

# Los fundamentos romanísticos del concurso de la herencia

M.<sup>a</sup> de Montserrat ROMAGUERA EDO  
*Abogada, Doctoranda en Derecho Procesal UB*  
*Miembro de la Asociación Catalana de Especialistas*  
*en Derecho de Sucesiones (ACEDS)*  
*(montserrat.re@icab.cat)*

## I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo formará parte de mi tesis doctoral y trata sobre el concepto de heredero y el patrimonio heredado en Derecho romano, como antecedente y fundamento romanístico del actual concurso de la herencia, regulado en el art. 461.22 del Libro IV del Código Civil de Cataluña (CCCat)<sup>1</sup>; art. 1.026 del Código Civil Español (CC)<sup>2</sup>; arts. 6.4 y 7.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)<sup>3</sup>; y arts. 1.2 y 2.1 de la Ley Concursal (LC)<sup>4</sup>.

El concurso de la herencia es un procedimiento que encuentra su razón de ser en diferentes ramas del Derecho, configurándose como multidisciplinar. Este procedimiento se enmarca principalmente en el Derecho de sucesiones, que no tendría sentido sin los Derechos procesal y concursal, y que, como explicaré, encontraremos sus bases en el Derecho romano.

Debemos tener en cuenta que el concurso de la herencia es un procedimiento complejo, aún hoy, poco estudiado, con una regulación exigua e incompleta.

Ya en el Derecho romano cuando el heredero adquiría o aceptaba la herencia, este se colocaba en la misma posición jurídica del causante, es decir, aceptaba el activo y el pasivo o, dicho de otro modo, los derechos y las obligaciones, bienes y deudas.

Actualmente la adquisición de la herencia por parte del heredero, ya sea testado o intestado, produce efectos según el tipo de aceptación, en

---

<sup>1</sup> En relación con los arts. 461.20, 461.21 y 464.3 CCCat.

<sup>2</sup> En relación con los arts. 1.032, 1.034 y 1.082 a 1.087 CC.

<sup>3</sup> En relación con los arts. 782.4, 788.3 y 798 LEC.

<sup>4</sup> En relación con los arts. 3.4, 40.5 y 182 LC.

derecho vigente diferenciamos dos tipos: pura y simplemente, y a beneficio de inventario.

Pero en Derecho romano, para hablar de los efectos de la adquisición de la herencia, cabe tener en cuenta, las diferentes clases de herederos y clases de aceptación.

## II. ACEPTACIÓN Y ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA

### 1. Clases de herederos

En primer lugar, referente a los herederos, se distinguen<sup>5</sup>:

Herederos necesarios —*heredes necessarii*—, que adquirirían la herencia de forma automática tras el fallecimiento del causante o *cuius*, sin necesidad de aceptación y sin posibilidad de renunciar, a su vez se diferenciaban entre:

a) Herederos necesarios sin más —*heredes necessarii tantum*—, que eran los esclavos instituidos herederos y manumitidos por el causante en el testamento. Estos son muy interesantes porque con la muerte del causante quedaban libres y herederos *ipso iure*, con independencia de su voluntad, con la finalidad de atribuir un titular a la *hereditas damnosa*, es decir, una herencia con deudas, así la venta del patrimonio en favor de los acreedores se haría a nombre del heredero esclavo y no del causante, y por tanto la nota de infamia correspondía al esclavo.

b) Herederos de derecho propio y necesarios —*heredes sui et necessarii*—, que eran los herederos que se encontraban bajo la potestad del causante<sup>6</sup> en el momento de la su defunción, por ejemplo, hijos y descendientes, en este caso la herencia tenía una continuidad familiar.

Herederos extraños o voluntarios —*heredes extranei o voluntarii*—, que a diferencia de todos los anteriores, no estaban bajo la potestad del causante, de aquí la palabra *extranei* o extraños, y adquirirían la herencia voluntariamente, mediante su aceptación.

### 2. Origen del actual concepto de heredero

Hemos visto que los primeros, los herederos necesarios, en todas sus modalidades, adquirirían la herencia lo quisiesen o no. La adquisición era automática.

Los segundos, los herederos extraños o voluntarios, son los que adquirirían la herencia de forma voluntaria, previa delación, y mediante su

<sup>5</sup> Según las Instituciones de Justiniano, estaba permitido instituir herederos a los hombres libres y a los esclavos, y de estos, tanto a los propios como a los ajenos.

<sup>6</sup> De sangre, adoptivos o póstumos.

aceptación o adición, es decir, podían aceptar o repudiar libremente la herencia que se les había ofrecido.

