

El *fallimento post mortem* y la separación de patrimonios en el ordenamiento italiano (*)

por

FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil UNED

SUMARIO

- I. LA REGULACIÓN DE LA QUIEBRA *POST MORTEM* EN ALGUNOS ORDENAMIENTOS EUROPEOS Y EL REGLAMENTO CE, DE 29 DE MAYO DE 2000, SOBRE INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA.
- II. LA DECLARACIÓN DE QUIEBRA DE UN EMPRESARIO FALLECIDO EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO: EL *FALLIMENTO POST MORTEM*:
 1. REGULACIÓN VIGENTE Y ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.
 2. PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA CUESTIÓN ANTE LAS DIFERENTES SITUACIONES FÁCTICAS: INSOLVENCIA DEL CAUSANTE *VERSUS* INSOLVENCIA DEL HEREDERO.
 3. PRESUPUESTO OBJETIVO: LA INSOLVENCIA POSTERIOR A LA MUERTE.
 4. TÉRMINO EN EL QUE SE PUEDE DECLARAR LA QUIEBRA DE UN EMPRESARIO YA FALLECIDO.
 5. LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR LA QUIEBRA DEL EMPRESARIO FALLECIDO:

(*) Este trabajo se integra en el marco del Proyecto de Investigación I+D+i (Referencia DER2009-10387), titulado «Los problemas de la aplicación de la Ley Concursal», concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2010 y el 31 de diciembre de 2012 y cuyo Investigador Principal es el Profesor Emilio BELTRÁN SÁNCHEZ.

La búsqueda y análisis preliminar del material bibliográfico se realizó en el mes de julio de 2010, en la *Facoltà di Economia* y en la *Facoltà di Giurisprudenza* de la *Università di Siena* (Italia). Agradecemos, en especial, a Angelo BARBA, Profesor Ordinario de Derecho Privado en Siena, y a Virginia ZAMBRANO, Profesora Ordinaria de Derecho Privado Comparado en Salerno, la ayuda proporcionada a lo largo de este periodo.

- 5.1. *¿Quiénes pueden solicitar la declaración de quiebra de un empresario fallecido?*
 - 5.2. *La prohibición del heredero que haya aceptado pura y simplemente solicitar la quiebra de su causante.*
 6. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE QUIEBRA DEL EMPRESARIO FALLECIDO:
 - 6.1. *La separación del patrimonio hereditario como principal efecto de la declaración de quiebra de un empresario fallecido.*
 - 6.2. *La extinción de los efectos de la separación de bienes obtenida por los acreedores hereditarios a consecuencia del efecto consuntivo de separación patrimonial derivado de la quiebra.*
 - 6.3. *Diferencia entre la separación de bienes concretos que pueden obtener los acreedores y la separación patrimonial como efecto de la declaración de quiebra.*
 - 6.4. *Un caso particular: la separación patrimonial consiguiente a la declaración de quiebra de un patrimonio hereditario aceptado de modo puro y simple.*
 - 6.5. *¿Desde cuándo tiene lugar la separación del patrimonio hereditario y cómo se materializa?*
 7. QUIEBRA DEL DIFUNTO Y QUIEBRA DEL HEREDERO.
 8. LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS PERJUDICIALES PARA LA MASA REALIZADOS POR LOS HEREDEROS: LA ACCIÓN REVOCATORIA EN EL FALLIMENTO POST MORTEM.
 9. FUNCIÓN Y FINALIDAD DEL FALLIMENTO POST MORTEM.
- III. REFLEXIONES CONCLUSIVAS A LA LUZ DE UN ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA REGULACIÓN ITALIANA Y ESPAÑOLA DE ESTA CUESTIÓN.
- IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. LA REGULACIÓN DE LA QUIEBRA *POST MORTEM* EN ALGUNOS ORDENAMIENTOS EUROPEOS Y EL REGLAMENTO CE, DE 29 DE MAYO DE 2000, SOBRE INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA

El origen de la preocupación legislativa por regular esta cuestión se sitúa en los albores del siglo XIX, cuando surge la eventualidad de declarar la quiebra de un comerciante que se ha suicidado porque no podía hacer frente a sus propias deudas (1). La doctrina era bastante reacia a aceptar la posibilidad de declarar la quiebra de una persona no existente (*quiebra sin quebrado*). Y como la doctrina no resolvía los problemas prácticos que se presentaban en este sentido, la jurisprudencia francesa, a comienzos del siglo XIX, comenzó a reconocer y a aplicar la *faillite sans failli*, es decir, la quiebra de un comerciante que ya no existe por haber fallecido (2).

Así pues, el Código de Comercio francés, tras una reforma efectuada el 20 de mayo de 1838, disponía, en su artículo 437, lo siguiente: «*La faillite d'un*

(1) Vid. VELLANI, *Fallimento post mortem e separazione dei beni*, Cedam, 1991, pág. 16.

(2) Vid. VELLANI, *ibidem*.

commerçant peut être déclarée après son décès, lorsqu'il est mort en état de cessation de payments.

La déclaration de faillite ne pourra être, sois prononcée d'office, sois demandée par les créanciers, que dans l'année qui suivra le décès».

La Ley de quiebras francesa del año 1967 (Ley núm. 67-563, de 13 de julio) mantiene la misma idea de que se puede declarar la quiebra de un empresario muerto, siempre que la cesación de pagos existiese ya en el momento de su muerte, y no después (art. 3). Observaremos, más adelante, que en Italia se produjo una evolución en este concreto punto porque la insolvencia puede manifestarse dentro del año siguiente a la muerte. Por el contrario, en otros países, como España, la legislación concursal guarda silencio sobre este aspecto.

A la reforma francesa que introdujo la quiebra *post mortem* le precedió la portuguesa, que en el Código de Comercio de 1833 (art. 1126), introdujo ya la quiebra del comerciante difunto. También el Código de Comercio belga, de 18 de abril de 1851 (art. 437), regula la quiebra *post mortem* en idéntico sentido al Código francés.

Y en Alemania, la *Konkursordnung* (Ley Concursal de 1877), en su párrafo 215, y la *Insolvenzordnung* (Ley de Insolvencia de 1994), en los párrafos 315-344, admiten solamente el *concurso de la herencia* y el estado de insolvencia se puede presentar antes o tiempo después del fallecimiento del deudor, sin fijación de ningún periodo temporal. En consecuencia, se puede manifestar algún tiempo después de la muerte, a consecuencia, por ejemplo, de malversación, robo, incendio o catástrofe natural; o bien mucho tiempo después porque, por ejemplo, se descubra un delito cometido por el causante que haya provocado graves daños.

En esta sucinta panorámica europea no podemos omitir el Reglamento CE, número 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre insolvencia transfronteriza, que en su artículo 4, segundo párrafo, dispone que será la Ley del Estado de apertura del procedimiento de insolvencia la que establezca las condiciones de apertura del procedimiento concursal y, en consecuencia, la eventual previsión de un plazo para el ejercicio de la solicitud de concurso desde la muerte del deudor. Ya hemos anticipado que así como el derecho italiano sí establece un plazo de un año, la regulación alemana no establece plazo alguno como tampoco lo hace la legislación española, aunque la diferencia entre ambas es notable: la alemana dice, expresamente, que la insolvencia puede ser posterior a la muerte mientras que la española no dice nada al respecto.

En España son, principalmente, los artículos 1 y 182 de la vigente Ley Concursal (LC), los que se encargan de disciplinar esta materia. El artículo 1 reconoce la capacidad concursal de la herencia y permite declarar el concurso de una herencia mientras *no haya sido aceptada pura y simplemente*. El 182, por su parte, se encarga de regular el supuesto del fallecimiento de un deudor

ya declarado en concurso y la continuación del concurso como concurso de la herencia.

En Italia, son los artículos 11 y 12 del Real Decreto de 16 de marzo de 1942 (*Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa*) los que se encargan de regular tanto el *fallimento post mortem* (art. 11) como el *fallimento ante mortem* (art. 12).

En este estudio abordaremos, exclusivamente, el *fallimento post mortem* del ordenamiento italiano de quiebras, es decir, la previsión legislativa de declarar la quiebra de un empresario fallecido estableciendo, naturalmente, las oportunas comparaciones con nuestro propio ordenamiento y sentando algunas bases que nos permitan desarrollar, con posterioridad, un análisis más sosegado y profundo de esta materia.

II. LA DECLARACIÓN DE QUIEBRA DE UN EMPRESARIO FALLECIDO EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO: EL *FALLIMENTO POST MORTEM*

1. REGULACIÓN VIGENTE Y ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

Ya hemos anunciado que el denominado *fallimento post mortem* está regulado en el artículo 11 de la *Legge Fallimentare* (LF) contenida en el Real Decreto de 16 de marzo de 1942 (núm. 267). La disciplina de la quiebra en Italia ha sufrido recientes modificaciones que no han afectado sustancialmente al referido artículo 11 (3). Su tenor es el siguiente:

«Fallimento dell'imprenditore defunto.

L'imprenditore defunto può essere dichiarato fallito quando ricorrono le condizioni stabilite nell'articolo precedente. [Esto es: se puede declarar la quiebra de un empresario ya fallecido durante el año posterior al fallecimiento, cuando la insolvencia se haya manifestado anteriormente al fallecimiento o dentro del año siguiente] (4).

L'erede può chiedere il fallimento del defunto, purchè l'eredità non sia già confusa con il suo patrimonio; l'erede che chiede il fallimento del defunto

(3) Las últimas modificaciones en la legislación concursal italiana son efectuadas por los decretos legislativos de 12 de septiembre de 2007 (n. 169) y de 9 de enero de 2006 (n. 5), siendo este último el más importante por introducir una amplia reforma de los procedimientos concursales.

(4) El artículo 10 de la *Legge Fallimentare* permite declarar la quiebra de un empresario que ha cesado en el ejercicio de la empresa en el periodo de un año desde la cancelación del registro de la empresa siempre que la insolvencia se haya manifestado anteriormente a esta cancelación o dentro del año siguiente.

non è soggetto agli obblighi di deposito di cui agli articoli 14 e 16, secondo comma, n. 3 (5).

Con la dichiarazione di fallimento cessano di diritto gli effetti della separazione dei beni ottenuta dai creditori del defunto a norma del Codice civile».

