 1 \(AC 2013, 1928\)](#); [núm. 9 de Barcelona, de 30 mayo 2013, FJ 1 \(AC 2013, 1484\)](#); [núm. 5 de Madrid, de 18 octubre 2012, FJ 2 \(PROV 2013, 199349\)](#); [núm. 1 de Bilbao, de 4 mayo 2009, FJ 1 \(AC 2009, 1159\)](#); [núm. 3 de Barcelona, de 4 diciembre 2008, FJ 4 \(AC 2008, 2089\)](#) y [núm. 1 de Alicante, de 16 junio 2008, FJ 3 \(AC 2008, 1615\)](#).

¹⁴ Así lo reconoce Wautelet, P., «Article 76» en Bonomi, A., y Wautelet, P., *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n. 650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruylant, Paris, pp. 843-848, p. 846.

En segundo lugar, la dificultad de coordinación entre procedimientos se acentúa porque las normas sobre legislación aplicable previstas en los Reglamentos tampoco conducen a que los dos procedimientos se rijan por un único Derecho. En efecto, ambos instrumentos basan su regulación en el principio de *forum=ius*, esto es, en la búsqueda coincidencia entre la nacionalidad del tribunal que conoce de la disputa y de la legislación empleada para su resolución. Así, el [artículo 4](#) del Reglamento de Insolvencia dispone que la ley aplicable a la práctica totalidad de las cuestiones surgidas como consecuencia de la tramitación concursal será la *lex fori concursus*.¹⁵ De forma análoga, y en línea con lo apuntado en el párrafo anterior, cuando el causante haya elegido como ejercido *lex successionis* la ley de su nacionalidad (la única que puede escoger en virtud del [art. 22](#) RS), las normas de competencia del Reglamento de Sucesiones facilitan la coincidencia jurisdiccional. Además, en ausencia de esa elección, el [artículo 21.1](#) del Reglamento de Sucesiones remite a ley de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento,



cuyos tribunales también serán generalmente competentes. Es decir, el mismo riesgo de divergencia que existe en sede de competencia judicial internacional se produce en materia de ley aplicable.

¹⁵ Excepciones en los artículos 5 a 15 del Reglamento de Insolvencia.

Finalmente, los problemas de coordinación vienen motivados por el hecho de que ni el [artículo 1.2](#) del Reglamento de Sucesiones excluye las cuestiones concursales o de insuficiencia financiera de su ámbito de aplicación, ni el Reglamento de Insolvencia hace lo propio con las situaciones derivadas de procedimientos hereditarios. De hecho, existe consenso en que este último Reglamento ha de aplicarse también a todos concursos de herencias (tanto *post mortem* como *pre mortem*) siempre que cumplan con la definición de procedimiento de insolvencia prevista en el [artículo 1.1](#) del Reglamento de Insolvencia («procedimientos colectivos fundados en la insolvencia del deudor que impliquen el desapoderamiento parcial o total de este último y el nombramiento de un síndico»)¹⁶. Sin lugar a dudas, este es el caso español, como refleja el hecho de que la Ley Concursal incluya a estos concursos dentro de su ámbito de aplicación y de que todos los procedimientos regulados por la Ley se sujeten al régimen del Reglamento por virtud del [Anexo A](#) del mismo.

¹⁶ Así lo confirma el Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, en sus «Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession», *RabelsZ*, núm. 74, 2010, pp. 522–720, pp. 712-713. Cuando no sea así, como es el caso de algunas modalidades de procedimiento hereditario en Francia o Reino Unido, la problemática habrá de resolverse de acuerdo con la relación entre el Derecho interno de insolvencia (si ese Estado lo considera aplicable a este tipo de procedimientos) y el Reglamento europeo de sucesiones.

Es por este riesgo de discrepancia entre tribunales competentes y entre leyes aplicables, así como por el posible solapamiento material entre los procedimientos, que el legislador de la Unión se ha decantado por regular su coexistencia a través de un régimen de prevalencias. Es decir, la regla general es que la administración de caudales hereditarios, incluso si son insolventes, se rige por el Reglamento de Sucesiones. Sin embargo, cuando tal situación de desequilibrio financiero dé lugar a un procedimiento concursal de los cubiertos por el Reglamento de Insolvencia, el [artículo 76](#) del Reglamento de Sucesiones establece que la tramitación y el régimen concursales tomarán prioridad sobre los sucesorios. Se permite con ello que la apertura de una sucesión *mortis causa* no sea «óbice para que los acreedores [...] puedan adoptar medidas adicionales a las que quepa recurrir en virtud del Derecho



nacional, en su caso de conformidad con los instrumentos pertinentes de la Unión, con objeto de salvaguardar sus derechos»¹⁷. Dos razones justifican esta opción normativa.

¹⁷ Considerando 45 del Reglamento de Sucesiones.

Por una parte, la regulación concursal está basada en el interés público de intervenir en aquellas situaciones en que una persona física o jurídica no es capaz de cumplir con sus obligaciones exigibles, lo cual genera un perjuicio colectivo y actúa como elemento perturbador del normal funcionamiento del mercado (especialmente relevante en el seno del Mercado Interior). Frente a ello, el régimen sucesorio no está motivado por ningún comportamiento patológico, sino que tiene su origen en la necesidad de gestionar con carácter meramente transitorio las consecuencias del fallecimiento del titular de un patrimonio. Esto es, a diferencia de los procedimientos concursales, «en los litigios relativos a las sucesiones *mortis causa* internacionales no aparecen implicadas cuestiones de soberanía nacional».¹⁸

¹⁸ Carrascosa González, J., *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012*, Comares, Granada, 2014, 65. Entiéndase la expresión de «soberanía nacional» como un indicador de la presencia de intereses públicos que exceden de los intereses privados (aunque puedan ser colectivos) que caracterizan las sucesiones *mortis causa*.

