

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

**DOS SUPUESTOS DE EXTENSIÓN DE INSTRUMENTOS DEL
IUS HONORARIUM QUE CONLLEVAN LA NO APLICACIÓN
DEL *IUS ADCRESCENDI*: D.29,2,55 MARCIANUS 2 REG. Y
D.29,2,61 MACER DE OFF. PRAESIDIS**

**TWO CASES OF EXTENSION OF *IUS HONORARIUM*
INSTRUMENTS THAT ENTAILS THE NON-APPLICATION OF
THE *IUS ADCRESCENDI*: D.29,2,55 MARCIANUS 2 REG. AND
D.29,2,61 MACER DE OFF. PRAESIDIS**

Encarnació Ricart
Catedrática de Derecho Romano
Universidad Rovira I Virgili

Introducción.-

El pretor, a través de la redacción de nuevos instrumentos procesales fue creando un Derecho Romano más equitativo al despojarlo de obstáculos, en muchos casos formales, que comportaban la desprotección de situaciones que merecían ser atendidas. Entre estos instrumentos se encuentran: a) la concesión de la *facultas abstinendi* al *heres suus* que no quiere hacerse heredero de su familiar agnaticio, y b) la creación de la figura de la *in integrum restitutio (i.i.r.)* que deja sin efecto hechos jurídicos, actos jurídicos o consecuencias jurídicas, aunque de acuerdo con el *ius civile* éstas sean plenamente válidas. En este breve trabajo exponemos consideraciones sobre dos textos, que ya han sido detectados y comentados ampliamente por la doctrina; en ambos, de manera excepcional, deja de aplicarse entre coherederos el *ius adcrescendi* sobre una cuota vacante, y el pretor mantiene las cuotas separadas para que una de ellas pueda ser puesta a disposición de acreedores hereditarios; las consecuencias de la concesión de los instrumentos honorarios citados son la causa de la no aplicación del *ius adcrescendi*.

Los textos son los siguientes: D.29,2,55, *Marcianus libro secundo regularum.- Cum hereditate patris necessarius heres se abstineat, condicio coheredi sive suo sive extraneo defertur, ut aut totam adgnoscat aut a toto recedat, et ita se abstinere potest propter*

*alium, qui per suam personam non poterat*¹. *Si tamen creditores dicant se contentos esse eius portione, quia non potest exonerari, nisi deferatur condicio, et alterius parte abstinere se creditores debent, ut eius actiones ei qui convenitur dentur.*²

¹*Editio maior* de Momsen consta: “*personam non potera*” es lección de F2; en F1 consta “*personam non operat*”; evidentemente es un error mecánico de F1, corregido por F2.

² Índice *itp*: [*aut a toto recedat*], <*tota creditoribus cedat*> propone Beseler y Solazzi (aunque considerando *itp*. una secuencia más amplia); la acepta, pero con Vaccaro Delogu podemos comentar que con esta *emendatio* deja de tener sentido la frase siguiente: *et ita se abstinere potest propter alium*; En cuanto a todo el párrafo siguiente, Vaccaro Delogu lo considera gravemente interpolado, desde *si tamen* hasta el final ya que entiende que las modificaciones de Septimio Severo (de las que hablaremos *infra*) pudieron llevar a la comisión compilatoria a modificar textos clásicos. Es cierto que el texto, en su segunda parte, es de difícil comprensión, pero ello no es causa suficiente para considerarlo interpolado. Además, las modificaciones de *Septimio Severo* se refieren a situaciones creadas por *in integrum restitutio*, no por *ius abstinendi*.

Trad³.- *Cuando un heredero necesario se abstiene de la herencia del padre, se permite al coheredero, ya sea heredero por derecho propio ya sea extraño, hacerse cargo de toda la herencia o rechazarla entera, y así puede abstenerse por causa de otro el que por sí mismo no podía hacerlo. Pero si los acreedores declarasen que se contentan con la porción <de aquel que> no puede exonerarse si no se le permite, deberán también abstenerse de la parte del otro, para que sus acciones pasen al que es demandado.*

D.29.2.61.- *Macer libro primo de officio praesidiis.- Si minor annis, posteaquam ex parte heres exstitit, in integrum restitutus est, divus Severus constituit, ut eius partis onus coheres suscipere non cogatur, sed bonorum possessio creditoribus detur.*

Trad.- *El emperador <Septimio> Severo, de consagrada memoria, estableció que si el menor de 25 años obtiene la restitución por entero, después de haberse hecho heredero de una parte, no se obligue al coheredero a suportar las cargas hereditarias correspondientes a esa parte, sino que se dé la posesión de los bienes hereditarios a los acreedores.*

Los textos se encuentran en la rúbrica *De ammittenda vel omittenda hereditate*

D.29,2,55 Marcianus 2 regularum

³ Traducción de éste y de los restantes textos del Digesto de Alvaro D'Ors *et alii*, Pamplona 1968. Las traducciones de los textos del Código justiniano son de García del Corral, Barcelona (1892).