Así pues, el artículo 11 consta de tres reglas: la primera permite la declaración de concurso del empresario difunto siempre que la insolvencia se haya manifestado en vida de él o en el plazo de un año desde la apertura de la sucesión; con la segunda, se prohíbe al heredero solicitar la quiebra del difunto en la hipótesis en que entre los dos patrimonios exista confusión como consecuencia, por ejemplo, de la aceptación pura y simple de la herencia. Con la tercera, se producirá la cesación del derecho de separación de bienes obtenida por los acreedores, según el Código Civil italiano. Esta materia se complica con la existencia de ese «derecho de separación», que tienen los acreedores del causante en el derecho italiano y al que nos referiremos más adelante.

El origen del precepto hoy vigente se encuentra en el Código de Comercio de 1865, cuyo artículo 543 establecía lo siguiente: «*Il fallimento del commerciante può essere dichiarato dopo la sua morte, se prima di essa ebbe luogo la cessazione dei pagamenti*». El cambio respecto a la vigente *Legge Fallimentare* de 1942 es notable en la medida en que, tras la vigencia de esta última, se puede declarar la quiebra *post mortem* aun en el caso de que la insolvencia se manifieste dentro del año posterior al fallecimiento.

Ya hemos visto que el precedente «social» del artículo 11 LF se sitúa en torno a 1800, cuando se plantea si se puede declarar la quiebra de un comerciante que se ha suicidado porque no podía hacer frente a sus deudas. Y, en defecto de regulación, fue la jurisprudencia francesa, en los albores del siglo XIX, la que comenzó a reconocer y a aplicar la quiebra *post mortem*. En el Código de Comercio francés que entró en vigor el 1 de enero de 1808 no se contemplaba la hipótesis de la quiebra del empresario difunto, porque rompía con la concepción personalista de la quiebra (no podía haber quiebra sin quebrado). Por influencia de la jurisprudencia, la ley de 28 de mayo de 1838 (*Loi sur la faillite et la banqueroute*) modifica el Código de Comercio en materia de quiebras y añade, como ya hemos visto, los dos siguientes párrafos al artículo 437 del Código de Comercio: «*La faillite d'un commerçant peut être déclarée après son décès, lorsqu'il est mort en état de cessation de payments*».

(5) Este segundo párrafo del artículo 11 sufre una ligera modificación a raíz del decreto legislativo de 9 de enero de 2006, de reforma de los procedimientos concursales, en vigor desde el 16 de julio de 2006, y que se limita a añadir la frase que exonera a los herederos que solicitan la quiebra del difunto de las obligaciones de depósito de documentación contable, fiscal, el estado de su actividad, el elenco de acreedores, etc.

La déclaration de faillite ne pourra être, sois prononcée d'office, sois demandée par les créanciers, que dans l'année qui suivra le décès».

La reforma francesa influye en el Código de Comercio del Reino de Cerdeña, de 1842, que copia el texto francés y de ahí pasa al artículo 543 del Código de Comercio del Reino de Italia de 1865. Pero habrá que esperar al Código de Comercio de 1882 (art. 690) para que, por primera vez, no sea necesario que la cesación de pagos sea anterior a la muerte, pudiendo producirse hasta un año después de la misma (6).

La regulación de la quiebra dentro del Código de Comercio italiano resulta modificada por sucesivos proyectos de reforma de la *Legge Fallimentare*, donde también se recoge la declaración de quiebra del empresario difunto. El Proyecto BONELLI (que debe su nombre al jurista que lo impulsó) —uno de los primeros en este ámbito normativo— permitía a los herederos solicitar la quiebra del difunto en cualquier caso, sin referencia alguna al supuesto en el que la herencia esté confundida (7). Notable diferencia la del Proyecto BONELLI respecto a otros Proyectos legislativos y al texto actualmente vigente de 1942, en el que el heredero no podrá pedir la declaración de quiebra del difunto si la herencia se encuentra confundida con su propio patrimonio. Reflexionaremos sobre esta cuestión y el sentido del Proyecto Bonelli desde la perspectiva de la autonomía e individualidad del patrimonio hereditario que va más allá del tipo de aceptación de la herencia.

2. PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA CUESTIÓN ANTE LAS DIFERENTES SITUACIONES FÁCTICAS: INSOLVENCIA DEL CAUSANTE VERSUS INSOLVENCIA DEL HEREDERO

El legislador italiano prevé, pues, la posibilidad de que sea declarada la quiebra del empresario fallecido siempre que tal declaración se realice dentro del plazo de un año desde la muerte y la insolvencia se haya manifestado anteriormente a la misma o dentro del año siguiente.

Una de las cuestiones debatidas por la doctrina italiana es la relativa a la fuente u origen de la insolvencia que puede dar lugar a la declaración de quiebra del difunto.

Para que se dé tal supuesto (declaración de quiebra del difunto) en el derecho italiano, es necesario, según SCHIANO DI PEPE, que la insolvencia sea imputable a la empresa gestionada por tal empresario (8). Si, además,

(6) Vid. esta evolución legislativa en VELLANI, *op. cit.*, pág. 18.

(7) Vid. VELLANI, pág. 22.

(8) Vid. «Il fallimento dell'imprenditore defunto», en *Il Diritto Fallimentare Riformato. Commento sistematico a cura di G. SCHIANO DI PEPE*, Cedam, 2007, págs. 19-20.

la insolvencia está ligada a su muerte o incluso a sucesos posteriores que afecten a los bienes del difunto, aunque estos procedan de comportamiento del propio heredero, también se puede declarar, según algunos autores, la quiebra del difunto (9). Esto último resulta, a mi entender, más discutible porque si la actuación del heredero con el patrimonio del difunto ha sido, en parte o en su totalidad, la causante de la insolvencia habrá que valorar si, también, se puede declarar la quiebra del propio heredero. Y ello, especialmente, en los casos en que el heredero sea empresario. Si no lo fuese, somos conscientes de que fallaría, en el ordenamiento italiano, el presupuesto subjetivo del *fallimento*.

En el caso de que el heredero haya continuado con la actividad empresarial del causante y la insolvencia se atribuya a la gestión del primero, es claro que no habrá declaración de concurso del fallecido sino solo del heredero-empresario. E incluso en el supuesto de continuación de actividad empresarial por parte del heredero, aunque la insolvencia sea imputable al causante, se ha dicho —a mi juicio, sorprendentemente— que el declarado en quiebra será el heredero (10).

Un caso diferente es aquel en el que haya confusión de patrimonios, el heredero sea o llegue a ser empresario y la insolvencia proceda de la actividad del causante. A pesar de lo complejo de la situación se tiende a considerar que en este caso existirán dos quiebras, la del *de cuius* y la del heredero, con diferentes masas pasivas, pudiendo los acreedores del *de cuius* concurrir también en la quiebra del heredero, pero no los del heredero en la quiebra del *de cuius* (11). La quiebra conjunta de causante y heredero es la tesis defendida en España por el Profesor LACRUZ, aunque no solo para el heredero que sea o llegue a ser empresario sino para cualquier heredero o herederos que acepten la herencia de modo puro y simple (12).

En el caso en el que haya confusión de patrimonios pero el heredero no sea empresario, se declarará la quiebra del *de cuius*, siempre que la confusión de patrimonios no haga desaparecer la insolvencia (13). En este caso, en España, no se podría declarar el concurso de la herencia, *ex* artículo 1.2 LC. Y aunque

(9) Así lo entienden SAVI, «Fallimento dell'imprenditore defunto e separazione dei patrimoni», en *Giurisprudenza commerciale*, 1974, I, págs. 459 y sigs., y SALANITRO, *Il fallimento dell'imprenditore defunto*, Giuffrè, 1974, págs. 3 y sigs.

(10) Vid. SCHIANO DI PEPE, *op. cit.*, pág. 19.

(11) Vid., en este sentido, SCHIANO DI PEPE, *op. cit.*, págs. 19-20.

(12) Vid. *Derecho de Sucesiones. Parte General*, Bosch, 1961, pág. 380.

(13) Esto no es pacífico en la doctrina italiana. Para algunos autores, como RAGUSA MAGGIORE, cuando la insolvencia procede exclusivamente del heredero no empresario, este debe responder en vía civil sin que se pueda declarar la insolvencia ni de él (que no es empresario) ni la del difunto. Vid. RAGUSA, «La morte dell'imprenditore e il fallimento», en *Diritto Fallimentare*, 1978, I, págs. 5 y sigs.

la ley no dice que se pueda declarar en concurso el o los herederos, la mayor parte de la doctrina así lo defiende (14).

En cualquiera de los casos de confusión de patrimonios anteriormente expuestos que originen, en Italia, o bien solo la quiebra del difunto o bien el concurso de quiebra del difunto y de los herederos, se defiende mayoritariamente —tanto en la doctrina como en la jurisprudencia— la existencia de dos masas patrimoniales diferentes: una formada por el patrimonio hereditario y otra por el patrimonio del heredero (15). Mientras la primera se destinará a la satisfacción de los acreedores concursales, la segunda se sujetará a las acciones ejecutivas individuales de los acreedores del difunto, así como a las de los personales del heredero. Es importante anunciar que aun en casos de confusión patrimonial, la doctrina y jurisprudencia italianas entienden que como consecuencia de la quiebra se generan dos masas patrimoniales diferentes y que el destino del patrimonio hereditario es el de satisfacer preferentemente a sus acreedores.

Cuando, por el contrario, la herencia no sea aceptada o haya sido aceptada con beneficio de inventario, se declarará la quiebra solo del *de cuius*, que puede ser solicitada tanto por los acreedores del difunto, como por los del heredero, sin que el patrimonio de los herederos pueda ser afectado de ningún modo. En este caso, en España, se podría declarar el concurso de la herencia, a la luz del artículo 1.2 de la vigente Ley Concursal.

En este epígrafe de carácter general tan solo hemos pretendido exponer las principales hipótesis partiendo, primeramente, del origen de la insolvencia y, luego, de la existencia o no de confusión patrimonial que suele encadenarse —discutiblemente, en mi opinión— a la aceptación pura y simple de la herencia. Si la insolvencia es imputable al heredero, parece obvio que es este último el que, en su caso, podrá ser declarado en quiebra. Pero en el ordenamiento italiano, solo el heredero empresario es susceptible de *fallimento*, por lo que en el supuesto de heredero no empresario habrá que pensar, en principio, en acciones civiles ejecutivas, individuales o singulares contra él mismo, pero no en un procedimiento de quiebra, como tal.