Por otra parte, y como consecuencia directa de lo anterior, la prevalencia del régimen concursal también encuentra explicación en que la atribución de competencia que realiza el [artículo 3](#) del Reglamento de Insolvencia para el conocimiento y la tramitación de los procedimientos de insolvencia es de naturaleza exclusiva y excluyente. Por el contrario, el Reglamento de Sucesiones desconoce la figura de la competencia exclusiva internacional y proporciona un régimen que permite el juego de la autonomía conflictual del causante e, incluso, de otras partes interesadas en la sucesión.

Sin embargo, la regla de primacía prevista en el [artículo 76](#) del Reglamento de Sucesiones no elimina la problemática que los casos de concurso y sucesiones ofrecen. Ello se debe a que la primacía de un procedimiento sobre otro asume la coexistencia de los mismos y, por tanto, la concurrencia de competencias y leyes que, como se ha visto, tienen vocación universal. En consecuencia, procede ahora analizar cómo se articula la regla de primacía en varios escenarios concretos y evaluar cuáles son las soluciones que ello reporta.

3. El ámbito regulatorio de la *lex concursus* y de la *lex successionis*



El fallecimiento del deudor concursal puede tener repercusiones fundamentales sobre el devenir del procedimiento de insolvencia. El panorama comparado ofrece ejemplos de regímenes que prevén la terminación y archivo del concurso, ordenamientos que disponen la suspensión del mismo hasta el esclarecimiento de las cuestiones sucesorias y soluciones que favorecen la continuación de la insolvencia pero sustituyen como sujeto pasivo al causante por el caudal relicto. Como quedó expuesto en la introducción de este estudio, el [artículo 182](#) de la Ley Concursal opta por esta última opción. Sin embargo, ante la variedad de respuestas nacionales y la posible discrepancia entre tribunales competentes y leyes aplicables se plantea la necesidad de identificar cuál es el régimen que deberá gobernar esta cuestión. La misma incertidumbre surge en el contexto de la insolvencia de la masa hereditaria, que requiere esclarecer si es posible entablar un procedimiento concursal directamente contra la herencia (como hace el [art. 1.2 LC](#) con algunos condicionantes)¹⁹ o si, por el contrario, el mismo ha de dirigirse contra los herederos. En ambos escenarios *pre* y *post mortem* deviene necesario resolver también los posibles conflictos de funciones y facultades entre la administración concursal y la administración hereditaria²⁰, en general, determinar cuál es el grado de intervención regulatoria que se permite a la *lex successionis* en el seno del proceso concursal. Es decir, cuestiones todas ellas que hacen referencia a la delimitación entre el ámbito regulatorio de la *lex successionis* y la *lex concursus*.

¹⁹ Esta solución es acorde con la consideración de la herencia como patrimonio susceptible de ser sujeto de procedimientos judiciales, como prescribe el artículo 6.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

²⁰ Carrascosa González, J., *op. cit.*, pp. 28-29, con cita a Lagarde, P., «Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions», *Revue critique de Droit International Privé*, núm. IV, 2012, pp. 691-732, p. 729 y a Lagarde, P., «Présentation du règlement sur les successions», en Khairallah, D. y Revillard, M. (dirs.), *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Defrénois, Paris, 2013, pp. 5-16.

El [artículo 23.2](#) del Reglamento de Sucesiones contiene una nutrida enumeración de los aspectos regulados por la ley aplicable a la sucesión.²¹ Así, la administración concursal tendrá que recurrir a esta ley para averiguar cuestiones como quiénes tienen la cualidad de herederos y legatarios, cuál es el alcance de su derecho a heredar, las formas y consecuencias de la aceptación o la renuncia de la herencia o del legado, a quién corresponde en circunstancias generales la administración de la herencia y las facultades de las que se le inviste, así como el régimen de responsabilidad atribuible a los herederos y legatarios por las deudas y cargas de la herencia.²² En concreto, este último punto comprende la vulnerabilidad del patrimonio personal de los herederos frente a tales deudas y la posibilidad de que los acreedores



del causante puedan dirigirse directamente contra dicho patrimonio.

21 Para una explicación general de este listado vide Carrascosa González, J., *op. cit.*, pp. 185 y siguientes, así como Wautelet, P., *op. cit.*, p. 845.

22 Muchas de estas cuestiones vendrán también determinadas en el Certificado Sucesorio Europeo, que también ha sido creado por el Reglamento de Sucesiones y cuyo régimen se contiene en los artículos 62-73 del Reglamento de Sucesiones.

Como se sabe, el régimen español prevé que la aceptación de la herencia puede producirse tanto de forma pura y simple como a beneficio de inventario ([art. 998 CC](#)). En el primero de los escenarios, la regulación del Código Civil prevé que los herederos responderán del pago de las deudas del causante con su propio patrimonio (*hereditas damnosa*).²³ En el segundo de los escenarios, por el contrario, la responsabilidad de los herederos está limitada a la porción del patrimonio que haya recibido como consecuencia de la sucesión. Ello motiva que el procedimiento concursal deba continuar en el caso del fallecimiento del concursado y justifica que se permita que la herencia pueda ser sujeto de declaración concursal en el supuesto de la insolvencia *post mortem*.