D.29,2,55 de Elio Marciano (2 *reg.*) ha sido tratado magistralmente por Robbe, Betti, Solazzi, Vaccaro Delogu, Kaser, Silveira Marchi, Fernandez Vizcaino, y otros;⁴ se plantea el siguiente supuesto: El pretor concede *ius abstinendi*⁵ a uno de los coherederos de manera que éste se abstiene de la herencia de su padre. El texto indica que el otro coheredero, independientemente que sea propio o extraño, puede solicitar también *ius abstinendi*, y así resulta que al heredero extraño se le permite ejercer *ius abstinendi*, pensado por el *ius honorarium* sólo para los herederos *sui*. Esta primera parte del texto es sorprendente, ya que no resulta explicitado el motivo de que a un heredero extraño se le permita ejercer *ius abstinendi* cuando es más práctico que repudie la herencia; la clave de comprensión nos la da la segunda parte del texto: *si tamen creditores dicant se contentos esse eius portione, quia non potest exonerari, nisi deferatur condicio*. Así, debemos suponer que se trata de una masa hereditaria con deudas importantes y

⁴ BETTI E, *Il diritto di accrescimento* BIDR LI-LII (1948); ROBBE U, *Il diritto di accrescimento e la sostituzione volgare nel diritto romano classico*, Milano (1953); SOLAZZI S, *Diritto ereditario romano II* (Neapel 1932/1933); VACCARO DELOGU R, *L' accrescimento nel diritto ereditario romano*, Milano (1941); KASER M, *Das römische Privat Recht I*, München (1971); ZIMMERMANN R, *Coniunctio verbis tantum*, SZ 101 (1984); SILVEIRA MARCHI EC, *Concurso de Credores e pactum ut minus solvatur*, Lecce (1999); FERNANDEZ VIZCAINO, B, *El ius adcrendi en la sucesión ab intestato romana*, Tesis Doctoral, Alicante (2009).

⁵ SILVEIRA MARCHI EC, *op.cit.* p. 18 sobre expedientes preventivos para evitar renunciaciones a herencias *damnosas*.

debemos suponer también que los acreedores del causante han manifestado contentarse con la cuota del extraño abstenido. Si no se hubiera permitido el ejercicio del *ius abstinendi* por parte del extraño, la probabilidad es que éste hubiera repudiado la herencia; al haber repudiado el extraño la herencia, hubiera actuado el acrecimiento en favor del *suus* abstenido en primer lugar, y su posición de abstención de la totalidad no hubiera permitido a los acreedores hacerse sólo con la cuota de $\frac{1}{2}$ mitad de la herencia.

Recordemos que el acrecimiento comporta la fusión de cuotas de acuerdo con el principio *portio portioni adcrecit non personae*, y recordemos también que los *nomina* (créditos y deudas) se dividen automáticamente, *ipso iure*, entre los coherederos: *nomina hereditaria ipso iure divisa sunt*.⁶ La

⁶ XII Tablas 5,9; D.10,2,25,9/13 Paulo *ad ed.*; C 3,36,6 Gordiano, año 238 o 244; C 2,3,26 Diocleciano y Maximiano, año 294; C 4,16,7 Diocleciano y Maximiano año 294; sobre el tema, y como bibliografía fundamental: KOROSÉ V, *Die Erbenhaftung nach römischen Recht*, Leipzig (1927); KASER M, *Die altrömische Erbenhaftung* AHDO-RIDA (1952) p.507-544; VOCI P, *Diritto ereditario romano*, vol I, Milano (1967) p.733 ss; BLANCH NOUGÉS JM, “Una aproximación al origen y fundamento de las transmisibilidad hereditaria de los créditos y de las deudas que derivan del tráfico mercantil en el Derecho Romano”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol.4, Madrid (1996); puede verse también RICART MARTI E, *Un caso de pluralidad de herederos y acciones básicas con cláusula de peculio y cláusula de in rem verso*, D.15,1,30,1/2/3 Ulp.29 ed, RGDR 26 (2016) con actualización bibliográfica sobre el tema; también GIGLIARDI L, *Querella*

abstención sobre el total tiene el efecto de someter el total a un mismo régimen, por tanto, al permitir al extraño que se abstenga, el tratamiento de su cuota es el mismo que el de la cuota del abstenido en primer lugar, pero manteniendo las cuotas; los acreedores podrán solicitar del pretor la *bonorum possessio* de la segunda cuota; el problema es que este *heres* extraño abstenido permanecerá deudor,⁷ y es en este caso que el jurista explica que los acreedores deben renunciar a los créditos contra él. La clave de comprensión de todo el texto es que al mantener las cuotas separadas, los acreedores han evitado la *bonorum venditio* de la totalidad de la herencia, que siempre tiene notables riesgos y que en cualquier caso deprecia el valor de los bienes al tener que mantener la unidad del patrimonio.

Ya hemos dicho que este texto ha sido objeto de atención por parte de grandes romanistas al plantear que un extraño pueda solicitar *ius abstinendi*; sabemos que el pretor creó el *ius abstinendi* a imagen del derecho a repudiar la herencia del *ius civile*, con la finalidad de proteger a los herederos *sui* en casos de herencias *damnosas* o de una herencia que pudiera resultar

inoficiosi testamenti con pluralidad de herederos forzosos (Derecho Romano y Derecho Bizantino), Seminarios Complutenses de Derecho Romano SCDR 28 (2015), p.381-396.