(14) Vid., a título de ejemplo, ROJO-ORDUÑA, «Comentario al artículo 1.2 de la Ley Concursal», en *Comentario de la Ley Concursal*, Civitas, 2004, pág. 157; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario del artículo 1 LC», en *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I, dirigidos por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, 2004, págs. 34 y sigs.; PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, Civitas (Estudios de Derecho Concursal), 2009, pág. 48; NAVARRO CASTRO, *La responsabilidad por las deudas hereditarias*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2009, pág. 61; o HIDALGO GARCÍA, «Comentario del artículo 1.2 LC», en *Comentarios de la Ley Concursal*, dirigidos por SÁNCHEZ-CALERO y GUILARTE GUTIÉRREZ, Lex Nova, 2004, pág. 81.

(15) Si bien volveremos sobre ello más adelante con una mayor extensión, citamos, como ejemplo paradigmático, la sentencia de la Corte Suprema (Sezione Prima Civile) de 28 de diciembre de 1998.

Cuando, por el contrario, la insolvencia proceda del causante y, además, exista confusión patrimonial se podría declarar, en el derecho italiano, la quiebra del difunto —o la del difunto y la del heredero si este es empresario— siempre, naturalmente, que la confusión patrimonial no haga desaparecer la insolvencia. El efecto de la declaración de quiebra —aun en el caso de confusión ligada a un particular modo de aceptar la herencia— será el de la separación del patrimonio hereditario. He aquí una importante diferencia respecto al ordenamiento español, donde en un supuesto similar —de confusión de patrimonio hereditario y patrimonio del heredero— una interpretación literal del artículo 1.2 LC no permitiría declarar el concurso de la herencia; y el heredero respondería con todo un patrimonio monolítico en el que la masa hereditaria habría perdido su identidad y autonomía. Esta interpretación gramatical del artículo 1.2 LC exigiría, en mi modesta opinión, una lectura correctora, aunque no sea este el lugar donde debamos realizarla.

3. PRESUPUESTO OBJETIVO: LA INSOLVENCIA POSTERIOR A LA MUERTE

Ya hemos visto que no solo la insolvencia anterior a la muerte puede dar lugar a la declaración de quiebra del difunto. Según el artículo 10 de la *Legge Fallimentare*, al que remite el 11 del mismo texto legal, la insolvencia que originará, en su caso, el *fallimento dell'imprenditore defunto* debe haberse *manifestato* anteriormente a la muerte o «*entro l'anno successivo*». Ya hemos anunciado que la legislación concursal española no regula la insolvencia *post mortem* como presupuesto objetivo del *concurso de la herencia*.

El primer interrogante que plantea el precepto italiano, según SALANITRO, es el de si el estado de insolvencia debe provenir del periodo anterior a la muerte del empresario o se puede haber producido también en el año sucesivo (16). Porque la ley habla de «manifestación de la insolvencia», pero la insolvencia puede haberse generado en un momento y manifestarse en otro. No es lo mismo, como bien se sabe, la cesación de pagos que el estado de insolvencia. Por estado de insolvencia, parece que hemos de entender, según el artículo 5 LF, aquella situación de incumplimiento en la que se encuentra el deudor que no puede satisfacer regularmente sus propias obligaciones. En consecuencia, parece que hemos de entender que aunque la insolvencia cristalice en un momento posterior a la muerte debe haberse gestado antes del fallecimiento, esto es, debe derivar del incumplimiento de obligaciones contraídas o surgidas antes de ese momento (17).

(16) Vid. *Il fallimento dell'imprenditore defunto*, Giuffrè, 1974, pág. 3.

(17) A la insolvencia relativa a obligaciones contraídas antes del cese de actividad empresarial se refiere la sentencia de la Corte Costituzionale (66/1999), de 8 de marzo de 1999 (Fundamento de Derecho Tercero).

Otro aspecto de cierto interés que suscita el presupuesto objetivo de la quiebra *post mortem* es el de la repercusión que sobre el mismo tiene el modo de aceptar la herencia por el o los herederos. DI MAJO dice que hay una cuestión sobre la que no existe ninguna duda doctrinal, y lo mismo podríamos decir para la regulación española: la quiebra no puede ser declarada si, a consecuencia de la confusión del patrimonio del difunto y el del heredero, el estado de insolvencia desaparece (18). Esto es obvio, lo cual no quiere decir que no se pueda declarar la quiebra del empresario fallecido, aun en el caso de herencia aceptada pura y simplemente, cuando el estado de insolvencia persista después de la aceptación, sea cual sea la modalidad de esta por la que se haya optado. La declaración de quiebra del empresario difunto (es decir, de su patrimonio hereditario) es compatible con la aceptación pura y simple de la herencia en el ordenamiento italiano, a diferencia de lo que sucede, para un caso similar, si aplicamos literalmente el artículo 1.2 de la Ley Concursal española.

4. TÉRMINO EN EL QUE SE PUEDE DECLARAR LA QUIEBRA DE UN EMPRESARIO YA FALLECIDO

Respecto al término o plazo en el que se puede declarar el *fallimento* de una persona fallecida, este es de un año, según establece el artículo 10 LF, y el *dies a quo* es el de la muerte del empresario. No existe tal plazo en el ordenamiento español para declarar en concurso una herencia, al que se le aplicarían las reglas generales establecidas en la ley concursal.

La sentencia de la *Corte Costituzionale* italiana de 8 de marzo de 1999 (núm. 66/1999) considera que el legislador, en los precitados artículos 10 y 11 de la *legge fallimentare*, fija en un año, desde la muerte o cese de actividad, el término dentro del cual pueda ser declarado el *fallimento dell'imprenditore cessato o defunto*, para equilibrar, de este modo, el difícil conflicto entre las exigencias de tutela de los acreedores y las de seguridad del tráfico jurídico, (Fundamento de Derecho núm. 5).

Una hipótesis particular es aquella en la que la actividad empresarial haya cesado antes de la muerte del empresario. En estos casos, lo lógico será que el plazo de un año se cuente no desde el fallecimiento sino desde el cese de actividad (19). Porque lo relevante, en estos casos, será el momento último de realización de actividad, ya que lo que genera la insolvencia es, en principio, la actividad empresarial y no el hecho en sí del fallecimiento, por muy elevados que sean los costes o gastos derivados de este.

(18) «Commentario art. 11 e 12 Legge Fallimentare», en *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. LO CASCIO, Ipsoa, 2008, pág. 92.

(19) Vid. DI MAJO, *op. cit.*, pág. 88.

5. LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR LA QUIEBRA DEL EMPRESARIO FALLECIDO

5.1. *¿Quiénes pueden solicitar la declaración de quiebra de un empresario fallecido?*

El artículo 11.2 de la *Legge Fallimentare* menciona solamente al heredero como persona legitimada, en determinados casos, para solicitar la declaración de quiebra, pero ello no quiere decir que sea este el único sujeto que pueda pedir la quiebra. En realidad, lo que parece querer decir el apartado segundo de este precepto es que a los sujetos legitimados con carácter general por la LF en el artículo 6, se añade otro más en determinadas circunstancias: el heredero. El artículo 6 permite la legitimación al deudor, al acreedor o acreedores y al Ministerio Fiscal. Desde la reforma de 9 de enero de 2006 (*Riforma delle procedure concorsuali*) la quiebra no se puede declarar de oficio.

A diferencia del ordenamiento italiano, el artículo 3 de la Ley Concursal española, en su apartado cuarto, establece que «los acreedores del deudor fallecido, los herederos de este y el administrador de la herencia podrán solicitar la declaración de concurso de la herencia no aceptada pura y simplemente».

En realidad, la diferencia más relevante queda reducida a la figura del Ministerio Fiscal que carece de legitimación en el Derecho concursal español. En relación al administrador de la herencia, al que expresamente se refiere la ley española, hemos de entender que también está legitimado en el ordenamiento italiano.

Así, algún autor ha señalado que las personas legitimadas para pedir el *fallimento dell'imprenditore defunto* son el *curatore della liquidazione concorsuale ereditaria*, el *esecutore testamentario*, los *creditori del defunto dell'eredità* y, si falta heredero, el *curatore dell'eredità giacente* (20). Observemos que, además de los correspondientes administradores, acreedores y herederos, se menciona al «ejecutor» testamentario, es decir, al albacea. En el ordenamiento italiano, el *esecutore testamentario*, salvo disposición contraria del testador, tiene, entre otras, la facultad de administrar la masa hereditaria (art. 703 CC italiano) y, en este sentido, está justificada su legitimación para la solicitud de quiebra.

Parcialmente diversas son las funciones del albacea en el Código Civil español. Salvo que el testador le hubiese conferido expresamente la facultad de solicitar el concurso *post mortem*, es dudosa esta legitimación habida cuenta de que estamos ante un mero ejecutor testamentario que, como tal, debe limitarse a hacer cumplir la voluntad testamentaria. Es cierto que cuando el testador no haya establecido expresamente las facultades del albacea, este puede, entre otras cosas, «tomar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de

(20) Vid. VELLANI, *op. cit.*, pág. 48.

los bienes, con intervención de los herederos presentes» (art. 902 CC español); pero «conservación» y «custodia» no implican, a mi juicio, ni administración ni actos de especial trascendencia para el patrimonio hereditario como lo son las consecuencias derivadas de la quiebra o concurso.

Además de los sujetos anteriormente señalados, la doctrina italiana se ha planteado la legitimación del «llamado» a la herencia que no la haya aceptado o repudiado todavía. Una buena parte de los autores responden afirmativamente, basándose en los artículos 460 y 485 del Código Civil italiano que parecen atribuir al llamado la facultad de velar por la conservación del patrimonio hereditario, evitando, por ejemplo, las acciones ejecutivas individuales y sustituyendo estas acciones por el *fallimento* (21).