23 Por tanto, el concurso tendrá que dirigirse directamente contra los herederos si el patrimonio personal de éstos fuera insuficiente para satisfacer las deudas heredadas.

La *lex successionis* determina, asimismo, el contenido de la masa hereditaria, es decir, los bienes, derechos y obligaciones que la integran ([art. 23.2.e](#) RS). En el caso de las deudas, esta regulación no incluirá las cuestiones relativas a la transmisibilidad genérica de la obligación (principalmente, por su posible carácter personalísimo), que corresponde a la ley que rija cada una de las deudas (*lex causae*), pero sí será la *lex successionis* la que regule la sucesión en el cumplimiento de esas obligaciones por parte de los herederos y legatarios.²⁴ Igualmente, en el caso de la aceptación pura y simple también competirá a esta *lex* concretar el régimen de responsabilidad solidaria o mancomunada de los varios herederos frente a la deuda, así como el recurso del heredero pagador o heredero solvente contra los coherederos²⁵.

24 Idea similar apunta el Carrascosa González, J., *op. cit.*, p. 185, aunque someta la cuestión de la naturaleza personalísima de la obligación a la *lex successionis*.

25 *Id.*, p. 189, citando a Sauvage, F., «L'option et la transmission du passif dans les successions internationales au regard du règlement européen du 4 juillet», pp. 105-126, p. 109 en Khairallah, D. y Revillard, M. (dirs.), *op. cit.*, pp. 67-86, p. 73.

Además, se ha de incluir dentro del ámbito normativo de la *lex successionis* la (no infrecuente) situación provisional que se da durante el periodo comprendido entre la



apertura de la sucesión y la aceptación de la herencia²⁶. En este lapso de herencia yacente, será la ley de la sucesión la que determinará la posible personalidad jurídica de la herencia durante ese periodo, la capacidad procesal de la misma en la esfera judicial y extrajudicial, y el régimen de administración al que estará sometido²⁷.

²⁶ Ello puede ser porque está sujeta a condición suspensiva, porque el heredero designado no ha nacido en el momento de realizar la herencia sino que es un *nasciturus*, porque los potenciales herederos están haciendo uso del derecho a deliberar que les reconocen algunos ordenamientos jurídicos, etc.

²⁷ Carrascosa González, J., *op. cit.*, p. 188.

Frente a todas estas cuestiones, la *lex concursus* es la competente para determinar cuál es el efecto del fallecimiento de un deudor concursado sobre la continuación del procedimiento de insolvencia así como la posibilidad de que la herencia, en tanto que patrimonio autónomamente considerado, pueda ser declarado en concurso y sujeto a un procedimiento de insolvencia propio.²⁸ Como consecuencia de la regla de prioridad concursal prevista en el [artículo 76](#) del Reglamento de Insolvencia, este será el caso incluso cuando la *lex successionis* prevea un régimen propio de liquidación de la herencia para los escenarios en que el pasivo de la misma exceda su activo. Así, si la insuficiencia financiera de la herencia puede dar lugar a un procedimiento concursal de los contemplados en el Reglamento de Insolvencia, será posible abrir su tramitación en el Estado de localización del Centro de Intereses Principales. Además, será la legislación concursal la que determine en esos casos las personas legitimadas activamente para la solicitud del concurso, como hace el [artículo 3.4](#) de la Ley Concursal en favor de «los acreedores del deudor fallecido, los herederos de éste y el administrador de la herencia» siempre que la herencia no haya sido aceptada pura y simplemente.

²⁸ En el mismo sentido, Wautelet, P., *op. cit.*, pp. 846-847.

La *lex concursus* también regulará las consecuencias de la apertura de la insolvencia sobre la capacidad de disposición y de gestión de la herencia, determinará la persona que se encargará de ello con fines concursales (que no tendrá que coincidir ni con el administrador de la herencia ni con los herederos) y ordenará el derecho de cobro de los acreedores, la prelación entre ellos y sus otros derechos de participación en el concurso. Estos efectos supondrán generalmente la suspensión de las facultades de la administración de la herencia, en línea con el [artículo 40.5](#) de la Ley Concursal, cuyo tenor prevé que «en caso de concurso de la herencia, corresponderá a la administración concursal el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición sobre el caudal relicto, sin que pueda cambiarse esta situación».



Finalmente, la delimitación del alcance de la *lex successionis* y la *lex concursus* requiere cuatro apuntes concretos. El primer lugar, el [artículo 3.4 in fine](#) de la Ley Concursal, según el cual «la solicitud formulada por un heredero producirá los efectos de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario», constituye una regla relacionada con la forma de la aceptación de la herencia y el régimen de responsabilidad de los herederos. Dado que ambas cuestiones están reguladas por la *lex successionis* ([art. 23.2.e\) y g\)](#) RS) y *mortis causa* no por la *lex concursus*, dicho precepto únicamente se aplicará cuando la sucesión *mortiscausa* se rijan por el Derecho español, independientemente de que el procedimiento concursal haya sido abierto en el extranjero.