⁷ VOCI P, *Diritto ereditario romano*, vol I, Milano (1967), p.579: *il beneficium abstinendi, come istituto pretorio, non può togliere al figlio il titolo di herede che lo ius civile gli conferisce; e quindi non può avere effetti se non per lo ius honorarium*; cita D.29,2,57pr de Gayo; D.38,2,6,2; D.38,17,2,8; D.40,5,30,10.

incómoda al *suus* por circunstancias personales y familiares;⁸ Voci⁹ comenta que el *beneficium (sic) abstinendi* surge en el ámbito de la ejecución de los bienes del deudor insolvente y tiene como finalidad evitar al heredero *suus* que los acreedores ejerzan contra él la *bonorum venditio* que comporta la condena adicional en *infamia*; con el *ius abstinendi* se consigue que los acreedores ejerzan la *bonorum venditio* pero a nombre del causante. El mismo Voci comenta que la figura en favor del *heres suus* se extendió a un campo más amplio, ya que permitía a los acreedores solicitar *bonorum possessio* de parte de los bienes hereditarios, situación que se daba en el supuesto descrito. El texto insiste en que concediendo el *ius abstinendi* a los extraños, éstos puedan abstenerse aunque *ex hipótesis* no podían hacerlo, siempre que lo hagan a causa de otro (que sí podía abstenerse). Este apartado del texto es de gran relevancia: el *ius abstinendi* se mantiene en el ámbito de la familia agnaticia, y siempre para proteger al *suus* de una herencia *damnosa*, y solo puede concederse al margen de la familia agnaticia cuando: *et ita se abstinere potest propter alium, qui per suam personam non poterat*.

⁸ Sobre *ius abstinendi* la información de KASER M, en *Das römische PrivatRecht*, München I (1975) es la siguiente: las Fuentes hablan de *ius, potestas, facultas abstinendi*; incluso, aunque atécnicamente, de *beneficium abstinendi*, y cita D.29,2,71,4; también vol II, pag. 524, notas 6,7,8 en donde cita D.29,2,38 y D.42,5,28; el termino *abstentio* es extraño a las Fuentes jurídicas; sobre *se abstinere* de un extraño ver Kaser, *St. Biondi* I, 127 (nota 210); VOICI P, *op.cit* pag. 585; C Greg. 6, 18, FIRA 671.

⁹ VOICI P, *op.cit* .p. 578

El jurista Elio Marciano, en la segunda parte del texto indica, aunque enigmáticamente, el motivo de la situación: los acreedores habían manifestado que se contentaban con la cuota del extraño; el jurista no explica los motivos, pero podemos interpretar que el pretor había supervisado un acuerdo entre herederos y acreedores, probablemente mediante un *pactum quod minus solvatur*;¹⁰ falta dilucidar cuál es el tratamiento de las deudas de la herencia ya que los abstenidos se mantienen deudores, por mitades, de acuerdo con el *ius civile*, pero de acuerdo con el *ius honorarium* quedan protegidos frente a acreedores no solo de sus deudas sino también de las cargas hereditarias. Es importante señalar que en la época del Derecho romano clásico, los ámbitos del *ius civile* i del *ius honorarium* se mantienen separados, aunque se van trabando intersecciones para su comunicación: cuando hay acrecimiento a causa de *ius abstinendi* la porción no acrece por el *ius civile* sino que acrece por el *ius honorarium*, y las acciones contra tercero también; así, las acciones que hubieran correspondido al abstenido han de ser necesariamente honorarias, y por ello, con ficción; el pretor, en algunos casos las concede con carácter de útil: en este

¹⁰ SILVEIRA MARCHI EC, *op.cit.* p.62 lo trata “como caso excepcional” pero es el primero que apunta la ventaja para los acreedores de la *bonorum possessio* en relación a la *bonorum venditio*. Ver también las acertadas consideraciones de CAMACHO DE LOS RIOS M, *Estudio crítico sobre las formas convencionales de limitación de la responsabilidad hereditaria*, RGDR 19 (2012); *id.* *Interrelaciones entre el pactum ut minus solvatur y la aditio mandatum creditorum*, SDHI 79, (2013), p.595-624.

sentido, un conocido texto que se encuentra en la misma sede nos habla de la posibilidad de que los acreedores hereditarios ejerciten acciones de heredero con carácter de útil: Pomponio 1 *senat.* D.29,2,99: *Aristo in decretis Frontianis ita refert: cum duae filiae patri necessariae heredes exstitissent, altera se paterna abstinerat hereditate, altera bona paterna vindicare totumque onus suscipere parata erat. Sanctum cassium praetorem causa cognita actiones hereditarias utiles daturum recte pollicitum ei, quae ad hereditatem patris accesserat denegaturumque ei quae se abstinerat.*¹¹

El acuerdo propuesto por el texto se hace en beneficio, sobre todo, de los acreedores, y por ello el pretor les obliga a ceder o renunciar a sus créditos contra el extraño, ya que contra el abstenido *suus* no es necesario pues el pretor puede protegerlo mediante excepciones. Para entender la postura del pretor obligando a los acreedores a la renuncia a sus créditos contra el extraño Vaccaro Delogu¹² propone una interpretación