La legitimación del simple llamado en el ordenamiento italiano podría estar justificada, además de en el argumento legal anteriormente expuesto, en la falta de previsión expresa del legislador italiano sobre los sujetos legitimados para pedir la quiebra del empresario fallecido. Por el contrario, en el derecho español, al referirse el artículo 3.4 LC al heredero, parece que queda claro que si se quisiese legitimar al llamado, se habría dicho expresamente. De otro lado, hay que tener presente que los actos que puede realizar, en su caso, el simple llamado a una herencia son actos que despliegan una eficacia provisional y temporal en el patrimonio hereditario, mientras que la declaración de quiebra o concurso de acreedores tiende a producir efectos definitivos sobre ese patrimonio. Sin embargo, no hay que descuidar la posibilidad de que cuando la Ley Concursal española se refiere al heredero legitimado para solicitar el *concurso de la herencia*, lo haga no solo al heredero en sentido estricto, por haber aceptado ya la herencia a beneficio de inventario, sino también al simple llamado a una herencia que todavía no ha sido aceptada. Solo así cobraría sentido, por ejemplo, la expresión empleada por el artículo 1.2 LC: «*el concurso de la herencia podrá declararse en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente*» (22).

Por último, hay que hacer referencia a la legitimación del o de los herederos para pedir la quiebra *post mortem* siempre que «*l'eredità non sia già confusa con il suo patrimonio*» (segundo párrafo del art. 11 LF). Coincide tal previsión con la establecida en el artículo 3.4 de la LC, al decir que se puede pedir «*la declaración de concurso de la herencia no aceptada pura y simplemente*», habida cuenta de que se asocia —erróneamente, en mi opinión— el efecto de confusión a la aceptación pura y simple de la herencia. Con todo, hay una diferencia importante entre la norma del artículo 11.2 LF y la del 3.4 LC: el primero solo afecta al heredero —o herederos— prohibiéndole solicitar la

(21) Vid. APRILE, «Commentario articolo 11 e 12 Legge Fallimentare», en *La Legge Fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di M. FERRO, Cedam, 2007, pág. 89; o VELLANI, *op. cit.*, pág. 48.

(22) La redonda es mía.

quiebra cuando la herencia esté confundida con su patrimonio; el segundo, por el contrario, proscribe la solicitud de concurso a todos los sujetos legitimados, cuando la herencia haya sido aceptada de modo puro y simple. Y esta diferencia tiene, naturalmente, importantes consecuencias prácticas: el hecho de que, en el ordenamiento italiano, el heredero puro y simple no pueda pedir la declaración de quiebra del difunto no significa que no lo puedan pedir los otros sujetos legitimados para hacerlo.

5.2. *La prohibición del heredero que haya aceptado pura y simplemente de solicitar la quiebra de su causante*

La doctrina considera que son dos las razones que justifican la prohibición del segundo párrafo del artículo 11 LF respecto al heredero que ha aceptado de modo puro y simple la herencia: del mismo modo que al heredero no se le permite pedir la separación ordinaria de derecho civil, reservada para los acreedores de la herencia, así, análogamente, no le debe estar permitido pedir la quiebra del difunto porque ello eliminaría la confusión de patrimonios; por otro lado, se arguye que si al heredero se le permitiese, en este caso, pedir la declaración de quiebra, ello implicaría la modificación del régimen de su responsabilidad por los créditos hereditarios porque declarada la quiebra y separados, por tanto, los patrimonios, su responsabilidad no sería directa sino subsidiaria (23).

En definitiva, lo que se quiere significar es que si no existiese tal proscripción quedaría eliminado el efecto de la aceptación pura y simple, que es el de la confusión, según la doctrina dominante. Si partimos, como hace PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS en la doctrina española, de que el efecto de la aceptación no es el de la confusión (24), no habría por qué impedir al heredero pedir la declaración de quiebra del difunto. Tampoco estoy plenamente de acuerdo con la idea de que se produciría una modificación del régimen de responsabilidad en caso de que el heredero solicitase la declaración de quiebra del difunto. Creo que no se produciría modificación alguna en la medida en que la masa responsable seguiría siendo la misma, antes y después de la aceptación y con independencia de la modalidad de esta.

En consecuencia, no se entiende bien por qué solo se realiza tal prohibición respecto al heredero o herederos y no afecta, sin embargo, al resto de sujetos legitimados para solicitar el *fallimento dell'imprenditore defunto*, que pueden hacerlo al margen de cómo haya sido aceptada la herencia.

(23) Vid. VELLANI, *op. cit.*, pág. 48, y SALANITRO, *Il fallimento dell'imprenditore defunto*, cit., pág. 40.

(24) Vid. *La herencia y las deudas del causante*, Comares, 2009, 3.ª ed., págs. 305 y sigs.

6. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE QUIEBRA DEL EMPRESARIO FALLECIDO

6.1. *La separación del patrimonio hereditario como principal efecto de la declaración de quiebra de un empresario fallecido*

No existen muchas dudas en la doctrina italiana sobre el hecho de que una vez declarada la quiebra del difunto se constituyen dos masas patrimoniales diferentes destinadas, cada una, a satisfacer a sus respectivos acreedores, de modo que los acreedores del heredero deudor solo podrán hacer valer sus derechos sobre la parte de los bienes hereditarios que tocara al heredero después de la finalización del procedimiento concursal (25). De este modo, según la opinión dominante en Italia, la declaración de quiebra cancelaría, incluso, la confusión consiguiente a la aceptación pura y simple de la herencia (26).

La jurisprudencia es también casi unánime en defender la existencia de una separación entre el patrimonio del difunto y el patrimonio del heredero como consecuencia de la declaración de quiebra *post mortem* (27).

Este efecto de separación patrimonial es, pues, una especie de garantía de los acreedores del empresario difunto que tienen el derecho de satisfacerse de modo preferencial respecto a los legatarios y a los acreedores de los herederos (Cassazione, 28 de diciembre de 1998).

Se ha dicho, incluso, que la prelación de los bienes hereditarios a favor de los acreedores del *de cuius*, hace que la transcripción o inscripción sobre los

(25) DI MAJO, «Commentario art. 11 e 12 Legge Fallimentare», en *Codice commentato del fallimento*, op. cit., pág. 92.

(26) Vid., entre otros, SALANITRO, op. cit., págs. 33-34; VELLANI, op. cit., págs. 12; o DI MAJO, op. cit., pág. 88. Valga como claro ejemplo de esta tesis el siguiente párrafo extraído de la citada obra de SALANITRO, donde se refleja la doctrina general: «secondo l'insegnamento tradizionale, conseguenza della dichiarazione di fallimento è la costituzione di due masse patrimoniali distinte: la prima, formata dai beni ereditari, la cui liquidazione concorsuale sarebbe esclusivamente rivolta alla soddisfazione paritaria dei creditori del difunto; la seconda, formata dai beni appartenenti all'erede a qualunque altro titolo, la quale rimarrebbe soggetta all'azione ejecutiva individuale sia degli stessi creditori ereditari (verso i quali, in seguito all'accettazione pura e semplice, l'erede è divenuto illimitatamente responsabile) sia dei creditori personali dell'erede stesso».

Este criterio, prácticamente predominante en la doctrina italiana, no es compartido por algún autor como ANDRIOLI, a cuya tesis nos referiremos en el siguiente epígrafe.

(27) La sentencia de Casación Civil, Sezione I, de 28 de diciembre de 1998 (núm. 12846) sigue los pronunciamientos de sentencias anteriores de la misma Corte, desde la resolución de 25 de noviembre de 1977, considerando que «il fallimento *post mortem* dell'imprenditore comporta l'acquisizione del patrimonio da questi relitto all'attivo fallimentare, nonchè la separazione del patrimonio stesso da quello degli eredi (se già tale effetto non è stato ottenuto mediante accettazione con beneficio d'inventario), al fine di permettere ai creditori dell'imprenditore defunto, ammessi al fallimento, di soddisfarsi in via preferenziale rispetto ai legatari e ai creditori degli eredi».

Puede verse un comentario de esta sentencia en COSSIGNANI, «In tema di fallimento dell'imprenditore defunto e ritirato dal commercio», en *Giustizia Civile*, 1999, 9.

bienes hereditarios realizadas contra el heredero por parte de sus acreedores personales sean inoponibles al *fallimento*, aunque se hubieran realizado antes de la declaración de quiebra (28).

Y todo ello, como hemos señalado, se desencadenará con independencia de la forma de aceptación de la herencia, de modo tal que también en el caso de aceptación pura y simple se produce este efecto de separación de patrimonios.

Llegados a este punto, lo lógico es preguntarse cuál es la base o fundamento legal que permita defender el efecto de separación patrimonial que va anudado a la declaración de *fallimento*. Algunos autores han dicho —creo que con bastante acierto— que la explicación reside en el denominado *spossestamento* establecido en el artículo 42 LF (29). Según este precepto, la sentencia que declara la quiebra priva, desde su fecha, al quebrado de la administración y de la disposición de los bienes que tenga en la fecha de la declaración. Esta especie de «desposesión» patrimonial hace que los bienes pertenecientes al quebrado queden «inmovilizados» para satisfacer, en la medida de lo posible, a sus acreedores.

6.2. *La extinción de los efectos de la separación de bienes obtenida por los acreedores hereditarios a consecuencia del efecto consuntivo de separación patrimonial derivado de la quiebra*

El tercer párrafo del artículo 11 LF extingue los efectos de la «separación de bienes» obtenida por los acreedores del causante según el artículo 512 del Código Civil italiano, institución esta que no existe en el Código español. A grandes rasgos y sin perjuicio de que tratemos la figura con más detalle en el epígrafe siguiente, esta especie de beneficio de separación tiene, como finalidad, la de asegurar, con bienes del difunto, la satisfacción de los acreedores y legatarios del difunto que lo hayan solicitado en un plazo de tres meses desde la apertura de la sucesión, con preferencia a los acreedores personales del heredero.

FERRI ha dicho que la expresión del legislador respecto al cese de los efectos de la separación de bienes a consecuencia de la quiebra no es del todo exacta porque no extingue la separación, sino todo lo contrario, extiende los efectos de la misma a todo el patrimonio del difunto (30). Añade el propio FERRI que la quiebra *post mortem* «fa cessare gli effetti della separazione (...) ma non nel senso di lasciarli cadere, ma in quello di assumerli su di sè estendendone

(28) Así, DI MAJO, *op. cit.*, pág. 92.

(29) Vid. VELLANI, *op. cit.*, pág. 30.

(30) Vid. *Successioni in generale, Commentario Codice Civile*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 1968, pág. 51.

gli effetti a tutti i creditori del defunto» (31). Dicho de otro modo, con una expresión nuestra: la separación de concretos bienes del difunto se sustituye, como consecuencia de la quiebra *post mortem*, por la separación automática de todo su patrimonio.