En este último tipo de herederos encontramos el origen del actual concepto de heredero. Estos herederos, igual que los actuales, tenían el derecho a deliberar y, consecuentemente, aceptar o repudiar. Así, solo había herencia yacente<sup>7</sup> cuando el heredero era extraño o voluntario y ante una *hereditas damnosa*, como veremos, eran los únicos que podían librarse de la confusión patrimonial y de la responsabilidad *ultra vires hereditatis*, ¿Cómo? Renunciando a la herencia deferida, que no precisaba de ninguna formalidad y era irrevocable.

### 3. Clases de aceptación

Hasta que la herencia no se acepta no podemos hablar de adquisición. Únicamente se concede la *potestas deliberandi* o posibilidad de deliberar, es decir, si quiere o no la herencia, al heredero extraño o voluntario, que como hemos visto, es el único que puede aceptar o repudiar la herencia libremente.

La aceptación de la herencia es el acto en el cual la persona llamada por testamento —herencia testada— o por ley —herencia intestada— manifiesta su voluntad de ser heredero, o contrariamente, de no serlo y, por tanto, renunciar a la herencia.

En Derecho romano, había tres formas de aceptación<sup>8</sup>: la *cretio*, la *pro herede gestio* y la *aditio nuda voluntate*.

La *Cretio* o creción<sup>9</sup>, en la que se tomaba posesión de los bienes acompañada de una declaración expresa y formal del heredero, ante testigos, pero de la cual existen ciertas apreciaciones doctrinales respecto la cláusula testamentaria por la que se establecía esta forma solemne de aceptación, diferenciando entre *cretio imperfecta* y *cretio perfecta*<sup>10</sup>.

La *Pro herede gestio* o gestión del heredero, que se trataba de una aceptación tácita, que se deducía por la realización de determinados actos de administración de los bienes hereditarios.

<sup>7</sup> Se denominaba herencia yacente el periodo de tiempo entre el fallecimiento del *cuius* y la aceptación de la herencia.

<sup>8</sup> De las formas de aceptar la herencia nos habló GAYO cuando decía que aquel que había sido instituido heredero sin plazo —*is qui sine cretione heres institutus sit*— puede hacerse heredero —*heres fieri*— aceptando solamente la herencia —*aut cernendo*— o actuando como heredero —*aut pro herede gerendo*—, mediante la administración de los bienes del *cuius*, o por la simple voluntad de tomar la herencia —*vel etiam nuda voluntate suspiciendae hereditatis*—.

<sup>9</sup> *Cretio* viene de *cernere*, que quiere decir discernir y decidir, en palabras de GAYO: «*Ideo autem cretio appellata est, quia cernere est quasi discernere et constituere*».

<sup>10</sup> Cláusula testamentaria por la que se establecía la *cretio*, que en un principio era voluntaria —*cretio imperfecta* o *sine exheredatione*—, pero más tarde el testador podía exigirla en el testamento —*cretio perfecta*—, exigencia para la cual había un plazo, que normalmente era de cien días, si el heredero no lo cumplía, no podía aceptar ni renunciar a la herencia. Si se dejaba transcurrir el plazo, se entendía que el llamado renunciaba a la herencia.

Por último, la *Aditio nuda voluntate* o aceptación por la simple voluntad, que consistía en una declaración expresa, pero no formal, que será la única forma expresa que subsiste en el Derecho justinianeo.

### III. EFECTOS DE LA ADQUISICIÓN O ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA

#### 1. La confusión patrimonial y la *Edictum de suspecto herede*

En cuanto a los efectos de la aceptación de la herencia, en primer lugar, se produce la confusión patrimonial —debemos tener en cuenta actualmente los dos tipos de aceptación, como he comentado antes, pura y simple y a beneficio de inventario. En la aceptación pura y simple, como consecuencia directa, se confunden el patrimonio hereditario y el personal del heredero.

En Derecho romano la confusión patrimonial conlleva la extinción de las relaciones jurídicas que existían entre el difunto y el heredero, y la concurrencia de los acreedores del *cuius* junto con los del heredero, es decir, se ha fundido el patrimonio hereditario con el personal del heredero, creando un único patrimonio, contra el cual pueden concurrir acreedores del causante y del heredero y con el que el heredero deberá responder por las deudas de ambos.

Existía un sistema para garantizar y defender los intereses de los acreedores del causante, el pretor concedía a estos ciertos recursos mediante un *Edictum de suspecto herede*:

Había tres clases de *Edictum*:

La garantía del heredero sospechoso —*satisdactio suspecti heredis*—, cuando los acreedores del causante sospechaban que el heredero estaba actuando dolosamente podían solicitar al pretor que obligase a este a prestar una garantía o caución en orden al pago de sus deudas, y en caso de que el heredero se negase había consecuencias<sup>11</sup>.