¹¹ **Traducción:** *Dice Ariston en sus "Decreta Frontiano* (el jurista Titius Ariston es contemporáneo a Trajano) *que habiendo quedado dos hijas herederas necesarias de su padre, una se había abstenido de la herencia paterna y la otra había reclamado todos los bienes paternos, dispuesta a hacerse cargo de las cargas hereditarias. Y que el justo pretor Casio, con acierto, ofrecía <en su edicto> dar las acciones hereditarias como útiles, con conocimiento de causa, al que había entrado en la herencia paterna, y denegarlas al que se había abstenido de ella.*

¹² VACCARO DELOGU R, *L'accrescimento nella successione intestata*, p.18 y nota

ingeniosa pero a mi parecer, innecesaria: propone que el extraño tome la cuota del *suus* abstenido en primer lugar, y haga dejadez de la que a él le correspondería para que la tomen los acreedores; no veo cual es el motivo de diferenciar ambas cuotas, pues éstas son iguales y el tratamiento de ambas debe ser igual; tampoco cual es el motivo de diferenciar el tratamiento pretorio a un abstenido en relación al otro abstenido; la clave del texto, a mi parecer, es entender que la masa hereditaria permanece inalterada aunque el derecho sobre la misma se ha dividido en dos cuotas.

Se hace necesaria otra hipótesis que ayuda a comprender el supuesto de hecho planteado por el jurista Marciano; la hipótesis consiste en suponer que las deudas de la masa hereditaria estén garantizadas con *pignus*, y que por esta razón las deudas de la herencia no se hayan dividido en tantos cuanto herederos efectivos haya; las deudas y créditos hipotecarios no son divisibles por aplicación del principio *indivisa pignoris causa*.¹³ En el interés de los acreedores está no tener que pasar por una *bonorum venditio* sino resolver sus créditos, pasando a poseer *pro possessore* los bienes hereditarios, pero el pretor los apoya a cambio de que cedan (o renuncien) a las acciones

¹³ Textos interesantes sobre la máxima *indivisa pignoris causa*: D.13,7,8,2 Pomponio *ad Sab.*, D.21,2,65 Papiniano *quaestionum*. Sobre garantía hipotecaria, FREZZA P, *Le garanzie delle obbligazioni*, vol 2, *Le garanzie reali*, Padova (1963).

contra el *extraneus* abstenido, pues como ya he dicho, el *suus* está ya protegido de reclamaciones extemporáneas.

Como se ha dicho, Vaccaro Delogu propone su ingeniosa interpretación con la finalidad de encontrar un sentido al papel del extraño; en nuestra opinión, el extraño es uno de los protagonistas de la negociación que lleva a un resultado que finalmente resulta beneficioso para todos; podemos imaginar que los dos coherederos son hermanos; el abstenido en primer lugar será el hermano que todavía permanece en la potestad del padre, incluso podemos imaginar que era impúber, lo que facilita su acceso al *ius abstinendi* ya que puede pedirlo incluso habiendo realizado actos de gestión¹⁴; el *extraneus* será su hermano, ya emancipado, y por tanto extraño en su familia agnaticia; los acreedores pueden ser uno solo, dos o tres, pero en cualquier caso, están todos de acuerdo en llegar a una negociación con los herederos, incluso a cambio de renunciar a parte de sus créditos con tal de evitar la *bonorum venditio*, que ya hemos dicho que deprecia el valor de las cosas. Evitar la *bonorum venditio* interesa también a los herederos ya que, ejercitada contra los herederos, comporta la declaración adicional de *infamia*¹⁵ de los demandados. Ante esta situación acuerdan, probablemente con la supervisión del pretor, una

¹⁴ Voci *op.cit.* pag. 581: *La seconda applicazione del beneficium abstinendi si ha in favore del suus che sia ancora impubere: questi può astenersi anche se abbia compiuto atti di immixtio.* ver D.29,2,57, pr/1 Gayo 23 *ad ed. Prov.*

¹⁵ SILVEIRA MARCHI, *op.cit* p.66

sucesión de actos jurídicos: 1.- el coheredero impúber solicita y obtiene el *ius abstinendi* 2.- el coheredero *extraneus* solicita y obtiene el *ius abstinendi* 3.- los acreedores acuerdan con el pretor solicitar y obtener la *bonorum possessio* de la cuota de $\frac{1}{2}$ de la masa hereditaria renunciando a los correspondientes créditos hipotecarios contra los otros bienes de la masa hereditaria. Esta interpretación que proponemos requiere imaginar algunas hipótesis que no están explicitadas en el texto de Elio Marciano: 1.- que los coherederos son hermanos, aunque solo uno de ellos emancipado; esta suposición ayuda a entender que estamos ante una operación coordinada y que ambos coherederos tienen un interés común; 2.- que los acreedores son acreedores pignoratícios de los bienes de la masa hereditaria; esta suposición ayuda a entender que los coherederos están vinculados no sólo por el mismo título de herederos sino también por devenir (si no ejercen el *ius abstinendi*) codeudores solidarios de los créditos pignoratícios sobre los bienes de la masa hereditaria, en aplicación del principio *indivisa pignoris causa*; la aportación de nuestra hipótesis es menos alambicada que la de Vaccaro Delogu, y sobre todo otorga mayor importancia a la división *ipso iure* de *nomina hereditaria*, división que para el *ius civile* permanece intacta sin que quede afectada por la concesión de *ius abstinendi*. En nuestra interpretación hay una objeción: toda esta operación requiere un acuerdo entre los implicados, con la supervisión del pretor; como hemos dicho el acuerdo se formalizará con un *pactum ut minus solvatur*; pero el