La explicación del porqué del tercer párrafo del artículo 11 LF reside en evitar la disparidad de trato entre unos acreedores hereditarios (los que han obtenido el beneficio de separación según el Código Civil y otros (los que no han obtenido ese beneficio). Se trata de evitar que permanezcan dentro del grupo de acreedores del difunto (ahora de la quiebra) derechos de prelación distintos a los contemplados expresamente por la LF (32). Según SALANITRO, existe una incompatibilidad entre los dos instrumentos de separación porque el privilegio del acreedor separatista es incompatible con las exigencias de una tutela paritaria de todos los acreedores del difunto (33).

Así pues, la finalidad principal de este efecto de separación consiste en la tutela paritaria de todos los acreedores del titular del patrimonio insolvente.

Pero, al lado de esta tesis mayoritaria que parece razonable, ANDRIOLI defiende una idea totalmente diversa. Según este autor, el último párrafo del artículo 11 LF, al eliminar de pleno derecho el efecto de la separación establece, de algún modo, «il venir meno della preminenza dei creditori del defunto sui creditori personali dell'erede in ordine ai beni separati e, quindi, la parità di trattamento tra gli uni e gli altri, salve le legittime cause di prelazione e senza distinzione tra beni separati e non separati» (34). Para este autor, el párrafo tercero sirve para confirmar que con la declaración de quiebra los patrimonios se confunden y solo así se podría justificar, según su criterio, la posibilidad legal de declarar la quiebra *post mortem* del difunto en un caso de aceptación pura y simple de la herencia. A mi juicio, no parece que sea esto lo que quiera decir el párrafo tercero del artículo 11. A pesar de que se diga que cesan los efectos de la separación prevista en el Código, la extinción de este efecto no impide que no se pueda producir otra separación patrimonial distinta, la consiguiente a la declaración de quiebra.

En resumen, para ANDRIOLI, la quiebra del difunto no determina la separación de patrimonios en los casos de herencia confusa. Señala SALANITRO que el problema que tiene esta tesis es que si pensamos en la hipótesis extrema en la que todos los acreedores del difunto hayan ejercitado el derecho de separación, *ex* artículo 512 del Código Civil, sobre todos los bienes que compongan la masa hereditaria, si fuese cierto que la declaración de quiebra provoca la cesación de efectos de la separación reconstituyendo la confusión de los patrimonios,

(31) *Op. cit.*, pág. 43.

(32) Vid. VELLANI, *Fallimento post mortem e separazione dei beni*, cit., pág. 10.

(33) Vid. *op. cit.*, pág. 44.

(34) Vid. «Fallimento dell'imprenditore defunto e separazione dei patrimoni», V. ANDRIOLI, *Studi in onore di Alberto Asquini*, T. I, Cedam, 1965, pág. 9 y sigs.

de ello derivaría una ventaja exclusivamente para los acreedores personales del heredero (35).

6.3. *Diferencia entre la separación de bienes concretos que pueden obtener los acreedores y la separación patrimonial como efecto de la declaración de quiebra*

A la vista de la regla tercera del artículo 11 LF, se impone la necesidad de diferenciar claramente dos instituciones que se mezclan y confunden con cierta frecuencia entre los comentaristas de esta materia en Italia: la separación de bienes a la que se refieren los artículos 512-518 del Código Civil italiano y la formación de dos masas patrimoniales distintas como consecuencia de la declaración de quiebra. La separación de bienes es una facultad que pueden ejercitar los acreedores del causante o los legatarios para asegurarse la satisfacción con determinados bienes de aquel, con preferencia respecto a los acreedores del heredero. VELLANI lo explica de un modo sugestivo, desde la perspectiva del fenómeno sucesorio: «come la confusione dei due patrimoni potrebbe nuocere, in caso di eredità pasiva, agli eredi, che potranno utilizzare il rimedio del beneficio d'inventario, così potrebbe nuocere ai creditori del difunto, nel caso che siano gli eredi ad essere gravati di debiti, ed allora ai crediti dell'eredità è concesso il potere di ricorrere alla separazione, per essere sodisfatti con preferenza sui beni relitti del loro debitore» (36).

Por el contrario, el efecto del *fallimento* es el de la formación de dos masas patrimoniales: una constituida por todos los bienes del empresario difunto, sobre la cual se abre el concurso de sus acreedores, de acuerdo con la *legge fallimentare*; la otra, constituida por los bienes del heredero, que va a formar la garantía patrimonial para sus acreedores, además de quedar sujeta a la satisfacción de los acreedores de su causante, cuando haya aceptado pura y simplemente la herencia (37). Este fenómeno, añade VELLANI, supone un método de gestión de patrimonios, sobre todo en el caso en el que se produzca la confusión derivada de una aceptación pura y simple de la herencia (38).

En un caso —separación de bienes— se separan concretos bienes; en el otro —efecto del *fallimento*— se separan los patrimonios (el del de *cuius* y el de los herederos) en su totalidad.

El origen de la *separación de bienes* regulada en el Código italiano deriva del *ius honorarium* del derecho romano, cuando el pretor, para tutelar los intereses de los acreedores del difunto que quisieran evitar el concurso de los acreedores

(35) Vid. *op. cit.*, pág. 41, nota 83.

(36) Vid., *Fallimento post mortem e separazione dei beni*, *op. cit.*, pág. 1 y sigs.

(37) VELLANI, *ibidem*.

(38) *Op. cit.*, pág. 14.

personales del heredero, les concedía la *separatio bonorum* (39). De este modo, la herencia se convertía en una unidad en sí misma, separada del patrimonio del heredero, en cuyo ámbito debían satisfacerse los acreedores del difunto, con la consecuencia extrema de que los acreedores separatistas perdían todo derecho sobre el patrimonio del heredero. Esta institución se fue modificando con el tiempo, de modo que ya no se trata de la separación de todo un patrimonio y, por tanto, no se crean dos masas patrimoniales. Lo que hoy se separa son concretos bienes. De otro lado, los acreedores separatistas pueden cobrar con cargo al patrimonio del heredero si este es ilimitadamente responsable.

Se ha dicho que en la práctica, la separación de bienes constituye la realización de una forma particular de garantía y prelación (40). Con independencia de cuál sea la naturaleza de ese derecho de separación —real o personal— lo cierto es que estamos ante una causa legal de prelación que casa mal con la disciplina concursal de la *par conditio creditorum* y, por ello, el artículo 11.3 LF la hace desaparecer.

6.4. *Un caso particular: la separación patrimonial consiguiente a la declaración de quiebra de un patrimonio hereditario aceptado de modo puro y simple*

Ya hemos anticipado, en varios epígrafes de este estudio (2 y 6.1, principalmente) una interesante y polémica cuestión que se podría extrapolar al ordenamiento español: aun en el caso de herencia aceptada pura y simplemente resulta posible declarar la quiebra *post mortem* de un empresario, con el consabido efecto de separación entre el patrimonio hereditario y el patrimonio de los herederos.

Aquí y ahora hemos de ocuparnos, con más detalle, de la repercusión de la declaración de quiebra en el supuesto de una herencia aceptada de modo puro y simple, cuyo efecto es, según la doctrina dominante, el de la confusión patrimonial (41). Se ha dicho, de modo esquemático, que los tres principales efectos de la confusión patrimonial son: 1) la extinción de las recíprocas relaciones de débito-crédito; 2) la responsabilidad ilimitada del heredero por las deudas hereditarias; 3) la posición paritaria de todos los acreedores, hereditarios y del heredero, sobre el patrimonio relicto (42). Estos efectos dejarían de producirse a partir de la declaración de quiebra, por la «tipica inopponibilità

(39) Vid. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, 14.^a ed., Napoli, 1974, págs. 559 y sigs.

(40) Así, VELLANI, *op. cit.*, pág. 3.

(41) Vid. VELLANI, *op. cit.*, págs. 22 y sigs.

(42) Vid. VELLANI, *op. cit.*, pág. 23.

fallimentare di cui sono espressione gli artt. 64, 65 e 70 l. fall», es decir, por la ineficacia relativa de todos aquellos actos que puedan resultar perjudiciales para los acreedores de la quiebra (43).

Según SAVI: «col fallimento si ripristinano nella loro originaria consistenza e struttura i patrimoni che si erano confusi, nonchè i rapporti estinti, reviviscenza però solo “fallimentare” che non si pone quindi in termine di rescissione o cancellazione definitiva» (44). El denominado efecto «repristinatorio» no consiste en otra cosa que en volver al estado primitivo el activo y pasivo del patrimonio relicto que, a consecuencia de la confusión, hayan podido sufrir alteraciones.

Pues bien, ante un supuesto de declaración de quiebra de un empresario fallecido, cuyo patrimonio relicto ha sido aceptado de modo puro y simple por el heredero pueden ser dos las soluciones posibles: 1) que la confusión patrimonial sea irreversible y que nos encontremos ante un conjunto de relaciones activas y pasivas que corresponden tanto al difunto como al heredero, pero que se hayan integrado ya en un único patrimonio *monolitico*; 2) que todavía sea posible separar los dos patrimonios y reconstruir en la medida de lo posible el patrimonio relicto, de cara a la satisfacción de los acreedores del difunto.

En el primer caso, nos encontraremos ante una deuda del heredero respecto a la quiebra del difunto o, dicho de otro modo, la quiebra sería una acreedora del sujeto titular de aquello que se ha convertido en un patrimonio único (a los acreedores del difunto les corresponderá un derecho de crédito respecto al heredero en quiebra).

Además, en esta primera tesis, se eliminaría la preeminencia de los acreedores del difunto respecto a los de los herederos en el concurso derivado de la insolvencia del difunto porque al no diferenciarse los patrimonios, «todos» podrían cobrar con cargo al «todo» (45). Esta preeminencia no hay que interpretarla, en mi opinión, como un privilegio sino como la consecuencia lógica de la responsabilidad del patrimonio del difunto por las deudas contraídas en vida.

La segunda solución propuesta, que es la predominante en la doctrina —como hemos visto— deriva del denominado «spossesamento» del heredero

(43) VELLANI, *ibidem*.

(44) Vid. *Il fallimento dell'imprenditore defunto*, Giuffrè, 1976, págs. 244-246.