En segundo lugar, según ha quedado dicho arriba, la delimitación del perímetro del patrimonio hereditario, esto es, sus activos y obligaciones, viene regulada por la *lex successionis*. Sin embargo, [artículo 4.2.b\)](#) del Reglamento de Insolvencia somete a la *lex concursus* la determinación de las masas activa y pasiva del procedimiento de insolvencia. Dado que ambos procedimientos versan sobre el mismo caudal relicto, será posible que se den casos de conflicto de jurisdicción. En principio, la prioridad concedida por el [artículo 76](#) del Reglamento de Sucesiones al régimen concursal debe llevar a la conclusión de que será el procedimiento concursal el competente para decidir estas cuestiones de acuerdo con la *lex concursus*, con el resultado de que el régimen de reconocimiento automático que deriva del [artículo 25.1](#) Reglamento de Insolvencia llevará a que la resolución surta efectos también en el procedimiento hereditario. Sin embargo, cabe argumentar que cuando esta cuestión haya sido ya decidida por el *forum successionis* o esté pendiente de resolución en el momento de la apertura de la insolvencia, las reglas de reconocimiento de decisiones extranjeras y de litispendencia previstas en el Reglamento de Sucesiones²⁹ deberán impedir que el juez concursal vuelva a pronunciarse sobre la cuestión. El mismo resultado se debería alcanzar en virtud de las reglas equivalentes contenidas en el nuevo Reglamento Bruselas I³⁰ cuando la acción tuviera carácter civil o mercantil.

²⁹ Arts. 39 y 17, respectivamente.

³⁰ Arts. 36 y 29, respectivamente, del Reglamento (UE) n.1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE L 351/1, de 20.12.2012).

En tercer lugar, el [artículo 76](#) del Reglamento de Sucesiones guarda silencio respecto a la posibilidad de que el procedimiento sucesorio pueda ser suspendido durante la tramitación del concurso, en contra de lo que hacía la propuesta de artículo defendida en origen por el Instituto Max Planck.³¹ En este sentido, la simple primacía



de un régimen sobre el otro, como prevé la redacción actual del precepto, no puede interpretarse como una obligación de suspensión.³² Sin embargo, sí permite acudir a las normas de pendencia de procedimientos contenidas en el Reglamento de Insolvencia ([arts. 4.2.f](#)) y [15](#) RI). Si bien es cierto que ambos artículos se refieren a procedimientos de naturaleza individual, la ausencia de normas específicas para procedimientos hereditarios (de naturaleza potencialmente colectiva) obliga a defender su aplicación analógica también en sede de sucesiones. De acuerdo con este régimen, cuando el procedimiento hereditario se produzca después de la apertura del concurso (caso de fallecimiento del concursado) será la *lex concursus* la que regulará la posibilidad de continuación o suspensión de la sucesión y las posibles adaptaciones procedimentales que sea necesario introducir (por ejemplo, la intervención de la administración concursal) ([art. 4.2.f](#)) RI). Por su parte, cuando la insolvencia sólo se declare una vez abierta la sucesión (concurso de herencia), la decisión acerca de la necesidad de suspender el procedimiento hereditario así como las modificaciones procedimentales oportunas vendrán determinadas por la *lex successionis*, por ser la ley del lugar de la tramitación en curso ([art. 15](#) RI). Además, en ninguno de los dos casos se permitirá que se tramiten acciones de ejecución contra la masa concursal/hereditaria, lo que ha de incluir la distribución del caudal relicto, pues así lo prohíbe todo régimen concursal (en España, [art. 55](#) LC) y será uno de los efectos del concurso reconocibles de forma automática en virtud de los [artículos 16](#) y [17](#) del Reglamento de Insolvencia.

³¹ El Informe del Instituto Max Planck, *op. cit.*, p. 711 fue el verdadero promotor del artículo 76 del Reglamento de Sucesiones, aunque en su redacción original incluía un segundo párrafo según el cual «*As soon as insolvency proceedings on estates become effective, the administration of succession in another Member State shall be stayed*».

³² En contra, Wautelet, P., *op. cit.*, p. 845.

En último lugar, en los casos específicos relacionados con la declaración de insolvencia de la masa hereditaria surge la necesidad de concretar los parámetros que se habrán de emplear para la determinación del Centro de Intereses Principales. En este sentido parece oportuno descartar aquellas interpretaciones que puedan defender la necesidad de analizar ese criterio tomando como referencia a los herederos o a la comunidad constituida por los mismos, pues ello llevaría en ocasiones a fragmentar la insolvencia en tantos procedimientos como herederos o a someter a los acreedores concursales a un foro potencialmente ajeno al que hubiera resultado competente durante la vida del deudor. El mismo argumento lleva a rechazar también la posibilidad de recurrir al Centro de Intereses Principales del caudal relicto, con independencia de su antiguo titular, ya que ello podría generar la



misma frustración de las expectativas legítimas de los acreedores que pretende tutelar la noción del COMI.³³ Por tanto, la promoción de los objetivos del Reglamento de Insolvencia (al que el [art. 76 RS](#) reconoce prioridad) aconseja la continuación de la atribución de competencia para los procedimientos concursales según el Centro de Intereses Principales del causante en el momento de su fallecimiento³⁴.

³³ Para la importancia del criterio de la previsibilidad en la definición del COMI, vide, entre otras, las Sentencias del Tribunal de Justicia en los Asuntos C-341/04 (*Eurofood*), [2006] Rec.I-3813, pár. 33 y C-1/04 (*Susanne Staubitz-Schreiber*), [2006] Rec. I-0701, pár. 27.

³⁴ La misma posición adopta el Informe del Instituto Max Planck, *op. cit.*, p. 715.