ius abstinendi requiere la no *inmixtio* en la gestión de la herencia; difícilmente se puede pensar en una no *inmixtio* si se acuerda una operación compleja como la descrita; no obstante, el hecho de que Marcelo sea ya un jurista del s.III permite pensar que incluso en jurisdicción honoraria los requisitos se interpreten con mayor laxitud con la finalidad de llegar a conjugar, en lo posible, los intereses de todos los implicados.

D.29,2,61 Macer de officium praesidis

D.29,2,61 expuesto al principio del trabajo, texto del jurista *Aemilius Macer*, se explica una situación similar pero de comprensión más sencilla: un coheredero menor de 25 años, que ha aceptado la herencia, solicita del pretor *i.i.restitutio* de su aceptación; el pretor le concede *i.i.restitutio* pero ello resulta perjudicial al coheredero que ya había aceptado; el texto no explica la causa del perjuicio pero puede suponerse que por aplicación del acrecimiento, el coheredero que ya había aceptado devendrá heredero de la totalidad aunque no pura y simplemente pues su situación estará en las coordenadas de la pluralidad de estratos jurídicos: *ius civile/ius honorarium*. En cualquier caso el extraño se encontrará frente a acreedores hereditarios e incluso podría ser que con la obligación de asumir cargas hereditarias impuestas sólo al heredero menor de 25 años; recordemos que la máxima *caduca cum suo onere fiunt* es fruto de una intervención del emperador Septimio Severo para obligar a los herederos sustitutos a asumir las cargas impuestas en testamento al heredero instituido en primer lugar; sobre la

decisión de Septimio Severo hay un texto ulpiano extraordinariamente explícito, se trata de D. 31,61,1 Ulp. *ad leg. Iul et Pap: Iulianus quidem ait, si alter ex legitimis heredibus repudiasset portionem, cum essent ab eo fideicommissa relicta, coheredem eius non esse cogendum fideicommissa praestare: portionem enim ad coheredem sine onere pertinere. Sed post rescriptum severi, quo fideicommissa ab instituto relicta a substitutis debentur, et hic quasi substitutus cum suo onere consequetur ad crescentem portionem.*¹⁶ Pues bien, según relata el jurista *Aemilius Macer* en el texto que estamos trabajando, el mismo emperador Septimio Severo, decide, en un rescripto para este caso concreto, que no se aplique el acrecimiento, y que se otorgue *bonorum possessio* de la cuota del restituido a aquellos acreedores que les hubiera correspondido. Por tanto, de nuevo, se quiere mantener la herencia en el estado que estaba, es decir dividida por cuotas, concediendo a los acreedores *bonorum possessio* de la cuota del beneficiado con *i.i.restitutio*, lo que elimina sus créditos contra el titular de esa cuota, y al otro coheredero se le permite mantenerse en su posición, sin acrecimiento.

¹⁶ Trad.- *Si uno de los dos herederos legítimos hubiere repudiada su parte, habiéndosele encargado algunos fideicomisos, dice Juliano que su coheredero no debe ser obligado a cumplir los fideicomisos, pues aquella parte pertenece al coheredero sin sus cargas; pero después del rescripto de <Septimio> Severo, por el que los sustitutos deben cumplir los fideicomisos dejados a cargo de los instituidos herederos <que no llegan a adquirir la herencia>, también el coheredero adquiere la parte que le acrece, con sus cargas, como si fuera un sustituto.*

Evolución posclásica y justiniana

El *ius abstinendi* y la *i.i.restitutio* son instituciones del *ius honorarium*, pero tienen entre ellas una diferencia sustancial: la *i.i.restitutio* tiene efectos también en el *ius civile* (el pretor deniega acciones, ofrece excepciones, deniega interdictos) mientras que el *ius abstinendi* no tiene efectos en el *ius civile*, lo que apoya con mayor razón la decisión de Septimio Severo, en el sentido de vincular las cargas hereditarias a los herederos sustitutos. Esta decisión del emperador no solo protegerá al coheredero que puede quedar perjudicado, sino también protegerá a los acreedores a los que la posibilidad de *bonorum possessio* sobre una cuota de los bienes hereditarios les interese más que una *bonorum venditio* de la totalidad.