Desde la perspectiva de la responsabilidad del heredero, resulta muy interesante, en mi opinión, el siguiente texto de SALANITRO (*op. cit.*, pág. 40): «...in conseguenza del fallimento dell'imprenditore defunto, la responsabilità illimitata e solidale che l'erede ha assunto, per l'accettazione pura e semplice dell'eredità, diviene sussidiaria, facendo sì che i creditori del defunto concorrano sui beni dell'erede, assieme ai suoi creditori personali, esclusivamente per la parte rimasta insoddisfatta, e solo dopo la liquidazione fallimentare, mentre se la responsabilità dell'erede non diventasse sussidiaria, i creditori del defunto, in costanza di fallimento, potrebbero addirittura precedere i creditori dell'erede nell'agredire il suo patrimonio, mantenendo tuttavia fermo il diritto di conseguire tutto quanto ricavato dalla liquidazione concorsuale.

(45) Esta es la tesis defendida por ANDRIOLI a la que hemos hecho referencia anteriormente, en el epígrafe 6.2.

de los bienes que le corresponden. La consecuencia de la misma es que la responsabilidad del heredero (ilimitada y solidaria) se convierte en subsidiaria, de modo tal que de las deudas hereditarias (que ahora configuran la masa pasiva de la quiebra) responde el patrimonio hereditario (que ahora constituye la masa activa de la quiebra). Si no fuese así y existiese confusión, los acreedores hereditarios concurrirían con los personales del heredero y si bien los primeros carecen de una específica preferencia legal, sí deberían poder cobrar con cargo al patrimonio responsable. El modo de aceptar la herencia por el heredero puede tener consecuencias en el tipo de responsabilidad que asuma el heredero pero no puede repercutir en la responsabilidad del patrimonio hereditario por sus propias deudas que debe continuar más allá del tipo de aceptación, porque lo primero es pagar las deudas hereditarias.

Si la declaración de quiebra sobre el patrimonio hereditario no desplega-se el reiterado efecto de separación patrimonial —aun a consecuencia de una herencia aceptada de modo puro y simple— tanto los acreedores hereditarios como los acreedores personales del heredero saldrían perjudicados. Los primeros porque cobrarían —o no— en igualdad de condiciones que los segundos; y los segundos porque no pudiendo insinuarse en la quiebra tendrían que cobrar sobre lo que quedase —si es que queda algo— en igualdad de condiciones que los acreedores hereditarios.

6.5. *¿Desde cuándo tiene lugar la separación del patrimonio hereditario y cómo se materializa?*

¿Cómo se realiza la separación del patrimonio hereditario? Porque es claro que una cosa es separar el patrimonio en sentido jurídico (hacer la fotografía del patrimonio del quebrado en el momento de su muerte) y otra diferente es intervenir en la gestión que ya haya hecho el heredero y, por tanto, establecer qué concretos bienes se pueden incorporar al *fallimento*. El «cómo» se produce la separación está indisolublemente ligado al «desde cuándo».

En efecto, se ha planteado en la doctrina italiana la duda sobre el momento desde el que se produce tal efecto de separación: si desde la declaración de *fallimento* o, retroactivamente, desde la muerte del causante (46). Aunque la eficacia retroactiva es la tesis que mejor permite tutelar los intereses de los acreedores del difunto, lo cierto es que no hay soporte legal que permita sostener que el «spossestamento» tenga lugar antes de la declaración de quiebra. Por otro lado, según VELLANI, el heredero que ha aceptado la herencia de modo puro y simple tiene plena legitimidad para disponer de los bienes y, por tanto, el efecto de la

(46) Vid. VELLANI, *Fallimento post mortem*, op. cit., pág. 29 y sigs.

separación no puede ser anterior a la declaración de quiebra (47). Esto es lo que sostiene este autor, diciendo, en otro lugar, que la identificación del patrimonio del difunto se hará en el momento de la declaración de quiebra; otra cosa es que los actos anteriores realizados por el heredero puedan ser susceptibles de impugnación e, incluso, se pueda llegar a declarar el *fallimento* del propio heredero (48).

No estoy plenamente de acuerdo con esta idea porque, aunque la aceptación pura y simple le permita al heredero gestionar y disponer de los bienes de la herencia, esto no entra en contradicción con la separación patrimonial. No veo impedimento para declarar la eficacia retroactiva de la separación o, mejor dicho, para defender la autonomía del patrimonio hereditario y la garantía de su responsabilidad desde el mismo momento de la apertura de la sucesión.

Hemos de recordar, en este punto, que en España, la autorizada opinión de PEÑA viene a decir que no hay herencia hasta que se paguen las deudas y, por tanto, los herederos tendrían que esperar a satisfacer a los acreedores antes de disponer del remanente (concepto residual de herencia) (49). También se podría pensar que aunque los herederos dispongan, tendrán que responder con el patrimonio hereditario que recibieron, no con el que queda después de los actos de disposición, con independencia de que queden o no concretos bienes en el patrimonio hereditario: si no quedasen, tendrán que responder con su propio patrimonio personal y si este no fuese suficiente, se podrá declarar el concurso o la quiebra del propio heredero.

Respecto a cómo se materializa la separación de bienes, se ha dicho que deberán aplicarse las normas del Código Civil (arts. 512-518) en materia de separación de bienes del difunto de los del heredero, coordinadas con los principios del procedimiento concursal, de modo tal que respecto a los bienes inmuebles o a aquellos inscritos en registros públicos, la separación se realiza mediante la anotación de la sentencia de quiebra en los registros públicos (art. 88.2 LF); respecto a los muebles, se hará un inventario por parte del *giudice delegato ed esequito dal curatore*. A ello se une la toma de posesión de los bienes por parte del *curatore* o administrador de la quiebra (50).

7. QUIEBRA DEL DIFUNTO Y QUIEBRA DEL HEREDERO

Ya hemos visto que la legislación italiana de quiebras difícilmente admite la quiebra de un sujeto que no sea comerciante, por lo que si el heredero es

(47) *Ibidem*.

(48) Vid. *op. cit.*, págs. 32 y sigs.

(49) Vid. *La herencia y las deudas del causante*, cit., pág. 151.

(50) Vid. DI MAJO, «Commentario arts. 11 e 12 Legge Fallimentare», en *Codice commentato del fallimento*, *op. cit.*, pág. 88.

empresario no hay ningún inconveniente en declarar la quiebra, también, del heredero o, incluso, solo del heredero. Sin embargo, cuando el heredero no tiene esta cualidad, el hecho de la aceptación pura y simple de la herencia no se la atribuye. Esto no sucedería, evidentemente, en la legislación concursal española donde el que quiebra no tiene por qué ser necesariamente empresario y, en los casos de aceptación pura y simple de la herencia, una buena parte de la doctrina española defiende la posibilidad de declarar en concurso al heredero o herederos que así hayan aceptado (51).

En la práctica jurídica italiana se diferencian, fundamentalmente, tres supuestos: 1) el heredero aceptante no es empresario comercial y, obviamente, no continúa la empresa del difunto; 2) el heredero continúa, aunque solo sea de hecho, la actividad comercial del difunto; 3) el heredero es empresario comercial independiente del difunto y, por tanto, no prosigue la actividad del difunto (52).

En la primera situación fáctica, ya hemos señalado anteriormente que si la insolvencia es imputable al difunto, solo este podrá ser declarado en quiebra (53). El problema surgirá en aquellos casos en los que la insolvencia no es imputable al difunto sino a actos realizados por el heredero (no empresario) que, por ejemplo, dilapida el patrimonio hereditario en el juego. En casos como estos algunos autores defienden la quiebra del difunto aunque la insolvencia no le sea a él imputable, pero sí lo es a su patrimonio (54). Otros autores, como RAGUSA MAGGIORE y VELLANI, entienden que en estos casos el que quiebra no es el difunto, y tampoco el heredero porque no es empresario, pero al ser el autor de los actos perjudiciales y al ser a él imputable la insolvencia, él es el responsable y la tutela de los acreedores se deberá realizar a través de la vía civil, en la que, por ejemplo, podrán pedir la separación de bienes (arts. 517 y sigs. CC) (55).

En la segunda y tercera de las hipótesis propuestas parece que no habrá impedimento alguno para declarar la quiebra del heredero.

Pero la cuestión realmente importante en este ámbito es la de la posibilidad de concurrencia de la quiebra del difunto con la quiebra del heredero. Hay criterios diversos en la doctrina italiana, aunque el criterio guía parece ser el de la imputación de los actos y, consecuentemente, de la insolvencia que, en su caso, desencadenará la correspondiente quiebra (56). Por ello, no hay inconveniente en que concurren las dos quiebras si la insolvencia es atribuible a ambos sujetos. Ahora bien, se considera que declarada la quiebra del heredero, no se aplicará la normativa del artículo 11 LF y, por tanto, no cesarán los efectos de la separación

(51) Nos remitimos a la nota 14 del presente trabajo, donde ya hemos reflejado esta cuestión.

(52) Vid. VELLANI, *op. cit.*, pág. 36.

(53) Vid. epígrafe II.2.

(54) Vid. SALANITRO, *op. cit.*, pág. 37.

(55) RAGUSA, *op. cit.*, pág. 5 y sigs.; VELLANI, *op. cit.*, pág. 37.

(56) Así, VELLANI, *op. cit.*, págs. 38-39.

de bienes en caso de que alguno de los acreedores del heredero la haya solicitado (es decir, estos acreedores serán y continuarán siendo privilegiados) (57). Una primera lectura de esta interpretación doctrinal aboca, a mi juicio, en la lesión del principio dominante en el concurso o en la quiebra, el de la *par conditio creditorum*, de modo que toda preferencia crediticia debería estar expresamente reconocida. Si admitimos que en la quiebra del heredero, además de sus propios acreedores, pueden insinuarse los del causante, lo lógico será que no existan más privilegios que los regulados por la correspondiente ley de quiebras. Y si esta no hace referencia alguna a la subsistencia de privilegios existentes al amparo de otra normativa no debería bastar el hecho de que el artículo 11 LF se refiera solo a la quiebra del difunto para entender que alguna de sus normas —y en concreto la del párrafo tercero— se apliquen también a la quiebra del heredero.