4. Acciones de reintegración y sucesiones mortis causa

De acuerdo con el [artículo 23.2.i\)](#) del Reglamento de Sucesiones, corresponderá a la *lex successionis* regular «la obligación de reintegrar o computar las donaciones o liberalidades, adelantos o legados a fin de determinar las cuotas sucesorias de los distintos beneficiarios». Este régimen afecta tanto a los actos de disposición efectuados por el causante antes de su fallecimiento con objetivos sucesorios como a los que sean accionados tras dicho fallecimiento como consecuencia de la sucesión *mortis causa*. Sin embargo, una primera lectura del régimen conflictual previsto por el Reglamento de Insolvencia podría hacer pensar que la apertura de un procedimiento concursal puede producir importantes consecuencias sobre el régimen de impugnabilidad de esos actos, pues el [artículo 4.2.m\)](#) del Reglamento de Insolvencia (cuya primacía deriva del [art. 76 RS](#)) establece que el régimen de nulidad, anulación o inoponibilidad de los actos perjudiciales al conjunto de los acreedores ha de quedar incluido dentro del ámbito regulatorio de la *lex concursus*. Dos argumentos alternativos llevan a relativizar la relevancia práctica de esta regla conflictual en sede de sucesiones, de modo que siga siendo la *lex successionis* la principal fuente reguladora estos extremos (y ello sin perjuicio de que por mor de los imperativos concursales los resultados procedentes de cualquier acción de reintegración o de colación que pueda tramitarse con ocasión del procedimiento hereditario no repercuta directamente en el beneficio de los herederos y legatarios sino, más bien, en las expectativas de cobro de los acreedores del concurso).

Por una parte, la interpretación semi-auténtica del Reglamento proporcionada por el Informe Virgós/Schmit es clara en especificar que esta *lex* únicamente regula aquellos efectos que «son típicos del derecho concursal, esto es, efectos que son necesarios para que el procedimiento concursal alcance sus objetivos».³⁵ En este



sentido, no cabe duda de que la finalidad perseguida por las acciones revocatorias y por las solicitudes de colación aquí tratadas no cae dentro de esos objetivos. Si bien pueden beneficiar de forma indubitada a la masa activa del concurso, estas acciones no representan un efecto propio de la apertura de un procedimiento concursal ni derivan de la insuficiencia patrimonial ni constituyen una potestad inherente a las funciones de la administración concursal. Por el contrario, son acciones ordinarias del Derecho de sucesiones sometidas a su régimen autónomo de competencia y cuya legitimación activa puede, de forma excepcional, ser trasladada en algunas ocasiones a la administración concursal. Son, por tanto, acciones que deben permanecer sujetas a su régimen común de ley aplicable de acuerdo con el [artículo 23.2.i](#)) del Reglamento de Sucesiones (*lex successionis*). Idéntico razonamiento ha sido generalmente defendido con respecto a la acción pauliana ordinaria, que tampoco puede quedar incluida en el [artículo 4.2.m](#)) del Reglamento de Insolvencia y ha de continuar gobernándose por la ley aplicable según la norma de conflicto vigentes en ausencia de concurso.³⁶

³⁵ Informe sobre la Convención relativa a los Procedimientos de Insolvencia de 1995, realizado por los Profesores M. Virgós y E. Schmit, Documento de Consejo UE 6500/96, DRS 8 (CFC), de 3 mayo 1996, pág. 90. El Informe fue emitido con respecto a la Convención de 1995, que nunca fue ratificada por un número suficiente de Estados, pero dado que el Reglamento de Insolvencia adoptó de forma literal la inmensa mayoría de las soluciones previstas por el Convención, el Informe Virgós/Schmit es considerado incluso por la Unión como la guía interpretativa autorizada del Reglamento. Así lo explica con detalle el AG Jacobs en su Opinión al Asunto C-341/04 (*Eurofood IFSC Ltd*), [2006] Rec. I-3813, pág. 2.

³⁶ Las graves dificultades para determinar el régimen conflictual ordinario para estas acciones quedan puestas de manifiesto en Carballo Piñeiro, L., «Acción pauliana e integración europea - una propuesta de ley aplicable» (2012) 64(1) REDI 43, así como en Garcimartín Alférez, F., «Acciones de reintegración: competencia judicial internacional y ley aplicable» en Beltrán Sánchez, E. M., y Sanjuán Y Muñoz, E., (dirs.), *La reintegración de la masa: Congreso de Antequera. IV Congreso Español de derecho de la insolvencia. VII Congreso de derecho mercantil y concursal de Andalucía, 19 a 21 de abril de 2012* (Madrid: Thomson-Civitas, 2012), 631-648.

Por la otra, la prevalencia de la *lex successionis* también viene confirmada por efecto del [artículo 13](#) del Reglamento de Insolvencia. Este precepto constituye una cláusula de excepción a la aplicación general de la *lex concursus*, en virtud de la cual el régimen conflictual relativo a las acciones de reintegración prescrito por el [artículo 4.2.m](#)) del Reglamento de Insolvencia no será invocable cuando el acto en cuestión esté sujeto a la ley de un Estado miembro distinto del Estado de apertura del concurso y dicha ley no permita en ningún caso que se impugne dicho acto. Es decir, siempre y cuando el acto sea válido de acuerdo con su *lex causae*, su eficacia no podrá ser atacada desde la perspectiva concursal.³⁷ Como se verá, esta *lex causae* siempre incluye total o parcialmente reglas sucesorias. Así, en cuanto a las disposiciones



mortis causa el [artículo 26](#) del Reglamento de Sucesiones dispone directamente que la ley aplicable será en todo caso la *lex successionis*. Por su parte, la respuesta para las disposiciones llevadas a cabo por el causante *ante mortem* pero con fines sucesorios no es tan directa, pues la determinación de la ley aplicable a estos actos cae fuera del Reglamento de Sucesiones, lo que obliga a acudir al instrumento institucional, convencional o interno apropiado para cada acto. Sin embargo, incluso en estos casos, el acto de disposición ha de ser conforme con las limitaciones de disponer que, en su caso, puedan preverse por *lex successionis*, sobre todo en materia de legítimas. En efecto, el [artículo 23.2.h](#) del Reglamento de Sucesiones dispone que dentro del ámbito normativo de esta *lex* se ha de incluir de forma ineludible la determinación de «la parte de libre disposición, las legítimas y las demás restricciones a la libertad de disposición *mortis causa*, así como las reclamaciones que personas próximas al causante puedan tener contra la herencia o los herederos».