La separación de bienes —*separatio bonorum*—, antecedente directo de los efectos que produce actualmente la aceptación a beneficio de inventario, que consiste en la separación del patrimonio del difunto y del heredero en orden a cobrar sus créditos del patrimonio del difunto. Esta petición tenía que cumplir con un requisito, que los acreedores del here-

<sup>11</sup> Tras *causa cognita* o conocimiento de causa, el pretor podía decretar la llamada *missio in possessionem* de los bienes del heredero. Si este continuaba en su negativa, el pretor podía decretar la *bonorum venditio* de los bienes, en este último caso, los acreedores del *cuius* que habían solicitado dicha caución debían probar ante el pretor la pobreza del heredero y su conducta dolosa, es decir, la carga de la prueba la tenían los acreedores, en el caso de que no pudiesen demostrarlo, el heredero disponía contra ellos una *actio iniuriarum*. Si los acreedores no podían demostrar la conducta dolosa del heredero, pero sí su pobreza, el pretor prohibía al heredero la enajenación de los bienes hereditarios, advirtiéndolo que, en caso de contravención, habría nulidad de las acciones e incluso los bienes podrían usucapirse.

dero hubiesen instado un procedimiento ejecutivo contra su patrimonio, evitando el perjuicio que podría producirse en caso de no separarse los bienes respecto los acreedores del difunto<sup>12</sup>.

Y como recurso más característico, la *restitutio in integrum*, que se concedía en favor de los menores de veinticinco años<sup>13</sup>, como solución a la confusión hereditaria, o como excepción, incluso se concedía en favor de los mayores de veinticinco años<sup>14</sup> que hubiesen aceptado una *hereditas damnosa*.

## 2. La responsabilidad *ultra vires hereditatis*: la *hereditas damnosa*

En segundo lugar, el heredero adquiere una responsabilidad llamada *ultra vires hereditatis*, es decir, el heredero responde no solamente de sus propias deudas, sino también de las del causante, con su propio patrimonio, porque se ha producido la confusión de la que hablaba anteriormente.

La responsabilidad *ultra vires hereditatis* planteaba problemas básicamente con la *hereditas damnosa* o lo que diríamos hoy, una herencia envenenada, susceptible de ser concursada en la cual su inventario tenga más pasivo que activo y, por tanto, insolvente.

Para poder solicitar el concurso de la herencia deben concurrir los presupuestos subjetivo y objetivo.

En el subjetivo, deben darse dos circunstancias:

- a) obertura de la sucesión, y
- a) una herencia yacente<sup>15</sup> o aceptada a beneficio de inventario

Y, el objetivo, tener conocimiento de la insolvencia de la herencia, y es insolvente cuando que no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles.

<sup>12</sup> En el caso de concesión de la *separatio bonorum*, la jurisprudencia estaba dividida a la hora de resolver el posible problema que podía plantearse si el patrimonio del causante era insuficiente para cubrir las deudas. En este supuesto se planteaban si podían ir contra el patrimonio personal del heredero. Los juristas partidarios de esta solución decían que en primer lugar se había de garantizar el cobro de los créditos de los acreedores del heredero, antes de pagar las deudas del *cuius*.

<sup>13</sup> Se denominaba *restitutio in integrum propter aetatem*.

<sup>14</sup> Se denominaba *restitutio in integrum propter errorem*.

<sup>15</sup> Se planteaban algunos problemas en torno la herencia yacente, en primer lugar, la posibilidad de que durante ese periodo de tiempo se produjesen modificaciones o alteraciones en el patrimonio hereditario y, en segundo lugar, la falta de un titular de los bienes hereditarios al que imputar dichos actos, ya que no se le podía imputar al titular, pues estaba fallecido, pero tampoco al heredero, ya que todavía no había aceptado la herencia. La jurisprudencia no llegó a una solución única para todos los supuestos y aparecieron diferentes teorías: primero, la teoría de la retroactividad de Casio, posteriormente, la teoría de Juliano y, por último, considerar a la herencia como *persona* o *domina* —dueña de los bienes hereditarios—, en una aproximación —según parte de la doctrina— a la idea de la persona jurídica, que es como se trata en la regulación actual, como una masa patrimonial con capacidad para ser parte (art. 6.1.4.º LEC: «Las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración»).