En el caso de concurrencia de ambos concursos o quiebras, se ha suscitado la interesante cuestión de si los acreedores del difunto pueden concurrir en la quiebra del heredero y viceversa cuando la herencia ha sido aceptada de modo puro y simple. *Prima facie*, se impone una primera respuesta negativa ya que siendo la separación patrimonial el efecto de la quiebra *post mortem*, cada grupo de acreedores debería cobrar con cargo al patrimonio responsable y no con cargo a otro. Hemos de recordar que si bien el efecto de la aceptación pura y simple es —según la tesis mayoritaria— el de la confusión entre el patrimonio hereditario y el patrimonio del heredero, creándose una única masa patrimonial, cuando se produce la quiebra de uno y de otro, la confusión queda eliminada y se reconstituyen dos masas activas autónomas destinadas a satisfacer sus respectivos créditos (58).

Pues bien, VELLANI viene a señalar que los acreedores personales del heredero solamente podrán insinuarse en la quiebra del difunto y los acreedores del difunto en la del heredero, una vez agotado el patrimonio de su deudor, o

(57) Vid. VELLANI, *op. cit.*, págs. 39-40.

(58) Las principales hipótesis de no confusión patrimonial son las siguientes: herencia todavía no aceptada, herencia yacente o herencia aceptada a beneficio de inventario; a las que habría que añadir, en el derecho italiano, la de la separación de bienes solicitada por los acreedores del causante. En estos casos, existen dos centros de imputación de intereses distintos, tanto en el ámbito activo como pasivo del patrimonio. Esto es obvio para los supuestos enunciados, pero creo que también existe esa distinción en el caso de la aceptación pura y simple porque el efecto de esta modalidad de aceptación no es tanto el de la confusión patrimonial cuanto el de la extensión de la responsabilidad a los bienes o al patrimonio del heredero o herederos que así hayan aceptado, de modo que la masa hereditaria sigue conservando su autonomía e independencia y la responsabilidad por las deudas de esa masa se extiende o alcanza, también, al patrimonio del heredero, sin perjuicio de que los bienes se hayan mezclado. Lo importante no es, pues, si los bienes se han o no confundido sino cuál es el soporte patrimonial inicialmente responsable. Esto es lo realmente importante, en mi opinión, de modo que el efecto de la confusión no es, ni mucho menos, el más importante de la aceptación pura y simple —para algunos, como PEÑA, ni siquiera es tal— sino el de la extensión de la responsabilidad.

sea que pueden proceder subsidiariamente contra el otro patrimonio por lo que les quede por satisfacer porque existe un «reciproco vincolo di sussidiarietà tra i due patrimoni» (59).

La opinión de SALANITRO sobre la relación entre los acreedores del heredero y los acreedores del difunto es parcialmente diferente (60). Según SALANITRO, puesto que los patrimonios permanecen separados, los acreedores del difunto pueden concurrir en la quiebra del heredero solo en la parte de su crédito no satisfecha por la masa activa de la quiebra del difunto (serán admitidos con reserva, según el art. 96, tercer párrafo LF). Los acreedores particulares del heredero, sin embargo, no pueden insinuarse en la masa pasiva de la quiebra del difunto, pero el eventual residuo después de que finalice el procedimiento concursal entrará a formar parte del activo de la quiebra del heredero y sobre este activo los acreedores del heredero podrán concurrir. Esta tesis parte, con razón a mi entender, de que la quiebra del difunto ha de ventilarse antes que la quiebra del heredero.

Creo que la visión de SALANITRO es más ajustada porque los acreedores personales de los herederos solo podrán cobrar con cargo al patrimonio personal del heredero y si hay una quiebra abierta contra el causante no se podrá saber qué parte del patrimonio de este podrá pasar al patrimonio de aquel hasta que el procedimiento finalice. El resultado de una y otra tesis es prácticamente el mismo: la subsidiariedad recíproca de los patrimonios; pero si las dos quiebras están abiertas simultáneamente, el patrimonio hereditario formará parte de la masa activa de la quiebra del difunto y no pasará al heredero hasta que esta se ventile.

Con todo, la concurrencia de las dos quiebras —la del difunto y la del heredero— en el derecho italiano, cuando la herencia se ha aceptado de modo puro y simple, sirve para reforzar la tesis de que no hay confusión patrimonial, porque si la hubiese solo tendría sentido declarar la quiebra del heredero que sería el titular de un patrimonio monolítico fruto de la confusión de su propio patrimonio y el patrimonio hereditario, con los correspondientes bienes y deudas.

8. LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS PERJUDICIALES PARA LA MASA REALIZADOS POR LOS HEREDEROS: LA ACCIÓN REVOCATORIA EN EL *FALLIMENTO POST MORTEM*

La declaración judicial de quiebra o concurso de acreedores no tiene efectos retroactivos y, por tanto, los actos de disposición realizados por los herederos antes de la declaración de quiebra o concurso no son ineficaces respecto a la masa, pero pueden ser revocables con ciertas excepciones. Por ejemplo, se considera que no son revocables los actos realizados por los herederos con la autorización del juez en caso de aceptación de la herencia con beneficio de

(59) *Op. cit.*, pág. 43.

(60) *Vid. op. cit.*, pág. 345.

inventario (61). Los problemas se plantean respecto a los actos realizados por el heredero que ha aceptado a beneficio de inventario, sin la correspondiente autorización judicial (art. 493 CC italiano). Para algunos autores, estos actos son ineficaces de pleno derecho y, por tanto, no son susceptibles de revocación (62). Para otros, sin embargo, la realización de tales actos puede llevar a la pérdida del beneficio de inventario y a la propia quiebra del heredero y esos actos que deriven en la quiebra del heredero podrían ser revocables (63).

Pero al margen de esta polémica, el principal interrogante que se plantea es si, con carácter general, son revocables aquellos actos que no son realizados por el sujeto quebrado, sino por el heredero antes de la declaración de *fallimento*. Algunos autores se muestran contrarios a la aplicación de la revocatoria concursal a los actos de disposición perjudiciales realizados por el heredero, basándose en que el quebrado es el difunto y no el heredero (64).

LO MORO BANZI, sin embargo, considera que estos actos se pueden impugnar a través de la acción revocatoria de la quiebra ya que lo que importa es la pertenencia de los bienes a la masa de la quiebra y no quién haya realizado los actos de disposición (65). De la misma opinión es SALANITRO, aunque con algún matiz interesante. Este autor defiende que se les puede aplicar a estos actos la revocatoria *fallimentare* porque para ser declarada la quiebra del difunto será necesario que el heredero (aceptante puro y simple) sea, a su vez, insolvente y, por ello, también a sus actos se puede aplicar esta revocatoria (66). No está de acuerdo con esta opinión VELLANI, quien señala que si el heredero es también insolvente, debería declararse su propio *fallimento* y solo así podrían quedar sujetos a la revocatoria concursal sus actos de disposición perjudiciales, pero no puede aplicarse la *disciplina fallimentare* a actos no imputables al *fallito*, *con totale pregiudizio dei terzi contraenti dall'erede* (67).

A mi modo de ver, el carácter revocable de los actos perjudiciales realizados por los herederos antes de la declaración de quiebra no dependerá tanto de quién lo realice cuanto de que se cumplan o no los requisitos establecidos con carácter general por la *Legge fallimentare*. Si bien es cierto que tanto la ley de quiebras italiana como la concursal española parten de que los actos revocables son actos realizados por el deudor, cuando este ha fallecido y el acto perjudicial sobre bienes de la herencia lo realiza su heredero que, por tanto, ya ha aceptado

(61) Vid. DI MAJO, *op. cit.*, pág. 93.

(62) SALANITRO, *op. cit.*, pág. 147.

(63) RAGUSA, *op. cit.*, pág. 87.

(64) Así, VELLANI (*op. cit.*, pág. 33) para quien, en caso de revocación, la acción oportuna es la revocatoria ordinaria.

(65) Vid. «Separazione dei beni, fallimento *post mortem* e atti di disposizione dell'erede», en *Diritto Fallimentare*, 1978, I, pág. 554.

(66) Vid. *Il fallimento*, cit., pág. 135 y sigs.

(67) Vid. *Fallimento post mortem e separazione dei beni*, cit., págs. 33 y 35.

y adquirido la herencia, lo que habrá que valorar es si se cumplen los requisitos para poder revocar el acto, ya sea por la vía concursal o por la civil ordinaria.

Será el *curatore*, en Italia, o la administración concursal, en España, quienes deban probar los elementos necesarios para revocar el acto o hacerse valer de las correspondientes presunciones de perjuicio patrimonial. Es, en términos generales, el tercer adquirente o contrayente el que deberá demostrar, según dice el artículo 67 LF, que no conocía el estado de insolvencia del quebrado (difunto) o que no se produce perjuicio patrimonial alguno (art. 71 LC).

En el caso italiano el dato relevante es, pues, el del conocimiento del estado de insolvencia del quebrado cuando este ha fallecido y sus herederos han aceptado la herencia de modo puro y simple. En estos casos, el tercer adquirente podrá acreditar que, aun conociendo el estado de insolvencia del quebrado, la aceptación de la herencia ha hecho disminuir ese estado de insolvencia y el heredero ha podido pagar con dinero o fondos propios.

En otros términos: el tercer adquirente deberá probar que ignoraba la procedencia del bien o que pensaba que este procedía del patrimonio del heredero. El conocimiento de tal procedencia es un elemento de hecho que debe formar parte, necesariamente, del presupuesto de la *scientia decoctionis*.

9. FUNCIÓN Y FINALIDAD DEL *FALLIMENTO POST MORTEM*

No resulta difícil deducir del estudio realizado que la quiebra *post mortem* desempeña, en el ordenamiento italiano, una importante función de tutela y garantía de los acreedores del sujeto quebrado, es decir, del empresario fallecido. El *fallimento post mortem* preserva o conserva a favor de los acreedores hereditarios la originaria responsabilidad del patrimonio del *de cuius*, a través de la autonomía y separación de este patrimonio del correspondiente al o a los herederos, garantizando, así, su destino preferente a la satisfacción de los correspondientes créditos. Esta función de garantía y preferencia de los acreedores hereditarios que desempeña la quiebra *post mortem* goza de amplio respaldo jurisprudencial (vid., entre otras, la sentencia de la Corte de Casación de 28 de diciembre de 1998).