³⁷ Así se pronuncia también el Informe del Instituto Max Planck, *op. cit.*, p. 714.

En definitiva, ambas argumentaciones permiten defender que la regla general del [artículo 4.2.m](#) del Reglamento de Insolvencia no excluye la posición nuclear de la *lex successionis* como verdadero criterio validador de los actos de disposición *ante mortem* y *mortis causa* del causante.³⁸ Además, como ya se dijo en la segunda sección, esta *lex* se aplicará a toda la sucesión ([art. 23.1](#) RS), por lo que cubrirá también disposiciones realizadas respecto de bienes situados en otros Estados o a favor de personas o instituciones localizadas fuera del Estado que conoce la sucesión.

³⁸ La única excepción podría darse en relación con los actos de disposición o de protección que pueda haber adoptado la administración sucesoria antes de la declaración del concurso, como apunta Wautelet, P., *op. cit.*, p. 848.

Como explican algunos autores,³⁹ esta aplicación inescapable de la *lex successionis* a todos los actos de disposición constituyó una de las razones principales por las que tanto el Reino Unido como Irlanda decidieron no ejercer su opción *opt in* al Reglamento. En efecto, ninguno de los ordenamientos de estos dos Estados incluye limitaciones de disposición para el testador, que es generalmente libre para ordenar el reparto sucesorio de su patrimonio de acuerdo a su libre voluntad y sin restricciones equivalentes a la noción continental de legítimas. En consecuencia con este régimen, es frecuente entre la población anglosajona encontrarse con testamentos que contengan significativas aportaciones a fundaciones y otras organizaciones sin ánimo de lucro (*charities*) que exceden de la proporción de caudal hereditario de libre disposición según otros ordenamientos europeos. Desde esta perspectiva, ni Reino



Unido ni Irlanda se mostraron dispuestos a que la tramitación de procedimientos hereditarios en otros Estados de la Unión con aplicación de una ley ajena a la tradición del *common law*⁴⁰ pudiera debilitar la validez la decisión de un testador británico o irlandés de dejar una parte importante de su patrimonio a personas o instituciones diferentes a su círculo legitimario. Situación que, como se explica en la segunda sección, no ha quedado del todo eliminada por el *opt out* de estos países, pues el empleo por parte del Reglamento de la residencia habitual del causante y no de su nacionalidad como principal punto de conexión a efectos de competencia judicial internacional y ley aplicable alcanza a los más de un millón de nacionales británicos e irlandeses con residencia en otros Estados de la Unión.⁴¹

³⁹ Daví, A. y Zanobetti, A., «Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione europea», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5-II, 2013, pp. 5-139, p. 15; Lagarde, P., *op. cit.*, p. 702; y Harris, J. «The Proposed EU Regulation on Succession and Wills: Prospects and Challenges», *Trust Law International*, núm. 22, 2008, pp. 181-205, p. 195.

⁴⁰ Como ya se dijo en la segunda sección, resulta perfectamente posible dentro del marco diseñado por el Reglamento que la herencia de un ciudadano británico jubilado y residente en España tenga que tramitarse ante autoridades españolas y bajo Derecho español si el causante no previó lo contrario.

⁴¹ Otra cosa es el efecto que las resoluciones resultantes de esos procedimientos puedan tener en Reino Unido e Irlanda...

Es por esta razón que este análisis de las acciones de reintegración en sede sucesoria no puede ignorar el abundante uso de los *trusts* testamentarios, propios del *common law*. Estos *trusts* no son *trusts* ordinarios, que se caracterizan por ser creados *mortis causa* en virtud de la disposición testamentaria del causante (*trust settlor*) y a los que se transmite todo o parte del patrimonio dejado por el causante con el fin de que sea administrado por un administrador (*trustee*) en beneficio de determinadas personas (*beneficiaries*) o a favor de causas benéficas concretas (*charitable trusts*), para que en un momento futuro (por ejemplo, a su mayoría de edad) tales *beneficiaries* puedan adquirir la propiedad de los activos. Tampoco son equivalentes a los *trust for sale*, cuya creación prevé el *common law* de forma automática o *ex lege* en el caso de sucesiones intestadas con el fin de que el *trustee* administre el patrimonio y liquide sus deudas hasta que esté en disposición de proceder al reparto a los herederos legales. En ambos casos la transmisión de la propiedad del patrimonio entre el causante y el *trust* se produce *mortis causa*.

Por el contrario, los *trusts* testamentarios son un mecanismo valiosísimo de ordenación anticipada de la sucesión, ya que su constitución se realiza mediante una *trust deed* otorgada en vida por el propio causante. Con ella, el futuro causante (*trust*



settlor) crea un patrimonio separado que goza de personalidad jurídica independiente y que se nutrirá de las aportaciones patrimoniales que de forma única o sucesiva se vayan realizando. Todas ellas son transmisiones *inter vivos*. La gestión del patrimonio corresponde a un *trustee*, de modo que las rentas obtenidas de la misma repercutan en ese momento o en un momento futuro en beneficio de terceras personas (*beneficiaries*).⁴² La característica del *trust* testamentario es que entre las condiciones de creación del *trust*, el futuro causante introduce el mandato de que con ocasión de su muerte los bienes incluidos en el *trust* deberán ser transmitidos de forma inmediata o en algún momento futuro a los *beneficiaries*. De este modo, los *beneficiaries* no heredan directamente del causante, pues el patrimonio no procede de él, pero sí adquieren el derecho a la propiedad presente o futura de los bienes (o, al menos, de sus frutos) como consecuencia del fallecimiento del *trust settlor*.