Ante una *hereditas damnosa*, se podían pedir tres beneficios:

El beneficio de separación —*beneficium separationis*—, como modalidad de la separación de bienes, concedida a los esclavos que eran herederos necesarios, con la finalidad de que no hubiesen de responder frente a los acreedores siempre que no se hubiesen inmiscuido ya en el patrimonio hereditario<sup>16</sup>.

El beneficio de abstención —*beneficium abstinendi*— que se concedía en favor de los hijos y descendientes, como herederos necesarios, siempre que no hubiesen realizado ningún acto de administración de los bienes hereditarios.

El beneficio de inventario —*beneficium inventarii*—, que otorgaba la facultad a cualquier tipo de heredero de aceptar la herencia respondiendo solo con los bienes de esta. El beneficio de inventario fue concedido por Justiniano a través de una constitución del año 531. Ya en el Derecho romano, estableció determinados requisitos para el beneficio de inventario como, la confección de un inventario de los bienes hereditarios dentro de los treinta días siguientes al conocimiento de la delación, por el heredero o un representante, el llamado *procurador*, con la asistencia de un *tabularius*, que hoy sería el Notario, y de testigos. Este inventario debía finalizar a los sesenta días o un año en el caso que la herencia se encontrase en un lugar lejano a la residencia del heredero.

#### IV. LA REPUDIATIO DE LA HERENCIA

La renuncia de la herencia muchas veces es consecuencia directa de una herencia insolvente, susceptible de ser concursada, y de la que el heredero, para no tener problemas, prefiere repudiar antes que aceptar.

En Derecho romano, la *repudiatio* era el acto contrario a la aceptación. Era la renuncia por parte del heredero voluntario a la herencia deferida en su favor. Era un acto irrevocable. No se exigía ninguna formalidad. Referente a su validez, se regía por los mismos principios que la aceptación. Como vemos, muy similar al concepto actual de repudiación de la herencia, aunque hoy sí se exigen formalidades.

#### V. CONCLUSIONES

Es importante tener en cuenta las diferencias entre el beneficio de separación y el beneficio de inventario. En primer lugar, la *separatio* surge en interés de los acreedores del causante, y el beneficio de inventario

---

<sup>16</sup> La nota de infamia que derivaba de la venta de los bienes, recaía en los esclavos que eran herederos necesarios y según GAYO, el mismo derecho tenía la esposa que estaba bajo la *manus*, porque ocupaba el lugar de hija, y la nuera que estaba bajo la *manus* del hijo, porque ocupaba el lugar de nieta.

en interés del propio heredero; en segundo lugar, la *separatio* presupone la solvencia de una herencia, y el beneficio de inventario lo contrario, la existencia de deudas que superan el activo y, por tanto, la insolvencia de esta; en tercer lugar, la *separatio* pretende evitar la confusión patrimonial, en cambio el inventario la responsabilidad *ultra vires hereditatis*; y por último, en la *separatio* el pago de los acreedores sigue las reglas del procedimiento ejecutivo de concurso, mientras que en el beneficio de inventario el orden de pago será según se presenten los acreedores.

Actualmente se defienden los intereses de los acreedores del causante, pero también se protege al heredero, o al menos existen mecanismos para proteger su patrimonio personal, que sería mediante la aceptación a beneficio de inventario y la solicitud de concurso dentro del plazo que se exige en la Ley Concursal desde que se tiene conocimiento de la insolvencia.

La actual aceptación a beneficio de inventario proviene principalmente del beneficio de inventario concedido por Justiniano, pero también encontramos características de la *separatio*. El beneficio de inventario se caracteriza por la separación de bienes y el beneficio de separación como modalidad de la *separatio bonorum*. Ha habido una evolución, pero como hemos visto, los fundamentos del concurso de la herencia y de la separación de patrimonios en virtud de la aceptación a beneficio de inventario los encontramos en el Derecho romano.

## VI. HOMENAJE AL DR. RICARDO PANERO GUTIÉRREZ

Me gustaría acabar dedicando unas palabras al Dr. Ricardo Panero.

Su transmisión de conocimientos me hizo mella, y me consta que también en muchos compañeros y compañeras.

Su manual, pero sobre todo su recuerdo, como uno de los primeros profesores de Derecho que conocí, lo guardaré siempre en el corazón y siempre será un referente tanto a nivel académico como profesional, en dos palabras, gratitud y satisfacción, gratitud porque fue uno de los profesores que me hizo despertar el máximo interés por el Derecho, cosa que es muy importante para los estudiantes en el primer curso de la carrera, y satisfacción por formar parte de su alumnado, formar parte de las promociones que hemos podido gozar de sus clases, conocerlo y, ahora, mantener su recuerdo.