Ahora bien, no hay que descuidar que realizando esta importante función de tutela y garantía de los acreedores del quebrado, el *fallimento post mortem* supone una derogación de la responsabilidad patrimonial universal que proclama el artículo 2740.1 del Código Civil italiano porque los acreedores personales del heredero no son acreedores concursales y, por tanto, no pueden insinuarse en la masa pasiva de la quiebra (68). El patrimonio hereditario se integrará en

(68) El citado precepto del Código italiano establece, en términos similares al 1911 de nuestro Código, que: «*il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri*». Vid., al respecto, APRILE, «Commentario articolo 11 e 12 Legge

el patrimonio personal del heredero pero no hasta que finalice la quiebra en la que está incurso, de modo que, aun perteneciendo a este, no responderá de los créditos del heredero mientras esté pendiente la quiebra del *de cuius*.

III. REFLEXIONES CONCLUSIVAS A LA LUZ DE UN ANÁLISIS COMPARADO DE LA REGULACIÓN ITALIANA Y ESPAÑOLA DE ESTA CUESTIÓN

Las diferencias entre la disciplina del *fallimento post mortem* y la correspondiente regulación española son, a primera vista, bastante significativas.

1. Respecto al presupuesto subjetivo: El declarado en concurso, en el ordenamiento italiano, es el propio fallecido siempre que se den unos requisitos de proximidad temporal entre la declaración y el fallecimiento del empresario. La herencia no tiene, por tanto, al menos de modo expreso en la letra de la ley italiana, capacidad para ser declarada en quiebra. En un Proyecto de Reforma de la *Legge Fallimentare* elaborado en el año 1921 sí se admitía (art. 4) la capacidad concursal de la herencia siempre que no se hubiese confundido con el patrimonio del heredero (69). Esta es la solución adoptada por la Ley Concursal española en su artículo 1.2.

De otro lado, el presupuesto subjetivo del *fallimento* es el de un deudor empresario, no el de cualquier otro deudor, al contrario de lo que sucede en el ordenamiento español tras la vigente Ley Concursal de 2003.

2. Respecto al presupuesto objetivo: En el derecho español no se especifica nada, a diferencia del italiano, sobre el hecho de si la insolvencia del patrimonio hereditario para hacer frente a sus deudas puede ser o no posterior al fallecimiento del deudor y quizá esta falta de previsión pudiera originar algún problema en la práctica.

Por otra parte, la quiebra de un empresario difunto se podrá declarar, en el ordenamiento italiano, aun en el caso de que la herencia haya sido aceptada de modo puro y simple, siempre —naturalmente— que este modo de aceptar no haga desaparecer la insolvencia. El heredero que ha aceptado pura y simplemente no tendrá legitimación para solicitar la quiebra pero sí la tendrán el resto de sujetos legitimados con carácter general por la *Legge Fallimentare*. La consecuencia de la declaración de quiebra en estos casos será, también, la de la constitución de dos masas patrimoniales diferentes (la del causante y la del heredero), afectas cada una a su correspondiente responsabilidad.

Fallimentare», cit., pág. 83; y LO MORO BANZI, «Separazione dei beni, fallimento post mortem e atti di disposizione dell'erede», en *Diritto Fallimentare*, 1978, I, pág. 548.

(69) Proyecto de Ley redactado por el concursalista BONELLI y publicado en la *Rivista di Diritto Commerciale*, 1921, pág. 522 y sigs.

En el caso contemplado por el artículo 12 LF —fallecimiento del ya quebrado— el sujeto pasivo del procedimiento es el heredero o herederos. Ello va en coherencia con la falta de capacidad concursal de la herencia en el derecho italiano de quiebras que hemos visto proyectada en el artículo 11 LF. Nos encontramos ante una disciplina que impone la presencia, aunque sea formal, de un sujeto del *fallimento*. Esta es una idea muy importante porque es lo que diferencia, aparentemente, el derecho español del italiano, donde el procedimiento tiene que dirigirse, necesariamente, contra un empresario (persona física o jurídica), mientras que en el ordenamiento español se admite el concurso de ciertas masas patrimoniales.

La diferente capacidad concursal exigida en uno y otro ordenamiento determina que en el Derecho italiano no puede, formalmente, declararse el concurso de la herencia sino del difunto, aunque el objeto sobre el que se proyecta el concurso sea el mismo: una masa patrimonial (la herencia) diferenciada del patrimonio del o de los herederos, con independencia del tipo de aceptación. Por tanto, el resultado práctico es el mismo: el concurso se proyecta sobre una masa patrimonial autónoma aunque, formalmente, el sujeto legitimado sea, en un caso, el difunto y en el otro la herencia.

Con todo, hay una diferencia de mayor relieve: en el derecho italiano se puede declarar la quiebra del difunto aun en el caso de aceptación pura y simple; en el derecho español, por el contrario, solo se podrá declarar el concurso de una herencia en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente. ¿A qué se puede deber esta importante diferencia? Probablemente, a que en el derecho italiano de quiebras, el efecto del *fallimento* es la separación patrimonial que se da en cualquier caso de aceptación y, por tanto, también en la pura y simple.

Si uno de los principales objetivos de la quiebra y del concurso ha de ser el de tutelar a los acreedores para que cobren en la medida de lo posible, difícilmente se cumpliría tal propósito si se produce la confusión entre el patrimonio del heredero y el del causante porque, de este modo, los acreedores personales del heredero o herederos podrán cobrar con cargo a la masa activa en igualdad de condiciones respecto a los concursales.

Así pues, es el patrimonio, con independencia del tipo de aceptación de la herencia, el que tiene que hacer frente a sus deudas, dentro o fuera de un procedimiento de quiebra o concurso. Que el procedimiento se dirija contra el quebrado o contra la herencia es poco relevante. Lo que importa es el ámbito de poder y responsabilidad sobre el que se proyecta y este no es otro que el de un patrimonio —el hereditario— que debería permanecer individualizado y separado más allá de la muerte de su titular y con independencia del tipo de aceptación de la herencia. En mi opinión, la separación no debería ser tanto una consecuencia o efecto de la quiebra, como sucede en el ordenamiento italiano, cuanto una consecuencia consustancial a la idea misma de patrimonio.

IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRIOLI: «Fallimento dell'imprenditore defunto e separazione dei patrimonio», en *Studi in onore di Alberto Asquini*, T. I, Cedam, 1965.
- APRILE: «Commentario articolo 11 e 12 Legge Fallimentare», en *La Legge Fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di M. FERRO, Cedam, 2007.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: «Comentario del artículo 1 LC», en *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I, dirigidos por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, 2004.
- CAZORLA GONZÁLEZ: *El concurso de la herencia*, Reus, 2007.
- COSSIGNANI: «In tema di fallimento dell'imprenditore defunto e ritirato dal commercio», en *Giustizia Civile*, 1999, 9 (Nota a Sentenza Cassazione Civile, 28-12-1998).
- FERRI: *Successioni in generale, Commentario Codice Civile*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 1968.
- HIDALGO GARCÍA: «Comentario del artículo 1.2 LC», en *Comentarios de la Ley Concursal*, dirigidos por SÁNCHEZ-CALERO y GUILARTE GUTIÉRREZ, Lex Nova, 2004.
- LACRUZ BERDEJO: *Derecho de Sucesiones. Parte General*, Bosch, 1961.
- LASARTE ÁLVAREZ: *Derecho de Sucesiones*, Marcial Pons, 7.^a ed., 2011.
- DI MAJO: «Commentario articolo 11 e 12 Legge Fallimentare», en *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. LO CASCIO, Ipsoa, 2008.
- LO MORO BANZI: «Separazione dei beni, fallimento post mortem e atti di disposizione dell'erede», en *Diritto Fallimentare*, 1978, I.
- NAVARRO CASTRO: *La responsabilidad por las deudas hereditarias*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2009.
- OSTI: «La separazione dei patrimoni e il fallimento post mortem. Saggio chematico di ricostruzione», en G. OSTI, *Scritti Giuridici*, Milano, II, 1973.
- PARRA LUCÁN: *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, Civitas (Estudios de Derecho Concursal), 2009.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *La herencia y las deudas del causante*, Comares, 2009, 3.^a ed.
- RAGUSA MAGGIORE: «La morte dell'imprenditore e il fallimento», en *Diritto Fallimentare*, 1978, I.
- ROJO-ORDUÑA: «Comentario al artículo 1.2 de la Ley Concursal», en *Comentario de la Ley Concursal*, Civitas, 2004.
- SABATO DI: «Il fallimento dell'imprenditore defunto», commento ad App. Bari, dec. 30 - 30 novembre 1960, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1962, II.
- SALANITRO: *Il fallimento dell'imprenditore defunto*, Giuffrè, 1974.
- «Fallimento dell'imprenditore defunto e concorso tra creditori ereditari e creditori dell'erede», en *Rivista di Diritto Civile*, 1970, I, 532.
- SAVI: «Fallimento dell'imprenditore defunto e separazione dei patrimonio», en *Giurisprudenza commerciale*, 1974, I.
- SCHIANO DI PEPE: «Il fallimento dell'imprenditore defunto», en *Il Diritto Fallimentare Riformato. Commento sistematico a cura di G. SCHIANO DI PEPE*, Cedam, 2007.
- VELLANI: *Fallimento post mortem e separazione dei beni*, Cedam, 1991.

RESUMEN

INSOLVENCIA
DECLARACIÓN DE QUIEBRA
POST MORTEM
ITALIA

La insolvencia patrimonial de una persona que persiste tras su fallecimiento puede desencadenar el fenómeno de la quiebra post mortem, donde confluyen derecho sucesorio y derecho concursal. El objeto de este trabajo es el de examinar la proyección de esta figura en el ordenamiento italiano de quiebras a través del estudio de las principales reglas que la disciplinan: presupuestos, plazos, legitimación, efectos... Todo ello permitirá no solo realizar las oportunas comparaciones con la correspondiente regulación española de esta materia sino, y sobre todo, reflexionar en torno a la autonomía del patrimonio hereditario y a su separación.

ABSTRACT

INSOLVENCY
POST-MORTEM DECLARATION
OF BANKRUPTCY
ITALY

Financial insolvency that persists after a person's death may unleash the phenomenon of post-mortem bankruptcy, where succession law and bankruptcy law mingle. The object of this paper is to examine the influence of post-mortem bankruptcy on Italian bankruptcy legislation through a study of the principal rules concerning the topic, including budgets, time periods, legal standing and effects. The appropriate comparisons with Spanish rules and regulations are then drawn, and, more importantly, some reflections are offered on the autonomy of the hereditary estate and its separation.

*(Trabajo recibido el 21-9-2010 y aceptado
para su publicación el 15-9-2011)*