⁴² Si durante la vida del *settlor* las rentas derivadas del *trust* repercuten en su beneficio, la institución recibe el nombre de *trust for life*.

Las implicaciones patrimoniales, fiscales y concursales de esta construcción son múltiples. Así, desde la perspectiva que aquí interesa, no cabe duda de que el acto de constitución del *trust* y, sobre todo, las aportaciones patrimoniales que se realicen en vida del *trust settlor* antes de su declaración de insolvencia constituirán actos de disposición (*de facto*, donaciones) que podrán repercutir negativamente en el patrimonio sometido a concurso y, por tanto, perjudicar al interés de los acreedores.⁴³ Por esta razón, se ha dicho que el *trust*, en general, puede ser operado como un mecanismo para blindar un patrimonio contra los intentos de cobro de futuros acreedores del fundador,⁴⁴ lo que sin lugar a dudas sujeta a sus aportaciones al régimen de impugnabilidad y reintegración previsto en cada legislación concursal en virtud del [artículo 4.2.m](#)) del Reglamento de Insolvencia. Sin embargo, cuando el *trust* se emplee como vehículo sucesorio, las acciones de retroacción de las cantidades o activos aportados al mismo quedarán reguladas por la *lex successionis*, en línea con la interpretación mantenida al comienzo de esta sección.

⁴³ En sí misma, la transmisión de bienes inmuebles sitos en España a favor de un *trust* extranjero produce importantes problemas registrales, como explica Rodríguez Sánchez, J. S. *Una introducción al Reglamento de Sucesiones de la UE (desde la perspectiva de los derechos reales sobre bienes inmuebles y el Registro de la Propiedad en España*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2013, pp. 1171-1174.

⁴⁴ Vide, en general, Cámara Lafuente, S., «La defensa patrimonial de la persona y la familia mediante “trusts” y patrimonios fiduciarios» en De La Cuesta Sáenz, J. M., Vicente Domingo, E., Carrancho Herrero, M. T., Caballero Lozano, J. M., y De Román Pérez, R. (coords) *Homenaje al profesor Carlos Vattier Fuenzalida*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 215-246; *id.*, aunque más centrado en la faceta conflictual, «El trust y la fiducia: posibilidades para su armonización europea» en Cámara Lafuente, S., *Derecho privado europeo*,

Colex, Madrid, 2003, pp. 1099-1172.

Esta interpretación no encuentra obstáculo en el hecho de que el Reglamento de Sucesiones excluya la «creación, administración y disolución de los *trusts*» de su ámbito de aplicación ([art. 1.2.j](#) RS), lo que remite a las normas de conflicto propias de cada Estado.⁴⁵ Así, el propio Considerando 13 reconoce que «esta exclusión no debe considerarse como una exclusión general de los *trusts*», sino que indica que el ámbito normativo de la *lex successionis* en este campo quedará limitado a determinar la impugnanbilidad de las aportaciones realizadas al *trust* como consecuencia de su contravención de las limitaciones de disposición impuestas por el derecho a las legítimas de los herederos.⁴⁶ Por tanto, si el juez confirmara la procedencia de la impugnación, las aportaciones al *trust* deberán ser reintegradas al caudal hereditario en la cuantía necesaria para satisfacer los derechos legitimarios tal y como los defina la *lex successionis*.⁴⁷

⁴⁵ El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales también excluye los *trusts* de su ámbito de aplicación en el art. 1.2.h, lo que obliga a acudir al Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985 sobre la Ley aplicable al Trust y a su Reconocimiento (en vigor en solo 11 Estados pero no en España) o al Derecho interno de cada Estado (cuestión de por sí harto problemática dada la inexistencia de esta figura o de otra realmente equivalente en el Derecho español, como prueban las Sentencias del TS de 30 de abril de 2008 y de la AP de Jaén de 25 de marzo de 2010).

⁴⁶ Paz Lamela, R. S., «La exclusión de los *trusts* del futuro Reglamento Bruselas/Roma IV», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 11, 2011, pp. 447-464, p. 455.

⁴⁷ Vide, *in extenso*, Carrascosa González, J., *op. cit.*, pp. 255-256.

5. La capacidad testamentaria y sucesoria del deudor concursal

En último lugar, conviene detenerse en dos cuestiones concretas relativas a la capacidad del deudor concursal en materia testamentaria y sucesoria. La primera consiste en subrayar que en aquellos casos en los que la apertura del procedimiento concursal se haya producido con anterioridad al fallecimiento del deudor, su capacidad de testar no podrá verse recortada por las restricciones a la capacidad procesal y de disponer impuestas por el régimen concursal (en España, [arts. 40 y 51](#) LC). Así lo declara expresamente el [artículo 40.6.II](#) de la Ley Concursal. Efectivamente, el otorgamiento de testamento no puede ser calificado ni como un acto de disposición ni como un procedimiento de jurisdicción voluntaria, pues, a diferencia de la realización de donaciones colacionables,⁴⁸ resulta absolutamente inocuo para el patrimonio del deudor y representa un acto de desarrollo de la personalidad inmune a la incapacitación propia de escenarios concursales.⁴⁹ En ese



sentido, todos los aspectos propios de la validez formal y material del testamento se continuarán rigiendo por las normas aplicables de Derecho sucesorio y no dependerán ni de la intervención o supervisión por parte de la administración concursal ni de la confirmación por el Juzgado de lo Mercantil que conozca de la insolvencia. Lo mismo puede afirmarse incluso respecto de los casos en los que el testador disponga el uso del arbitraje «para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o la administración de la herencia» ([art. 10](#) Ley de Arbitraje).⁵⁰

⁴⁸ Vide la anterior sección con respecto a este problema.