La aplicación de instrumentos creados al amparo del *ius honorarium* para corregir el *ius civile* cuando éste resulta demasiado severo para el caso concreto, tiene, en ocasiones, consecuencias negativas para terceros; así, en el caso del jurista *Macer* que nos ocupa, la concesión de *i.i.restitutio* (y en menor medida en el caso anterior expuesto por el jurista *Marcianus*, la concesión de *facultas abstinendi*) tiene como consecuencia que el coheredero que había aceptado pensando que compartiría el título, resulta que deberá pasar a ser heredero único con la consecuencias de tener que afrontar unas deudas probablemente imposibles de asumir. Hay otros casos en Derecho Romano en que la figura honoraria que el pretor decide poner en marcha puede resultar perjudicial para tercero;

comparemos por ejemplo con la figura pretoria de la *bonorum possessio* en favor del hijo emancipado; si resulta que este emancipado había recibido previamente parte de la herencia, mientras que los que permanecían bajo la *patria potestas* podían no haber recibido nada todavía, es evidente que resultaba inequitativo que el emancipado compartiera la misma porción que sus hermanos; de ahí la *collatio bonorum*,¹⁷ figura también honoraria que equilibra la *bonorum possessio* en aquellos casos en que el emancipado había ya recibido parte del patrimonio paterno.

Una cuestión importante al trabajar conjuntamente estos dos textos es constatar que los juristas autores de ambos, son coetáneos: Marciano¹⁸ y Macer¹⁹ elaboran sus textos en una época en que la dicotomía *ius civile/ ius honorarium* se está desdibujando; desde hacía más de medio siglo los pretores habían perdido su facultad de crear derecho a través del edicto, y las figuras honorarias se iban acercando a sus homólogas civiles, o iban extendiendo su aplicación a supuestos no

¹⁷ Sobre *collatio emancipati*, ver CABALLE MARTORELL A, Madrid (1997).

¹⁸ Aelius Marcianus: escribe en época de Caracalla (198-211) con Septimio Severo, en época de Geta (211-212, y 212-217), de Eliogábalo (217-222) y de Alejandro Severo (222-235). LENEL, *Pal*; dice que todos los libros de Aelius Marcianus fueron escritos después de la muerte de Caracalla; ver KUNKEL W, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*

¹⁹ Aemilius Macer, trabajó en tiempo de Caracalla y de Alejandro Severo; el texto se encuentra en el libro I de sus dos libros *de Officio Praesidis*

previstos por el *ius honorarium*. Estos textos pretenden valorar creaciones honorarias como la *facultas abstinendi* o la *in integrum restitutio*, priorizando su permanencia frente a la aplicación rigurosa del *ius civile*, que en este caso es el acrecimiento; en ambos, el pretor o el emperador prefieren otorgar la *bonorum possessio* de una cuota de la herencia a los acreedores, antes que aplicar el acrecimiento y obligar a los acreedores a una *bonorum venditio* que, en cualquier caso, depreciará el valor de los bienes.

La época de los emperadores de la dinastía de los Severos es prolija en decisiones superadoras de la dicotomía *ius civile/ius honorarium*; de la misma manera que la protección del *bonorum possessor* se fue acercando a la protección del heredero civil, se fueron superando dicotomías en otras instituciones; la diferencia entre ciudadanos y peregrinos había dejado de ocupar un lugar importante en la organización de la jurisdicción y se requerían decisiones imperiales superadoras. Es en este contexto que debemos analizar algunas intervenciones de Septimio Severo en relación a cuestiones hereditarias, y que conocemos a través de textos recuperados del apéndice a la *Lex romana wisigothorum*, extraídos del Códice Gregoriano²⁰:

III Gregoriani lib.II tit. XVII si ut se hereditatis abstineat:

Imp. Severus et Antoninus AA. Vitoris Frontino et aliis. Si vos paternae hereditati non miscuistis, ob eam rem testificatio necessaria

²⁰ FIRA *pars altera* p.670 y 671

non fuit, cum fides veritatis vel bonorum adminicula non desideret. Quod si pro herede gessistis, an propeter aetatem cui subveniri solet in integrum restituí debeatis, aestimavit cuius de ea re noticia est. PP. V non. Mart. Saturnino et Gallieno cons. [a.198]; el texto recoge un rescripto en el que los emperadores Septimio Severo y Antonino Caracalla, en respuesta a preguntas de gobernadores, afirman dos cuestiones: la primera es que no debe investigarse la veracidad de una afirmación de heredero en la que éste asegura no haberse inmiscuido en la herencia por un principio de *fides veritatis*. La segunda: que debe estimarse la postura del que ha gestionado algo de la herencia convencido de que el coheredero compartiría el título de heredero, si éste obtiene *in integrum restitutio propter aetatem* de su aceptación.

En otro texto de Antonino Caracalla, conocido también a través de la *Lex romana Visigothorum* es el siguiente: *III Gregorianus lib.III tit. XII si certum petetur VIII: Imp. Antoninus a A. Iulio. Si paterna hereditate te abstinuisti et a paternis creditoribus conveniris, secundum iuris formam tueri te potes. Si vero permiscuisti te hereditati nec aetate permitente in integrum restitutus es, ut abstinendi ius haberes, intellegis te ómnibus creditoribus hereditariis responderé debere. PP.III non Sept. Antonino A IIII cons [a.213].* El texto es también un rescripto en el que el emperador ante un supuesto de herencia cargada de deudas reafirma la protección *secundum iuris formam* del coheredero abstenido que ha pactado con los acreedores; ahora bien, si el heredero que no puede

acceder a *in integrum restitutio* por razón de edad, gestiona, se entiende que debe responder frente a todos los acreedores.