⁴⁹ Tampoco es subsumible en los casos de los artículos 662-663 del Código Civil.

⁵⁰ Martín Moral, M. F., *El concurso de acreedores y el arbitraje*, Wolters Kluwer, Madrid, 2014, Monografía núm. 18, p. 122.

La segunda cuestión, por su parte, plantea el impacto que la sujeción a la legislación concursal produce sobre la capacidad del deudor para suceder, esto es, para ser llamado como heredero o legatario en procedimientos hereditarios ajenos. Este escenario, además, no queda restringido a personas físicas insolventes, sino que también afecta a las personas jurídicas declaradas en concurso y que participen en sucesiones *mortis causa*. La respuesta a esta cuestión requiere, como punto de partida, distinguir entre la merma de capacidad de obrar que sufre el concursado tras la apertura del procedimiento de insolvencia, por una parte, y la capacidad para suceder, por otra. Según el [artículo 4.2.c\)](#) del Reglamento de Insolvencia, la primera viene regulada por la *lex concursus* y su *ratio iuris* se ciñe a regir el efecto que la declaración de concurso despliega sobre la capacidad procesal y de disponer del deudor. La capacidad para suceder, por su parte, constituye una cualidad ajena a la situación patrimonial del heredero y queda gobernada por la *lex successionis* en virtud del [artículo 23.2.c\)](#) del Reglamento de Sucesiones, lo que en el caso español implicará recurrir a los [artículos 744 - 762](#) del Código Civil.

Por esa razón no puede entenderse que la pérdida de capacidad producida por la apertura del concurso caiga dentro del precepto del [artículo 744](#) del Código Civil, según el cual solo «podrán suceder por testamento o abintestato los que no estén incapacitados por la ley». Esta capacidad no viene referida a la capacidad de obrar, que es la que se sufre por la declaración concursal, sino a la capacidad jurídica en tanto que «personalidad» reconocida por la Ley y que habilita para ser sujeto de derechos. Así se desprende del [artículo 745](#) del Código Civil, cuyo tenor prevé que «son incapaces de suceder: 1) Las criaturas abortivas, entendiéndose tales las que

no reúnan las circunstancias expresadas en el [artículo 30](#); y 2) Las asociaciones o corporaciones no permitidas por la ley».

Sobre esa misma base se ha de entender que la posibilidad de que un concursado ocupe la posición de heredero o legatario en un proceso sucesorio no ha de verse afectada necesariamente ni siquiera en aquellos casos en los que el procedimiento concursal imponga un régimen de suspensión de facultades. El único efecto que esa limitación producirá es la necesaria personación de la administración concursal en el procedimiento hereditario, pues corresponde a ella realizar todos los actos de disposición que repercutan sobre el patrimonio insolvente. Esto incluye también las decisiones que puedan suponer un incremento del patrimonio, como es el caso generalmente de la aceptación de una herencia.

Frente a ello, y en línea con la explicación proporcionada en la tercera sección del artículo, competirá a la *lex successionis* establecer las condiciones bajo las cuales cada heredero podrá aceptar o renunciar a la herencia, la posibilidad de solicitar su partición, la existencia de prohibiciones de suceder con respecto a determinadas personas, las causas de desheredación y la incapacidad de suceder por causa de indignidad.

6. Conclusión

La coexistencia de procedimientos concursales y sucesiones *mortis causa* con elementos internacionales produce importantes interrogantes desde la perspectiva del Derecho internacional privado. Sin embargo, esta problemática ha permanecido tradicionalmente olvidada desde un punto de vista legislativo y ha carecido de ningún estudio especializado. La inminente entrada en aplicación del Reglamento Europeo de Sucesiones va a cambiar este panorama, pues el [artículo. 76](#) del Reglamento de Sucesiones introduce una norma específica dirigida a esta cuestión. Esta novedad legislativa constituye el pretexto óptimo para profundizar en las complejidades conflictuales que surgen como consecuencia del fallecimiento del concursado y como resultado de la imposibilidad de la herencia de hacer frente a sus obligaciones exigibles.

Sobre esta base, las anteriores secciones han demostrado que la regla de prioridad prevista en el [artículo 76](#) del Reglamento de Sucesiones resulta insuficiente para proporcionar una respuesta clara a las múltiples dificultades que plantea la interacción internacional de concursos y herencias. En concreto dicha regla no

permite resolver las cuestiones de coordinación de procedimientos que potencialmente pueden ser tramitados en Estados miembros distintos y bajo leyes aplicables diferentes. La solución efectiva de estas situaciones requiere un ejercicio de delimitación de los ámbitos regulatorios de la *lex concursus* y la *lex successionis*. Solo así es posible garantizar la coexistencia pacífica de procedimientos y el respeto a los principios nucleares de ambas disciplinas. Además, esta coexistencia presenta especiales dudas en materia de acciones de reintegración y que, en contra con la solución aparentemente prevista por el Reglamento de Sucesiones, han de abordarse a través de la *lex successionis*.