Estos dos textos del Código Gregoriano nos dan una visión del problema planteado: se da *i.i.restitutio* en favor de un heredero que había aceptado la herencia tácitamente a través de la gestión de la misma, pero ello resulta perjudicial al otro coheredero que no puede pedir *i.i.restitutio* (probablemente por haber superado los 25 años); el pretor, siguiendo el dictado del emperador, otorga a los acreedores *bonorum possessio* de la cuota de la herencia que hubiera correspondido al restituido, y el coheredero que ha aceptado pasa a poder disponer de su cuota, permaneciendo deudor frente a los acreedores que a él le correspondían, siempre que el pretor no haya obligado a los acreedores a renunciar a sus créditos o a parte de ellos.

Sabemos que Septimio Severo había tomado otras decisiones importantes en cuestiones sucesorias; hemos comentado antes que fue este emperador el que obligó a que los herederos sustitutos tomaran también las cargas impuestas a los herederos previstos en testamento en primer lugar: en D.31,61,1 Ulpiano *ad leg. Iul. et Papiam* comenta que fue precisamente el rescripto de Septimio Severo dirigido a los herederos sustitutos el que se aplicó por analogía a los herederos que adquirirían cuotas por acrecimiento; éstos debían asumir también las cargas testamentarias impuestas a los herederos que habían dejado su cuota vacante; recordemos que ya para la aplicación de la legislación matrimonial de Octavio

Augusto, *caduca cum suo onere fiunt* refiriéndose a que las cuotas vacantes a causa de las prohibiciones de la legislación matrimonial de Octavio Augusto tenían el mismo destino que las *onera* o cargas, como legados, fideicomisos, manumisiones, etc. Así, el citado texto D.31,61,1 Ulp. *ad leg. Iul et Pap: Iulianus quidem ait, si alter ex legitimis heredibus repudiasset portionem, cum essent ab eo fideicommissa relicta, coheredem eius non esse cogendum fideicommissa praestare: portionem enim ad coheredem sine onere pertinere. Sed post rescriptum severi, quo fideicommissa ab instituto relicta a substitutis debentur, et hic quasi substitutus cum suo onere consequetur ad crescentem portionem.*²¹

Aportamos también un texto interesante de Gayo *ad ed. prov.* en el que se afirma que los acreedores de una cuota hereditaria de alguien que se ha abstenido son rechazados por el pretor, *tamen in eos actio non detur*, siempre que los herederos necesarios estén dispuestos a abandonar la herencia, *si velint derelinquere hereditatem*, para que el pretor conceda a los acreedores la *bonorum possessio*: D.29,2,57 pr.; Gayo 23 al *ed. prov.* *Necessariis heredibus non solum impuberibus, sed etiam*

²¹ Si uno de los herederos legítimos hubiere repudiado su parte, habiéndosele encargado algunos fideicomisos, dice Juliano que su coheredero no debe ser obligado a cumplir los fideicomisos, pues aquella parte pertenece al coheredero sin sus cargas; pero después del rescripto de Septimio Severo, por el que los sustitutos deben cumplir los fideicomisos dejados a cargo de los instituidos herederos <que no llegan a adquirir la herencia>, también el coheredero adquiere la parte que le acrece, con sus cargas, como si fuera un sustituto.

puberibus abstinendi se ab hereditate proconsul potestatem facit, ut, quamvis creditoribus hereditariis iure civili teneantur, tamen in eos actio non detur, si velint derelinquere hereditatem. Sed impuberibus quidem, etiamsi se immiscuerint hereditati, praestat abstinendi facultatem, puberibus autem ita, si se non immiscuerint²².

En la época posclásica del Derecho romano la *abstentio* y la renuncia a la herencia tienen la misma eficacia, aunque el clasicismo de los emperadores mantuvo la diferencia entre *heres* voluntario y *heres* necesario. Ya los emperadores Arcadio y Honorio habían manifestado que nadie debe ser compelido a adir una herencia onerosa: C 6,30,16 (año 395): *Nec emere nec donatum adsequi nec damnosam quisque hereditatem adire compellitur.*

Justiniano es autor de una reforma importante en relación al plazo para solicitar *i.i.restitutio*: en su reforma destaca su constitución C.2,52,7 del año 531: Justiniano distingue entre mayores o menores de 25 años; los menores tienen más tiempo para invocar *i.i.r. propter aetatem*; los esclavos manumitidos *cum libertatem* tiene *beneficium separationis*.

²² El proconsul permite a los herederos necesarios, tanto púberes como impúberes, abstenerse de la herencia, de suerte que aunque quedan obligados por derecho civil frente a los acreedores hereditarios, no se da acción contra ellos si están dispuestos a abandonar la herencia. Ahora bien, se permite la abstención de los púberes si no han intervenido en la herencia, a los impúberes aunque lo hayan hecho.

El propio Justiniano, también en el año 531 publica una Constitución que tiene la voluntad de modificar estructuralmente todo el régimen jurídico relativo a la adición o aceptación de la herencia, a su repudiación o abstención; es una constitución dirigida al Senado, por tanto, con carácter general; se habla de una constitución del emperador Gordiano (238-244) (que no se encuentra en el Código de Justiniano ni en el Código Teodosiano) en favor de los militares *qui per ignorantiam hereditate adierunt*. Justiniano continua relatando en su constitución que Gordiano estimó que *arma etenim magis quam iura scire* (los militares conocen mejor las armas que las leyes), pero que el beneficio para los militares debe extender a todo aquel que adiera o acepte una herencia y aparezca después una situación *damnosa* de la misma. Se trata de una extensa constitución, concretamente C 6,30,22, de la que solo destacamos una secuencia del párrafo *principium*: *Scimus iam duas esse promulgatas a nostra clementia constitutiones, unam quidem de his, qui deliberandum pro hereditate sibi delata existimaverunt, aliam autem de improvisis debitis et incertu exitu per diversas species eis imposito. Sed etiam veterem constitutionem non ignoramus, quam divus gordianus ad platonem scripsit de militibus, qui per ignorantiam hereditatem adierint, quatenus pro his tantummodo rebus convenientur, quas in hereditate defuncti invenerint, ipsorum autem bona a creditoribus hereditariis non inquietentur: cuius sensus ad unam praefatarum constitutionum a*

*nobis redactus est. Arma etenim magis quam iura scire milites sacratissimus legislator existimavi.....*²³

Con Justiniano se consolida la equivalencia entre la eficacia de la renuncia a la herencia y la eficacia de la abstención; la propia rúbrica del Código es indicativa de su asimilación: *de repudianda vel abstinenda hereditate*; de las 6 constituciones recogidas en la rúbrica, la más importante es la última: C.6,31,6 (año 532): *Si quis suus recusaverit paternam hereditatem, deinde maluerit eam adire, cum fuerat indistincte ei permissum, donec res paternae in eodem statu manent, hoc facere et post multum tempus licebat ei ad eandem hereditatem redire, hoc corrigentes sancimus, si quidem res iam venumdatae sint, ut nullus aditus ei ad hereditatem reservetur: quod et antiquitas observabat. 1. Sin autem res alienatae non sint, si quidem maior annis constitutus est et tempora restitutionis nulla ei supersint, intra trium annorum spatium tantummodo huiusmodi ei detur licentia. 2. Sin autem vel minor est vel in utili tempore constitutus, tunc post*

²³ Sabemos que ya han sido promulgadas por nuestra clemencia dos constituciones, una respecto a los que estimaron que se debía deliberar sobre la herencia a ellos deferida, y otra respecto a deudas imprevistas y al éxito dudoso señalado a éstas por diversas circunstancias. Pero tampoco desconocemos la antigua constitución, que el divino gordiano dirigió a Platón acerca de los militares, que por ignorancia adieron una herencia, para que fueran demandados solamente en relación a los bienes que hubieren hallado en la herencia del difunto, y no fuesen amenazados sus propios bienes por los acreedores de la herencia; cuyo sentido fue llevado por nosotros a una de las antes mencionadas constituciones. En efecto, el sacratísimo legislador estimó que los militares conocían mejor las armas que las leyes.

*completum quadriennium, quod spatium pro utili anno qui restitutionibus dabatur praestitum est, aliud triennium ei indulgeri, intra quod potest rebus in suo statu manentibus adire hereditatem et suam abdicationem revocare.*³ . Quo tempore transacto nullus aditus penitus ad paternam hereditatem ei reservetur, nisi forte adhuc in minore aetate eo constituto res venditae sunt. Tunc etenim per in integrum restitutionem non denegatur ei adire hereditatem et res recuperare et creditoribus paternis satisfacere²⁴

En la constitución Justiniano se refiere a la revocabilidad de la aceptación o repudiación de un hijo de familia; para Justiniano lo esencial es que los bienes hereditarios permanezcan en el estado que estaban a la muerte del causante, o hayan sido vendidos por lo acreedores hereditarios; solo en el caso de que no hayan sido vendidos se podrá pedir revocación (es de suponer que a través de *in integrum restitutio* pues distingue mayores y menores de 25 años) para lo que el mayor de 25 años tiene 3 años para pedir la *i.i.restitutio* de su decisión, y el menor tendrá estos 3 años más los 4 años previstos en la constitución del mismo año ya comentada C. 2,52,7 (año 531).

²⁴ *Si algún heredero suyo hubiere rehusado la herencia paterna, y después hubiere preferido adirla, como indistintamente le había sido permitido hacerlo, mientras los bienes paternos permanecen en el mismo estado, y después de mucho tiempo le era licito volver a la misma herencia, corrigiendo nosotros esto mandamos, que, si verdaderamente se hubieran ya vendido los bienes, no se le reserve ningún regreso a la herencia; lo que también la antigüedad lo observaba.*

Con todo ello podemos constatar que la evolución de las consecuencias de la aceptación/repudiación de la herencia fue abordada de manera contundente por el *ius honorarium* al permitir el ejercicio de la *facultas abstinendi* de los *heres sui*, y protegiendo a los extraños que hubieran podido resultar perjudicados por un ejercicio extemporáneo de la misma; ello evolucionó flexibilizando las duras consecuencias de una herencia *damnosa* para cualquier heredero, hasta llegar al gran avance justiniano, con la aceptación a beneficio de inventario.²⁵

²⁵ La ya comentada extensa Constitución justiniana C 6,30,22 del año 531, y Nov. 1,2 del año 535.